

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 Einspeicherung 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 frustrer 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 (*drittunterstützte 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 Hagemel*, 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*, Mediation 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 Phuyette, 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 (*Ge-richtstermin*), *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.; *Tatjana 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 Klowait, 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 Klowait, 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 Löer, 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 Richtern »)

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