

Expertise et médiation

Une nouveauté :

l'expert médiateur ou initiateur de médiation



Jean-Marc Albert

Avocat au Barreau de Paris et médiateur ;
Membre de l'Association
des Médiateurs Européens (AME) ;
DU de médiateur de l'Institut de Formation à
la médiation et à la négociation (IFOMENE) ;
Formateur à l'IFOMENE

Audrey Sonnenberg

Avocate au Barreau de Paris et médiatrice ;
Membre de l'Association
des Médiateurs Européens (AME) ;
DU de médiateur de l'Institut de Formation à
la médiation et à la négociation (IFOMENE) ;
Titre RNCP de Consultant en Communication
de crise et médiation



 Le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 offre la possibilité au juge administratif, lorsqu'il désigne un expert de justice, de lui confier une mission de médiation, l'expert pouvant même en prendre seul l'initiative, avec l'accord des parties. Le juge judiciaire, quant à lui, ne peut toujours pas confier à l'expert de justice la mission de concilier les parties au visa de l'article 240 du code de procédure civile. Le législateur de novembre 2016 aurait-il créé une hydre à deux têtes en initiant une nouvelle forme de modes alternatifs de règlement des différends (MARD) : « l'expert médiateur » ? Ce terme résonne pourtant comme un oxymore. Mais qu'en est-il réellement ? Pourquoi la loi traite-t-elle différemment l'expert de justice administrative et l'expert de justice judiciaire ? Quel rôle nouveau le législateur souhaite-t-il donner aujourd'hui à l'expert de justice ?

[CONCILIATION / DIFFÉRENCES ET SIMILITUDES ENTRE EXPERT ET MÉDIATEUR / DIRECTIVE EUROPÉENNE / ESPACE DE COMPRÉHENSION / EXPERTISE / EXPERT MÉDIATEUR / EXPERT INITIATEUR DE MÉDIATION / JUGE ADMINISTRATIF / JUGE JUDICIAIRE / MÉDIATION / NOUVELLE FONCTION / NOUVELLE FORMATION / NOUVELLE FORME DE MARD / PIÈCE TERMINOLOGIQUE / RAPPROCHEMENT - JJ, B, O2, OO](#)

 *Summary*

INTRODUCTION

Jean-François SIX, en 1990, décrit le médiateur comme « un troisième homme » : « tierce personne ; non pouvoir ; catalyse ; communication », en concordance avec les quatre parties de sa définition de la médiation dans *Le temps des médiateurs*¹.

Vingt-six ans après cet ouvrage de référence, le temps de l'expert médiateur serait-il arrivé ? Cela est envisageable au regard du décret du 2 novembre 2016 modifiant la deuxième phrase de l'article R 621-1 du code

de justice administrative (CJA) qui dispose que : « l'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation ».

1. L'ÉVOLUTION DES MISSIONS DE L'EXPERT DE JUSTICE

La mission classique de l'expert de justice est la recherche de la vérité et donner son avis afin d'éclairer le juge sur une question de fait. Or, le médiateur, sans pouvoir d'ins-

truction, doit employer son énergie pour permettre aux parties de trouver par elles-mêmes la solution au conflit qui les oppose.

Mais, depuis quelques années, ce rôle traditionnel de l'expert de justice évolue avec la loi et la jurisprudence vers une nouvelle fonction tendant au rapprochement des parties.

En effet :

- le nouvel article R 621-1 du CJA qui prévoit désormais la possibilité d'une part, pour



le juge, de confier à l'expert qu'il désigne une mission de médiation et d'autre part, pour l'expert, de prendre l'initiative d'une médiation, disposait auparavant que la mission confiée à l'expert pouvait viser à concilier les parties.

- La jurisprudence de la Cour de cassation applique strictement l'interdiction faite au juge par l'article 240 du code de procédure civile (CPC) de donner mission à l'expert de concilier les parties et admet largement les actions de l'expert pour favoriser le rapprochement des parties².
- Des décisions juridictionnelles prévoient de plus en plus souvent que l'expert déposera son rapport « à défaut d'accord ».
- Les articles 281 et suivants du CPC et R 621-7-2 du CJA envisagent le cas où les parties parviennent à se concilier, l'expert constatant que sa mission est devenue sans objet et en fait rapport au juge.

Se dessine donc à la fois une atténuation des divergences textuelles entre le CPC et le CJA et une volonté de s'orienter vers une issue amiable du litige soumis à l'expertise.

Toutefois, nul ne peut ignorer la contradiction formelle entre la nouvelle rédaction de l'article R 621-1 du CJA prévoyant un expert médiateur dans une même affaire et l'interdiction du cumul de ces deux fonctions visée à l'article 131-8 du CPC : « *le médiateur ne peut être commis, au cours de la même instance, pour effectuer une mesure d'instruction* ». Les différences entre droit privé et droit public ne peuvent suffire à expliquer cette opposition alors que les textes relatifs à la médiation administrative intégrés dans le CJA par la loi n° 2016.1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, complétée par le décret n° 2017-566 du 18 avril 2017, convergent vers les règles édictées pour la médiation dans le CPC. L'explication se trouve dans la volonté forte du législateur de favoriser le recours à la médiation en ignorant la distinction entre conciliation et médiation.

2. DISTINCTION ENTRE MÉDIATION ET CONCILIATION

Cette confusion sémantique résulte d'une interprétation de la définition de la médiation et du médiateur donnée par l'article 3 de la Directive n° 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

a. *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 État membre. [...]*

b. *Médiateur, tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener. »*

L'article 1530 du code civil, pris en application de la loi du 8 février 1995, assimile lui-même conciliation et médiation conventionnelles, entendues comme « *tout processus structuré* ».

Dès lors, faut-il distinguer conciliation et médiation ou diluer ces deux notions ? Deux éléments les différencient :

- d'une part, on peut concilier sans tierce personne,
- d'autre part, le conciliateur a un pouvoir d'instruction et de proposition contrairement au médiateur qui doit rester neutre.

Pourtant, la doctrine n'est pas unanime :

- Madame le Professeur Guillaume-Hofnung évoque « *un piège terminologique* » nourrissant la fusion entre conciliation et médiation.³
- Les auteurs de l'ouvrage *Art et technique de la médiation* : Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette et Stephen Bensimon, considèrent que le terme conciliation est réservé : « *à toutes les formes d'entremise qui restent liées au juge et à toutes celles où l'intermédiaire reçoit ou s'attribue un rôle directif, voire direct, dans la recherche de solutions* ». ⁴
- Monsieur le Professeur Charles Jarrosson considère, selon les auteurs précités, la distinction entre médiation et conciliation comme assez formelle et byzantine.

3. LES LIENS ENTRE EXPERTISE, MÉDIATION ET CONCILIATION

Expertise, médiation et conciliation comportent des similitudes et d'importantes différences.

Des similitudes :

- L'expert, comme le médiateur ou le conciliateur, doit agir avec impartialité, indépendance, efficacité et compétence.
- Ils sont tous qualifiés dans leur domaine respectif, formés à leur pratique et/ou expérimentés. Ils sont soumis à des règles déontologiques et d'éthique, bénéficient de qualités humaines et d'une expérience du conflit.
- Tous les trois permettent par leur présence, leurs connaissances et leur savoir-faire, de créer un espace de transitionnalité propice à une résolution amiable du conflit. La commission présidée par Monsieur le Président Magendie, « Célérité et qualité de la justice », a souligné que l'expertise « *est souvent un moment privilégié pour parvenir à un accord des parties* ». ⁵
- L'expertise, comme la médiation et la conciliation, crée un espace et un moment de compréhension et d'écoute.

Des différences :

- L'expert de justice est un auxiliaire du juge avec une mission limitée contrairement au médiateur.
- L'expert a pour mission première de donner un avis/de déposer un rapport. Le médiateur doit rester neutre : sans pouvoir d'instruction, il doit s'abstenir de donner un avis (ou de formuler une proposition comme le conciliateur) et permettre aux parties de trouver elles-mêmes un accord.
- L'expert doit rechercher la vérité factuelle et scientifique. Le médiateur doit instaurer ou restaurer les liens et le dialogue entre les parties pour qu'elles recherchent une solution.
- L'expertise est une procédure contradictoire contrairement au caractère confidentiel du processus de médiation ou de conciliation.
- L'expertise peut être effectuée à la demande d'une seule partie. La médiation comme la conciliation sont des processus consensuels exigeant l'accord des parties.
- La médiation, comme la conciliation, est un processus plus souple, plus rapide et moins coûteux qu'une expertise judiciaire.

L'identité de qualités, de déontologie et d'obligations légales de tous les experts de justice, ainsi que l'espace de compréhension caractérisant l'expertise, rendent d'autant plus surprenantes les différences légales entre le CPC et le CJA.

Les modifications résultant du décret du 2 novembre 2016 ne devraient néanmoins rien changer à la possibilité pour l'expert de justice administrative de concilier les parties, la conciliation se diluant dans la médiation pour les rédacteurs des textes de novembre 2016. Dès lors, se retrouve une unicité entre expertise de droit privé et expertise de droit public.

4. LES DIFFÉRENTES POSTURES DE L'EXPERT DE JUSTICE

Nul doute que l'expert est un facilitateur de rapprochement des parties : de quels outils dispose-t-il et quelles solutions sont-elles envisageables pour développer ou pratiquer la médiation/la conciliation tout en respectant leurs principes ?

Évidemment, l'hypothèse de l'expert appelé comme « tiers sachant » dans un processus de médiation, conventionnelle ou judiciaire, ne présente aucune difficulté particulière : son intervention sera encadrée par une convention conclue avec les parties qui décideront du délai, de la forme du rapport oral ou écrit, de sa confidentialité ou non et de sa rémunération.

L'expert intervenant dans le cadre d'une expertise de justice donnera son avis (technique et factuel) sur les causes, les imputabilités et les dommages, et pourra, comme un conciliateur, inviter les parties à réfléchir sur une éventuelle solution amiable. Toutefois, la question de la confidentialité du processus de conciliation se posera : soit les parties, dûment informées, y renonceront, soit elles organiseront les discussions dans un cadre confidentiel.

Initiateur de médiation : l'expert de justice y est invité expressément par le nouvel article R 621-1 du CJA et le CPC lui-même ne l'interdit pas. L'expert – après être formé à la médiation et aux outils de communication éthique nécessaire à la pratique de la médiation – percevra le moment de l'expertise où il pourra suggérer aux parties une conciliation, ou une mesure de médiation avec un tiers neutre, lequel pourrait d'ailleurs être lui-même un autre expert, sous réserve qu'il s'agisse d'un médiateur qualifié et formé. Pour appréhender ces processus et identifier le « point de bascule », moment où

il faut évoquer avec les parties l'idée d'une recherche de solution amiable, une information et une formation s'imposent. En effet, la formation constitue un socle de la médiation et devient donc une exigence déontologique pour permettre à l'expert de s'ouvrir aux techniques et à la pratique des modes amiables permettant de déterminer, au bon moment, la meilleure voie possible tout en évitant la confusion entre chaque processus. Il saura si la mise en œuvre de la solution technique est suffisante pour clôturer le litige par une conciliation ou si le différend dépasse le seul aspect technique et mérite une mesure de médiation. Mais, malgré le décret du 2 novembre 2016, l'expert ne pourrait être médiateur lui-même dans une même affaire sans transgresser les principes de neutralité et de confidentialité du processus de médiation.

CONCLUSION

Madame le Professeur Natalie Fricero dans la synthèse des travaux du VII^e colloque du Conseil National des Barreaux et du Conseil

National des Compagnies d'Experts de Justice en 2017 s'interrogeait en ces termes : « Quel rôle peut-on confier à l'expert judiciaire ? Celui d'un facilitateur indirect de la conciliation des parties ou celui d'un acteur direct de conciliation ». ⁶ Ainsi peut-on se demander si l'expert est un acteur direct de la

médiation ou bien un « médiateur idéal » pour paraphraser Pierre Gramaize.⁷

S'il est aisé de s'accorder sur le fait que la médiation et la conciliation sont des processus désormais incontournables pour les experts de justice à condition qu'ils bénéficient en amont d'une formation de qualité, la fusion de ces processus entre les mains d'une seule et même personne et dans un même dossier soulève de nombreuses difficultés.

Pour certains spécialistes prestigieux de la médiation, la double volonté législative de développer les modes amiables de règlements des différends et de renforcer le rôle de l'expert vers un rapprochement des parties, pourrait ouvrir la voie vers un nouveau mode amiable : l'expertise qui constituerait, en elle-même, un nouveau MARD dans lequel l'expert serait facilitateur de l'expression de la volonté des parties. Ni médiation, ni conciliation, cette mesure d'instruction

contradictoire permettrait d'éviter toute confusion linguistique et indiquerait clairement la mission élargie de l'expert, dans le prolongement des décisions qui prévoient déjà le dépôt d'un rapport à défaut d'accord des parties.

Cependant, les données objectives de l'expertise sont souvent insuffisantes pour rapprocher les parties en conflit. C'est pourquoi, d'autres perspectives sont envisagées telles que « l'exp-méd » ou « la méd-exp » (expertise-médiation ou médiation-expertise) en transposant les constructions d'ores et déjà existantes concernant l'arbitrage (« méd-arb » ou « arb-méd »), ces procédés permettant une mise en œuvre concomitante ou successive des processus avec une dualité d'intervenants. Une autre piste, la « pré-médiation », présentée par Jean-Pierre Bonafe-Schmitt, pourrait se substituer à la notion d'expertise médiation.⁸

En tout état de cause, comme l'évoque Monsieur Fabrice Vert, Premier vice-président du Tribunal de grande instance de Créteil, dans son article « L'expert judiciaire : auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale »⁹, les experts devront trouver leur place dans l'évolution contemporaine qui leur demande de devenir des acteurs œuvrant à la construction de la paix sociale. ■

NOTES

1. SIX Jean-François, *Le temps des médiateurs*, éd. SEUIL, juin 1990
2. Voir notamment : Cass., 2^e civ., 21 mars 1979, n°77-1 4.660, Bull. civ., II. N°91 ; Cass., 2^e civ., 21 juillet 1986, n°85-11.107, Bull. civ., 1986, II, n°131, p. 89 ; Cass. sociale, 9 novembre 2004, n°02-42.766, Inédit ; Cass., sociale, 24 janvier 2006, n°04-42-741, Bull. civ., 2006 V, n°21, p.21.
3. GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, « Le seul moyen de sauver la médiation, c'est de la sortir du piège terminologique », *Affiches parisiennes*, AP REDACTION – Droit ; 17 mai 2016
4. BOURRY D'ANTIN Martine, PLUYETTE Gérard et BENSIMON Stephen, *Art et technique de la médiation*, coll. « Pratique Professionnelle, série art et technique », éd. du Juris-Classeur, Paris, 2004 p. 6.
5. Groupe de travail « MAGENDIE », Médiation, Chapitre 1 : définition de la médiation, Glossaire de la médiation et des institutions voisines établi par le professeur Charles JARROSSON, pp. 15 et suivantes.
6. FRICERO Natalie, « La conciliation, le grand retour ? », Synthèse des travaux, 7^e colloque CNB-CNCEJ, 10 mars 2017, *Journal spécial des sociétés*, n°26, Samedi 1^{er} avril 2017, p. 7.
7. GRAMAIZE Pierre, « L'expert, un médiateur idéal ? », *Revue Experts*, n°117, décembre 2014, pp. 4-6.
8. BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, *La médiation : une justice douce*, Coll. « Alternatives Sociales », Syros Alternatives, Paris, 1992, pp. 210 à 226.
9. VERT Fabrice, « L'expert judiciaire : auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale », *Gaz. Pal.*, n° 37 du 25 octobre 2016, pp. 12-15.

Pour identifier le « point de bascule », moment où il faut évoquer avec les parties l'idée d'une recherche de solution amiable, une information et une formation s'imposent.