



L'AUTEUR

Antoine Adeline

# La médiation

La médiation est une solution négociée entre deux parties, avec l'aide d'un médiateur, permettant de mettre fin à un différend. C'est un outil efficace de résolution des litiges pour le marché de l'assurance.

## INTRODUCTION

« Jamais tant de vertu fut-elle couronnée? » C'est vrai pour l'*Esther* de Racine, moins pour la médiation. Nous venons de célébrer les 20 ans de la loi du 8 février 1995 consacrant la médiation judiciaire, ou encore le 10<sup>e</sup> anniversaire de la « *Charte de la Médiation inter-entreprises*<sup>1</sup> ». Malgré ses nombreux et incontestables attraits, la médiation reste mal connue et peu utilisée. À peine 1 % des litiges soumis aux juridictions sont résolus par la médiation<sup>2</sup>.

1) *Élaborée par le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris et l'Académie de la médiation.*

2) *Voir le rapport Delmas Goyon « Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle », décembre 2013. En 2008 le président Magendie s'interrogeait sur ce mystère: « C'est une vraie interrogation que celle du succès mitigé de ce mode alternatif de règlement des conflits qui apporte un peu d'humanité dans un déroulement parfois kafkaïen des procédures alors même que l'ensemble des professionnels de la justice s'accordent à en saluer les mérites (...). C'est désormais vers l'action concrète que nous devons tendre nos efforts afin que la médiation judiciaire devienne le mode habituel de règlement des conflits ».*

L'actualité de la médiation est particulièrement riche. Citons, au débotté, la loi du 17 mars 2014 sur l'action de groupe<sup>3</sup>, le décret du 11 mars 2015,<sup>4</sup> le décret du 30 octobre 2015,<sup>5</sup> l'arrêt Momcilovic de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 26 mars 2015<sup>6</sup> ou encore le projet de loi sur « *La Justice du XXI<sup>e</sup> siècle* », nourri par quatre rapports remis à la garde des sceaux en 2013-2014<sup>7</sup>, lesquels font une large place aux Mard (Modes amiables

3) *Elle prévoit que le juge peut proposer une mesure de médiation dans le cadre d'une action collective en matière de consommation.*

4) *Il impose au demandeur de préciser dans son acte introductif d'instance les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable.*

5) *Il oblige les entreprises à proposer le recours à un médiateur dans le domaine de la consommation.*

6) *La décision considère qu'une loi instaurant à peine d'irrecevabilité de la demande en justice l'obligation de recourir préalablement à un Mard est conforme à l'article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l'Hommes.*

7) *Voir notamment le rapport Delmas Goyon « Le juge du XXI<sup>e</sup> siècle », décembre 2013.*



Antoine Adeline est avocat associé-Solicitor du cabinet Squire Patton Boggs.

**Dans une médiation, les parties et/ou leurs conseils font appel à un tiers, le médiateur, contrairement à la négociation où les parties négocient directement.**



Kwanchai/Fotolia.com



**Parmi les avantages de la médiation on peut noter la rapidité pour trouver un accord et, par conséquent, l'économie financière réalisée.**

de règlement des différends). S'agissant de la prospective, l'International Mediation Institute a lancé il y a quelques mois une série de conférences et d'enquêtes de terrain (*Global Pound Conferences*), afin de mieux comprendre l'inadéquation entre la demande et l'offre de médiation, améliorer l'accès à la justice et transformer les habitudes concernant la résolution des conflits<sup>8</sup>.

Comme Saint-Thomas, la médiation place la barre très haut : « *Mon but n'est pas de convaincre mon adversaire mais de m'unir à lui dans une vérité plus haute* ». Comparée aux modes traditionnels de résolution des conflits, la médiation opère un changement de paradigme, une révolution copernicienne. Le justiciable, l'entreprise cessent de tourner autour du palais et des praticiens, le droit et la procédure ne sont plus l'alpha et l'oméga de la résolution des litiges. *E pur si muove...* Les lumières de la médiation permettent de résoudre amiablement, durablement et « par le haut » la plupart des différends, notamment commerciaux. « *It isn't that they can't see the solution. It's that they can't see the problem* » (G. K. Chesterton). Ce faux paradoxe est particulièrement troublant et déstabilisant pour les juristes, esprits rationnels mais trop

souvent fétichistes des syllogismes, codes et autres pyramides kelséniennes.

La médiation peut se prévaloir de nombreux atouts, notamment pour le marché de l'assurance ; sa mise en œuvre appelle quelques observations pratiques.

## LA MÉDIATION ET LES CONCEPTS VOISINS

La médiation peut se définir comme un processus amiable, rigoureusement confidentiel, dans lequel deux ou plusieurs parties en conflit sont assistées d'un tiers indépendant, neutre, impartial, formé à la médiation. La mission du médiateur est d'entendre les parties en conflit, de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens (contradictoires ou non) de les aider à rétablir une communication afin de trouver des accords mutuellement acceptables, une solution négociée permettant de mettre fin au différend.

En opposition à la négociation traditionnelle (conflictuelle) au cœur de la médiation on retrouve un mode de négociation intégrative, ou encore « raisonnée<sup>9</sup> ». Avec l'aide du médiateur les parties négocient de façon ouverte sur leurs intérêts plutôt que sur des positions et reconstruisent une relation de travail. On peut résumer cette technique de négociation efficace développée par l'école de Harvard, en quatre principes :

1) En ce qui concerne les acteurs, traiter séparément les questions de personnes et les différends. Cela implique bonne foi, transparence et stratégies d'échange d'informations constructives et satisfaisantes, bannissant les techniques coercitives, le bluff et les menaces.

2) Donner la priorité aux intérêts en jeu plutôt qu'aux positions. Les intérêts sont les moteurs silencieux de l'action.

3) La recherche de solutions susceptibles d'apporter un avantage mutuel. Il convient de ne pas considérer la négociation comme un jeu à somme fixe mais à somme variable, et de procéder à un examen aussi large (latéral) que possible des problèmes.

4) Le recours à des critères objectifs pour favoriser les adhésions réciproques.

<sup>9)</sup> En anglais « *principled negotiation* », théorisée par Roger Fisher et William Ury, professeurs à Harvard, auteurs de « *Getting to Yes* » (« Comment réussir une négociation »). Leur credo axiomatique est simple : « Si nous négocions, c'est pour obtenir un résultat supérieur à celui qu'on pourrait escompter sans négociation ».

<sup>8)</sup> Voir, Diana Paraguacuto-Mabéo, « Résolution des litiges à l'horizon 2050 : la réflexion s'organise » in « *Echanges internationaux* », ICC France, juillet 2016.

La médiation peut être judiciaire<sup>10</sup> (initiée par le juge) ou conventionnelle (décidée directement par les parties), ou encore engagée en application d'une clause contractuelle. Peu importe qu'une procédure judiciaire soit en cours. Depuis 2003, la Cour de cassation consacre la force obligatoire des clauses contractuelles de médiation<sup>11</sup>. La médiation se distingue de la négociation, par laquelle les parties et/ou leurs conseils négocient directement, sans faire appel à un tiers. Contrairement au contentieux judiciaire étatique ou à l'arbitrage, le médiateur n'est pas un juge et n'a pas le pouvoir de statuer ou d'imposer une décision. Le processus est totalement confidentiel et échappe au principe du contradictoire. La conciliation repose pour sa part sur les mêmes fondamentaux que la médiation, mais le tiers conciliateur a pour mission d'orienter, voire de proposer une solution.

10) Encadrée par les articles 131-1 et suivants du code de procédure civile.  
11) Cass. Chambre mixte, 14 février 2003 n° 00-19.423 00-19.424.

## LES AVANTAGES DE LA MÉDIATION – RIEN À PERDRE ET TOUT À GAGNER

« Orante plaide depuis 10 ans entiers en règlement de juges pour une affaire juste, capitale, et où il y va de toute sa fortune; elle saura peut-être dans 5 années quels seront ces juges, et dans quel tribunal elle doit plaider le reste de sa vie... » La Bruyère est cynique mais 330 ans plus tard, rien n'a vraiment changé. Les chocs de simplification, modernisation, refondation, les pactes de transparence, les rapports sur la justice 3.0 du 3<sup>e</sup> ou 4<sup>e</sup> millénaire se succèdent, mais rien n'y fait; le droit est toujours plus morcelé, complexe, pour ne pas dire obscur<sup>12</sup>. La solution en droit n'est pas nécessairement satisfaisante. L'institution judiciaire respire mal, manque de moyens financiers et humains. Les maux de la

12) Voir par exemple les rapports (Études annuelles) du Conseil d'État: « De la sécurité juridique » 1991; « Sécurité juridique et complexité du droit » 2006; « Simplification et qualité du droit » 2016.

Une procédure judiciaire qui s'éternise est un piège pour l'assuré, les coûts d'expertise et les frais judiciaires étant le plus souvent imputés sur la garantie.



Beatrice Pireval/Fotolia.com

justice traditionnelle sont bien connus : accès difficile, coût, rigidités processuelles, imprévisibilité... « *Tout n'est pas dit quand un code a parlé* » (Victor Hugo).

Les avantages principaux de la médiation sont connus ; rapidité (quelques mois voire quelques semaines pour trouver un accord), confidentialité, simplicité, souplesse, caractère non contraignant, économie, contrôle du processus par les parties. La médiation permet de préserver, voire développer, les relations d'affaires entre les parties, favorisant les solutions « gagnantes-gagnantes ». « *In the middle of every difficulty lies opportunity* » (Albert Einstein).

On mentionnera, parmi d'autres avantages induits, le choix *intuitu personae* d'un médiateur idoine<sup>13</sup>, l'implication très en amont des décideurs, favorisant une analyse globale et saine du dossier. *Last but not least*, la médiation est particulièrement efficace avec un taux de réussite de l'ordre de 75 %. Les accords trouvés sont le plus souvent exécutés spontanément, du fait de l'appropriation par les parties de la solution, expression de leur volonté.

Les réticences, la mauvaise foi ou encore l'éloignement des positions respectives des parties en conflit sont de faux obstacles à la médiation. En revanche, elle n'est pas conseillée lorsqu'une partie (par exemple une compagnie d'assurance) a besoin d'une décision judiciaire pour tester la portée, la valeur d'une clause ou d'un argument juridique. La médiation est un processus efficace et moderne, en cohérence avec les valeurs et

« marques » de nombreuses entreprises et compagnies d'assurance ; écoute, confiance, partenariat, pérennité. « *Le progrès vient souvent d'un retour au dédaigné* » relevait Edmond Rostand.

## MÉDIATION, ASSURANCE, GESTION ET PRÉVENTION DES RISQUES

### ■ Les différends entre assureurs et assurés ou entre assureurs

Depuis 2016 une institution unique de médiation intervient pour toutes les entreprises d'assurance qui relèvent de la Fédération Française de l'Assurance (FFA, anciennement FFSA). Le médiateur de l'assurance est compétent pour examiner les litiges qui opposent un consommateur à une compagnie d'assurances, portant sur l'application ou l'interprétation du contrat. Le médiateur de l'assurance, en faisant connaître aux parties la solution qu'il propose, leur rappelle qu'elles sont libres d'accepter ou de refuser sa proposition de solution, que la participation à la médiation n'exclut pas la possibilité d'un recours devant une juridiction<sup>14</sup>, et que la solution proposée peut être différente d'une décision judiciaire<sup>15</sup>. Les principes de la médiation de l'assurance sont rappelés dans une charte. Le succès de la médiation de l'assurance ne se dément pas. En 1993, le médiateur de la FFA a été saisi 500 fois, alors que l'on comptait 14000 saisines en 2014!

Les litiges entre les sociétés membres de la FFSA et du Gema relatifs à l'application des conventions concernant les sinistres sont, pour leur part, obligatoirement soumis à une Commission mixte d'arbitrage qui statue en dernier ressort en rendant

13) Permettant de mandater un tiers familier des problématiques et enjeux du dossier et/ou le cas échéant, bilingue, biculturel, ce qui est précieux pour les médiations internationales.

14) La saisine du médiateur de l'assurance suspend la prescription.

15) Article R.152-4 du code de la consommation.

une sentence, sauf dispositions conventionnelles spécifiques<sup>16</sup>.

■ **Médiation, expertise amiable et contentieux**

Dans le cadre d'une expertise amiable, en cas de désaccord des experts des parties, un tiers-expert est souvent désigné. Au-delà de la recherche d'une majorité mettant fin au blocage, sur le terrain, le tiers-expert a un rôle amiable qui favorise le dialogue, ce qui le rapproche d'un conciliateur ou d'un médiateur. La Cour de cassation a rappelé récemment que la mission du tiers-expert n'a qu'un caractère factuel et technique (évaluer le montant d'un dommage, en déterminer les causes et circonstances), et que sa décision n'a aucune force obligatoire<sup>17</sup>. Lorsqu'il n'existe pas de débat sur la couverture, l'assureur n'a rien à perdre et beaucoup à gagner à partir en médiation. Par ailleurs une procédure judiciaire coûteuse et qui s'éternise est un piège pour l'assuré, car le plus souvent les coûts d'expertise et les frais judiciaires s'imputent sur la garantie<sup>18</sup>. Il est toujours de bonne politique d'impliquer le ou les assureurs dans le processus de médiation. Très au fait des forces et faiblesses du dossier, sensible à l'analyse des risques juridiques et judiciaires, l'assureur (secondé d'un avocat) est souvent un moteur de l'accord transactionnel et un prescripteur de solutions.

■ **Gestion et prévention des risques**

Qui dit assurance dit anticipation, analyse et quantification des risques. En amont du contentieux traditionnel mais aussi de la médiation, les alliances stratégiques, les comités de pilotage « Dispute Review Boards » permettent de créer un dialogue, un climat de confiance et de déminer le terrain des conflits. C'est particulièrement précieux dans les contrats de longue durée et à exécution successive. Ce dialogue et cette flexibilité induisent une souplesse bienvenue dans l'exécution des conventions. Plus en amont encore, des programmes de prévention des risques juridiques et judiciaires commencent à être mis en place dans l'entreprise. Cette bonne pratique permet, à froid (grâce à des audits, programmes de sensibilisation et formation, cartographie de faits générateurs) d'analyser et de prévenir les dysfonctionnements et causes potentielles de tension ou de conflit.

16) Convention d'arbitrage des litiges entre sociétés membres de la FFSA et du Gema.

17) Cass. 1<sup>re</sup> civ, 15 déc. 2010, no 09-16.943, Bull. civ. I, no 260.

18) Sans parler des risques d'augmentation des primes consécutives au contentieux.

**LE RECOURS À LA MÉDIATION  
– QUELQUES CONSIDÉRATIONS PRATIQUES**

■ **Choisir le bon médiateur et se préparer**

Il est essentiel de choisir un médiateur formé, expérimenté, disponible, ayant le profil adéquat. Le recours à un centre de médiation, tel que le CMAP<sup>19</sup> ou ICC Mediation<sup>20</sup>, facilite la mise en place de la médiation, sa logistique et son bon déroulement. Le rôle de conseil de l'avocat est important. Il doit *ab initio* informer son client de l'existence et des avantages des Mard. Avant la médiation, il est essentiel de se préparer, autrement dit, connaître son dossier, sa MEilleure SOLution de REchange<sup>21</sup>,

19) Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, 39 avenue Franklin Roosevelt, 75008 Paris. Le CMAP travaille de concert avec le Cefarea (Centre d'arbitrage et de médiation spécialisé dans le domaine de l'assurance).

20) ICC International Centre for ADR, 33-43 avenue du Président Wilson, 75116 Paris.

21) De l'anglais BATNA, Best Alternative to a Negotiated Agreement.

se concerter avec les opérationnels impliqués – tant sur le plan pratique que stratégique – en liaison avec l’avocat de l’entreprise. Au-delà du droit, cela implique aussi un travail sur soi, savoir se mettre en capacité d’écoute de l’autre, de son ressenti. Le respect mutuel et la cordialité sont de mise. « *The problem with communication is the illusion that it has occurred* » (George B. Shaw).

■ **Processus de médiation, le rôle du médiateur, des parties et de leurs conseils**

Il n’existe pas de formalisme ou de règles procédurales particulières. Généralement la médiation proprement dite se déroule sur une journée. Les réunions plénières succèdent aux apartés (ou caucus). La médiation donne l’occasion aux parties de « vider le conflit » en s’exprimant librement. La confidentialité absolue (même à l’égard des tiers) permet l’échange d’informations, d’opinions et de documents, sans risque d’exploitation ou de manipulations ultérieures. Le médiateur reçoit les parties et les aide à dialoguer pour identifier clairement les difficultés, les intérêts profonds qui s’y attachent. En stimulant leur créativité, il fait émerger des options mutuellement satisfaisantes et solutions « sur mesure ». L’avocat de l’entreprise apporte ses connaissances et son expérience des situations de conflit, tout en veillant à la défense des intérêts de son client. Le processus de médiation aura, dans la vaste majorité des cas, permis de renouer des liens et de rapprocher les points de vue. En cas d’accord, un protocole transactionnel

est généralement signé, rédigé par les juristes et avocats qui veillent à son exécution immédiate et pérenne. Si nécessaire, le protocole peut être homologué par un juge.

**CONCLUSION**

La médiation c’est vendeur. Les rapports<sup>22</sup>, colloques, déclarations publiques vantant les mérites de la médiation se multiplient plus vite que les pains après la mort de Saint-Jean-Baptiste ! Il faut séparer le bon grain de l’ivraie et rester prudent. Méfions-nous des incantations, des vœux pieux, instrumentalisation et soyons pragmatiques. Ainsi, il est à craindre que l’importante réforme du droit des contrats (qui vient d’entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016) ne génère une insécurité juridique et malheureusement, de façon mécanique, des contentieux judiciaires. Cela devrait amener un peu plus les parties à favoriser les Modes amiables de règlement des différends, notamment en insérant dans les contrats des clauses de médiation.

Guy Canivet est réaliste, l’évolution des mentalités prendra du temps : « *Pour imposer la médiation il faut bousculer, bousculer la hiérarchie judiciaire, les greffes, les magistrats, les avoués et les avocats. Il faut déranger, imposer, créer, organiser, animer ; trouver des médiateurs, les former, les mobiliser, les contrôler, les évaluer, garder les meilleurs, écarter ceux qui le sont moins, persévérer... continuer nonobstant l’hostilité, en dépit de l’incrédulité ambiante, malgré les réserves. Il faut triompher de la justice morte. Réussir tout cela n’est pas une mince affaire, il ne faut ni craindre la solitude ni redouter la raillerie et les empêchements sournois ou ouverts, d’autant plus qu’en réglementant la médiation en 1996, la justice n’a guère prévu les moyens de la développer, ni mis en œuvre une véritable politique de promotion, il n’y a en ce domaine que peu d’impulsion véritable et d’instructions précises, aucune évaluation continue<sup>23</sup> ».* Plusieurs arrêts récents de la cour d’appel de Paris ont rejeté des demandes d’article 700 du code de procédure civile (frais irrépétibles) au motif que les deux parties avaient refusé toute médiation, ou encore condamné à une amende civile une partie qui refusait de manière déraisonnable une mesure



**En cas d’accord, un protocole transactionnel est généralement signé. Il est rédigé par les juristes et les avocats qui veillent à son exécution immédiate et pérenne.**

22) On citera, sans être exhaustif, pro médiation, les rapports Fauchon-Jolibois 1996, Coulon 1998, Magendie 2008, Guinchard 2008, Darrois 2009, ou les récents rapports sur la Justices du XXI<sup>e</sup> siècle, 2013-2014.

23) Guy Canivet préface de « Stress et souffrance au travail : un juge témoin », B. Brenneuer, L’Harmattan.

de médiation<sup>24</sup>. Au sein de l'UE, pour promouvoir la médiation, cinq États n'hésitent pas à sanctionner les justiciables quérulents<sup>25</sup>. La parole est à la défiance...

Restons optimiste. La médiation a un bel avenir. D'une part les caisses sont vides<sup>26</sup> et les restrictions budgétaires limitent le recrutement des magistrats. D'autre part la médiation va dans le sens de l'histoire. Gratien, le célèbre canoniste du XII<sup>e</sup> siècle, exposait déjà dans la distinction XC de son « Décret »<sup>27</sup> que les évêques ne doivent point aimer les contestations et doivent chercher à accorder ceux qui ont des différends! Quelques siècles

plus tard le Cardinal de Retz soutenait qu'« *on est plus souvent dupé par la défiance que par la confiance* ». La confiance n'est-elle pas précisément le grand pari de la négociation raisonnée et des Modes amiables de résolution des différends? En 2016, nous célébrons le 300<sup>e</sup> anniversaire de la publication du chef-d'œuvre de François de Callières « *De la manière de négocier avec les souverains* »<sup>28</sup>. Diplomate, homme de lettres, c'est le père de la négociation raisonnée et intégrative. L'ouvrage, considéré à l'étranger comme un classique de la négociation, de la diplomatie et du management, reste trop mal connu en France. *E pur si mueve...*

Pour conclure et méditer, une belle formule de Georges Braque, qui vaut toutes les plaidoiries, « *Les preuves fatiguent la vérité* ». ●

24) Outre-manche, les juges anglais pénalisent systématiquement les plaideurs de mauvaise foi qui refusent la négociation, la médiation et les transactions.

25) Voir le rapport de la Commission européenne concernant l'application de la directive 2008/528/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, le 26 août 2016.

26) Celle de l'État mais parfois aussi, hélas, la trésorerie des entreprises.

27) *Concordia Discordantium Canonum* (« Concorde des canons discordants »).

28) « De la manière de négocier avec les souverains, de l'utilité des négociations, du choix des ambassadeurs et des envoyés, et des qualités nécessaires pour réussir dans ces emplois », *La compagnie, Amsterdam, 1716*.