

**UNIVERSITE CATHOLIQUE DU CONGO/ BARREAU DE KINSHASA - MATETE
CENTRE DE MEDIATION DE KINSHASA**

PROGRAMME DE FORMATION DES MEDIATEURS

LES PROBLEMES JURIDIQUES ET PRATIQUES DE LA MEDIATION

Par

Bâtonnier KAYUDI MISAMU coco

Chef des travaux à L'UNIVERSITE DE KINSHASA

Doctorant en Droit

Kinshasa, Décembre 2014

INTRODUCTION

Le Dictionnaire Larousse définit la médiation comme « entreprise destinée à amener un accord ; arbitrage. Procédure de règlement des conflits qui consiste dans l'imposition d'une tierce personne (le médiateur) chargée de proposer une solution de conciliation aux parties en litige ».

Il ressort de cette définition trois notions qui se recoupent et qui, en tout cas, se rejoignent jusqu'à un certain degré : Médiation, arbitrage, conciliation.

Quel que soit l'appellation par laquelle on la désigne (médiation, conciliation ou par un nom équivalent), elle se révèle, en effet et en pratique, comme une procédure dans laquelle les parties demandent à une tierce personne de les aider dans leurs efforts visant un règlement à l'amiable dans un différend découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou encore lié à un tel ou tel autre rapport.

Il convient dès l'abord d'éviter tout équivoque ; le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer aux parties une solution au litige, il ne donne pas son avis (à l'opposé de l'expert) et ne tranche pas le litige (contrairement à l'arbitre).

Peu développée aussi bien dans les milieux d'affaires que dans le public et les justiciables congolais, la pratique de la médiation comme par ailleurs celle de l'arbitrage, se développe à une vitesse exponentielle en Europe et aux USA notamment.

En effet, la vie quotidienne du citoyen est plus que jamais sa vie au quotidien, il n'accepte pas de la galvauder et veut qu'elle réponde sans faillir à ce qu'il est en droit d'en attendre. Il saura pointer les défaillances et voudra des réponses appropriées apportant un rétablissement équilibré. Tous les champs de la vie en société sont marchands ou non marchands. Par sa simplicité, la médiation peut investir tous les champs sociaux (Médiation conventionnelle et juridique, médiation économique, en droit du travail, dans les professions ordinaires, l'éducation, dans l'action sociale et sanitaire, la médiation environnementale et écologique, la médiation civile et citoyenne et la médiation institutionnelle etc).

Dans le même temps le citoyen d'aujourd'hui accepte moins l'autorité aux fonctions régaliennes de l'Etat, dans cette recherche d'équilibre il veut de la rapidité, de la qualité, mais aussi être « au centre des affaires qui le concernent ».

De surcroît, le citoyen ne veut pas comprendre : il veut être entendu, sa parole compte comme le sens qu'il lui donne. Sans elle, il ne faut pas espérer l'appropriation. La médiation est d'abord celle où chacun trouve à s'exprimer, à poser ce que, de personnel, il perçoit du litige et attend de sa solution.

Les exigences d'équilibre dans tous les secteurs de la vie sociale, en permettant aux protagonistes de demeurer au centre des solutions, montrent les limites des réponses traditionnelles. Elles ouvrent la voie à la médiation dont l'extrême

modernité est faite de l'opportune rencontre entre les nouvelles exigences en matière de justice du citoyen aujourd'hui, et ses mécanismes de fonctionnement.

Un conflit, quel qu'il soit, surtout lorsqu'il touche des intérêts vitaux de l'homme ou de l'entreprise, fragilise des relations, parfois au point de vivre le procès comme un drame.

Aujourd'hui les parties à un différend peuvent décider d'avoir recours à un moyen économique et rapide de régler leurs conflits, en dehors de règlement des conflits (MARC) dont les principaux sont l'arbitrage et la médiation ou conciliation.

Il convient d'ores et déjà d'indiquer que la médiation reste une discipline à part entière, à côté des autres modes dits alternatifs de résolution des conflits qui ne lui sont pas assimilables.

Car en effet, ces derniers regroupent des systèmes de solutions préconisées, ou des décisions imposées. Ces modes sont fondés sur des conceptions qui entraînent des risques d'interprétations de la solution, en raison de la soumission des parties à une décision non librement consentie.

Il ne s'agit donc pas d'une susdite nuance théorique mais bien d'une distinction sur les conséquences pratiques des modes chez les acteurs qui revendiquent le terme de « médiation », alors qu'ils agissent en conseil, en conciliateur, voire en arbitre ou juge.

Ceci dit, la médiation, en tant que mode amiable de résolution des conflits, offre une sphère de confidentialité et de confiance particulière permettant aux entreprises, aux justiciables de négocier et de trouver, par elles ou eux-mêmes, une solution mutuellement acceptable à leur différend. Le médiateur se chargeant d'organiser ces échanges sans intervenir sur le fond du conflit, laissant pleine liberté aux parties pour décider de l'issue à réserver à leurs difficultés.

Il convient en définitive d'affirmer que l'activité de médiateur est compatible avec l'exercice de la profession d'Avocat, comme celle d'arbitre, de conciliateur ou de séquestre en l'occurrence.

Sa mise en œuvre efficiente est à même de procurer un gain énorme tant en temps, qu'en énergie et moyens généralement colossaux mais que ne possèdent souvent pas les justiciables qui les exposent pour faire aboutir dans les délais dont ils n'ont aucune emprise, une affaire en justice.

Cette description, sans doute belle, d'une pratique qui de plus en plus tend à s'imposer, si elle n'est pas encore érigée en véritable discipline juridique, on peut oser l'affirmer, ne peut cependant occulter les difficultés qui peuvent vite surgir tant pour distinguer la médiation des pratiques connexes (arbitrage, conciliation, négociation qui ont été examinées lors des modules précédents) que celles juridiques et pratiques qui découlent de sa mise en œuvre.

Il convient donc d'entrée de jeu de procéder par une brève analyse herméneutique du concept médiation car mal perçue, sa mise en œuvre pourrait exacerber les problèmes d'ordre juridique et pratique qu'elle soulève déjà, lesquels seront examinés depuis la rédaction de l'accord de médiation (son écriture, son contenu), l'introduction de la procédure, la désignation du médiateur, la médiation proprement dite (saisine, instruction) jusqu'à la fin de la médiation voire à la taxation des frais dûs.

PRELIMINAIRE

A première vue, la proximité entre médiation et arbitrage devrait, au regard de leurs finalités distinctes, être considérée comme ne soulevant aucune difficulté¹.

Si dans les deux cas, il existe un litige et la volonté conventionnelle d'y trouver une solution en recourant à un tiers, le médiateur, à la différence fondamentale de l'arbitre, ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel, sa mission consistant à rapprocher les parties pour tenter de parvenir à une issue amiable du conflit².

L'arbitrage aboutit au prononcé d'une sentence qui peut être exécutée de force alors que la médiation se conclut par un accord qui a toute la valeur, mais rien que la valeur d'un contrat et dont l'inobservation ne peut être sanctionnée qui par le régime propre à l'inexécution des obligations, réserve faite du cas particulier de la transaction.

Il y a là une véritable difficulté sémantique (car les notions se rapprochant), juridique (car la nature de la médiation reste à définir) et pratique (tant sa mise en œuvre pourrait laisser à désirer).

Il convient de signaler d'ores et déjà que dans la pratique, se sont multipliés des processus qui combinent médiation et arbitrage.

En effet, ces clauses dites complexes, prévoient, dans un premier temps, la recherche d'une solution amiable et, en cas d'échec, le recours à l'arbitrage. Elles prévoient donc souvent que le recours à l'arbitrage sera précédé d'une phase préalable de conciliation ou de médiation. La question de la sanction attachée de la violation de la clause de résolution amiable a été abondamment discutée et des solutions divergentes ont été adoptées³.

A cet égard, la présence d'une clause de médiation pourrait constituer une fin de non- recevoir. En d'autres termes, une demande judiciaire présentée en violation d'une clause de règlement amiable est irrecevable et le non-respect de cette clause constitue une fin de non- recevoir. Nous y reviendrons dans les lignes qui suivent. L'autre difficulté d'ordre herméneutique qu'il sied d'indiquer résulte du fait que la médiation

¹ NH Nongein, Y Reinhard, P Ancel, M-C River, A Boyer, Ph Genin, Guide Pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, Litec, 2004 P.142, 2 Cadet, Th. Clay, E. Jenland, Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution, Litec, 2005 P.15

² Cette approche se trouve, indirectement, dans l'article 2062 du code civil français tel qu'il résulte de la loi du 22 décembre 2010. Ce texte instituant une nouvelle procédure amiable « La procédure participative », proche dans son esprit de la médiation et de la conciliation, indique que « La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend »

³ Lire Henri Jacques NOUGEIN et Romain DUPEYRE, Guide pratique, Règles Pratiques du droit français de l'arbitrage, Gazette du palais,

embrasse aujourd'hui un pan entier de l'activité humaine, étatique ou non étatique au point qu'il n'est pas aisé de saisir sa vraie nature.

Car en effet, l'on peut signaler l'existence en droit français des dispositifs de médiations institués par les textes législatifs et réglementaires. Il s'agit de la médiation conventionnelle et judiciaire, la médiation économique, en droit du travail ; La médiation dans les professions ordinaires, dans l'éducation, l'action sociale et sanitaire, la médiation environnementale et écologique, la médiation civile et citoyenne, la médiation institutionnelle, la médiation culturelle, la médiation au sein de l'union européenne, la médiation professionnelle etc.

D'autres causes de confusion, tiennent à l'ignorance de la portée des notions puisque fleurissent les clauses mêlant médiation et arbitrage conférant, par exemple, au tribunal arbitral « mission de rechercher une solution amiable » ce qui est naturellement, tout différent de celle de statuer en amiable composition prévue généralement par les dispositions du code de procédure civile.

Le risque de confusion entre les notions vient aussi du fait qu'un arbitre puisse devenir médiateur.

Les parties peuvent, en effet, pendant le déroulement de l'instance arbitrale et, parfois en fonction de déroulement et / ou du développement de celui-ci, souhaiter parvenir à un accord amiable⁴. Le code de procédure civile français prévoit d'ailleurs, par le biais d'un renvoi à l'article 21 du même code, que l'arbitre peut agir afin de concilier les parties.

Il n'est normalement pas dans la mission de l'arbitre d'intervenir en qualité de médiateur mais, dans un souci d'efficacité, certains expriment un sentiment favorable pour une telle issue quand ils ne la suggèrent pas eux-mêmes. L'arbitre « le tribunal arbitral » puisque c'est désormais la dénomination générique que l'on trouve dans la plupart des textes (Art 1454 al1 CPC français) doit cependant être très attentif au risque de basculement de sa position. Si les parties lui demandent expressément de les aider à trouver une solution amiable, il peut quitter sa fonction d'arbitre, mais en sachant qu'il ne pourra pas la retrouver, car il existe une impossibilité de principe (déontologique et fonctionnel) à ce que, dans un même litige, un arbitre devienne médiateur et, éventuellement, redevienne arbitre⁵.

En effet, poursuivant, ces auteurs dans le cadre de la médiation, il est admis que le principe du contradictoire ne soit pas respecté. C'est très souvent sur base des confidences des parties que le médiateur va pouvoir tenter de rapprocher les points de vue. Un médiateur devenant (ou redevenant) arbitre ne serait plus en conséquence, en situation de respecter l'égalité entre les parties puisqu'il ne pourrait, à l'évidence, effacer

⁴ Cette situation est proche de celle rencontrée par l'expert judiciaire qui peut être le facilitateur d'une solution amiable même si cela ne peut entrer, légalement, dans sa mission CCPC 240s ;

⁵ Henri jacques NOUGEINS et Romain DUPEYRE, op.cit. P.14

la connaissance non contradictoire du litige qu'il aurait retirée de l'exercice de la fonction de médiateur (P.E MASON, « The arbitrator as Mediator and Mediator as Arbitror », J int Arb, vol 28, n° 6, 2811, P.541 » ;

Il est, en revanche, tout à fait admis que le Tribunal arbitral puisse accepter que l'instance arbitrale s'achève sur le constat d'un accord entre les parties et que, sur leur demande, il le valide en rendant une sentence de constatation d'un « accord-parties », la forme ainsi donnée à cet accord permettant d'obtenir les effets d'un acte juridictionnel.

En somme, chaque étape de la médiation pourrait présenter des difficultés que le médiateur saurait contourner que s'il est bien formé et informé.

I. L'ELABORATION DE LA CONVENTION DE MEDIATION

Généralement la médiation est assurée dans le cadre d'une structure (chambre de commerce, centre, organisation patronale) et fait toujours l'objet d'un règlement (règlement de médiation), lequel à ce jour s'inspire du règlement de la chambre du commerce international ou de la cour commune de la justice et d'arbitrage de l'OHADA).

Les dispositions préliminaires sont souvent consacrées à définir les concepts de médiation, convention de médiation ou convention de conciliation, médiateur.

De façon générale, la convention de médiation désigne l'accord en vertu duquel les parties ont convenu de soumettre à la médiation ou à la conciliation tous ou certains des conflits, nés ou à naître entre elles. Cette convention prend généralement la forme soit d'une clause insérée dans un contrat, soit d'un compromis de médiation. L'on retrouve également le recours à une lettre de mission signée par les parties et qui mentionne seulement la demande d'intervention sans préciser la nature du différend.

Il convient de signaler à ce stade que chaque centre de médiation recommande aux parties qui souhaitent faire référence au centre de médiation l'insertion, dans tous les contrats d'une clause de médiation dont le modèle type sera examiné plus haut. Voyons en amont la clause de sauvegarde de la liberté contractuelle.

CLAUSE DE SAUVEGARDE DE LIBERTE CONTRACTUELLE

Autrement appelée clause de sauvegarde de la libre décision ou clause de sauvegarde du libre contrat, elle est située en amont de la clause de médiation.

Elle a pour objectif d'anticiper les risques inhérents à toute relation contractuelle. Elle consiste à étendre la liberté contractuelle par – delà un accord

relationnel qui pourrait dégénérer en différend, voire en litige et conséquemment être présenté à l'aléa judiciaire⁶.

En effet, lorsque l'on établit une relation contractuelle, c'est pour réaliser un projet, non pour concevoir l'idée d'un différend. On conclut un accord pour que les choses se déroulent bien, pas pour que la relation se dégrade et conduise devant un tribunal. Pour ces raisons fondatrices des relations humaines, les organisations de médiation proposent de concevoir, une clause de sauvegarde de la liberté contractuelle et de décision. Cette clause prévoit qu'en cas de difficulté relationnelle, les parties s'engagent à recourir à un médiateur professionnel pour effectuer une recherche de rétablissement de la qualité de leur communication en vue de la reprise, de l'aménagement ou de la rupture consensuelle de leur relation. Cette intervention du médiateur professionnel permet d'aider les parties à présenter une liberté de décision.

Exemple :

LA CLAUSE DE MEDIATION

Clause type : « les parties s'engagent à faire application, pour tous différends découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci, du règlement de médiation et de conciliation du CEMEKIN ». Cette clause peut être complétée comme suit :

« Le siège de la médiation sera (ville) »

« La langue de la procédure sera (...) »

« En cas d'échec de la procédure de médiation, le différend sera définitivement tranché suivant le règlement d'arbitrage du par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement »

La clause de médiation est l'obligation contractuelle faite aux parties d'avoir recours à un tiers médiateur, lors de la survenance d'un litige, préalablement à la saisine d'une juridiction quelle qu'elle soit.

L'on peut envisager l'insertion de cette clause qui étend la liberté contractuelle en « déjudiciarisant » les « élans conflictuels » . . .

Une difficulté pratique apparaît vite, faire office de conseils juridiques, la tentation s'avérant grande.

C'est l'occasion d'attirer l'attention du médiateur car il s'agirait d'un exercice illégal de la profession d'avocat, passible de poursuites judiciaires.

⁶ Code de la Médiation et du médiateur professionnel, recueil des textes officiels et professionnels français et européens sur la médiation, 2^{ème} édition 2013, p. 401, sous la direction de Maître Agnès TAVEL

En conséquence, si les médiateurs peuvent inciter les entreprises ou toute personne rédigeant un contrat à introduire une clause de médiation, en prévoyant même le recours à ses services de médiateur indépendant, il doit renvoyer les parties devant un juriste professionnel pour tous les aspects relevant du droit, et notamment le suivi de la procédure judiciaire éventuellement en cours.

Le principe même de l'engagement contractuel permet de soulever l'irrecevabilité de la saisine du juge dès lors que la clause de médiation librement consentie n'a pas été mise en œuvre.

Signalons qu'une décision de la chambre mixte de la Cour de Cassation française en date du 14 février 2003 permet d'admettre que l'obligation de mettre en place la médiation préalable à tout contentieux, conformément aux clauses contractuelles est une obligation de résultat.⁷

Ceci soulève un autre problème d'ordre juridique à savoir l'irrecevabilité de toute action judiciaire pour le non-respect de ce préalable. Au visa des articles 1134 du code civil, 122 et 123 du code procédure civile français, la cour de cassation (Cass. Civ I, 30 octobre 2007) a précisé que le non-respect d'une clause de médiation prévue au contrat était constitutif d'une fin de non-recevoir.

Néanmoins, il convient de le signaler, la Cour d'Appel de Paris a pu juger que l'existence d'une clause « dite de médiation » ne peut avoir pour conséquence d'imposer à une des parties de motiver sa décision, puisque par essence même, ce qui est dit devant le « médiateur » n'a pas à être connu du juge chargé en cas d'échec de la médiation de trancher le litige⁸.

En revanche, le déroulement et l'issue de la médiation engagée ne sont soumis qu'à une obligation de moyen.

CONTENU DE LA CLAUSE DE MEDIATION

Une clause de médiation peut prévoir :

- L'organisation du processus structuré de la médiation professionnelle
- Les modalités de saisine du médiateur
- Les garanties (professionnelles) que doit présenter le médiateur (assurance, adhésion à un centre, respect du code de déontologie etc).
- Le rappel que la médiation est suspensive de délais de prescription ;
- Les modalités de prise en charge des coûts de la médiation ;
- Le retour devant le médiateur en cas de changement de situation de l'une des parties ou toute autre difficulté pouvant conduire l'une des parties à engager

⁷ Chambre mixte, 14 février 2003, arrêt no 217 : « la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent »
⁸ 14^{ème} ch, sect A, 14 juin 2006, SA la Banque postale c/Association société française pour la défense de la tradition famille et propriété, RG n° 06/52.898, Jurisdata n° 2006- 308.699, Inédit.

une procédure ou à ne pas respecter le contrat passé dans le cadre d'une médiation avant tout recours à un Tribunal(arbitral ou judiciaire) ;

Il est à noter qu'en aucun cas, la clause de médiation ne saurait exclure ou limiter le recours au système judiciaire.

Exemples :

1. En cas de différend, les parties conviennent de faire valoir leur droit à la médiation. A la seule demande de l'une d'entre elles, elles feront appel à un médiateur du CEMEKIN. Elles se répartiront équitablement les coûts d'intervention du médiateur et s'engagent à un entretien individuel et une réunion au moins avec le médiateur en vue de rechercher avec son concours régulateur la solution la plus adaptée.

2. Les parties conviennent que si un différend intervient concernant l'objet de ce contrat ou de l'une de ses dispositions, elles auront recours de toute urgence à un médiateur du Cemekin, pour ses garanties professionnelles d'indépendance, de neutralité et d'impartialité. Dans le cas où, avant de recourir à la médiation, l'une d'entre elles se sentirait contrainte d'engager une procédure judiciaire, elle laisse au juge le soin de décider de l'opportunité de cette médiation, selon le caractère réel de l'urgence d'une décision de son tribunal (notamment en référé), de sorte qu'aucune partie, même appelée éventuellement en cause, ne puisse être lésée.

3. En cas de différend, les contractants s'engagent à faire appel à un médiateur du Cemekin. Pour sa saisine, il suffit que l'un deux lui donne mandat d'organiser une rencontre pour que l'autre partie doive se présenter dans le mois qui suit. Pour la réunion, le médiateur adresse une lettre simple et une lettre avec avis de réception. Après cela, si les parties ne trouvent pas d'accord ou que l'une d'entre elles considère que son intérêt est d'engager une procédure judiciaire, la présente clause sera réputée honorée.

DEVOIR DE DISCRETION OU DE CONFIDENTIALITE DU MEDIEATEUR DES PARTIES, DES CONSEILS ET AUTRES REPRESENTANTS

Tous sont tenus par la confidentialité au sens qu'il ne peut être fait état, dans une procédure arbitrale ou judiciaire, de ce qui est fait, dit ou écrit en vue d'un accord qui n'aboutit pas ; que les réunions entre le parties et le médiateur ne peuvent être enregistrées ; que toute personne associée à la procédure de médiation doit en respecter le caractère confidentiel (signer l'engagement, restituer à la clôture de la procédure, tout exposé, document, pièce à la partie qui l'a fourni, sans en conserver copie ou la détruire, sauf convention contraire des parties).

Bien plus, le médiateur et les parties s'interdisent d'invoquer comme preuve ou de se prévaloir de quelle que manière que ce soit, dans une procédure judiciaire ou arbitrale de toute opinion exprimée ou de toute suggestion formulée par l'une des parties quant à un éventuel règlement du litige, de tout aveu fait par l'une des parties au cours de la procédure de médiation, de toute proposition présentée ou de toute opinion

exprimée par le médiateur ou du fait qu'une partie se soit ou non déclarée prête à accepter une proposition de règlement émanant de l'autre partie.

Le médiateur peut être amené à établir un rapport à l'issue de la médiation, à destination du prescripteur de médiation. En effet, en matière de médiation judiciaire, le juge ne peut pas exiger de rapport ; la seule obligation légale qui incombe au médiateur est d'informer par écrit le juge de ce que les parties sont parvenues ou non à trouver accord.

Néanmoins, et c'est le cas qui nous concerne au terme d'une médiation conventionnelle, si un rapport est établi, il intègre souvent ou presque toujours une clause de confidentialité.

Ces développements soulèvent au plan juridique deux problèmes à savoir celui de la portée ou de l'étendue de l'autonomie de la volonté que consacre la liberté contractuelle qui caractérise la procédure de médiation d'une part et de l'autre de caractère absolu ou pas du secret, de la confiance faite au médiateur dans le cadre de la procédure de médiation.

II. DE LA PROCEDURE DE MEDIATION

La partie qui décide recourir à la médiation en adresse la demande auprès de l'organisation ou de l'institution en charge de la médiation.

Il est généralement requis que la demande contienne quelques indications notamment sur l'identité complète du requérant, un exposé de la nature et de circonstances du différend qui justifie le demande, l'objet de celle – ci, le résumé des moyens invoqués, le cas échéant l'estimation des montants réclamés, la langue de médiation, les règles de droit applicables.

Il importe en somme que toutes pièces utiles échangées entre parties et surtout la copie du contrat contenant une clause de médiation ou tout autre contrat et, le cas échéant le compromis de médiation soient joints à la demande.

Ces formalités ne sont pas généralement assorties des sanctions particulières en cas de violation (nullité, inefficacités etc.) mais elles soulèvent quelques problèmes pratiques lorsque le différend soumis à la médiation relève du droit international privé.

De même que la législation du médiateur se doit d'obtenir à quelques règles généralement posées par l'institution de médiation.

En effet, trois conditions s'imposent au médiateur : l'impartialité, la neutralité et l'indépendance (à l'égard des parties et de leurs conseils). Il se doit en outre l'observer souvent de façon stricte un code d'éthique ou des règles de bonne conduite édictées par l'institution de médiation, sa disponibilité, ses qualifications sont des atouts.

L'observance de ceci implique que le médiateur désigné ou agréé fasse connaître immédiatement par écrit de tout fait ou circonstance éventuels qui pourraient

être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties, l'institution de médiation avisant les parties pour d'éventuelles observations.

Il est statué sur nomination, l'agrément, la récusation ou le remplacement du médiateur. Ces décisions ne sont ni motivées ni susceptibles de recours. Dès l'acceptation de la mission, le médiateur s'engage à l'accomplir jusqu'à son terme. Il s'interdira, sauf convention contraire des parties, de remplir les fonctions d'arbitre ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige ayant fait l'objet de la procédure de médiation.

Il est généralement pourvu au remplacement du médiateur en cas de récusation, de déport, démission, d'empêchement pour une raison de fait ou de droit, de décès, de demande des parties, de non-respect de délais.

III. LA MEDIATION PROPREMENT

A ce stade, il est considéré que les problèmes de siège, de langue, de frais de médiation ont été réglés et le dossier est transmis au médiateur qui organise librement la tentative de médiation, instruit la cause sur les moyens des parties qu'il rencontre pour faciliter une solution qu'il ne peut ni ne sait imposer.

Néanmoins, les questions en discussions entre parties peuvent rendre nécessaires le recours à des procédures ou moyens qui paraissent à même de donner chances à leur règlement. Le médiateur peut proposer le recours à une expertise, un arbitre (uniquement sur les dernières offres de règlements de chaque partie ou le médiateur agit comme unique) etc.

Il convient de signaler que les séances sont à huit clos, sauf accord des parties et du médiateur, et les parties sont présentes ou représentées par un avocat ou un mandataire spécial.

Comme on peut s'en rendre compte, l'instruction elle-même peut donner lieu à des mesures qui elles soulèvent des problèmes juridiques (expertise – contre-expertise, le devoir de discrétion et de confidentialité en cas de médiateur arbitre unique, inobservation de délai pour le dépôt des moyens, défaut de paiement de frais de médiation ou de traduction si nécessaire etc).

Enfin, la médiation prend fin avec l'établissement d'un procès – verbal.

En effet, lorsque la médiation aboutit à un accord entre parties, le médiateur dresse l'accord contenant les engagements pris par chacune des parties. Il le signe avec celles – ci et en adresse une copie à l'institution.

En cas de désaccord, il dresse un procès – verbal de non – conciliation qui constate cette absence d'accord.

Il peut arriver que la médiation prenne également fin à la suite du refus de l'une des parties de poursuivre la médiation ou de la décision du médiateur de ne plus continuer la médiation.

Au plan juridique, l'on peut s'interroger sur la nature de l'accord de médiation, sa force obligatoire et exécutoire vis-à-vis des parties, son opposabilité aux tiers dont les intérêts pourraient se révéler connexes.

Il sied de signaler que certaines institutions prévoient dans leur règlement une clause d'exclusion de responsabilité du médiateur, de l'institution et de son personnel vis-à-vis des parties, pour un acte ou une omission liée à la médiation.

Une telle clause soulève des problèmes d'ordre juridique l'étendue de la responsabilité du médiateur, de l'arbitre, du juge et éthique pour une profession qui se veut assise, fondée sur des valeurs humaines dont celle du dialogue.