

MÉDIATION

L'indépendance du médiateur 311j6

L'essentiel

L'indépendance du médiateur revêt une importance cruciale puisque la médiation a vocation à occuper une place incontournable dans la résolution des conflits. Au-delà des dispositions textuelles, l'indépendance reste une affaire de posture et d'engagement personnel du médiateur. Si l'indépendance a pu être questionnée en raison de l'institutionnalisation progressive du médiateur, cela n'a néanmoins pas terni son succès croissant.



Étude par

Jean-Claude

BEAUJOUR

Avocat associé, Smith
d'ORIA, médiateur auprès
du Centre for effective
dispute resolution (CEDR)
de Londres

Lorsqu'il s'agit de recourir à la médiation, l'indépendance du médiateur est présentée comme une qualité essentielle. Cette indépendance garantit au médiateur la confiance des parties et, de fait, lui assure la légitimité nécessaire pour mener à bien sa mission de rapprochement de celles-ci. Quel que soit le statut du médiateur, le critère de l'indépendance fait partie intégrante de son ADN.

Pour mémoire, l'indépendance désigne l'absence de relation de cause à effet, d'influence, de contrainte ou

de coordination entre différentes choses ou événements. En d'autres termes, c'est l'état de quelqu'un qui n'est tributaire de personne sur le plan matériel, moral ou encore intellectuel. Dit autrement, l'indépendance est l'état de quelqu'un qui apprécie une situation en toute impartialité, sans se laisser influencer par ses appartenances politiques, religieuses, par des pressions extérieures ou par ses intérêts propres, et donc qui est libre de toute sujétion⁽¹⁾.

La notion d'indépendance est proche de l'impartialité ou de la neutralité. L'impartialité se définit comme l'absence de parti pris, de préjugé, de préférence, d'idée préconçue, exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle dont le propre est de départager des adversaires en toute justice et équité⁽²⁾. La neutralité, quant à elle, est le fait de ne se prononcer pour aucun parti.

L'exigence d'indépendance vise donc à s'assurer que le médiateur agira en toute impartialité, de sorte qu'à aucun moment il ne soit soupçonné par l'une ou l'autre partie d'avoir favorisé telle ou telle autre.

Pourtant notre réflexion doit porter sur le contenu que l'on entend donner à la notion d'indépendance (I) et s'interroger sur la mise en cause de l'indépendance des médiateurs institutionnels (II).

I. L'INDÉPENDANCE : RÈGLE D'OR DE LA FONCTION DE MÉDIATEUR

Pour comprendre le contenu que l'on entend donner à la notion d'indépendance, il convient de se référer aux textes (A) et de se pencher sur la posture du médiateur (B).

A. L'indépendance telle que prévue par les textes

1. La plupart des textes français ou internationaux qui organisent le statut de médiateur font référence à cette notion d'indépendance⁽³⁾.

C'est ainsi que l'article 131-5, 5°, du Code de procédure civile français dispose que « le médiateur doit présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation ».

De son côté, l'article 5.3 des règles de la médiation de l'International Chamber of Commerce (ICC) dispose : « avant sa nomination ou sa confirmation, le médiateur pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance. Le médiateur pressenti fait connaître par écrit au centre [de médiation, ndlr] les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité. Le centre communique ces informations par écrit aux parties et leur fixe un délai pour présenter leurs observations éventuelles »⁽⁴⁾.

En droit européen, l'ordonnance du 20 août 2015 relative au règlement judiciaire des litiges de consommation et qui achève la transposition de la directive de 2013 du Parlement européen et aujourd'hui l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, prévoit également que le médiateur doit être indépendant⁽⁵⁾. Cette indépendance est énoncée de manière très générale puisqu'aucun texte ne détaille

(3) World International Property Organization (WIPO), « Mediation Rules », art. 8, <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/#7a> ; « Mediation Rules of The Chicago International Dispute Resolution Association », art. 9, <http://www.cidra.org/printpdf/med-rules> ; Singapore International Mediation Center (SIMC), « Mediation Rules », art. 4.5, <http://simc.com.sg/mediation-rules/>

(4) International Chamber of Commerce (ICC), « Mediation Rules », <http://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/> ; Hong Kong Mediation Center, « Hong Kong Mediation Centre Mediation Rules » dont les articles 5 et 6 ne font pas mention comme telle de la notion d'indépendance mais qui font interdiction à toute personne d'agir en tant que médiateur si cette personne a des intérêts financiers ou personnels dans le litige, à moins que les parties n'y aient consenti.

(5) C. consom., art. L. 613-1 : « Le médiateur de la consommation accomplit sa mission avec diligence et compétence, en toute indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable. »

(1) V. la définition du dictionnaire en ligne Larousse : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ind%C3%A9pendance/42534?q=ind%C3%A9pendance#42439>

(2) Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., 2011, Paris, PUF.

les règles que le médiateur doit s'imposer ou auxquelles il est tenu si l'on veut vérifier son indépendance.

2. Il convient donc de procéder par analogie en examinant d'autres textes qui, le cas échéant, font référence à la notion d'indépendance.

2.1. C'est ainsi que l'indépendance est l'une des deux qualités essentielles attachées à la fonction de magistrat : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal indépendant et impartial », pour reprendre la formule de l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ⁽⁶⁾.

L'indépendance du juge lui permet de juger sans subir aucune pression d'aucune sorte, ni directe ni indirecte, et par pression on entend en premier lieu la pression du pouvoir politique.

Pour être indépendant, le juge doit également éviter la pression qui pourrait émaner des collègues ou des tiers.

2.2. Toujours par analogie, on remarquera que certains codes d'entreprise se sont penchés sur la notion d'indépendance. Le code AFEP-MEDEF, dans son article 9.4, dispose « qu'un administrateur indépendant est celui ou celle qui est (a) libre d'intérêts et (b) qui contribue, par sa compétence et sa liberté de jugement, à la capacité du conseil d'administration à exercer ses missions. Pour pouvoir être qualifié d'indépendant, le membre du conseil ne doit pas se trouver dans une situation susceptible d'altérer son indépendance de jugement ou de le placer dans une situation de conflit d'intérêts réel ou potentiel » ⁽⁷⁾.

3. On peut donc considérer que les mêmes qualités devraient être recherchées et attendues du médiateur qui accepte une mission.

Au-delà de l'absence de pression du pouvoir politique ou encore des collègues ou des tiers, le médiateur doit rester matériellement indépendant. Cela signifie qu'il ne doit exister aucun lien financier, direct ou indirect, avec telle ou telle autre partie ou avec un proche du médiateur.

Il reste que peu de développements doctrinaux sont consacrés à l'appréciation du lien indirect.

Celui-ci pourrait se comprendre, par analogie avec la règle retenue par la loi française sur la moralisation de la vie publique ⁽⁸⁾, au travers de membres de la famille proche du médiateur : conjoint, parents, enfants, frères et sœurs ainsi que leurs conjoints respectifs, grands-parents, petits-enfants, neveux et nièces.

4. L'indépendance du médiateur doit enfin être appréciée dans le temps. En effet, on peut s'interroger sur l'attitude à avoir en cas de lien matériel et/ou hiérarchique qui a pu exister par le passé. Qu'en serait-il par exemple d'un lien qui a pu exister, que ce soit dans un passé proche – 1 an plus tôt – ou plus lointain – par exemple 20 ans plus tôt ?

Dans le silence des textes sur ce sujet, on peut constater que dans des situations identiques, la loi française a imposé une période de 3 ans à compter de la cessation des fonctions, qui selon elle était de nature à rompre tout lien de subordination ou financier entre un responsable et une autorité publique ou privée ⁽⁹⁾.

On doit donc conclure qu'au moment même où il est pressenti, le médiateur doit effectuer une analyse *in concreto* quant à son indépendance vis-à-vis des parties et quant à l'ancienneté de cette indépendance.

B. L'indépendance est avant tout une question de posture du médiateur

Contrairement au juge et à l'arbitre qui tranche le litige et dont la décision s'impose aux parties, le médiateur lui, ne tranche pas et il a surtout besoin de la confiance des parties pour poursuivre sa mission jusqu'à son terme. Pour s'assurer de cette confiance permanente, le médiateur a donc tout intérêt à faire preuve de sa totale indépendance, avant, pendant et après sa mission.

5. Tout d'abord, le médiateur s'assure de son indépendance avant d'accepter sa mission.

En l'absence d'un quelconque organe compétent pour trancher la question de l'indépendance, il appartient donc à chaque médiateur d'être son propre régulateur puisqu'il doit, selon la formule consacrée, révéler tout élément qu'il considère comme susceptible de porter atteinte à son indépendance ⁽¹⁰⁾. Il revient alors aux parties de trancher et de reconnaître ou de dénier au médiateur son indépendance, en fonction des éléments qui ont été portés à leur connaissance, et dans ce dernier cas de ne pas le nommer comme médiateur ⁽¹¹⁾.

6. En outre, le médiateur doit s'obliger à faire preuve d'indépendance tout au long de sa mission et s'interroger en continu sur le point de savoir s'il a connaissance d'éléments de nature à générer un conflit avec ses propres intérêts dans le contexte de la mission qui lui a été confiée.

7. Pour mieux appréhender la difficulté d'apprécier cette posture d'indépendance, il faut bien avoir à l'esprit que la notion elle-même varie en fonction de la culture des parties. Faut-il préciser que la formule consacrée « vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà » ⁽¹²⁾, dans une médiation internationale est particulièrement forte car il va de soi que la notion d'indépendance peut être perçue de manière sensiblement différente d'un pays ou d'une région de la planète à l'autre. Ainsi, par analogie, la notion d'indépendance en arbitrage ainsi que les conséquences du défaut d'indépendance s'avèrent différentes selon le droit allemand ou belge, qui sanctionnent le manque d'indépendance par la récusation. Le droit suisse ⁽¹³⁾ énonce seulement l'obligation d'indépendance tandis qu'aux États-Unis elle est substituée par la notion

(6) Conv. EDH, art. 6 § 1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... »

(7) https://www.afep.com/uploads/medias/documents/Code_gouvernement_entreprise_societes_cotees_Juin_2013.pdf

(8) L. n° 2017-1339, 15 sept. 2017, pour la confiance dans la vie politique, art. 11.

(9) D. n° 2017-105, 27 janv. 2017, art. 2 : JO, 29 janv. 2017.

(10) C. consom., art. L. 613-1.

(11) Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011, portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, art. 1.

(12) Pascal B., *Pensées*, 1977, Paris, Gallimard, coll. « Folio classique », fragment 56, p. 87.

(13) Lalive P., Poudret J.-F. et Reymond C., *Droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, 1989, Lausanne, Payot, p. 339.

de comportement malhonnête et déloyal⁽¹⁴⁾. Concernant plus spécifiquement la médiation, les critères d'indépendance australiens imposent que le médiateur doive en outre prouver son indépendance par un processus de recommandation⁽¹⁵⁾.

Être indépendant résulte en définitive de la posture et de la vision que le tiers intervenant peut porter sur lui-même.

En pratique, il est donc recommandé que le médiateur avisé s'aligne sur le standard le plus élevé d'exigence en matière d'indépendance afin d'être certain d'éviter la critique des parties.

II. L'INDÉPENDANCE DES MÉDIATEURS INSTITUTIONNELS PEUT-ELLE ÊTRE REMISE EN CAUSE ?

A. Le médiateur institutionnel : un statut spécial

Sous l'influence du droit européen, nous assistons depuis de nombreuses années à une réflexion de médiateurs visant à généraliser les mécanismes de résolution amiable des litiges entre professionnels et consommateurs⁽¹⁶⁾.

Ainsi, ont été institués des médiateurs par secteur : entreprises d'assurance, de l'énergie, du crédit, de l'eau. Tous ont pour mission de favoriser la relation entre l'entreprise ou l'institution d'une part, et leurs usagers ou consommateurs, d'autre part.

8. Le médiateur n'étant pas un titre protégé, mais une fonction ponctuelle, certaines personnalités l'exercent au sein de structures encadrées, et certains en étaient venus à s'interroger sur la réelle indépendance des médiateurs concernés⁽¹⁷⁾. Une grande part des critiques s'est notamment concentrée sur l'indépendance des médiateurs professionnels dans le domaine de la consommation considérés comme un simple échelon supplémentaire de l'entreprise. Il en va ainsi pour les médiateurs d'entreprises ainsi que les médiateurs accrédités pour un certain nombre d'activités données.

Par exemple, s'agissant des médiateurs d'entreprises internes, à l'instar des médiateurs des assurances, certains ont fait observer qu'ils entretenaient un lien financier et parfois hiérarchique avec l'entreprise et que, dès lors, ils ne pouvaient pas être considérés comme indépendants.

9. Au regard des textes, on retiendra que le lien matériel n'est pas en soi de nature à rendre le médiateur *de facto* dépendant. Il faut regarder si, en dépit de la relation financière qui existe entre le médiateur et l'entreprise qui lui

assure une rémunération, toutes les conditions sont réunies pour qu'il assure sa mission en toute indépendance. Bien que le médiateur reçoive sa rémunération de son entreprise, certains grands groupes français ont d'ailleurs élaboré un dispositif visant à assurer l'indépendance de leur médiateur.

C'est ainsi que chaque année, le médiateur se voit doter par la direction générale du groupe d'un budget lui donnant les moyens d'effectuer sa mission en toute indépendance. Ce budget est déconnecté de tout objectif ou enjeu de résultat sur les médiations effectuées. Il est également indépendant des décisions conjoncturelles prises par le groupe.

Par ailleurs, il existe une équipe exclusivement dédiée à la médiation et donc il n'existe aucun lien organisationnel avec les autres services du groupe.

De même le mandat du médiateur est fixé pour une durée de 5 ans au minimum, renouvelable mais non révocable. Il est désigné par un organe paritaire composé de représentants d'associations de consommateurs et de représentants du monde professionnel⁽¹⁸⁾.

B. Le statut du médiateur institutionnel ne contredit pas les règles

Le médiateur institutionnel est le processus structuré par lequel des parties, professionnelles ou non, tentent de résoudre, de manière volontaire et librement acceptée, un différend les opposant à des professionnels, administrations, entreprises, institutions ou collectivités en parvenant à un accord amiable avec l'aide du médiateur. Autrement dit, le médiateur institutionnel suppose une certaine stabilité, comparable par exemple à un arbitrage *CIRDI*⁽¹⁹⁾ vis-à-vis d'un arbitrage *ad hoc*.

Si en apparence, certains ont pu penser que le médiateur institutionnel ne pouvait être indépendant, force est de constater que le mécanisme mis en place ne contredit pas les textes (1) et en pratique, le médiateur se comporte comme un acteur indépendant (2).

10. Il semble en effet que l'institution du médiateur en entreprise ou par secteur ne soit pas en contradiction avec l'exigence d'indépendance, dès lors que tout est mis en œuvre pour que le médiateur exerce sa mission en toute indépendance. Par exemple, le médiateur doit pouvoir faire ses recommandations ou encore recueillir des informations, sans craindre pour l'une ou l'autre des parties.

La pratique démontre que les médiateurs d'entreprise sont plutôt sollicités, et c'est bien la preuve que leur apparente indépendance n'a pas altéré la confiance que les consommateurs peuvent avoir en eux.

11. S'il n'existe pas encore de bilan global de l'activité des médiateurs, l'action de certains est unanimement saluée⁽²⁰⁾. D'autres affichent des taux de succès de la médiation sur les dossiers éligibles : 75 % pour le médiateur des entreprises en matière de médiation interentreprises

(14) Giovannini T., « Arbitres et institutions d'arbitrage : conflits d'intérêts », RDAI/IBLJ 2002, n° 6, p. 629.

(15) The applicant mediators must « (...) provide written references from two members of their community who have known them for more than three years to the effect that they are of good character, or demonstrate that they already satisfy this requirement under another system », Mediator Standards Board, National Mediator Accreditation Standards : Practice Standards, juill. 2015.

(16) Parmi les médiateurs publics, on compte le médiateur aux entreprises, le médiateur du crédit aux entreprises ou le médiateur national de l'énergie. La médiation d'entreprise en matière de litiges se développe quant à elle dans tous les secteurs grâce à l'ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

(17) <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-revision-de-la-directive-mediation-independance-transparence-efficience-3-conditions-non-negotiables-n12503/>

(18) C. consom., art. L. 613-2.

(19) Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

(20) Dufour O., « Le succès du médiateur de l'AMF ne se dément pas », LPA 17 mai 2017, n° 126k8, p. 5.

en 2014 ^[21], 81,2 % pour les dossiers de médiation des marchés publics la même année ^[22] et 79 % des personnes interrogées par le médiateur national de l'énergie se disaient satisfaites de son intervention et du délai, de 2 mois en moyenne ^[23].

En 2016, 75 % des solutions proposées par le médiateur du groupe EDF étaient en faveur du consommateur et 88 % des solutions proposées dans leur ensemble étaient acceptées ^[24].

En conclusion, si l'indépendance est indiscutablement le pivot du médiateur, et partant un élément incontournable de la confiance des parties dans le processus de médiation et dans sa confidentialité absolue, il s'agit en même temps d'une caractéristique dont les contours sont à géométrie variable. C'est donc au médiateur lui-même qu'il revient d'être attentif, non seulement à être indépendant, mais aussi à donner en permanence le sentiment d'indépendance.

(21) Le Médiateur aux entreprises, Rapport d'activité de la médiation inter-entreprises 2014, p. 13, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediateur-des-entreprises/PDF/5_PUBLICATIONS/RAPPORT_D'ACTIVITE_MIE_2014.pdf

(22) Le Médiateur aux entreprises, *Rapport d'activité de la médiation des marchés publics 2014*, p. 8, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/mediateur-des-entreprises/PDF/5_PUBLICATIONS/rapport_mmp_2014.pdf

(23) Le Médiateur national de l'énergie, Rapport d'activité 2016, p. 13, http://www.energie-mediateur.fr/fileadmin/user_upload/Publications/RA_MNE_2016.pdf

(24) Le Médiateur du groupe EDF, *Rapport d'activité de la médiation de la consommation 2016*, p. 6