

La responsabilité civile du médiateur civil⁽¹⁾

par Béatrice Gorchs-Gelzer

Maitre de conférences à l'Université de Savoie Mont Blanc

La question de la responsabilité du médiateur civil a peu retenu l'attention de la doctrine jusqu'à présent. À ce jour, elle n'est pas réglée dans les textes régissant la médiation. L'exploration de cette question suppose d'interroger les textes internes et européens pour déterminer le rôle exact du médiateur. En l'absence d'une définition du statut juridique du médiateur, d'un code officiel de déontologie du médiateur et compte tenu de la flexibilité du droit de la médiation et du risque d'une application cumulative des règles applicables aux professionnels exerçant une activité accessoire de médiation, le contrat de médiation revêt une importance toute particulière pour délimiter la responsabilité civile du médiateur.

I.10 1. « *La reconnaissance sociale d'une profession aujourd'hui, ne passe plus par l'impunité mais, au contraire, par sa transparence et sa responsabilité* »⁽²⁾, écrit Antoine Garapon. Cette question de la responsabilité du médiateur nous place au cœur d'un paradoxe : si la médiation se professionnalise à travers sa légalisation⁽³⁾, l'élaboration de codes de déontologie et la mise en place de programmes de formation, l'activité de médiateur n'est pas, à ce jour, une profession. À l'inverse du Livre vert de l'Union européenne qui s'interroge sur la mise en place de règles spécifiques de responsabilité⁽⁴⁾, cette question n'est pas réglée dans les textes actuels régissant la médiation. Ce point pourrait être clarifié si les autorités publiques profitent de la transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation⁽⁵⁾, devant intervenir au plus tard le 9 juillet 2015, pour définir le statut juridique du médiateur.

1. Cet article reprend l'intervention de l'auteur au colloque « *La médiation, un espace de liberté et de responsabilité individuelle et citoyenne* », le 20 juin 2014, à la Faculté de droit et science politique de Lyon II, en hommage à M.-Cl. Rivier et J.-P. Bonafé-Schmitt.

2. A. Garapon, *La déontologie du travailleur social : repère ou repaire ?*, *RDSS* 1993, p. 725.

3. L. n° 95-125, 8 févr. 1995, *mod. ord.* n° 2011-1540, 16 nov. 2011 (art. 21 et s.) ; CPC, art. 131-1 et s. ; CPC, art. 1528 et s.

4. Livre vert, *Les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, Commission des Communautés européennes, 19 avr. 2002, COM (2002) 196 *final*, p. 36.

5. *JOUE* n° L 165/63, 18 juin 2013.

2. Le droit français conforte « *le flou terminologique* »⁽⁶⁾ dont pâtit la médiation en qualifiant comme telle toute intercession d'un tiers en vue d'aider les parties à résoudre de façon amiable leur différend⁽⁷⁾. Si la médiation est « *plurielle* », en ce qu'il existe divers modèles de médiation, elle repose sur des principes déontologiques communs qui permettent de la distinguer des autres modes de régulation des conflits⁽⁸⁾.

3. Cependant qu'aucun texte interne, à ce jour, ne régleme l'usage du titre de médiateur, l'on s'accorde à dire que le médiateur doit être un *professionnel* de la médiation pour mener à bien le processus dans le respect des exigences éthiques et déontologiques de la médiation. Qu'en est-il de sa responsabilité ? Déterminer la responsabilité civile du médiateur (II) suppose au préalable de s'interroger sur son rôle exact dans le processus de médiation (I).

I. La mission de médiation

4. À l'exception de la situation du médiateur pénal⁽⁹⁾, les textes ne prévoient pas d'exclusion liée à la profession pour être médiateur, de sorte que les professionnels les plus divers peuvent exercer comme médiateurs. Si la diversité des profils est une richesse pour la médiation, le profil du médiateur (B) peut interférer sur son rôle (A).

A. Le rôle du médiateur

5. La médiation repose sur des principes communs (1) qui structurent le processus et font ressortir la position que devrait avoir le médiateur en médiation vis-à-vis des parties (2).

1) Les principes de la médiation

6. **Exigences légales limitées.** Les principes essentiels pour conduire une médiation qui ressortent des expé-

6. M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, *AJDA* 1997, p. 30.

7. V. L. n° 95-125, 8 févr. 1995, art. 21.

8. J. Faget, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, *Érès* 2010, p. 109.

9. CPP, art. R. 15-33-33.

riences de la médiation et des textes sur le plan international sont : l'indépendance, la neutralité, l'impartialité et l'absence de pouvoir du médiateur, la confidentialité de la médiation, la libre adhésion des parties. En transposant *a minima* la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur la médiation⁽¹⁰⁾, le législateur français reproduit les imperfections de la directive. A l'instar du législateur européen, il ne vise qu'un principe, la confidentialité tandis que l'impartialité devient, aux côtés de la compétence et de la diligence, une garantie de la qualité de la médiation⁽¹¹⁾.

D'abord, le médiateur doit préserver la confidentialité de la médiation. Alors que la directive et le livre vert en proposent une application large⁽¹²⁾, le législateur français restreint la confidentialité aux « constatations du médiateur et (...) déclarations recueillies au cours de la médiation »⁽¹³⁾. Il fait peser l'obligation de confidentialité essentiellement sur le médiateur et en fait le *garant du bon déroulement du processus*. Sauf obligation légale ou accord des parties, le médiateur doit s'interdire de rapporter à des tiers ou au tribunal les faits qu'il constate au cours d'une médiation, les informations que lui communiquent, même au cours des apartés, les parties ou qu'elles s'échangent dans le cadre et pour les besoins de la médiation, jusqu'aux résultats de la médiation⁽¹⁴⁾. C'est bien parce que le médiateur ne prend pas une part active dans la recherche de la solution à apporter au différend, en proposant ou imposant celle-ci, qu'il n'est pas tenu de respecter le principe du contradictoire et peut entendre de façon confidentielle l'une ou l'autre des parties⁽¹⁵⁾.

Ensuite, le législateur français impose au médiateur d'accomplir sa mission « avec impartialité, compétence et diligence »⁽¹⁶⁾. Dans le droit fil des recommandations antérieures de la Commission⁽¹⁷⁾, la directive exclut de la part du médiateur toute intervention active qui consisterait à proposer ou imposer une solution puisque son indépendance n'a pas à être garantie⁽¹⁸⁾.

Le Code de procédure civile ne précise que la notion de compétence : le médiateur doit posséder « par l'exercice

présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige/différend » et/ou justifier « selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation »⁽¹⁹⁾, sachant que cette triple exigence est alternative pour le médiateur conventionnel⁽²⁰⁾. Si l'on peut déduire de l'exigence d'une qualification eu égard à la nature du litige que le médiateur judiciaire doit disposer de connaissances juridiques ou techniques suffisantes pour traiter l'affaire qui lui est soumise⁽²¹⁾, cette qualité n'est pas requise du médiateur conventionnel dès lors qu'il justifie d'une formation ou d'une expérience. Aussi, en dehors du domaine judiciaire, il n'est pas attendu du médiateur qu'il ait des connaissances en droit. En cela, les textes français sortent de l'orbite européenne puisque la compétence y renvoie non seulement à la justification d'une formation en médiation mais aussi à la capacité du médiateur d'informer les parties sur le risque de conclusion d'un accord qui serait inapplicable ou illégal⁽²²⁾.

La directive applique à la médiation le principe de l'efficacité énoncé dans la recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux litiges de consommation. Cette garantie s'apprécie au regard de l'accessibilité, la gratuité ou le coût modéré du processus, la compétence du médiateur qui doit permettre aux parties d'avoir accès au processus sans devoir faire appel à un représentant légal, la célérité et la conduite du processus vers « une solution appropriée, équitable et opportune au litige »⁽²³⁾. Le texte français ne retient que la diligence pour signifier que le médiateur est tenu à une obligation de moyens⁽²⁴⁾.

En somme, la France instaure des normes minimales de qualité de la médiation plus souples que celles établies par la directive. L'Europe ne s'intéresse en effet qu'à la « médiation curative »⁽²⁵⁾ pour aider les parties en conflit à en trouver la solution. Elle transforme le médiateur en un organe extrajudiciaire de justice et cherche à encadrer cette « procédure » par des normes de qualité susceptibles d'apporter aux parties qui y ont recours des garanties aussi sûres qu'un procès⁽²⁶⁾.

7. Codes de déontologie. Alors qu'aucun texte ne régleme l'exercice de la médiation, les associations ou les centres de médiation, isolément ou regroupés, se sont dotés, de l'intérieur, qui d'une charte de médiation qui

10. Dir. 2008/CE/52, 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *JOUE* L 136, 24 mai 2008.

11. S. Poillot-Peruzetto, « Médiation », Répertoire de droit communautaire, *Dalloz* 2013, n° 13.

12. Dir. 2008/CE/52, 21 mai 2008, *préc.*, art. 7 ; Livre vert, *préc.*, p. 31.

13. L. 8 févr. 1995, art. 21-3.

14. Excepté l'article 21-3, alinéa 3, de la loi du 8 février 1995 : le médiateur informe le juge du résultat de la médiation.

15. En ce sens, Livre vert, *préc.*, p. 31.

16. L. 8 févr. 1995, art. 21-2, reprise Dir. 2008/CE/52, 21 mai 2008, art. 3 b).

17. Recommandations de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de la consommation, *JOCE* L 109/56, 19 avr. 2001 et du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de la consommation, *JOCE* L 115/31, 17 avr. 1998 ; Livre vert, *préc.*, p. 30, n° 74. Cf. Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, *préc.*, exigeant compétence, indépendance et impartialité.

18. En ce sens, Dir. 2008/CE/52, 21 mai 2008, art. 3, a). Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 16 nov. 2011, *JORF* 17 nov. 2011, p. 19283, qui écarte la notion d'indépendance pour d'autres raisons.

19. CPC, art. 131-5, 3° et 4°.

20. CPC, art. 1533, 2°.

21. V. D. Huger, F. Rongeat-Oudin, Les compétences juridiques du médiateur, *Gaz. Pal.* 23-25 janv. 2011, p. 19.

22. Livre vert *préc.*, p. 35 n° 89 et s., Code de conduite européen pour les médiateurs, 2004, 1.1 et 3.2. Cf. Dir. 2008/CE/52, 21 mai 2008, art. 4.2 ; Dir. 2013/11/UE du 21 mai 2013, *préc.*, cons. 36.

23. Recomm. Commission, 4 avr. 2001 *préc.* ; S. Poillot-Peruzetto, art. *préc.*, n° 51. En ce sens, Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, art. 8, *préc.*

24. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 16 novembre 2011, *préc.*

25. M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, PUF, 2013, 6° éd., p. 67.

26. Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, *préc.*, qui renforce les normes minimales de qualité.

d'un code de déontologie⁽²⁷⁾. Ces règles déontologiques, à fort contenu symbolique, sont toutefois dépourvues de toute force juridique tant qu'elles ne sont pas reprises par une loi. Si le médiateur s'engage à respecter le code de déontologie en adhérant à un centre ou une association de médiation, tout manquement de sa part ne l'expose qu'à être exclu de la liste des médiateurs du centre ou de l'association. Ces règles déontologiques doivent donc être reprises par le contrat de médiation, passé entre le médiateur ou le centre de médiation et les parties, pour acquérir force juridique, sous réserve de leur conformité aux dispositions légales relatives à la médiation.

8. Contrat de médiation. Pour préserver la flexibilité de la médiation et l'autonomie des parties, les textes n'encadrent pas la conduite de la médiation ni ne réglementent le contrat de médiation⁽²⁸⁾. Dans la pratique, le contrat de médiation reprend et détaille, de façon variable, les principes de la médiation, renvoie à des règles déontologiques, définit le rôle du médiateur. Le rôle du médiateur est donc à géométrie variable. La détermination du rôle et des obligations du médiateur, fixant l'étendue de sa responsabilité, dépend essentiellement de ce qui est convenu entre le médiateur et les parties dans le contrat de médiation puisque les textes relatifs à la médiation restent trop vagues pour s'en faire une religion précise.

2) Position en médiation du médiateur vis-à-vis des parties

9. Médiateur catalyseur ou aviseur. Des discours savants et professionnels, des codes de déontologie et des textes européens, l'on peut déduire que le médiateur moderne se limite à un rôle de *catalyseur* ou *accoucheur*, à savoir établir entre les parties les « conditions et les moyens d'une nouvelle communication »⁽²⁹⁾. Cette posture du médiateur met les parties en position de trouver elles-mêmes la solution à leur conflit. Le médiateur doit s'interdire de donner son avis, de proposer sa solution ou de porter un jugement. La médiation préserve le libre arbitre des parties, à savoir la liberté d'entrer dans le processus de médiation comme d'en sortir et la liberté d'accepter les solutions amiables qui en émergent. Cette posture du médiateur fait qu'il n'est responsable que de la bonne conduite du processus. Ce sont les parties qui sont responsables de son issue⁽³⁰⁾.

Les textes français qui régissent la médiation ni ne cautionnent ni n'invalident cette analyse de la médiation. L'article 131-1 du Code de procédure civile, issu du décret du 22 juillet 1996, définit la mission du médiateur judi-

ciaire en ces termes : « entendre les parties » et « confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose ». Comme le souligne Évelyne Serverin, ce texte « n'engage pas le médiateur dans la solution du litige, puisqu'il ne propose lui-même aucune solution »⁽³¹⁾. Cette définition n'est plus tout à fait en résonance avec l'article 21 de la loi du 8 février 1995, issu de l'ordonnance du 16 novembre 2011, qui, en ne reprenant pas l'expression « par elles-mêmes » figurant à l'article 3 de la directive⁽³²⁾, laisse ouverte la question de la position du tiers à l'égard des parties : le médiateur, selon la loi, peut être un tiers « actif » ou « passif »⁽³³⁾. La définition de la médiation de l'article 21 couvre deux modèles de médiateur : le médiateur *catalyseur* ou *accoucheur* qui, sans se prononcer, aide les parties à donner naissance à leurs propres solutions et le médiateur *aviseur* qui émet un avis que les parties restent libres d'adopter ensemble ou de refuser⁽³⁴⁾. Tout aussi responsable de la bonne conduite du processus, le médiateur *aviseur* pourrait, à l'inverse du médiateur *accoucheur*, être responsable de son issue et, de ce fait, ne pourrait pas être un profane du droit.

10. Conduite de la médiation. En définissant le médiateur comme un tiers qui accomplit sa mission avec impartialité et diligence⁽³⁵⁾, la loi rend le médiateur responsable de la bonne conduite du processus de médiation.

Le médiateur sera perçu comme impartial par les parties s'il sert toutes les parties de manière *objective* et *égalitaire* dans le processus, c'est-à-dire sans faveur. Selon le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 16 novembre 2011, l'impartialité présuppose l'indépendance puisque « le médiateur, qui doit être un tiers au litige, doit se montrer impartial »⁽³⁶⁾. C'est dire que l'impartialité, dans un sens large, rejoint « l'indépendance interne »⁽³⁷⁾, à savoir le fait de n'avoir pas de liens avec l'une des parties ou d'intérêt dans l'issue de la médiation ou encore de n'avoir pas agi en une autre qualité pour une des parties⁽³⁸⁾. Par contre, elle ne couvre pas « l'indépendance externe », à savoir le fait d'être détaché de toute pression intérieure et/ou extérieure⁽³⁹⁾. Cependant, dans le domaine judiciaire, l'article 131-5 du Code de procédure civile exige toujours du médiateur qu'il présente des garanties d'indépendance, couvrant l'indépendance à la fois externe et interne. L'impartialité du médiateur

27. M. Guillaume-Hofnung, Code national de déontologie du médiateur, *Annonces de la Seine*, 11 mai 2009, n° 30.

28. E. Serverin, L'avant-projet de décret « relatif à la résolution amiable des différends » au banc d'essai, *RDT*, sept. 2011, p. 518.

29. E. Le Roy, La médiation mode d'emploi, *Droit et Société* 29-1995, p. 41, F. Ben Mrad, Équité, neutralité, responsabilité. A propos des principes de la médiation, *Négociations* 2006/1, n° 5, p. 61.

30. V. J. A. Mirimanoff, La médiation dans l'ordre juridique suisse, *Helbing Lichtenhahn*, 2011, p. 21.

31. E. Serverin, Le médiateur et le service public de la justice, *RTD civ.* 2003, p. 229.

32. Dir. 2008/CE/52, 21 mai 2008, art. 3 a).

33. E. Serverin, L'avant-projet de décret « relatif à la résolution amiable des différends » au banc d'essai, *préc.*, p. 518.

34. Sur ces modèles, A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, Méthode de médiation, *Dunod* 2008, p. 35.

35. L. 8 févr. 1995, art. 21-2.

36. *préc.*

37. V. sur cette notion, J. A. Mirimanoff, *op. cit.*, p. 15, p. 22.

38. V. impartialité, Code national de déontologie du médiateur, 2009 ; indépendance, Code de conduite européen pour les médiateurs, 2004. V. impartialité, *Recomm. Commission*, 4 avr. 2001, *préc.* ; cf. plus confus, Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, art. 6, *préc.*

39. V. Code national de déontologie du médiateur, 2009.

rejoint l'impartialité du juge qui, dans les cas de récusation⁽⁴⁰⁾, se confond avec l'« *indépendance interne* ».

Si, dans la loi, l'obligation de *diligence* s'analyse en une obligation de moyens, ce n'est pas le sens qui donne la recommandation de la Commission du 4 avril 2001 dont s'inspire la directive 2008/CE/52 du 21 mai 2008 : « *Une fois soumis, le litige devrait être traité dans un délai aussi bref que possible, à la mesure de la nature du litige. L'organe responsable de la procédure devra examiner de manière périodique son évolution afin de s'assurer que le litige soit traité de manière diligente et appropriée* »⁽⁴¹⁾. Cette obligation de diligence n'est pas un principe de la médiation car elle résulte des rapports que la médiation entretient avec la justice pour en garantir « *une articulation satisfaisante* »⁽⁴²⁾.

11. Légalité de l'accord de médiation. La médiation est fondée sur un paradoxe. D'un côté, l'on définit généralement le médiateur comme un *catalyseur* pour exprimer l'idée que l'accord est l'œuvre des parties. D'un autre côté, l'on peut lire que le médiateur ne peut pas laisser s'élaborer entre les parties une solution illégale, du moins contraire à l'ordre public, sous peine d'engager sa propre responsabilité⁽⁴³⁾. *Quid* de sa neutralité de laquelle l'on déduit qu'il ne fait pas de droit, ne donne pas de conseil aux parties ni ne délivre d'expertise ? Comment exiger du médiateur un niveau élevé de connaissance du droit alors que la médiation est accessible à des profanes du droit ?

Pour l'heure, la loi n'exige pas du médiateur, à l'inverse du conciliateur de justice⁽⁴⁴⁾, qu'il dispose de connaissances juridiques ni qu'il éclaire les parties sur leurs droits. Si l'accord conclu comporte des dispositions illégales ou contraires à l'ordre public, on ne peut le reprocher au médiateur puisqu'il ne participe pas à l'accord final qui est trouvé par les parties elles-mêmes⁽⁴⁵⁾. À la différence du conciliateur de justice⁽⁴⁶⁾, le médiateur n'est pas chargé de rédiger l'accord ni de le signer. Il est recommandé au médiateur d'en laisser le soin aux parties ou à leurs conseils. Néanmoins, en pratique, les parties, sans avocats, demandent au médiateur de mettre en forme leur accord. Dans ce cas, le médiateur se borne à matérialiser l'accord selon les décisions qu'elles ont prises, voire invite les parties à le faire valider sur le plan juridique par leurs avocats respectifs⁽⁴⁷⁾. Cette mise en forme de l'accord par le médiateur ne suffit pas à lui conférer le statut de rédacteur

d'acte, avec la responsabilité qui en découle⁽⁴⁸⁾. Comme l'énonce Évelyne Serverin, « *la seule qualité de médiateur ne suffit pas à conférer à son titulaire l'habilitation à donner des consultations juridiques ou rédiger des actes sous seing privé pour autrui* » aux termes des articles 54 à 66 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971⁽⁴⁹⁾.

La médiation a pour objet de gérer le conflit dans sa globalité⁽⁵⁰⁾. Aussi, dans certains différends, la dimension juridique peut-elle être quasi inexistante. Pour autant, souvent, le conflit comporte des aspects juridiques. C'est pourquoi il est demandé au médiateur d'avoir des notions de droit dans le domaine de son intervention, non pas tant pour éclairer lui-même les parties sur les implications juridiques de leurs propres choix (sa posture de tiers neutre et impartial le lui interdit), mais pour saisir le contexte juridique du conflit, ses enjeux et les attentes des parties⁽⁵¹⁾. Cela permet aussi au médiateur de déceler un problème juridique dans la solution qui s'esquisse. Dans cette hypothèse, et sans prendre position, il invite les parties à prendre conseil auprès du professionnel du droit compétent⁽⁵²⁾. *Quid* du médiateur juriste de métier ?

B. Le profil du médiateur

12. Les origines professionnelles des médiateurs sont diverses : juristes, experts, professionnels de la santé, travailleurs sociaux, etc. Le médiateur peut, de par son activité principale, relever d'une profession réglementée. D'où la question de savoir si le professionnel reste tenu de respecter les règles statutaires de sa profession d'origine lorsqu'il exerce une activité de médiateur (1). Face au risque d'incompatibilité entre les règles statutaires de la profession d'origine et les principes de la médiation, circonscrire le rôle du médiateur dans le contrat de médiation est une solution répandue (2).

1) L'interférence du statut de la profession d'origine du médiateur, un risque ?

13. Application du statut de la profession d'origine⁽⁵³⁾. L'article 6-2, alinéa 5 du règlement intérieur national de la profession d'avocat prévoit que l'avocat peut être investi d'une « *mission de médiateur* »⁽⁵⁴⁾. C'est dire que la médiation est envisagée comme un exercice particulier de

40. COJ, art. L. 111-6.

41. Recomm. Commission, 4 avr. 2001, *préc.*, C.5. ; Cf. Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, art. 8 e).

42. Dir. 2008/CE/52, 21 mai 2008, art. 1^{er}, *préc.*

43. M. Guillaume-Hofnung, *op. cit.*, p. 99 ; A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *op. cit.*, p. 75 et s. ; M. Bourry d'Antin, G. Pluyette, S. Bensimon, Art et techniques de la médiation, *Litec* 2004, p. 90, n° 146 ; Code de conduite européen pour les médiateurs, 2004, 3-2.

44. D. n° 78-381, 20 mars 1978, art. 2, al. 2.

45. En ce sens, E. Serverin, Le médiateur civil et le service public de la justice, *préc.*

46. CPC, art. 130 ; CPC, art. 1540.

47. S. Garat, Les écrits en médiation familiale : Pour qui ? Comment ? Quels effets ? », *Empan* 2008/4, p. 50.

48. *Contra*, P. Bonnoure-Aufière, L'écrit des accords en médiation familiale : de l'intention à l'action, *AJ Famille* 2003, p. 177 ; S. Garat, art. *préc.*, p. 49.

49. E. Serverin, Le médiateur civil et le service public de la justice, *préc.*, note 34.

50. A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *op. cit.*, p. 77.

51. V. Arrêté 19 mars 2012 relatif au diplôme d'État de médiateur familial (formation en droit de 63 heures) ; Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, *préc.*, cons. 36, art. 6 a) (compréhension générale du droit).

52. En ce sens, Code national de déontologie du médiateur, 2009.

53. Étude limitée aux professions de notaire, avocat et huissier de justice.

54. Conseil national des barreaux, 12 juill. 2007, portant adoption du règlement intérieur national de la profession d'avocat, JO 11 août 2007.

la profession d'avocat et que l'avocat dans l'exercice de cette activité reste soumis au statut d'avocat. Le décret n° 2011-1173 du 23 septembre 2011 autorise l'huissier de justice, y compris salarié, à exercer, à titre accessoire, une activité de médiation⁽⁵⁵⁾. Dans le cadre de l'exercice d'une activité accessoire de médiation, l'huissier de justice reste tenu d'observer les règles applicables à la profession⁽⁵⁶⁾. Le notaire peut exercer une activité de médiation puisque le décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945 ne la prohibe pas, mais n'en reste pas moins tenu par son statut.

14. Compatibilité avec la déontologie du médiateur.

Pour l'heure, rien ne s'oppose à une application cumulative des règles légales applicables à la médiation et celles applicables aux professionnels.

L'avocat, l'huissier de justice et le notaire sont tenus au secret professionnel. Or l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 ouvre au médiateur la possibilité, en sa libre conscience, de lever la confidentialité, sans le consentement des parties, pour des raisons d'ordre public ou des motifs liés à la protection de l'intérêt de l'enfant ou à l'intégrité de la personne, d'une part, et pour les besoins de l'exécution de l'accord, d'autre part. Si le professionnel reste soumis de par son statut au secret professionnel lorsqu'il intervient comme médiateur, il ne peut être contraint à dévoiler les informations protégées qu'en vertu d'un texte spécifique qui fait défaut sur ce point. Aussi la règle posée par l'article 21-3 ne paraît-elle pas bénéficier à ces professionnels⁽⁵⁷⁾.

De plus, l'avocat, tenu à un devoir de conseil, doit s'assurer de l'efficacité juridique de l'accord que les parties s'approprient à signer. Il paraît difficile de reconnaître à l'avocat médiateur qui met en forme l'accord de médiation le statut de rédacteur d'acte car il y est attaché un régime de responsabilité spécifique incompatible avec le rôle de médiateur. En effet, l'avocat, rédacteur d'acte, doit s'assurer à l'égard de toutes les parties de la validité et de l'efficacité juridique de l'accord⁽⁵⁸⁾. Le notaire doit donner aux parties les conseils juridiques et techniques nécessaires puisqu'il est tenu de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'il rédige⁽⁵⁹⁾. Il ne peut pas conférer force exécutoire à l'accord issu de la médiation qu'il a conduite lui-même⁽⁶⁰⁾ car cela l'obligerait à opérer un contrôle de légalité de l'accord et lui permettrait de délivrer un titre exécutoire. L'huissier de justice exerce une fonction de conseil et de contrôle de la légalité des actes pour lesquels il est requis et qu'il signe⁽⁶¹⁾.

Autant dire que lorsque ces professionnels agissent en tant que médiateur, ils ne peuvent pas se comporter en *avocat*, *notaire* ou *huissier de justice*, sans quoi cela heurterait leur posture de tiers neutre et sans pouvoir.

À défaut de texte contraire, ces professionnels du droit restent tenus par leur statut dans le cadre de leur activité annexe de médiateur⁽⁶²⁾. Aussi convient-il de réfléchir à une déontologie de l'avocat, du notaire ou de l'huissier de justice exerçant une activité de médiateur⁽⁶³⁾ pour clarifier leur statut car tout manquement aux devoirs professionnels attachés au statut expose le professionnel, même dans le cadre de la médiation, à des poursuites disciplinaires et à une mise en jeu de sa responsabilité civile. La charte déontologique du centre de médiation⁽⁶⁴⁾ est dépourvue de force juridique tant que ses règles ne sont pas reprises par une loi ou un contrat.

2) La circonscription du rôle du médiateur dans le contrat de médiation, une solution ?

15. Le médiateur a intérêt à affirmer dans le contrat de médiation les principes de la médiation (au-delà des exigences légales) qu'il s'engage à respecter et, en conséquence, à convenir avec les parties du rôle qui sera le sien pour limiter sa responsabilité civile à sa seule posture de médiateur. Cette démarche est celle de la Fédération nationale des centres de médiation qui, dans son modèle de contrat de médiation, définit en ces termes le rôle du médiateur : « (...) *“Le Médiateur” intervient comme un tiers neutre, impartial et indépendant des parties, ayant comme rôle unique de faciliter le dialogue entre elles pour leur permettre de trouver une solution amiable, éclairée et librement consentie à leur différend. “Le Médiateur” ne donne pas d'avis juridique, ne propose ni n'impose de solution. (...) “Le Médiateur” ne pourra voir sa responsabilité engagée ultérieurement en cas de contestation de leur accord et en prennent l'engagement. (...) que (les parties) comprennent l'intérêt de consulter éventuellement un conseil avant de procéder à la signature de l'accord* ». Le médiateur s'engage donc, au-delà de la loi mais par-delà le contrat, à peine de responsabilité, à respecter les règles déontologiques de la médiation. Il écarte par là même l'application des obligations professionnelles attachées à son statut qui y seraient contraires. Reste à savoir si la Cour de cassation admettrait la validité d'une telle clause puisqu'elle vient de juger que l'avocat reste tenu par son statut dans l'exercice d'une activité accessoire⁽⁶⁵⁾.

55. D. n° 56-222, 29 févr. 1956, art. 20 et s.

56. Règlement national des usages de la profession en voie de publication (Ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, art. 8).

57. V. Livre vert, *préc.*, p. 32, n° 81 et note 122, qui écarte la règle du secret professionnel lorsque le professionnel agit en tant que tiers responsable d'une ADR.

58. D n° 2005-790, 12 juill. 2005, art. 9.

59. J. de Poulpique, « *Notaire* », Répertoire civil *Dalloz* 2009, n° 17, 53, 295-296 ; Règlement national du conseil supérieur du notariat, art. 3.2.1.

60. *Contra*, Charte déontologique du centre de médiation des notaires de Paris, art. 3.2.1.

61. Ord. n° 45-2592, 2 nov. 1945, art. 2, al. 2.

62. En ce sens, N. Fricero, *Le Guide des modes amiables de résolution des différends*, Guides *Dalloz* 2014/2015, n° 212-55.

63. Le règlement national des usages de la profession devrait prévoir une section en matière de médiation.

64. V. Charte déontologique du centre de médiation des notaires de Paris : « (...) *S'il a un doute sur la faisabilité juridique ou technique de l'accord, il invite les parties à prendre conseil auprès du professionnel compétent avant tout engagement* ». Le notaire médiateur s'interdit de donner des conseils.

65. Civ. 2^{ème}, 22 mai 2014, n° 13-20035 : l'avocat qui exerce une activité accessoire de mandataire en transactions immobilières reste tenu par son statut quant à la fixation de sa note d'honoraires, cité par N. Fricero, *op. cit.*, n° 212-55.

II. Les risques de responsabilité du médiateur ?

16. En l'absence de décisions de justice à notre connaissance, il nous appartient d'imaginer, sur la base des analyses précédentes, les différents cas de figure dans lesquels le médiateur pourrait engager sa responsabilité à l'égard des parties (A) puis à l'égard des tiers (B).

A. Les cas de responsabilité du médiateur à l'égard des parties ?

17. Le médiateur ne devrait voir sa responsabilité retenue par un tribunal qu'en cas de manquement aux règles légales régissant la médiation et, au-delà, aux engagements contractuels pris dans le contrat de médiation. Puisqu'il s'agit d'une responsabilité civile sur le fondement du droit commun, le réclamant devra prouver l'existence d'une faute mais aussi le dommage qui en est résulté et le lien de causalité entre le fait reproché et le dommage.

De par la loi, le médiateur doit garantir au minimum aux parties la confidentialité, l'impartialité et la diligence du processus ainsi que sa compétence pour le mener à bien, et doit veiller à la libre adhésion des parties. A l'issue d'une médiation, et sans prétendre à l'exhaustivité⁽⁶⁶⁾, l'une des parties pourrait reprocher au médiateur :

- D'avoir communiqué, sans l'autorisation des parties, à des tiers ou au juge certaines informations couvertes par la confidentialité, étant précisé que la preuve sera plus aisée à rapporter si la communication incriminée s'est faite par écrit ;

- De n'avoir pas su maintenir un processus impartial ou de ne l'avoir pas informée de circonstances susceptibles d'affecter son « *indépendance interne* »⁽⁶⁷⁾. En l'absence d'écrit, la preuve pourra en être apportée par tout moyen, « *sans que le médiateur puisse se réfugier derrière le principe de confidentialité* » qui « *ne saurait constituer un moyen de défense utile pour ce dernier si ce sont ses propres diligences qui sont contestées* »⁽⁶⁸⁾. Or, seule une partie mécontente après coup de l'accord qu'elle a signé, pourrait chercher à en faire grief au médiateur. Un tel préjudice causé par l'accord ne peut pas être imputé au médiateur dès lors qu'il se cantonne à un rôle de « *catalyseur* ». Mais le médiateur, en dehors du domaine judiciaire, devra avoir précisé dans le contrat de médiation qu'il limite son rôle à celui d'un « *catalyseur* ». À défaut de quoi, sa responsabilité pourrait être recherchée car l'on pourrait estimer qu'il a contribué à faire adopter un accord déséquilibré ;

- D'avoir manqué à son devoir de diligence, au sens de célérité, et reprocher au médiateur d'avoir retardé l'issue de la médiation en n'accomplissant pas les dili-

gences nécessaires ou en ne mettant pas fin à temps à une médiation qu'il sait voué à l'échec⁽⁶⁹⁾. En l'absence d'écrit, la preuve d'un défaut de diligences du médiateur sera difficile à apporter. Le médiateur peut toujours se réfugier derrière son obligation de moyens, la liberté des parties de mettre fin à tout moment au processus, voire la mauvaise volonté des parties. Par ailleurs, la durée de la médiation, décidée suivant la complexité de la situation (décision de justice ou contrat de médiation), est en moyenne de trois mois, très courte si on la compare à celle d'un procès. On voit mal, dans ces conditions, un juge condamner un médiateur pour défaut de diligences alors que les parties maîtrisent la durée de la médiation et participent de façon active au processus, principalement à la recherche de l'accord ;

- D'avoir manqué de compétence en laissant les parties aboutir à un accord qui s'avère contraire à la loi, voire à l'ordre public, inexécutable, inopportun. Or de telles contestations supposent que les parties soient en droit d'attendre du médiateur qu'il ait des compétences juridiques et/ou techniques suffisantes, ce que la loi n'impose pas, et qu'il soit dans une posture de conseil, voire d'expert et, surtout, qu'il s'implique dans l'élaboration de l'accord final, ce que son rôle de « *catalyseur* » lui interdit. Néanmoins, il est conseillé au médiateur, professionnel du droit, de délimiter son rôle dans le contrat de médiation pour éviter toute confusion dans l'esprit des parties. Peut-on reprocher au médiateur de n'avoir pas avisé les parties d'un problème juridique ou de ne les avoir pas orientées vers un spécialiste ? Cela paraît difficile à partir du moment où la loi n'exige pas du médiateur qu'il soit un spécialiste du domaine concerné par la médiation et ne fait pas peser sur lui un devoir d'information. Non plus une partie ne peut-elle reprocher au médiateur d'avoir fait preuve de maladresse ou d'amateurisme dans la médiation. La loi n'impose pas au médiateur d'avoir suivi une formation puisqu'y supplée une expérience adaptée à la pratique de la médiation (ou inversement) et/ou la qualification requise eu égard à la nature du litige. Dans le domaine judiciaire, c'est le juge qui est censé vérifier que le médiateur qu'il désigne satisfait aux conditions posées par l'article 131-5 du Code de procédure civile. En tout état de cause, on bute à nouveau sur l'absence de lien de causalité entre cet agissement fautif et le préjudice à défaut pour le médiateur de participer à la recherche de l'accord final. Pour les raisons déjà signalisées, l'on ne peut pas conférer au médiateur, quel que soit son profil, qui mettrait en forme l'accord des parties, le statut de rédacteur d'acte et rechercher sa responsabilité en raison du caractère dommageable de l'acte ;

- De n'avoir pas veillé à la libre adhésion des parties à la médiation⁽⁷⁰⁾. En dehors du domaine judiciaire où c'est

66. V. Dossier : médiation familiale, risques et assurances, www.mediation-familiale.org (FENAMEF).

67. V. Code de conduite européen pour les médiateurs, 2004, 2.1, Code national de déontologie du médiateur, 2009, Dir. 2013/11/UE, 21 mai 2013, art. 6 e).

68. E. Serverin, Le médiateur civil et le service public de la justice, *préc.*

69. Le médiateur peut mettre fin à tout moment au processus : Code de conduite européen pour les médiateurs, 2004, 3.2 ; CPC, art. 131-10.

70. Principe affirmé aux articles 131-1 et 1528 du Code de procédure civile.

le juge qui recueille l'accord des parties à cette mesure, c'est le médiateur qui vérifie que les parties consentent à la médiation. Or le consentement des parties n'est libre et éclairé que si le médiateur les informe des principes de la médiation, de son cadre légal, de ses avantages mais aussi de ses limites. Comme le consentement des parties est constaté par le contrat de médiation, il est conseillé au médiateur d'y mentionner les informations délivrées sur la médiation. Le médiateur, judiciaire ou conventionnel, doit veiller à ce que le consentement des parties perdure pendant toute la médiation. Ce n'est que lorsqu'une partie n'est pas satisfaite de l'accord final qu'elle pourrait reprocher au médiateur de l'avoir forcée à entrer en médiation, voire poussée à l'accord ou de n'avoir pas su assurer l'équilibre du dialogue pour éviter que l'autre partie exerce sur elle des pressions la privant de son libre arbitre⁽⁷¹⁾. Or, en médiation, la recherche de solutions incombe aux parties. Aussi ne peut-on imputer au médiateur un préjudice causé par le contenu de l'accord que si la partie mécontente prouve qu'il s'est impliqué dans la recherche de l'accord et à proposer des solutions dont l'une d'elles a été acceptée sous la contrainte. La preuve de la participation du médiateur à l'accord final, et de ses agissements fautifs, sera difficile à apporter s'il n'y a pas trace écrite du déroulement du processus, si le médiateur ne signe pas l'accord, et que la loi ou le contrat de médiation le cantonne à un rôle de catalyseur.

Au-delà de la loi, le médiateur peut s'engager dans le contrat de médiation à agir dans le respect des règles déontologiques, plus exigeantes, établies par l'association ou le centre dont il est membre, ou posées par un code qu'il annexe au contrat. Il peut convenir avec les parties à la médiation des modalités de la médiation (confiden-

tialité renforcée, absence de caucus, etc.). Tout manquement de sa part à ses engagements contractuels peut être sanctionné par sa responsabilité civile contractuelle, avec les difficultés déjà signalées lorsque le préjudice subi est du fait de l'accord conclu.

B. Les cas de responsabilité du médiateur à l'égard des tiers ?

18. Comme l'écrit Évelyne Serverin, « *l'absence de participation à l'accord final empêche que puisse lui être imputé un éventuel préjudice causé par cet accord* »⁽⁷²⁾, notamment si un tiers agit en inopposabilité contre une telle convention pour fraude à ses droits⁽⁷³⁾. Le médiateur ne peut pas se voir reprocher de n'avoir pas associé à la médiation les tiers intéressés par la solution du différend. Comme l'énonce l'article 131-8 du Code de procédure civile, le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. S'il peut entendre des tiers avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, il ne s'agit pas d'inviter les parties à mettre en cause des tiers. Le tiers devrait invoquer un défaut d'information ou de conseil aux parties. Or le médiateur n'y est point tenu.

19. En définitive, le médiateur n'est susceptible d'engager sa responsabilité que de manière très limitée. En dehors du non respect de la confidentialité, il sera difficile de prouver le manquement du médiateur à ses obligations définies par la loi et le contrat de médiation d'une part et le lien de causalité entre le manquement et le préjudice invoqué d'autre part, si ce préjudice réside dans l'accord conclu.

71. V. A. Pekar Lempereur, J. Salzer, A. Colson, *op. cit.*, p. 83.

72. E. Serverin, *Le médiateur civil et le service public de la justice*, *préc.*

73. C. civ., art. 1167.