

LA MÉDIATION DANS L'ESPACE MAGHRÉBIN

Ali Bencheneb*

Résumé / Abstract	13
I. Un état du droit de la médiation	17
A. Observations générales	17
B. Un état du droit positif	18
a) L'Algérie et le choix de la médiation judiciaire	18
b) Le Maroc et le choix de la médiation conventionnelle	20
II. Les données de la pratique	21

* Professeur à l'université de Bourgogne. Ancien Recteur d'académie.
© 2013 Revue d'arbitrage et de médiation, Volume 3, Numéro 1.

La médiation dans l'espace maghrébin

Ali Bencheneb

RÉSUMÉ

Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges dans le monde ne devrait pas à priori laisser indifférents les États de l'espace maghrébin, en particulier pour ce qui est de la médiation. Le bilan que cet article tente de dresser est plutôt contrasté. Les pays de cet espace se gardent en effet d'avoir une approche commune au sujet de cette question. Seuls l'Algérie et le Maroc offrent un cadre juridique encore que perfectible, le premier optant pour la médiation judiciaire, le second envisageant la médiation sous l'angle conventionnel.

ABSTRACT

Recent developments in the field of alternative dispute resolution will most likely impact the Maghreb countries, especially with regards to mediation. The present article describes a varied situation. Indeed, we have not yet seen any common approach emanating from these countries with respect to mediation. Only Algeria and Morocco have a legal framework, somewhat imperfect, dealing with this topic: one approach opts for judicial mediation, the latter favours a conventional mediation-based approach.

L'espace maghrébin est constitué par celui de cinq pays d'Afrique du nord : Algérie, Lybie, Mauritanie, Maroc et Tunisie. Mais si ces pays sont membres de l'Union du Maghreb arabe (UMA), ce regroupement d'États n'est pas en tant que tel producteur d'un système normatif, à l'image par exemple de ce qui se fait dans l'Union européenne, notamment par voie de directives¹. L'on ne peut en conséquence s'attendre à ce que les organes de l'UMA jouent un rôle dans la promotion voire la mise en place de modes alternatifs de règlement des litiges, comme la médiation.

Dès lors, une investigation sur la place de la médiation dans l'espace maghrébin revient à prendre acte de l'absence de politique juridique maghrébine en la matière, à l'image de celle exprimée dans la directive européenne de 2008 et donc de la nécessité d'un examen de chacun des droits nationaux concernés.

Si l'accès à la ressource documentaire juridique reste pour ces pays plutôt délicat, malgré le développement d'Internet, on se limitera à évoquer ici la question de la médiation en Algérie, au Maroc et en Tunisie², d'autant qu'elle paraît totalement ignorée en Lybie et en Mauritanie, et que, pour les trois pays retenus, la situation est diversifiée, sinon hétérogène.

Si le concept de médiation peut prêter à confusion, on peut au moins s'entendre sur une définition fonctionnelle qui conduit à en faire un mode de règlement des litiges à l'amiable grâce à l'assistance d'un tiers dont l'intervention constitue une prestation de services, abstraction faite de son résultat. Elle se caractérise comme une réaction au formalisme

-
1. Sur la directive européenne 2008/52/CE du 21 mai 2008 relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, on peut se reporter à Paola Cecci Dimeglio, « La directive 2008/52/CE : Pourquoi, comment améliorer son champ d'application ? Le droit collaboratif, une des solutions possibles », (2011) 1(2) *Revue d'arbitrage et de médiation* 66 et s. Sur sa transposition dans plusieurs États européens, Cf. Cahiers de l'arbitrage 2012 n° 2.
 2. Adde, pour le Maroc et l'Algérie, R. Fekhri, « Quel régime juridique de la médiation dans les pays de la rive sud de la méditerranée ? » dans *La médiation en matière civile et commerciale*, Paris, Bruylant, s/d F. Osman, 2012 à la p. 233.

de la justice étatique voire à la juridictionnalisation de l'arbitrage³ et permet une reddition de la justice qui privilégie le retour à la paix des parties plutôt que l'application mécanique du droit par recours au procès.

Avec une telle définition, le champ du possible est large car la médiation⁴ :

- peut être sollicitée pour régler un litige de quelque matière qu'il relève dès lors que la loi l'admet ;
- peut intervenir avant la saisine d'un juge étatique ou arbitral ou en cours de procédure juridictionnelle ;
- peut constituer soit un préalable à la saisine de la juridiction compétente, cette saisine ne pouvant intervenir avant que la médiation ne soit terminée soit un mécanisme facultatif ;
- peut être prévue par un texte, dans un contrat ou simplement décidée lorsque le litige se noue entre les parties ;
- peut même se concevoir après qu'une juridiction ait statué sur les termes d'un litige, la médiation étant alors limitée au traitement de difficultés d'exécution de la décision de justice, jugement ou sentence ;
- peut enfin être sollicitée aussi bien pour le règlement d'un litige de portée nationale qu'à caractère international.

Ces considérations liminaires permettent d'abord une investigation dans le tissu juridique des trois pays retenus. On tentera de la compléter par un constat de la pratique observable ainsi que par quelques conclusions forcément provisoires.

3. En ce sens, C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Paris, P.U.F., 2013, n° 932.

4. Cf. sa consécration par les principes Unidroit de procédure civile transnationale, spécialement le principe 24 selon lequel : « Le Tribunal, en respectant le droit des parties de poursuivre le procès, encourage la transaction et la conciliation lorsqu'elles apparaissent raisonnablement possibles. Le tribunal favorise à tout stade de la procédure la participation des parties à des modes alternatifs de résolution des litiges. Les parties, avant et après le début du procès coopèrent à toute tentative raisonnable de conciliation ou transaction. Dans sa décision sur les frais de procédure, le tribunal peut tenir compte du refus déraisonnable d'une partie de coopérer ou de son comportement de mauvaise foi lors des tentatives de conciliation ou transaction ».

I. UN ÉTAT DU DROIT DE LA MÉDIATION

Il n'est pas inutile de partir de deux constatations générales avant de se pencher sur le droit applicable.

A. Observations générales

Chacun des trois États consacre le principe de la force obligatoire des conventions, si bien que rien n'interdit à des personnes de s'entendre pour régler leurs litiges par voie de médiation puisque celle-ci suppose à la base un accord pour trouver un arrangement amiable.

Mais il faut tenir compte de la matière litigieuse dans la mesure où des compétences exclusives sont réservées à certaines juridictions pour des raisons d'ordre public, par exemple contentieux fiscal, administratif, etc.

En second lieu, chacun des trois États consacre comme figure contractuelle la transaction et la définit comme un acte qui achève une contestation ou la prévient moyennant renonciation à prétentions réciproques⁵.

Pour autant, l'utilisation de ce moule contractuel peut ne pas s'avérer pertinente à la suite d'une médiation pour plusieurs raisons :

- d'abord, c'est une évidence, la transaction peut ne pas être significative d'un acte constatant l'échec d'une tentative de médiation, spécialement lorsqu'elle est un passage obligé avant la saisine du juge ou de l'arbitre ;
- ensuite, rien n'exclut qu'une médiation réussie ne soit pas le résultat de « concessions réciproques », par exemple procède d'un réagencement de relations contractuelles, alors que la réciprocité est une condition indispensable à la qualification du contrat de transaction, ce qui exige soit une modification de la définition du contrat de transaction soit une qualification spécifique de l'acte qui conclut positivement la médiation ;

5. En ce sens les articles 459 du *Code civil algérien* et 1098 du code des contrats et obligations marocain reprenant à la lettre son homologue tunisien. Le *Code civil algérien* est consultable à l'adresse suivante : <<http://www.joradp.dz/TRV/F.Civil.pdf>>. Quant au *Code marocain des obligations et des contrats*, on peut le consulter à l'adresse suivante : <www.avocatsdu Maroc.com/fr/pdf/textes>. Enfin le *Code tunisien* est visible sur le site : <www.e-justice.tn/codes>.

- enfin, si la médiation réussit et qu'elle règle un litige de manière définitive, sa consolidation par voie de justice peut faire problème. En effet, aucun des droits civils ici examinés ne confère à la transaction l'autorité de la chose jugée, comme le fait par exemple l'article 2052 du *Code civil français*. Et, sauf à envisager d'utiliser comme support de l'accord consécutif à la médiation un acte authentique, on voit difficilement un juge autoriser son exécution forcée puisque seul l'acte authentique a force exécutoire.

Ces considérations générales tirées des droits civils algérien, marocain et tunisien ne sont donc pas à elles seules suffisantes pour assurer un développement de la médiation dans ces pays, en sorte que l'investigation doit porter sur le point de savoir si la promotion de ce type de règlement des litiges a pu être assurée par d'autres normes du tissu juridique.

B. Un état du droit positif

On chercherait en vain dans le droit tunisien le signe d'une attention des pouvoirs publics à la médiation, sauf à noter l'existence d'un dispositif spécial pour la médiation bancaire destiné à réduire le nombre de litiges consécutifs à l'octroi de crédits, depuis un décret du 10 juillet 2006⁶, le médiateur bancaire étant désigné unilatéralement par l'établissement de crédit (art. 5) et devant toujours être de nationalité tunisienne (art. 3).

En revanche, un examen des droits algérien et marocain révèle une certaine sensibilité à la médiation encore que les politiques législatives sont, comme on va le voir, différenciées.

a) L'Algérie et le choix de la médiation judiciaire

Dans ce pays, la situation paraît devoir se ramener aux données suivantes.

Le *Code de procédure civile et administrative* de 2008 (CPCA) comporte un livre V tout entier dédié aux « modes alternatifs de règlement des litiges »⁷ et, en son sein, un chapitre dédié à la médiation.

6. Journal officiel de la république tunisienne n° 56 à la p. 1861.

7. Pour une vue d'ensemble, de moi-même, « Introduction à la règle de droit en Algérie », EUD, 2012, nos 254 à 261. Le texte du *Code de procédure civile et administrative algérien* sur lequel s'appuient les présents développements peut être consulté sur le site : <<http://www.joradp.dz>>.

Celle-ci est distinguée de la conciliation, procédure qui fait intervenir le juge (art. 992) et qui présente, sauf exceptions, comme en matière de divorce, un caractère facultatif (art. 991) lorsque l'offre de médiation constitue une obligation pour le juge, sauf en matière prudhomme, familiale et pour les questions qui sont susceptibles de « porter atteinte à l'ordre public » (art. 994).

La douzaine de dispositions que le *Code algérien de procédure civile et administrative* réserve à la médiation révèle d'emblée que la médiation conventionnelle ne fait l'objet d'aucune attention et donc, s'agissant de la seule médiation judiciaire, une approche en apparence moderniste de ce mode de règlement des litiges.

Il est ainsi possible pour le juge de confier la médiation non seulement à une personne physique mais à « une association », même si cela exclut qu'elle puisse être confiée à d'autres personnes morales.

Le médiateur doit répondre à certaines exigences : indépendance, impartialité et qualification (art. 998) et n'avoir pas fait l'objet d'une condamnation pour crime ou délit intentionnel, faillite, déchéance pour les officiers publics ou radiation pour les avocats, licenciement pour faute disciplinaire pour les fonctionnaires⁸.

Le décret d'application de l'article 998 CPCA porte sans aucun doute trace d'éléments déontologiques appréciables comme en matière d'obligations de révéler des faits significatifs d'une incompatibilité dans l'exercice de la fonction de médiateur ou de perception d'honoraires⁹. Mais l'on peut se demander si la possibilité de désigner des personnes qui « de par leurs positions sociales sont connues pour leur intégrité, compétence et capacité à traiter et régler les litiges »¹⁰ ne constitue pas une formulation trop laxiste pour l'agrément de médiateurs, le même texte passant par ailleurs sous silence les conditions de qualification requises et tout autant les conditions de formation des médiateurs.

Ce n'est pas tout car on relève encore que le médiateur a une obligation d'information du juge initialement saisi pour « toutes les difficultés » qu'il rencontre, le juge n'étant pas un tiers vis-à-vis duquel le secret s'impose¹¹, ce qui montre bien que le droit algérien n'a pas voulu consacrer

8. En ce sens, l'article 2 du décret n° 09-100 du 10 mars 2009 portant modalités de désignation du médiateur judiciaire, in jora n° 16.

9. *Ibid.*, art. 11 à 13.

10. *Ibid.*, art. 3.

11. Cf. art. 1001 et 1005 du *Code de procédure civile et administrative*.

crer une étanchéité de la médiation par rapport à la procédure juridictionnelle mais, tout au plus, en faire un mode auxiliaire d'allègement de la charge pesant sur les magistrats. Au surplus, on peut aussi se demander si la médiation ne peut être perturbée par son arrêt intempestif.

En effet, si le juge peut mettre un terme à la médiation à la demande du médiateur ou « des parties » (et non d'une seule), il peut aussi y « mettre fin d'office lorsque son bon déroulement devient impossible », disposition qui peut confiner à un droit de retrait pur et simple des pouvoirs de médiation délégués, quand elle ne permettrait pas une manipulation de la médiation par le juge !

Ces étrangetés montrent un risque important d'assujettissement de la médiation juridictionnelle à l'appareil juridictionnel étatique dès lors que son indépendance n'est pas garantie.

b) *Le Maroc et le choix de la médiation conventionnelle*

En même temps qu'il a entrepris une profonde modernisation de son droit de l'arbitrage, interne et international par un dahir du 30 novembre 2007, le Maroc a intégré dans son *Code de procédure civile*¹² un dispositif entièrement dédié à la médiation conventionnelle.

Le droit marocain considère que la médiation réussie se solde par une transaction, en sorte qu'il l'exclut dans les domaines dans lesquels les contrats de transaction sont interdits par les articles 1100 et suivants de son *Code des obligations et des contrats*, à savoir les questions d'état et d'ordre public, les questions touchant aux droits extrapatrimoniaux de la personne, celles qui portent sur les obligations alimentaires et les droits successoraux.

La médiation prend racine dans un contrat de médiation, une clause de médiation insérée dans un contrat à tort qualifié de « convention principale »¹³ ou même d'un compromis de médiation. Mais, quel que soit le support de la médiation, il est remarquable que son déclenchement ait un effet interruptif sur l'instance éventuellement en cours¹⁴.

12. On peut retrouver son texte sur le site : <www.avocats-France-Maroc.com/doc/code-ma-proc-civile.pdf>.

13. Par l'article 327-57 du *Code de procédure civile*. On comprendrait qu'il s'agit en revanche d'une convention autonome.

14. *Ibid.*, art. 327-57.

Si les conditions de forme de l'accord aux fins de médiation n'appellent pas de remarques particulières, sauf à constater leur souplesse, les conditions de fond prescrites à peine de nullité se ramènent à la désignation du médiateur ou à son mode de désignation et à la détermination de l'objet du litige lorsqu'il s'agit d'un « compromis de médiation »¹⁵.

Quant aux pouvoirs du médiateur qui peut être une personne physique ou une « personne morale », ils sont clairement posés, de sorte que son office peut se solder par un acte de non transaction signé du médiateur ou par une transaction signée du médiateur et des parties.

Or il est remarquable que cette transaction soit désormais dotée de l'autorité de la chose jugée et qu'elle puisse être revêtue de la formule exécutoire par le Président du tribunal qui aurait été normalement compétent pour connaître du litige (art. 327-60 C.p.c.). Pour autant, cette disposition ne règle pas à elle seule le problème des litiges pour lesquels le contrat comporterait une clause arbitrale ou une clause attributive de juridiction donnant compétence à une juridiction étrangère.

Quoi qu'il en soit, l'article 327-66 du *Code de procédure civile marocain* fait peser sur le médiateur une obligation de confidentialité dont la violation est assimilée à celle du secret professionnel, précision étant faite que « les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être évoquées devant le juge saisi qu'avec l'accord des parties (et qu'elles ne peuvent être utilisées dans une autre instance ».

II. LES DONNÉES DE LA PRATIQUE

Même si comme on l'a vu les pouvoirs publics tunisiens ne se sont pas à ce stade montrés attentifs aux possibilités offertes par la médiation, on peut relever l'existence d'une association, le Centre de conciliation et d'arbitrage de Tunis qui dispose d'un règlement de conciliation et de médiation.

Abstraction faite de l'assimilation conceptuelle entre conciliation et médiation, plusieurs éléments de ce règlement peuvent être mis en relief :

- le support administratif offert par le Centre, notamment pour l'ouverture de la « procédure » et la désignation du médiateur ;

15. *Ibid.*, art. 327-60.

- le caractère confidentiel de la médiation ;
- l'incompatibilité des fonctions de médiateur et d'arbitre pour un même litige ;
- l'impossibilité de se prévaloir en justice des positions exprimées pendant la médiation.

En réalité, il est impossible de connaître l'activité effective de ce Centre et donc son degré de crédibilité auprès des opérateurs et l'on peut d'ailleurs se demander si son règlement ne procède pas du simple mimétisme juridique tant il ne semble pas avoir d'ancrage avec le droit tunisien actuel.

En Algérie, il n'est pas encore possible d'avoir des informations sur la réalité de la médiation judiciaire, abstraction faite d'informations sur l'existence de cycles de formation de médiateurs dont, c'est un euphémisme, la publicité n'est pas assurée, au point que l'on peut émettre l'hypothèse qu'ils sont réservés exclusivement aux personnels judiciaires voire à des magistrats en retraite.

Par ailleurs, sans support législatif autre que celui offert par le *Code civil algérien*, on peut dire qu'au moins l'idée d'un développement de la médiation conventionnelle existe dans la mesure où l'on peut relever l'existence :

- d'un Centre de médiation et d'arbitrage à Annaba, encore que son règlement – à le supposer existant – ne soit pas visible et donc lisible ;
- d'un Centre de conciliation et d'arbitrage auprès de la Chambre algérienne de commerce et d'industrie (CACI) qui, pour l'heure, se limite sur son site internet à ne proposer qu'un modèle de clause compromissoire faisant de la tentative de règlement amiable un préalable à la saisine des arbitres !

Il reste que l'on peut se demander si la subordination de la médiation juridictionnelle au juge étatique ne cache pas également, en termes de politique législative, une réticence quant au développement de la médiation conventionnelle.

Au Maroc, alors même que le dahir qui traite de la médiation conventionnelle date de plus de quatre ans, on peut au moins recenser l'existence :

- d'un Centre international de médiation et d'arbitrage à Rabat (CIMAR), association antérieure au dahir qui propose sur son site des clauses types de médiation, de compromis de médiation et d'arbitrage qui renvoient à son propre règlement, sauf à noter qu'il n'est pas visible et ce alors même que le barème des frais et honoraires l'est ;
- d'un Centre de médiation et d'arbitrage de Casablanca (CIMAC) qui propose également des clauses types mais n'offre pas à voir un règlement de médiation ou un barème, pas plus qu'une liste de médiateurs, en tous cas sur son site Internet ;
- d'une Chambre de commerce, d'industrie et de services, établissement public qui a mission d'entreprendre « toute initiative relative à la conciliation, à l'arrangement ou à l'arbitrage » mais qui ne semble pas avoir mis en œuvre cet aspect de ses statuts.

L'ensemble de ces constats autorisent trois séries de conclusions.

En premier lieu, s'il est aisé de constater que le Maroc constitue le pays du Maghreb qui au plan des textes paraît le plus avancé en matière de médiation, on peut somme toute se demander si le dahir de 2007 n'aurait pas gagné en pertinence s'il avait évoqué les qualités requises pour exercer les fonctions de médiateur, spécialement la compétence, l'indépendance, la diligence et l'impartialité.

On ajoutera volontiers que le dispositif légal laisse à désirer pour ce qui est de la procédure dite d'exequatur de la transaction qui est davantage une procédure d'homologation de la transaction, étant entendu qu'un souci d'efficacité commanderait des précisions sur le caractère unilatéral et gracieux de cette procédure ainsi que sur les pouvoirs du juge qui devrait statuer à bref délai et se limiter à un contrôle de la seule conformité de la transaction à l'ordre public.

En second lieu, les autres pays du Maghreb ne se sont pas encore saisis de l'intérêt de mettre en place un cadre juridique approprié pour favoriser la médiation, si l'on veut bien ne pas revenir sur la médiation judiciaire consacrée en Algérie. Une question aussi sérieuse que préalable se pose de savoir s'il n'y a pas là le signe d'une hostilité des pouvoirs juridictionnels, au-delà de l'indifférence générale des pouvoirs publics, à faire de la médiation un outil au service bien compris de l'économie voire de la société dans son ensemble.

En dernier lieu, une autre question porte sur le décalage observable entre le droit (par exemple, celui du Maroc) et la réalité en matière de médiation, pour ne s'en tenir qu'à cet exemple.

En effet, malgré quelques actions de formation, y compris sur financements européens ou au titre de la coopération inter étatique, la médiation reste tout au plus une apparence de mode de règlement des litiges : pas de règlements applicables, aucune règle déontologique applicable aux médiateurs et que dire de l'opacité relevée, si ce n'est qu'elle est contre productive.

À ceci s'ajoute l'absence d'encadrement de la formation des médiateurs, l'inexistence d'un processus d'habilitation des médiateurs et une action promotionnelle insuffisante pour ce type de règlement des litiges auprès des opérateurs économiques et des praticiens du droit.

Le constat peut paraître sévère et il l'est. Si la médiation a, comme les autres modes de règlement des litiges, une fonction économique autant que sociale, si elle pacifie davantage les relations, sa mise en place renvoie fondamentalement et à tout le moins à un examen critique de la méthode devant présider à sa consécration.