

LES MODES ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES CONFLITS:

Approche générale et spéciale

AUTEURS: Jean-Baptiste RACINE

INSTITUT: Centre de recherche en droit économique (CREDECO)
Centre d'études et de recherches sur les contentieux (CERC)

DATE: Mars 2001

PUBLICATION: Ronéo. 216 pages

Il semble utile de présenter d'abord les axes principaux de la recherche sous la forme d'une problématique générale (I) avant de tenter de dégager les principales conclusions de cette recherche en étudiant les lignes directrices de celle-ci (II).

I) Problématique générale.

Le thème des modes alternatifs de règlement des conflits est passionnant à plusieurs égards.

Tout d'abord, le développement des modes alternatifs est à son début. Beaucoup de choses restent encore à faire tant au plan de la pratique qu'au plan de la réflexion théorique, même si les publications sur ce thème se sont multipliées récemment. Le chercheur bénéficie d'une matière en grande partie vierge qu'il lui revient de découvrir. Il serait cependant inexact de présenter les modes alternatifs comme une véritable nouveauté. Cette forme de justice est très ancienne, certainement plus ancienne que la justice d'Etat. Historiquement, c'est la justice étatique qui est alternative à la justice spontanée, informelle. La tendance actuelle n'est pas d'inventer de nouvelles formes de justice mais bien plutôt de redécouvrir des formes de justice ancestrales. C'est avant tout l'essor et l'engouement pour ce que l'on nomme les modes alternatifs qui confèrent à ce phénomène sa nouveauté.

Ensuite, l'étude des modes alternatifs est un défi pour les juristes français habitués à raisonner par rapport à un droit d'origine étatique mis en œuvre par des juges investis de l'autorité de l'Etat. Les juristes doivent donc, au contact des modes alternatifs, se défaire de leurs habits conceptuels afin d'appréhender une illustration particulièrement éclairante du pluralisme juridique¹. Le pluralisme juridique implique le pluralisme des méthodes de résolution des litiges. Mais ce pluralisme ne refoule pas l'existence de règles communes. C'est pourquoi, la présente étude des modes alternatifs de résolution des conflits s'inscrit, plus généralement, dans une démarche de droit processuel qui vise à décrire et à comprendre le droit commun du procès².

Il existe une première difficulté liée à la définition des modes alternatifs de règlement des conflits. Deux conceptions sont susceptibles d'être mises en œuvre. La première intègre les modes juridictionnels de résolution des conflits tels que l'arbitrage et les autorités administratives indépendantes. La seconde n'englobe que les modes non juridictionnels de résolution des conflits, au premier chef, la conciliation et la médiation. C'est la seconde conception que nous avons choisie. Tout d'abord, afin de limiter le champ de la recherche qui, sinon, aurait été trop étendu. Ensuite, parce que l'arbitrage et les autorités administratives indépendantes posent des questions spécifiques liées, précisément, au caractère juridictionnel ou quasi-juridictionnel de leur activité.

Les modes alternatifs de résolution des conflits ne sont pas une catégorie juridique aux contours tranchés. Comme le relève M. Cadiet, il s'agit avant tout d'un "état d'esprit"³ qui pousse à la recherche d'une solution des litiges qui soit acceptée, voire négociée entre les

¹ Sur cette notion, V. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 1994.

² V. S. Guinchard, M. Bandrac, X. Lagarde, M. Douchy, *Droit processuel Droit commun du procès*, Dalloz, 2001.

³ Souligné par nous.

⁴ Découvrir la justice, Dalloz, 1997, p. 67.

⁵ V. Ch. Jarrosson, "La médiation et la conciliation: essai de présentation", Droit et patrimoine, Décembre 1999, p. 36.

⁶ V. infra, E), sur la notion de conflit.

⁷ L'un des derniers textes significatifs en la matière est la loi du 18 décembre 1998 (D. 1999, Lég., p. 71). Cette loi étend le bénéfice de l'aide juridictionnelle à la tentative de transaction faite avant l'introduction de l'instance. De même, cette loi prévoit la création de maisons de justice et du droit destinées notamment à permettre les mesures alternatives de traitement pénal et les actions tendant à la résolution amiable des litiges.

parties, directement ou non, plutôt qu'imposée par un juge institué par l'Etat⁴. Cette imprécision quasi structurelle rend l'étude des modes alternatifs difficile. En employant la terminologie de modes alternatifs de résolution des conflits, l'analyste ne se réfère pas à une catégorie précise et certaine⁵. La terminologie est en effet changeante. On parle indifféremment de modes alternatifs de résolution des conflits (MARC), de règlement alternatif des différends (RAD), d'alternative dispute resolution (ADR), de solutions de rechange au règlement des conflits (SORREL). Nous avons choisi d'utiliser l'expression de modes alternatifs de résolution (ou de règlement) des conflits (MARC). La réalité est identique quels que soient les termes employés: les conflits sont résolus au moyen de processus non juridictionnels qui ont un degré d'indépendance plus ou moins marqué par rapport à l'Etat et au juge.

Le premier trait marquant est le caractère non juridictionnel des modes de résolution des conflits: le conflit n'est pas éteint au moyen d'une décision qui tranche le litige en attribuant ou en refusant des droits; le conflit prend fin par l'accord des parties. La solution n'est pas imposée par un tiers mais elle est négociée et finalement acceptée par les parties en litige. C'est une justice consensuelle car elle suppose l'adhésion des parties à la solution retenue. En ce sens, il s'agit, a priori, de la meilleure forme de justice possible car elle aboutit à une solution acceptée par tous. La paix sociale est rétablie par la concorde.

L'indépendance par rapport à l'Etat et au juge est le second trait caractéristique des modes alternatifs de résolution des conflits. Illustrant l'autonomie du droit par rapport à l'Etat, les modes alternatifs sont un exemple de justice "hors l'Etat" (même s'il faut être prudent dans l'utilisation du terme de justice en matière de modes alternatifs de résolution des conflits⁶). L'Etat n'a pas le monopole du droit, et, partant, n'a pas le monopole de la justice. Il existe une justice à côté de l'Etat (Toutefois, l'indépendance par rapport à l'Etat ne s'est pas construite contre l'Etat. Le développement des modes alternatifs de résolution des conflits est voulu et incité par l'Etat⁷). L'indépendance caractérisant les modes alternatifs permet de donner son sens au terme "alternatif". Il s'agit d'une alternative à la justice étatique, au juge institué par l'Etat pour dire le droit. Cette indépendance ne saurait cependant être totale. Il existe, d'une part, des différences selon que les modes alternatifs sont plus ou moins indépendants de la justice étatique (ce qui renvoie notamment à la distinction entre médiation judiciaire et médiation conventionnelle). D'autre part, les modes alternatifs ne peuvent se concevoir comme complètement détachés de l'influence de l'Etat. Un contrôle du juge est parfois possible, généralement a posteriori.

La médiation et la conciliation illustrent particulièrement bien les modes alternatifs de résolution des conflits. Ce sont ces modes de résolution des conflits qui ont retenu le plus notre attention. Il a été fait cependant référence ponctuellement à d'autres formes de modes alternatifs comme par exemple le mini-trial ou le med-arb.

Notre approche a visé à poser une question fondamentale: dans quelle mesure les modes alternatifs sont-ils intégrés dans le système juridique? Ne sont-ils pas des modes alternatifs au droit et pas simplement au juge? Trois questions fondamentales communes à tous les types de modes alternatifs de résolution des conflits ont été formulées:

- Quelle est la place de la règle de droit dans les modes alternatifs? Le tiers conciliateur rappelle-t-il les droits de chacun afin d'établir une base de discussion ou bien fait-il abstraction du droit? Si le droit est exclu du champ de la discussion, le médiateur fait-il appel à des normes sociales ou bien essaie-t-il de résoudre le conflit selon le bon sens ou sa définition personnelle de la justice et de l'équité? Partant peut-on transposer le concept de jurisprudence aux modes alternatifs de résolution des conflits? Quelle est la place de l'ordre public dans le cadre des modes alternatifs? Les parties à un litige peuvent-elles échapper à des règles d'ordre public en décidant de se passer du recours à un juge et saisir un médiateur?

- Quelle est la place de la procédure dans les modes alternatifs? Le conflit appelle classiquement la procédure. Cette question permet de préciser le terme de conflit (ou de

litige ou de différend). Le conflit dans un mode alternatif est “dépolémisé”. S’agit-il toujours d’un conflit au sens propre? Les parties sont, en effet, d’accord pour trouver une solution négociée. N’y a-t-il pas conflit lorsque l’opposition d’intérêts est totale et ne peut être tranchée que par un tiers au moyen d’une décision juridictionnelle? Dès lors les modes alternatifs ne sont-ils pas bâtis plus sur un processus que sur une procédure? Ainsi, faut-il appliquer les principes fondamentaux du procès, et au premier chef, le principe de la contradiction?

- Quelle est l’issue des modes alternatifs? Comment se formalise l’accord des parties? C’est en répondant à de telles questions que l’on observera l’entrée dans la vie juridique des modes alternatifs. L’issue d’un mode alternatif peut être purement informelle, comme l’était la procédure elle-même. Les parties peuvent en effet s’entendre pour mettre fin au litige sans pour autant que l’accord prenne une forme particulière. Mais, le plus souvent, l’accord se formalise juridiquement. Il peut s’agir d’un contrat de transaction (qui peut désormais être revêtu de la force exécutoire par le juge), d’un jugement d’expédient ou un jugement de donné acte (autrement appelé contrat judiciaire) ou bien d’un accord qui sera homologué par le juge (art. 25 de la loi du 8 février 1995 sur la médiation). Lorsque le juge intervient, le mode alternatif est réintégré dans le circuit judiciaire. Quel est la nature de l’accord homologué? S’agit-il d’un acte de nature contractuelle, juridictionnelle, hybride?

II) Lignes directrices.

A) La place du droit dans les modes alternatifs de résolution des conflits.

Le thème central de la recherche est fondé sur la place du droit dans le cadre des modes alternatifs de règlement des conflits. Il semble que, dans la pratique, il y ait une gradation. Selon les cas, il est possible que le droit ne tienne aucune place ou bien au contraire que les modes alternatifs soient une réplique de la justice institutionnelle (respect des principes de procédure, application du droit au fond du litige...). La majorité des hypothèses se situe sans doute entre ces deux extrêmes: le droit n’est pas complètement évacué mais il n’est pas appliqué de la même manière que devant un juge étatique. Son rôle est plus réduit, les modes alternatifs tendent ainsi à assouplir la rigueur du droit, à le rendre plus flexible, plus malléable. Dans la plupart des hypothèses, il est donc probable que les modes alternatifs gravitent non pas dans une pure zone de non-droit mais plutôt dans une “zone grise” où le droit est présent mais de manière différente que devant le juge d’Etat. Si les modes alternatifs n’appartiennent pas complètement au droit, il ne s’agit donc pas non plus de non-droit⁸. Ceux-ci appartiennent, dès lors, à ce que l’on peut appeler l’infra-droit, le para-droit, le quasi-droit, ou le pré-droit⁹. En outre, il semble que la justice rendue par les modes alternatifs ne remplit aucune fonction normative. En général, aucune jurisprudence, sinon une jurisprudence “sociale”¹⁰ ne découle d’une conciliation ou d’une médiation. En effet, la solution au litige est purement individuelle et n’est pas généralisable. De plus, la confidentialité empêche que les tiers aient connaissance de l’issue du litige. Enfin, si la solution n’est pas rendue en droit, elle n’est pas susceptible d’être reproduite à l’identique.

L’autre question portant sur la place du droit dans les modes alternatifs intéresse non pas le droit substantiel mais le droit processuel. Cette interrogation est liée à la place des principes fondamentaux de procédure dans les modes alternatifs de règlement des litiges¹¹. Il résulte de notre étude que le principe de la contradiction ne s’applique pas à la médiation et à la conciliation. Mais, afin d’assurer la loyauté du processus de médiation, il semble possible de proposer l’application du standard de la bonne foi contractuelle.

Une question semble-t-il majeure, et jusque là passée sous silence, a été abordée: celle de la nature juridique des relations entre le médiateur ou le conciliateur et les parties et plus largement celle du statut du médiateur et du conciliateur¹². Les parties pourraient-elles reprocher au médiateur d’avoir mal conduit la médiation? Mme Girardot-Rouhette le pense et émet un certain nombre de propositions dans ce sens en étudiant la mission du tiers médiateur (ou conciliateur) tant au regard des obligations qui lui incombent et de la responsabilité qui en découle.

⁸ Outre les analyses célèbres de J. Carbonnier sur ce sujet, V. plus récemment, A. Sériaux, “Question controversée: la théorie du non-droit”, RRJ, 1995, p. 13; M. Douchy, “La notion de non-droit”, RRJ, 1992, p. 433.

⁹ Ces expressions sont inspirées de J.M. Olivier, “Les sources administratives du droit des obligations”, in Le renouvellement des sources du droit des obligations, LGDJ, 1997, p. 109, spéc., p. 112.

¹⁰ V. en matière d’assurance, la contribution de Chantal Russo.

¹¹ V. la contribution de JB. Racine.

¹² V. la contribution de E. Girardot-Rouhette.

La formalisation de l'accord mettant fin au processus de médiation ou de conciliation fait passer ce processus de la zone du quasi-droit à la zone du droit. Il n'y a pas de contribution dans le présent ouvrage qui traite spécialement cette question. Mais un début de réponse peut être donné. C'est la nature juridique de l'acte constatant l'accord des parties pour mettre fin à leur litige qui pose le plus de problèmes et qui doit être précisée. A priori, deux qualifications sont susceptibles d'être apportées à cet acte: soit une qualification contractuelle soit une qualification juridictionnelle. Il semble peut-être nécessaire de sortir des sentiers battus et de proposer une nouvelle qualification. Une récente réforme de la transaction invite à aller dans ce sens. L'article 1441-4 NCPC permet depuis le décret du 28 décembre 1998 au président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, de conférer force exécutoire à l'acte qui lui est présenté. La nature juridique de la transaction homologuée est discutée¹³. Il semble cependant possible de voir dans cet acte un hybride de contrat et de jugement formant une catégorie intermédiaire entre ces deux pôles¹⁴. Mais la recherche est encore à son début. Ainsi, le régime qui découlerait d'une telle qualification reste encore à inventer et pourrait faire l'objet d'une étude à part entière.

¹³ Il semble possible de voir dans un récent avis de la Cour de cassation (20 oct. 2000, JCP. Ed. G, 2001, 11, 10479 obs. Y. Desdevises) un indice plutôt favorable à la nature contractuelle de la transaction homologuée. En effet la Cour de cassation a été d'avis que la transaction homologuée n'est pas un titre exécutoire au sens de l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991 permettant l'expulsion. Toutefois, un tel chemin doit être suivi avec précaution car la Cour de cassation ne s'est pas prononcée directement sur la nature juridique de la transaction homologuée. Elle a simplement refusé d'assimiler au sens de l'article 61 de la loi de 1991 un tel acte à une décision de justice (qui présente bien entendu un caractère juridictionnel) ou à un procès-verbal de conciliation exécutoire (qui, quant à lui, présente une nature contractuelle).

¹⁴ V. Y. Desdevises, "Les transactions homologuées: vers des contrats juridictionnalisables?", D. 2000, chr., p. 284.

¹⁵ Pour une attitude critique, E. Camous, Règlements non juridictionnels des litiges de la

B) Approche critique des modes alternatifs de résolution des conflits.

Cette approche vise à trancher avec le discours dominant qui ne voit globalement dans les modes alternatifs que des aspects positifs. Il est apparu que les modes alternatifs présentaient parfois des dangers et étaient potentiellement porteurs de régression.

1) La spécificité de certaines matières montre que les modes alternatifs peuvent être dangereux. Il en est ainsi dans les cas où une partie en état de faiblesse bénéficie d'une protection légale. Les domaines concernés sont, par exemple, le droit de la consommation¹⁵ et le droit des assurances¹⁶. Les modes alternatifs risquent de permettre aux professionnels de contourner les obligations que la loi leur impose en vue de protéger le consommateur ou l'assuré. Le consommateur n'a-t-il pas à craindre que les professionnels utilisent les modes alternatifs afin d'éviter les sanctions qu'un juge étatique leur infligerait? La confidentialité des modes alternatifs permet, au surplus, aux professionnels d'éviter la publicité d'une condamnation éventuelle qui pourrait porter atteinte à leur image auprès du public. La justice perd ici sa fonction d'exemplarité. C'est donc une approche critique qui prévaut en ces matières de manière à mettre en exergue les risques inhérents au développement des modes alternatifs. Une distinction se dégage donc, distinction entre les modes alternatifs s'appliquant à des rapports équilibrés qui, a priori, ne présentent aucun danger, et les modes alternatifs s'appliquant à des rapports déséquilibrés, qui doivent faire l'objet d'une vigilance particulière.

2) Il ne faut pas non plus idéaliser à l'excès les modes alternatifs. Certains auteurs pensent qu'il s'agit de la meilleure forme de justice imaginable car l'ensemble des parties au litige accepte la solution proposée. La solution n'est plus imposée, elle est acceptée. Mais, il ne faut pas sous-estimer les conflits d'intérêts qui subsistent. Il y a certes un intérêt commun à la résolution négociée du litige mais derrière la négociation, il demeure des conflits d'intérêts. Il est même possible de "perdre" à l'issue d'une médiation comme il est possible de conclure un contrat désavantageux.

3) La réflexion portant sur les modes alternatifs de règlement des litiges a permis également d'aborder une question subversive: celle du marché de la justice. Il en résulte trois séries de remarques.

- Le développement des modes alternatifs réalise une forme de déréglementation (consciente ou inconsciente, en tout cas favorisée par l'Etat) du secteur de la justice. Or la déréglementation concerne ici la justice, -c'est-à-dire un service public administratif, une activité ancrée au cœur de la conception française du service public. Le mouvement ne pourrait-il pas dès lors s'apparenter à l'ouverture à la concurrence d'autres services publics tels que celui des télécommunications, de la poste ou de l'électricité? Tous les services publics, y compris celui de la justice, sont touchés par la logique de marché. Le

développement des modes alternatifs, dans cette optique, s'inscrit dans le cadre d'une politique plus générale de privatisation (au sens large) des services publics.

- La justice privée a tendance à s'organiser en marché. Cette remarque s'applique parfaitement aux centres d'arbitrage qui sont, entre eux, en situation objective de concurrence. La création de nouvelles formes de résolution du contentieux s'apparentent à certains égards à la création de nouveaux services offerts sur le marché de la justice et destinés à attirer la clientèle des litigants. Les modes alternatifs sont donc destinés à concurrencer l'arbitrage. Les centres proposant des modes alternatifs entendent ainsi conquérir des parts sur le marché de la justice privée. Il existe en outre une concurrence entre les centres privés de médiation.

- Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges va également poser à terme la question de la formation des médiateurs et des conciliateurs. Certains centres offrent déjà des formations spécialisées et délivrent l'équivalent de diplômes. Au surplus, il faudra se demander si la fonction de médiateur ou de conciliateur est susceptible de devenir à terme une véritable profession. Pour certains, cette perspective est à rejeter. Selon M. Pluyette, "la médiation judiciaire n'est pas et ne doit pas être une profession, c'est un concours apporté volontairement au service de la justice pour favoriser l'apaisement des conflits; elle participe donc d'un esprit de service"¹⁷. Il est cependant possible qu'une véritable profession émerge en raison de l'existence d'un marché de la justice privée. De plus, de nombreux médiateurs et conciliateurs perçoivent une rémunération. Rien ne s'oppose a priori à l'éclosion d'une profession, au départ à un stade informel.

¹⁷ "Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires", Rev. arb. 1997., p. 505, spéc., p. 520.

C) La grande diversité des disciplines concernées par les modes alternatifs de résolution des conflits.

De nombreuses disciplines sont touchées par le phénomène des modes alternatifs de résolution des conflits. Il n'a pas été effectué un recensement exhaustif. Mais la présente étude montre que de multiples domaines du droit, au demeurant fort différents les uns des autres, ouvrent leur porte aux modes alternatifs. Ces derniers présentent donc de multiples facettes. Il n'est pas certain que des traits absolument communs à toutes les expériences de modes alternatifs puissent être dégagés tant leur diversité est grande. Les modes alternatifs relèvent bien d'un même "état d'esprit" mais leurs modalités concrètes et techniques varient assez profondément d'une discipline à une autre.

Les relations d'affaires sont, bien entendu, un terrain propice aux modes alternatifs, particulièrement dans les affaires internationales. Dans cette matière, les modes alternatifs permettent de résoudre des conflits portant généralement sur des sommes considérables. Ce sont des gros litiges qui sont ainsi tranchés. Mais les modes alternatifs ne sont pas limités aux relations d'affaires et appréhendent également des petits litiges, les litiges du quotidien, des litiges de masse. Il en est ainsi en droit de la consommation. Gros litiges, petits litiges: tout litige, quel que soit son montant, peut donner lieu à un processus de mode alternatif de résolution des conflits. Mais les modes alternatifs ne portent pas uniquement sur les litiges d'ordre pécuniaire comme le montre la conciliation en matière sportive¹⁸. En cette matière, la conciliation présente une grande originalité qui réside, notamment, dans le caractère obligatoire de la conciliation tentée devant le Comité national olympique et sportif français (CNOSF).

¹⁸ V. la contribution de M. Ngo.

Certains types de litiges, où pourtant l'intérêt général est particulièrement présent, peuvent faire l'objet d'un règlement alternatif. Il s'agit tout d'abord de la matière familiale dans certains cas. Deux contributions permettent d'aborder un tel phénomène. La première concerne le droit de l'adoption¹⁹. La seconde s'intéresse à l'étendue du champ contractuel ouvert à la médiation familiale²⁰. Il s'agit ensuite du droit pénal²¹. Dans cette dernière hypothèse, la médiation n'a pas pour effet d'éteindre l'action publique mais de réconcilier, afin de rétablir la paix sociale, le délinquant et la victime. Même le droit pénal, paradigme de droit contraignant, s'assouplit. La conciliation est même connue du droit du travail (la tentative de conciliation est obligatoire devant le conseil des prud'hommes). En cette matière, la conciliation prend même parfois une dimension collective. Il existe d'autres formes de conciliation collective comme par exemple les procédures de surendettement portées devant la commission départementale de surendettement et la conciliation prévue par la loi

¹⁹ V. la contribution CE. Roman.

²⁰ V. la contribution de N. Balbo-Izarn.

²¹ Pour une étude de la pratique de la médiation pénale à Toulon et Draguignan, V. la contribution de G. Dorvaux, C. Leveel e S. Benmaad.

²² Sur la conciliation en matière de défaillances des entreprises, V. la contribution de V. GomezBassac.

de 1984 sur les difficultés des entreprises²².

De cette diversité peuvent être déduites deux conclusions. Tout d'abord, l'essor des modes alternatifs de résolution des conflits est bien un mouvement de fond qui affecte le système juridique dans son entier. Ensuite, des disciplines du droit où l'Etat est très présent et où l'ordre public est très fort, comme par exemple le droit pénal, sont touchées par le flux des modes alternatifs.

Ainsi, l'épanouissement des modes alternatifs de règlement des conflits est bien plus qu'un effet de mode (même si cet effet, en provenance des Etats-Unis ne doit pas être négligé). Le recours aux modes alternatifs est bien plus qu'un remède aux dysfonctionnements du service public de la justice, à la crise, tant structurelle que conjoncturelle, de la justice (dont la lenteur est le révélateur le plus marquant). Le développement des modes alternatifs révèle, en réalité, une mutation profonde du système juridique contemporain. Cette mutation recouvre le passage d'un droit imposé à un droit négocié. L'ère de l'Etat tout puissant est révolue (durant cette période la loi, puis le règlement, étaient les modes privilégiés de régulation). L'Etat s'est fait plus modeste. Nous vivons à l'heure actuelle dans une société qui fait plus de place au contrat. Le droit existe en dehors de l'Etat. Ces mutations du système juridique ont naturellement une influence sur la résolution des litiges. On passe alors de la justice imposée à la justice négociée, de la justice rigide à la justice souple. Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits en est l'illustration la plus frappante. L'étude des modes alternatifs de résolution des conflits confirme donc concrètement le désengagement de l'Etat de la résolution des litiges et le mouvement de contractualisation de la société sur ce terrain.

D) Les modes alternatifs de résolution des conflits confrontés à la notion de régulation.

²³ V. A.J. Arnaud, Pour une pensée juridique européenne, PUF, coll. Les voies du droit, 1991; J. Chevallier, "Vers un droit post-moderne?", in Les transformations de la régulation juridique, sous la direction de G. Martin, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998, p. 21.

²⁴ V., G. Timsit, "La régulation, naissance d'une notion", in Archipel de la norme, PUF, 1997, p. 161. Pour une autre approche, V. M.A. Frison-Roche, "Le droit de la régulation", D. 2001, p. 610.

²⁵ A. Jeammaud, "Introduction à la sémantique de la régulation juridique", in Les transformations de la régulation juridique, op. cit., p. 52.

Replacés dans leur environnement, les modes alternatifs de résolution des conflits permettent de révéler la notion nouvelle de régulation. La notion de régulation est, en grande partie, neuve dans la science juridique. Pour l'instant, cette notion est encore assez mal connue de la communauté des juristes. Pourtant, la régulation présente, au niveau de la théorie du droit, une grande utilité. Cette notion permet de révéler l'existence d'un droit post-moderne²³. La régulation serait une réponse à la complexité de la société contemporaine, complexité qui appelle une adaptation des modes d'élaboration et d'application de la règle de droit. Cette adaptation se fait alors sur le mode de la flexibilité. Par la régulation, les normes se font souples, négociées, évolutives. La régulation est difficile à définir²⁴. Ses contours sont fuyants. Comme le relève un auteur, il s'agit d'un "terme omnibus ou passe-partout"²⁵.

La définition de la régulation est alors tributaire de la formulation d'hypothèses.

La régulation n'est pas un synonyme de réglementation. C'est une notion originale. Deux sens, a priori, peuvent être donnés à ce concept.

Il s'agit tout d'abord d'un autre mode d'élaboration et d'intervention du droit. La régulation juridique opère un changement voire une rupture par rapport au droit classique dit "droit moderne". La régulation permet de décrire les nouvelles formes du droit.

Dans un second sens, qui n'exclut pas au demeurant le premier, la régulation est plus vaste que le droit. Il y a hétéronomie (partielle) de la régulation par rapport au droit. Dans sa mise en œuvre concrète, la régulation ne fait pas appel qu'au droit mais aussi à d'autres disciplines normatives.

La seconde hypothèse repose sur les causes de la régulation. C'est le mouvement de déréglementation qui a donné naissance à la régulation. Les expressions de déréglementation et de dérégulation sont souvent considérées comme synonymes. A tort. Comme l'a montré J. Chevallier²⁶, il ne faut pas confondre déréglementation et dérégulation. Au contraire, la déréglementation appelle la régulation. La déréglementation n'opère pas un passage vers la liberté totale, la liberté sauvage, sans contrôle. C'est la régulation qui se substitue à la réglementation. Il est certain que le concept de régulation permet de décrire

²⁶ Les enjeux de la déréglementation, RDP, 1987, p. 281.

le retrait de l'Etat de la régulation sinon sociale du moins économique. L'Etat n'est plus le seul régulateur. Il y a d'autres modes de régulation que les modes étatiques.

²⁷ "L'évitement du juge civil", in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 221.

On s'est intéressé en doctrine à la régulation par rapport aux sources du droit et aux transformations de la norme. La régulation permet aussi de mettre en valeur les transformations qui affectent le rôle du juge. L'essor considérable des modes alternatifs de résolution des conflits correspond en effet au mouvement de régulation. Le juge étatique n'est plus le seul organe de régulation. Ces modes alternatifs ont pour objectif d'éviter le recours au juge étatique. Selon S. Guinchard, il y a "déjudiciarisation des rapports sociaux"²⁷. Le but est d'obtenir une solution à un litige de manière plus souple et plus adaptée. On passe alors de la justice publique à la justice privée, de la justice rigide à la justice souple. Les modes alternatifs de résolution des conflits sont l'une des formes que revêt la régulation.

²⁸ J. Chevallier, "Vers un droit post-moderne?", op. cit., p. 38.

Le conciliateur ou le médiateur intervient en tant que régulateur. On sait que la régulation au sens général n'est pas entièrement synonyme de droit. Le droit est un mode de régulation parmi d'autres. Mais il y a régulation par d'autres normes que des normes juridiques. Très souvent un même organe de régulation dispose de ces différents moyens de réguler: le droit et d'autres normes sociales. "La régulation suppose le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non-juridiques"²⁸. L'une des caractéristiques majeures de la régulation est donc de ne pas être exclusivement juridique (ce qui montre aussi l'ouverture du droit sur d'autres systèmes). Cette remarque s'applique particulièrement aux modes alternatifs de résolution des conflits. Les médiateurs et conciliateurs peuvent utiliser des instruments juridiques pour inciter les parties à trouver un accord. Mais ils ont le privilège de pouvoir utiliser un panel de normes beaucoup plus étendu que celui offert au juge. Le juge, sur le fondement de l'article 12 NCPC, a le devoir de statuer en droit. Le médiateur ou le conciliateur peut prendre appui sur toute norme de référence de son choix qu'il estime utile. Il peut même ne pas se référer à une norme en particulier et simplement laisser vivre la discussion entre les parties pour que celles-ci trouvent un accord.

²⁹ V. la contribution de F. Siiriainen.

La régulation est une réponse à la complexité. C'est parce que le système est trop complexe que la réglementation étatique est inadaptée. Il faut de la souplesse pour répondre à la complexité. Par exemple, Internet est à la fois un système complexe et autonome. La réglementation classique, sans pour autant être totalement inefficace, est largement inadaptée. Il faut recourir à des modes de régulation. Les modes alternatifs de résolution des conflits sont un mode adapté aux spécificités d'Internet²⁹. Il n'est donc pas étonnant que le réseau Internet ait créé lui-même des processus de résolution des conflits qui sont de nouvelles formes de modes alternatifs de résolution des conflits. Concernant Internet, les modes alternatifs de résolution des conflits favorisent clairement l'autorégulation du système.

E) L'étude des modes alternatifs de résolution des conflits permet de préciser la notion de conflit.

³⁰ J.F. Six, *Le temps des médiateurs*, Le Seuil, 1990,

L'objet des modes alternatifs de résolution des conflits étant fuyant, il est utile d'essayer de dresser des cadres d'analyse à l'aide d'une typologie. C'est pourquoi, la typologie de la médiation dressée par M. Six peut aider à clarifier l'étude³⁰. Cet auteur distingue quatre types de médiation. Il y a, selon lui, la médiation "créatrice" destinée à susciter entre des personnes de nouveaux liens; la médiation "rénovatrice" qui réactive des liens distendus; la médiation "préventive" qui évite la survenance d'un conflit; la médiation "curative" qui aide les parties à éteindre un conflit³¹. Ces définitions sont empreintes d'une acception large de la médiation. Pour ce qui concerne la présente étude, il convient de restreindre principalement le sujet aux modes alternatifs de résolution des conflits "curatifs". L'hypothèse de départ repose sur l'existence d'un conflit entre des parties. La fonction du mode alternatif mis en œuvre sera d'éteindre ce conflit. Cette notion de conflit nous semble fondamentale. C'est pourquoi, il est utile d'en préciser le sens.

³¹ V. aussi, M. Guillaume-Hofnung (*La médiation*, Coli. *Que sais-je?*, 1995, p. 72) qui propose de distinguer entre les médiations en dehors de tout conflit et les médiations conflictuelles

La notion de conflit est avant tout une notion relevant de la sociologie et non du droit. La matière juridique est plus habituée à employer les termes de procès ou de contentieux. Il faut tenir pour établi que les notions de conflit, de litige, de contestation et de différend sont

³² L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1998, p. 3

³³ L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 3.

³⁴ V., *Le Monde*, 16 septembre 1999, "Des séances de médiation pour se démarier pour de bon". Le médiateur interrogé explique que les couples qu'il reçoit peuvent "exprimer leurs sentiments, leur colère, mais aussi leur bonne volonté". S'agissant d'un couple en particulier, le même médiateur ajoute: "Ici, ils sont en train de se "démarier" pour de bon. Ce n'est certainement pas devant la justice que cela se fait".

³⁵ "La place de la médiation familiale dans le droit de l'adoption", infra.

³⁶ Sur ce terme, V., J.B. Bonafé-Schmitt, *La médiation, une justice douce*, Alternatives Sociales, 1992.

³⁷ V. M.E. Cartier, "Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale", *RGDP*, 1998, p. 1.

³⁸ V., la loi du 23 juin 1999 (D. 1999, lég., p. 311) qui a modifié le code de procédure pénale et qui a introduit, notamment, la composition pénale (V., J. Pradel, "une consécration du "plea bargaining" à la française: la composition pénale", D. 1999, chr., p. 379).

³⁹ V. Ch. Jarrosson, "La médiation et la conciliation: essai de présentation", op. cit., p. 38. Sur cette conception, V., J.F. Six, *Le temps des médiateurs*, op. cit.

⁴⁰ V. F. Terré, "Esquisse d'une sociologie des procès", in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1995, p. 274. Du même auteur, V., "Au cœur du droit, le conflit", in *La justice, l'obligation impossible*, sous la direction de W. Baranès et M.A. Frison-Roche, *Séries morales Essais*, Points, 1999, p. 108. V. aussi, J.G. Belley, *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit*, Th. Paris, 11, 1997, *Dactyl.*, p. 166 et s.

⁴¹ F. Terré, op. cit.

⁴² M.A. Frison-Roche, Introduction, in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 288.

⁴³ V. J.F. Guillemain, "Les situations de nature à nécessiter un recours aux ADR", *Droit et patrimoine*, Décembre 1999, p. 50.

synonymes. Il serait possible de distinguer de telles notions entre elles. Mais de telles distinctions seraient sans doute trop subtiles pour être opératoires. On peut définir le litige comme étant un conflit de volontés³² L'originalité des modes alternatifs de résolution des conflits est de transformer ce conflit de volontés en accord de volontés. Il faut en revanche nettement distinguer le conflit du contentieux. Le conflit ne devient contentieux que lorsqu'un juge est saisi. Dans les modes alternatifs de résolution des conflits, il est impossible de parler de contentieux ni même de procès.

Les modes alternatifs de résolution des conflits ne portent pas toujours sur un litige au sens strict. "Le litige peut être défini comme un différend présentant un caractère juridique"³³. Dans le litige porté devant le juge, l'objet du différend ne peut être que juridique. Le conflit résolu par un mode alternatif n'est pas forcément toujours juridique. Par exemple, les conflits familiaux comme les conflits au sein d'un couple peuvent être résolus à l'aide de la médiation³⁴. De même, comme le montre Melle E. Roman³⁵ les conflits nés entre la famille d'adoption et la famille d'origine relativement à la levée du secret des origines peuvent être résolus par le biais d'une médiation. Ce conflit n'est pas exclusivement juridique et, par conséquent, n'appelle pas seulement la mise en œuvre de normes juridiques. Ainsi, les modes alternatifs ont un rôle privilégié à jouer dans le domaine des relations sentimentales et affectives. Les modes alternatifs, en tant que justice "douce"³⁶ sont particulièrement bien adaptés à la sphère des sentiments. Mais le conflit n'est alors pas juridique. Une remarque similaire peut être faite à propos de la médiation pénale³⁷. Il n'y a pas au sens propre de litige. La médiation a pour objet d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits³⁸. La médiation n'a pas pour objet de trancher un litige. Sa raison d'être tient à la nécessité de renouer le lien social, de faciliter les rapports sociaux, de rétablir une communication disparue³⁹.

Il existe des degrés dans le conflit. Un conflit peut être plus ou moins difficile à résoudre. Bien sûr, les modes alternatifs de résolution des conflits ne sont envisageables que si le conflit peut être résolu par un accord de volonté entre les parties. Certains travaux ont permis de dresser une typologie des conflits. Il a par exemple été distingué entre les conflits d'intérêts et les conflits de valeurs⁴⁰. Le conflit d'intérêts oppose des individus à propos d'un bien qui est trop rare pour que toutes les parties soient satisfaites. Ce type de conflit incite au partage. Le conflit de valeurs, quant à lui, porte sur un antagonisme relatifs à des valeurs sociales. Les solutions négociées dans ce dernier type de conflit sont beaucoup plus difficiles à obtenir. Si l'on suit cette première typologie, les modes alternatifs de résolution des conflits sont plus adaptés aux conflits d'intérêts qu'aux conflits de valeurs. Selon une deuxième typologie, il serait possible de distinguer entre les conflits réalistes et les conflits non réalistes⁴¹. Dans les premiers, le conflit est un moyen utilisé pour atteindre un objectif déterminé. Dès lors, si le résultat peut être atteint d'une manière différente, les parties seront incitées à suivre cette dernière manière, par exemple en recourant à un mode alternatif de résolution des conflits. Dans les seconds, le conflit est une fin en soi. Le conflit focalise l'agressivité qui existe entre les parties. Dans ce type de conflit, le recours à un mode alternatif semble exclu. Ces deux typologies rejoignent une dernière distinction, celle entre contentieux "chaud" et contentieux "froid"⁴². Dans le contentieux chaud, les parties investissent leur personne et leurs valeurs dans le contentieux. Dans le contentieux froid, les parties se contentent d'ajuster leurs intérêts. Les modes alternatifs de résolution des conflits conviennent mieux aux contentieux "froids" qu'aux contentieux "chauds".

Les modes alternatifs de résolution des conflits ont un rôle particulier à jouer dans la vie des affaires. En effet, les échanges économiques créent des liens particuliers entre les partenaires, liens susceptibles de favoriser la recherche d'un accord amiable. Principalement, lorsque deux agents économiques sont en relations d'affaires continues, il est de l'intérêt de tous de rechercher une solution de compromis au moyen d'un accord plutôt que d'entamer un procès⁴³. C'est en réalité une logique économique qui favorise une telle démarche. La volonté d'éviter une perte de temps et d'argent ajoutée au souci de maintenir une relation de confiance avec un partenaire efficace justifient la recherche d'une solution

⁴⁴ Comme l'écrit un auteur, "Une attitude légaliste serait surtout étrangère à la logique de l'échange économique qui doit présider à la recherche d'un arrangement satisfaisant pour les deux parties. Cette logique enseigne que l'opportunité et même la légitimité des comportements doivent s'apprécier en fonction de leur contribution à l'augmentation des profits. Elle incite à consacrer plus de temps et de ressources à améliorer les échanges futurs qu'à réparer les fautes du passé. Elle dispose à accepter un règlement qui ne compense qu'en partie le préjudice subi, s'il contient la promesse du renouvellement d'une relation commerciale profitable". V. J.G. Belley, "Vous qui êtes un client juste et honnête...", in *La justice, l'obligation impossible*, op. cit. p. 122, spéc., p. 129. Dans le cadre d'une étude de cas portant sur une entreprise québécoise, cet auteur établit trois critères -la domination, la dépendance et la confiance- qui permettent d'expliquer quelles sont les motivations poussant les acteurs économiques à rechercher des solutions négociées.

⁴⁵ Les réflexions qui suivent sont en partie dues aux discussions que l'auteur de ces lignes a eues avec Monsieur Jean Timsit, président du Centre de résolution des conflits. L'auteur tient à le remercier.

⁴⁶ Découvrir la justice, op. cit., p. 68.

⁴⁷ La Cour de cassation a toutefois admis récemment qu'un contrat de transaction pouvait être annulé pour violence économique, V. Cass., 1^{ère} civ, 30 mai 2000, D. 2000, jur. p. 879, note J.P. Chazal.

négociée⁴⁴. pour Ce qui nous intéresse, il faut constater que cette tendance à la recherche d'un accord négocié s'applique opportunément aux modes alternatifs.

Les modes alternatifs de résolution des conflits se situent sans doute entre la négociation directe entre les parties et le recours au procès ordinaire. Dans la négociation directe, les parties entretiennent une relation de confiance telle qu'elles peuvent surmonter seules le conflit qui les oppose. Dans le procès ordinaire, les parties sont désunies totalement et seul un juge peut autoritairement trancher le conflit.

Lorsqu'un conflit est susceptible d'être résolu par un mode alternatif, celui-ci s'apparente plutôt à une simple opposition d'intérêts⁴⁵. C'est pourquoi, les modes alternatifs de résolution des conflits sont souvent plus proches de l'institution du contrat que de celle du jugement. La remarque s'applique particulièrement aux modes alternatifs de résolution des conflits conventionnels. Les modes alternatifs judiciaires restent en partie dans l'orbite du juge et présentent une nature contractuelle moins marquée.

Il y a dans un contrat une opposition d'intérêts évidente entre les parties. Pour prendre un exemple très simple, le vendeur veut vendre le plus cher possible et l'acheteur veut acheter le moins cher possible. Il n'y a pas véritablement conflit entre les contractants. Mais il y a une simple opposition d'intérêts. Dans le cadre d'un mode alternatif de résolution des conflits, l'opposition d'intérêts entre les parties n'est pas fondamentalement différente de celle qui existe dans un contrat. La similitude est d'autant plus frappante lorsque les modes alternatifs se terminent par la conclusion d'un contrat. Prenons l'exemple d'un contrat de transaction. Dans ce cas, le mode alternatif employé s'apparente à un processus de négociation du contrat de transaction. Ainsi, la médiation et la conciliation conventionnelles organisent les pourparlers destinés à conclure le contrat de transaction.

La médiation et la conciliation conventionnelles ne sont donc rien d'autres que l'organisation, notamment par l'intervention d'un tiers, de pourparlers destinés à la conclusion d'un accord de volonté mettant fin au conflit. Ce qui distingue ces pourparlers des pourparlers "classiques", c'est l'intervention d'un tiers dont le rôle est de faciliter la conclusion d'un accord. Ce tiers, dénué de tout pouvoir juridictionnel, n'est rien d'autre qu'un "accoucheur". Il permet aux parties à la négociation de réduire leur opposition d'intérêts afin de déboucher sur un accord.

Enfin, l'une des questions fondamentales est celle de savoir si la notion de justice est adaptée aux modes alternatifs de résolution des conflits? Peut-on parler au sens propre de justice alternative? S'agit-il toujours de justice? En effet, les parties au conflit résolvent ce dernier par un accord de volonté. Le terme de justice ne devrait-il pas être réservé aux cas dans lesquels un juge intervient en tranchant la contestation au moyen d'une décision juridictionnelle? La justice issue des modes alternatifs de résolution des conflits n'est pas une justice institutionnelle mais une justice contractuelle. Autrement dit, la justice, dans les modes alternatifs de résolution des conflits, résulte du contrat. Il s'agit d'une justice au sens substantiel. La justice n'est pas rendue par un juge; elle émane de la volonté des parties au litige. Ce questionnement permet d'aborder l'un des thèmes majeurs du droit des contrats: l'accord contractuel est-il nécessairement juste? Contrairement à ce que pouvait penser Fouillée, qui dit contractuel ne dit pas forcément juste. La justice qui doit être recherchée dans les modes alternatifs de résolution des conflits devraient consister dans la recherche d'un équilibre substantiel dans l'accord des parties mettant fin au litige. Comme l'écrit M. Cadet, il conviendrait d'aboutir dans le règlement amiable à "l'équité de la situation juridique née du contrat, à l'équilibre des intérêts de chacun des contractants"⁴⁶. Le contrôle du juge sur l'accord mettant fin au litige pourrait être conçu comme garantissant cet équilibre. Le droit positif ne va pourtant pas dans ce sens. Ainsi, par exemple, il est expressément prévu que le contrat de transaction ne peut être rescindé pour lésion (art. 2052 al. 2 C. Civ)⁴⁷. En revanche, le nouvel article 1441-4 du nouveau Code de procédure civile pourrait être conçu comme permettant au juge d'apprécier l'équilibre du contrat de transaction avant de lui conférer force exécutoire. Mais, à l'inverse, un contrôle trop poussé du juge risque de détourner les parties du recours à la transaction homologuée. Difficile équilibre à

trouver entre la liberté contractuelle et l'égalité substantielle, entre la force obligatoire du contrat et l'interventionnisme judiciaire...

SOMMAIRE

Résumé

Introduction par JB. Racine

I) Partie générale

- Estelle Girardot-Rouhette, "La mission du tiers dans les modes alternatifs des conflits: une mission aux contours incertains".
- J.B. Racine, "Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs des conflits".

II) Partie spéciale

- Ch. Russo, "Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le domaine des assurances: l'exemple de la médiation".
- F. Siiriainen, "Réflexions sur les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) dans le commerce électronique".
- E. Roman, "La place de la médiation familiale dans le droit de l'adoption".
- N. Balbo-Izarn, "L'étendue du champ contractuel ouvert à la médiation familiale".
- V. Gomez-Bassac, "Les modes amiables de résolution des défaillances des entreprises".
- M.A. Ngo, "La conciliation sportive obligatoire devant le Comité National Olympique et Sportif Français".
- G. Dorvaux, C. Leveel, S. Benmaad, "La médiation pénale: bilan d'application et perspectives d'évolution (Etude pratique dans les ressorts de Toulon et de Draguignan)".

Synthèse par L. Boy et J.J. Sueur