



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 3

Collection Viadrina Médiation et Gestion des conflits

Martin Hauser

La médiation commerciale en France et en Allemagne – une comparaison

Concepts, finalités, fondamentaux,
aspects interculturels, divergences



Wolfgang Metzner Verlag

Band 3

Collection Viadrina Médiation et Gestion des conflits

Collection Viadrina Médiation et Gestion des conflits

Editée par

Dipl.-Psych. Nicole Becker, M. A.

Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.

Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter

Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Martin Hauser

**La médiation commerciale
en France et en Allemagne –
une comparaison**

Concepts, finalités, fondamentaux,
aspects interculturels, divergences



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
Masterarbeit
Studiengang 2014/2015



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Aus dem Deutschen übersetzt von Nelly Hervé, Brigitte Reins und Martin Hauser.
Traduit de l'allemand par Nelly Hervé, Brigitte Reins et Martin Hauser.

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2015

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Speicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Le présent travail est protégé par le droit d'auteur.

Toute utilisation en dehors du cadre strict du droit d'auteur sans le consentement de la maison d'édition est illicite et punissable. Ceci vaut notamment pour la reproduction, la diffusion, le traitement, la traduction, le microfilmage et la mémorisation et/ou le traitement dans des systèmes électroniques, y compris bases de données et services online.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-58-5 (Print)

ISBN 978-3-943951-59-2 (Online)

ISSN 2365-4155

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Sommaire

Sommaire **1**

Pensées **5**

Avant-propos **7**

Liste des abréviations **9**

Abstract **11**

A. Introduction **13**

B. La médiation commerciale en France et en Allemagne **14**

I. Définition des notions et délimitations **14**

1. Médiation extrajudiciaire **15**

a) Médiation conventionnelle (*gerichtsferne vertragliche Mediation*) **15**

b) Médiation judiciaire (*gerichtsnahe Mediation*) **16**

2. Médiation interne au tribunal (*gerichtsinterne Mediation*) **19**

a) Médiation interne menée par un juge (*Güterichter, juge de bonté*) **19**

b) Conciliation interne menée par un juge (*richterliche Schlichtung*) **25**

3. Recours à la médiation commerciale **29**

II. Caractéristiques fondamentales **32**

1. Origine historique et fondement philosophique de la médiation moderne **32**

a) Perspective française **33**

b) Perspective allemande **38**

c) Résultat comparatif **43**

2. Finalités de la médiation **45**

a) Perspective française **45**

b) Perspective allemande **49**

c) Résultat comparatif **53**

3. Contexte culturel de la médiation **54**

- a) Empreinte culturelle de la vision de l'histoire et de la finalité de la médiation **54**
- b) Empreinte culturelle des médiés (approche des aspects factuels, relationnels et émotionnels) **62**

III. Modèles de médiation par phases en France et en Allemagne **64**

- 1. Modèles par phases **64**
 - a) Le conflit : problème ou opportunité **64**
 - b) Modèle de médiation juridique et psychologique (émotions) **65**
 - c) Fondamentaux théoriques des modèles de médiation **67**
 - d) Phases et déroulement de la médiation **69**
- 2. Ouverture de la médiation (*Eröffnung der Mediation*) **70**
 - a) Perspective française **70**
 - b) Perspective allemande **74**
 - c) Résultat comparatif **75**
- 3. Inventaire des points à traiter - *Quoi ? (Themensammlung)* **76**
 - a) Description des points à traiter **77**
 - b) Pouvoir de négociation (*Verhandlungsmacht*) **78**
 - c) Le droit dans la médiation (*Recht in der Mediation*) **79**
- 4. Exploration et clarification des intérêts - *Pourquoi ? (Interessenklärung, Hintergrunderkundung)* **80**
 - a) Séparer les positions et les intérêts (*Trennen von Positionen und Interessen*) **80**
 - b) Entretiens séparés (*Einzelgespräche*) **82**
 - c) Catharsis, reconnaissance réciproque, accord sur le désaccord, changement de perspective (*Katharsis, gegenseitige Anerkennung, Konsens über den Dissens, Perspektivenwechsel*) **83**
- 5. Recherche créative de solutions - *Comment ? (Kreative Suche nach Lösungsoptionen)* **86**
- 6. Évaluation et sélection des options de solution - *Comment finalement ? (Bewertung und Auswahl von Lösungsoptionen)* **87**

IV. Principes fondamentaux de la médiation commerciale en France et en Allemagne **88**

- 1. Principe de liberté, principe de l'autonomie de la volonté des parties, responsabilité (*Freiwilligkeit, Selbstbestimmung, Eigenverantwortlichkeit*) **88**

2. Indépendance (*Unabhängigkeit*) **92**
 3. Impartialité (Unparteilichkeit) **92**
 4. Neutralité, multipartialité (*Neutralität, Allparteilichkeit*) **93**
 5. Confidentialité (*Vertraulichkeit*) **94**
 6. Fin de non-recevoir, suspension des délais de prescription et de forclusion (*Dilatorischer Klageverzicht, Hemmung von Verjährungs- und Ausschlussfristen*) **98**
 7. Homologation de l'accord (*Vollstreckbarkeitserklärung der Vereinbarung*) **101**
 8. Possibilité de mettre fin à tout moment à la médiation (*jederzeitige Beendigung der Mediation*) **102**
 9. Conditions de validité de la clause de médiation (*Wirksamkeitsvoraussetzungen der Mediationsklausel*) **104**
 10. Autonomie de la clause de médiation (*Autonomie der Mediationsklausel*) **105**
 11. Droit applicable aux médiations transfrontalières (*auf grenzüberschreitende Mediationen anwendbares Recht*) **106**
 12. Obligations du médiateur et responsabilité (*Pflichten des Mediators und Haftung*) **107**
- C. Conclusions **108**
- Bibliographie **111**
- Annexe 1 **128**
- À propos de l'auteur **129**

À l'amitié franco-allemande
et européenne

Pensées

« Le partage total entre deux êtres est impossible et chaque fois que l'on pourrait croire qu'un tel partage a été réalisé, il s'agit d'un accord qui frustré l'un des partenaires, ou même tous les deux, de la possibilité de se développer pleinement.

Mais lorsque l'on a pris conscience de la distance infinie qu'il y aura toujours entre deux êtres humains, quels qu'ils soient, une merveilleuse vie « côte à côte » devient possible : il faudra que les deux partenaires deviennent capables d'aimer cette distance qui les sépare et grâce à laquelle chacun des deux aperçoit l'autre entier, découpé dans le ciel !»

(„Ein Miteinander zweier Menschen ist eine Unmöglichkeit und, wo es doch vorhanden scheint, eine Beschränkung, eine gegenseitige Übereinkunft, welchen einen Teil oder beide Teile ihrer vollsten Freiheit und Entwicklung beraubt.

Aber, das Bewusstsein vorausgesetzt, dass auch zwischen den nächsten Menschen unendliche Fernen bestehen bleiben, kann ihnen ein wundervolles Nebeneinanderwohnen erwachsen, wenn es ihnen gelingt, die Weite zwischen sich zu lieben, die ihnen die Möglichkeit gibt, einander immer in ganzer Gestalt und vor einem großen Himmel zu sehen!“)

Rainer Maria Rilke, lettre à Emanuel von Bodman,
Westerstede près de Brême, le 17 août 1901

« Je pense donc je suis! »
(„Ich denke, also bin ich!“)

René Descartes

« Je doute, donc je suis médiateur »
(„Ich zweifle, also bin ich Mediator“)

Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson

« Agis seulement d'après la maxime grâce à laquelle tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle! »

(„Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die Du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde!“)

Immanuel Kant

« Les Allemands veulent être convaincus, les Français veulent être séduits ! »
(„Deutsche wollen überzeugt – Franzosen verführt werden!“)

« En Allemagne compte d'abord l'esprit technique, en France l'esprit humain! »
(„In Deutschland zählt zunächst der Sachverstand – in Frankreich der Menschenverstand!“.)

Jochen Peter Breuer & Pierre de Bartha

« Les Allemands « aiment » les Français, mais ne les prennent pas vraiment au sérieux ; les Français admirent les Allemands, mais ne les « aiment » pas vraiment. Les Français veulent être pris au sérieux, et les Allemands veulent être aimés. Celui qui n'est pas pris au sérieux a tendance à se parer de quelques plumes. Celui qui n'est pas aimé a une sensibilité souvent à fleur de peau. »

(„Die Deutschen „lieben“ die Franzosen, nehmen sie aber nicht wirklich ernst; die Franzosen bewundern die Deutschen, „lieben“ sie aber nicht wirklich. Die Franzosen möchten ernst genommen werden, und die Deutschen möchten geliebt werden. Wer nicht ernst genommen wird, neigt dazu, sich aufzuplustern. Wer nicht geliebt wird, reagiert oft überempfindlich.“)

Brigitte Sauzay

Avant-propos

Cette étude a été présentée dans une version plus courte à la Faculté juridique de l'Université Européenne Viadrina de Francfort-sur-l'Oder, Allemagne, au cours du semestre d'hiver 2014-2015 comme mémoire de master dans le cadre du cursus de Master en médiation.

Je souhaite exprimer à cette occasion la joie que j'ai eue de suivre ces études de médiation qui m'ont permis de questionner, d'approfondir et d'étayer en théorie l'expérience pratique de la négociation et de la médiation commerciales acquise dans les affaires internationales.

Je tiens à remercier Madame Prof. Dr. Ulla Glässer, Monsieur Prof. Dr. Lars Kirchhoff, Madame Nicole Becker et Monsieur Dr. Felix Wendenburg, chargés des contenus et de l'enseignement de ce cursus captivant, que je ne peux pas m'imaginer sans la participation de mes camarades d'études et ami(e)s, ni le soutien de Madame Romy Orthaus en particulier. Ma gratitude va aussi à Madame Hannah Tümpel à qui je dois l'idée d'avoir entrepris ces études et les voyages allers-retours entre Paris et Francfort-sur-l'Oder.

Un autre remerciement s'adresse aux éditeurs, en particulier à Madame Prof. Dr. Ulla Glässer et à Monsieur Dr. Felix Wendenburg, ainsi qu'à la maison d'édition Wolfgang Metzner Verlag pour avoir accueilli la présente étude en langues allemande et française dans leur collection, ainsi qu'à Madame Françoise Buschinger, Madame Anne Lingemann et Madame Sarah Marniquet pour leurs relectures attentives des manuscrits.

Je souhaite aussi remercier mes avocats-collaborateurs, Madame Anne Loiseau et Monsieur Stéphane Dassonville, ainsi que mes associés et collaborateurs du cabinet **BMH** AVOCATS pour leur compréhension et leur soutien. Je n'oublie pas non plus deux de mes clients, K.M. et B.T., dont le nom est « anonymisé » pour des raisons bien compréhensibles.

De même, je tiens à remercier le CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris), et en particulier Madame Sophie Henry, Madame Bérangère Clady, Madame Mélanie Germain, Madame Fanny Bloy, Madame Sarah Marniquet et Madame Bernadette Renaudat pour les nombreux entretiens que nous avons eus au sujet de la pratique et de la théorie de la médiation et le soutien qu'elles m'ont apporté.

Un remerciement particulier s'adresse par ailleurs à Monsieur Jacques Salzer et à Monsieur Thierry Garby pour leurs suggestions pertinentes lors des stages de formation à la médiation et au cours de nos entretiens.

Je tiens à rendre hommage à mon amie avocate, Madame Patricia Courtheoux, qui nous a subitement quittés en octobre 2014, et avec qui j'aurais aimé discuter notamment des enseignements culturels de ce mémoire.

Mes parents ont lu, dans leur grand âge, tous les articles que j'ai rédigés dans le cadre de mes études de médiation et m'ont soutenu moralement dans cette entreprise, tout comme ma sœur et mon beau-frère.

Enfin, je remercie de tout cœur mon ami, Monsieur Iñaki Rotaèche, qui a patiemment partagé avec moi, au cours d'innombrables entretiens, ma *vision du monde* devenue de plus en plus *médiatrice* au fil de mes études, m'éloignant de l'*homo oeconomicus* pour tendre vers le *dilemme de la négociation émotionnelle* (*emotionales Verhandlungsdilemma*) et a encouragé ma soif de connaissances.

Ilbarritz, le 15 août 2015

Martin HAUSER

Liste des abréviations

B

BB	Betriebs-Berater
BGB	Code civil allemand (<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>)

C

Cass. ch. Mixte	Cour de cassation – Chambre mixte
Cass. com.	Cour de cassation – Chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation – Chambre sociale
CMAP	Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, www.cmap.fr
Comm. comm. électr.	Revue Communication Commerce électronique
Con. Conc. Cons.	Revue Contrats Concurrence Consommation
CPC	Code de procédure civile

D

D	Dalloz
---	--------

E

EGZPO	Loi allemande relative à l'introduction du code de procédure civile (<i>Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung</i>)
-------	---

G

Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GG	Loi fondamentale allemande (<i>Grundgesetz</i>)

J

JCP E	La semaine juridique – entreprise et affaires
JCP G	La semaine juridique – édition générale
JCP S	La semaine juridique – social

L

LG	Tribunal de grande instance allemand (<i>Landgericht</i>)
LJA	Lettre des juristes d'affaires

O

Obs.	Observations
------	--------------

R

RDAI/IBLJ	Revue de droit des affaires internationales/ International business law journal
-----------	--

S

SchiedsVZ	Revue allemande sur les procédures arbitrales (<i>Zeitschrift für Schiedsverfahren</i>)
-----------	--

Z

ZKM	Revue allemande sur la gestion du conflit (<i>Zeitschrift für Konfliktmanagement</i>)
ZPO	Code de procédure civile allemand (<i>Zivilprozessordnung</i>)

Abstract

On oppose habituellement un « modèle de médiation occidental » unique, qui vient des Etats-Unis et englobe la France et l'Allemagne, à un modèle de médiation dit « oriental ». Le présent travail s'intéresse à la question de savoir si la médiation commerciale est identique en France et en Allemagne ou si elle est l'expression de chacune des cultures française et allemande et si la finalité de la médiation commerciale et sa pratique sont influencées par la culture nationale. Les différentes formes de médiation extra-judiciaire et judiciaire des deux pays seront tout d'abord décrites et différenciées. Ensuite sera explorée, dans les deux cultures, la compréhension historique et philosophique de la médiation, qui façonne l'objectif poursuivi par la médiation en France et en Allemagne. Puis, on comparera les modèles et la pratique de la médiation commerciale dans les deux pays. Enfin, les principes fondamentaux de la médiation en France et en Allemagne seront examinés.

Üblicherweise wird ein einheitliches sogenanntes „westliches Mediationsmodell“, das aus den USA kommt und Frankreich und Deutschland einschließen soll, einem sogenannten „östlichen Mediationsmodell“ gegenübergestellt. Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob Wirtschaftsmediation in Frankreich und Deutschland identisch ist oder Ausdruck jeweils französischer und deutscher Kultur, und ob Zielverständnis und Praxis der Wirtschaftsmediation von nationaler Kultur geprägt sind. Zunächst werden die unterschiedlichen Formen der außergerichtlichen und der gerichtlichen Mediation in beiden Ländern dargestellt und abgegrenzt. Sodann wird in beiden Kulturen das geschichtliche und philosophische Verständnis von Mediation, das deren jeweiliges Zielverständnis prägt, erforscht. Daran anschließend werden die jeweiligen Phasenmodelle und die Praxis der Wirtschaftsmediation in beiden Ländern verglichen. Die wesentlichen Grundprinzipien von Mediation in Frankreich und Deutschland werden abschließend betrachtet.

Usually, a single “Western mediation model” which comes from the USA and includes France and Germany is opposed to a so-called “Eastern mediation model”. The present work is concerned with the question of whether commercial mediation in France and Germany is identical or an expression of each French and German culture, and whether purpose and practice of commercial

mediation are influenced by national culture. First, the different forms of extra-judicial and court internal mediation in both countries will be shown and distinguished. Then, the historical and philosophical understanding of mediation in both cultures, that shapes their respective purpose, will be explored. Subsequently, the respective phase models and the practice of commercial mediation in both countries will be compared. Finally, the fundamental principles of mediation in France and Germany will be examined.

A. Introduction

Il est fréquent de lire que la forme de médiation que nous connaissons est un modèle du « monde occidental » qui, venu des États-Unis d'Amérique, a gagné l'Europe à partir des années 1970. Comparée à l'échelle mondiale, par exemple avec l'Asie, et plus particulièrement avec la Chine, la médiation du monde occidental est présentée en quelque sorte comme formant une unité¹. Or les modèles de médiation français et allemand n'ont fait l'objet d'aucune comparaison à ce jour².

Cette étude se propose d'examiner, en mettant l'accent sur la médiation commerciale, s'il existe – comme il conviendrait de s'y attendre – des différences de compréhension et de la pratique de la médiation en France et en Allemagne, différences qui seraient liées entre autres aux diversités culturelles des deux pays.

Pour ce faire, ce travail s'appuie principalement sur des publications des deux pays ayant trait à la médiation et à la médiation commerciale, dans la mesure où l'auteur a pu les consulter avant le 31 août 2015, et se fonde plus précisément sur la littérature de langue française et de langue allemande. Qu'il soit pardonné à l'auteur de n'avoir pu prendre en compte toutes les publications parues depuis les années 1970, en France comme en Allemagne, et d'avoir dû se donner des limites dans le cadre de cette étude. Cette étude intègre, à titre complémentaire, les années d'expérience que l'auteur a acquise de la médiation française et transfrontalière, de même que la pratique principalement interculturelle de son métier d'avocat et de la négociation en particulier.

¹ *Jean-François Six, Véronique Mussaud, Médiation, Préface de Raymond Barre et Michel Rocard*, Paris 2002, p. 32, 34 ; *Anne Isabel Kraus, Vermittlung in Verfahrenskonflikten zwischen europäischen und chinesischen Parteien*, ZKM 2008, 20-24

² À ce propos récemment *Steffen Jänicke, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014

B. La médiation commerciale en France et en Allemagne

La définition des notions et leurs délimitations (B.I.), les éléments caractéristiques (B.II.), les modèles de phases (B.III.) et les principes fondamentaux (B.IV.) de la médiation, en France et en Allemagne, seront dégagés de façon progressive avant de proposer une synthèse des résultats (C.).

I. Définition des notions et délimitations

Conformément à la transposition de la Directive européenne n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à la médiation, les définitions de la médiation sont largement concordantes dans les deux pays quant à leur sens³. En vertu de l'article 21 de la loi française relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative dans sa version de 2011, la médiation est « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, 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* »⁴. Selon l'article 1 de la loi allemande sur la médiation du 21 juillet 2012, la médiation est définie comme « *un processus confidentiel et structuré par lequel les parties tentent, de leur propre gré et de manière responsable, de résoudre amiablement leur conflit avec l'aide d'un ou plusieurs médiateurs* »⁵.

Les chapitres suivants s'articuleront autour de la médiation commerciale ou médiation interentreprises (*Wirtschaftsmediation*). Elle vise les différends susceptibles d'opposer des commerçants, principalement des entreprises, mais aussi

³ Au sujet de la situation juridique en France au 1^{er} mai 2008 avant la transposition de la directive relative à la médiation, voir l'expertise de droit comparé sur la médiation commandée par le ministère fédéral allemand de la justice auprès du département de droit privé étranger et international de l'Institut Max Planck à Hambourg, *Katrin Deckert*, *Mediation in Frankreich*, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, *Mediation*, Tübingen 2008, p. 183-258

⁴ Article 21 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (dans la version de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 à la suite de la transposition de la Directive européenne sur la médiation 2008/52/CE du 21 mai 2008)

⁵ Loi allemande relative à la médiation du 21 juillet 2012 (BGBl. I p. 1577) www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/mediationsg/gesamt.pdf

des personnes exerçant une profession libérale, dans le cadre de leur participation à des transactions économiques et commerciales (B2B)⁶. Cette étude ne saurait tenir compte ni des particularités des médiations en entreprise ou intraentreprises (*innerbetriebliche, innerorganisatorische Mediationen*), bien qu'elles soient proches⁷ de la médiation commerciale, ni des différends qui opposent les entreprises en matière de droit du travail et de droit successoral.

On étudiera d'abord (1.) la médiation extrajudiciaire (*aussergerichtliche Mediation*) et (2.) la médiation interne au tribunal (*gerichtsinterne Mediation*) ainsi que (3.) le recours à la médiation commerciale en France et en Allemagne.

1. Médiation extrajudiciaire

On distingue ci-après la médiation conventionnelle en dehors de toute instance judiciaire (a) de la médiation proche du tribunal au cours d'une instance judiciaire (b).

a) Médiation conventionnelle (*gerichtsferne vertragliche Mediation*)

La transposition de la Directive européenne du 21 mai 2008 relative à la médiation a introduit dans le Code de procédure civile, par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012⁸, les articles 1530 à 1535 sur les médiations conventionnelles convenues entre les parties en cause et menées indépendamment d'une procédure judiciaire.

En Allemagne, la loi allemande sur la médiation (*Mediationsgesetz*) du 21 juillet 2012 régleme la médiation conventionnelle extrajudiciaire.

Contrairement à la récente jurisprudence restrictive en France au sujet de la validité et de la force obligatoire des clauses de médiation conventionnelle (voir

⁶ Jacques Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 259 ; similaire Steffen Jänicke, *Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 62 ; sur la création en 2010 d'un médiateur interentreprises auprès du ministère français de l'industrie, cf. Alexandra Berg-Moussa, Chloé Minet, *La médiation des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance : premier bilan d'activité*, Con. Conc. Cons. n° 1 janvier 2012, étude 2

⁷ Le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) gère des médiations dans le cadre de conflits interentreprises et intraentreprises, www.cmap.fr

⁸ Le décret résulte de la mise en oeuvre de l'ordonnance N° 2011-10540 du 16/11/2011 dont le fondement est l'article 198 de la Loi du 17/05/2011 ; cf. Friedrich Niggemann, *Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie 2008 in Frankreich*, *SchiedsVZ* 2012, p. 258-266, qui indique à juste titre l'opacité des dispositions légales (p. 265)

ci-après B.IV.9), on attribue, en Allemagne, à tous les accords permettant de rechercher une solution par la voie de la négociation en cas de conflit, l'effet d'une fin de non-recevoir (*dilatorischer Klageverzicht*) excluant temporairement l'action devant les tribunaux (voir ci-après B.IV.6).

Étant donné que les deux notions de médiation visent la résolution amiable de différends (*Konflikte*),⁹ les dispositions légales relatives à une médiation conventionnelle s'étendent aux procédures dites curatives et non préventives. Que ce soit en France ou en Allemagne, la médiation de projet (*dritunterstützte Verhandlungen bei Vertragsschluss, deal mediation*), à savoir l'accompagnement par la médiation de projets ou d'opérations de restructuration lorsqu'il n'y a pas (encore) de différends à régler, n'est pas régie par les dispositions légales, à moins que l'on soit déjà en présence d'un conflit latent. Les parties conviendront, dans le doute, de clauses contractuelles supplémentaires autorisant la mise en œuvre d'une procédure de médiation de projet, en particulier en ce qui concerne la confidentialité¹⁰.

b) Médiation judiciaire (*gerichtsnahe Mediation*)

On peut désigner par « proches du tribunal » les médiations extrajudiciaires qui sont effectuées au cours d'une procédure judiciaire¹¹. En France, la loi a instauré dès 1995¹² la médiation judiciaire ordonnée par les tribunaux dès lors que l'accord des parties a été recueilli (voir à ce sujet B. IV. 1 ci-après). En 1996, le

⁹ Au sujet de la notion de conflit cf. *Hubert Touzard*, La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique, Paris 1977, p. 19 ss. ; *Martin Hauser*, L'incidence de la notion de conflit dans l'analyse des conflits en médiation commerciale, http://bib.cmap.fr/incidence-notion-conflit-mediation_Martin-Hauser.php et en allemand ZKM 2014, 97-99 avec références ; cf. *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 243 ss., qui éclaire la pertinence de la médiation dans un conflit commercial.

¹⁰ *Ulrich Hugel*, 2, § 1, notes 18-19, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

¹¹ Sur la médiation judiciaire *Jacques Faget*, L'articulation entre médiation et justice face aux défis de la post-modernité, Les Annonces de la Seine 10 juin 2015, p. 4-5 ; *Fabrice Vert*, Le juge et la médiation: un oxymore?, Les Annonces de la Seine 10 juin 2015, p. 13-15 ; *Fabrice Vert*, Des avantages de la médiation judiciaire, Gaz. Pal. 24/05/2014 N° 144, p. 21 ; *Thierry Garby*, Le juge et la médiation, partie II, Gaz. Pal. 21/12/2013 N° 355, p. 8 ss. ; en détail, *Katrin Deckert*, Médiation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, Mediation, Tübingen 2008, p. 185, 189 ; *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 101 ss.

¹² Introduite par les articles 21 à 26 de la Loi N° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

Code de procédure civile (CPC) a introduit¹³ les articles 131-1 à 131-15 donnant ainsi au juge le pouvoir d'ordonner une médiation en dehors du tribunal après avoir recueilli l'accord des parties, de désigner un médiateur et de suspendre dans un premier temps la procédure toujours pendante devant le tribunal : « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose* »¹⁴. La médiation judiciaire française fait l'objet de règles précises¹⁵ qui prévoient notamment les exigences posées au médiateur (*articles 131-4, 5 CPC*), la durée de la médiation (*article 131-3 CPC*), la fin de la médiation qui peut être ordonnée d'office par le juge, à la requête d'une partie ou du médiateur (*article 131-10 CPC*)¹⁶, l'information du tribunal par le médiateur qui se limite au déroulement de la médiation et exclut toute information concernant le contenu (*articles 131-9, -11 CPC*), la confidentialité de la procédure de médiation pour tous les participants (*article 131-14 CPC*), le cas échéant, à la requête des parties, l'homologation (*Verbindlichkeits- und Vollstreckbarkeitserklärung*) judiciaire de l'accord (*article 131-12 CPC*) et, enfin, la fixation de la rémunération du médiateur (*articles 131-6, -13 CPC*). La médiation judiciaire n'a pas réussi à s'imposer plus largement à ce jour. Il se pourrait même que le nombre de médiations ait diminué. La pratique judiciaire a montré qu'elle préconise la présence de juges informés et engagés, qui filtrent les affaires pendantes en fonction de certains critères et invitent aussi bien les représentants des parties que leurs avocats à un entretien. Si les parties approuvent la proposition de médiation judiciaire, le juge peut alors l'ordonner¹⁷.

¹³ Insérés par Décret N° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires

¹⁴ Au sujet de la « médiation judiciaire », *Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon*, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 153 ss., 160 ss. ; *Tatjana Štruc*, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009

¹⁵ En détail, *Katrin Deckert*, Mediation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, Mediation, Tübingen 2008, p. 211 ; voir aussi *Martin Hauser*, La rémunération des médiateurs dans les médiations commerciales en France – le point de vue d'un avocat, http://bib.cmap.fr/remuneration-mediation-commerciale-france_Martin-Hauser.php

¹⁶ La fin d'une médiation ordonnée par la justice requiert obligatoirement la citation à une audience (*Gerichtstermin*), *Cass. soc.* 14 janvier 2014, obs. *Alexis Albarian*, Droit et pratique de la médiation et de la négociation commerciale, économique et sociale, Petites Affiches 6/10/2014 N° 199, p. 5 ss. ; *Lucien Flamant*, Comment le juge peut-il mettre fin à la médiation ?, *JCP S* N° 26 1/07/2014, 1285

¹⁷ Voir *Inspection Générale des Services Judiciaires*, Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, avril 2015, www.justice.gouv.fr/publication/2015_THEM_Rapport_definitif_reglement_conflits.pdf, p. 16 ss. ; *Philippe Bertrand*, Bilan provisoire de l'expérimentation de la médiation à la chambre commerciale de la cour

En Allemagne, l'article 278a du Code de procédure civile allemand (ZPO) prévoit que : « *le tribunal peut proposer aux parties une médiation ou une autre procédure permettant de mettre fin extrajudiciairement au conflit. Si les parties décident d'effectuer une médiation ou une autre procédure pour résoudre le conflit extrajudiciairement, le tribunal ordonne la suspension de la procédure.* » Les dispositions de la loi allemande sur la médiation (*Mediationsgesetz*) s'appliquent alors à cette procédure de médiation extrajudiciaire proposée par le tribunal. Toutefois, un tribunal allemand ne peut, contrairement à un tribunal français, ni ordonner une médiation ni désigner un médiateur, même si les parties sont d'accord pour effectuer une médiation. Il semble tout au plus opportun que le tribunal cite les noms d'organisations tenant des listes de médiateurs à partir desquelles les parties peuvent faire leur choix¹⁸. Dans le cas où le tribunal allemand aurait suggéré une médiation, ce dernier peut uniquement ordonner la suspension de la procédure. La possibilité d'un tel « renvoi hors instance » (*Hinausverweisung*) d'une affaire pendante à des médiateurs extrajudiciaires n'est guère utilisée aujourd'hui en Allemagne. Or le renvoi à la médiation extrajudiciaire serait justement opportun, notamment pour les affaires de conflits où il est prévisible que leur grande complexité, leur escalade ou, pour d'autres raisons, que leur longueur ou difficulté sont telles qu'elles feraient exploser le délai raisonnablement réservé à la médiation interne du tribunal allemand¹⁹.

La médiation judiciaire ordonnée par un tribunal français et proche de lui n'a pas de correspondance directe dans la médiation « suggérée » par un tribunal allemand. *Steffen Jänicke* développe des propositions visant à instaurer en Allemagne *de lege ferenda* un lien entre une procédure judiciaire et une médiation judiciaire ordonnée par un tribunal allemand, similaire à la médiation judiciaire française²⁰. La médiation ordonnée en France par les tribunaux, qui intervient certes au cours de la procédure judiciaire mais en dehors de celle-ci, présente

d'appel de Pau – 2011-2013, dans : *Béatrice Blohorn-Brenneur*, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 35-51 ; *Jean-Pierre Mattei*, Quel intérêt pour la justice commerciale ?, Petites Affiches 13/07/1999, p. 8 ss.

¹⁸ *Lambert Lör*, 2, § 278a ZPO, note 11, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

¹⁹ *Ulla Gläßer, Nicole Becker, Heidi Ittner*, Begleitforschung zur Pilotierungsphase der Gerichtlichen Mediation in Brandenburg, novembre 2011, p. 85, https://www.ikm.europa.uni.de/de/publikationen/Abschlussbericht_Evaluation-Ger_Med_Bbg_.pdf

²⁰ *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 291 ss.; *Tajana Štruc*, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009, p. 235-236, 241-244

tout au plus une certaine similitude avec la médiation interne menée par un « juge de bonté » (*Güterichter*) du tribunal allemand bien que celle-ci soit effectuée au sein même du tribunal par des juges et non pas hors instance par des médiateurs (voir ci-après B.I.2.a).

2. Médiation interne au tribunal (*gerichtsinterne Mediation*)

Les systèmes de médiation interne utilisés au cours d'une procédure judiciaire française²¹ ou allemande, à savoir (a.) la médiation menée par un juge de bonté (*Güterichter*) et (b.) la conciliation menée par un juge (*richterliche Schlichtung*) font l'objet de l'étude ci-après.

a) Médiation interne menée par un juge (*Güterichter, juge de bonté*)

En France, la loi ne prévoit pas de médiation interne au tribunal menée par un juge. L'article 21 du Code de procédure civil français (CPC) dispose néanmoins qu' « *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* »²². Si l'objectif à court terme de la décision judiciaire est de mettre fin au litige, à long terme toutefois, l'objectif est de pacifier les parties. La question se pose de savoir si juger sans pacifier est vraiment rendre justice²³. Les procédures judiciaires françaises se transformeraient de plus en plus souvent en « *duels judiciaires* » alors que le rôle de conciliateur du juge serait relégué à l'arrière-plan²⁴. Dans la pratique judiciaire civile française, qui se sent commise à la culture du droit romain, l'intercession du juge n'a pu faire ses preuves dans le passé. Le manque de temps des tribunaux français submergés de dossiers devrait en être une des rai-

²¹ *Katrin Deckert*, *Mediation in Frankreich*, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, *Mediation*, Tübingen 2008, p. 194, relève d'une part qu'aucune médiation interne au tribunal n'a lieu en France pour les affaires civiles et commerciales, et fait remarquer d'autre part que l'évolution de la médiation interne (judiciaire ?), spécialement en droit commercial, diffère d'un tribunal à l'autre, et qu'elle est plus souvent proposée à Paris qu'en province (p. 248).

²² *Yves Lelièvre*, *Conciliation et médiation et temps de crise – les défis d'un tribunal de commerce*, dans : *Béatrice Blohorn-Brenneur*, *Conciliation et médiation commerciales*, Paris 2013, p. 26 rappelle la tension qui résulte de la confrontation de l'art. 21 à l'art. 12 CPC (« *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* »).

²³ *Béatrice Brenneur*, *Stress et souffrance au travail – un juge témoigne*, Paris 2010, pp. 132, 158 : alors qu'en 1850 85 % de tous les litiges prud'homaux pouvaient encore être réglés avec succès par le biais de la conciliation, ce chiffre serait descendu à 10 % aujourd'hui.

²⁴ *Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon*, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 103-104, 111, pour citer l'ancien avocat général à la Cour de cassation, *Huguette Foyer de Costil*, et l'ancien président de la Cour d'appel de Paris, *Jean-Claude Magendie*.

sons principales, mais aussi les juges français eux-mêmes. Ils ne maîtriseraient que rarement les techniques de la communication et s'en tiendraient très souvent aux usances procédurales. Une autre raison tiendrait au fait que les juges français ne recevraient les documents de preuve qu'à la fin de la procédure et ne seraient guère en mesure de se faire une opinion de l'affaire au préalable pour élaborer une proposition de conciliation²⁵. La juridiction commerciale, à la différence de la juridiction civile, constitue ici une certaine exception²⁶. Les tribunaux de commerce (*Handelsgerichte*) sont en effet exclusivement composés de dirigeants d'entreprise (*Unternehmer*) à titre de juges consulaires (*Laienrichter*), qui dans leur fonction de juge suggèrent d'organiser des entretiens de conciliation entre les parties. Dans la plus récente pratique des tribunaux civils et plus particulièrement des tribunaux de commerce, les juges rapporteurs et juges du fond se souviennent de plus en plus de leur rôle de conciliateur visé à l'article 21 du Code de procédure civile²⁷. Il est alors possible qu'ils exercent ce rôle lors d'une tentative de conciliation en ayant recours aux méthodes de la médiation (« *la nouvelle conciliation judiciaire* »)²⁸. On estime également qu'un juge du tribunal de commerce peut effectuer lui-même une médiation au sein du tribunal à condition qu'il ait été nommé médiateur d'une « médiation judiciaire » par le juge saisi du litige (*französischer Streitrichter*). Un juge du tribunal de commerce aurait donc aujourd'hui le choix d'effectuer lui-même une tentative de conciliation en employant des éléments de médiation, de nommer un conciliateur de justice (*französischer gerichtlicher Schlichter* - voir ci-après B.I.2.b) ou

²⁵ Friedrich Niggemann, Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie 2008 in Frankreich, SchiedsVZ 2012, p. 258-266 (259 note 12) ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 157 ; autre point de vue Marianne Lassner, Juge puis médiateur, une convergence logique, D 2013, p. 2707 ; voir aussi Hélène Gebhardt, Le juge tranche, le médiateur dénoue, Gaz. Pal. 16/04/2013 N° 106, p. 9 ss.

²⁶ À l'exception d'une partie de l'Alsace-Lorraine (*départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, regroupés sous le nom générique d'Alsace-Moselle*), les tribunaux de grande instance français n'ont pas de chambres commerciales, tel que c'est usuel en Allemagne. Les chambres commerciales de ces trois départements sont spécialisées et chacune d'elles est présidée par un juge professionnel assisté par deux commerçants élus à titre de juge consulaire pour quatre ans.

²⁷ Yves Lelièvre, Conciliation et médiation et temps de crise – les défis d'un tribunal de commerce, dans : Béatrice Blohorn-Brenneur, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 26 ; Béatrice Brenneur, Stress et souffrance au travail – un juge témoigne, Paris 2010, p. 172, 173, 177, 179

²⁸ Jean-Bertrand Drummen, conciliation et médiation, dans : Béatrice Blohorn-Brenneur, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 23 ; Frédéric Peltier, Viguié Schmidt Peltier, Conciliation. Le juge commercial conciliateur : un juge engagé, JCP G 9/01/2012, doct. 32 ; Béatrice Brenneur, Stress et souffrance au travail – un juge témoigne, Paris 2010, p. 172, 179 „*la nouvelle conciliation judiciaire*” ; Béatrice Blohorn-Brenneur, La nouvelle conciliation judiciaire, Petites Affiches 9/12/2005 N° 245, p. 3

bien encore d'ordonner une médiation judiciaire dans laquelle le médiateur devra être non seulement un médiateur extrajudiciaire, mais pourra aussi être un juge du tribunal de commerce autre que celui saisi du litige²⁹. Les litiges commerciaux de plus petite envergure seraient résolus théoriquement par le biais de la conciliation alors que des litiges plus importants et plus complexes seraient confiés à la médiation judiciaire, étant précisé que les exemples cités démontrent que des litiges de plus de 3 millions d'euros ont également été résolus par la voie de la conciliation³⁰. En cas d'échec de la conciliation judiciaire, le juge saisi du litige se retirerait en sa qualité de juge rapporteur ou juge du fond de la procédure en cours qui serait poursuivie et tranchée par un autre juge. Le juge conciliateur (*vermittelnder Richter*) étant tenu de respecter la confidentialité, il conviendra d'attirer l'attention des parties, dès le début de la procédure, sur le fait qu'un autre juge tranchera le litige si elles ne parviennent pas à un accord³¹. Le tribunal de commerce de Paris favorise de plus en plus la conciliation interne au tribunal et a annoncé la constitution d'une nouvelle chambre spécialement dédiée à la conciliation³². En dépit de la redécouverte ou du retour à l'ordre du jour de la tâche de conciliation du juge civil et du juge de commerce français, qui peut avoir recours à des méthodes de conciliation basée sur les intérêts, on ne parle pas (encore) en France, à la différence du Québec, du « juge médiateur » (*Richtermediator*) mais du « juge conciliateur »³³. Cette activité de conciliation, qui est effectuée directement par le juge, a pris de l'importance ces derniers

²⁹ Jean-Bertrand Drummen, conciliation et médiation, dans : Béatrice Blohorn-Brenneur, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 23-25

³⁰ Yves Lelièvre, Conciliation et médiation et temps de crise – les défis d'un tribunal de commerce, dans : Béatrice Blohorn-Brenneur, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 31, 33

³¹ Béatrice Brenneur, Stress et souffrance au travail – un juge témoigne, Paris 2010, p. 173

³² Olivia Dufour, La conciliation remporte un franc succès au tribunal de commerce de Paris, LJA N° 1181 – 27 octobre 2014, p. 5 « *Eu égard au succès inattendu de la conciliation dans le cadre de conflits, le Président du tribunal de commerce de Paris, Frank Gentin, a annoncé la création d'une chambre spéciale* » ; le 3 septembre 2014, LVMH et HERMES sont parvenus à un accord à la suite de la conciliation opérée par le Président du tribunal de commerce de Paris dans la procédure qui les opposait depuis déjà près de quatre ans ; la procédure est louée dans les médias français en tant que « médiation » ou encore « conciliation », www.lemonde.fr/economie/article/2014/09/03/lvmh-reduit-sa-participation-dans-hermes_4480893_3234.html ; www.challenges.fr/entreprise/20140904.CHA7334/l-histoire-secrete-de-la-paix-signee-entre-lvmh-et-hermes.html ; Fabrice Vert, Des avantages de la médiation judiciaire, Gaz. Pal. 24/05/2014 N° 144, p. 21 ; Olivia Dufour, Entretien avec Frank Gentin, président du Tribunal de commerce de Paris, Nous avons besoin de l'aide du législateur pour développer la médiation, Petites Affiches 24/04/2014 N° 82, p. 4 ss. : « *C'est également dans un cadre négocié que se traitent désormais les affaires les plus importantes en termes sociaux et financiers* ».

³³ Béatrice Brenneur, Stress et souffrance au travail – un juge témoigne, Paris 2010, p. 201 ; Christophe Caron, Le juge conciliateur en droit d'auteur, Comm. comm. électr. N°2 février 2004, comm. 15

temps notamment dans le cadre de litiges économiques portés devant les tribunaux de commerce français.

Le Code de procédure civile allemand prévoit en son article 278 ce qui suit : « *Le tribunal doit être en mesure, à tout niveau de la procédure, de tenir compte d'une résolution amiable du litige ou de certains de ses points.* » Ainsi, il convient de préférer une résolution amiable du conflit à une décision judiciaire *ultima ratio*³⁴. Bien que les tribunaux allemands aient toujours plus souvent fait usage de cette disposition que les tribunaux français de l'article 21 CPC, la culture de la conciliation de conflits a cependant été jugée insuffisante en Allemagne. C'est pour cette raison qu'une audience de conciliation obligatoire (*Güteverhandlung*) a été introduite en 2002 dans le Code de procédure civile allemand avant les débats oraux afin d'entendre les parties en personne et institutionnaliser l'idée de la conciliation³⁵. Cette idée n'a cependant pas connu un franc succès, comparée à l'activité d'intermédiation déjà existante du juge saisi du litige. Partant de cette activité de conciliation judiciaire, différents projets pilotes ont été initiés dans le but d'intégrer la médiation pendant les procédures judiciaires. Or les juges allemands saisis d'un litige n'intervenaient pas en qualité de juge médiateur (*Richtermediator*) dans la même affaire. Ils n'étaient donc pas tenus de se retirer de la procédure en cas d'échec de la médiation interne. Au contraire, en leur qualité de juge du fond, ils confiaient l'affaire en amont à un autre juge médiateur. C'est ainsi que la médiation interne au tribunal avait été proposée dans presque tous les Länder et toutes les juridictions pendant les procédures en cours peu avant l'adoption de la loi sur la médiation en 2012 et était devenue un élément essentiel d'une justice moderne et citoyenne. Le taux d'accords étant de 70 % et plus, les intéressés l'avaient bien acceptée et en étaient satisfaits. La neutralité du forum de la procédure judiciaire pour la rencontre des parties ainsi que la modération par un juge reconnu comme neutre en la personne du juge médiateur sont les grands avantages qui ont été conservés de la médiation judiciaire interne au tribunal³⁶. La médiation interne au tribunal a fortement contribué en Allemagne à faire connaître la médiation comme étant aussi

³⁴ § 278 ZPO: „Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein“; Lambert Löer, 3, 7, note 3, dans : Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014 ; Martin Zwickel, Bürgernahe Ziviljustiz: die französische Jurisdiction de proximité aus deutscher Sicht, Tübingen 2010, p. 84

³⁵ Martin Zwickel, Bürgernahe Ziviljustiz: die französische Jurisdiction de proximité aus deutscher Sicht, Tübingen 2010, p. 90 ss.

³⁶ Lambert Löer, 3, 7, note 8-10, dans : Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

une procédure extrajudiciaire de règlement de conflits, même si les intéressés ont toujours aussi peu recours à celle-ci. Néanmoins, en 2012, la loi allemande sur la médiation a supprimé la procédure de médiation interne au tribunal sous cette appellation car elle risquait de mettre en péril la médiation extrajudiciaire. Il ne s'agissait en réalité pas tant de réduire la charge de travail des tribunaux, que d'empêcher une pratique de prix anticoncurrentiels de la part des pouvoirs publics au travers de la médiation judiciaire interne subventionnée, ce qui paraissait incompatible avec le principe de subsidiarité³⁷. La médiation, sous cette désignation, est désormais exclusivement réservée au règlement extrajudiciaire des conflits bien qu'il soit toujours permis au tribunal d'utiliser en interne des méthodes inhérentes à la médiation, notamment ses méthodes de communication. Depuis, la tentative de résolution des conflits axée sur les intérêts des parties est uniquement menée par le « juge de bonté » (*Güterichter*), institué en 2012, qui se distingue du juge saisi du litige (*Streitrichter*). Le juge de bonté (*Güterichter*) n'a plus le droit de se nommer « juge médiateur » (*Richtermediator*)³⁸. Depuis 2012, le juge chargé d'un dossier peut adresser les parties, même sans avoir recueilli leur accord, à un juge de bonté (*Güterichter*) distinct pour procéder à une audience de conciliation et à d'autres tentatives de conciliation (article 278 V ZPO). Le juge de bonté (*Güterichter*) ne fait pas partie de la chambre qui statue, mais bien du tribunal. Il n'est pas médiateur, mais il intervient dans le cadre de sa fonction de juge, et la loi sur la médiation ne s'applique pas directement, tout au plus par analogie³⁹. Le juge de bonté (*Güterichter*) est libre de choisir la méthode de règlement des conflits à appliquer, il ne peut toutefois avoir recours, pour régler le conflit, à des procédures volontaires et axées sur les intérêts des parties telles que la médiation, sans la dénommer ainsi, qu'après avoir recueilli l'accord des parties (voir ci-après B. IV. 1)⁴⁰. Afin de garantir la confidentialité, le juge de bonté (*Güterichter*) n'ajoutera au contenu du dossier de la procédure ni ses notes ni aucune pièce versée par les parties. Il

³⁷ *Guido Rasche*, Kritik an der Gerichtsmediation, Betrachtungen und Anregungen eines Prozessanwalts, p. 159 ss. (p. 165), dans : *Ulla Gläßer, Kirsten Schroeter*, Gerichtliche Mediation, Baden Baden 2011 ; *Reinhard Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, juillet 2007, p. 123, www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf

³⁸ *Thomas Steiner*, Kapitel 8 Das Güterichterverfahren, notes 1 ss., dans : *Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015 ; *Lambert Löer*, 3, 7, note 18-22, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

³⁹ *Lambert Löer*, 2, art. 278 ZPO note 11, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

⁴⁰ *Lambert Löer*, 2, art. 278 ZPO note 12 ss., dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

n'établira pas non plus de procès-verbal, sauf à la demande commune des parties⁴¹. Cependant, une étude récente qui a examiné environ 300 médiations internes au tribunal a laissé paraître un certain doute quant à la durabilité des solutions trouvées. 25 % des parties ne se sentaient qu'insuffisamment liées par un accord conclu dans ce cadre. En effet, une audience de médiation interne de quelques heures devant le juge de bonté s'effectue manifestement au détriment d'une exploration et clarification en profondeur du conflit de sorte que peu de parties seulement ont développé une meilleure compréhension de la genèse du conflit et pu améliorer leur culture du conflit⁴². En cas d'échec de l'audience de conciliation (*Güteverhandlung*), le juge de bonté, qui n'est pas un juge habilité à statuer dans cette affaire, n'interviendra normalement pas dans la procédure qui se poursuivra aux fins de jugement. Cela n'est toutefois pas tout à fait exclu si le plan interne de répartition des affaires au tribunal est modifié. L'ancien juge de bonté (*Güterichter*) n'est pas exclu de la prise de décision par la loi⁴³.

À titre comparatif, il apparaît que les juges saisis d'un litige en France peuvent dans la pratique directement appliquer des méthodes de médiation alors que les juges de bonté (*Güterichter*) allemands ne peuvent y avoir recours en interne qu'après avoir été saisis de l'affaire. Dans la mesure où les juges français effectuent eux-mêmes la médiation au sein du tribunal, cela va à l'encontre de la compréhension allemande de l'exclusion de l'identité personnelle du juge saisi du litige et d'un juge de bonté (*Güterichter*) recourant à la médiation. Une telle activité de médiation effectuée par le juge français saisi du litige ne serait vraisemblablement pas conforme à la directive relative à la médiation (article 3 a) al. 2). Contrairement à la conciliation, la médiation est réservée, selon la directive sur la médiation, aux juges médiateurs qui ne sont pas saisis du litige en qualité de juge rendant la décision⁴⁴. Cette différenciation rappelle le principe

⁴¹ Lambert Löer, 2, art. 278 ZPO note 22, 26, dans : Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014

⁴² Peter Kaiser, Andrej Marc Gabler, *Prozessqualität und Langzeiteffekte in der Mediation*, ZKM 6/2014, S. 180-184

⁴³ Lambert Löer, 2, art. 278a ZPO note 30, dans : Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014: En qualité de juge saisi du litige, il ne serait exclu selon l'article 41 n°8 ZPO que s'il a participé à une procédure de médiation ou à une autre procédure de règlement extrajudiciaire des conflits (contesté). En revanche, une récusation de la part même du juge par crainte de partialité pour des raisons d'implication préalable serait possible (articles 42, 48 ZPO).

⁴⁴ «Aux fins de la présente directive, on entend par: «médiation», un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un

allemand du « droit au juge légal ». Alors qu'en France le « droit au juge naturel » est traité de façon hiérarchique et avec une flexibilité qui varie d'un tribunal à l'autre⁴⁵, le droit allemand au juge légal, c'est-à-dire au juge déterminé par la loi, reconnu comme droit constitutionnel (article 101 de la Loi fondamentale allemande), exige que la juridiction et le juge compétents pour trancher un litige soient déterminés au préalable. Il serait difficilement compatible avec ces dispositions qu'à l'instar de la France, un juge saisi du litige se retire de l'affaire après l'échec de ses tentatives de conciliation par l'emploi de méthodes de la médiation.

b) Conciliation interne menée par un juge (*richterliche Schlichtung*)

La majeure partie de la littérature française distingue la médiation de la conciliation en ce sens que la conciliation (*Schlichtung*) permet au conciliateur d'intervenir davantage, de se faire une opinion du conflit et de soumettre une proposition de compromis aux parties. Le médiateur, en revanche, assiste les parties lors de leur propre résolution du conflit sans, en principe, développer ses propres propositions de résolution⁴⁶. Tandis que la conciliation décrit un objectif, la médiation désigne avant tout une méthode. Pour atteindre l'objectif de la conciliation, le conciliateur doit avoir la possibilité de soumettre ses propres proposi-

État membre. Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige » ; cf. Lambert Løer, 3, 7, note 12, dans : Jürgen Klöweit, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014 ; Tatjana Štruc, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009, p. 241 souligne le « conflit de rôles entre conciliation et décision » (« Rollenkonflikt zwischen Schlichtenden und Richtenden »)

⁴⁵ Emmanuel Jeuland, Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire, ENA, Revue française d'administration publique 2008/1 - N° 125, p. 33-42.

http://injustices.ws/dossiers/international/RFAP_125_0033.pdf : « En somme, le droit au juge naturel est incertain en droit français. La jurisprudence traite du juge naturel, et non d'un droit au juge naturel dans des questions de compétence et non d'organisation judiciaire. »

⁴⁶ Cf. Martine Boittelle-Coussau, Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?, Gaz. Pal. 13 juin 2015 n°164, p. 9 ; Thierry Garby, Le juge et la médiation, partie I, Gaz. Pal. 11/06/2013 N° 162, p. 7 ss. ; Arnaud Stimec, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 7 ss. ; une compréhension manifestement aux antipodes dans le passé, cf. Hubert Touzard, La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique, Paris 1977, p. 154 ; contre une différenciation, Emmanuel et Matthieu Brochier, Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le code de procédure civile, D 19 février 2015 N° 7 p. 389-393 ; Marie-Daphné Perrin, Conciliation-Médiation, Petites Affiches 26/08/2002 N° 170, p. 4

tions de résolution⁴⁷. La médiation est en rapport étroit avec la conciliation qu'elle a pour but de faciliter⁴⁸.

Comme déjà exposé ci-dessus (B.I.2.a), il entre dans la mission du juge, selon l'article 21 CPC, dans les litiges en matière civile et commerciale, d'effectuer une tentative de conciliation entre les parties au moment qui lui semblera opportun. Il n'a toutefois guère été fait usage de cette disposition par le passé. C'est seulement avec l'augmentation en France des procédures contradictoires de référé (*streitig geführte Einstweilige Verfügungsverfahren*) dont le but peut également être d'obtenir un paiement par provision (*référé-provision*), et grâce au contact étroit avec le juge des référés et à la communication directe avec celui-ci, que l'idée de la conciliation a fait son chemin⁴⁹. Après l'abolition en 1958 du « juge de paix » (*Friedensrichter*), une institution qui existait depuis 1790, et son remplacement par les tribunaux d'instance (*Amtsgerichte*), le législateur a institué en 1978 le « conciliateur » (*Schlichter*). Cette institution a été développée par la loi du 8 février 1995 et les décrets du 22 juillet, 13 décembre 1996 et 1^{er} octobre 2010. Les conciliateurs s'appellent désormais des « conciliateurs de justice » (*gerichtliche Schlichter*)⁵⁰. Ils sont nommés par le Président de la cour d'appel compétente, doivent prêter serment et sont des auxiliaires de justice (*Hilfsorgane der Rechtspflege*) qui travaillent bénévolement (*ehrenamtlich*) et gracieusement (*kostenlos*). Il peut être fait appel aux conciliateurs de justice dans le cadre d'une procédure judiciaire, même sans l'accord⁵¹ des parties, principalement par les tribunaux d'instance (article 831 CPC) et depuis 2010 égale-

⁴⁷ Jacques Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 25 ; selon une brochure publicitaire du Ministère de la Justice, « *La conciliation est un mode alternatif de règlement des conflits qui permet de trancher rapidement, à l'amiable, un différend civil simple entre deux personnes physiques ou morales* », www.justice.gouv.fr/publication/jp_conciliation.pdf

⁴⁸ Serge Guinchard, *Rapport au garde des sceaux : L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008, p. 155, www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf

⁴⁹ Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 158 ; Tatjana Štruc, *Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht*, Berlin 2009, p. 217

⁵⁰ www.conciliateurs.fr ; Christophe Mollard-Courtau, *Conciliateur de justice et conciliation, les piliers d'une justice de proximité citoyenne du 21^e siècle*, *Gaz. Pal.* 26/04/2014 N° 116, p. 13 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 158 ; Jan Kayser, *Alternative Formen gerichtlicher und aussergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Zivilprozess – Les modes alternatifs judiciaires et extrajudiciaires de résolution des conflits en procédure civile allemande et française*, Frankfurt am Main 2006, p. 51-58 et en français p. 260-261

⁵¹ En revanche, l'accord des parties à la délégation de la conciliation à un conciliateur de justice était nécessaire jusqu'au 1^{er} avril, *Circulaire de la garde des sceaux*, ministre de la justice, n° civ/05/15 du 20 mars 2015, p. 11

ment par les tribunaux de commerce (article 820-6 CPC)⁵², qui sont habilités en vertu des articles 129-1 à 129-5 CPC à déléguer leur tâche de conciliation à un conciliateur de justice (*conciliation déléguée*). En France, les tribunaux de grande instance (*Landgerichte*) et les cours d'appel (*Berufungsgerichte*) sont tenus d'effectuer eux-mêmes ces tâches de conciliation, ou alors d'ordonner une médiation judiciaire (*gerichtsnahe Mediation*) avec l'accord des parties⁵³. Les conciliateurs de justice traitent 113 000 dossiers par an, avec un taux de conciliation de 56 %. La conciliation déléguée ne représentant que 10 %, les collectivités locales leur envoient 90 % des conciliations extrajudiciaires en raison de leur implantation locale⁵⁴. En l'absence de statistiques à ce jour, il apparaît que les juges des tribunaux de commerce sont plus ouverts à la conciliation judiciaire interne (*gerichtsinterne Schlichtung*) par un conciliateur de justice (*gerichtlicher Schlichter*) qu'à la médiation judiciaire proche du tribunal (*gerichtsnahe, gerichtlich angeordnete Mediation*). Un groupe de travail est actuellement chargé de recueillir des éléments statistiques sur la pratique des tribunaux de commerce français dans le but d'émettre des recommandations en 2015 afin que la médiation trouve sa place aux côtés de la conciliation dans la pratique des tribunaux de commerce français⁵⁵. Dans la pratique du tribunal de commerce de Paris, les litiges commerciaux de moins de 3 000 € sont, selon *So-*

⁵² Par ailleurs, les conciliateurs de justice peuvent être aussi appelés extrajudiciairement et sans aucune formalité par les parties elles-mêmes selon les dispositions des articles 1536 à 1541 CPC, ce qui représente plus de 90 % de leur activité actuelle (*conciliation extrajudiciaire, conventionnelle*). Le décret du 20 janvier 2012 qui transpose la directive relative à la médiation dans le Code de procédure civile français définit dans ses articles 1530 et 1531 CPC la conciliation extrajudiciaire, de même que la médiation conventionnelle, comme étant un processus de résolution de conflit structuré et confidentiel moyennant l'assistance d'un tiers indépendant et compétent choisi par les parties.

⁵³ Toutefois une commission d'experts de l'Inspection Générale des Services Judiciaires, mise en place par le ministère de la justice, vient de soumettre 36 propositions de modification visant à élargir à d'autres tribunaux la proposition de la conciliation judiciaire effectuée par des conciliateurs judiciaires, que l'on appellerait désormais « *médiateurs de justice* » en raison de la prétendue identité d'activité qu'ils partageraient avec les médiateurs, l'utilisation du terme « *médiateur* » étant alors subordonnée à l'obtention d'un « *diplôme national de médiateur* », cf. *Inspection Générale des Services Judiciaires, Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, avril 2015,

www.justice.gouv.fr/publication/2015_THEM_Rapport_definitif_reglement_conflits.pdf

⁵⁴ Pierre Delmas-Goyon, Le juge du 21^{ème} siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice, Rapport à Mme la garde des sceaux, décembre 2013, p. 60, www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf ;

⁵⁵ Catherine Peulvé, Sophie Henry, Tribunaux de commerce et médiation: „une nécessaire harmonisation“, La lettre des juristes d'affaires – N° 1174 8 septembre 2014, p. 5; au niveau européen, cf. www.mediationmeetsjudges.eu et www.mediationmeetsjudges.eu/usr_files/publications/Position_Paper_B2B_mediation_2014_V1.0_2.pdf

phie Henry, régulièrement envoyés à un conciliateur de justice⁵⁶. Les conciliateurs de justice ont accès aux plus petits litiges de la vie quotidienne, aux litiges de consommateurs. En revanche, il n'apparaît pas réaliste de généraliser la conciliation pour la promouvoir dans le cadre d'une offre plurielle de justice. C'est ici que la médiation prend toute son importance⁵⁷.

En Allemagne, la délimitation entre la conciliation et la médiation est similaire à celle qui est faite en France⁵⁸. Un tribunal allemand a pour mission, si possible, de concilier un litige (article 278 ZPO). Il ne peut pas déléguer cette tâche à d'autres personnes qui exerceraient une fonction de conciliateur, à moins qu'il ne s'agisse d'un juge de bonté interne au tribunal (*Güterichter*) ou alors, avec l'accord des parties, d'un médiateur extrajudiciaire (*außergerichtlicher Mediator*). En vertu de l'article 15 a de la Loi allemande relative à l'introduction du code de procédure civile (EGZPO), le droit national peut prévoir que l'introduction d'une demande en justice (*Klage*) ne sera recevable que si certains contentieux, notamment les litiges pécuniaires devant le tribunal d'instance (*Amtsgericht*) dont la valeur en litige est inférieure ou égale à 750 euros, ont été traités par un conciliateur au cours d'une audience de conciliation (*Güteverhandlung*) dans le cadre d'un organe de conciliation reconnu (*Gütestelle*).

À titre comparatif, il apparaît que la France a légalement mis dès 1995 sur la médiation extrajudiciaire proche du tribunal (*gerichtsnahe, außergerichtliche Mediation*) alors que, dans la pratique judiciaire allemande, la médiation interne au tribunal (*gerichtsinterne Mediation*) s'est développée, récemment sous la forme du modèle du « Güterichter » (*juge de bonté*)⁵⁹. La tendance qui se dégage néanmoins aujourd'hui de la pratique des tribunaux de commerce français est que le juge saisi du litige se charge lui-même de procéder à la conciliation judiciaire interne tout en ayant recours à des éléments de médiation ou le délègue à un conciliateur de justice. En cas d'échec de sa propre tentative de conciliation, il se retire de la procédure et se fait remplacer par un autre juge chargé du litige. L'on peut se demander si cette approche est conforme au droit au juge naturel (*gesetzlicher Richter*) et aux principes exprimés dans la directive sur la médiation. Il est intéressant de noter dans ce contexte que la Commission Guinchard

⁵⁶ Voir *Sophie Henry* dans *Catherine Peulvé, Sophie Henry*, Tribunaux de commerce et médiation : „une nécessaire harmonisation“, La lettre des juristes d'affaires – N° 1174 8 septembre 2014, p. 5

⁵⁷ *Pierre Delmas-Goyon*, Le juge du 21^{ème} siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice, Rapport à Mme la garde des sceaux, décembre 2013, p. 64, www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf

⁵⁸ *Stephan Breidenbach, Holger Peres*, Die DIS-Mediationsordnung, SchiedsVZ 2010, p. 125-130 (p. 128).

⁵⁹ À ce sujet *Martin Zwickel*, Die Verzahnung von Gerichtsverfahren und einvernehmlicher Streitbeilegung in Frankreich, ZKM 2013, p. 91-94 (p. 94).

s'était prononcée en 2008 contre la mise en place de chambres spéciales dédiées à la conciliation et à la médiation auprès des tribunaux de grande instance en avançant que celles-ci étaient contraires à la mission de conciliation attribuée au juge naturel. La commission a proposé en revanche que tous les juges se forment aux techniques de communication ainsi qu'à la conciliation et à la médiation⁶⁰ alors qu'en Allemagne, les juges saisis renvoyaient systématiquement les procédures aux juges de bonté (*Güterichter*) pour des tentatives de conciliation. Ainsi, en Allemagne, en cas d'échec de la conciliation, le juge initial, légal, chargé de trancher le litige, peut poursuivre l'affaire. On rappelle aujourd'hui en Allemagne qu'il est possible – possibilité qui n'a d'ailleurs guère été utilisée jusqu'à maintenant – d'envoyer un litige en cours de procédure judiciaire à des médiateurs extrajudiciaires, notamment pour des litiges très complexes qui excèderaient le délai pouvant raisonnablement être accordé à la médiation interne menée par un juge de bonté.

Pour conclure, il y a lieu de retenir que les deux systèmes, à l'origine opposés, se sont en quelque sorte rapprochés : alors qu'en France, partant de la compréhension extrajudiciaire de la médiation, la résolution de conflit s'ouvre de plus en plus au traitement intra-tribunal des conflits, il est demandé, en Allemagne, de renvoyer les cas de médiation interne aux tribunaux à la médiation extrajudiciaire. Tandis qu'en principe, la justice française traite plutôt en interne au tribunal de petits litiges de la vie quotidienne d'une valeur moindre, il en va autrement en Allemagne. Mais la France connaît elle aussi ses exceptions, à l'instar du litige entre LVMH et Hermès qui a été résolu dans le cadre d'une conciliation interne au tribunal de commerce. Cependant, des doutes ont récemment été émis en Allemagne quant à la durabilité des accords trouvés en médiation interne au tribunal menée par un juge de bonté, doutes dont on devrait tenir compte en France, pays de la médiation extrajudiciaire, en ce qui concerne l'évolution des traitements des conflits intra-tribunaux.

3. Recours à la médiation commerciale

L'étude du Parlement européen de janvier 2014 conclut, plus de cinq ans après l'adoption de la directive sur la médiation de 2008, que moins d'un pour cent des litiges en matière civile et commerciale sont traités par la médiation dans les

⁶⁰ *Serge Guinchard*, Rapport au garde des sceaux : L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, 2008, p. 162, www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf

États de l'Union européenne. Elle parle d'un « *paradoxe de la médiation européenne* » (*EU Mediation Paradox*) puisque les avantages de la médiation pour les parties étaient démontrés⁶¹. On effectuerait en France en moyenne 2 000 à 5 000 médiations par an alors qu'elles seraient de 10 000 à 15 000⁶² en Allemagne sans qu'il soit précisé s'il s'agit de médiations internes aux tribunaux, de médiations ordonnées par la justice ou bien de médiations conventionnelles. Force est de constater qu'il n'existe pas de statistiques, en France ou en Allemagne, permettant de donner des informations fiables.

En France, la médiation commerciale se développe lentement et non sans difficultés, bien que la médiation judiciaire ordonnée par la justice soit régie par la loi depuis 1995 et que les signaux semblent être au vert. Une étude de l'année 2012 aurait montré que 93 % des entreprises françaises indiquent que la première méthode de résolution des conflits est l'action en justice, suivie de la négociation (73 %), puis de la procédure de conciliation (67 %) et enfin de la médiation dans 28 % des cas. Cependant, les entreprises seraient ouvertes à la médiation⁶³. Les cours d'appel ordonnent une médiation judiciaire dans seulement 1,5 % des procédures et les tribunaux de première instance dans 1,1 % des cas⁶⁴. La Déléguée générale du CMAP à Paris, *Sophie Henry*, a souligné récemment que « *la médiation ne connaîtra un réel essor qu'à la condition d'un changement des mentalités : il convient de passer de la culture de l'affrontement à la culture du compromis* ». Il faut qu'une volonté politique plus forte s'exprime pour que la médiation puisse se développer⁶⁵. Le CMAP (Centre de Médiation

⁶¹ *European Parliament*, „Rebooting“ the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, janvier 2014, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), p. 1 ; *Jürgen Klowitz*, Die EU-Studie “Rebooting the Mediation Directive” - Vorbote eines neuen europarechtlichen Mediationsrahmens?, ZKM 2014, p. 195-200

⁶² *European Parliament*, „Rebooting“ the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, janvier 2014, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), p. 6, 34

⁶³ *Sophie Henry, Sarah Marniquet*, La médiation et les avocats, Dalloz Avocats N°1 janvier 2014, p. 14 notes 4, 5 avec justificatifs, www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-46.html

⁶⁴ *Serge Guinchard*, Rapport au garde des sceaux : L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, 2008, p. 161, www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf

⁶⁵ Le tribunal de commerce de Paris a ordonné en 2008 près de 50 médiations et en 2010 seulement 25, *Vincent Téchené*, Pratique de la médiation judiciaire devant les juridictions parisiennes et médiations conventionnelles - Compte-rendu de la réunion de la commission ouverte Médiation du barreau de Paris du 29 janvier 2013, Lextbase Hebdo édition professions N° 145 du 14 mars 2013 ; *Fabrice Vert*, La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement, Gaz. Pal. 30/31 janvier 2015, p. 8-11 ; *Fabrice Vert*, La tentation de la médiation obligatoire, Gaz. Pal. 18/01/2014 N° 18, p. 9 ss. ; *Sophie*

et d'Arbitrage de Paris), qui a été créé en 1995 par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris dans l'intention d'aider les entreprises à résoudre en toute confidentialité leurs conflits d'une manière amiable et rapide à des coûts restant prévisibles, publie depuis six ans des statistiques sur les quelque 3 000 cas de médiation commerciale dont elle a assuré la gestion à ce jour. C'est la seule institution française qui publie des statistiques sur la médiation. Elle a relevé pour 2013 une augmentation de 20 % des dossiers de médiation en cours par rapport aux années précédentes et une progression du taux d'accords trouvés de 10 % s'agissant des médiations judiciaires (*gerichtlich angeordnete gerichtsnaher Mediationen*). Les valeurs de litige continuent de varier et vont de moins de 30 000 euros à plus de 10 millions d'euros. Pour un taux moyen d'aboutissement à un accord de 73 %, la durée moyenne de médiation serait passée de 15 heures à 12 heures et demie pour des coûts moyens allant de 3 000 à 6 000 euros. Les principaux litiges sont des litiges pour inexécution contractuelle, suivis de litiges en matière de droit des sociétés, puis de litiges en matière de droit de la propriété intellectuelle et du droit du travail, dans les secteurs de l'industrie, des services, de l'immobilier, des finances et de l'assurance, de l'informatique et de la communication. Les litiges internationaux représentent environ 12 % de l'ensemble des dossiers de médiation traités. La fraction des médiations judiciaires ordonnées par des tribunaux se situe entre 10 et 20 % mais serait plutôt en voie de déclin⁶⁶.

Peu d'éléments statistiques sont disponibles pour l'Allemagne. 4 000 médiations ont été documentées dans le cadre de divers projets de médiation réalisés avec le concours des tribunaux. Un ministère régional de la justice estimait, en

Henry, Quelles perspectives pour la médiation ?, Dalloz Avocats N°1 janvier 2014, p. 12, www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-46.html ; *Jean-Henry Farné*, L'avocat et la médiation, JCP G N° 28 14/07/2014 doctr. 833 ; à ce titre *Serge Guinchard*, Rapport au garde des sceaux : L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, 2008, p. 161, www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf et *Pierre Delmas-Goyon*, Le juge du 21^{ème} siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice, Rapport à Mme la garde des sceaux, décembre 2013, p. 59, www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf ; *Martin Hauser*, Qu'est-ce qui peut motiver les parties à choisir la médiation ?, 23/06/2014, http://bib.cmap.fr/motivation-parties-mediation_Martin-Hauser.php ; *Pierre-Grégoire Marly*, Les obstacles à la médiation, Gaz. Pal. 24/12/2013 N° 358, p. 10 ss.

⁶⁶ Les statistiques du CMAP en 2014, www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-29.html ; *CMAP conférence de presse* 29/04/2014, JCP G N° 18 5/05/2014, 530 ; *Fabrice Vert*, Médiation : comment trouver les 50 milliards !, Gaz. Pal. 3/05/2014 N° 123, p. 11 ; concernant le futur de la médiation, *Michèle Guillaume-Hofnung*, La médiation entre développement réel et désir du mot, Gaz. Pal. 24/12/2013 N°358, p. 44 ss.

2007, sans se limiter à la médiation commerciale, l'existence de près de 2 000 à 2 500 médiations pour approximativement 1,8 million de procédures pendantes devant les tribunaux civils allemands⁶⁷. Le nombre de cas, n'étant que partiellement connu, ne donnerait qu'une image incomplète et infidèle. *Felix Wendenburg* souligne au contraire le nombre de médiateurs à agréer en Allemagne que le ministère fédéral de la justice estime à 7 500, étant précisé que près de 1 000 médiateurs viennent s'y ajouter par an. Ce nombre qui ne cesse de croître serait la meilleure garantie que le nombre des dossiers de médiation progresse lui aussi⁶⁸. Selon *Steffen Jänicke*, le nombre de dossiers de médiation commerciale est plus élevé en France qu'en Allemagne⁶⁹.

II. Caractéristiques fondamentales

Nous allons tenter à présent d'analyser les caractéristiques fondamentales de la médiation à partir de son origine historique et de son fondement philosophique (1.), ainsi que des finalités de la médiation qui en résultent (2.) dans le contexte culturel respectif de la France et de l'Allemagne (3.).

1. Origine historique et fondement philosophique de la médiation moderne

L'étude des origines de la médiation et de son fondement philosophique offre des repères et des points de départ intéressants pour la conception et le développement de la médiation à l'époque actuelle⁷⁰. Elle fournit des éléments sur les finalités de la médiation dans les deux pays et donne un premier éclairage interculturel sur leur compréhension respective de la démocratie, d'autant qu'ils partent tous les deux du postulat fictif du citoyen autodéterminé⁷¹.

⁶⁷ *Katharina Gräfin von Schlieffen*, § 9 Perspektiven der Mediation, dans: *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 199-200

⁶⁸ *Felix Wendenburg*, Mediation - flexible Gestaltung innerhalb fester Strukturen, ZKM 2/2014, p. 36-40 (p. 39).

⁶⁹ *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 36 ss., 214, 226-227

⁷⁰ *Carine Jallamio*, Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire, Gaz. Pal. 17 janvier 2009 N° 17, p. 3-12 (p. 12); *Ulla Gläßer, Alex von Sinner*, Lehrmodul 1: Zur Genealogie der Mediation – eine Skizze, ZKM 2/2005, p. 64-68 (p. 64)

⁷¹ *Katharina Gräfin von Schlieffen*, § 9 Perspektiven der Mediation, dans: *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 215

a) Perspective française

Le regard sur l'histoire joue un rôle important en France⁷². La dimension historique y est primordiale. C'est ainsi que toute nouvelle loi est régulièrement présentée dans son contexte historique. On commence par décrire la situation juridique avant son entrée en vigueur avant d'aborder les modifications apportées par la nouvelle loi. Il en va de même pour la médiation. Sa présentation dans la littérature française est régulièrement précédée d'un chapitre sur les origines de la médiation qui replace celle-ci dans un contexte historique⁷³ pouvant néanmoins varier.

La médiation se pratique depuis des temps immémoriaux. La théologie chrétienne qualifie Jésus de médiateur entre Dieu et les hommes⁷⁴. Les cultures telles que la Chine et le Japon ont toujours souligné l'importance de faire la paix et de sauver la face dans la résolution de différends⁷⁵. Ce mode de médiation était néanmoins généralement pratiqué par des dignitaires qui incarnaient une autorité sociale interne et qui s'appuyaient ainsi sur des rapports de force internes. La médiation moderne s'en différencie en revanche par le fait que c'est un tiers extérieur qui intervient comme médiateur et que ce n'est pas une responsabilité collective, mais individuelle qui prévaut⁷⁶. En France, le terme de *médiation* figure pour la première fois dans le dictionnaire de l'Académie Française en 1694⁷⁷. Selon *Boris Bernabé*⁷⁸, l'action de concorde (*Herstellen von*

⁷² *Matthias Fischer*, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 51

⁷³ *Jacqueline Morineau*, *L'esprit de la médiation*, Toulouse 1998, 2^e édition Toulouse 2014, p. 78-81 ; *Arnaud Stimec*, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 14-16 ; *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 20 ss. ; *Alain Pekar Lempereur*, *Jacques Salzer*, *Aurélien Colson*, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 9-10 ; *Thierry Garby*, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 45-46 ; *Avi Schneebalg*, *Eric Galton*, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris 2003, p. 3-6

⁷⁴ *Alain Pekar Lempereur*, *Jacques Salzer*, *Aurélien Colson*, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 9 ; *Jacqueline Morineau*, *L'esprit de la médiation*, Toulouse 1998, 2^e édition Toulouse 2014, p. 22

⁷⁵ *Catherine Poli*, *Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation*, *Revue Lamy droit civ.* 2011, 88 ; *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 20-21 ; *Avi Schneebalg*, *Eric Galton*, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris 2003, p. 3-4

⁷⁶ *Michèle Guillaume-Hofnung*, *La médiation, « Que sais-je ? »*, 6^e édition Paris 2012, p. 3-6, www.cairn.info/la-mediation--9782130590699-page-3.htm ; *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 21-22 ; cf. également *Ulrike Rüssel*, § 54 *Mediation im übrigen Europa*, dans : *Fritjof Haft*, *Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 1273 ss.

⁷⁷ *Alain Pekar Lempereur*, *Jacques Salzer*, *Aurélien Colson*, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 10

⁷⁸ *Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge*, Tribunal de commerce de Paris, 22 janvier 2014, *Annonces de la Seine* 27 janvier 2014, p. 10

Eintracht) et l'action de jugement (*Fällen von Urteilen*) figuraient de la même manière au nombre des fonctions des tribunaux jusqu'à la séparation des pouvoirs en 1790. À la suite de la Révolution Française et d'une judiciarisation croissante, c'est désormais le droit, et non plus le juge, qui doit être l'artisan de la paix. La littérature française sur la médiation s'est développée à partir du début du XXe siècle, dans un premier temps autour des contrats de travail et des relations internationales⁷⁹.

La médiation plus récente et contemporaine est toutefois née aux États-Unis au milieu des années soixante-dix et y a connu un développement continu au travers du concept de « Multiple-door Courthouse »⁸⁰. Selon *Thierry Garby*, elle remonte au mécontentement du gouvernement américain face à son système judiciaire dans les années soixante-dix, aux innombrables et fastidieuses procédures judiciaires, aux coûts qu'elles généraient et aux doutes quant à

http://issuu.com/adls/docs/les_annonces_de_la_seine_06_1391033835 : « Selon vous il y aurait donc une culture de la médiation et de la conciliation propre à la France – voire à l'Europe continentale ? En effet, c'est une culture très ancienne, façonnée par les différentes facettes – gréco-latine et chrétienne – de notre justice. Certes, cette ancienne et profonde culture a été tronquée lors de la loi de séparation des autorités, en 1790, le juge n'étant plus, au mieux, que « la bouche qui dit les paroles de la loi » (pour reprendre un mot célèbre), au pire, un interprète servile de la loi (en dehors du juge de paix jusqu'en 1958, qui n'était compétent que pour les litiges de faible importance et dont le statut différait de celui des juges professionnels). Cette vision légaliste de la justice au XIXe siècle a donc eu pour conséquence de séparer l'action de concorde de l'action de jugement, le juge n'étant plus formé que pour trancher selon les prescriptions de la loi. Car pour les légalistes, c'est la loi qui participe de la paix publique, non le juge. Si la force de la loi n'a pas disparu, l'office du juge, lui, se trouve confronté à une globalisation des procédures, des contentieux, des rapports de droit, en somme. À la faveur de cette évolution, le juge doit se réapproprier son « office de concorde ». Or – et c'est la beauté de la chose – les textes récents viennent l'y aider en étoffant, par la notion de conciliation déléguée par exemple, la vision à mon avis prophétique des rédacteurs du Code de procédure civile en 1975, notamment à travers l'article 21 » ; Bruno de Loynes de Fumichon, La passion de la Révolution Française pour l'arbitrage, Revue de l'Arbitrage 2014/1, p. 3-52 (p. 3, 5, 52) : « En 1790, année heureuse, l'arbitrage et la conciliation, moyens alternatifs de règlement des conflits, semblaient promis à un bel avenir. Ce seraient des outils privilégiés pour ramener la paix et la concorde dans les rares différends qui s'élèveraient encore entre les nouveaux citoyens d'un royaume régénéré » ; cf. Carine Jallamio, Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire, Gaz. Pal. 17 janvier 2009 N° 17, p. 3-12 selon laquelle l'arbitrage et la conciliation ont été écartés au profit de l'application judiciaire du droit en France au XIXe siècle, par opposition à l'époque de l'Ancien Régime avant la Révolution française ; pour *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 78, 97, 99, 227, 289, le « transfert de la médiation hors de la justice » par la médiation judiciaire mise en place en 1995 s'inscrit dans la longue tradition française de résolution amiable des conflits en dehors des tribunaux étatiques.

⁷⁹ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 9-10 avec références

⁸⁰ Avi Schneebalg, Eric Galton, Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale, Paris 2003, p. 3-4

l'adéquation des solutions judiciaires aux besoins des parties⁸¹. *Arnaud Stimec* estime que la médiation remonte à des expériences faites avec des médiateurs dans des conflits du travail après la seconde guerre mondiale, expériences qui avaient été encouragées et même prescrites par le gouvernement américain⁸². Selon *Jacques Faget*, la médiation moderne remonte aux mennonites et quakers protestants qui auraient initié les premiers programmes de médiation pénale aux États-Unis et au Canada. Le protestantisme serait visiblement plus ouvert à la médiation que d'autres confessions dans la mesure où, à la différence du catholicisme, il s'oppose à un pouvoir étatique hiérarchique et centralisé et s'engage en faveur d'une communauté auto-administrée⁸³.

La médiation contemporaine a été ensuite adoptée progressivement par le monde occidental pour différentes raisons : À compter de 1980, la médiation a connu une première vague et s'est diffusée non seulement dans les pays anglophones comme la Grande-Bretagne, l'Australie et la Nouvelle Zélande, mais également en France, sous l'effet de ses relations étroites avec le Québec francophone. En tout cas avant la deuxième vague qui a alors seulement touché l'Allemagne avant qu'une troisième vague n'atteigne l'Amérique du Sud et finalement l'Europe de l'Est dans les années 2000⁸⁴. Les conditions politiques, idéologiques, sociales et culturelles des années 1960 et 1970 ont été essentielles à l'adoption de la médiation. Citons parmi elles l'exigence de participation démocratique directe de la population à la prise de décisions, sur les questions environnementales en particulier, l'affirmation du citoyen désormais autodéterminé et responsable, la remise en question des institutions politiques, le rêve d'un monde meilleur (« *French theory* ») et l'engagement en faveur des minorités sociales⁸⁵. Après un séjour au Canada où il a enseigné à l'Université de Montréal de 1973 à 1975, le chercheur en psychologie sociale *Hubert Touzard* a publié en France en 1977 un ouvrage de psychologie sociale sur la médiation et la résolution des conflits, principalement dans les conflits du travail, intitulé « *La*

⁸¹ *Thierry Garby*, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 45-46

⁸² *Arnaud Stimec*, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 15-16

⁸³ *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 28, 36-39, 55

⁸⁴ *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 30, 53, 259-260

⁸⁵ *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 36 ss., 44 ss., 91 ; *Arnaud Stimec*, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 16 ; cf. *Laura Nader*, *The Crown, the Colonist, and the Course of Zapotec Village Law*, dans : *June Starr, Jane Collier*, *History and Power in the Study of Law*, Ithaca, Cornell University Press 1989, p. 320-344, p. 338 : "It is noteworthy that the movement toward the harmony model in the United States is compatible with the concomitant increased popularity of fundamentalist Protestant beliefs about handling and avoiding conflict".

médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique »⁸⁶. Le jésuite *Jean-François Six* a joué un rôle important dans la promotion de la médiation en France⁸⁷.

La « médiation pénale » a été introduite dès 1993 dans la législation et, en 1995, les dispositions relatives à la « médiation judiciaire » (*gerichtlich angeordnete gerichtsnahе Mediation*) dans les affaires civiles et commerciales (*médiation civile*) ont été ajoutées au Code de procédure civile français à la suite d'une pratique judiciaire datant des années 1970 dans le domaine des conflits collectifs du travail et du droit de la famille⁸⁸. La directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à la médiation a été finalement transposée en France en 2011 et la « médiation conventionnelle » extrajudiciaire (*vertragliche außergerichtliche Mediation*) a obtenu la reconnaissance légale en 2012⁸⁹.

La médiation serait une réponse à la situation de crise intellectuelle et sociale qui marque le passage de la société moderne à la société post-moderne. La société moderne s'étend du XVI^e siècle en passant par la période des Lumières et jusqu'au XIX^e siècle et se caractérise par un « ordre imposé » (*aufgelegte Ordnung*) tandis que la société post-moderne établit un « ordre négocié » (*verhandelte Ordnung*). Le « passage » (*Übergang*) au troisième millénaire affranchit l'individu de la tutelle, à l'origine prétendument divine et ultérieurement étatique, au profit d'un processus d'échange interactif où chacun trouve sa place. L'individu post-moderne aurait aujourd'hui de plus en plus de mal à accepter les décisions prises par des instances indépendantes, à structure hiérarchique. Il éprouve un désir d'intervention directe et aspire à une nouvelle relation entre le

⁸⁶ *Didier Anzieu*, préface de l'ouvrage : *Hubert Touzard*, La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique, Paris 1977, p. 11 ; *Hubert Touzard*, Préface de l'ouvrage : *Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Jocelyne Dahan, Jacques Salzer, Marianne Souquet, Jean-Pierre Vouche*, Les médiations, la médiation, Toulouse 2003, p. 7-8, www.cairn.info/les-mediations-la-mediation--9782865867424-page-7.htm : « *Lorsqu'en 1977 j'ai publié l'un des premiers ouvrages (H. Touzard, La médiation et la résolution des conflits,...) sur la médiation en langue française, cette procédure n'existait que pour résoudre les conflits collectifs du travail. Depuis, la médiation s'est étendue, comme dans d'autres pays, à d'autres secteurs de la vie sociale et l'on peut même dire qu'aujourd'hui le terme de médiation est parfois utilisé pour désigner des activités qui n'ont qu'un rapport très lointain avec la médiation telle que nous la concevons.* »

⁸⁷ *Jean-François Six*, Le temps des médiateurs, Paris 1990 ; *Jean-François Six, Véronique Mussaud*, Médiation, préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard*, Paris 2002

⁸⁸ *Katrin Deckert*, Médiation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, Mediation, Tübingen 2008, p. 185, 189

⁸⁹ *Federica Oudin*, Critique de la législation française relative à la médiation, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit : la médiation, Limal 2013, p. 143-154 ; *Silvestre Tandau de Marsac*, La transposition de la Directive européenne sur la médiation en France, Les Cahiers de l'Arbitrage 2012-2, p. 341-346

citoyen et l'État. Les individus se sont affranchis de l'exercice extérieur du pouvoir afin d'être mieux à même de se servir de leur propre autonomie⁹⁰. On peut ainsi considérer la médiation comme étant aussi bien un « *symptôme* » qu'un « *remède* ». D'un côté, elle est un symptôme de la mainmise croissante de la bureaucratie sur la vie publique et sociale, et de l'autre un remède, au sens de la mise en œuvre de contre-pouvoirs démocratiques et de méthodes efficaces de traitement des problèmes⁹¹. Dans le monde d'aujourd'hui, exempt de certitudes et de formes sociales stables, *Jacques Faget* qualifie la médiation de « *dynamique du fluide* »⁹². Ce n'est pas seulement le caractère pacificateur de la norme juridique qui est remis en question, mais également le rôle pacificateur de l'État. Cette dimension politique trouverait son expression dans le développement de la médiation⁹³. Au regard des problèmes considérables du début du XXI^e siècle tels que le chômage et la violence, qui réclament le pouvoir de l'État, *Jean-Pierre Bonafé-Schmitt* et ses collègues expriment un doute et s'interrogent: « *Endormira-t-on les populations par la médiation « chloroforme », en leur donnant l'illusion d'un pouvoir donné à une échelle extrêmement réduite ? Ou bien, grâce à cette mise en forme, les populations pourront-elles se réveiller pour construire ensemble, avec leur perception d'un « équilibre juste », le monde de leur plaisir, de leur renoncement pour l'autre et de leur désir ?* »⁹⁴.

⁹⁰ *Etienne Le Roy*, La médiation mode d'emploi, Droit et Société 29-1995, p. 39-55 (p.45) avec références ; *Etienne Le Roy*, L'ordre négocié, à propos d'un concept en émergence, dans : *Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove*, Droit négocié, Droit imposé ?, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles 1996, p. 341-351, www.dhdi.free.fr/recherches/theorierecht/articles/leroyordnereg.htm; *Jean-François Six, Véronique Mussaud*, Médiation, préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard*, Paris 2002, p. 191 ; cf. également *Michèle Guillaume-Hofnung*, La médiation judiciaire connaîtrait en France un développement plus lent que celui espéré. Comment l'expliquer ?, dans : *Jean-Claude Magendie*, Célérité et qualité de la justice - la médiation : une autre voie, 2008, www.cmap.fr/Formations/Conseils-de-lecture/Publications-diverses-110-fr.html ; *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 21-22 ; *Béatrice Brenneuer*, Stress et souffrance au travail – un juge témoigne, Paris 2010, p. 193 : « *La médiation est semence de changement. Elle est un passage vers une nouvelle étape qui bouleverse notre culture* » ; *Jacqueline Morineau*, L'esprit de la médiation, Toulouse 1998, 2^e édition Toulouse 2014, p. 78-81

⁹¹ *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 65-66

⁹² *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 22

⁹³ *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 21 ; *Jean-Louis Lascoux*, Pratique de la médiation professionnelle, Issy-les-Moulineaux 2013, p. 43 ; *Jean-François Six, Véronique Mussaud*, Médiation, préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard*, Paris 2002, p. 191, ainsi que préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard*, p. 10

⁹⁴ *Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Jocelyne Dahan, Jacques Salzer, Marianne Souquet, Jean-Pierre Vouche*, Les médiations, la médiation, Toulouse 2003, p. 297-298, www.cairn.info/les-mediations-la-mediation--9782865867424--page-297.htm; *Sylvie Adjès, Hélène Lesser*, Médiateurs et Avocats – Ennemis ? Alliés ?,

Le fait est qu'aujourd'hui, de plus en plus de voix se font entendre en France, qui réclament une « *démocratie participative* » (*partizipative Demokratie*) proche des citoyens, par opposition à la « *démocratie représentative* » (*repräsentative Demokratie*) de « l'État jacobin centralisateur » (*jakobinischer Zentralstaat*)⁹⁵.

b) Perspective allemande

Contrairement à la littérature française, la littérature allemande relative à la médiation accorde une moins grande attention aux origines de la médiation, si l'on fait abstraction des aperçus historiques sur la médiation de *Christoph Besemer* (1993) et *Stephan Breidenbach* (1995)⁹⁶, *Marcus Hehn* (2009)⁹⁷, *Felix Wendenburg* (2013)⁹⁸, de la monographie que *Joseph Duss-von Werdt* (2005 et 2015) a consacrée à l'histoire de la médiation⁹⁹ et des articles d'*Alex von Sinner* sur

Montigny-le-Bretonneux 2014, p. 122 : « *Devons-nous être optimistes ou rester circonspects ? Sommes-nous témoins d'une évolution ou d'une utopie ?* »

⁹⁵ À propos de la médiation et du désir de « *démocratie participative* », *Jacques Faget*, La double vie de la médiation, Droit et Société 29-1995, p. 25-38 (p. 38) : « *L'intensité du débat intellectuel actuel sur la médiation montre qu'elle contient les germes d'une contestation de l'ordre étatique...* » ; *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 91 ; *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 15 : « *L'Etat centralisateur jacobin français* » ; *Hans-Jürgen Lüsebrink*, Einführung in die Landeskunde Frankreichs, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 102 ; cf. le mouvement de « *La Manif pour tous* » autour de la politique familiale qui se prévaut d'émaner du « *peuple français* », www.lamanifpourtous.fr : « *Si toute démocratie moderne repose sur un système représentatif, il existe aussi des moyens pour le peuple de se faire directement entendre lorsqu'il juge que ses représentants ne se sont pas donné le temps et les moyens du débat. C'est le sens, notamment, des manifestations et des pétitions. Elles sont un moyen d'expression reconnu comme tel dans notre vision républicaine* » ; cf. également l'initiative « *Budget Participatif* » de la maire de Paris *Anne Hidalgo*, « *Parisiens, prenez les clés du budget de Paris !* » qui promet aux Parisiens de leur remettre les clés de 5 % du budget d'investissement de la Ville de Paris : « *Budget Participatif est le site de la Ville de Paris qui propose aux Parisiens de décider de l'utilisation de 5% du budget d'investissement entre 2014 et 2020, soit 426 millions d'euros* ».

⁹⁶ *Christoph Besemer*, Mediation – Vermittlung in Konflikten, 1. Auflage, Freiburg 1993, p. 46 ss. ; *Stephan Breidenbach*, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Cologne 1995

⁹⁷ *Marcus Hehn*, § 8 Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, dans: *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 175 - 195

⁹⁸ *Felix Wendenburg*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013, p. 3-8

⁹⁹ *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, 2^e édition, Baltmannsweiler 2015 ; *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005 ; *Anne Dieter*, recension du livre de *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, MRM - MenschenRechtsMagazin cahier 3/2005, http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2011/5626/pdf/heft3_2005_S328_332.pdf

l'origine du terme de médiation (2005 à 2012)¹⁰⁰, ainsi que de la récente étude comparative sur la médiation commerciale en France et en Allemagne de *Steffen Jänicke* (2014)¹⁰¹.

Les origines de la médiation remontent à plus de 2 000 ans et ont leurs racines dans différents pays et cultures tels que l'Europe, l'Asie et l'Afrique¹⁰². Le nom latin « *Mediator* » (ou au féminin « *Mediatrix* ») tire éventuellement son origine du grec (*mesites*). Dans la Bible, ce titre honorifique est appliqué à Jésus Christ en tant que médiateur entre Dieu et les hommes¹⁰³. Bien que l'intermédiation (*Vermittlung*) entre des parties en conflit ne soit nullement quelque chose de nouveau, la notion de médiation ne s'est imposée qu'au XVIIIe et XVIIIe siècle pour désigner l'intermédiation comme œuvre humaine, sous l'influence du droit naturel et du droit international public¹⁰⁴. L'idée d'intermédiation (*Gütegedanke, idée de bonté*) répandue en Europe et particulièrement en Allemagne et l'idée de réparation (*Sühnegedanke, idée d'expiation*)¹⁰⁵ ont cédé la place à une judiciarisation croissante de par la multiplication des règles juridiques et le recours accru aux tribunaux jusqu'à ce que, à la suite de

¹⁰⁰ *Ulla Gläßer, Alex von Sinner, Lehrmodul 1: Zur Genealogie der Mediation – eine Skizze, ZKM 2/2005, p. 64-68 ; Alex von Sinner, Über den Ursprung der Bezeichnung Mediation, Perspektive Mediation 2006/4, p. 197-202 ; Alex von Sinner, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, dans: Dominic Busch, Claude-Hélène Mayer, Mediation erforschen, Fragen – Forschungsmethoden – Ziele, Wiesbaden 2012, p. 39-69*

¹⁰¹ *Steffen Jänicke, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 77 ss.*

¹⁰² *Marcus Hehn, § 8 Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, dans: Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 178, il qualifie néanmoins « l'Europe (d') ancien berceau de la médiation » (p. 191)*

¹⁰³ *Alex von Sinner, Über den Ursprung der Bezeichnung Mediation, Perspektive Mediation 2006/4, p. 197-202 (p. 198, 200, 202) ; Alex von Sinner, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, dans: Dominic Busch, Claude-Hélène Mayer, Mediation erforschen, Fragen – Forschungsmethoden – Ziele, Wiesbaden 2012, p. 39-69 (p. 48) ; cf. également Harald Schwillus, Schlichten statt Richten – biblische und kirchengeschichtliche Einblicke, dans: Rüdiger Fikentscher, Annette Kolb, Schlichtungskulturen in Europa, Halle 2012, p. 47 ss.*

¹⁰⁴ *Alex von Sinner, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, dans: Dominic Busch, Claude-Hélène Mayer, Mediation erforschen, Fragen – Forschungsmethoden – Ziele, Wiesbaden 2012, p. 39-69 (p. 49-58)*

¹⁰⁵ *Stephan Breidenbach, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Cologne 1995, p. 9-11 ; Marcus Hehn, § 8 Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, dans: Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 176, 177 ; Heiner Lück, Von Ombudsleuten, Mediatoren, Schlichtern und Sühneverträgen-Institutionen der Konfliktlösung außerhalb des gerichtlichen Streitverfahrens im Mittelalter, dans : Rüdiger Fikentscher, Annette Kolb, Schlichtungskulturen in Europa, Halle 2012, p. 85 ss.*

critiques grandissantes à l'égard de la gestion des conflits aux États-Unis, on redécouvre la médiation¹⁰⁶.

L'application du modèle originel de la médiation dont le berceau est en Europe s'est étendue aux différends collectifs du travail aux États-Unis dans la première moitié du XXe siècle. Dans les années 70 du siècle dernier, on a découvert aux États-Unis la possibilité d'appliquer la médiation à d'autres domaines de conflits et on l'a mise à profit avant que, de là, elle ne se diffuse en Europe et ailleurs¹⁰⁷. La médiation sous sa forme actuelle s'est développée aux États-Unis dans les années 1970, principalement à la suite de critiques croissantes à l'égard des procédures judiciaires, souvent longues et coûteuses. « *Il y a environ trois décennies, (on a) commencé à se demander si le recours aux tribunaux était bien la meilleure solution dans tous les conflits... Cette interrogation a donné naissance au « mouvement » de la résolution extrajudiciaire des différends, aux États-Unis tout d'abord, puis en Europe* »¹⁰⁸. Les premiers centres de médiation auraient été créés aux États-Unis par des immigrants chinois. La popularité croissante des procédures ADR et notamment de la médiation aurait amené les équipes de l'Université Harvard à Boston, Massachusetts, à commencer dès les années 1970 à élaborer les fondamentaux scientifiques de la médiation, donnant ainsi naissance au « concept de Harvard », toujours d'actualité, qui est fondamental pour tout processus de médiation¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Marcus Hehn, § 8 Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, dans: *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 185-186 ; *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 97-98, 99, parvient toutefois à la conclusion qu'en Allemagne, l'accent a été mis très tôt sur la procédure de conciliation judiciaire dans les procédures judiciaires étatiques et que la tradition juridique allemande est marquée par le principe directeur du juge de bonté (juger et concilier).

¹⁰⁷ *Alex von Sinner*, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, dans: *Dominic Busch, Claude-Hélène Mayer*, Mediation erforschen, Fragen – Forschungsmethoden – Ziele, Wiesbaden 2012, p. 39-69 (p. 62); *Christoph Besemer*, Mediation – Vermittlung in Konflikten, 1ère édition, Freiburg en Brisgau 1993, p. 47-48

¹⁰⁸ *Leo Montada, Elisabeth Kals*, Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 19 ; *Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 41 : « *Historiquement, notre comportement en situation de conflit a évolué. ... Après leur expérience de la fuite, de la destruction et de la soumission, les intéressés se sont aperçus qu'il pourrait être judicieux de mandater une personne non impliquée dans le conflit et de lui confier la résolution du conflit par voie de délégation. L'humanité a fait un nouveau bond en avant lorsqu'elle a découvert les avantages de la résolution autonome de conflits... »*

¹⁰⁹ *Claus-Henrik Horn*, extrait de: Anwaltliche Werbung mit Mediator und Mediation, Francfort 2006, https://www.heuking.de/fileadmin/user_upload/Veroeffentlichungen/Anwaelte/A049_Einfuehrung_in_die

Même si les processus de conciliation extrajudiciaire ont commencé à se développer en Allemagne dans les années 1960 et que des discussions ont eu lieu dans les années 1970 autour des modes alternatifs de résolution de conflits, l'idée de médiation proprement dite ne s'est répandue en Allemagne que dans les années 1980. Depuis la fin de cette décennie, les processus de médiation sont également développés et testés en Allemagne¹¹⁰. Il y a certes eu ici et là de premières publications juridiques à cette époque, mais ce n'est qu'en 1993 et 1995 qu'ont paru en Allemagne les premiers ouvrages complets sur la médiation de *Christoph Besemer* et de *Stephan Breidenbach*¹¹¹. Dans l'espace germanophone, la médiation a été d'abord largement dominée par les juristes plus que par d'autres disciplines, ce qui tient à la tendance culturelle traditionnelle à penser, lors de conflits, en termes de droit et à chercher conseil auprès de juristes. Tandis que les premiers articles psychologiques sur la médiation ont paru dans l'espace germanophone à partir de 1996, les premiers ouvrages psychologiques consacrés à la médiation ont été publiés à partir de l'année 2000¹¹². Ce n'est qu'avec la transposition de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur la médiation que celle-ci a été réglementée en Allemagne, tant pour les situations transfrontalières que pour celles circonscrites au cadre national, par la loi du 21 juillet 2011 sur la médiation, entrée en vigueur le 26 juillet 2012¹¹³.

La judiciarisation croissante et l'augmentation des procédures judiciaires dont elle s'accompagne ont suscité de plus en plus de critiques dans la société

[Mediation_Horn.pdf](#), p. 2 ss. ; *Leo Montada, Elisabeth Kals*, *Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 25

¹¹⁰ *Christoph Besemer*, *Mediation – Vermittlung in Konflikten*, 1^{ère} édition, Freiburg en Brisgau 1993, p. 46

¹¹¹ Manuel de *Christoph Besemer*, *Mediation – Vermittlung in Konflikten*, 1^{ère} édition, Freiburg en Brisgau 1993 ; thèse d'habilitation de *Stephan Breidenbach*, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995 ; *Ulla Gläßer, Alex von Sinner*, *Lehrmodul 1: Zur Genealogie der Mediation – eine Skizze*, ZKM 2/2005, p. 64-68 (p. 65) ; *Klaus Hopt, Felix Steffek*, *Mediation – Rechtsvergleich*, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, *Mediation*, Tübingen 2008, p. 7 ; *Claus-Henrik Horn*, extrait de : *Anwaltliche Werbung mit Mediator und Mediation*, Francfort 2006, www.heuking.de/fileadmin/user_upload/Veroeffentlichungen/Anwaelte/A049_Einfuehrung_in_die_Mediation_Horn.pdf, p. 2 ss. ; *Patrick Metzner, Ingo Striepling*, www.geschichte-der-mediation.de/hp5/Geschichte-der-Mediation.htm; *Felix Wendenburg*, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, p. 7

¹¹² *Hans-Joachim Fietkau*, *Psychologie der Mediation*, Berlin 2000 et 2005 (3^e édition) ; *Leo Montada, Elisabeth Kals*, *Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 22-23

¹¹³ *Ulrich Zschunke*, *La transposition de la Directive 2008/52/CE sur la médiation en Allemagne*, *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2012-2, p. 323-329

allemande depuis les années 1970. La capacité des tribunaux avait visiblement atteint ses limites, mais ce sont surtout les personnes qui, ne comprenant plus du tout les décisions relevant de la puissance publique en raison de leur complexité croissante, ont ressenti le besoin de n'être plus seulement l'objet de ces procédures, mais de prendre une part active à la résolution de leurs problèmes¹¹⁴. La redécouverte en Allemagne de la médiation moderne importée des États-Unis ne génère toutefois pas de rupture philosophique avec l'État de droit. Le développement de la médiation en Allemagne depuis la fin des années 1980 est perçu au contraire comme faisant partie de l'État de droit démocratique¹¹⁵. Ce dernier s'est avéré un modèle de réussite pour juguler par la loi les conflits violents, l'injustice et l'arbitraire des puissants, tout comme le pouvoir de l'État et de ses organes. Face aux risques récurrents de discrimination, les appels en faveur de nouvelles réglementations légales sont repris par des groupes au sein des parlements. Le recours aux tribunaux est devenu en conséquence le modèle standard de règlement des conflits, le monopole du pouvoir de l'État interdisant leur règlement direct entre citoyens. Ce modèle de réussite a néanmoins lui aussi ses limites dans la mesure où les lois ne peuvent pas toujours créer la sécurité juridique et que les décisions judiciaires sont fort peu prévisibles dans de nombreux litiges. Les parties ressentent en outre souvent la victoire et la défaite devant les tribunaux comme injustes et la relation entre les parties en reste affectée. C'est là que peut intervenir la résolution responsable des conflits par voie de médiation¹¹⁶. La démocratie et la médiation germent dans un sol commun¹¹⁷. La démocratie est idéellement l'autodétermination du peuple et l'intermédiation est un moyen de décider par soi-même et de trouver une solution de sa propre initiative. Sachant que l'une comme l'autre se réfèrent aux mêmes idées directrices, la médiation serait de nature politique. Elle met des individus en relation dans l'objectif de faire concorder le bien de tous. Elle suppose donc une volonté politique et crée de nouvelles relations de nature politique¹¹⁸.

¹¹⁴ *Marcus Hehn*, § 8 Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, dans: *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 186

¹¹⁵ *Katharina Gräfin von Schlieffen*, § 9 Perspektiven der Mediation, dans: *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 212-213

¹¹⁶ *Leo Montada, Elisabeth Kals*, Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 18

¹¹⁷ *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, 2^e édition, Baltmannsweiler 2015, p. 43; *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, p. 31

¹¹⁸ *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, 2^e édition, Baltmannsweiler 2015, p. 252 et *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der

Les discussions autour de la transformation de la gare de Stuttgart en gare souterraine et de la construction d'un tunnel sous la ville (« *Stuttgart 21* ») sont ainsi devenues un « *test pour la démocratie* », démocratie dans laquelle la légitimité démocratique par les procédures n'était visiblement plus suffisante. Il s'agit là d'une culture du conflit dans laquelle acteurs parlementaires et extra-parlementaires se font face sur un pied d'égalité et de la question de l'étendue des possibilités de participation en démocratie directe¹¹⁹.

c) Résultat comparatif

D'un point de vue français comme allemand, la médiation existe depuis des temps immémoriaux, y compris en Europe. La médiation moderne s'est néanmoins développée aux États-Unis dans les années 1970 pour des raisons différentes avant de se diffuser en France au début des années 1980 et en Allemagne à la fin des années 1980. La France a été manifestement touchée par la vague de la médiation plus tôt que l'Allemagne de par sa proximité avec le Québec francophone. Aussi n'est-il guère étonnant que les premiers grands écrits sur la médiation aient paru en France dès les années 1970 puis 1990 tandis qu'en Allemagne, les premiers ouvrages consacrés à la médiation ont été publiés en 1993 et 1995. Il est intéressant de constater que l'un des premiers ouvrages sur la médiation publiés en France, dont l'auteur est le chercheur en psychologie sociale *Hubert Touzard*, se consacre dès 1977 à des études du domaine de la psychologie sociale. Dans l'espace germanophone, la médiation a tout d'abord été dominée par des juristes et les publications de psychologie dans ce domaine n'ont paru qu'à partir de 1996, les premiers ouvrages de psychologie sur la médiation de *Hans-Joachim Fietkau* et de *Leo Montada* et *Elisabeth Kals* n'ayant même été publiés qu'à partir de l'année 2000.

Mediation, Stuttgart 2005, p. 242, 243, qui renvoie cependant à la littérature française pour établir la nature politique de la médiation, notamment à la préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard* dans : *Jean-François Six, Véronique Mussaud*, Médiation, Paris 2002, p. 10

¹¹⁹ *Lars Schäfer*, Mediation im öffentlichen Bereich, Hambourg 2011, p. 151 ss. ; *Ulrich Sarcinelli*, Ein Testfall für die Demokratie, Zeitgeschichte édition 01-02 du 3/01/2011, Deutscher Bundestag et Bundeszentrale für politische Bildung ; *Christine Hohmann-Dennhardt*, Ein Stück Staatsgewalt zurückholen, Frankfurter Rundschau, Meinung, 11/11/2010 ; cf. *Hans-Joachim Fietkau*, Psychologie der Mediation, Berlin 2000 et 2005 (3^e édition), p. 15, la médiation comme moyen d'obtenir l'acceptation, d'atténuer les protestations.

Les deux pays attribuent une dimension socio-politique à la médiation. Elle jouit aujourd'hui d'une reconnaissance juridique dans les deux pays bien que dans la littérature française, elle soit considérée comme le « *sympôme* » de la fracture d'une société moderne à structure hiérarchique et comme un « *remède* » lors du passage vers une société post-moderne marquée par des négociations horizontales, comme une sorte de libération.

Dans la sphère culturelle allemande en revanche, *Joseph Duss-von Werdt*¹²⁰ parvient à la conclusion peu optimiste que la médiation intervient régulièrement à certaines périodes, à « *des époques d'incertitude connaissant une mutation accélérée qui met en péril et bouleverse l'ordre juridique, culturel, social, religieux, économique et écologique* ». La médiation intervient « *dans un monde où l'homme est pris dans la concomitance de contradictions : dans l'ordre étouffant et le chaos libérateur, menant une quête désorientée dans l'immensité et désespérément enfermé dans des carcans, empli de haine et en quête de compréhension, en possession de tout et ne voulant rien partager, ne possédant rien et donnant tout, contraint de se rapprocher des autres pour tout simplement survivre.* » Il ne peut « *se défaire de l'idée que les analogies sont flagrantes avec des symptômes d'époques déjà vécues et que la récente réapparition de la médiation n'y est pas étrangère ...* ».

Espérons que les Français, les Allemands et les Européens réussissent à ne pas se laisser endormir par l'idée de la médiation comme liberté illusoire¹²¹, mais à se servir de la médiation pour se débarrasser des contraintes de l'ordre étouffant et du chaos libérateur au sens d'une démocratie autodéterminée, et libre¹²².

¹²⁰ *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, p. 140; l'auteur semble cependant plus optimiste dans la récente seconde édition de son ouvrage, *Joseph Duss-von Werdt*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, 2^e édition, Baltmannsweiler 2015, p. 172

¹²¹ cf. *Jean-Léon Beauvois*, Deux ou trois choses que je sais de la liberté, Paris 2013, au sujet de la « *déclaration de liberté* » comme une technique de manipulation

¹²² Le philosophe français *Robert Redeker*, soulève cependant de sérieux doutes quant à la croyance au progrès, à la foi dans l'avenir : La croyance au progrès remontant aux Lumières se serait à l'époque substituée au christianisme fatigué. Elle aurait elle-même donné lieu à des illusions comme l'illusion d'autonomie grâce à la vitesse ou les possibilités de transport. Dès le début, la croyance au progrès serait allée de pair avec la formation d'une volonté politique démocratique. La foi dans le progrès, opium des peuples, se serait elle-même révélée comme une illusion, un mensonge, à l'instar de la plupart des religions. L'enthousiasme progressiste aurait disparu depuis le début du XXI^e siècle. Subsisterait un progrès purement technique, sans finalités et sans volonté politique. A sa place se serait installé le vide, le rien. Les démocraties anti-politiques, impolitiques, auraient installé le privé ordinaire là où se trouvait la chose publique, *Robert Redeker*, Le progrès ? Point final., Nice 2015, p. 13, 23, 35, 108, 120, 124, 135-136, 190, 211-212; partant de constats similaires, *Daniel Cohen* est cependant plus optimiste, en appelant à un changement des mentalités

2. Finalités de la médiation

Les diverses représentations des finalités de la médiation se déduisent de la compréhension de l'origine et du fondement philosophique de la médiation moderne. Elles sont essentielles pour la compréhension de la médiation par le médiateur et les parties car elles éclairent sur les objectifs visés par la médiation. Ceci se reflète dans les méthodes de médiation que nous traiterons ultérieurement (voir ci-après B.III.). Un grand nombre de ces représentations des finalités de la médiation excède en effet l'obtention d'un accord qui met fin au conflit. Afin de pouvoir appréhender ces finalités envisagées qui vont au delà et les avantages revendiqués de la médiation, nous allons en analyser en distinguant des orientations fondamentales¹²³.

a) Perspective française

Dans la littérature française, les représentations des finalités de la médiation ont longtemps été présentées de manière non systématique, jusqu'à l'étude approfondie de *Jacques Faget* (2010). Elles découlaient tout au plus des différentes perspectives dans lesquelles était considérée la médiation, telles que ses objectifs (*Ziele*), sa fonction (*Funktion*), ses méthodes (*Methoden*) ou ses enjeux (*Herausforderungen*). Pour en avoir une vue d'ensemble, il paraît nécessaire de donner la parole aux auteurs après avoir évoqué à grands traits les approches de la médiation traitées par *Jacques Faget* (2010).

En se fondant sur les ouvrages d'auteurs américains, australiens et norvégiens des années 1994 à 2000, *Jacques Faget* (2010)¹²⁴ étudie cinq modèles de médiation et les représentations de leurs finalités, qui leur sont sous-jacentes. Il distingue le modèle « *problem solving* », le concept de la « *négociation raisonnée* » de Harvard (*interessenorientiertes Verhandeln, Harvard Konzept*), le modèle « *transformatif* » (*transformatives Modell*), le modèle « *narratif* » (*narratives Modell*) et le modèle « *systémique* » (*systemisches Modell*). Tandis qu'il rejette

et à une pacification des relations sociales qui doit prendre le pas sur la culture de la concurrence et de l'envie, héritée d'une structure hiérarchique forte, dont l'effet consisterait à décourager les interactions horizontales, *Daniel Cohen*, *Le Monde est clos et le désir infini*, Paris 2015, p. 190-194, 217

¹²³ *Stephan Breidenbach*, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 213

¹²⁴ *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 109-136

le modèle « *problem solving* » compte tenu de la faible création de valeur due au « *positional bargaining* » (« *couper la poire en deux* », *situation perdant-perdant*), il s'attache au concept de Harvard, plus particulièrement dans la forme expérimentée par le professeur américain *Thomas Fiutak*. *Thomas Fiutak* accorde une plus grande importance à l'expression des émotions (*Gefühle*) et notamment à leur « *énergie transformatrice du processus relationnel* » (*transformative Energie für den Beziehungsprozess*). *Jacques Faget* présente ensuite de manière détaillée le modèle transformatif qui s'est développé sciemment par opposition au modèle « *problem solving* ». L'objectif de ce modèle est de renforcer les parties par la pratique de l'*empowerment* et par une meilleure compréhension et reconnaissance mutuelles afin qu'elles puissent prendre elles-mêmes leurs problèmes en main. Cette approche prépare la voie à un accord, accord qui a toutefois un caractère secondaire. Le modèle transformatif signifie que la manière dont le conflit s'exprime évolue, passant de l'agressivité et de la rivalité à un climat de coopération exempt de violence. Ce modèle contribue ainsi progressivement à la transformation (*Veränderung*) de la société. Le modèle narratif s'attache en revanche davantage au contexte culturel dans lequel est né le conflit. À titre de synthèse, *Jacques Faget* dresse un tableau comparatif des représentations des finalités de la médiation, des valeurs qui les sous-tendent et des méthodes de travail des médiateurs selon la « *négociation raisonnée* » du concept de Harvard, selon la médiation transformatrice et selon le modèle narratif. Il évoque pour finir l'approche systémique qui s'appuie moins sur les individus que sur le climat général pour traiter les conflits et qui intègre ce dernier, ce qui, toutefois, concerne moins la médiation commerciale entre entreprises. *Jacques Faget* conclut en opposant le modèle « *problem solving* » au concept de la « *négociation raisonnée* » de Harvard, à la méthode narrative et à l'approche transformatrice. Tandis que la médiation « *problem solving* » a pour objectif de rechercher un accord dans le litige (*Rechtsstreit*), tous les autres modèles, et l'approche transformatrice en particulier, tiennent à traiter le conflit (*Konflikt*). Dans ce dernier cas, les médiateurs s'attachent par conséquent davantage à travailler avec les sentiments, les émotions, les besoins et les valeurs des parties en conflit.

Dans la littérature française sur la médiation, on trouve les prises de position suivantes sur la finalité de la médiation : pour *Hubert Touzard* (1977, 2003), le but de la médiation dans les conflits collectifs qu'il a étudiés est de parvenir à un accord, sachant que tout conflit est onéreux. Tandis que le conflit génère un rééquilibrage des relations de pouvoir entre les parties, une négociation ne peut que

contribuer au processus de réajustement des forces sociales et tout au plus le compléter. La médiation a déjà prouvé son utilité ne serait-ce qu'en permettant de restaurer la communication¹²⁵. Pour *Jacqueline Morineau* (1998, 2014) qui traite de la médiation pénale, le but de la médiation est de répondre au besoin de reconnaissance de l'individu. La médiation peut contribuer à l'étude fondamentale de l'humain. Elle offre un espace où le chaos est accueilli, où la violence peut s'exprimer et où elle peut se transformer (*verwandeln*)¹²⁶. *Jean-François Six* (2002) défend l'idée que la médiation n'est pas une méthode, mais une finalité. La finalité est la médiation entre tous les hommes, dans toutes les sphères de la vie, personnelles ou sociales. Il s'agit de développer les relations humaines et de les humaniser, dans tous les domaines. La médiation est le moteur fondamental de toute démocratie d'hommes libres et égaux. Le sens de la médiation est la « rencontre » (*Begegnung*) et, en référence à *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, la « fraternité » (*Brüderlichkeit*) qui passe par une certaine « aliénation », un certain « dessaisissement » (*Entäußerung*). L'appel à la fraternité était déjà présent dans l'« Hymne à la joie » (de 1808) de *Friedrich Schiller* (« tous les hommes sont égaux ») et dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹²⁷. *Bertrand Lasserre* du CMAP (2003) écrit que la médiation constitue « another means of access to justice » et qu'à la différence des tribunaux et de l'arbitrage, elle offre aux parties une maîtrise et une visibilité accrues¹²⁸. *Thierry Garby* (2004) souligne que les solutions judiciaires arrivent régulièrement trop tard même lorsque les tribunaux sont efficaces, dans la mesure où, entretemps, « la vie s'est organisée sans elles ». Pour ce partisan de la négociation raisonnée d'après le concept de Harvard, la médiation est une approche plus intelligente que la procédure judiciaire pour résoudre les conflits. Elle permet à la fois d'éviter une nouvelle escalade et de préserver les relations que le litige aurait interrompues¹²⁹. *Alain Pekar Lempereur et ses collègues*

¹²⁵ *Hubert Touzard*, *La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique*, Paris 1977, p. 114-115, 118, 119 ; *Hubert Touzard*, Préface de l'ouvrage : *Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Jocelyne Dahan, Jacques Salzer, Marianne Souquet, Jean-Pierre Vouche*, *Les médiations, la médiation*, Toulouse 2003, p. 7-8, www.cairn.info/les-mediations-la-meditation--9782865867424-page-7.htm

¹²⁶ *Jacqueline Morineau*, *L'esprit de la médiation*, Toulouse, 1998 – 2014, p. 21, 69

¹²⁷ *Jean-François Six*, *Les médiateurs*, Paris 2002, p. 111, 113, 117 ; *Jean-François Six, Véronique Mus-saud*, *Médiation*, préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard*, Paris 2002, p. 77 s., 113 ss., 257 ss. ; cf. l'appel à la « liberté » et à la « fraternité » lors de la marche républicaine à laquelle ont participé plus de 1,5 million de citoyens le 11 janvier 2015 à Paris à la suite des attentats terroristes.

¹²⁸ *Bertrand Lasserre*, *Optimising the Management of your International Disputes Thanks for Mediation: The French Experience*, BB 2003, supplément IDR, p. 22-25 (p. 24)

¹²⁹ *Thierry Garby*, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 46, 48-50

(2008) mettent l'accent sur la compréhension mutuelle et sur la relation dans la mesure où le problème à traiter est l'expression d'une relation qui s'est dégradée¹³⁰. Selon *Philippe Damby* (2013), il s'agit également de la question de l'accès à la justice (*Zugang zur Justiz*), de l'éducation au sens citoyen et au sens de la démocratie participative¹³¹. *Jacques Faget* (2010) estime que le recours à la médiation n'est pas seulement une réponse à l'insuffisance des systèmes judiciaires, mais qu'il a pour objet de « faire la paix » (*Frieden schließen*), contrairement aux procédures devant les tribunaux. Il se demande si la médiation ne doit pas être considérée comme une « béquille », si légère soit-elle, permettant aux individus prétendument « souverains » de la post-modernité d'acquérir l'autonomie qu'ils ont certes réclamée, mais qu'ils n'ont pas la capacité d'assumer pleinement. Bien que la médiation se soit spécialisée dans différents domaines dont la médiation commerciale, les fondamentaux (*Grundwerte*) des différentes formes de médiation sont identiques. Selon lui, la médiation s'accompagne d'une vision culturelle de l'humain (*kulturelle Vision des Menschen*) et d'un projet de transformation sociale et politique (*soziale und politische Umwandlungsprojekt*). À propos de la médiation commerciale, il constate cependant qu'elle s'est entretemps fort éloignée des idées romantiques des origines de la médiation, au profit d'une approche libérale visant bien davantage à contourner les tribunaux. La médiation commerciale française serait en conséquence caractérisée par le modèle « *problem solving* ». La profession est principalement dominée par des juristes, d'anciens juges, experts-comptables et dirigeants d'entreprise et compte moins de représentants d'autres disciplines et encore moins de psychologues. L'objectif serait d'aboutir à une solution rapide, efficace et plus avantageuse que le recours aux tribunaux¹³². *Arnaud Stimec* (2011) estime que l'enjeu de la médiation commerciale n'est pas de trouver une solution, mais de permettre aux parties de trouver par elles-mêmes et en elles-mêmes les ressources leur permettant de résoudre leur problème. Il s'agit à la fois d'éviter les coûts d'un conflit, latent ou ouvert, d'exploiter le potentiel de créativité qui se cache derrière le désaccord et de conserver et développer de bonnes relations entre individus¹³³. Selon *Eric Battistoni* (2013), tous les types de médiation ont pour objectif la stabilisation des relations humaines, la justice

¹³⁰ *Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 46, 50*

¹³¹ *Philippe Damby, Economie du droit et de la médiation, dans : Bernard Castelain, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 193*

¹³² *Jacques Faget, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 20, 71, 76, 88*

¹³³ *Arnaud Stimec, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 26, 181*

(*Gerechtigkeit*), la pacification (*Befriedung*) et la transformation du comportement des intéressés¹³⁴. *André Moisan* (2013) pense que la médiation contribue au bien commun (*Gemeinwohl*)¹³⁵. Pour *Jacques Salzer et ses collègues* (2013), l'objectif réside dans la défense de ses propres intérêts tout en préservant parallèlement la relation en tenant compte des intérêts de l'autre¹³⁶. La médiation permet à l'homme d'occuper sa place dans une société pacifiée, cela dans un monde ébranlé par des changements profonds, pense *Philippe Josse* (2014)¹³⁷. Pour *Loïc Cadiet* (2015), la médiation peut être considérée comme une forme de justice¹³⁸.

Les nombreuses prises de position de la littérature française de la période comprise entre 1977 à 2014 sur les finalités associées à la médiation montrent que la médiation est certes parfaitement appréhendée comme étant « orientée solution » (*lösungsorientiert*), notamment dans la médiation commerciale, mais que son objectif porte essentiellement sur la transformation, la modification du conflit et la relation entre les parties en conflit. Dans cette approche, le cœur des finalités est de renforcer les médiés (*empowerment*) et de leur permettre l'autonomie requise pour prendre des décisions autodéterminées. La dimension politique revendiquée de la médiation comme méthode de traitement des conflits et la transformation de la culture du conflit par un traitement accru des conflits individuels au moyen de la médiation doivent en outre contribuer l'une et l'autre à faire évoluer la conception de la démocratie dans le sens d'une démocratie participative.

b) Perspective allemande

La littérature allemande recense systématiquement les différentes représentations des finalités de la médiation et souligne l'importance de chaque finalité pour la méthode de médiation qui s'y attache¹³⁹. Selon *Stephan Breidenbach* et

¹³⁴ *Eric Battistoni*, Conceptualiser la médiation, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p.76, 77

¹³⁵ *André Moisan*, La médiation sociale comme contribution au « bien commun », dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 48, 52

¹³⁶ *Jacques Salzer, Michel Fefeu, Jean-Paul Saubesty*, Guerre et paix...dans l'entreprise, 2^e édition, Saint-Quentin-en-Yvelines 2013, p. 5

¹³⁷ *Philippe Josse*, Face aux conflits, osons la médiation, Responsables – mouvement chrétien des cadres et dirigeants, N° 424 octobre 2014, p. 20-21 (21), www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-66.html

¹³⁸ *Loïc Cadiet*, Construire ensemble une médiation utile, *Gaz. Pal.* 18 juillet 2015 n°199 p. 10

¹³⁹ *Joseph Duss-von Werdt*, § 11 Systemische Aspekte, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 233

Joseph Duss-von Werdt, la médiation a deux finalités, l'une individuelle et l'autre commune¹⁴⁰. Ces finalités revêtent différentes formes :

En référence à la littérature américaine, Stephan Breidenbach¹⁴¹ et Ulla Gläßer¹⁴² distinguent cinq finalités différentes de la médiation, en fonction du but recherché par le médiateur :

- obtenir à tout prix un accord rapide et efficace, sans tenir compte du résultat (*approche de prestation de services ; Dienstleistungsansatz, Service-Delivery-Approach*) ;
- réduire les déficits de pouvoir de la partie plus faible afin de l'aider à obtenir justice (*approche d'accès à la justice ; Verfahrensrechtlicher Ansatz, Access-To-Justice-Approach*) ;
- action autodéterminée, autonome des parties (*approche de l'autonomie individuelle ; Selbstbestimmungsansatz, Individual-Autonomy-Approach*) ;
- faire évoluer la relation des parties vers la réconciliation, les réconcilier (*approche de réconciliation ; Versöhnungsansatz, Reconciliation-Approach*) ;
- transformer la société par la médiation et au-delà du litige actuel, créer une nouvelle culture du conflit (*approche de transformation sociale ; sozialer Transformationsansatz, Social-Transformation-Approach*).

Obtenir un compromis rapide, avantageux et peu contraignant du point de vue émotionnel est précisément l'enjeu central de la médiation commerciale (*Service-Delivery-Approach*). En cas de pouvoir de négociation différent, cette inégalité de pouvoir risque cependant de se refléter dans l'accord conclu d'autant que le médiateur exerce une influence non négligeable pour obtenir une conclusion rapide. La médiation est en outre réceptive à l'idée de réconciliation et de pacification (*Reconciliation-Approach*) et la bonne volonté du médiateur risque de se muer facilement en une quête d'harmonie imposée aux parties. Or la ré-

¹⁴⁰ Stephan Breidenbach, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 116 ; Joseph Duss-von Werdt, § 11 Systemische Aspekte, dans: Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 236

¹⁴¹ Stephan Breidenbach, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 119-136 ; Stephan Breidenbach, Martin Henssler, *Mediation für Juristen*, Cologne 1997, p. 7-8

¹⁴² Ulla Gläßer, 2, § 2, note 47 ss., *Verfahren, Aufgaben des Mediators*, dans : Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; Stephan Breidenbach, Ulla Gläßer, *Selbstbestimmung und Selbstverantwortung im Spektrum der Mediationsziele*, KON:SENS – Zeitschrift für Mediation 1999, p. 207

conciliation suppose une décision autonome des parties sur ce qui peut être réconciliable. Aussi le médiateur ne peut-il judicieusement que s'efforcer d'encourager l'autonomie privée des parties et la poursuite autodéterminée de leurs intérêts respectifs. Dans les conflits émotionnels de nature personnelle et de structure profonde notamment, l'action autodéterminée est nécessaire pour que les intérêts respectifs soient pris en compte dans des solutions de manière coopérative. Mais l'autonomie est également requise dans les négociations centrées sur les intérêts entre entreprises (*Individual-Autonomy-Approach*). Outre leur fonction de traitement des conflits, les séances de médiation jouent pour les parties le rôle de programme de formation en vue de la gestion responsable des conflits futurs. Le médiateur est un pur catalyseur. Il tend à favoriser l'intégration thérapeutique et à élargir la base du pouvoir de la partie la plus faible afin de lui permettre une action autodéterminée dans le conflit. Selon la conception de l'autonomie de *Jean-Jacques Rousseau*¹⁴³, l'individu doit d'abord apprendre à être autonome. Si l'objectif est de résoudre le conflit de manière rapide et efficace, il ne reste qu'une latitude restreinte pour une prise de décision autonome. C'est pourquoi l'idée de l'« *approche de prestation de services* » est elle aussi contraire à l'« *approche de l'autonomie individuelle* ». Le cœur de l'approche suivante, « *approche d'accès à la justice* », qui ne devrait néanmoins concerner que très peu les médiations commerciales entre entreprises est un accès informel et facile aux procédures pour les parties en conflit défavorisées ou plus faibles, telles que les consommateurs. Pour finir, l'objectif visant à générer des transformations sociales à travers la médiation (*approche de transformation sociale*) serait une contradiction en soi. En effet, comment le traitement de conflits individuels pourrait-il entraîner des transformations à l'échelle sociale, sauf à envisager un changement de la culture du conflit. En conclusion, tout ce qui, en termes de finalité et de comportement du médiateur, fait fi de l'« *approche de l'autonomie individuelle* » ne peut donc pas donner de résultats à long terme¹⁴⁴.

Selon l'approche systémique de *Joseph Duss-von Werdt* (2009), la médiation vise à une réalité consensuelle à laquelle toutes les parties pourraient adhérer. Les parties créent une réalité commune à partir de réalités initiales opposées. Avec la prise de conscience de leur dépendance mutuelle, leur relation évo-

¹⁴³ *Stephan Breidenbach*, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 128

¹⁴⁴ *Stephan Breidenbach*, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 213-246 ; *Stephan Breidenbach*, *Martin Henssler*, *Mediation für Juristen*, Cologne 1997, p. 8

lue¹⁴⁵. Pour *Christian Duve et ses collègues* (2011), la médiation commerciale a certes pour objet de réaliser des économies de temps et de coûts, de préserver la réputation et de ne pas passer à côté d'opportunités. La finalité de la médiation est cependant l'examen efficace des possibilités éventuelles d'accord et de création de valeur par les parties autonomes et responsables. Si, au terme d'une analyse approfondie de leurs intérêts, ces dernières parviennent à la conclusion qu'elles ne veulent pas conclure d'accord compte tenu de leurs solutions de rechange (*Nichteinigungsalternativen*), la médiation aura, dans ce cas aussi, rempli sa fonction¹⁴⁶. Pour *Hannes Unberath* (2012), la médiation permet d'améliorer la relation, de clarifier les intérêts et préoccupations que les parties estiment pertinents et de les mettre à profit pour résoudre le conflit¹⁴⁷. D'une manière similaire, *Leo Montada et Elisabeth Kals* (2013) considèrent la médiation comme une opportunité d'évolution pour les parties en conflit. La médiation basée sur la psychologie voit toujours au-delà de la résolution du cas particulier traité et, par le traitement systématique du cas particulier, elle offre aux intéressés et à leur relation mutuelle une occasion d'évoluer¹⁴⁸. *Ulla Gläßer* (2014) constate aujourd'hui que la responsabilité (*Eigenverantwortlichkeit*) des parties en conflit (autonomie, autodétermination, responsabilité propre) constitue le « *leitmotiv du modèle de médiation prédominant en Allemagne* » qui traverse l'article 2 de la loi sur la médiation¹⁴⁹.

On retiendra en résumé qu'en Allemagne, la finalité de la médiation est une négociation autonome et responsable des parties. La médiation est certes orientée solution, en particulier dans la médiation commerciale, mais elle peut aussi atteindre son objectif en développant une réalité commune, en clarifiant les intérêts et les possibilités de création de valeur des deux parties ou en transformant leur relation, sans que celles-ci parviennent pour autant nécessairement à un accord.

¹⁴⁵ *Joseph Duss-von Werdt*, § 11 Systemische Aspekte, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 248

¹⁴⁶ *Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 76, 86

¹⁴⁷ *Hannes Unberath*, partie 1, note 99, dans : *Reinhard Greger, Hannes Unberath*, Mediationsgesetz – Kommentar, Munich 2012

¹⁴⁸ *Leo Montada, Elisabeth Kals*, Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 27

¹⁴⁹ *Ulla Gläßer*, 2, § 2, note 6 ss., Verfahren, Aufgaben des Mediators, dans : *Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014 ; *Stephan Breidenbach, Ulla Gläßer*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung im Spektrum der Mediationsziele, KON:SENS – Zeitschrift für Mediation 1999, p. 207

c) Résultat comparatif

Les considérations qui précèdent ont révélé qu'en France comme en Allemagne, la médiation est orientée solution (*lösungsorientiert*), notamment dans la médiation commerciale entre entreprises dotées d'un pouvoir de négociation similaire, mais qu'elle n'est pas appréhendée comme étant liée à la nécessaire obtention d'une solution (*lösungsgebunden*). L'objectif est, dans les deux pays, de renforcer l'autonomie des parties en conflit afin qu'elles puissent traiter leur conflit de manière responsable. Les interventions du médiateur se limitent fondamentalement à celles d'un « *facilitateur* ».

Au-delà de la finalité allemande de l'« *approche de l'autonomie individuelle* », dans sa conception française, la médiation vise non seulement à transformer le conflit, mais également à transformer la relation des parties en conflit. En France, la dimension politique revendiquée de la médiation comme méthode de traitement des conflits et la transformation de la culture du conflit par le traitement des conflits individuels au moyen de la médiation doivent en outre contribuer l'une et l'autre à transformer la conception de la démocratie dans le sens d'une démocratie participative. Les finalités « *transformatives* » associées à la médiation en France sont proches de l'« *approche d'autonomie individuelle* » (*Individual-Autonomy-Approach*) appliquée en Allemagne, mais elles vont au-delà et présentent des traits de l'« *approche de transformation sociale* » (*Social-Transformation-Approach*) sans pour autant succomber à la pression qui résulterait d'une recherche d'harmonie selon l'« *approche de réconciliation* » (*Reconciliation-Approach*). En Allemagne, la médiation s'est intégrée « *en soulesse* » dans le système juridique après y avoir d'abord été perçue comme « *hôte non invité* » et comme « *corps étranger* »¹⁵⁰. La médiation ne revendique pas (plus¹⁵¹) de fonction socio-politique en Allemagne.

¹⁵⁰ Anna-Julka Lilja, Julian von Lucius, Andreas Tietz, 1, 2, note 4 ss., Hintergründe, dans: Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

¹⁵¹ Cf. Horst Zillesen, Partizipation in der Zivilgesellschaft – was leistet Mediation für ein demokratisches Gemeinwesen?, Spektrum der Mediation 5/2014, S. 13-16 (S. 14): « *La relation entre les citoyens et la communauté a changé au cours des dernières décennies en raison de changements significatifs des deux côtés. Du côté des citoyens, s'est développée une nouvelle identité en tant qu'acteur. Ils ne se considèrent plus comme des assujettis ou comme l'objet de la bienveillance de la part de la puissance publique, mais comme des individus autonomes et responsables pour eux-mêmes* » („Das Verhältnis von BürgerInnen und Gemeinwesen hat sich in den letzten Jahrzehnten durch die signifikanten Veränderungen auf beiden Seiten gewandelt. Auf der Seite der BürgerInnen entwickelte sich ein neues Selbstverständnis als Subjekt. Sie verstehen sich nicht mehr als Untertanen oder als Objekt obrigkeitlicher Fürsorge, sondern als selbständige und für sich selbst verantwortliche Individuen“); cf. la remarque sceptique de Stephan Breidenbach qui

3. Contexte culturel de la médiation

La conciliation et la médiation sont considérées comme une réalisation culturelle de première importance face aux pulsions agressives de l'homme¹⁵². La médiation comme processus de communication a lieu dans un espace culturel défini et est marquée par celui-ci. Les idées et les concepts de médiation sont liés au contexte social et culturel, ils sont rattachés à des valeurs et ne sont pas neutres en la matière¹⁵³. Bien que, comme le pense *Joseph Duss-von Werdt*, la médiation reflète dans la « culture occidentale » les « mêmes valeurs, liées à la démocratie et à ses droits fondamentaux depuis le siècle des Lumières »¹⁵⁴, les cultures française et allemande imprègnent non seulement le regard porté sur l'histoire de la médiation et les finalités qui lui sont associées (a), mais aussi les parties au différend, en particulier dans leur approche factuelle et relationnelle dans le cadre de la médiation (b).

a) Empreinte culturelle de la vision de l'histoire et de la finalité de la médiation

S'il existe de multiples définitions de la culture, beaucoup ont néanmoins des points communs. La culture peut être appréhendée comme la programmation collective du subconscient par des valeurs, des modes de pensée et des compor-

estime qu'à elle seule, la médiation contribue peu à transformer la culture du conflit au sens du « projet de transformation sociale » en raison de la valse-hésitation permanente décrite dans le « negotiator's dilemma » entre négociation coopérative et négociation compétitive, *Stephan Breidenbach*, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 247

¹⁵² *Rüdiger Fikentscher*, *Streit und Schlichtung als Bedingung für die Entwicklung und den Bestand einer Gemeinschaft*, dans : *Rüdiger Fikentscher, Annette Kolb*, *Schlichtungskulturen in Europa*, Halle 2012, p. 7, 11, 12 ; cf. *Martin Hauser*, *Qu'est-ce qui peut motiver les parties à choisir la médiation ?*, 23/06/2014, http://bib.cmap.fr/motivation-parties-mediation_Martin-Hauser.php

¹⁵³ *Thomas Fiutak*, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition Toulouse 2014, p. 56 ss. ; *Joseph Duss-von Werdt*, § 11 *Systemische Aspekte*, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 264

¹⁵⁴ *Joseph Duss-von Werdt*, § 11 *Systemische Aspekte*, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 264 ; *Günter Bierbauer*, § 18 *Interkulturelles Verhandeln*, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 445, ne fait curieusement pas de différence entre les cultures européennes, p. ex. en matière de « sensibilité émotionnelle » pour laquelle il fait l'amalgame entre l'Amérique du Nord et l'Europe et qu'il estime n'être « pas particulièrement importante », ni pour l'une, ni pour l'autre.

tements communs à un groupe et qui peuvent les distinguer d'autres groupes¹⁵⁵. Ceux-ci se manifestent sous forme de postulats de base inconscients (*Grund-, Basisannahmen*), de valeurs, d'interdictions et de codes de conduite (normes et standards) en partie visibles, en partie inconscients, et sous forme de créations (symboles) de la culture, visibles mais sujettes à interprétation comme la langue, la civilité, l'habillement, l'art et la technologie¹⁵⁶. Ces valeurs ne correspondent pas seulement à un état momentané analysable empiriquement¹⁵⁷, mais à des caractéristiques héritées du passé, qui ont des effets sur le présent et qui influencent l'avenir¹⁵⁸. Il s'agit de juxtaposer ces particularités comportementales et ces schémas d'orientation caractéristiques, typiques d'une nation ou d'un espace culturel, et de les comparer tout en observant que certains concepts peuvent ne pas trouver d'équivalent direct dans l'autre culture¹⁵⁹.

De l'avis de différents auteurs, le rationalisme cartésien (*kartesianischer Rationalismus*) est le facteur d'influence déterminant de toutes les facettes de la culture française. Après le précurseur des Lumières René Descartes (1596-1650), les notions de « *raison* », « *progrès* », « *nation* », « *civilisation* » et « *vo-*

¹⁵⁵ Thomas Fiutak, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition Toulouse 2014, p. 57 ; Thomas Alexander, *Kultur und Kulturstandards*, dans : Thomas Alexander, Stefan Kammhuber, Sylvia Schroll-Machl, *Handbuch Interkulturelle Kommunikation und Kooperation*, volume 1, Göttingen 2003, p. 21 ss. ; Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha, *Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen*, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 68

¹⁵⁶ Jürgen Rothlauf, *Interkulturelles Management*, 2^e édition Munich, Vienne 2006, p. 21

¹⁵⁷ A propos des travaux empiriques de Geert Hofstede et de ses cinq dimensions culturelles « *distance par rapport au pouvoir* » (*Machtdistanz*), « *gestion de l'incertitude* » (*Unsicherheitsvermeidung*), « *individualisme par opposition au collectivisme* » (*Individualismus vs. Kollektivismus*), « *masculinité par opposition à féminité* » (*Maskulinität vs. Feminität*), « *orientation long terme par opposition à orientation court terme dans la vie* » (*Langfristige vs. Kurzfristige Orientierung im Leben*), Christoph I. Barmeyer, *Communication interculturelle dans le management franco-allemand*, dans : Frank Baasner, *Gérer la diversité culturelle*, Francfort sur le Main 2005, p. 43 ss. ; Stéphane Aspe, *Interkulturelle Kommunikation im Kontext deutsch-französischer Kulturunterschiede*, Munich 2012, p. 5 ss. ; Sarah-Jane Pill, *Germans and French in Business Life*, Sarrebruck 2012, p. 22 ss. ; à propos de la critique des études de Geert Hofstede et de la critique de la conception du temps « *polychrone* » et « *monochrome* » de Edward T. Halls, cf. Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 9 ss., 51 s.

¹⁵⁸ Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 18 ; Thomas Alexander, *Kultur und Kulturstandards*, dans : Thomas Alexander, Stefan Kammhuber, Sylvia Schroll-Machl, *Handbuch Interkulturelle Kommunikation und Kooperation*, volume 1, Göttingen 2003, p. 30, « *Détermination historique, culturelle et contextuelle* » („*Einbindung in kulturhistorische Analysen und Entstehungskontexte*“)

¹⁵⁹ Christoph I. Barmeyer, *Communication interculturelle dans le management franco-allemand*, dans : Frank Baasner, *Gérer la diversité culturelle*, Francfort sur le Main 2005, p. 50-51 ; Oliver Augustin, *Kommunikationskompetenz in interkulturellen Projekten – Kommunikationspsychologische Modelle zur Lösung typischer Missverständnisse in deutsch-französischen Projekten*, Hambourg 2012, p. 31

lonté générale », associées au catholicisme traditionnel, auraient marqué d'une empreinte décisive la manière de penser et d'agir propre à la culture française et continueraient de la marquer aujourd'hui encore¹⁶⁰. À la « raison » française, pensée logique et sceptique, s'oppose le terme allemand de « Vernunft » dans un pays marqué par le protestantisme. « Tandis que la « raison » est le symbole du monde divisible et classable au moyen de l'algèbre, le terme allemand de « Vernunft » désigne l'expérience de l'écoute, de l'appréhension et de la compréhension des rapports entre les choses ». La « Vernunft » est plus réceptive, au sens du verbe « vernehmen/entendre », et plus communicative, et se propose de comprendre les contradictions et d'établir un équilibre. Au moment décisif « de la compréhension » côté allemand s'oppose celui de la simple « explication » côté français¹⁶¹.

Depuis le siècle des Lumières, la société française s'est organisée en État centralisé hiérarchique à structure pyramidale, conformément aux principes de la « raison ». Ce modèle pyramidal de répartition du pouvoir s'étend de surcroît à tous les domaines de la société française¹⁶². Conformément à la « logique de

¹⁶⁰ Michel Maffesoli, *L'ordre des choses – penser la postmodernité*, Paris 2014, p. 9 ; Hans-Jürgen Lüsebrink, *Einführung in die Landeskunde Frankreichs*, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 201 impute cela à la prétention à l'universalité de la « civilisation » française ; Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 126 ; Ernst Robert Curtius, *Arnold Bergsträsser*, Frankreich, premier volume, Kultur, Stuttgart/ Berlin 1931, p. 4 « Nous accordons une place plus importante à la culture qu'à la civilisation. La France accorde une plus grande valeur à la civilisation qu'à la culture » („Wir stellen Kultur über Zivilisation. Frankreich wertet Zivilisation höher als Kultur“); Ernst Robert Curtius, *Arnold Bergsträsser*, Frankreich, deuxième volume, Staat und Wirtschaft, Stuttgart/ Berlin 1931, p. 306 : « L'ensemble de la politique étrangère de la France est portée par une conscience de la mission civilisatrice de la nation française et de son importance pour l'humanité » („Die Gesamtheit der Außenpolitik Frankreichs ist getragen von einem Bewusstsein der zivilisatorischen Mission der französischen Nation und ihrer Bedeutung für die Menschheit“).

¹⁶¹ Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 45, 64 ss., 79 ; voir également Gérard Raulet, *Esprit – Geist*, p. 136 ss., Georges Gusdorf, *Lumières – Aufklärung*, p. 125, dans : Jacques Leenhardt, *Robert Picht*, *Au jardin des malentendus – le commerce franco-allemand des idées*, Arles 1989

¹⁶² Etienne Le Roy, *La médiation mode d'emploi*, *Droit et Société* 29-1995, p. 39-55 (p. 50-51) ; Hans-Jürgen Lüsebrink, *Einführung in die Landeskunde Frankreichs*, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 100-102, 202 pense que cela résulte de la prétention à l'universalité de la civilisation française ; Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 156 ; Hermann Graf von Keyserling, *Analyse spectrale de l'Europe*, Paris 1930, p. 48, 49, 55, 64 ; Ernst Robert Curtius, *Arnold Bergsträsser*, Frankreich, deuxième volume, Staat und Wirtschaft, Stuttgart/ Berlin 1931, p. 65 : « Dans la démocratie bourgeoise prévaut politiquement le principe d'égalité. Mais tout comme dans l'économie, il n'a dans la société qu'une signification formelle. La société française forme une hiérarchie qui est construite selon les rapports de propriété, de profession et de position publique » („In der bürgerlichen Demokratie gilt politisch der Grundsatz der Gleichheit. Wie in der Wirtschaft, so bleibt er aber auch in der Gesellschaft nur von

l'honneur », le pouvoir ainsi réparti s'accompagne d'obligations, mais aussi de privilèges qui déterminent aujourd'hui encore les relations quotidiennes et les relations dans le travail en France¹⁶³. La constitution de la Cinquième République de 1958 a en outre renforcé le pouvoir exécutif aux dépens du parlement (« *parlementarisme rationalisé* »)¹⁶⁴. Aussi les possibilités de participation directe sont-elles plus réduites, ce qui se traduit par une fréquence accrue des grèves¹⁶⁵. Comme l'a constaté *Geert Hofstede*, la France présente un style de direction autocratique et une grande distance à l'égard du pouvoir¹⁶⁶. Le pouvoir est de loin le facteur de motivation le plus important pour les Français alors que pour les Allemands, c'est l'argent¹⁶⁷. À l'échelle de l'État en revanche, les Allemands sont habitués à partager les décisions dans le système fédéral et à mener des négociations difficiles et de longue haleine au sein de hiérarchies plates¹⁶⁸. Le rapport au pouvoir est en conséquence différent en France et en Allemagne. *Jochen Breuer* et *Pierre de Bartha* résument les choses dans les termes suivants : « *en France, il est entendu que quand on a le pouvoir, on a l'argent pour conquérir davantage de pouvoir. En Allemagne par contre, il est entendu que quand on a de l'argent, on a le pouvoir de gagner davantage d'argent* »¹⁶⁹.

formaler Bedeutung. Die Gesellschaft Frankreichs bildet eine Hierarchie, die nach den Verhältnissen von Besitz, Beruf und öffentlicher Stellung aufgebaut ist»), p. 155

¹⁶³ *Philippe d'Iribarne*, L'étrangeté française, Paris 2006, p. 96 ss., 104 ss. ; *Philippe d'Iribarne*, La logique de l'honneur, gestion des entreprises et traditions nationales, Paris 1989, p. VII ss., XXVII ss., 56 ss. (86) ; *Oliver Augustin*, Kommunikationskompetenz in interkulturellen Projekten – Kommunikationspsychologische Modelle zur Lösung typischer Missverständnisse in deutsch-französischen Projekten, Hambourg 2012, p. 44

¹⁶⁴ *Hans-Jürgen Lüsebrink*, Einführung in die Landeskunde Frankreichs, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 174

¹⁶⁵ *Hans-Jürgen Lüsebrink*, Einführung in die Landeskunde Frankreichs, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 166

¹⁶⁶ *Stéphane Aspe*, Interkulturelle Kommunikation im Kontext deutsch-französischer Kulturunterschiede, Munich 2012, p. 11

¹⁶⁷ *Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha*, Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 173, 224 ss.

¹⁶⁸ *Michael Vierling*, Traditions et modernisations dans l'administration publique en France et en Allemagne : une comparaison des deux cultures administratives, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 119

¹⁶⁹ *Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha*, Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 228 « *In Frankreich gilt, wer Macht hat, hat das Geld, um mehr Macht zu erobern. In Deutschland hingegen gilt, wer Geld hat, hat die Macht, um mehr Geld zu verdienen* » ; cf. également *Christoph I. Barmeyer*, Communication interculturelle dans le management franco-allemand, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 48 : « *... la conception française de l'autorité est plus directive, la conception allemande plus participative. Chaque style a ses avantages et inconvénients : si le style directif est peut-être plus rapide, il crée des frustrations, car les avis*

La France a vu en outre apparaître l'« *égoïste individualiste* » influencé par la « *raison* » et l'Allemagne, l'« *égoïste communautaire* » guidé par la « *Vernunft* ». Alors que l'égoïste communautaire se considère comme un élément faisant partie d'un groupe qui le dépasse et qu'il soumet son action de manière « *raisonnable* » (*vernünftig*) à l'intérêt de ce dernier (au sens de l'impératif catégorique selon Immanuel Kant, 1724-1804)¹⁷⁰, l'égoïste individualiste place sa propre personne au premier plan, conformément au rationalisme cartésien (« *je pense, donc je suis* »)¹⁷¹. Ceci se manifeste dans le système éducatif français et notamment dans les grandes écoles (*Eliteschulen*), « *la noblesse d'État* »¹⁷², alors qu'en Allemagne, les élites sont mal vues, en particulier depuis la seconde guerre mondiale¹⁷³. L'image emblématique de l'« *honnête homme* »¹⁷⁴, homme du monde, spirituel, cultivé, agréable, distingué et galant, au style personnel, reste aujourd'hui encore très présente en France. Les « *égoïstes individualistes* » ont besoin de rapports de force clairement définis afin que chacun n'en fasse pas à sa guise même si, par réaction face à la pression constante, ils doivent se défaire et qu'ils pestent contre leurs supérieurs hiérarchiques, se moquent d'eux et contournent sciemment la réglementation. Les moyens de décompression des « *égoïstes communautaires* » sont en revanche les voyages à l'étranger, le « *Feierabend* », terme désignant la fin de la journée après le travail et qui n'a pas son équivalent en français, et l'automobile pour échapper à la pression grégaire¹⁷⁵.

de tous les collaborateurs ne sont pas pris en compte... A l'inverse, le style participatif est plus lent, parfois plus « mou », mais implique et responsabilise davantage... ».

¹⁷⁰ Jean-Pierre Chevènement, France-Allemagne, parlons franc, 1996, p. 85 ; Philippe d'Iribarne, L'étrangeté française, Paris 2006, p. 28 ss.

¹⁷¹ Michel Maffesoli, L'ordre des choses – penser la postmodernité, Paris 2014, p. 9 ; Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha, Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 112 ss. ; Geert Hofstede analyse l'« *individualisme* » et parvient pour la France à une valeur un peu plus élevée qu'en Allemagne, Stéphane Aspe, Interkulturelle Kommunikation im Kontext deutsch-französischer Kulturunterschiede, Munich 2012, p. 11 ; Hermann Graf von Keyserling, Analyse spectrale de l'Europe, Paris 1930, p. 53

¹⁷² Matthias Fischer, Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft, Wiesbaden 1996, p. 138 avec références ; Hermann Graf von Keyserling, Analyse spectrale de l'Europe, Paris 1930, p. 60

¹⁷³ Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha, Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 201 ; Philippe d'Iribarne, L'étrangeté française, Paris 2006, p. 201 ss.

¹⁷⁴ Matthias Fischer, Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft, Wiesbaden 1996, p. 106, 136 s.

¹⁷⁵ Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha, Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 140 ss.

Compte tenu de la revendication du droit à l'égalité universelle pour tous les hommes, qui découle lui aussi de la « *raison* », ces conclusions comparatives sur les cultures et leur rapport au pouvoir et à l'individualisme étonnent. D'autant plus que la Révolution Française a aboli les corporations et les privilèges¹⁷⁶ et que la revendication de l'égalité s'est perpétuée jusqu'à aujourd'hui en France. Elle n'a néanmoins jamais pu s'imposer dans la société française face aux différences héritées du passé¹⁷⁷. Les individus sont certes formellement tous libres, mais les catégories sociales se différencient extérieurement les unes des autres¹⁷⁸, générant une continuité des idées traditionnelles¹⁷⁹ et l'imperméabilité de l'ordre hiérarchique. C'est pourquoi il est difficile de mener des débats qui dépassent ces catégories sociales¹⁸⁰. Un manque d'esprit de compromis contraint l'État central, en tant qu'unique organe de décision reconnu, à régler les conflits sur le mode autoritaire. Tenu à l'idéal d'égalité, il décide pour tous, en haut lieu, conformément à la « *raison* »¹⁸¹. Bien que le citoyen exige de l'Etat français

¹⁷⁶ Helmut Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, Munich 1971, p. 89-90 : « *En 1789 a éclaté en France la grande Révolution. En quelques années, l'ensemble de l'ordre juridique existant a été violemment renversé ... On a tenté de construire un ordre social parfaitement nouveau en conformité avec les idées des Lumières ... Cette tentative a réussi dans la mesure où elle a éliminé les anciens privilèges civils de toute nature et a établi l'égalité citoyenne devant la loi... La révolution échoue en revanche dans la sphère politique ... le résultat de la Révolution française est donc ambiguë ...* » („1789 brach in Frankreich die große Revolution aus. In wenigen Jahren wurde gewaltsam die gesamte bestehende Rechtsordnung umgestürzt...Man versuchte einen vollkommenen Neubau der gesellschaftlichen Ordnung entsprechend den Ideen der Aufklärung...Dieser Versuch gelingt insofern, als er die alten Standesprivilegien jeder Art beseitigt und die bürgerliche Gleichheit vor dem Gesetz herstellt...Die Revolution misslingt dagegen im politischen Bereich...So ist das Ergebnis der Französischen Revolution zwiespältig...“)

¹⁷⁷ Philippe d'Iribarne, *L'étrangeté française*, Paris 2006, p. 142 ss., 188 ss., parle de société de statuts et de rangs ; Philippe d'Iribarne, *La logique de l'honneur, gestion des entreprises et traditions nationales*, Paris 1989, p. 258 ; Horace de Viel Castel, *Mémoires sur le règne de Napoléon III 1851-1864*, Paris 2005, publié d'après le manuscrit original, texte présenté et préfacé par Eric Anceau, « *18 juillet 1851 : Ces gens là préchent l'égalité !! mais leur égalité n'est que l'abaissement des supériorités qui dominent leur fétiche, car ils ne voudraient pas l'élévation de ce qui est au-dessous d'eux* » (p.114) ; Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 150, 151

¹⁷⁸ Hans-Jürgen Lüsebrink, *Einführung in die Landeskunde Frankreichs*, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 68 ss.

¹⁷⁹ Hans-Jürgen Lüsebrink, *Einführung in die Landeskunde Frankreichs*, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 78, 79 ; Jacques Demorgon, Pour une analyse critique de la compétence de compréhension et d'agir interculturels, dans : Frank Baasner, *Gérer la diversité culturelle*, Francfort sur le Main 2005, p. 29 : « *Même un pays comme la France, toute République qu'elle est devenue, reste encore très influencé par des courants culturels issus des royautés de l'âge classique et des empires napoléoniens* ».

¹⁸⁰ Daniel Cohen, *Le Monde est clos et le désir infini*, Paris 2015, p. 193 ; Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 156

¹⁸¹ Etienne Le Roy, *L'ordre négocié, à propos d'un concept en émergence*, dans : Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove, *Droit négocié, Droit imposé ?*, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles 1996, p. 341-351, www.dhdi.free.fr/recherches/theori droit/articles/leroyordreneg.htm

qu'il énonce des principes d'ordre, il les contourne, ce qui n'a rien d'étonnant dans la mesure où l'élite administrative revendique le pouvoir de décision et que le citoyen rejette par conséquent toute responsabilité. En France, l'idée d'égalité est centrée sur l'accès libre et égal à la connaissance comme fondement de l'éducation. En Allemagne, l'idée d'égalité est moins centrée sur l'accès libre au savoir que sur la répartition de l'ensemble du produit économique¹⁸². L'Allemagne est composée de couches sociales moyennes nivelées qui présentent des structures hiérarchiques réduites par rapport à d'autres pays européens. Les citoyens sont disposés à assumer la responsabilité qui leur est confiée par les règles de l'État. Par souci de sécurité, les Allemands sont prêts à faire des compromis. Le règlement des conflits a un caractère participatif. La doctrine luthérienne exige par ailleurs l'acceptation de l'ordre social et l'obéissance aux règles¹⁸³. À propos de la France, on parle aujourd'hui de « *contradictions entre idéal et réalité* » et le débat est engagé sur une réforme fondamentale de la constitution en vigueur et, ce faisant, sur la création d'une Sixième République¹⁸⁴. La « *crise du modèle social français* » actuelle 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 rang¹⁸⁵. La question est soulevée de savoir comment la France peut se moderniser socialement dans le cadre de la mondialisation¹⁸⁶. Certaines

¹⁸² Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 152, 153 ; Jean-Pierre Chevènement, *France-Allemagne, parlons franc*, 1996, p. 118-120, 132, voit l'inégalité en Allemagne moins au niveau social qu'ethnique par opposition à la nationalité.

¹⁸³ Matthias Fischer, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 153, 158 ss. ; Jean-Pierre Chevènement, *France-Allemagne, parlons franc*, 1996, p. 268, constate en effet que l'identité allemande a profondément changé, notamment concernant l'obéissance absolue à l'autorité ; Jules Huret, *En Allemagne* : Berlin, Paris 1911, p. 87 : « ...la hiérarchie se maintient dans ce pays respectueux », p. 95 ; en 1928, Hermann Graf von Keyserling, *Analyse spectrale de l'Europe*, Paris 1930, p. 115, 122-123, voyait encore l'Allemagne comme une société de classes qui voulait être dirigée par un chef.

¹⁸⁴ Philippe d'Iribarne, *L'étrangeté française*, Paris 2006, p. 281 s. ; Hans-Jürgen Lüsebrink, *Einführung in die Landeskunde Frankreichs*, 3^e édition Stuttgart 2011, p. 169, 202

¹⁸⁵ Philippe d'Iribarne, *L'étrangeté française*, Paris 2006, p. 188 ; les Français se distinguent par un déficit de bonheur imputable à l'insatisfaction relative aux institutions nationales comme le parlement, le gouvernement, la police, le législateur, la classe politique, les partis, le Parlement européen, et à la situation économique de la France, Claudia Senik, *L'économie du bonheur*, Paris 2014, p. 103 ss. ; Hermann Graf von Keyserling, *Analyse spectrale de l'Europe*, Paris 1930, p. 50, faisait déjà observer cette rupture de l'équilibre en 1928.

¹⁸⁶ Philippe d'Iribarne, *L'étrangeté française*, Paris 2006, p. 269 ss. ; cf. à ce sujet l'ouvrage contesté de Eric Zemmour, *Le suicide français, les 40 années qui ont défait la France*, Paris 2014

voix s'élèvent même pour exiger qu'elle renonce enfin à son « *rationalisme* » dépassé au profit d'une « *raison sensible* » dans la société postmoderne¹⁸⁷.

Dans cette perspective comparative des cultures autour des questions de hiérarchie, de pouvoir, d'individualisme et d'égalité, la compréhension politique et transformative de la médiation en France acquiert une qualité particulière : comme nous l'avons exposé précédemment, la médiation symbolise le désir de rupture avec la société à structure hiérarchique et de transition vers une société caractérisée par des négociations horizontales¹⁸⁸. La médiation incarne une vision culturelle de l'homme et englobe un projet de transformation politique et social. La médiation est visiblement perçue comme une libération en France. La transformation de la culture du conflit conduira progressivement à une transformation de la conception de la démocratie au sens d'une démocratie participative. La médiation est perçue manifestement comme l'espoir d'une nouvelle forme de démocratie et, parallèlement, comme son expression (*symptôme, remède*). Il est en revanche peu étonnant que la médiation se soit intégrée dans le système juridique de l'Allemagne, peu hiérarchisée, où les citoyens sont culturellement plutôt disposés à faire des compromis et qu'elle ne prétende pas à une fonction socio-politique majeure comme c'est le cas en France.

On retiendra en résumé que les conceptions différentes de l'origine de la médiation moderne et de sa finalité en France et en Allemagne s'expliquent par la culture respective des deux pays.

¹⁸⁷ Michel Maffesoli, *L'ordre des choses – penser la postmodernité*, Paris 2014, p. 15, 34 s., 72 ; en revanche pour la réintroduction de la « *raison* » dans l'expression démocratique, Nicolas Bouzou, *Le grand reflux – stop à la démission démocratique*, Paris 2015, p. 143

¹⁸⁸ Dans la préface de la troisième édition de "Getting to Yes, negotiating agreement without giving in, Boston 2012", les auteurs Roger Fisher, William Ury et Bruce Patton soulignent que „*a generation ago, the prevailing view of decision-making in most places was hierarchical...In today's world, characterized by flatter organizations, faster innovations, and the explosion of the Internet, it is clearer than ever that to accomplish our work and meet our needs, we often have to rely on dozens, hundreds, perhaps thousands of individuals and organizations over whom we exercise no direct control. We simply cannot rely on giving orders-even when we are dealing with employees or children. To get what we want, we are compelled to negotiate. More slowly in some places, more rapidly in others, the pyramids of power are shifting into networks of negotiation. This quiet revolution, which accompanies the better-known knowledge revolution, could be called the "negotiation revolution"*».

b) Empreinte culturelle des médiés (approche des aspects factuels, relationnels et émotionnels)

En raison de délimitations entre catégories sociales plus prononcées en France qu'en Allemagne comme nous l'avons exposé précédemment, les « *égoïstes individualistes* » tentent d'abord d'établir une relation avec le partenaire de négociation tandis que les « *égoïstes communautaires* » allemands lui accordent un certain crédit de confiance¹⁸⁹ et souhaitent passer immédiatement à l'ordre du jour. Les Allemands réagissent souvent avec un certain agacement à la manière dont les Français intègrent une dimension personnelle à la négociation tandis que l'« *objectivité* » (*Sachlichkeit*) allemande, axée sur les faits, paraît souvent froide et déconcertante à la partie française. Chez les Français, le style de travail est caractérisé par une dimension relationnelle et plus émotionnelle. Cette différence culturelle est aussi associée à un rapport au temps culturellement différent. Pour les cultures *polychrones* au nombre desquelles figure la culture française, les relations humaines et le rapport aux émotions signifient plus que le strict respect d'un agenda auquel les cultures *monochrones* telles que la culture allemande sont précisément attachées¹⁹⁰. Il existe manifestement un rapport entre l'orientation émotionnelle ou factuelle et le contexte dans lequel s'effectue la communication. Les membres connectés en réseau au sein d'un groupe et pour qui les relations personnelles ont de l'importance, ce que sont les Français, privilégient plutôt une communication indirecte, non-verbale (*high context culture*)¹⁹¹. L'appartenance au groupe implique souvent une complicité (*Komplizenschaft*)¹⁹². Il en va différemment chez les intervenants qui, comme en Allemagne, échangent moins dans les réseaux, mais davantage dans les relations individuelles. Leur communication est plus exhaustive et comprend des informations de fond plus détaillées (*low context culture*). En conséquence, les Fran-

¹⁸⁹ A propos de la méfiance des français, *Daniel Cohen*, *Le Monde est clos et le désir infini*, Paris 2015, p. 190 ss.

¹⁹⁰ *Oliver Augustin*, *Kommunikationskompetenz in interkulturellen Projekten – Kommunikationspsychologische Modelle zur Lösung typischer Missverständnisse in deutsch-französischen Projekten*, Hamburg 2012, p. 56, 57 ; *Eric Davoine*, *Monochronie allemande et polychronie française : perceptions de managers allemands expatriés*, dans : *Frank Baasner*, *Gérer la diversité culturelle*, Francfort sur le Main 2005, p. 87 ss.; *Mathias Fischer*, *Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft*, Wiesbaden 1996, p. 49 ss.

¹⁹¹ *Olivier Arifon*, *Techniques et habilités en négociation : existe-t-il un profil français ?*, dans : *Frank Baasner*, *Gérer la diversité culturelle*, Francfort sur le Main 2005, p. 111 : « *Le décalage entre ce qui est dit et ce qui est signifié paraît être une véritable nécessité dans l'expression française* ».

¹⁹² *Katharina von Helmolt*, *La négociation comme format de base de la communication interculturelle*, dans : *Frank Baasner*, *Gérer la diversité culturelle*, Francfort sur le Main 2005, p. 106

çais peuvent se montrer impatients et agacés par l'exposé détaillé des faits d'un partenaire de négociation allemand tandis que les Allemands se sentiront insuffisamment informés par leur interlocuteur français¹⁹³. La création d'un niveau relationnel, primordiale pour les Français, se fait dans la sphère émotionnelle visant à relier les deux parties aux négociations, là-même où les Allemands sont méfiants et, de ce fait, très factuels. L'élément artistique et émotionnel est omniprésent en France et l'accès à tout sujet est de nature émotionnelle. Les Français sont motivés par le plaisir et les émotions, l'orientation factuelle des Allemands pouvant, au contraire, les démotiver¹⁹⁴. Bien que les Français aient une éducation rationnelle, ils agissent de manière plus émotionnelle que les Allemands qui tentent d'agir rationnellement pour maîtriser leurs sentiments¹⁹⁵.

On retiendra pour conclure que les Français et les Allemands ont des qualités opposées. Si les qualités françaises reposent principalement sur les émotions, les qualités allemandes sont orientées sur les faits et sur la « *raison* » dans le sens de « *Vernunft* »¹⁹⁶. Les influences culturelles différentes ainsi mises en lumière se reflèteront dans les méthodes de médiation commerciale exposées ci-après. Si les deux médiés et le médiateur commercial disposent d'une compétence interculturelle suffisante¹⁹⁷, les qualités opposées peuvent parfaitement se compléter pour faire aboutir la négociation.

Il convient de noter que ces considérations sur les différences culturelles ne permettent pas de conclusion automatique sur les qualités d'un partenaire de négociation originaire de ces espaces culturels. C'est toujours une affaire de per-

¹⁹³ *Alexandra Seidel-Lauer*, *Erfolgreich auf dem französischen Markt – deutsch-französische Mentalitätsunterschiede*, mai 2012, p. 7 ss.,

www.francoallemand.com/fileadmin/ahk_frankreich/Dokumente/media/Deutsch-frz-Mentalitaetsunterschiede.pdf ; d'après *Edward T. Hall*, cf. *Sarah-Jane Pill*, *Germans and French in Business Life*, Sarrebruck 2012, p. 26, 27 avec références

¹⁹⁴ *Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha*, *Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen*, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 149, 184, 195, 209, 215, 244

¹⁹⁵ *Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha*, *Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen*, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 253

¹⁹⁶ *Sarah-Jane Pill*, *Germans and French in Business Life*, Sarrebruck 2012, p. 76 ; *Jochen Peter Breuer, Pierre de Bartha*, *Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen*, 4^e édition Wiesbaden 2012, p. 254 : « *(Les Français) font moins la distinction entre l'émotionnel et le rationnel, mais passent constamment de l'un à l'autre, avec néanmoins une plus forte tendance à l'émotionnel* » ; *Ernest Renan* cité par *Daniel Colard*, *Le partenariat franco-allemand, du traité de l'Élysée à la République de Berlin* (1963-1999), Paris 1999, p. 12 : « *Le grand malheur du monde est que la France ne comprend pas l'Allemagne et que l'Allemagne ne comprend pas la France* ».

¹⁹⁷ A propos de la compétence interculturelle, *Günter Bierbauer*, § 18 *Interkulturelles Verhandeln*, dans : *Fritjof Hafit, Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 433 ss.

sonne. Il faut comprendre les différences culturelles comme un élément suggérant tout au plus qu'il est probable que le partenaire de négociation ait fait l'expérience de cette empreinte culturelle¹⁹⁸.

III. Modèles de médiation par phases en France et en Allemagne

Ce chapitre expose les modèles utilisés dans la médiation commerciale en France et en Allemagne (1.) et en explique en détail les différentes phases (2. à 6.).

1. Modèles par phases

Une distinction sera tout d'abord établie entre les modèles employés dans la médiation commerciale en France et en Allemagne selon la nature des conflits sous-jacents (a), les modèles de médiation juridiques et psychologiques (b), leurs fondements théoriques (c) et enfin les phases et le déroulement de la médiation (d).

a) Le conflit : problème ou opportunité

La finalité de la médiation, respectivement en France et en Allemagne, détermine de manière décisive le ou les modèles de médiation utilisés. Tout dépend de savoir si le conflit est considéré comme un « problème » ou au contraire comme une « opportunité » de transformation. Si l'objectif premier est de « rechercher une solution » (*Problemlösung, problem solving*), le litige sera réglé le plus rapidement possible et les sentiments ne seront impliqués que dans la mesure où ils y contribuent. Dans un tel cas, la structure profonde du conflit sous-jacent demeure inchangée. Il en va en revanche autrement lorsqu'est mise en œuvre une conception « transformative » de la médiation visant à transformer non seulement les relations entre les parties en conflit, mais au-delà, également la société, en influant sur la culture du conflit. Dans le premier cas, la place accordée aux émotions est minime alors que dans le second, les sentiments sont impliqués dans le traitement de la relation. *Jacques Faget* appelle cela ouvrir plus ou moins la « boîte noire du conflit ». Entre ces deux approches opposées,

¹⁹⁸ *Günter Bierbauer*, § 18 Interkulturelles Verhandeln, dans: *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 442

il existe la négociation coopérative selon le concept de Harvard¹⁹⁹. La finalité proprement dite de la médiation sera déterminée, d'une part, par la nature du conflit à traiter et, d'autre part, par le contexte culturel dans lequel les parties et le médiateur évoluent. À la différence de la médiation familiale par exemple, la médiation commerciale a pour objectif premier de régler le litige par un accord transactionnel, que ce soit en France ou en Allemagne²⁰⁰. Un conflit commercial n'est certes pas traité dans une approche d'obtention nécessaire d'une solution (*lösungsgebunden*), mais dans une approche orientée solution (*lösungsorientiert*), aujourd'hui principalement en référence au concept de Harvard de la négociation raisonnée²⁰¹. La structure profonde du conflit est une moindre priorité dans la médiation commerciale que dans une médiation familiale.

Selon l'approche du médiateur commercial, celui-ci procèdera au préalable à une analyse du conflit, en France comme en Allemagne, dès lors que, comme c'est souvent le cas, les parties lui auront fait parvenir des informations sur le litige sous forme de conclusions ou d'autres documents.

b) Modèle de médiation juridique et psychologique (émotions)

On pourrait en déduire que les conflits commerciaux sont traités dans une médiation de la même manière « objective » en France et en Allemagne. Mais cette conclusion ne prendrait pas en compte les spécificités culturelles de chaque pays. Comme nous l'avons exposé précédemment, les relations et les émotions occupent en France une autre place qu'en Allemagne dans les transactions économiques et commerciales, ce qui se reflète dans le modèle de médiation. C'est pourquoi il n'est pas fait de distinction entre modèle de médiation juridique et modèle de médiation psychologique en France, comme on peut le lire en Allemagne²⁰². Si, en France aussi, l'on souligne que les juristes dominent les

¹⁹⁹ Jacques Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 134 ; William Ury et ses collègues qualifient quant à eux la négociation raisonnée (*interest-based negotiation*) de « *problem-solving negotiation* ». Avant de pouvoir concilier leurs intérêts, les parties devraient laisser libre cours à leurs émotions. Les émotions sont rarement absentes des conflits. Les émotions sont souvent source de conflits et les conflits génèrent à leur tour des émotions, William Ury, Jeanne Brett, Stephen Goldberg, *Getting Disputes Resolved*, San Francisco 1988, p. 6

²⁰⁰ Hubert Touzard, *La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique*, Paris 1977, p. 118

²⁰¹ Sylvie Adjès, Hélène Lesser, *Médiateurs et Avocats – Ennemis ? Alliés ?*, Montigny-le-Bretonneux 2014, p. 125

²⁰² Leo Montada, Elisabeth Kals, *Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 61

« milieux de la médiation » (*Mediationsszene*)²⁰³, le premier ouvrage consacré à la médiation publié en France l'a été autant que nous le sachions, en 1977 par un chercheur en psychologie sociale²⁰⁴. Aujourd'hui en revanche, aussi étonnant que cela puisse paraître, on ne trouve plus en France que de rares références à la nécessité d'intégrer les connaissances psychologiques²⁰⁵, contrairement à l'intérêt accru dont la psychologie continue de bénéficier dans la médiation en Allemagne depuis les premières publications spécialisées parues à partir de l'année 2000²⁰⁶. Ceci pourrait s'expliquer par le fait qu'en France, il est culturellement inimaginable²⁰⁷ de faire abstraction de ses émotions, même dans une relation commerciale entre individus, alors qu'en Allemagne, cette question prête du moins à discussion²⁰⁸.

²⁰³ Eric Battistoni, Conceptualiser la médiation, dans : Bernard Castelain, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 65

²⁰⁴ Hubert Touzard, La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique, Paris 1977

²⁰⁵ Sylvie Le Damany, Vincent Asselineau, Stephen Bensimon, Art et techniques de la négociation, Paris 2003, p. 31, le juriste ne devrait pas supposer que les parties agissent rationnellement par la raison, ce seraient plutôt les biais psychologiques qui conduiraient à une solution ; Philippe Dambly, Economie du droit et de la médiation, dans : Bernard Castelain, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 182 ss.

²⁰⁶ Hans-Joachim Fietkau, Psychologie der Mediation, Berlin 2000 et 2005 (3^e édition) ; Steffen Jänicke, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 272 souligne l'émotion personnelle de propriétaires de petites et moyennes entreprises (PME).

²⁰⁷ Jacques Salzer, Michel Fejeu, Jean-Paul Saubesty, Guerre et paix... dans l'entreprise, 2^e édition Saint-Quentin-en-Yvelines 2013, p. 28 : « Il est normal que vous soyez touché dans votre personne, autant que dans votre fonction. La médiation permet d'exprimer les ressentis et émotions. Il est même essentiel d'en faire part. Il est peut-être important que l'autre sache en quoi et comment ses actions ont pu vous affecter » ; Moira Mikolajczak, L'intelligence émotionnelle, L'Essentiel n°9 février-avril 2012, p. 29-34 ; Arnaud Stimec, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 238, des juristes éminents ont affirmé qu'il ne faut pas laisser de place aux émotions dans la médiation, notamment inter-entreprises : « Notre conviction est tout autre. Les émotions comptent, en médiation, et de multiples façons... » ; Thierry Garby, La gestion des conflits, Paris 2004, p. 84 « Ces contradictions se traduisent par l'expression forte des émotions des parties qui peut atteindre un degré élevé de violence, même si « l'effet magique » de la présence du tiers joue son rôle. Le médiateur tente, avec plus ou moins de succès, de contenir cette violence mais trouve un avantage à ce que les émotions s'expriment... » ; cf. également Martin Hauser, La médiation commerciale exempte d'émotions ?, 10/07/2014, http://bib.cmap.fr/mediation-commerciale-emotions_Martin-Hauser.php

²⁰⁸ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 138 : « Dans les milieux économiques, l'opinion dominante est que ce sentimentalisme serait irrationnel, négatif ou superflu. On devrait tout au plus exprimer ses émotions quand elles se justifient rationnellement – et donc p. ex. quand est exposé le comportement injuste des adversaires. Elles seraient sinon réservées aux enfants et aux productions cinématographiques, et d'un point de vue masculin peut-être aussi un peu aux femmes. Certains considèrent que dévoiler ses émotions est une faiblesse en termes de tactique de négociation. Ils pensent que cette franchise montre leur vulnérabilité » ; Leo Montada, Elisabeth Kals, Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p.

c) Fondamentaux théoriques des modèles de médiation

Le concept de Harvard publié en 1981 (*Getting to Yes*²⁰⁹) constitue aujourd'hui, en France et en Allemagne, le fondement théorique majeur de la négociation raisonnée (*interessenorientiertes Verhandeln*) dans la médiation commerciale²¹⁰. L'enseignement essentiel qu'offre ce concept pour la médiation commerciale est certainement le principe de « *séparation des positions et des intérêts* » dans la négociation. En France, des auteurs ont déjà écrit sur la médiation dès le milieu des années 1970, soit avant la publication du concept de Harvard et de ses principes. En 1977, le chercheur en psychologie sociale *Hubert Touzard* décrit déjà, dans ce qui est probablement le premier ouvrage français sur la médiation, un modèle de médiation en trois ou quatre phases, en se référant à des auteurs américains²¹¹. Il mentionne notamment des études américaines selon lesquelles la présence d'un médiateur avait une influence sur les négociations, y compris dans les négociations commerciales. En sa présence, les parties sont disposées à faire de plus grandes concessions et peuvent en outre sauver la face (*das Gesicht wahren*). L'influence du médiateur est également considérée sur le plan *socio-émotionnel* (*sozio-emotionell*), mais en 1977, *Hubert Touzard* parvient à la conclusion que le fonctionnement de la médiation n'a été jusqu'ici que trop peu exploré²¹². Dans la perspective de l'époque, le cœur de la négociation est constitué par la négociation distributive sur la base des positions des parties, chacune ten-

52, 61 ; *Stefan Kessen, Markus Troja*, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 294 : dans toutes les phases d'un processus de médiation, trois niveaux seraient importants : le niveau factuel (*Sachebene*), le niveau relationnel et émotionnel (*Beziehungs- und emotionale Ebene*) et le niveau du processus (*Verfahrensebene*).

²⁰⁹ *Roger Fisher, William Ury*, *Getting to Yes, negotiating agreement without giving in*, Boston 1981

²¹⁰ *Jef Mostincky*, La médiation Harvard : à la recherche d'une méthodologie efficace et éthique des solutions de conflits pour aboutir à un choix partagé, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 101-116 : le concept de Harvard comprend quatre principes de négociation complémentaires : 1. séparer la personne du problème ; 2. séparer les positions et les intérêts ; 3. développer le plus grand nombre possible d'options de solution non évaluées ; 4. décider sur la base de critères objectifs.

²¹¹ *Hubert Touzard*, La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique, Paris 1977, p. 249 : « une première phase comporte le plus grand nombre d'interactions dans le domaine de l'information, une deuxième phase se caractérise par un grand nombre d'évaluations et une troisième phase comporte le plus grand nombre de suggestions et d'interactions socio-émotionnelles » (p. 249), « Les auteurs en distinguent quatre, la dernière étant consacrée à la rédaction d'un procès-verbal d'accord » (p. 250).

²¹² *Hubert Touzard*, La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique, Paris 1977, p. 251 ss.

tant de tirer profit des forces et des faiblesses de l'autre²¹³. *Hubert Touzard* distingue déjà « *négociation distributive* » et « *comportement coopératif, dimension intégrative de la négociation* »²¹⁴ des parties et qualifie les « *intérêts communs* » de préalables motivants à la réussite de la négociation²¹⁵. La satisfaction des intérêts des parties au lieu de celle de leurs prétentions ou positions ne constituait en revanche pas encore l'objet des négociations. L'importance de la satisfaction des intérêts des parties au lieu de celle de leurs positions juridiques n'a été mise en évidence qu'en 1981 par le concept de Harvard²¹⁶. Mais la présence du médiateur produisait manifestement déjà sur les parties un « *effet magique* » (*magische Wirkung*)²¹⁷ tel qu'elles parvenaient alors à résoudre leurs conflits, même sans négociation résolument « *raisonnée* » fondée sur les intérêts²¹⁸ et assistée par un tiers.

En Allemagne en revanche, où la médiation a fait son apparition dans la littérature scientifique plus tard qu'en France, on se réfère généralement au concept de Harvard²¹⁹ comme guide pratique général pour fonder en théorie la médiation²²⁰. Et ce, bien que ce concept soit en partie considéré comme devant être complété pour pouvoir traiter la profondeur d'un conflit au niveau émotionnel²²¹.

²¹³ *Hubert Touzard*, *Psychologie de la négociation. Etat des recherches*, Pouvoirs n°15 - La négociation - novembre 1980, p. 109-119 (113), www.revue-pouvoirs.fr/Psychologie-de-la-negociation-Etat.html : « *C'est la phase la plus longue et la plus difficile, celle où les négociateurs cherchent à apprécier la véritable force de l'adversaire : jusqu'où peut-on aller dans l'intransigeance sans craindre la rupture ou le durcissement ?* »

²¹⁴ *Hubert Touzard*, *La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique*, Paris 1977, p. 185, 231 ; *Hubert Touzard*, *Psychologie de la négociation. Etat des recherches*, Pouvoirs n°15 - La négociation - novembre 1980, p. 109-119 (115), www.revue-pouvoirs.fr/Psychologie-de-la-negociation-Etat.html

²¹⁵ *Hubert Touzard*, *La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique*, Paris 1977, p. 118 « *minimum d'intérêts communs* », « *prise en considération des intérêts conjoints des partenaires* »

²¹⁶ *Jef Mostincky*, *La médiation Harvard : à la recherche d'une méthodologie efficace et éthique des solutions de conflits pour aboutir à un choix partagé*, dans : *Bernard Castelain*, *De l'autre côté du conflit*, Limal 2013, p. 101-116 (101)

²¹⁷ *Thierry Garby*, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 84

²¹⁸ À ce sujet *Hansjörg Schwartz*, *Felix Wendenburg*, *Verhandeln als Konfliktmanagement-Instrument*, dans : *Ulla Gläßer*, *Lars Kirchhoff*, *Felix Wendenburg*, *Konfliktmanagement in der Wirtschaft*, Baden Baden 2014, p. 357 ss.

²¹⁹ *Marcus Hehn*, § 8 *Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick*, dans : *Fritjof Haft*, *Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 190

²²⁰ *Friedrich Dauner*, *Professionalisierung – ein Weg für die Mediation?*, dans : *Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Professionalisierung und Mediation*, Munich 2010, p. 82-83

²²¹ *Leo Montada*, *Elisabeth Kals*, *Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 94, 101

d) Phases et déroulement de la médiation

L'utilisation d'un modèle de médiation en quatre ou cinq phases est aujourd'hui courante en France²²² alors qu'en Allemagne, on utilise principalement les modèles en cinq à six phases, y compris dans les conflits commerciaux²²³. Ces différences sont en fin de compte négligeables dans la mesure où les phases principales et le déroulement du processus se retrouvent de manière similaire dans les deux pays. La médiation commence généralement par une « phase d'entrée en médiation » (*Eröffnungsphase*) qui, en France, n'est pas toujours considérée comme faisant partie du cœur de la médiation proprement dite. Viennent ensuite l'« inventaire des points à traiter » (« *Quoi ?* » - *Themensammlung*) et l'« exploration et clarification des intérêts » (« *Pourquoi ?* » - *Interessenklärung*), suivis par la recherche d'« options de solution » (« *Comment ?* » - *Lösungsoptionen*), lesquelles seront ensuite soumises à une « évaluation » (« *Comment finalement ?* » - *Bewertung der Lösungsoptionen*). En France, en règle générale, la rédaction et la signature d'une convention finale ne font plus partie du cœur du processus de médiation, à la différence de ce qui se pratique en Allemagne.

Thomas Fiutak, professeur à l'Université du Minnesota (USA), a assuré des cours réguliers sur la médiation à l'Université Paris-Dauphine de 1992 à 2008, à l'initiative de Jacques Salzer, maître de conférences à cette même université, et a formé des médiateurs en France²²⁴. Dans la lignée du concept de Harvard de Roger Fisher et William Ury de 1981, Thomas Fiutak a développé à partir de

²²² Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 74 ss. ; Jacques Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p.114-115 ; Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 86 distingue 7 phases : « *Les présentations, l'histoire de la relation, les faits à l'origine du conflit, la recherche de ce qui aurait pu être fait pour l'éviter, la recherche des intérêts des parties, la recherche de la BATNA, la recherches d'alternatives créatives* ».

²²³ Ulla Gläßer, 2, § 2, note 82, *Verfahren, Aufgaben des Mediators*, dans : Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; Steffen Jänicke, *Wirtschaftsmidiation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 257 ; Stefan Kessen, Markus Troja, § 13 *Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess*, dans : Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 293 ss. ; Jörg Risse, Christof Wagner, § 23 *Mediation im Wirtschaftsrecht*, dans : Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 575 ; Leo Montada, Elisabeth Kals, *Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 248 ss. ; Felix Wendenburg, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, p. 15

²²⁴ Jacques Salzer, Préface dans : Thomas Fiutak, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 9-11, p. 48

1984, d'après une première ébauche de *Roger Fisher*²²⁵, un modèle de médiation en quatre phases avec un point de catharsis (*Katharsis*) qui visualise le déroulement dynamique de la médiation sous forme de cercle divisé en quatre segments par la croix des coordonnées (*modèle du cycle de la médiation, roue de la médiation*). Sur les incitations de ses collègues français, *Thomas Fiutak* a résumé pour la première fois son modèle de médiation et ses réflexions sur la médiation dans un ouvrage qui a été publié en langue française²²⁶. Le modèle en forme de cercle de *Thomas Fiutak*, qui illustre parfaitement les phases de la médiation, s'était déjà imposé en France antérieurement et continue à être utilisé dans la littérature et dans les formations pratiques (Annexe 1)²²⁷. *Thomas Fiutak* écrit qu'il a employé son modèle de médiation en forme de cercle en 1993 aussi en Allemagne, dans le cadre d'un congrès sur la diplomatie préventive²²⁸. Il semble toutefois que ce modèle, dans la littérature spécialisée tout au moins, ne se soit pas imposé en Allemagne, où l'on doit se contenter d'une simple énumération chronologique sous forme de liste des phases 1 à 6.

En France comme en Allemagne, la médiation commerciale se conçoit comme une négociation entre les parties en conflit assistée par un tiers²²⁹.

2. Ouverture de la médiation (*Eröffnung der Mediation*)

a) Perspective française

Selon la conception française, la phase d'ouverture se situe en amont de la médiation proprement dite²³⁰, mais elle ne débute qu'une fois que les parties se sont

²²⁵ *Thomas Fiutak*, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 26

²²⁶ *Thomas Fiutak*, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 13-14

²²⁷ *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 114-116 ; *Arnaud Stimec*, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 75 ss. ; *Martine Bourry d'Antin*, *Gérard Phuyette*, *Stephen Bensimon*, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 48-49

²²⁸ *Thomas Fiutak*, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 50

²²⁹ Si les négociations « tournent en rond » (*sich im Kreis drehen*), font du sur place (*nicht von der Stelle kommen*), qu'elles manquent de méthode dans le déroulement (*ihnen ein methodischer Ablauf fehlt*), qu'elles sont difficiles ou même bloquées (*blockiert*), il convient de s'adjoindre le concours d'un médiateur, *Jacques Salzer*, *Michel Fefe*, *Jean-Paul Saubesty*, *Guerre et paix... dans l'entreprise*, 2^e édition Saint-Quentin-en-Yvelines 2013, p. 122 ; *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 114 ; *Christian Duve*, *Horst Eidenmüller*, *Andreas Hacke*, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 63

²³⁰ *Arnaud Stimec*, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 74 ss. ; *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 78, 83 ; pour *Jacques Salzer*, *Michel*

préalablement entendues sur le règlement de médiation d'une institution (*Mediationsordnung einer Institution*) ou qu'elles ont conclu une convention de médiation (*médiation conventionnelle*) ou encore qu'elles ont été renvoyées en médiation judiciaire (*gerichtlich angeordnete Mediation*) par le tribunal avec leur accord. Cette phase ouvre en règle générale la première séance de médiation commune.

En fonction de leur approche personnelle, certains médiateurs souhaitent rencontrer les parties séparément, généralement en présence de leur(s) avocat(s) (*Anwälte*), en amont de la première séance de médiation commune²³¹. L'usage consistant pour un avocat-médiateur à rencontrer les avocats des parties sans les médiés dans le cadre d'une réunion préliminaire informelle a particulièrement fait ses preuves dans la pratique de la médiation commerciale française²³². Ces entretiens confidentiels entre confrères avocats français sont courants et relèvent de la confidentialité en vertu des règles régissant la profession d'avocat²³³. Ce genre d'entretien permet aux avocats n'ayant pas encore l'expérience de la médiation d'échanger leurs points de vue sur le déroulement envisagé du processus de médiation dans le cadre d'un dialogue ouvert entre confrères et surtout de clarifier leur propre rôle, rôle qui diffère considérablement de l'image traditionnelle de la profession d'avocats français plaidants²³⁴. Il est en outre culturellement important pour le médiateur et les avocats des parties de créer une relation, un rapport de confiance mutuel et peut-être même une certaine « complicité ».

Fefe, Jean-Paul Saubesty, Guerre et paix... dans l'entreprise, 2^e édition Saint-Quentin-en-Yvelines 2013, p. 14, l'ouverture fait partie de la première phase de médiation, du « *Quoi* ».

²³¹ *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 74 ss. ; *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 79 ; *Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson*, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 114-116

²³² *Sylvie Adjès, Hélène Lesser*, Médiateurs et Avocats – Ennemis ? Alliés ?, Montigny-le-Bretonneux 2014, p. 34, 36, 121 : dans les médiations commerciales, la participation des avocats des parties irait de soi alors que dans d'autres domaines de la médiation, les avocats feraient mention de tensions entre médiateurs et avocats, surtout en raison de la remise en cause de la conception traditionnelle de leur rôle ; *Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson*, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 109-110

²³³ Au sujet des règles déontologiques du secret professionnel des avocats en France et en Allemagne, *Maximiliane-Stephanie Wild*, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Francfort sur le Main 2008 ; *Jean-Claude Beaujour*, L'avocat conseil de partie dans une procédure de médiation commerciale, *Gaz. Pal.* 15/01/2013 N° 15, p. 11 ss. ; à ce sujet également *Martin Hauser*, Quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières dans la Communauté européenne à travers l'exemple du devoir de confidentialité ?, 5/01/2015, http://bib.cmap.fr/mediation-transfront-ce-confid_Martin-Hauser.php avec références

²³⁴ *Laurent Drugeon*, L'avocat, acteur de la médiation, *Gaz. Pal.* 24/12/2013 N° 358, p. 24 ; *Tatjana Štruc*, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009, p. 196-206

Ensuite, une fois que chacun des avocats des parties se sera entretenu avec son client sur le processus de médiation envisagé, l'avocat et de même le médiateur attendent souvent la première séance de médiation commune avec impatience, et avec une certaine confiance dans les relations nouées, ce qui a un effet motivant et positif sur le processus de médiation. Lors de cette réunion préliminaire entre avocats devrait être clarifiée la question de savoir qui représentera chaque partie. Il s'avère opportun de clarifier la question du pouvoir de représentation à cette occasion, ou du moins avant la première réunion commune, afin de ne pas buter sur une formalité en commençant cette première séance. Les médiateurs commerciaux français veillent à ce que les représentants des parties réunis lors de la séance de médiation aient un pouvoir de représentation. Engager des négociations transactionnelles et les conclure le cas échéant sans avoir apporté la preuve du pouvoir de négociation est peu judicieux si l'accord obtenu doit encore être approuvé par l'organe de direction de l'une des parties²³⁵. Par ailleurs, il peut arriver qu'en dépit de leurs affirmations contraires, des avocats d'affaires n'adhèrent finalement pas à l'idée de médiation, non conciliable avec la conception qu'ils ont culturellement de leur rôle et de leur statut, et qu'ils tentent même de tenir leurs clients, les médiés, à l'écart de réunions de médiation.

La formation professionnelle pratique accorde à juste titre une grande importance à cette phase d'ouverture²³⁶. L'exécution de la phase d'ouverture détermine en effet durablement le cadre et le ton des phases de médiation ultérieures²³⁷, même si elle n'est en soi que peu traitée dans la littérature. On veillera tout d'abord à saluer les parties et leurs avocats avec une impartialité et une cordialité égales, à les placer²³⁸, à leur proposer des boissons et à établir avec eux un premier contact personnel par quelques paroles anodines sur un sujet extérieur au conflit. Une fois la réunion entamée, le médiateur commence généralement par se présenter. Il fait expressément observer qu'il est indépendant (*unabhängig*), neutre (*neutral*) et impartial (*unvoreingenommen, unparteilich*) vis-à-vis des parties. Il invite ensuite les parties et leurs avocats à se présenter

²³⁵ Avi Schneebalg, Eric Galton, Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale, Paris 2003, p. 23, 52 ss.

²³⁶ Au sujet des différentes étapes de la phase d'ouverture, cf. en détail Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 124-149 : ouvrir la « porte » („Tür“ - présentations, objectifs, règles, temps, étapes) ; exemple d'une déclaration d'ouverture en français, Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 45

²³⁷ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 123

²³⁸ À ce sujet Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 116 ss.

brèvement à leur tour, puis il explique ou se contente de préciser de quelle catégorie de médiation il s'agit et il demande aux parties si elles ont déjà participé à une médiation. Selon le cas, le médiateur passe plus ou moins de temps à leur expliquer que la médiation est un processus de négociation assistée par un tiers où lui-même n'a pas de pouvoir dans l'affaire proprement dite, mais où il est chargé de piloter le processus. Il fait observer aux parties qu'il s'agit d'une négociation volontaire et que chaque partie peut à tout moment demander une pause ou une interruption, afin par exemple de se concerter avec son avocat. Chaque partie peut également mettre fin à la médiation à tout moment. Le médiateur dispose de ce même droit. Il rappelle aux parties que si elles s'accordent avec l'autre partie, elles s'engagent à exécuter l'accord conclu (*règle de volonté exécutoire et d'engagement*). Le médiateur présente ensuite les règles de la médiation aux parties, à savoir le respect mutuel (*règle du respect mutuel*), la politesse, l'observation d'un temps de parole autant que possible égal et la non-interruption de l'autre (*règle de non-interruption*), afin d'assurer que chacun puisse s'exprimer librement ; et pour finir, le principe de la confidentialité de tout ce que les parties échangeront au cours de la médiation (*règle du respect de la totale confidentialité*), le médiateur insistant sur le fait que pour assurer cette confidentialité, aucun document écrit ne devra, par principe, être échangé dans la réunion de médiation, ou alors ils devront être restitués à la partie concernée avant que les participants ne se séparent à son terme (voir ci-après B.IV.5.)²³⁹. Le médiateur explique enfin qu'avec l'accord des deux parties, il peut rencontrer les parties et leurs avocats dans le cadre d'entretiens séparés ou caucus (*Einzelgespräche* - voir ci-après B.III.4.b). Le principe de confidentialité (*confidentialité interne*) s'applique également, si bien que le médiateur ne peut faire usage de ce qui lui a été confié, ni envers l'autre partie, ni dans une réunion commune ultérieure (*réunion plénière*), à moins que l'une des parties ne le lui demande expressément. La médiation commerciale française n'a pas pour principe la « *shuttle mediation* » (médiation où le médiateur fait la navette entre les parties – voir ci-après B.III.4.b)²⁴⁰. Une fois que le médiateur a expliqué ces règles aux parties, il leur demande expressément si elles sont d'accord avec celles-ci (« *Etes-vous d'accord avec ces règles ?* », « *Souhaitez-vous tenter cette démarche ?* ») et attend un « oui » clairement audible. Faire pour la première

²³⁹ En France, la preuve doit en principe être apportée par écrit devant les juridictions.

²⁴⁰ *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 133, 132

fois l'expérience d'une entente possible est psychologiquement important pour les deux parties et marquera la suite du processus²⁴¹.

Avant de passer à l'inventaire des questions en phase 1 de la médiation proprement dite, le médiateur peut commencer par donner la parole aux avocats des parties afin qu'ils puissent exposer en un résumé concis la position juridique de leur client. Ce procédé a fait ses preuves dans la pratique étant donné que, de par la conception qu'ils ont de leur profession, les avocats français ont du mal, même vis-à-vis de leurs clients, à abandonner le rôle d'avocat plaissant (*plädierende Anwalt*) au profit de celui de conseiller-négociateur (*verhandelnder Berater*)²⁴². C'est pourquoi il importe également d'éviter qu'ils ne s'ennuient pendant la médiation²⁴³. De plus, la médiation commerciale ayant lieu dans l'ombre du droit (*im Schatten des Rechts*), il est souvent utile que l'exposé des positions en droit apporte un certain cadre et annonce les points à traiter.

b) Perspective allemande

La phase d'entrée en médiation n'est pas non plus abondamment décrite dans la littérature allemande²⁴⁴. Un auteur distingue la « phase d'entrée en médiation » (*Einstiegsphase*), qui aboutit à la conclusion d'une convention de médiation, et la « phase d'ouverture » (*Eröffnungsphase*) proprement dite de la médiation²⁴⁵.

²⁴¹ Au sujet de la question de savoir s'il s'agit là d'une approche manipulatrice du médiateur, même si c'est dans l'intérêt des deux parties, *Martin Hauser*, La liberté contractuelle et de négociation existe-t-elle ?, 15/10/2014, p. 3, http://bib.cmap.fr/liberte-contractuelle-mediation_Martin-Hauser.php

²⁴² *Thierry Garby*, L'avocat et la résolution amiable des conflits : théorie et histoires de médiation, *Gaz. Pal.* 12/02/2013 N° 43, p. 9 ss. ; *Jean-Claude Beaujour*, L'avocat conseil de partie dans une procédure de médiation commerciale, *Gaz. Pal.* 15/01/2013 N°15, p. 11 ss. ; *Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson*, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 110 ; *Avi Schneebałg, Eric Galton*, Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale, Paris 2003, p. 23 ss. , 64 ss. avec 18 conseils sur la préparation d'un exposé d'avocat de ce type ; cette question se pose aussi en Allemagne, *Felix Wendenburg*, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, p. 371 ss.

²⁴³ *Sylvie Adjès, Hélène Lesser*, Médiateurs et Avocats – Ennemis ? Alliés ?, Montigny-le-Bretonneux 2014, p. 108-109

²⁴⁴ *Stefan Kessen, Markus Troja*, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 293 ss. ; *Leo Montada, Elisabeth Kals*, *Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013, p. 295 ss. : Le contenu de la « Phase 1 Préparation et contrat de médiation » est selon eux l'analyse du conflit, la clarification des questions organisationnelles et importantes pour le processus, et la conclusion du contrat de médiation.

²⁴⁵ Pour *Felix Wendenburg*, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, p. 15 et *Stefan Kessen, Markus Troja*, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 293 ss., les

Les étapes qu'il présente correspondent pour l'essentiel à celles décrites pour la France²⁴⁶. Il souligne expressément que la déclaration d'entrée en matière du médiateur (*Eingangsstatement des Mediators*) est censée créer un climat de confiance et qu'elle a une importance déterminante pour l'ensemble de la suite du processus de médiation, y compris sur le plan psychologique. La description de la position juridique des médiés par leurs avocats permet d'introduire le droit dans la médiation commerciale sans discuter d'emblée des points de vue juridiques²⁴⁷. En Allemagne, la question à l'adresse des intéressés concluant la phase d'ouverture pourrait être: « *Est-ce que vous voulez le tenter ?* » (« *Wollen Sie das versuchen?* »)²⁴⁸. On prêtera une attention particulière à la confidentialité du processus en Allemagne dans la mesure où, selon la loi sur la médiation de 2012, l'obligation de confidentialité ne vaut que pour le médiateur, contrairement à ce qui est le cas en France. Si, comme en France, une obligation de confidentialité générale est souhaitée pour toutes les personnes participant à la médiation, des accords complémentaires de confidentialité devront être conclus entre les intéressés (voir ci-après B.IV.5) dès lors que les règles de médiation d'une institution, telles que celles de l'institut allemand d'arbitrage DIS, ne s'appliquent pas. Aussi, une entrevue préliminaire entre avocats n'est pas soumise *en soi* à l'obligation de confidentialité en Allemagne, à la différence de la France.

c) Résultat comparatif

La phase d'ouverture a une dimension culturelle marquée et la culture respective influence sa dynamique²⁴⁹. En dépit de la similitude du déroulement de la phase

phases d'entrée et d'ouverture vont de pair ; à ce sujet, dans un ordre général, *Benno Heussen*, § 17 Die Organisation von Mediationsverhandlungen, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 407 ss.

²⁴⁶ *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 179-180 fait observer que selon l'art. 1 alinéa 1 et l'art. 2 alinéa 2 de la loi allemande sur la médiation, le médiateur est tenu de vérifier le caractère volontaire de la participation des médiés et leur degré d'information.

²⁴⁷ *Anke Meier*, Der Rechtsanwalt in der Wirtschaftsmediation-Erfolgreiche Parteivertretung auf ungewohntem Terrain, SchiedsVZ 2011, p. 97-101 (p. 99) ; *Tatjana Šruc*, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009, p. 206-209; *Jörg Risse*, Wirtschaftsmediation, Munich 2003, p. 303

²⁴⁸ *Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 410

²⁴⁹ *Thomas Fiutak*, Le médiateur dans l'arène, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 62 ss.

d'ouverture, il est permis de penser qu'en Allemagne, celle-ci privilégiera les aspects factuels (*sachorientiert*) davantage qu'en France où l'on privilégie plutôt les aspects relationnels (*beziehungsorientiert*). Le début d'une médiation est en France centré sur la construction d'une certaine relation (de confiance) entre les personnes présentes, dont le médiateur, ce à quoi contribueront des éléments émotionnels et créatifs²⁵⁰. Dans la phase d'ouverture, le médiateur commercial français soulignera en outre à l'attention des représentants des parties, habitués aux structures d'entreprise hiérarchisées, qu'il est responsable du déroulement du processus et qu'il interviendra en conséquence de manière « directive » sur la forme (*directif sur la forme*), même s'il n'a pas de pouvoir de décision dans l'objet du litige proprement dit (*non directif sur le fond*)²⁵¹. Il est tout à fait possible qu'un médiateur commercial français doive faire valoir son autorité personnelle dans la gestion du processus, d'autant que le fait de convenir des principes du processus ne signifie pas pour autant que toutes les parties intéressées se sentent pareillement liées à ces principes. Là encore, ceci pourrait être imputable aux différences culturelles entre les deux pays²⁵². L'entrevue préliminaire entre un avocat-médiateur et les avocats des parties, qui est en France confidentielle en vertu des règles professionnelles et du droit de la médiation, n'est pas connue sous cette forme protégée en Allemagne. La protection de la confidentialité et la question de savoir qui les parties entendent soumettre à un devoir de secret, devront faire l'objet d'une attention particulière en Allemagne dans la mesure où cette obligation de secret n'est pas prévue par la loi, sauf pour le médiateur, contrairement à ce qui est le cas en France (voir ci-après B.IV.5.).

3. Inventaire des points à traiter - *Quoi ? (Themensammlung)*

La première ou plus exactement la deuxième phase de la médiation commerciale sert en quelque sorte, en France comme en Allemagne, à procéder à un état des lieux et à exposer les faits et, le cas échéant, également la situation juridique du point de vue de chaque partie et à inventorier et examiner les questions à trai-

²⁵⁰ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 123 mettent en garde contre l'échec des médiations dans lesquelles le médiateur n'a pas prêté une attention suffisante aux relations.

²⁵¹ Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 74 ss. (80-81) ; Jacques Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 80 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Phuyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 468

²⁵² Philippe d'Iribarne, *L'étrangeté française*, Paris 2006, p. 104 ss.

ter (a). Les parties vont désormais porter une attention accrue à leur pouvoir de négociation (b) et à leurs solutions de rechange (c).

a) Description des points à traiter

Le médiateur demande aux parties qui des deux aimerait commencer (« *Qui d'entre vous souhaite commencer ?* »). Généralement, une partie se manifeste spontanément. Le médiateur s'assure que l'autre partie est d'accord (« *Êtes-vous d'accord pour que X commence ?* »). Chaque partie expose séparément l'objet de sa requête (« *Qu'est-ce qui vous amène ?* » « *Voulez-vous nous faire part de votre lecture du différend ? Expliquez-nous ce qui s'est passé ?* »). Il peut être utile de ne pas laisser les parties commencer immédiatement à expliquer l'objet du litige dans la mesure où cela risque de générer de nouvelles tensions. Les conflits se développent souvent à partir de relations commerciales de longue date, autrefois positives et harmonieuses. C'est pourquoi les parties devraient tout d'abord procéder ensemble à une rétrospective de leur relation dans une ambiance généralement positive et détendue, jusqu'à ce que, dans leur description, elles en arrivent au conflit survenu ultérieurement²⁵³. Le médiateur témoigne une même écoute active et empathique à l'égard de chaque partie (*aktives und empathisches Zuhören*)²⁵⁴ et pose des questions ouvertes (*offene Fragen*) pour clarifier la situation. Il reformule (*loopen*, reprendre en boucle, paraphraser) de grandes parties de l'exposé de chacune des parties pour en assurer la bonne compréhension (*paraphrasieren*), les recadre (*reframen*) et encourage à poursuivre la description (« *Qu'est-ce qui s'est passé après ?* »)²⁵⁵. Une fois que les deux parties ont échangé leurs points de vue sur l'objet de leur requête, le médiateur visualise les questions et la problématique qui en découlent en termes neutres sur un tableau de conférence (*paperboard, flipchart*), en concertation avec les parties, afin de les traiter de manière structurée par la suite²⁵⁶. Au terme

²⁵³ Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 87-89 ; Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 154

²⁵⁴ Au sujet des 10 principes de l'écoute active, cf. Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 165 ; Avi Schneebalg, Eric Galton, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris 2003, p. 86, soulignent l'importance pour les parties du sentiment d'être écoutées.

²⁵⁵ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 165 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 147 ss.

²⁵⁶ Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 85-86 ; Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 51-160 ; Stefan Kessen,

de cette phase, les parties devraient identifier leurs différences de perception mutuelles et avoir une compréhension commune des origines du conflit²⁵⁷. Avant que la médiation n'entre en phase 2 voire 3, le médiateur vérifie si les parties souhaitent ajouter d'autres points de désaccord à l'inventaire des points à traiter.

b) Pouvoir de négociation (*Verhandlungsmacht*)

Sachant qu'à la différence d'une procédure judiciaire, la médiation n'est régie par des dispositions légales ni au niveau du processus, ni au niveau de son contenu²⁵⁸, le risque existe tout au long du processus de médiation que le pouvoir de négociation (*Verhandlungsmacht*) d'une partie et le rapport de force déséquilibré qui en résulte (*Machtungleichgewicht*) ne désavantagent la partie plus faible. Le pouvoir de négociation peut avoir différentes causes que nous ne pouvons pas approfondir ici. Il peut être de nature personnelle ou objective (*persönlicher oder objektiver Natur*) et tenir p. ex. à des qualités personnelles, à des distorsions de la perception (*Wahrnehmungsverzerrungen*) d'ordre psychologique ou à l'absence d'échappatoires pour les parties liées l'une à l'autre par le conflit (*interdépendance*) combinée à une certaine incertitude²⁵⁹. Le médiateur aidera en conséquence les parties à trouver une solution répondant à leurs intérêts respectifs, qui sera meilleure que si elle était uniquement déterminée par le déséquilibre du rapport de force²⁶⁰. Le médiateur n'intervient pas en revanche pour équilibrer le rapport de force (*Macht auszugleichen*), mais il doit permettre aux parties de prendre position sur ce rapport de force déséquilibré et de décider li-

Markus Troja, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 302, 575

²⁵⁷ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 144 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 79

²⁵⁸ Felix Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013, p. 57 parle de la « fonction de garde-fou » du droit qui offre une protection uniquement en cas de lésion d'une partie à la suite d'une violation du droit impératif.

²⁵⁹ Arnaud Stimec, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 168-175 ; plus précisément Felix Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013, p. 46 ss., 97 ss.

²⁶⁰ Arnaud Stimec, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 175

brement si elles souhaitent, le cas échéant, interrompre la médiation²⁶¹. Dans le cas contraire, il perdrait sa neutralité et son impartialité (voir ci-dessous B.IV.4). *Felix Wendenburg*, en Allemagne, se montre réservé face à la solution extrême consistant, pour le médiateur, à interrompre la médiation et préconise que celui-ci suggère aux parties le recours à des conseils juridiques assuré par des avocats extérieurs²⁶². La manipulation par une partie peut, elle aussi, générer un rapport de force déséquilibré et mettre le médiateur dans une situation tout aussi difficile lors de la conduite du processus de médiation²⁶³. Dans la médiation commerciale, notamment interentreprises (B2B), les parties sont toutefois régulièrement accompagnées et conseillées par leurs avocats de sorte que dans la pratique, le risque d'abus dû à un rapport de force déséquilibré est plus faible²⁶⁴.

c) Le droit dans la médiation (*Recht in der Mediation*)

Avant le début d'une médiation commerciale, les parties françaises et allemandes impliquées dans un litige commercial sont pareillement invitées à examiner des alternatives à une solution négociée et à les développer si nécessaire dans le cours de la médiation. Les solutions de rechange ou de repli (*Nichteingungsalternativen*) servent d'orientation à chacune des parties tout au long du processus de médiation. En définissant des solutions de rechange²⁶⁵, chaque partie comprend jusqu'où elle peut aller dans les négociations et où elle devrait s'arrêter²⁶⁶. Chaque partie devrait également réfléchir à la solution de rechange de l'autre partie afin de pouvoir estimer jusqu'où celle-ci peut aller. La définition de la meilleure alternative à une solution négociée repose sur l'évaluation juridique subjective de sa propre position à l'aide d'une estimation subjective du

²⁶¹ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 224 ; Rachel Brahy, Fanette Duchesne, La médiation à l'épreuve de l'Etat social actif, dans : Bernard Castelain, *De l'autre côté du conflit*, Limal 2013, p. 137

²⁶² Felix Wendenburg, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, p. 283 ss.

²⁶³ Cf. Martin Hauser, La liberté contractuelle et de négociation existe-t-elle ?, 15/10/2014, http://bib.cmap.fr/liberte-contractuelle-mediation_Martin-Hauser.php

²⁶⁴ Felix Wendenburg, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, p. 338 ss. ; Tatjana Štruc, *Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht*, Berlin 2009, p. 241

²⁶⁵ Jacques Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 114

²⁶⁶ Hubert Touzard, *Psychologie de la négociation. Etat des recherches*, Pouvoirs n°15 - La négociation - novembre 1980, p. 109-119 (111), www.revue-pouvoirs.fr/Psychologie-de-la-negociation-Etat.html a formulé l'importance des solutions de rechange dès 1980 dans les termes suivants : « ... la motivation réciproque à parvenir à un accord, ... n'existe que lorsque le coût subjectif de l'arrêt du conflit devient plus faible que le coût subjectif du conflit lui-même ».

risque procédural. La meilleure solution de rechange, selon le modèle de négociation de Harvard, est appelée « BATNA » (*Best Alternative To Negotiated Agreement*) en France et en Allemagne, parfois aussi « MESORE » (*MEilleure SOLution de REchange*) en français²⁶⁷. Les parties doivent connaître leurs solutions alternatives (*solutions possibles à la table de négociation, solutions hors table*)²⁶⁸ pour pouvoir décider si cela vaut la peine pour elles de poursuivre la négociation. Le cas échéant, il serait préférable pour une partie d'interrompre les négociations engagées dans le cadre de la médiation et de saisir la justice dans la mesure où le droit écrit a la capacité de contrôler les rapports de pouvoir. Sans ce système de normes sur lequel la partie plus faible peut se replier en cas de rapport de force trop déséquilibré, c'est le potentiel de pouvoir de négociation de l'autre partie qui déciderait seul du résultat lorsqu'il s'agirait de trouver une solution (« *le droit comme bouclier du plus faible* », « *Recht als Schutzschild des Schwächeren* »)²⁶⁹.

4. Exploration et clarification des intérêts - Pourquoi ? (*Interessenklärung, Hintergrunderkundung*)

La phase qui suit, deuxième selon la conception française et troisième du schéma allemand, constitue le cœur de la médiation commerciale (a). Il est souvent fait recours à des entretiens séparés lors de cette phase (b). Avec l'exploration des intérêts commence le traitement proprement dit du problème qui, s'il réussit, débouche sur un changement de perspective (*Perspektivenwechsel*) et sur une reconnaissance mutuelle (*gegenseitige Anerkennung*) entre les parties (c).

a) Séparer les positions et les intérêts (*Trennen von Positionen und Interessen*)

Cette phase consiste à analyser les points conflictuels et à les approfondir afin d'explorer (*ergründen*) les intérêts et besoins des parties dissimulés derrière les

²⁶⁷ Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 20, 90 ; plus précisément Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 235-253 ; Jörg Risse, *Wirtschaftsmediation*, Munich 2003, p. 295 ss.

²⁶⁸ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 104-105

²⁶⁹ Roman Körper, *Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren*, Berlin 2003, p. 69, 75 : l'autorégulation croissante par la négociation devrait entraîner non pas une suppression du système de normes, mais uniquement un recul de la quantité de normes et un abandon de la gestion majoritairement directe de la résolution de conflits par le droit.

points de vue (positions) qu'elles défendent. La médiation n'a en effet une chance d'aboutir à une solution satisfaisante pour les parties que si elle tient compte de leurs intérêts (*Interessen*) et besoins (*Bedürfnisse*) et qu'elle motive les parties²⁷⁰. Cela suppose que, dans le contexte de l'examen de leurs solutions de rechange, les parties aient pris la mesure de leurs propres intérêts (*affirmation de soi, Selbstbehauptung*)²⁷¹. L'exploration des intérêts et l'analyse des besoins humains fondamentaux encore plus profonds, qui peuvent être éventuellement satisfaits de différentes manières, servent à élargir les possibilités de résolution du conflit (solutions « win-win », « gagnant-gagnant » au lieu de « win-lose », « gagnant-perdant »)²⁷². Les parties commencent par choisir le sujet à traiter en premier parmi l'inventaire figurant au tableau de conférence. Les parties et leurs avocats exposent ensuite à tour de rôle leur avis sur chaque sujet. Le médiateur les aide à se distancier lentement de leur point de vue (*position*) et à mener la discussion de plus en plus au niveau des besoins et des motivations sous-jacentes. Pour explorer ces intérêts, ces valeurs (*Werte*) personnelles ou culturelles et les causes du conflit, le médiateur a recours à des questions ouvertes telles que « Pourquoi est-ce que c'est important pour vous ? » (« Weshalb ist das wichtig für Sie ? »)²⁷³. Par la voie de l'écoute active, le médiateur amène les parties en conflit à passer de la contradiction (*Widersprechen*) systématique à l'explication (*Erklären*), de l'évaluation (*Bewerten*) de leur propre position juridique à l'observation (*Beobachten*) et de l'expression d'opinions (*Meinungen*) sur l'autre partie au partage de leurs propres ressentis (*Empfindungen*)²⁷⁴. Le

²⁷⁰ Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 87-88 ; Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 160-172 ; Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 89 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 46, 148 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 167-186 ; Stefan Kessen, Markus Troja, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 303 ss., 575 ; Stephan Breidenbach, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 69 ss.

²⁷¹ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 170, 177 ss.

²⁷² Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 169 ; cf. Martin Hauser, *La médiation commerciale exempte d'émotions ?*, 10/07/2014, http://bib.cmap.fr/mediation-commerciale-emotions_Martin-Hauser.php

²⁷³ Exposé détaillé sur la technique de questionnement, Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 162-164 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 151 ss.

²⁷⁴ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 163-164 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 133 ss.

médiateur visualise les intérêts des parties sur le tableau de conférence²⁷⁵. Il est attentif à des mots clefs (*Schlüsselwörter*) utilisés par les parties à partir desquels il va poser des questions pour approfondir. De tels mots clefs peuvent également annoncer un changement de perspective (*Perspektivenwechsel*) et le médiateur s'en servira pour reformuler les propos des parties (*paraphrasieren*)²⁷⁶. Le moment est venu où le médiateur peut proposer aux parties des entretiens séparés sur leurs intérêts et leurs solutions de rechange (BATNA, MESORE, *Nichteinigungsalternativen*), notamment en cas de blocage.

b) Entretiens séparés (*Einzelgespräche*)

Les entretiens séparés confidentiels (*apartés, caucus*) avec les parties ont une importance indéniable pour la pratique de la médiation commerciale française et allemande à tous les stades du processus, et notamment pendant l'exploration des intérêts, en dépit des réserves dont ils font régulièrement l'objet²⁷⁷. Leur avantage tient au fait que, lors d'une réunion commune, les entreprises hésitent souvent à divulguer intégralement devant l'autre partie leurs intérêts, qui pourraient permettre de tirer des conclusions sur leur stratégie d'entreprise²⁷⁸. Ces entretiens séparés permettent par ailleurs au médiateur d'interroger confidentiellement chaque partie sur ses meilleures solutions de rechange (BATNA, MESORE) et de soumettre celles-ci, le cas échéant, à un examen critique de leur optimisme excessif²⁷⁹. Dans les deux pays, le médiateur doit se garder de ne pas se laisser entraîner dans des discussions sur les évaluations juridiques avec les parties, qui pourraient amener par la suite ces dernières à douter de sa neutralité lors de la reprise de la séance de médiation commune²⁸⁰. Le principe en vigueur est celui de la « confidentialité interne » (*interne Vertraulichkeit*). Il en va au-

²⁷⁵ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 178

²⁷⁶ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 164-174

²⁷⁷ Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 51-53 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 468 ; Jörg Risse, Christof Wagner, § 23 *Mediation im Wirtschaftsrecht*, dans : Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 577-578

²⁷⁸ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 179, 242

²⁷⁹ Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 133-134 ; sur les pièges de la réflexion dans la médiation, Hans-Joachim Fietkau, *Psychologie der Mediation*, Berlin 2000 et 2005 (3^e édition), p. 90

²⁸⁰ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 254

trement dans les cas de « shuttle mediation », rarement appliqués en France et en Allemagne, où, à la demande des parties, le médiateur fait la navette entre celles-ci et leur transmet des propositions.

c) Catharsis, reconnaissance réciproque, accord sur le désaccord, changement de perspective (*Katharsis, gegenseitige Anerkennung, Konsens über den Dissens, Perspektivenwechsel*)

Selon la conception française, personne n'agit sans émotions, y compris dans les milieux économiques, même si, dans les relations commerciales, celles-ci revêtent généralement une moins grande importance²⁸¹. Dans la phase d'exploration des intérêts (*Interessenerforschung*) en particulier, les parties expriment souvent plus ou moins vivement leurs émotions (p. ex. déception, peur, colère, fierté, courage etc.). Le médiateur accueille les émotions, il les accueille avec empathie (*empathisch aufnehmen*) et les nomme (*verbalisieren*). Différents auteurs qualifient ce moment de clarification et d'équilibrage des émotions de « catharsis » (*Katharsis*)²⁸². L'énergie libérée dans la catharsis génère une transformation de la relation personnelle des parties en conflit²⁸³. Pour les conflits commerciaux, il convient de faire observer que selon la profession d'origine du médiateur, celui-ci sera plus ou moins disposé à s'aventurer à traiter les émotions²⁸⁴. Le médiateur encourage l'empathie mutuelle (*Einfühlvermögen*) des parties et, à travers elle, la compréhension réciproque (*wechselseitiges Verständnis*) et la reconnaissance réciproque (*gegenseitige Anerkennung*)²⁸⁵. Les parties ont ainsi l'occasion de mieux comprendre les intérêts de l'autre partie, d'appréhender sa situation et

²⁸¹ *Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon*, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 468 ; cf. également *Jean-Louis Lascoux*, Pratique de la médiation professionnelle, Issy-les-Moulineaux 2013, p. 108

²⁸² *Thomas Fiutak*, Le médiateur dans l'arène, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 33 ss. ; *Bernard Castelain*, Introduction, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 19 ; *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 115 ; *Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon*, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 96 s., 255 ; *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 75 ss. reprend certes le modèle de médiation en forme de cercle de *Thomas Fiutak*, mais remplace la « catharsis » par l'expression de l'« accord sur le désaccord » (*Konsens über den Dissens*) de *Jacques Salzer*.

²⁸³ *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 115

²⁸⁴ *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 76

²⁸⁵ *Jean-François Six, Véronique Mussaud*, Médiation, préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard*, Paris 2002, p. 231 s., se réfère à l'œuvre de *Axel Honneth* « Kampf um Anerkennung » (Francfort 1992, 2003) dans la continuité de *Hegel*.

d'accepter et de respecter ses positions (*Recognition*)²⁸⁶. Dans le cas contraire, les parties risquent d'abandonner la négociation coopérative (*integrativ*) pour retomber dans la négociation compétitive (*kompetitiv*)²⁸⁷. Le fait qu'une partie reconnaisse son partenaire dans le conflit en tant que personne et qu'elle comprenne ses émotions et intérêts ne signifie pas qu'elle l'approuve sur le fond (*comprendre ne signifie pas être d'accord*)²⁸⁸. La perspective nouvelle (*Perspektivenwechsel*)²⁸⁹ requiert une préparation minutieuse car sinon elle se heurtera à la résistance des parties. Cette préparation s'effectue sous forme d'annonce conjointe à l'adresse des deux parties, les invitant à exprimer leur compréhension pour le point de vue de l'autre partie, lequel aura été clarifié entretemps au cours de la médiation. La partie qui exprimera la première sa compréhension pour la partie adverse apprend ainsi qu'en retour, cette dernière lui témoignera à son tour de la compréhension. Cela facilite les choses aux parties. La question subséquente de la compréhension et de la reconnaissance à l'égard de l'autre partie peut s'étendre à tous les sujets traités jusqu'ici, émotions, valeurs, intérêts, besoins²⁹⁰. Après avoir exprimé réciproquement leur compréhension pour le point de vue de l'autre partie, même si régulièrement elles ne partagent pas son avis, les parties sont généralement déchargées d'un grand poids. L'expérience de l'« accord sur le désaccord » des deux parties (*Konsens über den Dissens*)²⁹¹ les soulage. Elles tendent alors à se détendre, respirent profondément et demandent au médiateur comment les choses vont se poursuivre dorénavant. C'est le moment de passer à la phase suivante (troisième ou quatrième

²⁸⁶ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 163, 172, 180 ; Stefan Kessen, Markus Troja, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 303

²⁸⁷ Stephan Breidenbach, *Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt*, Cologne 1995, p. 99

²⁸⁸ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 174 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 161

²⁸⁹ Jean-François Six, Véronique Mussaud, *Médiation*, préface de Raymond Barre et Michel Rocard, Paris 2002, p. 111, « une médiation a pour but d'accéder à une perspective nouvelle ».

²⁹⁰ Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 175-179 : annonce de la question : « J'aimerais vous poser une question à chacun pour explorer ce que vous avez entendu et compris des problèmes qui se sont posés pour la Partie X, comme des problèmes qui se sont posés pour la Partie Y », suivie de la question introduite par : « Comprenez-vous que ...? ».

²⁹¹ Joseph Duss-von Werdt, § 11 Systemische Aspekte, dans Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 247 : « L'accord comme création de réalités partagées » (*Konsens als Schaffung gemeinsam geteilter Wirklichkeiten*) , « le point de départ était le désaccord » (*Ausgangspunkt war der Dissens*)

phase) et de chercher des options de solution. La roue de la médiation (voir Annexe 1) a dépassé son point culminant avec l'« accord sur le désaccord », et la médiation est passée de la phase de « discordance » (*Unstimmigkeit*) ou de « passé » (*Vergangenheit*) à celle d'« accordance » (*Einklang*) ou aussi de « futur » (*Zukunft*).

Dans la littérature allemande sur la médiation commerciale, on peut lire d'un côté que l'enjeu en serait régulièrement de trouver une approche factuelle et objective de certains événements et que, lors de conflits interentreprises, les émotions ne joueraient bien souvent aucun rôle ou seulement un rôle mineur, mais que, par ailleurs, la relation entre les parties constituerait un aspect important, y compris dans les conflits économiques²⁹². Les auteurs attirent également l'attention sur le fait que, dans la sphère économique, les catégories juridiques telles que « contraire à la bonne foi, déloyal », « de mauvaise foi » ont généralement une connotation émotionnelle²⁹³. On attend précisément de la médiation commerciale qu'elle accueille les émotions dont la teneur et l'énergie seraient nécessaires pour transformer la perception et résoudre les conflits²⁹⁴. En France comme en Allemagne, le médiateur encourage chez chaque partie la compréhension du point de vue de l'autre partie afin qu'elle puisse se mettre à la place de celle-ci pour corriger sa propre perception grâce à cette nouvelle perspective²⁹⁵ (*pont de l'empathie, Empathiebrücke*). Le médiateur peut inciter les parties à changer de perspective par des questions, ou encore par des jeux de rôles : « Vous venez d'entendre quels sont les intérêts de votre partenaire de négociation et comment il estime la situation de négociation. Lesquels de ces intérêts pouvez-vous appréhender et comprendre ? »²⁹⁶.

²⁹² Jörg Risse, Christof Wagner, § 23 Mediation im Wirtschaftsrecht, dans: Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 557, 565

²⁹³ Jochen Schneider, Mediation im Wirtschaftsrecht, dans : Stephan Breidenbach, Martin Henssler, Mediation für Juristen, Cologne 1997, p. 172

²⁹⁴ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 133-143; Tilman Metzger, Alexandra Bielecke, Viadrina Masterstudiengang Mediation, Kurs VI Buch 5: Kommunikation II (Methoden), Frankfurt Oder 2013, S. 50, évoquent en se référant à Christoph Besemer, Mediation – Vermittlung in Konflikten, 1. Auflage, Freiburg 1993, dans les conflits de voisinage une « médiation cathartique » („kathartische Mediation“) ou son « effet cathartique » („kathartische Wirkung“), lorsque les parties peuvent exprimer leurs sentiments.

²⁹⁵ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 159

²⁹⁶ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 159 „Sie haben jetzt gehört, welche Interessen Ihr Verhandlungspartner hat und wie er die Verhandlungssituation einschätzt. Welche dieser Interessen können Sie nachvollziehen, verstehen?“

On retiendra en résumé que le traitement des émotions dans le contexte commercial fait l'objet d'une plus grande attention en France qu'en Allemagne, tant sous l'angle théorique que pratique. Le contexte culturel est sans doute déterminant à cet égard. Contrairement à ce qui se passe en France, la « *catharsis* » et le changement de perspective ne sont pas perçus en Allemagne comme un point de transition (*Übergangspunkt*) dans le déroulement de la médiation, ni comme un signe à part entière de son succès²⁹⁷. Les notions de « *compréhension réciproque* » (*gegenseitiges Verständnis*), d'« *accord sur le désaccord* » (*Konsens über den Dissens*), de « *reconnaissance réciproque* » (*Empathiebrücke*) et de « *changement de perspective* » (*Perspektivenwechsel*) ne sont pas identiques, mais elles décrivent le même vécu émotionnel des parties sous des angles différents.

On peut en conséquence établir le lien entre les perspectives française et allemande comme suit : un « *changement de perspective* » (*Perspektivenwechsel*) de la part des parties au conflit s'opère en pleine « *catharsis* » sur le « *pont de l'empathie* » (*Empathiebrücke*) de la « *reconnaissance réciproque* » et engendre un « *accord sur le désaccord* » entre elles.

5. Recherche créative de solutions - *Comment ? (Kreative Suche nach Lösungsoptionen)*

Dans la troisième ou la quatrième phase, en France comme en Allemagne, un remue-méninges créatif (*brainstorming*) sert à collecter en toute neutralité (*interdiction de critiquer, Kritikverbot*) les futures options de solution qui prendront en compte les intérêts et besoins des médiés, tels que ceux-ci les auront au préalable réciproquement reconnus. Ces options sont proposées par les parties. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le médiateur peut suggérer des idées, à la demande expresse des deux parties. Le médiateur prévient l'adoption hâtive de solutions en demandant si elles correspondent aux intérêts précédemment identifiés des parties²⁹⁸.

²⁹⁷ Thomas Fiutak, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 102, 105, 109 s. ; Katrin Deckert, *Mediation in Frankreich*, dans : Klaus Hopt, Felix Steffek, *Mediation*, Tübingen 2008, p. 204 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 52 ; cf. au sujet du critère d'appréciation de la qualité de la résolution du conflit dans la médiation, Felix Wendenburg, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013, p. 61 ss.

²⁹⁸ Thomas Fiutak, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 35, 82 ; Jacques Salzer, Michel Fefeu, Jean-Paul Saubesty, *Guerre et paix... dans l'entreprise*, 2^e édition Saint-Quentin-en-Yvelines 2013, p. 15 ; Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 90-93 ; Alain Pekar

6. Évaluation et sélection des options de solution - Comment finale-ment ? (*Bewertung und Auswahl von Lösungsoptionen*)

Dans la quatrième ou la cinquième phase de la médiation commerciale, en France comme en Allemagne, le médiateur invite pareillement les parties à évaluer les options de solution collectées. Il vérifie avec les parties si et comment les différentes options de solution peuvent être mises en œuvre avant que les parties n'optent pour une solution²⁹⁹.

Dans la médiation commerciale telle qu'elle est pratiquée en France, la rédaction d'un protocole transactionnel (*Vergleichsprotokoll*) ne fait pas partie de la médiation proprement dite. Ce protocole est rédigé à la suite de la séance de médiation, par principe par les avocats des parties, qui accompagnent régulièrement les médiés dans une médiation commerciale. Selon la conception française, la rédaction du protocole transactionnel ne relève pas des fonctions d'un médiateur commercial. Elle serait même incompatible avec son rôle³⁰⁰. On voit les choses différemment en Allemagne³⁰¹.

Si l'élaboration d'un compromis demande un certain temps, ce qui est souvent le cas, le médiateur accompagne les avocats des parties, dans la pratique de

Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 181-202 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 47, 149 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 187-211 ; Stefan Kessen, Markus Troja, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : Fritjof Hafj, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 310-313, 575

²⁹⁹ *Thomas Fiutak, Le médiateur dans l'arène, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 35, 83 ; Jacques Salzer, Michel Fefeuf, Jean-Paul Saubesty, Guerre et paix... dans l'entreprise, 2^e édition Saint-Quentin-en-Yvelines 2013, p. 15 ; Arnaud Stimec, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 93-94 ; Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 202-210 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 149-150 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 255-265 ; Stefan Kessen, Markus Troja, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : Fritjof Hafj, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 316 ss., 575*

³⁰⁰ *Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 127, 138 ; Katrin Deckert, Mediation in Frankreich, dans : Klaus Hopt, Felix Steffek, Mediation, Tübingen 2008, p. 204*

³⁰¹ *Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 265 ; Stefan Kessen, Markus Troja, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans : Fritjof Hafj, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 317*

la médiation française tout au moins, à intervalles réguliers, généralement par téléphone, jusqu'à ce qu'un accord transactionnel soit prêt à être signé. Il les aide si nécessaire à surmonter les difficultés mineures. Dès lors que les parties le souhaitent, le médiateur peut apposer sa signature sur le document sous la mention « *signé en présence du médiateur* » (*unterscriben in Gegenwart des Mediators*) pour « sceller » l'accord, ce qui n'entraîne toutefois pas de conséquences juridiques pour le médiateur en droit français.

IV. Principes fondamentaux de la médiation commerciale en France et en Allemagne

1. Principe de liberté, principe de l'autonomie de la volonté des parties, responsabilité (*Freiwilligkeit, Selbstbestimmung, Eigenverantwortlichkeit*)

La médiation repose, en France comme en Allemagne, sur les principes de l'autonomie (*Selbstbestimmung*) et de la responsabilité des parties en conflit (*Eigenverantwortlichkeit*), qui innervent l'ensemble de la procédure de médiation. La médiation permet aux parties de « *se réapproprier le conflit* » (*sich des Konflikts wieder bemächtigen*)³⁰².

Expression des principes d'autonomie et de responsabilité, la médiation judiciaire ne peut être ordonnée, en France, qu'avec l'accord exprès des parties en litige³⁰³. Celles-ci ne peuvent entreprendre une médiation que de leur plein gré; elles ne peuvent pas y être contraintes. C'est la solution de type « opt-in ». En France, le principe de liberté des parties est ancré dans l'article 131-1 CPC³⁰⁴

³⁰² *Nathalie Dion*, L'esprit de la médiation, Gaz. Pal. 24/12/2013 N°358, p. 5 ss; *Jacques Faget*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 104-107; *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 19 s; *Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson*, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 82-85; *Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon*, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 20 s.; *Ulrich Hagel*, 2, § 1 notes 14-15, dans : *Jürgen Klawiit, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014; *Reinhard Greger*, partie 2, § 1, notes 33 s., dans : *Reinhard Greger, Hannes Unberath*, Mediationsgesetz – Kommentar, Munich 2012; cf. *Martin Hauser*, La liberté contractuelle et de négociation existe-t-elle ?, 15/10/2014, http://bib.cmap.fr/liberte-contractuelle-meditation_Martin-Hauser.php

³⁰³ *Katrin Deckert*, Mediation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, Mediation, Tübingen 2008, p. 211; toutefois, les tribunaux de commerce et les tribunaux d'instance peuvent renvoyer les parties à un conciliateur de justice sans leur accord (voir ci-dessus B.I.2.b).

³⁰⁴ « *Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.* ».

pour la médiation judiciaire et dans l'article 1528 CPC³⁰⁵ pour la médiation conventionnelle.

En Allemagne, les principes de liberté et de responsabilité des parties à une procédure de médiation sont expressément énoncés à l'article 1 alinéa 1 de la loi sur la médiation³⁰⁶. Toutefois, un juge saisi du litige peut, même sans leur accord, renvoyer les parties en litige devant un autre juge, un juge de bonté, qui procédera à l'audience de conciliation, ou à d'autres tentatives de conciliation (art. 278 V ZPO). Le juge de bonté a le libre choix de la méthode de règlement des conflits. Il ne peut cependant utiliser des procédures volontaires et basées sur les intérêts respectifs des parties comme la médiation pour régler le conflit qu'avec leur accord (voir ci-dessus B.I.2.a)³⁰⁷.

Depuis le 1^{er} avril 2015, le Code de procédure civile français prévoit pour la première fois en son article 56 relatif aux éléments requis pour une assignation que : « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »³⁰⁸. En l'absence d'une telle déclaration, l'assignation n'est toutefois pas exposée à l'exception de nullité³⁰⁹. L'article 127 CPC³¹⁰ dispose en outre que « *le juge peut proposer aux parties une procédure de conciliation ou de médiation* », dans le cas où, lors de l'introduction d'une action ou lors du dépôt d'une demande, aucune « *justification* » en ce sens n'est produite. Étant donné que, depuis 1995, un juge français peut proposer une médiation et l'ordonner avec l'accord des parties, il y a lieu de se demander si le « droit de proposition » visé à l'article 127 CPC signifie dorénavant que le juge peut or-

³⁰⁵ « *Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur,* ».

³⁰⁶ « *La médiation est un processus confidentiel et structuré par lequel les parties tentent, de leur propre gré et de manière responsable, de résoudre amiablement leur conflit avec l'aide d'un ou plusieurs médiateurs* » (« *Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben* »), www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/_1.html

³⁰⁷ Lambert Løer, 2, article 278a ZPO notes 12 ss., dans : Jürgen Klöweit, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

³⁰⁸ A ce sujet Dominique Lopez-Eychenié, A partir du 1er avril 2015, il faudra justifier d'une tentative de résolution amiable des conflits pour pouvoir saisir un juge, www.village-justice.com/articles/partir-1er-avril-2015-faudra,19199.html

³⁰⁹ Circulaire de la garde des sceaux, ministre de la justice, n° civ/05/15 du 20 mars 2015, p. 10

³¹⁰ « *S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.* »

donner une médiation même sans l'accord des parties, en l'absence de la justification des démarches précédemment effectuées³¹¹. Cette possibilité serait confortée si l'absence de justification était considérée comme une fin de non-recevoir (*Verfahrenseinrede*) et que la demande n'était pas nulle mais en l'état irrecevable³¹². Dans le cas contraire, cette disposition ne serait pas une nouveauté. Reste à attendre la pratique juridictionnelle.

En Allemagne en revanche, l'article 253 alinéa 3 ZPO, disposition légale à caractère non obligatoire, reste en retrait par rapport aux dispositions françaises. Selon l'article 253 alinéa 3 point 1 ZPO, en effet, l'acte d'assignation devrait indiquer, sous un angle rétrospectif, si la tentative de médiation, ou autre procédure de règlement extrajudiciaire du conflit, a précédé l'introduction de l'action et, sous un angle prospectif, s'il existe des motifs d'opposition à une telle procédure de règlement extrajudiciaire de conflit. Cette disposition vise à stigmatiser la partie qui rejette la recherche d'une solution consensuelle du conflit. Elle a pour but de sensibiliser davantage la population à la procédure de médiation et de faire appel à une attitude consistant, pour les parties, à examiner les alternatives extrajudiciaires. Une simple mention de pourparlers transactionnels antérieurs, restés vains, ne saurait suffire ; les manquements à cette disposition ne font cependant pas obstacle à la recevabilité de l'action. L'obligation de déclaration n'a qu'un effet mineur et il faudra attendre pour savoir si les avocats s'en tiendront à leur pratique actuelle bien rodée³¹³.

Vu le faible recours à la médiation dans les litiges de droit commercial, la question se pose toujours, en France comme en Allemagne, de savoir si la médiation ne devrait pas être imposée par la loi comme étape obligatoire, préalable à la voie judiciaire³¹⁴. Cela restreindrait le principe de liberté des parties, si bien qu'elles ne pourraient plus se décider pour un « opt-in » (*entrée en procédure*,

³¹¹ Ainsi manifestement *Jean de Valon*, Un grand moment de solitude procédurale !, www.village-justice.com/articles/grand-moment-solitude-procedurale,19234.html ; la *Circulaire de la garde des sceaux*, ministre de la justice, n° civ/05/15 du 20 mars 2015, p. 10 n'évoque en revanche que le droit de proposition

³¹² *Soraya Amrani-Mekki*, L'ambition procédurale du décret n°2015-282 du 11 mars 2015, *Gaz. Pal.* 16 juin 2015 n°167, p. 3 ; *Antoni Mazonq*, Mention de la tentative de négociation dans l'assignation : un pétard mouillé ? , www.dalloz-actualite.fr/chronique/mention-de-tentative-de-negociation-dans-l-assignation-un-petard-mouille#.VRPGCrnwuWg

³¹³ *Lambert Löer*, 2, art. 253 ZPO, notes 2-8, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014

³¹⁴ À ce sujet *European Parliament*, „Rebooting“ the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, janvier 2014, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), p. 1-10

Eintritt), mais seulement pour un « opt-out » (*sortie, Austritt*). Mais, pour l'instant, tant en France qu'en Allemagne, on est plutôt réservé quant à une telle solution contraignante³¹⁵.

Enfin, la question doit être soulevée de savoir, eu égard à l'exposé ci-dessus relatif aux différences culturelles, si l'usage relativement faible de la médiation commerciale, en France comme en Allemagne, n'aurait pas des causes différentes. Dans une société hiérarchisée comme la France, où l'État centralisé comme lieu décisionnel reconnu règle traditionnellement les conflits de façon autoritaire³¹⁶, on conçoit aisément que les acteurs économiques font régler leurs conflits par des tribunaux, au lieu de s'en saisir eux-mêmes, sous la direction d'un médiateur. En Allemagne, en revanche, c'est moins le système décisionnel hiérarchisé qui pourrait entraver le règlement des conflits par voie de médiation que la culture répandue de la négociation et de la conciliation judiciaire interne au tribunaux, même si celle-ci est régulièrement considérée comme insuffisante. Au cours des années 2002-2003 en Allemagne, 12 % de toutes les instances judiciaires se seraient terminées en moyenne par une transaction conclue devant les tribunaux d'instance (*Amtsgerichte*) et 21 % devant les tribunaux de grande instance (*Landgerichte*) alors qu'en France moins de 1 % de toutes les procédures judiciaires auraient pris fin par voie de transaction conclue devant les tribunaux d'instance et de grande instance³¹⁷. Rappelons enfin que les êtres humains sont dotés d'une pulsion d'agression. Ils veulent vaincre l'autre ; c'est pourquoi ils resteront enclins encore longtemps à emprunter la traditionnelle voie judiciaire³¹⁸.

³¹⁵ *Fabrice Vert*, La tentation de la médiation obligatoire, *Gaz. Pal.* 18/01/2014 N°18, p. 9 ss.

³¹⁶ *Etienne Le Roy*, L'ordre négocié, à propos d'un concept en émergence, dans : *Philippe Gérard, François Ost, Michel van de Kerchove*, Droit négocié, Droit imposé ?, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles 1996, p. 341-351, www.dhdi.free.fr/recherches/theorierecht/articles/leroyordneg.htm

³¹⁷ *Jan Kayser*, Alternative Formen gerichtlicher und aussergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Zivilprozess – Les modes alternatifs judiciaires et extrajudiciaires de résolution des conflits en procédure civile allemande et française, *Frankfurt am Main* 2006, p. 129, 183 et en français p. 269, 277 ; voir aussi *Tatjana Štruc*, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009, p. 237 ss.

³¹⁸ *Martin Hauser*, Qu'est-ce qui peut motiver les parties à choisir la médiation ?, 23/06/2014, http://bib.emap.fr/motivation-parties-mediation_Martin-Hauser.php

2. Indépendance (*Unabhängigkeit*)

En France comme en Allemagne est posé le principe de l'indépendance personnelle du médiateur³¹⁹. Il doit se tenir à égale distance de toutes les parties. En France, ce principe n'est mentionné qu'à l'article 131-5 CPC³²⁰ relatif à la médiation judiciaire, mais pas dans les dispositions relatives à la médiation conventionnelle.

En Allemagne, l'article 1 alinéa 2 de la loi sur la médiation³²¹ prescrit expressément l'indépendance du médiateur.

3. Impartialité (*Unparteilichkeit*)

Le principe de l'impartialité (*Unparteilichkeit*) du médiateur s'applique en France comme en Allemagne. Celui-ci ne doit avoir des intérêts communs avec aucune des parties, mais il est engagé envers elles, de façon égale. L'impartialité est l'expression ressentie par les parties de la neutralité active du médiateur³²². En France, l'impartialité dans le cadre de la médiation conventionnelle est ex-

³¹⁹ Jacques Faget, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 99-100 ; Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 27 ss. ; Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 62-63 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 29 s. ; Ulrich Hagel, 2, § 1 notes 21-22, dans : Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; Reinhard Greger, partie 2, § 3, notes 1 ss., dans : Reinhard Greger, Hannes Unberath, *Mediationsgesetz – Kommentar*, Munich 2012 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 102

³²⁰ « La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : ... 5^e Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation ».

³²¹ « Un médiateur est une personne indépendante et neutre sans pouvoir de décision qui accompagne les parties tout au long de la procédure » (« Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt »), www.gesetze-im-internet.de/mediationsg/_1.html

³²² Arnaud Stimec, *La médiation en entreprise*, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 21 ss. ; Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, *Méthode de médiation*, Paris 2008, p. 65 ss. ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, *Art et techniques de la médiation*, Paris 2004, p. 170 ; Ulrich Hagel, 2, § 1 note 23, dans : Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, *Mediation in der Wirtschaft*, 2^e édition Cologne 2011, p. 102

pressément prévue par l'article 1530 CPC³²³. En ce qui concerne la médiation judiciaire, elle ressort de l'article 21-2 de la loi sur l'organisation judiciaire³²⁴.

En Allemagne, elle résulte indirectement de l'article 2 alinéa 3 phrase 1 de la loi sur la médiation.

4. Neutralité, multipartialité (*Neutralität, Allparteilichkeit*)

La neutralité est, en France comme en Allemagne, la posture du médiateur dans le processus de médiation³²⁵. En France, la neutralité du médiateur n'est pas expressément énoncée dans la loi³²⁶, bien qu'elle soit bien mise en évidence dans la littérature spécialisée. L'article 2 alinéa 2 de la loi allemande sur la médiation en revanche prévoit expressément la neutralité³²⁷, tout en mettant en avant la multipartialité (*Allparteilichkeit*). Dans les deux pays, la neutralité est souvent assimilée à l'obligation d'impartialité (*Unparteilichkeit*)³²⁸, qui est expressément énoncée en France, mais pas en Allemagne.

³²³ « La médiation ... conventionnelle régie par le présent titre s'entend... .. de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »

³²⁴ Article 21-2 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

³²⁵ *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 21 ss. ; *Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson*, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 63-65 ; *Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon*, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 26 ss. ; *Ulrich Hagel*, 2, § 1 note 23, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014 ; *Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke*, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 102

³²⁶ Le législateur s'est sciemment distancié de ce point pour se prononcer en faveur de l'impartialité, *Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

³²⁷ *Nils Goltermann, Ulrich Hagel, Jürgen Klowitz, Dan-Alexander Levien*, Das neue Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht, *SchiedsVZ* 2013, p. 42 considèrent que la juxtaposition des termes indépendance (*Unabhängigkeit*) et neutralité (*Neutralität*) dans la loi allemande sur la médiation „prête à confusion“ ; au sujet des obligations de divulgation du médiateur, *Steffen Jänicke*, *Wirtschaftsmidiation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 186 ss.

³²⁸ *Arnaud Stimec*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011, p. 21 ss. ; *Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson*, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 63-65 ; *Ulla Gläßer*, 2, § 2 notes 107-108, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014 ; cf. également *Stephan Breidenbach*, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Cologne 1995, p. 169-179

En Allemagne, on considère que le médiateur doit, sans se cantonner à une attitude neutre, passive, représenter activement, à égalité, les intérêts procéduraux de toutes les parties et les soutenir en conséquence. Tandis que l'impartialité et la neutralité juridiques engendrent une sobriété sur le fond et une distance personnelle, on parle de plus en plus, en Allemagne, d'une « *multi-partialité* » à fondement thérapeutique³²⁹ compte tenu du rôle de soutien actif induit par l'action et l'empathie du médiateur, déployées à parts égales envers chacune des parties. En France, on parle principalement de neutralité, même si certains auteurs reconnaissent une « *neutralité active* », au sens d'un engagement (*neutralité engagée*) du médiateur en faveur de chaque partie³³⁰. Seuls de rares auteurs utilisent la notion de « *multipartialité* » ou de « *pluripartialité* », qui toutefois, contrairement à l'approche allemande, ne semble pas exclure une certaine intervention sur le fond³³¹.

5. Confidentialité (*Vertraulichkeit*)

Depuis 1995, le code de procédure civile prévoit, en France, en ce qui concerne les médiations judiciaires, que « *les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance* »³³². Cette interdiction s'adresse *erga omnes*, à toutes les personnes, à savoir les médiateurs, les parties, leurs représentants et leurs avocats, qui ont connaissance d'informations confidentielles émanant d'une médiation. Cette acception large interdit de transmettre ces informations sous forme de té-

³²⁹ Ulrich Hagel, 2, § 1 note 23, dans : Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014 ; Reinhard Greger, partie 2, § 1, note 49, dans : Reinhard Greger, Hannes Unberath, Mediationsgesetz – Kommentar, Munich 2012 ; Stefan Kracht, § 12 Rolle und Aufgabe des Mediators – Prinzipien der Mediation, dans : Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 271 ; en revanche Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011, p. 102 ss., 281 ss., ne citent que la neutralité ; zur Stärkung der Parteiautonomie, Kathleen Ordnung, Handlungsbestimmende Werte in der Mediation, ZKM 2014, p. 188-190

³³⁰ Jean-Louis Lascoux, Pratique de la médiation professionnelle, Issy-les-Moulineaux 2013, p. 83 ; Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette, Stephen Bensimon, Art et techniques de la médiation, Paris 2004, p. 27

³³¹ Médiation, les Cahiers du Montalieu, Rencontres annuelles de médiateurs exercés – La Pensée en Mouvement, La Neutralité – une nécessité éthique, mille difficultés pratiques, Montigny-le-Bretonneux juin 2014, p. 18-20 ; Bernard Castelain, Introduction, dans : Bernard Castelain, De l'autre côté du conflit : la médiation, Limal 2013, p. 17 ; Jacques Faget, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 98-99 ; Alain Pekar Lempereur, Jacques Salzer, Aurélien Colson, Méthode de médiation, Paris 2008, p. 63 ss., 85, 252 s.

³³² Article 131-14 CPC

moignages devant des juridictions pénales françaises. Cependant, le législateur de 1995 a omis de prévoir également la confidentialité à l'égard de tous les tiers extérieurs³³³. Cette omission a été réparée en droit français dans le cadre des textes d'application de la directive sur la médiation. En effet, l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 prévoit désormais le principe de la confidentialité, tant pour les médiations judiciaires que pour les médiations conventionnelles³³⁴ : « *Sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties. Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants : a) En présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ; b) Lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution. Lorsque le médiateur est désigné par un juge, il informe ce dernier de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord.* »³³⁵. En France, l'obligation légale générale de confidentialité, allant au-delà de la règle minimale énoncée dans la Directive sur la médiation, s'applique donc aujourd'hui ; cette obligation s'adresse à toutes les parties à la médiation et aboutit à une interdiction d'utiliser ces informations dans des procédures civiles ou pénales³³⁶. Pour ce qui est des documents écrits, selon une opinion dominante, ne

³³³ Thierry Garby, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 79, 80, recommande ainsi de conclure des accords complémentaires ou de se référer aux règlements de médiations d'institutions.

³³⁴ Article 1531 Code de la procédure civile : « *La médiation et la conciliation conventionnelles sont soumises au principe de confidentialité dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée.* » Les dispositions des articles 1530 ss. du Code de procédure civile mises en place par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatives à la médiation conventionnelle font référence à la nouvelle disposition de confidentialité de 2011.

³³⁵ Article 21-3 Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (créé par Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 - art. 1)

³³⁶ Béatrice Gorchs-Gelzer, *Regard critique sur l'ordonnance n° 2011-1540 transposant la directive médiation*, www.iepj.fr/themes/iepj/images/upload/Regard_critique_sur_lordonnance_n2011-1540.pdf « *La confidentialité s'impose à la fois aux parties et au tiers. Elle s'applique aux informations échangées entre les parties, oralement ou par écrit, et à celles recueillies par le tiers (notamment pendant les « caucus ») au cours du processus jusqu'aux résultats eux-mêmes de la médiation. Ces informations ne sont pas recevables comme moyens de preuve lors d'une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure* » ; Laurie Schenique, *De la confidentialité en médiation*, Petites Affiches 18/06/2014 N°121, p. 6 ss. ; Didier Cholet, *La médiation judiciaire en procédure civile*, Gaz. Pal. 24/12/2013 N°358, p. 12 ss. ; Fabrice de Korodi, *La confidentialité de la médiation*, JCP G N°49 3/12/2012, 1320 ; Katrin Deckert, *Mediation in Frankreich*, dans : Klaus Hopt, Felix Steffek, *Mediation*, Tübingen 2008, p. 207-210 ; cf. Bertrand Lasserre, *Optimising the Management of*

devraient pas être soumis à l'obligation de confidentialité les documents des parties préexistant à la médiation qui pouvaient être introduits à tout moment dans une procédure judiciaire, même s'ils ont été utilisés dans le cadre de la médiation, mais seulement les pièces écrites qui ont été créées lors de la procédure de médiation³³⁷.

Contrairement à la France, l'article 4 de la loi sur la médiation³³⁸ entrée en vigueur en Allemagne le 26 juillet 2012 ne prévoit une obligation légale au secret que pour le médiateur et les personnes participant à l'administration du processus de médiation³³⁹, obligation qui lui confère désormais le droit, et ce indé-

your International Disputes Thanks for Mediation: The French Experience, BB 2003, Supplément IDR, p. 24 ; d'un avis divergent, *Steffen Jänicke*, *Wirtschaftsmidiation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 119, 125, 138, 159, estime, contrairement à l'opinion dominante en France, que la confidentialité légale en France ne s'étendrait pas aux parties, avocats et auxiliaires et réclame ainsi que la confidentialité soit étendue par la loi aux auxiliaires de la personne effectuant la médiation (p. 290, les parties et les avocats n'étant pas évoqués à cet endroit).

³³⁷ *Chronique de droit des modes amiables de règlement*, Principe de confidentialité et production de documents émanant du médiateur, *Revue de l'arbitrage* 2008, p. 154 s.

³³⁸ www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/mediationsg/gesamt.pdf ; à ce sujet *Nils Goltermann, Jürgen Klowitz*, *Rechtsrahmen der Wirtschaftsmidiation und Mediationsgesetz*, dans : *Ulla Gläßer, Lars Kirchhoff, Felix Wendenburg*, *Konfliktmanagement in der Wirtschaft*, Baden Baden 2014, p. 285-317

³³⁹ « § 4 Obligation au secret : Le médiateur et les personnes intervenant dans l'exécution de la procédure de médiation sont tenus au secret, sauf disposition contraire. Cette obligation concerne tous les éléments dont ils ont eu connaissance lors de l'exercice de leur activité. Nonobstant toute autre disposition relative à l'obligation au secret, celle-ci ne s'applique pas si

1. la divulgation du contenu de l'accord obtenu dans le cadre de la procédure de médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution,

2. la divulgation est opportune pour des raisons impérieuses d'Ordre public, notamment pour des motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ou

3. s'il s'agit de faits qui sont manifestes ou ne requièrent aucune confidentialité quant à leur importance.

Le médiateur informera les parties de l'étendue de son obligation au secret. » (« „§ 4 Verschwiegenheitspflicht: Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,

2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder

3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

Der Mediator hat die Parteien über den Umfang seiner Verschwiegenheitspflicht zu informieren »)

pendamment de sa profession de base, de refuser de témoigner³⁴⁰ en vertu de l'article 383 alinéa 1 n° 6 ZPO dans les procédures civiles et dans toutes les procédures faisant référence à cette disposition. Aucun droit de refus de témoigner n'a été établi en revanche dans les procédures pénales³⁴¹. Il n'est pas prévu d'obligation légale au secret pour les parties, leurs avocats et les éventuels tiers (experts). La confidentialité doit être expressément étendue aux parties et à leurs avocats en convenant contractuellement d'une « *restriction des allégations et des moyens de preuve* » (*Vortrags- und Beweismittelbeschränkung*) ou en se référant au règlement de médiation d'une institution³⁴². L'obligation légale au secret du médiateur s'étend à tout ce dont il a eu connaissance dans l'exercice de son activité. Comme cette obligation ne s'étend pas aux parties, il n'y a pas lieu de se demander en Allemagne, contrairement à la France, quels documents des parties sont concernés par la confidentialité ; cette question sera réglée contractuellement le cas échéant.

Font pareillement exception à l'obligation de confidentialité, en France comme en Allemagne, certaines raisons impérieuses d'ordre public, des motifs liés à la protection de l'enfance ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, de même que certains cas de mise en œuvre et d'exécution de l'accord obtenu en médiation. En Allemagne, l'article 4 alinéa 1 n° 3 de la loi sur la mé-

³⁴⁰ Par rapport à l'obligation de refuser de témoigner, cf. *Hubertus Nölting*, *Mediatorenverträge*, Cologne 2003, p. 122 ss.

³⁴¹ *Gerhard Wagner*, Kapitel 7 Vertraulichkeit in der Mediation, notes 1 ss., dans: *Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner*, *Mediationsrecht*, Köln 2015; *Nils Goltermann, Jürgen Klowitz*, *Rechtsrahmen der Wirtschaftsmediation und Mediationsgesetz*, dans : *Ulla Gläßer, Lars Kirchhoff, Felix Wendenburg*, *Konfliktmanagement in der Wirtschaft*, Baden Baden 2014, p. 285-317 (p. 303) ; *Steffen Jänicke*, *Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 160, 181 ss., 194, 203 s. ; *Kai von Lewinski*, *Grundriss des anwaltlichen Berufsrechts*, Baden Baden 2012, p. 256

³⁴² *Nils Goltermann, Jürgen Klowitz*, *Rechtsrahmen der Wirtschaftsmediation und Mediationsgesetz*, dans : *Ulla Gläßer, Lars Kirchhoff, Felix Wendenburg*, *Konfliktmanagement in der Wirtschaft*, Baden Baden 2014, p. 285-317 (p. 303) ; *Nils Goltermann*, 2, § 4, notes 5 ss., *Verschwiegenheitspflicht*, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; *Ulrich Hagel*, 3, 2, notes 23 ss., dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; *Reinhard Greger*, partie 2, § 4, notes 47 ss., 67 ss., dans : *Reinhard Greger, Hannes Unberath*, *Mediationsgesetz – Kommentar*, Munich 2012; *Renate Dendorfer-Ditges*, *Mediationsgesetz – Orchidee oder doch Stachelblume im Paragrafenwald?* Checkliste zum gesetzlichen Pflichtenkatalog für Mediatoren, dans : *Konfliktodynamik* 2013, 2 (1), p. 86-89 (p. 89) ; la responsabilité pénale d'un avocat allemand pourrait être envisagée, *Hanns Prütting*, § 46 Haftung, dans : *Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 1145, 1146 ; *Armin Hutner*, *Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Tübingen 2005, p. 26

diation précise en outre que les informations notoires et insignifiantes ne sont pas visées par la règle de confidentialité.

Dans les cas de médiations commerciales transfrontalières franco-allemandes, la prudence s'impose en ce qui concerne la confidentialité compte tenu des niveaux différents de protection de la confidentialité en médiation ; il faudra, le cas échéant, régler la question par voie contractuelle, même si une telle médiation commerciale se déroule en France, pays où le niveau de confidentialité légale est élevé pour les médiateurs, les personnes participant à l'administration du processus de médiation, les parties et les avocats³⁴³.

Enfin, la question de savoir comment la France a pu aussi facilement s'ouvrir à l'idée d'une confidentialité étendue à toutes les parties à une médiation mérite d'être posée. Alors que, dès 1995, la loi française introduisait une large confidentialité pour les médiations judiciaires, l'Allemagne continue à buter sur cette question et a inscrit en 2012, dans la loi sur la médiation, une obligation au secret limitée aux seuls médiateurs. Y a-t-il un rapport avec un « *égoïste individualiste* » français, dans une « *high context culture* », et un « *égoïste communautaire* » allemand, dans une « *low context culture* » (voir ci-dessus B.II.3.a.b) ? D'un point de vue culturel, en France, l'esprit de complicité d'un « *égoïste individualiste* » et la confidentialité vont vraisemblablement de pair. En Allemagne en revanche, où l'« *égoïste communautaire* » se conçoit comme un élément d'un groupe le dépassant, qui se démarque moins et agit raisonnablement (*vernünftigerweise*) dans l'intérêt du groupe, la confidentialité a probablement moins d'importance.

6. Fin de non-recevoir, suspension des délais de prescription et de forclusion (*Dilatorischer Klageverzicht, Hemmung von Verjährungs- und Ausschlussfristen*)

Le 14 février 2003, la Chambre mixte de la Cour de cassation a établi qu'une clause contractuelle prévoyant, avant la saisine de toute instance judiciaire, une procédure de conciliation obligatoire dont l'exécution suspend (*hemmt*) jusqu'à son achèvement le délai de prescription constitue une fin de non-recevoir valable, que le juge doit prendre en considération lorsqu'elle est soulevée par une

³⁴³ Armin Hutner, *Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Tübingen 2005, p. 195-199 ; Martin Hauser, *Quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières dans la Communauté européenne à travers l'exemple du devoir de confidentialité ?*, 5/01/2015, http://bib.emap.fr/mediation-transfront-ce-confid_Martin-Hauser.php

des parties³⁴⁴. Dans son arrêt du 12 décembre 2014, la Chambre mixte de la Cour de cassation a confirmé qu'une fin de non-recevoir (*Unzulässigkeitseinrede*) peut être valablement invoquée lorsqu'une telle procédure de conciliation n'a pas été exécutée avant l'introduction de la procédure. Selon elle, il ne peut être remédié à un vice de procédure par l'engagement d'une conciliation parallèlement à la procédure judiciaire³⁴⁵. Reste ouverte la question de savoir si la clause de médiation empêche, en cas d'urgence, de recourir à des mesures provisoires³⁴⁶. À défaut d'accord exprès, les effets d'une clause de médiation ne s'étendent pas aux demandes fondées sur le droit délictuel pour lesquelles la voie judiciaire reste ouverte (voir ci-dessus B.I.1.a)³⁴⁷. En outre, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 2014, une attention toute particulière doit être portée à la question du « caractère obligatoire » d'une procédure de conciliation ou de médiation pré-judiciaire, prévue contractuellement. Selon cette jurisprudence, la fin de non-recevoir ne peut donc pas être alléguée lorsque les parties ont certes prévu un règlement amiable pré-judiciaire pour régler leurs éventuels litiges, mais n'ont pas déterminé la procédure à suivre. Dans un tel cas, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il n'a pas été prévu de clause de médiation ou de conciliation pré-judiciaire « obligatoire »³⁴⁸.

³⁴⁴ *Cass. ch. mixte* 14 février 2003, JCP G 2003 I 128 § 17 avec obs. *L. Cadet* ; *Steffen Jänicke*, *Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 129, 135, 191, 193 ss., 203 ; *Jacques Faget*, *Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie*, Toulouse 2010, p. 108 ; *Hemmung aber keine Unterbrechung der Verjährung*, *Katrin Deckert*, *Mediation in Frankreich*, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, *Mediation, Tübingen 2008*, p. 199-200 ; *Bertrand Lasserre*, *Optimising the Management of your International Disputes Thanks for Mediation: The French Experience*, BB 2003, Supplément IDR, p. 24

³⁴⁵ *Cass. ch. mixte* 12 décembre 2014, www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/279_12_30649.html ; également *Cass. civ.* 29 janvier 2015, n° de pourvoi 13-24269 ; *Nicolas Gerbay*, *La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles*, *Revue LexisNexis Jurisclasseur juillet 2015*, p. 7-10 ; *Clément Dupoirier, Gregory Travaini*, *Le non-respect d'une clause de conciliation n'est pas susceptible de régulation en cours d'instance*, *Gaz. Pal.* 6-7 mars 2015, p. 14-16

³⁴⁶ *Raphaël Dalmas, Mathilde Daumas-Condorines, Clotilde Chabre*, *Quelles options pour le contentieux post-transactionnel et quelles implications ?* JCP G n°26 29 juin 2015 n°780, p. 1299

³⁴⁷ *Diego de Lammerville, Laurence Wynaendts*, *Inapplication d'une clause de médiation préalable à l'occasion de la rupture d'une relation commerciale établie*, obs. sur *Cass. com.* 12 juin 2012, JCP E N°40 4/10/2012, 1585 ; *Nicolas Mathey*, *Rupture de relations commerciales et clause de médiation*, *Con. conc.* cons. N°10 octobre 2012, comm. 231

³⁴⁸ *Cyril Noblot*, *La clause de médiation préalable et obligatoire*, *Con. Conc.* Cons. mars 2015, p. 35-36 ; *Hugues Kenfack*, *La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance*, D 19 février 2015 N°7 p. 384-388 ; *Marcel Foulon/Yves Strickler*, *Clauses conventionnelles de médiation hors instance*, JCP G N°44 27/10/2014, 1982-1989 (p. 1988) ; *Cass. com.* 29 avril 2014 avec obs. *Jean-Philippe Tricoit*, *Petites Affiches* 10/09/2014 N°181, p. 14 ss. ; *Cass. com.* 29 avril 2014

En conséquence, selon la jurisprudence française, l'accord de médiation « obligatoire », et la procédure de médiation subséquente, suspendent le délai de prescription, les dates de début et de fin de cette suspension n'étant pas clairement définies³⁴⁹. Pour les cas dans lesquels les parties conviennent par écrit, spontanément, c'est-à-dire sans accord de médiation préalable, d'une médiation, ou tiennent une réunion de médiation, l'article 2238 du Code civil³⁵⁰ stipule depuis le 1^{er} septembre 2011 que le délai de prescription est suspendu à compter de la date d'adoption ou d'exécution de la procédure de médiation³⁵¹.

En Allemagne, en revanche, le délai de prescription (*Verjährungsfrist*) est suspendu en vertu de l'article 203 BGB dès que des négociations sont engagées ou en suspens entre les parties, sans qu'il soit nécessaire, comme en France, que la procédure à suivre soit décrite. A fortiori, lorsque les parties sont convenues d'une médiation. Comme la loi ne nomme pas les délais de forclusion (*Ausschlussfrist*), leur durée n'est pas suspendue par le déroulement d'une procédure de médiation si bien que la fin de non-recevoir prévue dans l'accord de médiation ne s'étend pas au respect des délais de forclusion. Les actions judiciaires concernant les délais de forclusion ne peuvent pas être rejetées pour cause d'irrecevabilité³⁵². Mais, les tribunaux ordonnent la suspension de la pro-

avec obs. *Alexis Albarian*, Droit et pratique de la médiation et de la négociation commerciale, économique et sociale, Petites Affiches 6/10/2014 N°199, p. 5 ss. ; *Nicolas Dissaux*, Sur les conditions d'efficacité d'une clause de médiation, JCP E N°21-22 22/05/2014, 1290

³⁴⁹ *Katrin Deckert*, Médiation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, Médiation, Tübingen 2008, p. 200; en revanche, les pourparlers antérieurs à la saisine du juge sont sans incidence sur l'écoulement du délai de prescription, *Bernard Pons*, Evolutions et risques des solutions consensuelles, Gaz. Pal. 13 août 2015 n°225 p. 5

³⁵⁰ Article 2238 du Code civil : « La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation ...

Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée ... »

³⁵¹ *Katrin Deckert*, Médiation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, Médiation, Tübingen 2008, p. 200 indique en 2008 la présence d'une lacune dans le règlement ; *Friedrich Niggemann*, Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie 2008 in Frankreich, SchiedsVZ 2012, p. 266, exprime en revanche, en raison de la formulation de l'article, l'avis erroné, eu égard à la jurisprudence, qu'un accord de médiation convenu avant la survenance du litige, n'entraînerait pas la suspension du délai de prescription ; cf. *Steffen Jänicke*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 129, 135

³⁵² *Gerhard Wagner*, Kapitel 2 Vertragliche Grundlagen, notes 20 ss., 86 ss., dans : *Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015; *Renate Dendorfer-Ditges*, 11, 3, notes 11 ss., Médiation und Schiedsgerichtsbarkeit, dans : *Jürgen Klowait, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden

cédure judiciaire³⁵³. Le recours à des mesures conservatoires et provisoires (*einstweilige Massnahmen*) ne serait en revanche pas exclu, en Allemagne, par une clause de médiation³⁵⁴.

Dans les médiations transfrontalières franco-allemandes, une attention toute particulière devra être également portée à la question de la suspension du délai de prescription, en fonction du cas d'espèce et des demandes alléguées.

7. Homologation de l'accord (*Vollstreckbarkeitserklärung der Vereinbarung*)

En vertu de l'article 131-12 CPC, un tribunal français déclare, à la demande de l'ensemble des parties, un accord adopté dans le cadre d'une médiation judiciaire comme étant « homologué », et donc exécutoire³⁵⁵. Un accord négocié dans le cadre d'une médiation conventionnelle peut, à la requête de l'ensemble des parties ou de l'une d'elles, avec le consentement de l'autre, être homologué, et donc déclaré exécutoire, en vertu des articles 1534, 1565 ss. CPC³⁵⁶. En re-

Baden 2014 ; *Steffen Jänicke*, *Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 191

³⁵³ Article 203 BGB : « *Si des négociations portant sur la prétention ou sur les circonstances justifiant la prétention sont en cours entre le débiteur et le créancier, la prescription est alors suspendue jusqu'à ce que l'une ou l'autre partie refuse la poursuite des négociations. La prescription commence au plus tôt trois mois après la fin de la suspension* » (« *Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein* »); voir à ce propos *Ulrich Hagel*, 2, 11, notes 1 ss., 13, 14, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; *Reinhard Greger*, partie 2, § 1, notes 145-148, dans : *Reinhard Greger, Hannes Unberath*, *Mediationsgesetz – Kommentar*, Munich 2012

³⁵⁴ *Gerhard Wagner*, Kapitel 2 Vertragliche Grundlagen, note 12, dans : *Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner*, *Mediationsrecht*, Köln 2015

³⁵⁵ Article 131-12 CPC : « *Le juge homologue à la demande des parties l'accord qu'elles lui soumettent. L'homologation relève de la matière gracieuse. Les dispositions des deux alinéas précédents s'appliquent à l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours.* » ; *Didier Cholet*, *La médiation judiciaire en procédure civile*, *Gaz. Pal.* 24/12/2013 N°358, p. 12 ss. ; *François Colonna d'Istria*, *Homologation des accords de médiation et matière gracieuse : une théorie à reconstruire*, dans : *Béatrice Blohorn-Brenneur*, *Conciliation et médiation commerciales*, Paris 2013, p. 61 ss. ; voir à ce propos *Katrin Deckert*, *Mediation in Frankreich*, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, *Mediation*, Tübingen 2008, p. 205, 218, notamment au sujet d'un contrôle de forme et de fond.

³⁵⁶ Article 1534 CPC : « *La demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des*

vanche, une transaction adoptée hors toute médiation et conforme aux dispositions des articles 2044 ss. du Code civil (*concessions réciproques*)³⁵⁷ peut, à la requête d'une seule des parties, être homologuée et rendue exécutoire (article 1567 CPC).

La loi allemande sur la médiation ne prévoit pas de procédure spéciale d'homologation pour les accords de médiation. Le caractère exécutoire doit donc être assuré par un titre exécutoire prévu aux articles 794 ss. ZPO. On pense d'abord à la protocolisation (*Protokollierung*) auprès du tribunal ou par un juge de bonté (art. 794 al. 1 n° 1, 159 al. 2 phrase 2 ZPO), la certification par un notaire (*notarielle Beurkundung* - art. 794 al. 1 n° 5, 797 ZPO) et la transaction passée par des avocats (*Anwaltsvergleich* - art. 796a, 796b ZPO)³⁵⁸.

Par conséquent, dans les médiations transfrontalières franco-allemandes, une attention toute particulière devrait également être portée à la question de l'homologation et du caractère exécutoire d'un accord, en tenant compte des spécificités du pays dans lequel l'accord doit, le cas échéant, être exécuté³⁵⁹.

8. Possibilité de mettre fin à tout moment à la médiation (*jederzeitige Beendigung der Mediation*)

La médiation implique, par nature, que toute partie peut interrompre, et donc mettre fin, à tout moment (*jederzeit*) à la procédure de médiation. Dans la médiation judiciaire française, le juge peut, en vertu de l'article 131-10 CPC, y mettre fin à tout moment, à la demande de l'une des parties ou du médiateur. Il

autres. » ; Steffen Jänicke, *Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 139 s.

³⁵⁷ Au sujet de la transaction en droit français, cf. Katrin Deckert, *Mediation in Frankreich*, dans : Klaus Hopt, Felix Steffek, *Mediation*, Tübingen 2008, p. 204

³⁵⁸ Ulla Gläßer, 2, § 2, notes 310 ss., *Verfahren, Aufgaben des Mediators*, dans : Jürgen Klowait, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; Andreas Hacke, 3, 9, note 40, dans : Jürgen Klowait, Ulla Gläßer, *Mediationsgesetz – Handkommentar*, Baden Baden 2014 ; Steffen Jänicke, *Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris*, Hagen Novembre 2014, p. 195 s.

³⁵⁹ A ce sujet plus précisément Hannes Unberath, partie 5, notes 44 ss., dans : Reinhard Greger, Hannes Unberath, *Mediationsgesetz – Kommentar*, Munich 2012 ; Gino Lörcher, Torsten Lörcher, § 45 *Durchsetzbarkeit von Mediationsergebnissen*, dans : Fritjof Haft, Katharina Gräfin von Schlieffen, *Handbuch der Mediation*, Munich 2009, p. 1119 ss.

peut également l'interrompre d'office si le bon déroulement de la médiation ne lui semble plus assuré³⁶⁰.

En ce qui concerne les médiations conventionnelles, le droit français ne prévoit pas, pour les parties et le médiateur, de droit exprès de mettre fin à la médiation. Le droit d'interrompre prématurément la médiation conventionnelle ressort toutefois du principe de liberté dont les grandes lignes sont déterminées par les obligations des parties et du médiateur, telles que définies dans l'accord de médiation (*Mediationsvereinbarung*). Ainsi, les parties à un accord de médiation sont tenues de mettre en œuvre la médiation (*obligation de résultat*). Elles sont donc tenues d'organiser la médiation et d'y participer. A cet effet, elles doivent être de bonne foi et agir loyalement (*obligation de moyens*)³⁶¹. Elles ne peuvent interrompre prématurément la médiation que dans la mesure où elles ne manquent à aucune de ces obligations.

En Allemagne, l'article 2 alinéa 5 de la loi sur la médiation prévoit expressément que les parties peuvent mettre fin à la médiation à tout moment, – donc dès la première minute de la séance d'ouverture jusqu'au moment précédant la signature de l'accord final –, sans avoir à le motiver. Le fait qu'une partie mette fin à la médiation constitue, à l'égard du médiateur, une résiliation sans préavis du contrat de médiateur (*Mediatorvertrag*) et, à l'égard de l'autre partie à la médiation, une résiliation sans préavis de l'accord de médiation (*Mediationsvereinbarung*). Toute responsabilité d'une partie, du seul fait d'avoir interrompu la procédure de médiation, est exclue³⁶².

Le médiateur, en revanche, ne peut pas, en droit allemand, mettre fin à la médiation à tout moment, mais seulement s'il estime qu'il n'y a plus lieu d'espérer une communication responsable ou une entente entre les parties.

³⁶⁰ Article 131-10 CPC : « *Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur. Le juge peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis.* »

³⁶¹ Vincent Tilman, Les atteintes au principe du consensualisme dans la médiation commerciale – impact au niveau européen, RDAI/IBLJ, N°4, 2005, p. 431-441 (434) ; Thierry Montéran, Le respect des clauses de médiation, Gaz. Pal. 1 avril 2003, N°91, p. 8 ; Katrin Deckert, Mediation in Frankreich, dans : Klaus Hopt, Felix Steffek, Mediation, Tübingen 2008, p. 197 ; cf. également Jacques Faget, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010, p. 101

³⁶² Ulla Gläßer, 2, § 2, notes 193 ss., dans : Jürgen Kloweit, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

L'interruption de la procédure par le médiateur est soumise à des conditions plus strictes en matière de dates et de motifs que l'interruption par les parties³⁶³.

En conclusion, les parties à une médiation peuvent, en France et en Allemagne, interrompre une médiation à tout moment (*jederzeit*) de la même façon. Reste une incertitude quant à savoir si cela s'applique également aux interruptions de médiation à l'initiative de médiateurs français et allemands, étant donné que, dans la conception française, les médiateurs peuvent eux aussi mettre fin à tout moment à une médiation, alors que cela n'est pas prévu par la loi allemande sur la médiation. Mais, la situation est probablement similaire car, en France, l'interruption par le médiateur requiert aussi l'existence de motifs³⁶⁴. Il doit même interrompre une médiation s'il estime que les conditions requises ne sont plus réunies³⁶⁵. Contrairement à la France semble-t-il, le médiateur est tenu, en Allemagne, d'indiquer aux parties les motifs pour lesquels il interrompt la procédure de médiation³⁶⁶.

9. Conditions de validité de la clause de médiation (*Wirksamkeitsvoraussetzungen der Mediationsklausel*)

En France comme en Allemagne³⁶⁷, la validité de l'adoption d'une clause de médiation qui, outre un accord de médiation avec l'autre partie, inclut souvent aussi un accord avec le médiateur, relève des règles générales du droit des obligations.

Cependant en France, à défaut d'accord exprès, une clause de médiation ne s'étend pas aux prétentions fondées sur le droit délictuel.

³⁶³ Ulla Gläßer, 2, § 2, notes 206 ss., dans : Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014; d'avis contraire, Horst Eidenmüller, Kapitel 4 Rechtsstellung des Mediators, note 116, dans: Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner, Mediationsrecht, Köln 2015

³⁶⁴ Katrin Deckert, Mediation in Frankreich, dans : Klaus Hopt, Felix Steffek, Mediation, Tübingen 2008, p. 207

³⁶⁵ GEMME-FRANCE, Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires, Paris 2012, 1^{ère} partie, chapitre 1, 5-4-1

³⁶⁶ Ulla Gläßer, 2, § 2, note 235, dans : Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

³⁶⁷ Ulrich Hagemann, 2, § 1, note 4, dans : Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014; Steffen Jänicke, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014, p. 193, estime que la réglementation française traite principalement des règles de procédure alors que les dispositions allemandes mettent en avant la personne du médiateur (p. 228) ; sur la nullité d'une clause de médiation dans laquelle l'assureur allemand se réserve le droit de choisir le médiateur, LG Frankfurt 7/05/2014, ZKM 2014, p. 203 ss. avec obs. Peter Rothermeyer

À cela vient s'ajouter que la récente jurisprudence française dénie le « caractère obligatoire » à une clause de médiation qui ne précise pas la procédure à suivre. Il s'ensuit que, dans un tel cas, la fin de non-recevoir ne peut pas être valablement invoquée dans une procédure judiciaire intentée en contradiction avec la clause de médiation³⁶⁸. Une telle clause de médiation n'interrompt pas non plus le délai de prescription (voir ci-dessus B.I.1.a et B.IV.6).

10. Autonomie de la clause de médiation (*Autonomie der Mediationsklausel*)

En s'inspirant de la juridiction arbitrale, se pose la question, qui ne semble pas avoir été abordée jusqu'alors en France, de savoir si une clause contractuelle de médiation « survit », à l'instar d'une clause d'arbitrage, dans le cas où une partie fait valoir la nullité du contrat principal dont est né le litige. En ce qui concerne le principe de l'« autonomie de la clause compromissoire » (*Autonomie der Schiedsklausel*)³⁶⁹ par rapport au contrat principal, il s'agit de faire en sorte que la voie de recours convenue entre les parties s'impose, même si la validité du contrat principal est en cause. Ce principe devrait être transposable à la clause de médiation, étant donné que les intérêts respectifs des parties sont les mêmes³⁷⁰. Une voie de règlement des conflits, prévue par les parties, ne doit pas échouer au motif que l'une d'elles invoque l'invalidité du contrat principal. C'est encore plus évident dans des clauses combinées de négociation, de média-

³⁶⁸ S'agissant des exigences de validité et de force obligatoire des clauses de médiation conventionnelle, *Marcel Foulon, Yves Strickler*, Clauses conventionnelles de médiation hors instance, JCP G N° 44 27/10/2014, 1982-1989 ; *Cass. com.* 29 avril 2014, obs. *Alexis Albarian*, Droit et pratique de la médiation et de la négociation commerciale, économique et sociale, Petites Affiches 6/10/2014 N° 199, p. 5 ss. ; à la différence de la jurisprudence sur la juridiction arbitrale, les clauses de médiation ne concerneraient que des actions conventionnelles et non délictuelles, sauf convention expresse, *Diego de Lammerville, Laurence Wynaendts*, Inapplication d'une clause de médiation préalable à l'occasion de la rupture d'une relation commerciale établie, Obs. sur *Cass. com.* 12 juin 2012, JCP E N° 40 4/10/2012, 1585 ; *Nicolas Mathey*, Rupture de relations commerciales et clause de médiation, Con. conc. cons. N°10 octobre 2012, comm. 231 ; *Gaëlle Deharo*, L'efficacité économique de la clause de médiation, Petites Affiches 26/10/2011 N° 213, p. 3 ss. ; *Katrin Deckert*, Mediation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt, Felix Steffek*, Mediation, Tübingen 2008, p. 196-198 ; *Armin Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005

³⁶⁹ Article 1447 CPC ; art. 1029 ZPO

³⁷⁰ *Thierry Montéran*, Le respect des clauses de médiation, Gaz. Pal. 1 avril 2003, N°91, p. 8 parle de similitude entre clause d'arbitrage et clause de médiation sans aborder la question de l'autonomie ; voir dans ce sens, expressément, *Gerhard Wagner*, Kapitel 2 Vertragliche Grundlagen, notes 55 ss., dans : *Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015

tion et d'arbitrage que l'on trouve de plus en plus fréquemment dans les contrats internationaux. Il serait improductif, dans le cas où une partie fait valoir la nullité du contrat principal, qu'une juridiction arbitrale doive d'abord trancher la question de savoir si le contrat principal, et donc la clause de médiation, est valide puis, le cas échéant, conclure que la demande d'arbitrage est en l'état irrecevable (fin de non-recevoir) pour renvoyer les parties d'abord à la voie de négociation, puis de la médiation³⁷¹.

11. Droit applicable aux médiations transfrontalières (*auf grenzüberschreitende Mediationen anwendbares Recht*)

Se pose en outre la question du droit national applicable aux médiations commerciales transfrontalières, question qui jusqu'alors ne semble pas avoir été traitée en France. Malgré la transposition de la directive européenne sur la médiation 2008/52/CE du 21 mai 2008 au sein de l'Union européenne, cette question reste d'importance pour les médiations transfrontalières en Europe. Si l'on prend l'exemple de l'obligation de la confidentialité, on constate que l'Allemagne a adopté la solution minimaliste, à savoir l'obligation au secret pour le seul médiateur. La France, en revanche, a pérennisé une obligation générale au secret, qui vise toutes les personnes participant à une médiation. Cette obligation générale au secret de tous les intervenants est déjà en vigueur en France depuis 1995 pour la médiation judiciaire.

Se pose la question de savoir si le droit applicable à une procédure de médiation se détermine suivant les principes du droit des obligations (droit international privé) applicable au for d'un tribunal ou, en s'inspirant du droit de l'arbitrage international, selon le droit applicable au lieu de la médiation³⁷².

³⁷¹ Cf. à ce sujet *Martin Hauser*, Quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières dans la Communauté européenne à travers l'exemple du devoir de confidentialité ?, 5/01/2015, http://bib.cmap.fr/mediation-transfront-ce-confid_Martin-Hauser.php

³⁷² Cf. à ce sujet *Helge Grosserichter*, Kapitel 12 Mediationsverfahren mit Auslandsberührung, notes 1 ss., dans: *Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015 ; *Martin Hauser*, Quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières dans la Communauté européenne à travers l'exemple du devoir de confidentialité ?, 5/01/2015, http://bib.cmap.fr/mediation-transfront-ce-confid_Martin-Hauser.php

12. Obligations du médiateur et responsabilité (*Pflichten des Mediators und Haftung*)

Le médiateur se doit, dans les deux pays, de mener la procédure de médiation selon les principes de médiation inscrits dans les lois, les règlements de médiation des institutions et les codes de déontologie (*Verhaltenskodexe*)³⁷³. Les manquements à ces obligations sont traités selon les principes généraux.

L'activité de médiation des avocats-médiateurs est couverte, en France et en Allemagne, par l'assurance en responsabilité civile professionnelle des avocats³⁷⁴. Pour les autres catégories professionnelles, les organes de médiation exigent souvent la preuve de la souscription d'une assurance en responsabilité civile.

³⁷³ De façon détaillée, *Horst Eidenmüller*, Kapitel 4 Rechtsstellung des Mediators, notes 45 ss., dans: *Horst Eidenmüller, Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015

³⁷⁴ Pour l'Allemagne, *Ulla Gläßer*, 2, § 2, notes 22-38, dans : *Jürgen Klowait, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden Baden 2014

C. Conclusions

En réponse à la question initialement posée, il apparaît que la médiation commerciale n'est pas la même en France et en Allemagne. Elle reflète les cultures française et allemande.

La finalité et la pratique de la médiation commerciale sont marquées, dans les deux pays, par la culture nationale respective. Les finalités *transformatives*, associées en France à la médiation, sont proches de l'autonomie individuelle des parties (*Individual-Autonomy-Approach*) appliquée en Allemagne, mais elles vont bien au-delà et présentent des traits de transformation sociale (*Social-Transformation-Approach*), sans succomber pour autant à la tentative d'une recherche systématique de réconciliation (*Reconciliation-Approach*). En France, on se réfère aux philosophes allemands *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* et *Axel Honneth* pour étayer la conception transformative de la médiation selon laquelle seule une certaine « *aliénation* », un certain « *dessaisissement* » (*Enttäuserung*) personnel rendrait possible la « *fraternité* », par « *reconnaissance* » de l'autre. En Allemagne, en revanche, on se fonde sur le philosophe français *Jean-Jacques Rousseau*, pour illustrer l'apprentissage de l'autonomie privée.

Les concepts et les modèles de médiation sont, en France comme en Allemagne, marqués par chaque culture nationale, même si la médiation contemporaine a été redécouverte aux États-Unis dans les années 1970, est arrivée en France via le Canada au début des années 1980 et, en Allemagne, à la fin des années 1980.

La fonction politique, particulièrement revendiquée en France, de la médiation reflète le climat politique de la nation.

La culture influe sur la dynamique de la médiation. Malgré la similitude des « modèles par phases » des deux pays, la médiation commerciale se déroule de façon plus « objective » (*sachorientiert*) en Allemagne et de façon plus « émotionnelle » et davantage axée sur les relations (*beziehungsorientiert*) en France.

À la conception française de la neutralité passive et de l'impartialité du médiateur s'oppose, en Allemagne, sa multipartialité (*Allparteilichkeit*) plus active, opposition qui pourrait toutefois, dans la pratique, être parfois atténuée par l'intervention plus « directive », culturellement conditionnée, du médiateur français dans la conduite du processus de médiation.

Il existe des différences importantes en ce qui concerne la protection légale de la confidentialité qui vise en France tous les acteurs de la médiation, à savoir le médiateur, les personnes participant à l'administration du processus de médiation, les parties et leurs avocats, ainsi que les experts, tandis qu'en Allemagne l'obligation légale au secret ne s'applique, a minima, qu'au médiateur et aux personnes participant à l'administration du processus de médiation.

Étant donné qu'en France, la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît depuis 2003 qu'une clause de médiation et de conciliation constitue une fin de non-recevoir et entraîne une suspension du délai de prescription, la jurisprudence récente de cette Cour pose des conditions plus strictes en ce qui concerne les conditions de validité et le caractère obligatoire d'un tel accord de médiation pré-judiciaire. Faute de formulation expresse, elle ne s'étend pas automatiquement, contrairement à l'arbitrage, aux faits relevant du droit délictuel et n'a un caractère « obligatoire » que si elle détermine la procédure à suivre. Il en va autrement en Allemagne, où le simple fait que des négociations soient en cours, suspend le délai de prescription et constitue une fin de non-recevoir, qui entraîne l'irrecevabilité d'une action intentée de façon contraire à l'accord.

Alors qu'il n'est pas certain en France qu'une clause de médiation permette de recourir à des mesures conservatoires et provisoires, il en est ainsi en Allemagne.

Alors que, en droit français, les parties à la médiation peuvent, d'un commun accord, faire homologuer et rendre exécutoire par le tribunal l'accord obtenu, le droit allemand ne connaît pas d'homologation spéciale, mais se réfère aux titres exécutoires prévus par la loi.

L'interruption de la médiation par le médiateur oblige ce dernier, du moins en Allemagne, à motiver cet acte.

Dans aucun des deux pays n'est clairement défini si une clause de médiation jouit de l'autonomie juridique par rapport au contrat principal, et quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières.

En revanche, les obligations et la responsabilité du médiateur sont comparables dans les deux pays.

Nous n'avons pas pu, dans cette étude, traiter des critiques formulées à l'égard de la médiation, étant donné qu'en France la doctrine ne s'est pas consacrée à ce sujet.

Les médiations commerciales transfrontalières franco-allemandes étant très certainement destinées à gagner en importance et en nombre, la maîtrise de compétences interculturelles ainsi qu'une bonne connaissance du contexte juri-

dique des deux pays seront, outre une pratique éprouvée de la médiation, de plus en plus nécessaires.

Bibliographie

- Adjès, Sylvie/ Lesser, Hélène*, Médiateurs et Avocats – Ennemis? Alliés ?, Montigny-le-Bretonneux 2014
- Albarian, Alexis*, Droit et pratique de la médiation et de la négociation commerciale, économique et sociale, Obs. *Cass. com.* 29 avril 2014, Petites Affiches 6/10/2014 N°199, p. 5 ss.
- Albarian, Alexis*, Droit et pratique de la médiation et de la négociation commerciale, économique et sociale, Obs. *Cass. soc.* 14 janvier 2014, Petites Affiches 6/10/2014 N°199, p. 5 ss.
- Alexander, Thomas*, Kultur und Kulturstandards, dans : *Thomas Alexander, Stefan Kamhuber, Sylvia Schroll-Machl*, Handbuch Interkulturelle Kommunikation und Kooperation, volume 1, Göttingen 2003, p. 21 ss.
- Amrani-Mekki, Soraya*, L'ambition procédurale du décret n°2015-282 du 11 mars 2015, Gaz. Pal. 16 juin 2015 n°167, p. 3
- Anzieu, Didier*, préface de l'ouvrage : *Hubert Touzard*, La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique, Paris 1977, p. 11
- Arifon, Olivier*, Techniques et habilités en négociation : existe-t-il un profil français ?, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 111
- Aspe, Stéphane*, Interkulturelle Kommunikation im Kontext deutsch-französischer Kulturunterschiede, Munich 2012
- Augustin, Oliver*, Kommunikationskompetenz in interkulturellen Projekten – Kommunikationspsychologische Modelle zur Lösung typischer Missverständnisse in deutsch-französischen Projekten, Hambourg 2012
- Barmeyer, Christoph I.*, Communication interculturelle dans le management franco-allemand, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 43 ss.
- Battistoni, Eric*, Conceptualiser la médiation, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 65, 76, 77
- Beaujour, Jean-Claude*, L'avocat conseil de partie dans une procédure de médiation commerciale, Gaz. Pal. 15/01/2013 N°15, p. 11 ss.

- Beauvois, Jean-Léon*, Deux ou trois choses que je sais de la liberté, Paris 2013
- Berg-Moussa, Alexandra/ Minet, Chloé*, La médiation des relations inter-entreprises industrielles et de la sous-traitance : premier bilan d'activité, Con. Conc. Cons. N°1 janvier 2012, étude 2
- Bernabé, Boris*, Modes amiables de résolution des différends et conciliation par le juge, Tribunal de commerce de Paris, 22 janvier 2014, *Annonces de la Seine* 27 janvier 2014, p.10
http://issuu.com/adls/docs/les_annonces_de_la_seine_06_1391033835
- Bertrand, Philippe*, Bilan provisoire de l'expérimentation de la médiation à la chambre commerciale de la cour d'appel de Pau – 2011-2013, dans : *Béatrice Blohorn-Brenneur*, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 35-51
- Besemer, Christoph*, Mediation – Vermittlung in Konflikten, 1ère édition, Freiburg en Brisgau 1993, p. 46
- Bierbauer, Günter*, § 18 Interkulturelles Verhandeln, dans: *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 433 ss., 442, 445
- Blohorn-Brenneur, Béatrice*, La nouvelle conciliation judiciaire, *Petites Affiches* 9/12/2005 N°245, p. 3
- Boittelle-Coussau, Martine*, Comment choisir entre la conciliation et la médiation ?, *Gaz. Pal.* 13 juin 2015 n°164, p. 9
- Bonafé-Schmitt, Jean-Pierre/ Dahan, Jocelyne/ Salzer, Jacques/ Souquet, Marianne/ Vouche, Jean-Pierre*, Les médiations, la médiation, Toulouse 2003, p. 7-8, 297-298, www.cairn.info/les-mediations-la-mediation--9782865867424-page-7.htm; www.cairn.info/les-mediations-la-mediation--9782865867424-page-297.htm
- Bourry d'Antin, Martine/ Pluyette, Gérard/ Bensimon, Stephen*, Art et techniques de la médiation, Paris 2004
- Bouzou, Nicolas*, Le grand refoulement – stop à la démission démocratique, Paris 2015, p. 143
- Brahy, Rachel/ Duchesne, Fanette*, La médiation à l'épreuve de l'Etat social actif, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 137
- Breidenbach, Stephan/ Peres, Holger*, Die DIS-Mediationsordnung, *SchiedsVZ* 2010, p. 125-130 (p. 128)

- Breidenbach, Stephan/ Gläßer, Ulla*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung im Spektrum der Mediationsziele, KON:SENS – Zeitschrift für Mediation 1999, p. 207
- Breidenbach, Stephan/ Henssler, Martin*, Mediation für Juristen, Cologne 1997
- Breidenbach, Stephan*, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Cologne 1995
- Brenneur, Béatrice*, Stress et souffrance au travail – un juge témoigne, Paris 2010
- Breuer, Jochen Peter/ de Bartha, Pierre*, Deutsch-französische Geschäftsbeziehungen erfolgreich managen, 4^e édition Wiesbaden 2012
- Brochier, Emmanuel et Matthieu*, Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le code de procédure civile, D 19 février 2015 N°7 p. 389-393
- Cadiet, Loïc*, Construire ensemble une médiation utile, Gaz. Pal. 18 juillet 2015 n°199 p. 10
- Cadiet, L.*, Obs. sur *Cass. ch. mixte* 14 février 2003, JCP G 2003 I 128 § 17
- Challenges*, www.challenges.fr/entreprise/20140904.CHA7334/l-histoire-secrete-de-la-paix-signee-entre-lvmh-et-hermes.html
- Caron, Christophe*, Le juge conciliateur en droit d’auteur, Comm. comm. électr. N°2 février 2004, comm. 15
- Castelain, Bernard*, Introduction, dans : *Bernard Castelain*, De l’autre côté du conflit : la médiation, Limal 2013, p. 17
- Chevènement, Jean-Pierre*, France-Allemagne, parlons franc, 1996
- Cholet, Didier*, La médiation judiciaire en procédure civile, Gaz. Pal. 24/12/2013 N°358, p. 12 ss.
- Circulaire de la garde des sceaux*, ministre de la justice, n° civ/05/15 du 20 mars 2015, p. 10
- CMAP statistiques en 2014*, www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-29.html
- CMAP conférence de presse* 29/04/2014, JCP G N°18 5/05/2014, 530
- Cohen, Daniel*, Le Monde est clos et le désir infini, Paris 2015, p. 190-194, 217
- Coing, Helmut*, Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland, Munich 1971
- Colard, Daniel*, Le partenariat franco-allemand, du traité de l’Elysée à la République de Berlin (1963-1999), Paris 1999
- Colonna d’Istria, François*, Homologation des accords de médiation et matière gracieuse : une théorie à reconstruire, dans : *Béatrice Blohorn-Brenneur*, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 61 ss.

Conciliateurs, www.conciliateurs.fr

Chronique de droit des modes amiables de règlement, Principe de confidentialité et production de documents émanant du médiateur, *Revue de l'arbitrage* 2008, p. 154 s.

Curtius, Ernst Robert/ Bergsträsser, Arnold, Frankreich, premier volume, Kultur, Stuttgart/ Berlin 1931

Curtius, Ernst Robert/ Bergsträsser, Arnold, Frankreich, deuxième volume, Staat und Wirtschaft, Stuttgart/ Berlin 1931

Dalmas, Raphaël/ Daumas-Condoin, Mathilde/ Chabre, Clotilde, Quelles options pour le contentieux post-transactionnel et quelles implications ? *JCP G* n°26 29 juin 2015 n°780

Dambly, Philippe, Economie du droit et de la médiation, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 193

Dauner, Friedrich, Professionalisierung – ein Weg für die Mediation?, dans : *Katharina Gräfin von Schlieffen*, Professionalisierung und Mediation, Munich 2010, p. 82-83

Davoine, Eric, Monochronie allemande et polychronie française : perceptions de managers allemands expatriés, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 87 ss.

de Korodi, Fabrice, La confidentialité de la médiation, *JCP G* N°49 3/12/2012, 1320

de Lammerville, Diego/ Wynaendts, Laurence, Inapplication d'une clause de médiation préalable à l'occasion de la rupture d'une relation commerciale établie, *Obs. sur Cass. com.* 12 juin 2012, *JCP E* N°40 4/10/2012, 1585

de Loynes de Fumichon, Bruno, La passion de la Révolution Française pour l'arbitrage, *Revue de l'Arbitrage* 2014/1, p. 3-52 (p. 3, 5, 52)

de Valon, Jean, Un grand moment de solitude procédurale !, www.village-justice.com/articles/grand-moment-solitude-procedurale,19234.html

de Viel Castel, Horace, Mémoires sur le règne de Napoléon III 1851-1864, Paris 2005, publié d'après le manuscrit original, texte présenté et préfacé par *Eric Anceau*

Deckert, Katrin, Mediation in Frankreich, dans : *Klaus Hopt/ Felix Steffek*, Mediation, Tübingen 2008, p. 183-258

Deharo, Gaëlle, L'efficacité économique de la clause de médiation, *Petites Affiches* 26/10/2011 N°213, p. 3 ss.

- Delmas-Goyon, Pierre*, Le juge du 21^{ème} siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice, Rapport à Mme la garde des sceaux, décembre 2013, p. 59, 60, 64, www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf
- Demorgon, Jacques*, Pour une analyse critique de la compétence de compréhension et d’agir interculturels, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 29
- Dendorfer-Ditges, Renate*, 3, 11, note 11 ss., Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit, dans : *Jürgen Klowitz, Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden-Baden 2014
- Dendorfer-Ditges, Renate*, Mediationsgesetz – Orchidee oder doch Stachelblume im Paragrafenwald? Checkliste zum gesetzlichen Pflichtenkatalog für Mediatoren, dans : *Konfliktdynamik* 2013, 2 (1), p. 86-89 (p. 89)
- Dieter, Anne*, recension du livre de *Duss-von Werdt, Joseph*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005, MRM - MenschenRechtsMagazin cahier 3/2005, http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2011/5626/pdf/heft3_2005_S328_332.pdf
- Dion, Nathalie*, L’esprit de la médiation, Gaz. Pal. 24/12/2013 N°358, p. 5 ss.
- d’Iribarne, Philippe*, L’étrangeté française, Paris 2006
- d’Iribarne, Philippe*, La logique de l’honneur, gestion des entreprises et traditions nationales, Paris 1989
- Dissaux, Nicolas*, Sur les conditions d’efficacité d’une clause de médiation, JCP E N°21-22 22/05/2014, 1290
- Drugeon, Laurent*, L’avocat, acteur de la médiation, Gaz. Pal. 24/12/2013 N°358, p. 24
- Drummen, Jean-Bertrand*, conciliation et médiation, dans : *Béatrice Blohorn-Brenneur*, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 23
- Dufour, Olivia*, La conciliation remporte un franc succès au tribunal de commerce de Paris, LJA N°1181 – 27 octobre 2014, p. 5
- Dufour, Olivia*, Entretien avec *Frank Gentin*, président du Tribunal de commerce de Paris, Nous avons besoin de l’aide du législateur pour développer la médiation, Petites Affiches 24/04/2014 N°82, p. 4 ss.
- Dupoirier, Clément/ Travaini, Gregory*, Le non-respect d’une clause de conciliation n’est pas susceptible de régulation en cours d’instance, Gaz. Pal. 6-7 mars 2015, p. 14-16
- Duss-von Werdt, Joseph*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, 2^e édition, Baltmannsweiler 2015

- Duss-von Werdt, Joseph*, § 11 Systemische Aspekte, dans: *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 233, 236, 247, 248, 264
- Duss-von Werdt, Joseph*, homo mediator - Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005
- Duve, Christian/ Eidenmüller, Horst/ Hacke, Andreas*, Mediation in der Wirtschaft, 2^e édition Cologne 2011
- Eidenmüller, Horst*, Kapitel 4 Rechtsstellung des Mediators, note 116, dans : *Horst Eidenmüller/ Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015
- European Parliament*, „Rebooting“ the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, janvier 2014, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf), S. 1, 6, 34
- Faget, Jacques*, L'articulation entre médiation et justice face aux défis de la post-modernité, Les Annonces de la Seine 10 juin 2015, p. 4-5
- Faget, Jacques*, Médiations – les ateliers silencieux de la démocratie, Toulouse 2010
- Faget, Jacques*, La double vie de la médiation, Droit et Société 29-1995, p. 25-38
- Fietkau, Hans-Joachim*, Psychologie der Mediation, Berlin 2000 et 2005 (3^e édition)
- Fikentscher, Rüdiger*, Streit und Schlichtung als Bedingung für die Entwicklung und den Bestand einer Gemeinschaft, dans : *Rüdiger Fikentscher/ Annette Kolb*, Schlichtungskulturen in Europa, Halle 2012, p. 7, 11, 12
- Fischer, Matthias*, Interkulturelle Herausforderungen im Frankreichgeschäft, Wiesbaden 1996
- Fisher, Roger, Ury, William, Patton, Bruce*, Getting to Yes, negotiating agreement without giving in, Boston 2012
- Fisher, Roger/ Ury, William*, Getting to Yes, negotiating agreement without giving in, Boston 1981
- Fiutak, Thomas*, Le médiateur dans l'arène, 2^e édition, Toulouse 2014
- Flamant, Lucien*, Comment le juge peut-il mettre fin à la médiation ?, JCP S N°26 1/07/2014, 1285
- Farné, Jean-Henry*, L'avocat et la médiation, JCP G N°28 14/07/2014 doct. 833

- Foulon, Marcel/ Strickler, Yves*, Clauses conventionnelles de médiation hors instance, JCP G N°44 27/10/2014, 1982-1989
- Garby, Thierry*, Le juge et la médiation, partie II, Gaz. Pal. 21/12/2013 N°355, p. 8 ss.
- Garby, Thierry*, Le juge et la médiation, partie I, Gaz. Pal. 11/06/2013 N°162, p. 7 ss.
- Garby, Thierry*, L'avocat et la résolution amiable des conflits : théorie et histoires de médiation, Gaz. Pal. 12/02/2013 N°43, p. 9 ss.
- Garby, Thierry*, La gestion des conflits, Paris 2004
- Gebhardt, Hélène*, Le juge tranche, le médiateur dénoue, Gaz. Pal. 16/04/2013 N°106, p. 9 ss.
- GEMME-FRANCE*, Guide pratique de la médiation et de la conciliation judiciaires, Paris 2012, 1^{ère} partie, chapitre 1, 5-4-1
- Gerbay, Nicolas*, La clause de conciliation préalable : entre tensions contractuelles et processuelles, Revue LexisNexis Jurisclasseur juillet 2015, p. 7-10
- Gläßer, Ulla*, 2, § 2, note 6, 47 ss., 82, 310 ss., Verfahren, Aufgaben des Mediators, dans : *Jürgen Klowitz/ Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden-Baden 2014
- Gläßer, Ulla/ Becker, Nicole/ Ittner, Heidi*, Begleitforschung zur Pilotierungsphase der Gerichtlichen Mediation in Brandenburg, novembre 2011, p. 85, https://www.ikm.europa-uni.de/de/publikationen/Abschlussbericht_Evaluation-Ger_Med_Bbg_.pdf
- Gläßer, Ulla/ von Sinner, Alex*, Lehrmodul 1: Zur Genealogie der Mediation – eine Skizze, ZKM 2/2005, p. 64-68
- Goltermann, Nils/ Klowitz, Jürgen*, Rechtsrahmen der Wirtschaftsmediation und Mediationsgesetz, dans : *Ulla Gläßer/ Lars Kirchhoff/ Felix Wendenburg*, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, Baden-Baden 2014, p. 285-317
- Goltermann, Nils*, 2, § 4, note 5 ss., Verschwiegenheitspflicht, dans : *Jürgen Klowitz/ Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden-Baden 2014
- Goltermann, Nils/ Hagel, Ulrich/ Klowitz, Jürgen/ Levien, Dan-Alexander*, Das neue Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht, SchiedsVZ 2013, p. 42
- Gorchs-Gelzer, Béatrice*, Regard critique sur l'ordonnance N° 2011-1540 transposant la directive médiation, www.iepj.fr/themes/iepj/images/upload/Regard_critique_sur_lordonnance_n_2011-1540.pdf
- Graf von Keyserling, Hermann*, Analyse spectrale de l'Europe, Paris 1930

- Gräfin von Schlieffen, Katharina*, § 9 Perspektiven der Mediation, dans : *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 199-200
- Greger, Reinhard*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, juillet 2007, p. 123, www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf
- Greger, Reinhard*, partie 2, § 1, notes 33 s., 49, 145-148, § 3 notes 1 ss., § 4 notes 1, 47 ss., 67 ss., dans : *Reinhard Greger/ Hannes Unberath*, Mediationsgesetz – Kommentar, Munich 2012
- Grosserichter, Helge*, Kapitel 12 Mediationsverfahren mit Auslandsberührung, notes 1 ss., dans : *Horst Eidenmüller/ Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015
- Guillaume-Hofnung, Michèle*, La médiation entre développement réel et désir du mot, *Gaz. Pal.* 24/12/2013 N°358, p. 44 ss.
- Guillaume-Hofnung, Michèle*, La médiation judiciaire connaîtrait en France un développement plus lent que celui espéré. Comment l'expliquer ?, dans : *Jean-Claude Magendie*, Célérité et qualité de la justice - la médiation : une autre voie, 2008, www.cmap.fr/Formations/Conseils-de-lecture/Publications-diverses-110-fr.html
- Guinchard, Serge*, Rapport au garde des sceaux : L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, 2008, p. 155, 161, 162, www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392/0000.pdf
- Gusdorf, Georges*, Lumières – Aufklärung, p. 125, dans : *Jacques Leenhardt/ Robert Picht*, Au jardin des malentendus – le commerce franco-allemand des idées, Arles 1989
- Hacke, Andreas*, 3, 9, note 40, dans : *Jürgen Klowitz/ Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden-Baden 2014
- Hagel, Ulrich*, 2, § 1, notes 4, 18-19, 21-23 et 2, 11, notes 1 ss., 13, 14 et 3, 2, note 23 ss., dans : *Jürgen Klowitz/ Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden-Baden 2014
- Hauser, Martin*, Quel droit national est applicable aux médiations transfrontalières dans la Communauté européenne à travers l'exemple du devoir de confidentialité ?, 5/01/2015, http://bib.cmap.fr/mediation-transfront-ce-confid_Martin-Hauser.php

- Hauser, Martin*, La liberté contractuelle et de négociation existe-t-elle ?, 15/10/2014, http://bib.cmap.fr/liberte-contractuelle-mediation_Martin-Hauser.php
- Hauser, Martin*, La médiation commerciale exempte d'émotions ??, 10/07/2014, http://bib.cmap.fr/mediation-commerciale-emotions_Martin-Hauser.php
- Hauser, Martin*, Qu'est-ce qui peut motiver les parties à choisir la médiation ?, 23/06/2014, http://bib.cmap.fr/motivation-parties-mediation_Martin-Hauser.php
- Hauser, Martin*, L'incidence de la notion de conflit dans l'analyse des conflits en médiation commerciale, http://bib.cmap.fr/incidence-notion-conflit-mediation_Martin-Hauser.php et en allemand ZKM 2014, 97-99
- Hauser, Martin*, La rémunération des médiateurs dans les médiations commerciales en France – le point de vue d'un avocat, http://bib.cmap.fr/remuneration-mediation-commerciale-france_Martin-Hauser.php
- Hehn, Marcus*, § 8 Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, dans: *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 175 – 195
- Henry, Sophie/ Marniquet, Sarah*, La médiation et les avocats, Dalloz Avocats N°1 janvier 2014, p. 14 notes de bas de page 4, 5 avec références, www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-46.html
- Henry, Sophie*, Quelles perspectives pour la médiation ?, Dalloz Avocats N°1 janvier 2014, p. 12, www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-46.html
- Heussen, Benno*, § 17 Die Organisation von Mediationsverhandlungen, dans: *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 407 ss.
- Hohmann-Dennhardt, Christine*, Ein Stück Staatsgewalt zurückholen, Frankfurter Rundschau, Meinung, 11/11/2010
- Hopt, Klaus/ Steffek, Felix*, Mediation – Rechtsvergleich, dans : *Klaus Hopt/ Felix Steffek*, Mediation, Tübingen 2008, p. 7
- Horn, Claus-Henrik*, Auszug aus Anwaltliche Werbung mit Mediator und Mediation, Francfort 2006, www.heuking.de/fileadmin/user_upload/Veroeffentlichungen/Anwaelte/A04_9_Einfuehrung_in_die_Mediation_Horn.pdf, p. 2 ss.
- Hutner, Armin*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, Tübingen 2005
- Huret, Jules*, En Allemagne : Berlin, Paris 1911, p. 87, 95

- Inspection Générale des Services Judiciaires*, Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, avril 2015, www.justice.gouv.fr/publication/2015_THEM_Rapport_definitif_reglement_conflits.pdf
- Jänicke, Steffen*, Wirtschaftsmediation in Deutschland und Frankreich – unter besonderer Berücksichtigung der Handelskammern von Hamburg und Paris, Hagen Novembre 2014
- Jeuland, Emmanuel*, Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire, ENA, Revue française d'administration publique 2008/1 - N° 125, p. 33-42, http://injustices.ws/dossiers/international/RFAP_125_0033.pdf
- Jallamio, Carine*, Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire, Gaz. Pal. 17 janvier 2009 N°17, p. 3-12
- Josse, Philippe*, Face aux conflits, osons la médiation, Responsables – mouvement chrétien des cadres et dirigeants, N° 424 octobre 2014, p. 20-21, www.cmap.fr/Actualites-du-CMAP-98-fr-detail-66.html
- Kaiser, Peter/ Gabler, Andrej Marc*, Prozessqualität und Langzeiteffekte in der Mediation, ZKM 6/2014, S. 180-184
- Kayser, Jan*, Alternative Formen gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Zivilprozess – Les modes alternatifs judiciaires et extrajudiciaires de résolution des conflits en procédure civile allemande et française, Frankfurt am Main 2006
- Kenfack, Hugues*, La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance, D 19 février 2015 N°7 p. 384-388
- Kessen, Stefan/ Troja, Markus*, § 13 Die Phasen und Schritte der Mediation als Kommunikationsprozess, dans: *Fritjof Hafit/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 293-575
- Klowait, Jürgen*, Die EU-Studie “Rebooting the Mediation Directive” - Verbote eines neuen europarechtlichen Mediationsrahmens?, ZKM 2014, p. 195-200
- Körper, Roman*, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren, Berlin 2003
- Kracht, Stefan*, § 12 Rolle und Aufgabe des Mediators – Prinzipien der Mediation, dans: *Fritjof Hafit/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 271
- Kraus, Anne Isabel*, Vermittlung in Verfahrenskonflikten zwischen europäischen und chinesischen Parteien, ZKM 2008, 20-24
- La manifestation pour tous*, www.lamanifpourtous.fr

- Lascoux, Jean-Louis*, Pratique de la médiation professionnelle, Issy-les-Moulineaux 2013
- Lasserre, Bertrand*, Optimising the Management of your International Disputes Thanks for Mediation: The French Experience, BB 2003, Supplément IDR, p. 22-25
- Lassner, Marianne*, Juge puis médiateur, une convergence logique, D 2013, p. 2707
- Le Damany, Sylvie/ Asselineau, Vincent/ Bensimon, Stephen*, Art et techniques de la négociation, Paris 2003
- Le Monde*, www.lemonde.fr/economie/article/2014/09/03/lvmh-reduit-sa-participation-dans-hermes_4480893_3234.html
- Lelièvre, Yves*, Conciliation et médiation et temps de crise – les défis d’un tribunal de commerce, dans : *Béatrice Blohorn-Brenneur*, Conciliation et médiation commerciales, Paris 2013, p. 26-33
- Lempereur, Alain Pekar/ Salzer, Jacques/ Colson, Aurélien*, Méthode de médiation, Paris 2008
- Le Roy, Etienne*, L’ordre négocié, à propos d’un concept en émergence, dans : *Philippe Gérard/ François Ost/ Michel van de Kerchove*, Droit négocié, Droit imposé ?, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, Bruxelles 1996, p. 341-351, www.dhdi.free.fr/recherches/theoriedroit/articles/leroyordreneg.htm
- Le Roy, Etienne*, La médiation mode d’emploi, Droit et Société 29-1995, p. 39-55 (p. 50-51)
- Lilja, Anna-Julka/ von Lucius, Julian/ Tietz, Andreas*, 1, 2, notes 4 ss., Hintergründe, dans : *Jürgen Klowait/ Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden-Baden 2014
- Löer, Lambert*, 2, § 253 ZPO, notes 2-8 et 2, § 278a ZPO, notes 11-30, et 3, 7, notes 3-22, dans : *Jürgen Klowait/ Ulla Gläßer*, Mediationsgesetz – Handkommentar, Baden-Baden 2014
- Lörcher, Gino/ Lörcher, Torsten*, § 45 Durchsetzbarkeit von Mediationsergebnissen, dans : *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 1119 ss.
- Lopez-Eychenié, Dominique*, A partir du 1er avril 2015, il faudra justifier d’une tentative de résolution amiable des conflits pour pouvoir saisir un juge, www.village-justice.com/articles/partir-1er-avril-2015-faudra,19199.html
- Lück, Heiner*, Von Ombudslenten, Mediatoren, Schlichtern und Sühneverträgen-Institutionen der Konfliktlösung außerhalb des gerichtlichen Streitverfahrens

- im Mittelalter, dans : *Rüdiger Fikentscher/ Annette Kolb*, Schlichtungskulturen in Europa, Halle 2012, p. 85 ss.
- Lüsebrink, Hans-Jürgen*, Einführung in die Landeskunde Frankreichs, 3^e édition Stuttgart 2011
- Mazenq, Antoni*, Mention de la tentative de négociation dans l'assignation : un pétard mouillé ?, www.dalloz-actualite.fr/chronique/mention-de-tentative-de-negociation-dans-l-assignation-un-petard-mouille#.VRPGCrnwuWg
- Maffesoli, Michel*, L'ordre des choses – penser la postmodernité, Paris 2014
- Marly, Pierre-Grégoire*, Les obstacles à la médiation, Gaz. Pal. 24/12/2013 N°358, p. 10 ss.
- Mathey, Nicolas*, Rupture de relations commerciales et clause de médiation, Con. conc. cons. N°10 octobre 2012, comm. 231
- Mattei, Jean-Pierre*, Quel intérêt pour la justice commerciale ?, Petites Affiches 13/07/1999, p. 8 ss.
- Mediation meets judges*, www.mediationmeetsjudges.eu, www.mediationmeetsjudges.eu/usr_files/publications/Position_Paper_B2B_mediation_2014_V1.0_2.pdf
- Médiation, les Cahiers du Montalieu, Rencontres annuelles de médiateurs exercés – La Pensée en Mouvement*, La Neutralité – une nécessité éthique, mille difficultés pratiques, Montigny-le-Bretonneux juin 2014, p. 18-20
- Meier, Anke*, Der Rechtsanwalt in der Wirtschaftsmediation-Erfolgreiche Parteivertretung auf ungewohntem Terrain, SchiedsVZ 2011, p. 97-101
- Metzger, Tilman/ Bielecke, Alexandra*, Viadrina Masterstudiengang Mediation, Kurs VI Buch 5: Kommunikation II (Methoden), Frankfurt Oder 2013, p. 50
- Metzner, Patrick/ Striepling, Ingo*, www.geschichte-der-mediation.de/hp5/Geschichte-der-Mediation.htm
- Mikolajczak, Moïra*, L'intelligence émotionnelle, L'Essentiel N°9 février-avril 2012, p. 29-34
- Ministère de la Justice*, www.justice.gouv.fr/publication/fp_conciliation.pdf
- Moisan, André*, La médiation sociale comme contribution au « bien commun », dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 48, 52
- Mollard-Courtau, Christophe*, Conciliateur de justice et conciliation, les piliers d'une justice de proximité citoyenne du 21^e siècle, Gaz. Pal. 26/04/2014 N°116, p. 13
- Montada, Leo/ Kals, Elisabeth*, Mediation – Psychologische Grundlagen und Perspektiven, Weinheim 2001, 3^e édition Weinheim 2013

- Montéran, Thierry*, Le respect des clauses de médiation, *Gaz. Pal.* 1 avril 2003, N°91, p. 8
- Morineau, Jacqueline*, L'esprit de la médiation, Toulouse 1998, 2^e édition, Toulouse 2014
- Mostinsky, Jef*, La médiation Havard : à la recherche d'une méthodologie efficace et éthique des solutions de conflits pour aboutir à un choix partagé, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit, Limal 2013, p. 101-116
- Nader, Laura*, The Crown, the Colonist, and the Course of Zapotec Village Law, in : *June Starr, Jane Collier*, History and Power in the Study of Law, Ithaca, Cornell University Press 1989, p. 320-344
- Niggemann, Friedrich*, Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie 2008 in Frankreich, *SchiedsVZ* 2012, p. 258-266
- Noblot, Cyril*, La clause de médiation préalable et obligatoire, *Con. Conc. Cons.* mars 2015, p. 35-36
- Nölting, Hubertus*, Mediatorenverträge, Cologne 2003
- Ordnung, Kathleen* Handlungsbestimmende Werte in der Mediation, *ZKM* 2014, p. 188-190
- Oudin, Federica*, Critique de la législation française relative à la médiation, dans : *Bernard Castelain*, De l'autre côté du conflit : la médiation, Limal 2013, p. 143-154
- Peltier, Frédéric/ Schmidt Peltier, Vigié*, Conciliation. Le juge commercial conciliateur : un juge engagé, *JCP G* 9/01/2012, doctr. 32
- Perrin, Marie-Daphné*, Conciliation-Médiation, *Petites Affiches* 26/08/2002 N°170, p. 4
- Peulvé, Catherine/ Henry, Sophie*, Tribunaux de commerce et médiation: « une nécessaire harmonisation », *La lettre des juristes d'affaires* – N° 1174 8 septembre 2014, p. 5
- Pill, Sarah-Jane*, Germans and French in Business Life, Sarrebruck 2012
- Poli, Catherine*, Regards comparatifs sur les pratiques de la médiation, *Revue Lamy droit civ.* 2011, 88
- Pons, Bernard*, Evolutions et risques des solutions consensuelles, *Gaz. Pal.* 13 août 2015 n°225 p. 5
- Prütting, Hanns*, § 46 Haftung, dans : *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 1145-1146
- Rapport au Président de la République* relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Par-

- lement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale
- Rasche, Guido*, Kritik an der Gerichtsmediation, Betrachtungen und Anregungen eines Prozessanwalts, p. 159 ss. (p. 165), dans : *Ulla Gläßer/ Kirsten Schroeter*, Gerichtliche Mediation, Baden-Baden 2011
- Raulet, Gérard*, Esprit – Geist, p. 136 ss., dans : *Jacques Leenhardt/ Robert Picht*, Au jardin des malentendus – le commerce franco-allemand des idées, Arles 1989
- Redeker, Robert*, Le progrès ? Point final., Nice 2015
- Risse, Jörg/ Wagner, Christof*, § 23 Mediation im Wirtschaftsrecht, dans : *Fritjof Haft/ Katharina Gräfin von Schlieffen*, Handbuch der Mediation, Munich 2009, p. 557-578
- Risse, Jörg*, Wirtschaftsmediation, Munich 2003
- Röthemeyer Peter*, Obs. LG Frankfurt 7/05/2014, ZKM 2014, p. 203 ss.
- Rothlauf, Jürgen*, Interkulturelles Management, 2^e édition Munich, Vienne 2006
- Salzer, Jacques*, préface de l'ouvrage : *Thomas Fiutak*, Le médiateur dans l'arène, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 9-11
- Salzer, Jacques/ Fefe, Michel/ Saubesty, Jean-Paul*, Guerre et paix... dans l'entreprise, 2^e édition Saint-Quentin-en-Yvelines 2013
- Sarcinelli, Ulrich*, Ein Testfall für die Demokratie, Zeitgeschichte édition 01-02 du 3/1/2011, Deutscher Bundestag und Bundeszentrale für politische Bildung
- Schäfer, Lars*, Mediation im öffentlichen Bereich, Hambourg 2011
- Schenique, Laurie*, De la confidentialité en médiation, Petites Affiches 18/06/2014 N°121, p. 6 ss.
- Schneebalg, Avi/ Galton, Eric*, Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale, Paris 2003
- Schneider, Jochen*, Mediation im Wirtschaftsrecht, dans : *Stephan Breidenbach, Martin Henssler*, Mediation für Juristen, Cologne 1997, p. 172
- Schwartz, Hansjörg/ Wendenburg, Felix*, Verhandeln als Konfliktmanagement-Instrument, dans : *Ulla Gläßer/ Lars Kirchhoff/ Felix Wendenburg*, Konfliktmanagement in der Wirtschaft, Baden-Baden 2014, p. 357 ss.
- Schwillus, Harald*, Schlichten statt Richten – biblische und kirchengeschichtliche Einblicke, dans : *Rüdiger Fikentscher/ Annette Kolb*, Schlichtungskulturen in Europa, Halle 2012, p. 47 ss.
- Seidel-Lauer, Alexandra*, Erfolgreich auf dem französischen Markt – deutsch-französische Mentalitätsunterschiede, mai 2012, p. 7 ss.

- www.francoallemand.com/fileadmin/ahk_frankreich/Dokumente/media/Deutsch-frz-Mentalitaetsunterschiede.pdf
- Senik, Claudia*, L'économie du bonheur, Paris 2014
- Six, Jean-François/ Mussaud, Véronique*, Médiation, préface de *Raymond Barre* et *Michel Rocard*, Paris 2002
- Six, Jean-François*, Les médiateurs, Paris 2002
- Six, Jean-François*, Le temps des médiateurs, Paris 1990
- Steiner, Thomas*, Kapitel 8 Das Güterichterverfahren, notes 1 ss., dans : *Horst Eidenmüller/ Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015
- Stimec, Arnaud*, La médiation en entreprise, Paris 2004, 3^e édition Paris 2011
- Štruc, Tatjana*, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht, Berlin 2009
- Tandeau de Marsac, Silvestre*, La transposition de la Directive européenne sur la médiation en France, Les Cahiers de l'Arbitrage 2012-2, p. 341-346
- Téchené, Vincent*, Pratique de la médiation judiciaire devant les juridictions parisiennes et médiations conventionnelles - Compte-rendu de la réunion de la commission ouverte Médiation du barreau de Paris du 29 janvier 2013, Lex-base Hebdo édition professions n° 145 du 14 mars 2013
- Tilman, Vincent*, Les atteintes au principe du consensualisme dans la médiation commerciale – impact au niveau européen, RDAI/IBLJ, N°4, 2005, p. 431-441
- Touzard, Hubert*, préface de l'ouvrage : *Jean-Pierre Bonafé-Schmitt/ Jocelyne Dahan/ Jacques Salzer/ Marianne Souquet/ Jean-Pierre Vouche*, Les médiations, la médiation, Toulouse 2003, p. 7-8, www.cairn.info/les-mediations-la-mediation--9782865867424-page-7.htm
- Touzard, Hubert*, Psychologie de la négociation. Etat des recherches, Pouvoirs n°15 - La négociation - novembre 1980, p. 109-119, www.revue-pouvoirs.fr/Psychologie-de-la-negociation-Etat.html
- Touzard, Hubert*, La médiation et la résolution des conflits – étude psychosociologique, Paris 1977
- Tricoit, Jean-Philippe*, Obs. sur *Cass. com.* 29 avril 2014, Petites Affiches 10/09/2014 N°181, p. 14 ss.
- Unberath, Hannes*, partie 1, note 99, et partie 5, notes 44 ss., dans : *Reinhard Greger/ Hannes Unberath*, Mediationsgesetz – Kommentar, Munich 2012
- Ury, William/ Brett, Jeanne/ Goldberg, Stephen*, Getting Disputes Resolved, San Francisco 1988

- Vert, Fabrice*, Le juge et la médiation: un oxymore?, Les Annonces de la Seine 10 juin 2015, p. 13-15
- Vert, Fabrice*, La confusion terminologique entre médiation et conciliation : un frein à leur développement, Gaz. Pal. 30/31 janvier 2015, p. 8-11
- Vert, Fabrice*, Des avantages de la médiation judiciaire, Gaz. Pal. 24/05/2014 N°144, p. 21
- Vert, Fabrice*, Médiation : comment trouver les 50 milliards !, Gaz. Pal. 3/05/2014 N°123, p. 11
- Vert, Fabrice*, La tentation de la médiation obligatoire, Gaz. Pal. 18/01/2014 N°18, p. 9 ss.
- Vierling, Michael*, Traditions et modernisations dans l'administration publique en France et en Allemagne: une comparaison des deux cultures administratives, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 119
- von Helmolt, Katharina*, La négociation comme format de base de la communication interculturelle, dans : *Frank Baasner*, Gérer la diversité culturelle, Francfort sur le Main 2005, p. 106
- von Lewinski, Kai*, Grundriss des anwaltlichen Berufsrechts, Baden-Baden 2012
- von Sinner, Alex*, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, dans : *Dominic Busch/ Claude-Hélène Mayer*, Mediation erforschen, Fragen – Forschungsmethoden – Ziele, Wiesbaden 2012, p. 39-69
- von Sinner, Alex*, Über den Ursprung der Bezeichnung Mediation, Perspektive Mediation 2006/4, p. 197-202
- Wagner, Gerhard*, Kapitel 2 Vertragliche Grundlagen, note 12, dans : *Horst Eidenmüller/ Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015
- Wagner, Gerhard*, Kapitel 7 Vertraulichkeit in der Mediation, notes 1 ss., dans : *Horst Eidenmüller/ Gerhard Wagner*, Mediationsrecht, Köln 2015
- Wendenburg, Felix*, Mediation - flexible Gestaltung innerhalb fester Strukturen, ZKM 2/2014, p. 36-40
- Wendenburg, Felix*, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013
- Wild, Maximiliane-Stephanie*, Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht in Deutschland und Frankreich, Francfort sur le Main 2008
- Zemmour, Eric*, Le suicide français, les 40 années qui ont défait la France, Paris 2014

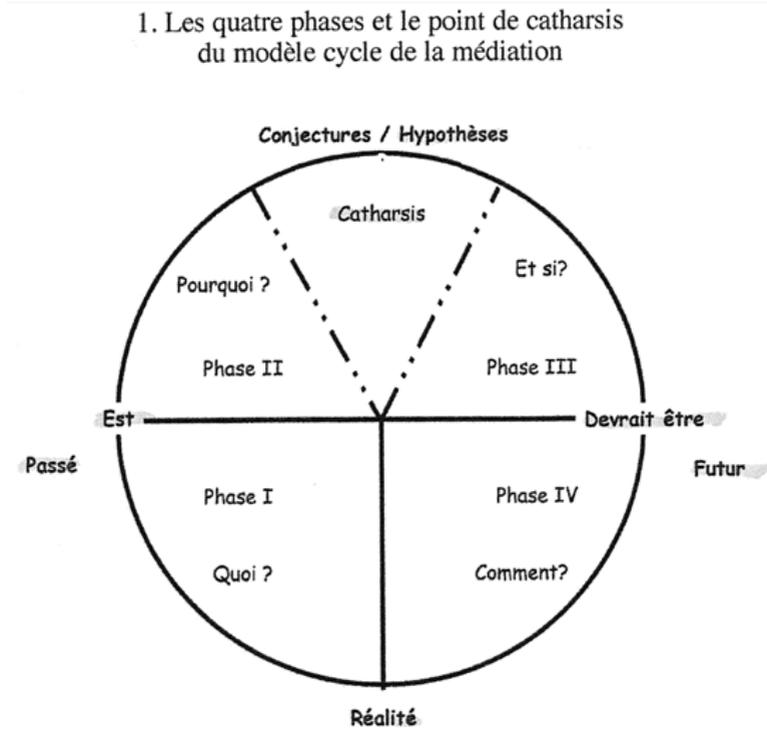
Zillessen, Horst, Partizipation in der Zivilgesellschaft – was leistet Mediation für ein demokratisches Gemeinwesen?, *Spektrum der Mediation* 5/2014, S. 13-16

Zschunke, Ulrich, La transposition de la Directive 2008/52/CE sur la médiation en Allemagne, *Les Cahiers de l'Arbitrage* 2012-2, p. 323-329

Zwickel, Martin, Die Verzahnung von Gerichtsverfahren und einvernehmlicher Streitbeilegung in Frankreich, *ZKM* 2013, p. 91-94

Zwickel, Martin, Bürgernahe Ziviljustiz: die französische juridiction de proximité aus deutscher Sicht, Tübingen 2010

Annexe 1



« Modèle du cycle de la médiation », Extrait de *Thomas Fiutak*, *Le médiateur dans l'arène*, 2^e édition, Toulouse 2014, p. 34 (reproduit avec l'aimable autorisation de l'auteur et des Editions ERES)

À propos de l’auteur

Martin Hauser

exerce en sa qualité d’avocat admis aux barreaux de Paris et de Munich (1991, 1985) et de médiateur (2007), au sein de **BMH AVOCATS**, Paris, un cabinet d’avocats français à vocation internationale qu’il a co-fondé en 1988.

Ses domaines de spécialisation sont le développement de stratégies et la gestion de négociations internationales, souvent interculturelles, ainsi que le règlement de conflits (médiation, arbitrage, tribunaux étatiques) en qualité de conseil, de médiateur ou d’arbitre, en droit international des contrats, droit de la propriété intellectuelle, droit des licences et de la distribution internationale, dans les secteurs de l’industrie, du commerce et des services, notamment dans le luxe et les industries innovantes.

Martin Hauser est depuis 2015 titulaire du *Master of Arts (M.A.)* en négociations et médiation de l’Université Viadrina de Francfort s/Oder ainsi que du *Master of Comparative Jurisprudence (M.C.J)* de la *School of Law* de l’Université de New York (NYU) depuis 1986. Docteur en droit (*Dr. iur.*) de l’Université de Munich en 1983, il avait alors rédigé sa thèse dans le cadre de son activité de chercheur au sein de la division de droit français de l’Institut Max-Planck de Munich dédié à la propriété industrielle, au droit d’auteur et au droit de la concurrence, étrangers et internationaux. Auparavant, il avait suivi des études de droit dans les Universités de Francfort sur-le-Main, Fribourg en Brisgau et Genève.

mhauser@bmhavocats.com

www.bmhavocats.com