

MÉDIATION

L'expert-médiateur ou le médiateur-expert : un oxymoron ? GPL457d3

L'essentiel

Les objectifs de l'expertise et de la médiation sont presque opposés ; pourtant la double compétence peut s'avérer utile pour aider les parties à trouver un accord.



Étude par
Philippe Bau
Expert près la cour
d'appel de Lyon,
médiateur près les cours
d'appel de Lyon et Pau,
administrateur de la
Compagnie nationale
des experts de justice
médiateurs

Début janvier 2023, le garde des Sceaux a souhaité accélérer la mise en œuvre de la médiation en France. Deux nouveaux modes de règlement des litiges ont fait leur entrée : la césure et l'audience de règlement amiable (ARA).

La césure proposée par le juge aux parties lui permettra de trancher immédiatement la question de droit posée par le litige (par exemple, celle de la responsabilité), puis laissera aux parties le soin de se mettre d'accord sur le volet indemnitaire du litige.

Le garde des Sceaux a désigné neuf ambassadeurs qui ont pour mission d'écouter les acteurs, relever les bonnes pratiques et participer à la création et la structuration d'un réseau national de référents « justice amiable ». Avec l'association Bayonne Médiation, nous avons eu l'opportunité d'assister à une séance d'échange, invités par monsieur le premier président de la cour d'appel de Pau, au cours de laquelle sont intervenus trois des neuf ambassadeurs désignés.

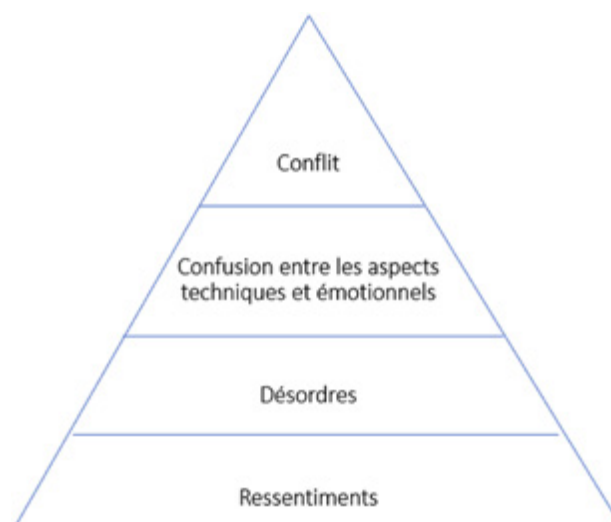
Notre expérience ancienne d'expert et de médiateur nous interroge sur la combinaison possible des deux fonctions. Les attributions et responsabilités de l'expert et du médiateur sont très différentes, presque à l'opposé, notamment relativement au respect ou non du principe du contradictoire et donc de la confidentialité des propos des parties. Tandis que l'expert travaille sur des aspects techniques, voire juridiques, le médiateur travaille autour de la pâte humaine, les émotions, les ressentis (les ressentiments⁽¹⁾ qui sont des ressentis altérés et non verbalisés). Les termes d'« expert-médiateur » ou de « médiateur-expert » relèvent-ils un d'oxymoron impossible à atteindre ? Nous pouvons pourtant nous interroger sur la pertinence de rapprocher ces deux fonctions et réfléchir en quoi un attelage serait pertinent.

Ces réflexions ont été menées en 2019 et présentées dès février 2020 lors d'un colloque organisé par le centre national des compagnies d'experts de justice (CNCEJ) et la fédération française des centres de médiation⁽²⁾, au cours duquel l'auteur a participé. Plusieurs articles et

colloques sont parus sur le sujet de la combinaison expertise-médiation que nous évoquerons plus loin.

Un litige est un conflit qui a réussi à prospérer, c'est-à-dire que le litige naît d'une impuissance à gérer un conflit et est donc porté devant une juridiction ou un spécialiste des modes alternatifs de règlement des différends (MARD). Le conflit naît le plus souvent d'une confusion sur l'origine des désordres. Il s'agit d'une confusion entre les aspects techniques et les aspects affectifs et émotionnels.

Nous pouvons proposer la représentation suivante, qui montre que des ressentiments entraînent des désordres, lesquels génèrent un conflit car les parties ne savent pas distinguer ce qui est propre aux aspects techniques et aux ressentiments et/ou n'ont pas la capacité à purger le conflit par eux-mêmes :



Les ressentiments génèrent des émotions.

Les désordres sont techniques mais peuvent provenir de comportements provoqués par des ressentiments et qui entraînent des émotions.

Les désordres génèrent un conflit qui est envenimé lorsqu'ils résultent d'aspects émotionnels qui sont difficiles à distinguer des aspects techniques.

C'est dans cet enchaînement qu'interviennent le médiateur/conciliateur (les émotions et les ressentiments), l'expert (les aspects techniques) et le juge (les aspects judiciaires).

Après avoir présenté les spécificités des missions d'expertise (I) et de médiation (II), nous nous attacherons à décrire ce qui serait attendu d'un médiateur-expert et d'un expert-médiateur (III), sans pourtant mélanger les genres.

(1) C. Fleury, *Ci-gît l'amer. Guérir du ressentiment*, 2020, Gallimard.

(2) <https://text.so/q60ebr>.

Nous évoquerons l'émergence des expertises-médiation (IV) et le déroulement des expertises au cours d'une médiation (V). Enfin, nous évoquerons les autres MARD (VI) et la place de l'expertise et la médiation, ensemble.

I. L'EXPERT ET SON ENVIRONNEMENT

A. La mission de l'expert

L'expert judiciaire est un technicien qui répond à la mission confiée par le juge, afin de répondre aux points techniques demandés par le demandeur à l'expertise et pour éclairer le juge.

Il se tient à sa mission mais, si cela s'impose, il peut demander au juge une modification ou une extension de sa mission.

Il doit respecter le principe du contradictoire, de sorte que tout élément produit par une partie doit être communiqué à l'autre partie. Les avocats des parties représentent leur client et formulent des dires à l'expert qui doit y répondre dans son rapport.

L'expert peut intervenir de manière amiable mais doit respecter une déontologie professionnelle ; il n'a pas besoin de respecter le contradictoire mais l'avocat du demandeur à l'expertise amiable (expertise de partie) peut rendre le rapport de l'expert contradictoire, afin de recueillir la réaction du défendeur.

L'expert judiciaire, devant les juridictions civiles, a l'interdiction formelle de tenter de médier/concilier les parties (CPC, art. 240), bien que cela soit possible devant les juridictions administratives (CJA, art. R. 621-1).

B. La posture de l'expert

L'expert judiciaire est un auxiliaire de justice pour dire « le possiblement vrai et le certainement faux » (A. Comte-Sponville). Il est contraint par sa mission à laquelle il doit se tenir. Il ne doit pas dire le droit ; il participe à la recherche de la vérité par son expérience et ses compétences d'expert.

C'est pourquoi il doute sans cesse pour mettre à l'épreuve son domaine d'expertise et l'adapter, voire le faire évoluer, à chaque cas rencontré. Il tente de vaincre les biais cognitifs qui pourraient altérer son diagnostic de la situation.

Nous pouvons citer Paul Valéry qui dit avec sa pertinence habituelle : « L'expert, c'est celui qui côtoie Dieu dans la globalité et qui débusque le diable jusque dans les détails ». En effet, l'expert, par itérations successives, passe d'une recherche de compréhension holistique de sa mission tout en étant attentif aux moindres détails, un seul pouvant quelques fois voire évoluer sa compréhension des faits et donc son intime conviction.

II. LE MÉDIATEUR ET SON ENVIRONNEMENT

A. La mission du médiateur

Le médiateur judiciaire est un facilitateur qui répond à la mission confiée par le juge, afin d'aider les médieurs (les parties en travail de médiation) à trouver un accord à la résolution de leur litige.

Il n'a pas l'obligation de respecter le principe du contradictoire mais peut au contraire se rapprocher alternativement de chacun des médieurs, demander en séance plénière des caucus/apartés/interruptions pour progresser en mode « navette ».

Il s'engage en revanche à respecter la confidentialité vis-à-vis des parties (chaque partie détermine ce qui peut être communiqué ou pas par le médiateur à l'autre partie) et vis-à-vis des tiers externes à la médiation.

Les avocats des parties assistent leurs clients, lesquels ont le lien direct avec le médiateur, et devraient n'intervenir qu'au moment de la rédaction de l'accord éventuel.

Le médiateur peut intervenir de manière conventionnelle et doit respecter la même déontologie professionnelle qu'un médiateur judiciaire.

B. La posture du médiateur

Le médiateur permet aux médieurs en conflit de comprendre/découvrir les vraies sources de leur litige, condition pour aboutir à un accord pérenne.

Il tente de faire parvenir les médieurs à la catharsis (épuration des passions/émotions) pour les aider à remonter le fil des causes premières du conflit, et à sortir d'un labyrinthe dans lequel ils sont pris malgré eux.

Il aide les médieurs à faire le tri, sur l'origine des désordres, entre les aspects techniques et les aspects émotionnels provoqués par des ressentiments.

Il participe à la recherche de la vérité non par ses compétences techniques mais par l'expression des sensations/émotions (joie, tristesse, dégoût, peur, colère et surprise).

C'est à la condition que la catharsis se produise, faisant apparaître les sources originelles du conflit, que le travail peut alors être envisagé de la recherche d'un accord équilibré et pérenne.

Le médiateur poursuit une formation initiale, une formation continue et une pratique qui lui permettent d'effectuer ce travail sur les émotions, les ressentis/ressentiments.

Le médiateur, comme l'expert, doit vaincre ses biais cognitifs mais surtout ses biais émotionnels afin de lui éviter de prendre parti et de garantir une écoute égale.

Nous nous rappelons la formule de Montaigne : « La parole est à moitié à celui qui écoute, et à moitié à celui qui parle ». Et le rôle de l'expert, mais surtout du médiateur, est de favoriser l'émergence et la circulation d'une parole réparatrice entre les parties.

III. LE MÉDIATEUR-EXPERT OU L'EXPERT-MÉDIATEUR ?

On voit que le rôle et l'attitude du médiateur et de l'expert sont relativement différents, avec des obligations et des contraintes qui ne sont pas les mêmes, voire opposées.

Et pourtant, la double formation/expérience loin d'être incompatible peut s'avérer quelques fois une opportunité qu'il convient toutefois d'encadrer.

Mais si l'expert aide à résoudre une partie des désordres en déterminant une réparation du préjudice ou en participant à rétablir la vérité, le conflit n'est pourtant pas éteint tant que subsistent des ressentiments non liquidés.

A. Le médiateur-expert

L'article 131-5 du Code de procédure civile précise que le médiateur désigné judiciairement doit posséder une formation ou une expérience adaptée à la pratique de la médiation. Le texte ne fait état d'aucune spécialisation nécessaire. Le médiateur n'est pas forcément du champ technique dans le cadre duquel il va intervenir. Pourtant, il

nous semble que la qualification d'expert puisse être utile dans certaines médiations et à certains moments de la médiation, même si de nombreux centres de médiations estiment le contraire.

Notre expérience nous fait dire que la compétence d'expert peut être utile seulement après le point de bascule qui vient immédiatement après la catharsis. Les médiateurs découvrent les vraies raisons de leur conflit et se sentent apaisés, entendus, compris. C'est à partir de ce moment que les perspectives d'un accord peuvent se dessiner.

C'est alors que la compétence d'expert du médiateur dans le domaine en particulier peut être utile en attirant l'attention sur les contraintes techniques qui rendraient l'accord soit inapplicable, soit non pérenne.

Notre expérience est que ce schéma est d'autant plus vrai que les raisons qui ont généré le conflit sont davantage techniques que liées à des ressentiments personnels. Par exemple, dans le cas de conflits entre associés, ou entre des entreprises... Mais ce schéma est plus difficile à mettre en œuvre lorsque les sources du conflit sont d'origine émotionnelle et que l'accord n'implique que peu de solutions techniques, comme dans des médiations administratives dans lesquelles s'opposent l'Administration et une personne physique (salarié, contribuable) qui ressent l'effet quelques fois surplombant de l'Administration, surtout dans des médiations familiales dans lesquelles les aspects émotionnels et affectifs sont bien plus cruciaux que les aspects techniques.

Nous constatons également que, à un stade avancé de la médiation, il reste nécessaire de résoudre des problèmes techniques qui ont entraîné des désordres. Si le médiateur est expert dans le domaine, il pourra éventuellement proposer une manière de mettre fin aux désordres mais seulement après la catharsis, comme nous l'avons vu plus haut.

Sinon, le médiateur pourra alors s'adjoindre la compétence d'un expert judiciaire ou amiable (§ IV).

B. L'expert-médiateur

L'expert judiciaire n'a pas le droit de concilier/médier les parties (sauf devant les juridictions administratives, CJA, art. R. 621-1).

L'expert de partie n'a jamais la mission de concilier/médier car il ne sert qu'une seule partie.

L'expert judiciaire participe à rechercher la vérité par son expérience et ses compétences mais il peut comprendre et entendre les sensations/émotions des parties, au cours des réunions contradictoires ou à travers les dires des parties. Son éventuelle expérience de médiateur lui fait « entendre » les ressentis/ressentiments des parties ou le contexte de la genèse du conflit, au-delà des stricts aspects techniques.

Aussi, nous pensons que l'expert-médiateur peut privilégier certains moments du processus de l'expertise pour faire parler les parties, par la reformulation ou d'autres techniques de médiation, au-delà des points techniques de sa mission et permettre l'accouchement des ressentis/ressentiments.

Ces moments privilégiés sont :

- la première réunion contradictoire au cours de laquelle les parties vont présenter de nombreux aspects techniques

- pour permettre à l'expert de répondre à la mission qui lui a été confiée ; son expérience de médiateur peut aider à mettre à jour les raisons originelles du conflit ;

- les notes expertales avec une réponse partielle aux chefs de mission, permettant aux parties d'appréhender la manière dont leur demande sera traitée dans le rapport et apprécier la relation coûts/bénéfice ;

- la présentation du pré-rapport en présentiel au cours de laquelle il présente ses conclusions provisoires afin de permettre aux parties de relire les ressentis exprimés lors de la première réunion contradictoire et prendre du recul par rapport à leurs demandes.

L'expert-médiateur étant avant tout expert, il ne tire aucune conséquence de son approche d'un dialogue spécifique avec les parties mais il les laisse venir à un accord éventuel, qui viendrait d'elles-mêmes, mais le plus souvent proposé par les avocats.

Nous avons par exemple l'expérience d'une expertise consistant à faire un compte financier entre des époux divorcés. À la lecture du pré-rapport, présenté dans un premier temps aux seuls avocats, ceux-ci ont estimé que le pré-rapport était suffisamment étayé pour pouvoir envisager la préparation d'un accord. L'expert propose alors qu'une prochaine réunion de présentation du pré-rapport aux parties soit tenue en sa présence afin de les aider à « accoucher » de leurs ressentis/ressentiments, permettant non seulement que l'accord leur paraisse comme étant équilibré, mais aussi qu'il leur permette de continuer leurs relations post-conflit, avec des échanges apaisés.

Monsieur Ludovic Leplat, président du centre de médiation des Hauts-de-France, expert de justice et médiateur, rappelle qu'il ne faut pas confondre les deux postures ⁽³⁾.

Monsieur Fabrice Vert, premier vice-président du tribunal judiciaire de Paris, vice-président de Gemme ⁽⁴⁾ et membre du syndicat Unité magistrats, rejoint par maître Laetitia Wadiou, avocat, et maître Hirbod Dehghani-Azar, avocat ⁽⁵⁾, va plus loin en proposant une « expertise amiable » ⁽⁶⁾. Le groupe propose la mise en place de « l'expertise amiable » à l'initiative d'une des parties (nous évoquons ce point au § IV).

IV. LA MISSION MIXTE EXPERTISE-MÉDIATION

Une nouvelle tendance se fait jour dans certaines juridictions : la mission mixte expertise-médiation. De mémoire, une des premières a eu lieu au tribunal judiciaire de Rouen il y a quelques années. Le magistrat désigne en même temps un expert et un médiateur. L'expert se voit confier une mission d'expertise classique avec une provision à verser en général par la partie demanderesse et avec un délai pour déposer son rapport.

(3) Dans le cadre des juridictions administratives, conférence, devant le Tribunal administratif de Rouen, « Expertise, médiation, est-ce compatible ? », 27 nov. 2019 : <https://lext.so/i-KsmF>.

(4) Gemme Europe, Groupement européen des magistrats pour la médiation, <https://www.gemme-mediation.eu/>.

(5) F. Vert, L. Wadiou et H. Dehghani-Azar, « L'expertise amiable : un outil à promouvoir et une opportunité à saisir pour le contribuable », *Actu-Juridique*, fr 6 févr. 2023 : <https://lext.so/1OFLS2>.

(6) <https://lext.so/5Rnc4w>.

Cependant, la mission de l'expert consiste dans un premier temps à établir une note adressée aux parties, comportant le constat des désordres et donnant un avis sur les solutions préparatoires, leur montant, et le coût probable de l'expertise, ainsi que de la difficulté, le temps et le coût prévisible de l'expertise. Après avoir envoyé cette première note aux parties, l'expert suspend ses travaux en attendant le déroulement de la mission de médiation.

Le médiateur se voit confier la responsabilité d'organiser une première rencontre gratuite d'information et d'explication des parties, lesquelles se rendront à la réunion de présentation munies de la première note technique de l'expert.

Puis, si les parties sont d'accord dans la semaine qui suit cette première réunion de présentation, la médiation commence par le même médiateur qui dispose d'un délai de trois mois, renouvelable une fois. Le médiateur informe le magistrat et l'expert du résultat de la médiation. Si la médiation aboutit, la mission de l'expert devient caduque et il dépose son rapport en l'état, constitué essentiellement de sa première note technique. Si la médiation n'aboutit pas, l'expert reprend le cours de ses travaux d'expertise. Ce faisant, le principe du contradictoire est respecté par l'expert et la confidentialité est respectée par le médiateur.

La combinaison des deux missions donne une chance que les parties trouvent plus rapidement un accord et raccourcit le délai judiciaire.

V. L'EXPERTISE NÉCESSAIRE AU COURS D'UNE MÉDIATION

Il s'agit de médiations judiciaires au cours desquelles il paraît important d'obtenir un avis technique, confié à un expert désigné par une juridiction. Ce sujet est traité par le CNCEJ avec le « Guide de l'expert en médiation »⁽⁷⁾. Le Guide recommande que l'expert se cale sur le temps judiciaire géré par le médiateur et « qu'il intègre dans sa démarche le caractère amiable de la procédure et contribue à l'équilibre et à la sérénité des débats ».

Le groupe de travail formé par monsieur Fabrice Vert, maître Laetitia Wadiou et maître Hirbod Dehghani-Azar envisage la médiation au cours de laquelle un avis technique semble nécessaire et motiverait l'intervention d'un expert amiable. Le groupe relève que la réussite de l'amiable passe par une sensibilisation des magistrats et des avocats en renforçant le partenariat entre eux et en créant des cellules spécialisées dans les juridictions. Nous pourrions ajouter que cette mise en œuvre serait enrichie en convoquant également les experts, les médiateurs et les spécialistes des MARD.

VI. LES AUTRES MARD

Les autres MARD sont : la conciliation, la négociation, l'arbitrage, la procédure participative et le droit participatif⁽⁸⁾.

Le « A » de MARD peut aussi prendre la signification de « adaptés » (selon le conflit à apaiser), voire « agiles » (adapter les MARD en fonction de l'évolution du conflit).

Toutes les combinaisons ne sont pas possibles ou pertinentes. Par exemple, passer d'une expertise amiable à

un arbitrage ne semble pas possible. En revanche, il est possible de mettre en place une clause de « méd-arb » dans un contrat qui permettra de passer automatiquement d'une médiation qui n'aboutirait pas dans un délai imparti vers un arbitrage dont les modalités sont prévues assez tôt.

Par exemple, une médiation aboutit quelques fois à une négociation lorsque le départage des intérêts est difficile entre des médiateurs qui veulent pourtant aboutir à un accord.

Par exemple encore, un arbitrage peut aboutir à une sentence arbitrale mais sur une partie du litige, le reste pouvant se solder par une médiation. Toujours en termes d'arbitrage, lorsque mandat est donné à l'arbitre par les parties de statuer comme « amiable compositeur » (écarter la règle de droit et de juger en fonction de l'équité, CPC, art. 1147), il paraît évident qu'une audience peut prendre place avant la sentence arbitrale, en vue d'entendre les médiateurs.

Conclusion. Pour résoudre un conflit, il faut souvent passer par une phase de discernement sur l'origine des désordres entre les aspects techniques et les aspects émotionnels, lesquels révèlent de ressentiments.

La nouvelle ARA proposée par le juge est certainement un moment important pour ce discernement. Ce qui permet au juge et aux avocats d'orienter la résolution du différend vers la procédure la mieux adaptée au cas particulier.

Le médiateur comme l'expert ont également les moyens d'aider les parties au conflit à établir ce discernement, bien que leurs démarches soient très éloignées pour répondre à une mission dont la visée est différente également.

Cependant, et sans mélanger les genres, l'expert restant expert et le médiateur restant médiateur, l'expérience des deux compétences permet non seulement un enrichissement personnel de l'expert ou du médiateur mais également d'être plus facilitant pour permettre aux parties/médiateurs d'aboutir à un accord équilibré et pérenne.

La question est de coordonner cette double compétence pour s'ajuster à chaque situation. L'intervenant doit choisir les moments privilégiés où il pratique la mise en œuvre de la médiation ou de l'expertise. Cela relève de la responsabilité de l'expert-médiateur et du médiateur-expert. Le processus est encore à parfaire sous le regard vigilant des juges et des avocats.

Dans un article récent⁽⁹⁾, il est préconisé la création d'un livre autonome dans le Code de procédure civile sur la médiation.

Alors, l'attelage entre médiation et expertise pourrait ne pas relever d'un oxymoron.

Pratiquer l'expertise et la médiation est un enrichissement, outre la certitude de pouvoir faire progresser l'œuvre de justice. Cette double compétence peut, dans des conditions à encadrer, donner aux parties plus de chances d'aboutir à un accord.

Mais que l'on soit expert ou médiateur, une attitude d'humilité⁽¹⁰⁾ permet de se mettre à hauteur d'homme.

(7) <https://lext.so/IWE4rq>.

(8) V. not. le site officiel : <https://lext.so/uPl1wD>.

(9) F. Agostini et F. Vert, « La médiation : d'un changement de culture vers une politique nationale », Dalloz actualité, 9 sept. 2022 (https://lext.so/n9_EIt).

(10) Étymologiquement : de *humus*, la terre, l'homme ; *humilis* : près du sol.