

**Séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats (UIA) sur le thème :
« La médiation : instrument d'une justice moderne », Beyrouth (Liban), 24 et 25 avril 2019**

Table ronde sur « Les clauses de médiation »

Introduction

1. En 2015, le législateur français insérait une nouvelle disposition au Code de procédure civile (CPC) exigeant du demandeur qu'il précise dans l'assignation, sans que cela soit néanmoins à peine de nullité, « *les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* » (article 56 du CPC)¹.

2. Cette disposition est surprenante à plusieurs égards.

2.1. Tout d'abord parce que l'on ne saisit pas tout à fait ses objectifs, et notamment s'il s'agit là d'une volonté du législateur d'imposer aux justiciables d'avoir recours aux modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) avant tout procès.

La réponse est en effet malaisée en l'absence de précision quant à d'éventuelles sanctions applicables en cas de manquement à une telle obligation.

La disposition semble plutôt relever, en pratique à ce stade, de l'incitation, rappelant au demandeur et, par extension, à son avocat que d'autres procédures/processus de résolution amiable du litige existent préalablement à la saisine du juge, et qu'en l'absence de diligences de la sorte, ce dernier se réserve le droit de proposer aux parties de se soumettre à une médiation comme il en a le pouvoir.

¹ Aux termes de l'article 56 du Code de procédure civile :

« L'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice :

1° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;

2° L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ;

3° L'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ;

4° Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier.

Elle comprend en outre l'indication des pièces sur lesquelles la demande est fondée. Ces pièces sont énumérées sur un bordereau qui lui est annexé.

Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

Elle vaut conclusions ».

2.2. Ensuite, parce qu'elle témoigne de la volonté du législateur de favoriser le recours aux MARC, établissant en filigrane le caractère central de leur place à venir dans le dispositif judiciaire français de résolution des litiges.

Cela interroge dès lors sur les potentielles évolutions législatives en la matière, laissant entrevoir la mise en place d'un système plus ferme où le recours au MARC deviendrait un préalable obligatoire à la saisine du juge, comme cela se fait déjà en Italie, en Turquie ou même au Texas (Etats-Unis).

De leur côté, les juridictions européennes (CJUE et CEDH) ont admis la légalité de la médiation obligatoire au regard du principe d'accessibilité au juge².

3. Dans ce contexte de développement des MARC et de leur judiciarisation, il est donc envisageable que le législateur français se décide lui aussi à rendre le recours préalable à ceux-ci obligatoire, et notamment à la médiation qui constitue en France le mode alternatif qui retient le plus l'attention (à côté du droit collaboratif et de la procédure participative notamment).

Dès lors, quelle serait la place de la clause de médiation – prévoyant que les parties y ont recours avant de porter leur litige devant le juge judiciaire – dans un contexte où la médiation deviendrait un préalable obligatoire au procès ? Cela n'aboutirait-il pas à vider une telle clause de sa substance (I.) ?

De façon plus large et au-delà du phénomène de relative judiciarisation de la médiation que l'on observe en France aujourd'hui, quelle sont les précautions à prendre en rédigeant une clause de médiation pour s'assurer de son efficacité (II.) ?

I. La consécration par le droit français de la clause de médiation et le renforcement de son assise procédurale ne suffisent pas à éviter certains écueils rédactionnels

4. Dans leur volonté de promouvoir la médiation, le législateur puis le juge ont œuvré en faveur de la consécration de la clause de médiation par le biais de la procédure civile (A.), laquelle ne suffit toutefois pas à pallier d'éventuelles lacunes rédactionnelles (B.).

I.A. La clause de médiation en droit français : analyse d'un système procédural structurant et sécurisant

5. La médiation a fait son entrée dans le paysage juridique français en 1995 par le biais de l'article 2 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, avec pour objectif revendiqué de favoriser le recours à la médiation.

Depuis lors, le législateur français n'a eu de cesse de renforcer le statut de la médiation afin d'en promouvoir le recours. La loi du 17 juin 2008 marque notamment un tournant en ce qu'elle énonce le principe de suspension de la prescription en matière civile tandis que, la même année, était institué le médiateur du crédit pour venir en aide aux entreprises en difficulté.

² CJUE, 18 mars 2010, Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA et autres, C-317/08.
CEDH, 26 juin 2015, Momcilovic c. Croatie, req. n°11239/11.

6. Dans ce contexte particulièrement favorable à la médiation, la Cour de cassation a consacré la clause de médiation selon un arrêt de sa 1^{ère} chambre civile en date du 8 avril 2009, au moyen de l'attendu de principe suivant :

« Ayant relevé que la saisine du tribunal de commerce ne pouvait intervenir qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation, c'est à bon droit qu'une cour d'appel en a déduit que la société ne pouvait, pas avance, refuser une procédure de médiation qui n'avait pas encore été mise en œuvre ».

Cette décision est importante car elle vient consacrer la force obligatoire de la clause de médiation au visa de l'article 122 du Code de procédure civile³ relatif aux fins de non-recevoir. Elle n'est toutefois pas novatrice puisque la Cour avait déjà consacré le 14 février 2003, en chambre mixte, la force obligatoire de la clause de conciliation.

Dans l'arrêt de 2009, le litige portait sur l'interprétation d'une partie spécifique de la clause de médiation : *« en cas d'échec ou de refus de la médiation, le tribunal de commerce de Paris sera seul compétent pour connaître des litiges susvisés »*, qui pouvait laisser penser que le recours à la médiation n'était qu'une faculté laissée aux parties plutôt qu'une obligation.

Or, la Cour de Cassation n'a pas souhaité retenir cette interprétation qui aurait contribué à vider la clause de médiation préalable de sa substance.

En conséquence, la Haute juridiction a jugé que la saisine d'un juge préalablement à la tentative de médiation était constitutive d'une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du Code, interprétation qui fut, à juste titre, considérée comme *« dynamique et favorable »* à la médiation.

7. S'il est indéniable qu'une telle compréhension de la clause de médiation préalable lui est extrêmement favorable, elle n'est toutefois pas sans limite : (i) d'une part, parce que l'application des droits spéciaux prime parfois sur le régime général, (ii) d'autre part, parce qu'elle n'empêche pas la saisine du juge des référés⁴ ni la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée.

En droit du travail par exemple, la Cour de cassation a déjà jugé *« [qu'] en raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend »*⁵.

En matière sociale, la Cour de cassation a jugé recevable et justifiée la saisine du juge du fond, en violation d'une clause de médiation préalable tendant à la nomination d'un administrateur provisoire afin de protéger une personne morale d'une situation de danger imminent⁶. En commentaire de cette décision, la doctrine a bien souligné que si l'urgence justifie la saisine du juge en violation de la clause de médiation, l'idée que le spécial prime sur le général est un fondement non négligeable de la décision.

³ Aux termes duquel : *« constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».*

⁴ Paris, 23 mai 2001, n°2001/01790 ; Paris, 13 oct. 2006, n°06/13726.

⁵ Cass. Ch. Soc. 5 déc. 2012, n°11-20.004.

⁶ Cass. Ch. Com. 8 nov.2016, n°14-21.481, inédit.

I.B La reconnaissance de la clause de médiation ne suffit pas à éviter d'éventuelles lacunes rédactionnelles

8. Les nouvelles dispositions du Code de procédure civile ainsi que l'interprétation jurisprudentielle particulièrement favorable de la clause de médiation contribuent à sécuriser le processus de médiation en lui donnant une assise procédurale ferme.

Une telle approche permet en outre de renforcer l'image de sérieux de la médiation, laquelle est malheureusement – en France à tout le moins – encore trop souvent considérée comme une solution par défaut dont on peine à saisir l'intérêt.

9. Pour autant, et aussi prévoyant soit-il, le droit ne peut pallier les erreurs rédactionnelles et matérielles des auteurs de la clause de médiation et remédier aux problèmes affectant son applicabilité.

Il en va ainsi, par exemple, lorsque les parties au contrat ont voulu être trop précises en précisant l'identité du médiateur qu'elles souhaiteraient désigner en cas de conflit entre elles et qui est décédé entre la date de signature du contrat et la survenance dudit conflit.

Faut-il alors considérer que la clause de médiation est nulle en raison d'une relation *intuitu personae* instituée par la clause ? Ou faut-il obliger les parties à désigner un autre médiateur afin de maintenir la clause⁷ ?

Une telle question – pour anecdotique qu'elle puisse paraître – illustre les difficultés que l'on est susceptible de rencontrer dans l'hypothèse d'une clause de médiation à la rédaction problématique, d'où l'importance de bien y réfléchir au bon moment et d'être conscient des risques de pathologie de la clause pour prévenir tout risque d'inefficacité de celle-ci.

I.C. Clauses pathologiques de médiation

10. Les travers les plus susceptibles d'affecter la clause de médiation sont respectivement :

- **L'ambiguïté de la rédaction de la clause** : lorsque survient le conflit, la clause est alors inapplicable parce que trop compliquée (« *over-designed* » – surfaite), pas assez claire ou bien trop évasive sur la volonté ou non des parties de recourir à la médiation ou comment elles procèdent pour y avoir recours.
- **La référence incorrecte à une institution** ou la confusion des règlements applicables à une institution mentionnée ; il arrive parfois que les parties choisissent une institution qui se chargera de mener la procédure de médiation tout en faisant référence à un règlement qui n'est pas le sien, d'où la question qui se pose quant à la primauté du choix des parties.

⁷ Ce type de difficulté pose, plus largement, la question du caractère *intuitu personae* du processus de médiation par opposition à la volonté exprimée par les parties d'avoir recours au processus envisagé comme tel pour tenter de résoudre amiablement leur litige. En résumé, la personne du médiateur prime-t-elle sur la médiation ?

- **La référence à des règles inexistantes.**
- **La mention dans la clause d'un médiateur décédé au moment de l'apparition du conflit** (exemple susmentionné).
- **Le choix mal calibré** – c'est-à-dire sans prévoir de régime clair et/ou une ligne chronologique bien définie – **des parties d'avoir recours à différents modes de résolution des litiges**, aboutissant à leur mise en concurrence sans que l'on sache lequel privilégier (exemple d'une clause de « méd-arb » mal rédigée), induisant les risques suivants :
 - o **Juridictionnels** : lorsque se pose la question du consentement à la procédure de médiation ou celle de son champ d'application ;
 - o **Procéduraux** : lorsque le délai de médiation est irréaliste pour laisser le temps aux parties de trouver un accord et/ou lorsque les critères de sélection du médiateur ne sont pas clairs (par exemple : mention d'un organisme associé à la mention d'un règlement d'un autre organisme).

11. Face à de telles pathologies rédactionnelles, certains acteurs institutionnels de la médiation proposent des modèles de clauses de médiation pour en limiter les risques d'inefficacité.

II. Des clauses de médiation efficaces

12. Si la clause de médiation peut être pensée en tant que telle, il importe de prévenir les écueils précédemment identifiés au moyen de réflexes simples (**II.A.**) mais également d'être attentif à l'articulation entre les différents modes de résolution des litiges qui seraient prévus au sein d'une même clause (**II.B.**).

II.A. Une clause de médiation efficace est une clause rédigée de façon circonscrite et simple

13. C'est-à-dire, et dans un ordre croissant :

- Désigner l'organisme qui aura à connaître de la médiation en cas de litige sur tel ou tel point du contrat, étant précisé que les acteurs internationaux de la médiation (comme l'International Chamber of Commerce, la London Court of International Arbitration ou encore la Permanent Court of Arbitration) possèdent des modèles de clauses faisant référence à leurs propres règles de procédures ;
- Préciser le règlement de médiation auquel l'on se référera pour le déroulement de celle-ci, même si l'institution choisie par les parties possède son propre règlement ;
- Circonscrire la clause aux types de litiges auxquels celle-ci est rendue applicable ;
- Définir le délai dans lequel les parties devraient parvenir à un accord ;
- Indiquer la manière de débiter le processus de médiation ;
- Définir les formalités régissant le choix du médiateur ou, et de préférence, de l'institution vers laquelle se tourner pour organiser et mettre en place la médiation ;

- Prévoir le lieu de la médiation et la langue dans laquelle le processus devra se dérouler (pour les litiges internationaux) ;
- Prévoir le cas échéant si les parties entendent recourir à une co-médiation, notamment lorsqu'elles sont éloignées sur un plan culturel ;
- Définir les personnes admises à la procédure (notamment pour la présence d'avocats, en encore de sachants de toutes sortes) ;
- Prévoir la confidentialité du processus ;
- Organiser la répartition des coûts de la procédure.

Exemples de clauses de médiation proposées par diverses institutions de médiation

1/ CMAP – Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris

MEDIATION UNIQUEMENT

« Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis à la médiation conformément au règlement de médiation du CMAP auquel les parties déclarent adhérer.

MEDIATION ET ARBITRAGE

Les différends qui viendraient à se produire à propos de la validité, de l'interprétation, de l'exécution ou de l'inexécution, de l'interruption ou de la résiliation du présent contrat, seront soumis au règlement de médiation et, en cas d'échec de celle-ci, au règlement d'arbitrage du CMAP auxquels les parties déclarent adhérer ».

2/ CCI – Chambre de Commerce Internationale

Clause A: Option to Use the ICC Mediation Rules:

"The parties may at any time, without prejudice to any other proceedings, seek to settle any dispute arising out of or in connection with the present contract in accordance with the ICC Mediation Rules.

Notes: By including this clause, the parties acknowledge that proceedings under the ICC Mediation Rules are available to them at any time. This clause does not commit the parties to do anything, but the presence of the clause is designed to remind them of the possibility of using mediation or some other settlement procedure at any time. In addition, it can provide a basis for one party to propose mediation to the other party. One or more parties may also ask the ICC International Centre for ADR for its assistance in this process".

Clause B: Obligation to Consider the ICC Mediation Rules:

"In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree in the first instance to discuss and consider referring the dispute to the ICC Mediation Rules.

Notes: This clause goes a step further than Clause A and requires the parties, when a dispute arises, to discuss and consider together referring the dispute to proceedings under the ICC Mediation Rules. One or more parties may ask the ICC International Centre for ADR for its assistance in this process.

This clause may be appropriate where the parties do not wish to commit to referring a dispute to proceedings under the Rules at the outset but prefer to retain flexibility as to whether to use mediation to try and settle a dispute”.

3/ CEDR – Center for Effective Dispute Resolution

Simple core mediation clause including time and notification

“If any dispute arises in connection with this agreement, the parties agree to enter into mediation in good faith to settle such a dispute and will do so in accordance with the CEDR Model Mediation Procedure. Unless otherwise agreed between the parties, within 14 [working] days of notice of the dispute, the mediator will be nominated by CEDR. To initiate the mediation a party must give notice in writing (‘ADR notice’) to the other party[ies] to the dispute, referring the dispute to mediation. A copy of the referral should be sent to CEDR.

[If there is any point on the logistical arrangements of the mediation, other than the nomination of the mediator, upon which the parties cannot agree within 14 [working] days from the date of the ADR Notice, where appropriate, in conjunction with the mediator, CEDR will be requested to decide that point for the parties having consulted with them.]

Unless otherwise agreed, the mediation will start not later than [28] [working] days after the date of the ADR notice”.

II.B. Vers une sophistication croissante des clauses de médiation : l’exemple des clauses de méd-arb

14. La clause de méd-arb organise le recours par les parties à la médiation et, le cas échéant, à l’arbitrage pour la résolution de leur différend.

Cette option est particulièrement intéressante en ce qu’elle prévoit une seconde option en cas d’échec de la première. Les procédures peuvent être concomitantes ou bien successives, sachant que quelle que soit l’option choisie, elles restent indépendantes l’une de l’autre.

14.1. Le méd-arb concomitant : les parties choisissent ici de mener les deux procédures – médiation et arbitrage – en même temps.

En général, le méd-arb concomitant vise à permettre la résolution, par le biais de l’arbitrage et de la sentence rendue, en cas d’échec de la médiation menée parallèlement à la procédure d’arbitrage.

Les parties doivent alors se mettre d’accord sur le délai dont elles disposent pour parvenir à un accord. A l’expiration de celui-ci, si aucun accord de médiation n’est trouvé, c’est la sentence arbitrale qui s’appliquera.

Un exemple d’organisation de la procédure de méd-arb, le règlement méd-arb du CMAP :

Art.9 du règlement : principe d’indépendance des procédures.

« Organisation des procédures : La médiation est prioritaire sur l’arbitrage. La sentence prise dans le cadre de la procédure d’arbitrage n’est applicable que dans l’hypothèse où la procédure de médiation échoue à concilier les parties ».

Article 10.4.7 Accord des parties

« 10.4.7.1 L'accord intervenu au cours de la médiation fait l'objet d'un écrit signé par les parties. Il indique soit que l'accord met fin à l'ensemble du litige et emporte renonciation à la poursuite de l'arbitrage, soit précise les points demeurant en litige et restant soumis à l'arbitrage. Il peut également prévoir que les parties solliciteront du tribunal arbitral une sentence d'accord-parties entérinant leur accord.

10.4.7.2 La conclusion d'un accord est immédiatement portée à la connaissance du tribunal arbitral par une lettre signée par toutes les parties et le médiateur, et remise au Secrétariat général du CMAP. La lettre précise si le tribunal reste saisi de certains chefs de demande.

10.4.7.3 Le Secrétariat général du CMAP notifie cette lettre à l'arbitre unique, ou au président du tribunal arbitral au plus tard trois (3) jours avant la date prévue à l'article 8.2 ci-dessus pour le prononcé de la sentence.

10.4.7.4 À défaut d'accord intervenu dans les conditions ci-dessus énoncées, le médiateur en rend compte au Secrétariat général du CMAP dès le lendemain du jour de l'expiration de sa mission.

10.4.8 Une fois l'accord signé ou l'échec constaté, le médiateur ne peut intervenir à quelque titre que ce soit relativement au litige ou à sa résolution, sauf à la demande de toutes les parties et après en avoir informé le Secrétariat général du CMAP ».

11.11 SENTENCE

« 11.11.1 À défaut d'accord notifié dans les conditions prévues à l'article 10.4.7 ci-dessus, la sentence est rendue par le tribunal arbitral à la date prévue à l'article 8.2 du présent règlement. Cette date ne peut être reportée que par l'accord de toutes les parties, constaté par écrit, ou dans les hypothèses prévues à l'article 11.4.3 ci-dessus. Le Centre en est immédiatement tenu informé.

11.11.2 Le tribunal arbitral statue en droit, sauf si les parties lui ont conféré des pouvoirs d'amicable composition.

11.11.3 Toute sentence est motivée. Elle est rendue à la majorité.

11.11.4 La sentence, datée et signée par les arbitres ou, le cas échéant, avec mention du refus de signature de l'un des arbitres, est remise au Centre en autant d'originaux que de parties plus un original qui sera conservé aux archives du Centre.

11.11.5 La sentence ne peut être frappée d'appel sauf convention contraire des parties ».

14.2. La méd-arb successive : dans ce cas, les procédures se succèdent et il revient aux parties de décider par quelle procédure commencer :

- Lorsqu'elles décident de débiter par la médiation, elles doivent prévoir le délai imparti pour trouver un accord. A l'expiration de ce délai et si aucun accord n'est trouvé, leur litige sera tranché par le tribunal arbitral ;
- Lorsqu'elles décident de débiter par l'arbitrage, elles doivent fixer les conditions dans lesquelles l'arbitrage est un échec (par exemple, lorsqu'il apparaît que la sentence s'avérerait contreproductive pour la nécessaire résolution du litige et/ou insusceptible de satisfaire les parties dans leur ensemble). La réunion de ces conditions appellera le début de la procédure de médiation.

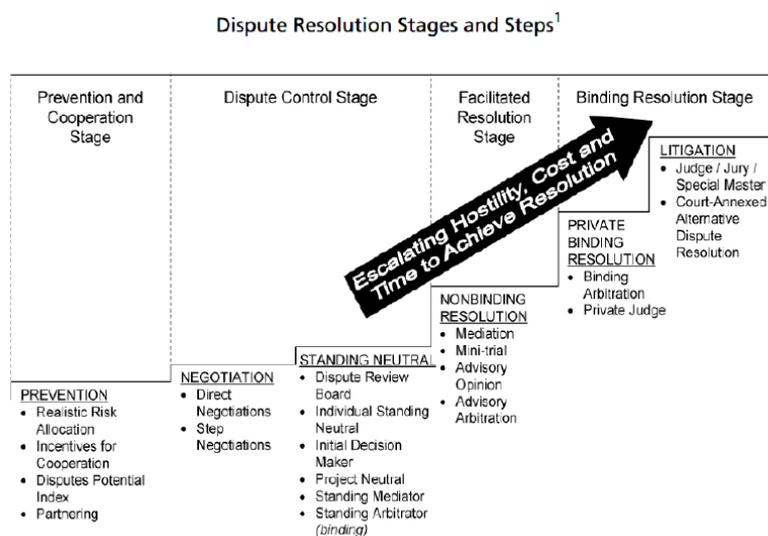
Propos conclusifs : l'utilité de la clause de médiation intacte

15. La popularité croissante dont jouissent les modes alternatifs – au premier rang desquels la médiation – et « l'encouragement », sinon « l'incitation », des parties par le juge à y avoir recours ne doivent pas faire oublier l'importance d'accorder un soin particulier à la rédaction de la clause de médiation, qu'il s'agisse de la seule médiation ou de son articulation avec un autre mode – judiciaire ou non – de résolution des différends.

16. En outre, et ce point est important, le travail rédactionnel accompli en amont par les parties sera de nature à leur permettre d'envisager sereinement les situations conflictuelles qui pourront les opposer à l'avenir et de s'interroger la meilleure façon de gérer celles-ci, dans la mesure où les tensions exacerbées inhérentes à tout conflit en train de se nouer compliquent naturellement la mise en œuvre d'une procédure de résolution amiable et efficace de celui-ci.

Par ailleurs, la clause de médiation qui est souple par nature se façonne selon les caractéristiques de la relation des parties (internationale, nationale, d'ordre professionnel ou personnel...).

17. Enfin, et plus largement, l'insertion au contrat d'une ou plusieurs clauses de résolution amiable des litiges est toujours intéressante pour les parties en ce qu'elle(s) leur permet(tent) de prévoir à l'avance les différentes étapes du conflit et les chemins de sa résolution, ainsi que le résume le graphique ci-dessous proposé par le International Institute for Conflict Prevention and Resolution reproduisant toutes les étapes du sentier conflictuel et les moyens à mettre en œuvre à chacune d'entre elles.



¹ The original version of this Step Chart appeared in the 1991 CPR Publication "Preventing and Resolving Construction Disputes." It was later reformatted by the Dispute Avoidance and Resolution Task Force ("DART"), and more recently revised and updated by James P. Groton for presentations at international dispute prevention conferences in China, Finland and England.

David Lutran
Avocat au Barreau de Paris
Médiateur