

Centre de recherche en droit économique (CREDECO).

Université de Nice Sophia Antipolis.

UPRES-A 6043 CNRS

Centre d'études et de recherches sur les contentieux (CERC)

Université de Toulon et du Var.

LES MODES ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES CONFLITS :

APPROCHE GENERALE ET SPECIALE

Etude coordonnée par J.-B. RACINE

**Recherche réalisée avec le soutien du GIP « Mission de
Recherche Droit et justice »**

Mars 2001

LES MODES ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES CONFLITS : APPROCHE GENERALE ET SPECIALE

CREDECO (Nice Sophia Antipolis)/CERC (Toulon)

Etude coordonnée par J.-B. Racine

Note de synthèse

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

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.

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'esprit³ qui pousse à la recherche d'une solution des litiges qui soit acceptée, voire négociée entre les parties, directement ou non, plutôt qu'imposée par un juge institué par l'Etat »⁴. 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

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

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

destinées notamment à permettre les mesures alternatives de traitement pénal et les actions tendant à la résolution amiable des litiges.

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

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.

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.

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.

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

¹³ Il semble possible de voir dans un récent avis de la Cour de cassation (20 oct. 2000, *JCP. Ed. G*, 2001, II, 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 consommation (Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits)*, Thèse Nice 2000. V. aussi la contribution de F. Siirainen à propos de la protection du consommateur sur internet.

¹⁶ V. la contribution de Chantal Russo.

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.

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 relève 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).

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

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.

¹⁸ V. la contribution de M. Ngo.

¹⁹ V. la contribution d'E. 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.

devant la commission départementale de surendettement et la conciliation prévue par la loi 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.

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 fluyants. Comme le relève un auteur, il s'agit d'un « terme omnibus ou passe-partout »²⁵.

²² Sur la conciliation en matière de défaillances des entreprises, V. la contribution de V. Gomez-Bassac.

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.

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 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.

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.

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

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

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

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

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.

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.

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.

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 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.

²⁹ V. la contribution de F. Siirainen.

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

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

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

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 relatif 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

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, II, 1997, Dactyl., p. 166 et s.

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 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

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.

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.

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 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. Cadiet, 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

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.

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...

Jean-Baptiste Racine

Maître de conférences à la Faculté de droit de Nice Sophia Antipolis

e-mail : jb.racine@wanadoo.fr

Le présent document constitue le rapport final d'une recherche financée par le GIP « Mission de Recherche Droit et justice » (subvention n° 9901180201). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP.

Table des matières

Résumé..... p. 7

Introduction par JB. Racine.....p. 11

I) Partie générale.

- Estelle Girardot-Rouhette, « **La mission du tiers dans les modes alternatifs des conflits : une mission aux contours incertains** »..... p. 29

- JB. Racine, « **Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits** »p. 55

II) Partie spéciale.

- Ch. Russo, « **Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le domaine des assurances : l'exemple de la médiation** » p. 75

- F. Siiriainen, « **Réflexions sur les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) dans le commerce électronique** »p. 97

- E. Roman, « **La place de la médiation familiale dans le droit de l'adoption** »p. 117

- N. Balbo-Izarn, « **L'étendue du champ contractuel ouvert à la médiation familiale** »p. 125

- V. Gomez-Bassac, « **Les modes amiables de résolution des défaillances des entreprises** »p. 151

- M.A. Ngo, « **La conciliation sportive obligatoire devant le Comité National Olympique et Sportif Français** » p. 161

- 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)** » p. 191

- **Synthèse** par L. Boy et J.J. Sueurp. 209

RESUME

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 ?
- Quelle est la place de la procédure dans les modes alternatifs ?
- Quelle est l'issue des modes alternatifs ?

Les réponses apportées à ces questions peuvent être présentées autour de cinq axes différents qui sont autant de lignes directrices dégagées à l'occasion de la recherche.

- 1) Si les modes alternatifs n'appartiennent pas complètement au droit, il ne s'agit pas non plus de non-droit. Ceux-ci appartiennent, dès lors, à ce que l'on peut appeler « l'infra-droit », le « para-droit », le « quasi-droit », ou le « pré-droit », en somme à un droit qui a une nature différente de celui qui est mis en œuvre devant un juge. La différence porte sur l'extrême souplesse et la grande malléabilité des normes utilisées dans le cadre d'un mode alternatif. Le droit perd de sa rigueur et s'ouvre à une normativité non juridique. Cette souplesse se retrouve aussi au stade de la procédure : il ne s'agit pas d'une véritable procédure qui est suivie mais plutôt d'un processus ne faisant pas normalement appel aux règles applicables devant un juge.
- 2) Le rapport repose sur une approche critique des modes alternatifs. 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, par exemple en droit de la consommation ou en droit des assurances.
- 3) 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. Les modes alternatifs relève bien d'un même « état d'esprit » mais leurs modalités concrètes et techniques varient assez profondément d'une discipline à une autre.
- 4) L'essor considérable des modes alternatifs de résolution des conflits correspond au mouvement de régulation, lui-même consécutif à la déréglementation. Le juge étatique n'est plus le seul organe de régulation. On peut dès lors prétendre que les médiateurs et conciliateurs sont de véritables régulateurs.
- 5) L'étude a permis, à travers l'analyse de la notion de conflit, de préciser la nature des modes alternatifs. Les modes alternatifs de résolution des conflits sont souvent plus proches de l'institution du contrat que de celle du jugement. Il est possible d'en déduire que la médiation et la conciliation peuvent être considérés comme l'organisation, notamment par l'intervention d'un tiers, de pourparlers destinés à la conclusion d'un accord de volonté mettant fin au conflit. S'agit-il toujours de justice ? La justice issue des modes alternatifs de résolution des conflits n'est pas une justice institutionnelle mais fait plutôt appel à une justice contractuelle.

Introduction

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'esprit³ qui pousse à la recherche d'une solution des litiges qui soit acceptée, voire négociée entre les parties, directement ou non, plutôt qu'imposée par un juge institué par l'Etat »⁴. Cette imprécision quasi structurelle rend l'étude des modes alternatifs

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.

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*.

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.

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.

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

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.

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.

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

¹³ Il semble possible de voir dans un récent avis de la Cour de cassation (20 oct. 2000, *JCP. Ed. G*, 2001, II, 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 consommation (Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits)*, Thèse Nice 2000. V. aussi la contribution de F. Siiriainen à propos de la protection du consommateur sur internet.

¹⁶ V. la contribution de Chantal Russo.

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.

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 relève bien d'un même « état

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.

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).

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 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

¹⁸ V. la contribution de M. Ngo.

¹⁹ V. la contribution d'E. 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. Gomez-Bassac.

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.

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

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.

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 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.

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.

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.

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

²⁶ Les enjeux de la déréglementation, *ADP*, 1987, p. 281.

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

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

²⁹ V. la contribution de F. Siirainen.

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.

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.

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 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

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

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

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*.

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 relatif 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 ».

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, II, 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.

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 justifie la recherche d'une solution 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 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

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

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.

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. Cadiet, 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...

Jean-Baptiste Racine

Maître de conférences à la Faculté de droit de Nice Sophia Antipolis

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.

Pour des raisons pédagogiques, la recherche est articulée en deux parties. La première partie est intitulée « partie générale ». Elle contient les rapports qui portent sur les modes alternatifs sans que ceux-ci concernent un domaine particulier d'activité. La seconde partie est intitulée « partie spéciale » et aborde sans prétention exhaustive quelques domaines particuliers qui connaissent des modes alternatifs de résolution des conflits.

I) Partie générale

LA MISSION DU TIERS DANS LES MODES ALTERNATIFS DE RESOLUTION DES CONFLITS : UNE MISSION AUX CONTOURS INCERTAINS

Estelle Girardot-Rouhette

Docteur en droit

CREDECO

Le développement des modes alternatifs de résolution des conflits, phénomène dont nul ne peut nier la réalité, suscite de nombreuses interrogations souvent empreintes d'inquiétude. Il est vrai que ces modes de résolution amiable des conflits ne constituent pas une catégorie juridique aux contours tranchés⁴⁸, ce qui n'en facilite pas l'étude. Ainsi, point de régime général déterminé, point de certitudes quant à l'étendue du champ contractuel ouvert à ces modes de résolution des conflits⁴⁹, point de théorie générale quant aux garanties procédurales dont doivent jouir les parties engagées dans de tels processus, point d'assurances non plus quant à la place du droit dans les modes alternatifs de résolution des conflits. Au confluent de ces interrogations, une question fondamentale se pose qui nous invite à réfléchir sur la mission dont est investi le tiers extérieur aux parties au conflit, chargé de " gérer " le processus de règlement amiable du différend qui les oppose.

Certes, tous les modes alternatifs de résolution des conflits ne reposent pas sur l'intervention d'un tiers extérieur. Ainsi, au titre de l'article 127 du Nouveau Code de procédure civile " les parties peuvent se concilier d'elles mêmes ou à l'initiative du juge tout au long de l'instance ". Comme le souligne donc M. Jarrosson, la présence d'un tiers n'est pas une condition de la conciliation judiciaire⁵⁰. Dans la majorité des cas toutefois, les modes alternatifs de résolution des conflits se caractérisent par l'intervention d'un tiers qui est tantôt conciliateur, tantôt médiateur, sans que l'on prenne toujours soin de distinguer l'un ou l'autre de ces termes. En fait, la distinction s'impose chaque fois que ce tiers intervient dans le cadre des modes alternatifs judiciaires puisque la médiation judiciaire et la conciliation judiciaire sont deux institutions répondant chacune à un régime spécifique, tel que défini dans le Nouveau Code de Procédure civile⁵¹. En ce qui concerne les modes alternatifs conventionnels de résolution des conflits, la distinction entre médiateur et conciliateur n'est guère efficiente puisque les appellations "varient au gré des connotations dont

⁴⁸ *Supra*, J. B. Racine, Introduction.

⁴⁹ Voir notamment *infra*, N. Balbo-Izarn, " L'étendue du champ contractuel ouvert à la médiation familiale ".

⁵⁰ Ch. Jarrosson, in " La médiation et la conciliation : essai de présentation ", *Droit et Patrimoine*, déc. 1999, n° 77, p. 36 s., spéc. p. 37

⁵¹ Ainsi, la médiation judiciaire est-elle régie par les articles 131-1 et s. du Nouveau Code de Procédure Civile tandis que la conciliation judiciaire est régie notamment par les articles 21, 127 et s. et 832-1 et s. de ce même code.

on les affuble ou des habitudes de langage⁵². Compte tenu de ces précisions et puisque nous entendons nous livrer à l'analyse de la mission impartie au tiers intervenant dans les différents processus de résolution amiable d'un conflit, c'est le concept générique de tiers intercesseur que nous retiendrons dans le cadre de cette étude pour désigner tantôt le conciliateur ou le médiateur judiciaire, tantôt le médiateur ou le conciliateur présent dans les modes alternatifs conventionnels.

L'analyse de la mission impartie au tiers intercesseur dans le règlement amiable des litiges est assurément délicate, nécessairement prospective, la doctrine s'étant peu intéressée à la question⁵³, du moins de manière aussi directe⁵⁴. Présenté comme le "maître d'œuvre de l'élaboration d'une solution consensuelle"⁵⁵, appelé à "retisser un lien distendu entre les parties"⁵⁶, le tiers intercesseur doit faciliter le dialogue entre les parties, sans que l'on parvienne toujours à apprécier l'étendue exacte de sa mission. Sans doute ce tiers est-il investi d'une mission consistant à "écouter, apaiser les passions, éclairer les prétentions respectives, rétablir le dialogue autour de propositions, de solutions susceptibles de rapprocher les parties"⁵⁷. Pour autant, il est difficile de savoir s'il doit promouvoir une solution ou laisser les parties négocier et rechercher seules une réponse satisfaisante à leur différend au risque que leur implication directe limite leur capacité à concevoir un tel compromis. Le tiers médiateur ou conciliateur étant le plus souvent choisi pour ses compétences techniques ou relationnelles, doit-il et peut-il réellement rester neutre ? Ne faut-il pas l'investir d'une mission de conseil ? Si l'on peut sans doute affirmer que le succès d'un processus de résolution amiable des conflits dépend de la personnalité, des facultés et de la force de persuasion du tiers « pacificateur », peut-on en déduire qu'un échec peut lui être imputé s'il est avéré que ce dernier a fait preuve d'un détachement ou d'une négligence préjudiciables à la conclusion d'un accord entre les parties ? La question peut surprendre. De fait, elle est rarement abordée en doctrine. Faut-il en conclure que ces intervenants qui occupent une place centrale dans le processus de résolution amiable des litiges sont des acteurs "irresponsables" dépourvus de toute obligation à l'égard des parties désireuses de parvenir à un règlement amiable de leur différend⁵⁸ ?

Pour mener à bien une réflexion sur la responsabilité du tiers médiateur ou conciliateur engagé dans un mode alternatif de résolution des conflits (Partie II), il est nécessaire de nous interroger au préalable sur les obligations susceptibles de peser sur ce tiers en raison de la mission qui lui est confiée et qu'il a acceptée (Partie I).

⁵² Ch. Jarrosson, *op. cit.*, p. 36. Sur ces définitions, voir également, X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », *Revue de l'arbitrage*, 2000, n° 3, p. 377 s., spéc. p. 379 s.

⁵³ Il est vrai que le développement des modes alternatifs de résolution des conflits interpelle plus directement le juriste, s'agissant, par exemple, de définir les critères de résolution des conflits qui doivent être retenus ou encore de réfléchir aux conditions d'application des droits fondamentaux du procès.

⁵⁴ Notons tout de même l'article de M. A. P. Lempereur, " Structuration et rôle du processus dans les compétences de médiation : le cas du notaire-médiateur ", *Droit et Patrimoine*, déc. 1999, n° 77, p. 62 s.

⁵⁵ Voir ainsi *infra*, G. Dorvaux, C. Leveel, S. Benmaad, " La médiation pénale : bilan d'application et perspectives d'évolution ".

⁵⁶ M. A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 63.

⁵⁷ Comme le signifie M. Todor in, *La médiation familiale*, Que sais-je? 1992.

⁵⁸ Relevons en effet que les modes alternatifs de règlements des conflits se caractérisent par l'adhésion des parties au processus engagé, ce qui signifie à tout le moins qu'elles souhaitent parvenir à une solution négociée de leur différend.

I. Les obligations du tiers

Le tiers médiateur ou conciliateur supporte des obligations relatives au déroulement du processus de résolution amiable du litige. Celles-ci sont relativement bien circonscrites (A). Il est en revanche plus délicat de définir les obligations susceptibles de peser sur lui quant à l'issue du processus engagé (B).

A. Les obligations du tiers quant au déroulement du processus engagé

Les modes alternatifs de règlement des conflits s'entendent comme des procédés visant avant tout à établir ou rétablir le dialogue entre des parties afin qu'elles puissent rechercher ensemble une solution au litige qui les oppose (a). L'instauration de ce dialogue, si elle ne requiert pas le respect des droits fondamentaux du procès⁵⁹, suppose tout de même qu'un certain nombre de conditions soient réunies qui tendent précisément à permettre un dialogue réel et constructif entre les parties (b).

a. L'instauration d'un dialogue

Substantiellement, tout processus de médiation et de conciliation peut être présenté comme "l'organisation de pourparlers destinés à la conclusion d'un accord de volontés mettant fin au conflit"⁶⁰. Dans cette acception, médiation et conciliation reposent essentiellement sur la reprise du dialogue et de la concertation⁶¹. Il s'agit de permettre aux parties de "communiquer" alors même qu'un litige les oppose. En ce sens, le tiers sollicité dans le cadre des modes alternatifs de règlement des conflits agit comme "présence relationnelle"⁶² qui "a conçu la création possible d'un lien et qui le réalise"⁶³. Plus précisément encore, et comme cela est expressément explicité dans le Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation, ce tiers extérieur est "un "il", une troisième personne qui, reconnue par deux "je" enfermés chacun dans leur monologue, leur permet de rétablir un "je" et "tu", d'aboutir à un véritable dialogue".

Qu'il soit médiateur ou conciliateur, le tiers intervenant est donc tenu d'organiser les échanges entre les parties dans l'espoir que celles-ci parviendront à

⁵⁹ Nombreux sont les auteurs qui se sont interrogé sur l'opportunité, l'obligation ou seulement la possibilité d'appliquer les droits fondamentaux du procès aux modes alternatifs de règlement des conflits. Les avis sont partagés et la question n'est pas tranchée. On remarquera toutefois que les textes applicables à la médiation et à la conciliation n'imposent pas aux parties de respecter ces principes fondamentaux. Le nouveau code de procédure civile précise seulement, dans son article 131-8, que si le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction, "il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent". Les règlements de centres d'arbitrage sont plus explicites qui prévoient le plus souvent que le médiateur, après consultation des parties et de leurs conseils, fixe le calendrier et *toutes les autres modalités de la procédure*". Cela est expressément prévu dans l'article 4 du Guide de la médiation de la Cour d'Arbitrage Européenne, la CAREN. Pour une analyse approfondie de la question de l'application des droits fondamentaux au procès et pour ses références bibliographiques, *infra*, J. -B. Racine, "Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits".

⁶⁰ J. -B. Racine, Introduction, *supra*.

⁶¹ J. Joly-Hurard, "Médiation et conciliation", *Répertoire de procédure civile Dalloz*, 1999, n° 26.

⁶² Comme se plaît à le souligner le préambule du Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation.

⁶³ Toujours selon le préambule du Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation.

rapprocher leurs points de vue respectifs⁶⁴. Ce point est acquis et la doctrine est unanime pour appréhender cet acteur des modes alternatifs de règlement des conflits comme un véritable promoteur du dialogue. Les auteurs s'accordent aussi sur les conditions qui doivent être réunies pour qu'un tel dialogue puisse réellement s'instaurer.

b. Les conditions du dialogue

Toute tentative de règlement amiable des conflits est, par définition, fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties⁶⁵. Cela signifie donc *a priori* que les parties engagées dans un tel processus souhaitent parvenir à une solution négociée, ce qui suppose logiquement qu'elles acceptent de dialoguer et de confronter leurs points de vue. Il y a loin toutefois de la théorie à la pratique et il est significatif que les modes alternatifs de résolution des conflits requièrent très souvent la présence d'un tiers "extérieur". De fait, le tiers intercesseur doit le plus souvent déployer toute son énergie et toutes ses qualités pour permettre qu'un dialogue constructif s'instaure (b.1). Parce qu'un tel dialogue suppose que les parties aient confiance en lui, il doit aussi s'engager à garantir la confidentialité des informations qui lui sont communiquées (b.2).

b. 1. Des qualités du tiers

Les dispositions législatives relatives à la médiation et à la conciliation judiciaires (comme la plupart des règlements des centres de conciliation et de médiation) exigent des tiers conciliateurs ou médiateurs qu'ils offrent toutes les garanties de probité et de moralité que l'on est en droit d'attendre d'eux. Ainsi, l'article 131-5 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile dispose que la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation ne doit pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire. L'alinéa 2 dudit article précise, dans le même esprit, que cette personne physique ne doit pas avoir été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation⁶⁶.

Dans une formule plus générale, l'article 23 du Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation requiert du médiateur qu'il fasse "preuve de manière irréprochable, d'autorité morale et, *a fortiori*, de qualités morales (sincérité, honnêteté, responsabilité ...) et de respect de l'Autre et de sa liberté". La précision est heureuse mais son laconisme est significatif des difficultés que l'on rencontre à vouloir déterminer (juridiquement) les qualités requises du tiers conciliateur ou médiateur. De fait, la doctrine relève souvent que ce qui est attendu de ce tiers, c'est plus un "état d'esprit" inhérent à sa personnalité⁶⁷, que des qualités prédéfinies et stéréotypées. En dépit de ces considérations dont il convient de prendre la mesure, il importe d'appréhender "objectivement" cet "état d'esprit" pour le traduire en terme d'exigences juridiques. Ainsi les parties engagées dans un processus de règlement

⁶⁴ J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 178.

⁶⁵ J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 175.

⁶⁶ Quant aux exigences requises des conciliateurs de justice, voir l'article 831 alinéa 1er du nouveau code de procédure civile.

⁶⁷ P. Estoup, "Etudes et pratiques de la conciliation", *D.*, 1986, 1, p. 161.

amiable de leur différend sont-elles en droit d'attendre de ce tiers qu'il se livre à une écoute "active" de leurs analyses et de leurs prétentions (1) tout en faisant preuve de la plus grande impartialité à leurs égards (2).

1. L'écoute " active "

L'intervention d'un tiers dans un processus de règlement amiable d'un litige doit permettre aux parties de prendre du recul et de profiter du regard d'une personne extérieure à ce litige et aux passions qui le sous-tendent⁶⁸. Pour parvenir à retisser des liens entre les protagonistes, le tiers intercesseur doit impérativement s'efforcer d'être en "écoute active", selon l'expression des spécialistes des modes alternatifs de résolution des conflits⁶⁹. Il ne doit donc pas se contenter d'écouter les parties, il doit aussi *reformuler leurs points de vue*⁷⁰. On ne saurait ici sous-estimer l'effet pédagogique d'une telle démarche. La reformulation des prétentions des parties permet en effet de "lever les ambiguïtés, de simplifier les questions, voire de gommer une part des oppositions"⁷¹, le tiers contribuant ainsi "subtilement à l'expression des rancœurs afin de vider l'abcès et de dégager le terrain pour un traitement au fond"⁷².

Sans doute une telle qualité d'écoute et d'analyse dépend-elle des qualités humaines de chaque médiateur ou conciliateur. Il faut toutefois bien avoir conscience que "le travail accompli par le tiers ne s'improvise pas"⁷³. L'article 1 du Code de la médiation édicté par le Centre national de la Médiation précise ainsi que "la médiation est une procédure facultative qui requiert l'accord libre et expresse des personnes concernées de s'engager dans une action avec l'aide d'un tiers... *spécialement formé à cet art*". Dans le même sens, l'alinéa 4 de l'article 131-5 du nouveau code de procédure civile dispose que la personne physique qui assure

⁶⁸ Ch. Jarrosson, "La médiation et la conciliation : essai de présentation", *Droit et patrimoine*, Déc. 99, p. 36 s., spéc. p. 40.

⁶⁹ Voir notamment A. P. Lempereur, "Structuration et rôle du processus dans les compétences de médiation : le cas du "notaire-médiateur", *Droit et patrimoine*, Déc. 99, p. 62 s., spéc. p. 64.

⁷⁰ Le tiers jouit généralement d'une grande liberté pour prendre connaissance de ces points de vues respectifs, comme en témoignent les dispositions du Nouveau Code de procédure civile relatives à la médiation qui se contentent de relever que le tiers doit entendre les parties, confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose (article 131-1). L'article 131-8 dispose par ailleurs que le médiateur peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent. Certains des règlements des centres de médiation et de conciliation sont plus précis, prévoyant expressément, tel le règlement de conciliation de la C.N.U.D.C.I dans son article 5, que "le conciliateur, après sa désignation, demande à chaque partie de lui soumettre une brève note écrite exposant la nature générale du différend et les points litigieux. Chaque partie transmet un exemplaire de cette note à l'autre partie. Le conciliateur peut demander à chaque partie de lui soumettre en outre un mémoire écrit exposant sa position ainsi que les faits et les motifs sur lesquels elle est fondée, accompagné des documents et autres moyens de preuve que ladite partie juge utiles. Chaque partie transmet un exemplaire de son mémoire à l'autre partie. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, demander à une partie de lui soumettre les renseignements complémentaires qu'il juge utiles". Voir également pour des dispositions identiques, *Médiation and arbitration Rules CAMCA / Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas Mediation and Arbitration Rules*, article 10 : Identification of matters in dispute.

⁷¹ Ch. Jarrosson, "La médiation et la conciliation : essai de présentation", *op. cit.*, p. 40.

⁷² A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 64.

⁷³ Ch. Jarrosson, "La médiation et la conciliation : essai de présentation", *op. cit.*, p. 40. Compte tenu de ces observations, on pourrait s'interroger sur les réelles chances de réussite des modes de résolution amiable des conflits lorsqu'ils sont confiés à des tiers bénévoles n'ayant reçu aucune formation particulière...

l'exécution de la mesure de médiation doit "justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation"⁷⁴. Tenu de faciliter la communication entre des parties antagonistes, le tiers doit donc définir et maîtriser un processus de négociation efficace en se référant pour cela à des techniques spécialement conçues à cette fin⁷⁵. En ce sens, la mission du tiers conciliateur ou médiateur peut se résumer, selon certains, à la mise en œuvre de méthodes de régulation du conflit⁷⁶. Ces méthodes s'inspirent autant de psychologie que de logique⁷⁷ et conduisent l'esprit à "rechercher une souplesse à laquelle il n'est pas toujours habitué, notamment lorsqu'il s'agit de formuler de plusieurs manières différentes le même problème"⁷⁸.

La maîtrise de ces techniques, si elle ne saurait à elle seule garantir la réussite de la procédure engagée, devrait au moins permettre au tiers de retisser le lien distendu entre les parties, par une communication équilibrée sans blocage⁷⁹, ce qui implique aussi que ce tiers soit d'une parfaite impartialité.

2. L'impartialité

Les parties engagées dans un mode de résolution amiable de leur différend ne pourront se livrer à un dialogue constructif qu'à la condition d'être assurées que le tiers fera preuve de toute l'impartialité que requiert sa mission. Cela suppose alors non seulement l'indépendance du tiers médiateur ou conciliateur mais aussi sa neutralité. On ne saurait en effet confondre impartialité et indépendance. Si l'impartialité requiert assurément l'indépendance du tiers, c'est-à-dire l'absence de tout lien de subordination susceptible d'influer sur son objectivité, elle suppose également que ce tiers s'abstienne de toute intervention susceptible de favoriser l'une ou l'autre des parties engagées dans le processus de résolution amiable du conflit⁸⁰.

⁷⁴ Sur ces exigences de méthodologie et d'un savoir-faire spécifiques à la médiation, voir J.-C. Goldsmith, "Les modes de règlement amiable des différends", *R.D.A.I.*, 1996, n° 2, p. 221 s., spéc. p. 243.

⁷⁵ A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 64. Notons qu'un DESS du contentieux, arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits est proposé à l'Université Panthéon-Assas, Paris II, sous la responsabilité de Monsieur Jarrosson, qui comprend précisément des enseignements relatifs à la pratique des modes négociés de règlement des conflits. Relevons également que des centres privés de médiation et de conciliation proposent eux aussi de telles formations axées sur l'acquisition des techniques de négociation et de médiation.

⁷⁶ G. Dorvaux, C. Leveel, S. Benmaad, "La médiation pénale : bilan d'application et perspectives d'évolution", *op. cit.*

⁷⁷ Ce qui amène Monsieur Jarrosson à suggérer que les juristes, désireux d'offrir leurs services en qualité de médiateurs ou de conciliateurs, devraient s'initier aux techniques de négociation et emprunter aux psychologues et sociologues des fragments de leur science, in " Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale", *R.I.D.C.*, 1997, n° 2, p. 325 s. spéc. p. 327.

⁷⁸ Ch. Jarrosson, "La médiation et la conciliation : essai de présentation", *op. cit.*, p. 40.

⁷⁹ A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁰ Le Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation distingue très clairement ces deux exigences, traitant, dans son article 20 de l'indépendance du médiateur tandis que son obligation de neutralité est affirmée dans l'article 21 dudit code. Sur cette distinction, voir également J. -B. Racine, "Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits", *op. cit.* L'auteur y présente l'impartialité et l'indépendance du tiers comme des devoirs déontologiques rattachés au devoir de loyauté qui pèse sur ce tiers. Dans le même sens, J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 261.

- L'indépendance

L'indépendance du tiers "extérieur" est une exigence affirmée par l'ensemble des dispositions concernant la médiation ou la conciliation, que ces dispositions émanent du législateur ou des centres privés de règlement des conflits. L'article 131-5 alinéa 4 du nouveau code de procédure civile dispose ainsi expressément que le médiateur doit "présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation". Il importe en effet, comme le relève notamment l'article 20 du Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation, que "celui qui demande une médiation puisse s'adresser à une instance de médiation ou à tel médiateur en sachant que cette instance, que ce médiateur sont des lieux libres, indépendants...".

Cette indépendance s'entend bien sûr à l'égard des parties, ce qui signifie que le tiers ne doit pas présenter de liens particuliers avec l'une ou l'autre d'entre elles et susceptibles de porter atteinte à sa liberté de pensée. Les dispositions du CAMCA, Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas mediation and arbitration rules, sont des plus explicites qui assurent que "persons serving as mediators shall be independent and impartial" et préviennent que "no person shall serve as a mediator in any dispute in which that person has any financial or personal interest in the matters in dispute between the parties or the result or outcome of the mediation. Prior to accepting an appointment, the prospective mediator shall confirm his:her availability and disclose any circumstance likely to create justifiable doubts as to impartiality ou independence ..."⁸¹

Dans une conception très stricte des modes alternatifs de résolution des conflits, l'indépendance du tiers conciliateur ou médiateur s'entend aussi comme une indépendance à l'égard de toute personne physique ou morale. Si le tiers ne doit pas représenter les intérêts d'une des parties engagées dans le processus, il ne doit pas non plus représenter les intérêts de l'Etat, d'une administration, d'une société ou de toute autre institution ou autorité⁸². A cet égard, le Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation est particulièrement explicite puisque son article 9 dispose non seulement que "les parties reconnaissent que le médiateur agréé n'est ni un agent ni un employé du C.N.M.", mais aussi que le "médiateur exerce sa fonction soit à titre indépendant soit à titre de salarié d'une société, d'une association ou de tout organisme qui l'emploie, et aux termes des conditions propres à garantir son indépendance" ce qui signifie que "le lien de subordination existant entre le médiateur salarié et son employeur porte uniquement sur les conditions matérielles dans lesquelles le médiateur exerce son art au sein d'un service organisé et en aucun cas sur l'accomplissement même des actes de médiation qui, n'étant pas soumis au contrôle hiérarchique, restent libres et couverts par le secret professionnel visé à l'article 22."

Au delà de ces affirmations de principe, diverses dispositions peuvent être insérées dans les règlements des centre de médiation et de conciliation, tendant toutes à garantir l'indépendance du tiers.

⁸¹ Article 5 : Challenge of Mediator, Mediation and arbitration Rules CAMCA / Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas Mediation and Arbitration Rules

⁸² Voir notamment les dispositions du Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation, tout particulièrement l'article 20 de ce code.

C'est ainsi qu'il est fréquemment précisé qu'avant d'accepter une mission, "le médiateur doit s'interroger sur toute circonstance susceptible de créer une présomption d'intérêts (matériels et moraux) et donc de parti pris dans le déroulement et l'issue de la médiation"⁸³. Le cas échéant, le code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation prévoit que "le médiateur a le devoir de s'abstenir d'intervenir (article 27), voire même de mettre fin à son intervention (article 28) quand, du fait de ses propres intérêts matériels ou moraux, il pourrait être suspecté de ne pas remplir sa fonction en conformité avec les (...) règles déontologiques(...). Car le médiateur doit être libre de tout lien réel qui pourrait être interprété comme constituant une entrave à cette indépendance...".

Dans le même esprit, le règlement de médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris invite le médiateur à signer une déclaration d'indépendance⁸⁴, précisant également, dans un souci louable de clarté, que "si, au cours du processus de médiation, le médiateur constate l'existence d'un élément de nature à mettre en cause son indépendance, il en informe les parties. Sur accord de celles-ci, il poursuit sa mission. Dans le cas contraire, il suspend la médiation. La Commission de médiation et d'arbitrage procède alors au remplacement du médiateur".

Les recommandations déontologiques du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris⁸⁵ sont encore plus exigeantes puisque les médiateurs de ce centre s'interdisent d'entretenir "des relations d'intérêt professionnel avec l'une ou l'autre des parties pendant l'année qui suit l'achèvement de sa mission"⁸⁶.

De telles contraintes sont bien légitimes mais elles ne sauraient à elles seules garantir l'impartialité du tiers conciliateur ou médiateur. Celui-ci peut en effet être parfaitement libre à l'égard des parties et, plus généralement, à l'égard de toute autre institution, sans pour autant mener la procédure engagée en toute objectivité. S'étant forgé une opinion sur les torts respectifs des parties, il peut être tenté d'œuvrer en faveur de l'une d'elles, ce qui serait contraire à la logique qui doit l'animer.

- la neutralité

La neutralité du tiers conciliateur ou médiateur s'impose au regard même de l'objet des modes alternatifs de règlement des conflits. La réussite de ces tentatives de résolution amiable des litiges est en effet subordonnée, comme nous l'avons vu, à l'existence d'un dialogue loyal et constructif entre les parties. Celles-ci doivent être assurées de s'engager dans une telle démarche avec l'aide d'un tiers "indépendant et neutre" qui saura écouter leurs arguments respectifs et rechercher avec elles la meilleure solution au différend qui les oppose et ce en toute objectivité et non sur le

⁸³ Article 6 alinéa 2 du Code de la médiation édicté par le Centre national de la Médiation. Voir également l'article 6 alinéa 3 du règlement du Centre de médiation et d'Arbitrage de Paris qui affirme que le médiateur, désigné par la commission de médiation et d'arbitrage en fonction de la nature du litige, "doit être impartial et indépendant des parties et, le cas échéant, leur faire connaître ainsi qu'à la commission, les circonstances qui seraient, aux yeux des parties, de nature à affecter son indépendance. Il ne peut alors être confirmé ou maintenu dans sa mission qu'après décision de la Commission de médiation et d'arbitrage et avec l'accord de toutes les parties".

⁸⁴ Article 6 alinéa 3 du règlement.

⁸⁵ Guide du CMAP, p. 26.

⁸⁶ A notre sens, les dispositions interdisant au médiateur ou au conciliateur de "remplir les fonctions de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure quelconque où l'objet de la procédure de conciliation peut être en cause directement ou indirectement", tel l'article 8 du règlement de conciliation de la Chambre arbitrale de Toulouse, peuvent aussi s'analyser comme des dispositions visant à garantir l'indépendance de ce tiers.

fondement de préjugés ou de quelconques préférences philosophiques, politiques ou morales à l'égard de l'une ou l'autre des analyses avancées.

Ainsi, lorsque le processus de résolution amiable du conflit repose sur l'intercession d'un tiers, "il entre dans la définition légale de cette assistance à la négociation que ce tiers soit impartial et neutre"⁸⁷. Celui-ci ne doit défendre aucune position mais rechercher une solution acceptable pour les deux parties⁸⁸. Comme le rappelle l'article 21 du Code de la Médiation édicté par le Centre National de la Médiation, "la fonction du médiateur ... détermine un devoir général de réserve et, plus particulièrement de neutralité à l'égard des parties en présence"⁸⁹. Ce devoir de neutralité est unanimement affirmé en doctrine comme l'est d'ailleurs l'obligation de confidentialité qui pèse sur le tiers. Il est vrai que tous deux s'inscrivent dans une même logique.

b. 2. La confidentialité des échanges

Si les devoirs du tiers conciliateur ou médiateur ne sont généralement guère explicités⁹⁰, il en est un toutefois qui est constamment avancé et affirmé, c'est celui, "évident"⁹¹ de préserver la confidentialité des informations qui lui sont communiquées⁹². Tous s'accordent à analyser ce devoir de discrétion comme une exigence indispensable au succès de la tentative de résolution amiable du litige⁹³. Faut-il rappeler en effet que la médiation comme la conciliation se conçoivent toutes deux comme des lieux privilégiés de discussion et d'échanges? Or la confidentialité des informations échangées lors d'une tentative de règlement amiable des conflits participe de la confiance qui doit régner entre les parties et le tiers conciliateur ou médiateur pour leur permettre de s'engager efficacement dans la recherche d'une solution.

La confidentialité des informations communiquées au tiers médiateur ou conciliateur s'entend tout d'abord à l'égard du juge ou de l'arbitre devant lequel le différend pourrait être porté en cas d'échec de la tentative de la résolution amiable⁹⁴. Il est en effet essentiel que "tout ce qui a été dit ou écrit pendant la tentative de conciliation ayant échoué ne puisse être utilisé en justice et demeure strictement

⁸⁷ G. Cornu, "Les modes alternatifs de règlement des conflits", Rapport de synthèse, *R.I.D.C.*, 1997, n° 2, p. 313 s., spéc. p. 315.

⁸⁸ J.-C. Goldsmith, *op. cit.*, p. 243.

⁸⁹ Sur la conciliation certes délicate mais non impossible entre ce devoir de neutralité et le devoir de conseil susceptible de peser sur le tiers conciliateur ou médiateur, *infra*...

⁹⁰ Comme l'observe notamment Ch. Jarrosson, "Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 Février 1995", *Revue de l'arbitrage*, 1995, n° 2, p. 219 s., spéc. p. 225.

⁹¹ Selon Ch. Jarrosson, "Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 Février 1995", *op. cit.*, p. 225.

⁹² Et plus généralement d'ailleurs sur l'ensemble des personnes ayant concouru à la tentative de règlement amiable du litige. Voir notamment l'article 6 du règlement de conciliation facultative de la C.C.I. qui dispose que "la confidentialité a un caractère confidentiel que toute personne y participant à un titre quelconque est tenue de respecter".

⁹³ Voir notamment, X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », *op. cit.*, p. 393 s.

⁹⁴ Le législateur prévoit toutefois qu'à l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose (article 131-11 du Nouveau code de procédure civile). Pour le reste, le tiers conciliateur ou médiateur ne peut faire état des informations confidentielles communiquées par l'une des parties qu'avec l'accord expresse de cette dernière.

confidentiel afin que l'essai de conciliation ne puisse en aucun cas être préjudiciable à quiconque⁹⁵. Au regard de ces considérations, l'article 131-14 du Nouveau Code de procédure civile dispose que "les contestations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites, ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance". Dans le même esprit, l'article 5 du règlement de médiation de la CAREN, Cour d'Arbitrage Européenne, prévoit que "les opérations sont et demeurent strictement confidentielles. Cette confidentialité est spécialement assurée en cas d'échec des pourparlers au moyen des mesures suivantes: il ne peut être fait état, à supposer qu'un procès judiciaire ou arbitral soit par la suite engagé, des propos, opinions, suggestions, déclarations, propositions quelconques formulés au cours de la procédure de médiation ou à l'occasion de celle-ci"⁹⁶.

Le devoir de discrétion imposé au tiers médiateur ou conciliateur s'entend plus largement encore puisque, comme le dispose l'article 24 alinéa 1 du Nouveau Code de procédure civile et avec lui l'ensemble des règlements des centres de médiation ou de conciliation, "le conciliateur et le médiateur sont tenus à l'obligation de secret à l'égard des tiers" et non seulement à l'envers du juge. Cette obligation de confidentialité porte non seulement sur le litige qui lui a été soumis mais aussi sur l'existence et tous les aspects de la médiation qui lui a été confiée⁹⁷, étant entendu que ce secret est "général, absolu et illimité dans le temps. Le médiateur ne peut en être relevé que dans les conditions prévues par la loi"⁹⁸.

Qu'en est-il du devoir de discrétion qui incombe au tiers conciliateur ou médiateur vis-à-vis de chacune des parties engagées dans la tentative de résolution amiable ? Derrière cette question se profile la thématique plus générale de l'applicabilité du principe de contradictoire dans les modes alternatifs de règlement des conflits. La doctrine est divisée sur la question. Relevons toutefois que de nombreux règlements de centre de médiation et de conciliation autorisent le tiers à

⁹⁵ Règlement de conciliation de la CAT, Chambre Arbitrale de Toulouse, article 8. Comme le relève M. R. Martin, "une partie ne découvrira pas ses cartes (atouts et faiblesses) si elle sait que celles-ci pourraient être ensuite connues par son juge" in "Quand le grain ne meurt ... de conciliation en médiation", *J.C.P.*, éd. G., 1996, I, 3977, spéc. n° 15.

⁹⁶ M. Cadiet voit dans ce devoir de confidentialité "une garantie du droit au tribunal impartial dont l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'Homme fait un élément essentiel du droit au procès équitable" in "Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation", *Mélanges Claude Champaud*, p. 123 s., spéc. p. 132. Toujours pour assurer la confidentialité des informations communiquées au tiers conciliateur ou médiateur, et dans le souci de ne pas dénaturer le processus engagé, de nombreux règlements de centres de médiation ou de conciliation font interdiction au tiers conciliateur ou médiateur, en cas d'échec de la procédure, d'endosser les habits d'un arbitre pour trancher ledit litige.

⁹⁷ Recommandations déontologiques aux médiateurs, in Guide du CMAP, p. 26. L'article 212 du Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation précise quant à lui que "le médiateur est tenu, à l'égard des tiers, au secret professionnel dans des conditions analogues à celles définies par l'article 226-13 du nouveau Code pénal. Ce secret couvre l'identité et tous les éléments de la vie privée de personnes portés à la connaissance du médiateur, ainsi que les informations et les documents confidentiels qu'il reçoit. Dans le domaine privé des personnes, ce secret s'étend à tout ce que le médiateur "a vu, entendu, compris" au cours de l'exercice de sa fonction

⁹⁸ Recommandations déontologiques aux médiateurs, in Guide du CMAP, p. 26. Des dispositions plus détaillées, tels les articles 14 à 17 du Règlement de médiation de l'OMPI peuvent aussi préciser que, "sauf convention contraire des parties, toute personne associée à la procédure de médiation doit, à la clôture de celle-ci, restituer tout exposé, document ou autre pièce à la partie qui l'a fourni, sans en conserver de copie. Toute note prise par une personne concernant les réunions entre les parties et le médiateur doit être détruite) la clôture de la procédure de médiation".

entendre les parties séparément "en vue de faire la lumière sur les solutions possibles et d'ouvrir des perspectives d'accord entre les parties"⁹⁹. Sans doute faut-il considérer, à l'instar du règlement de conciliation de la C.N.U.D.C.I., article 10, que "lorsque le conciliateur reçoit d'une partie des informations de son fait concernant le litige, il en révèle le contenu à l'autre partie afin que celle-ci soit en mesure de lui présenter toute explication qu'elle juge utile. Toutefois, lorsqu'une partie fournit une information au conciliateur sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, le conciliateur ne doit pas la dévoiler à l'autre partie"¹⁰⁰. Semblable disposition répond aux exigences inhérentes aux modes de règlement amiable des conflits en ce qu'elle encourage les échanges et le dialogue avec le tiers, ce qui tend à favoriser l'émergence d'une solution. Précisément, il est temps d'aborder la délicate question des obligations qui pèsent sur le tiers conciliateur ou médiateur quant à l'issue de la procédure engagée¹⁰¹.

B. Les obligations du tiers quant à l'issue du processus de résolution amiable des conflits

La question des obligations du tiers conciliateur ou médiateur relatives à l'issue du processus de tentative de résolution amiable du litige cristallise bon nombre des interrogations que suscite le développement des modes alternatifs de règlement des conflits. Nous le constaterons en nous penchant tout d'abord sur les obligations qui pèsent sur ce tiers quant à l'existence même d'un accord (a). Il conviendra ensuite de nous interroger sur les obligations de ce tiers relatives, plus précisément, au contenu de cet accord (b).

a. Les obligations du tiers quant à l'existence d'un accord

Il est acquis que le tiers médiateur ou conciliateur ne jouit pas de pouvoir juridictionnel, ce qui lui interdit d'imposer une solution aux parties engagées dans un processus de résolution amiable du litige. L'objet de sa prestation n'en est pas moins ambigu (a.1) et l'on peut légitimement se demander si l'accord obtenu par les parties et présenté comme le seul fruit de leurs recherches ne doit pas plutôt s'analyser comme le résultat des efforts conjugués de chacun des intervenants au processus initié (a.2).

a. 1. De l'ambiguïté de la fonction de tiers

Tous les textes, qu'ils émanent du législateur ou des centres privés de médiation ou de conciliation, soulignent sans ambiguïté que le tiers intercesseur ne peut imposer une solution aux parties (1). Cela ne signifie nullement que ce tiers ne peut influencer sur l'issue de la tentative de résolution amiable du litige. Il doit au

⁹⁹ Comme l'explique l'article 8-2 des règles de l'eumédiation du réseau européen de l'arbitrage et de la médiation. M. Olivier considère-t-il que le principe du contradictoire est un principe directeur de l'instance qui doit s'appliquer à la médiation judiciaire, in *La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels*, *Gaz. Pal.*, 1996, 2, doc. 1257., spéc. n° 1264. Egalement J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 346.

¹⁰⁰ Dans le même sens, les articles 11 et 12 c) du règlement de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). Egalement, Ch. Jarrosson, "Les modes alternatifs de règlement des conflits", *op. cit.*, p. 338 : le tiers "doit s'abstenir de révéler ce que les parties lui confient lors des entretiens qu'il a seul à seul avec chacune d'elles".

¹⁰¹ En ce sens, J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 346.

contraire s'efforcer d'amener les parties à conclure un accord qui règle leur différend (2).

1. L'impossibilité d'imposer une solution aux parties

L'article 131-11 du Nouveau code de procédure civile dispose qu'à l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose. De fait, toute médiation et plus largement toute conciliation n'est jamais qu'une tentative pour parvenir à régler, conventionnellement un différend¹⁰². La nature conventionnelle du processus engagé s'oppose donc à toute solution qui serait imposée par un tiers, que celui-ci intervienne en qualité de médiateur ou de conciliateur.

Ainsi, même si cela n'est pas affirmé explicitement par le législateur, il est certain que le tiers conciliateur ou médiateur ne dispose à aucun moment du pouvoir juridictionnel qui lui permettrait de trancher le différend qui oppose les parties et de leur imposer la solution conçue à cette fin¹⁰³.

Les règlements des centres de conciliation et/ou de médiation sont souvent plus explicites que les dispositions du Nouveau Code de procédure civile puisque bon nombres d'entre eux affirment sans équivoque que "le tiers intercesseur "n'a pas le pouvoir d'imposer un règlement aux parties"¹⁰⁴.

Comme le constate M. Cornu, "ce défaut de pouvoir est de l'essence de la médiation. C'est la faiblesse même du médiateur qui fait sa force, dès lors que le seul ressort de son action est la persuasion, la conviction, la recherche d'un consensus"¹⁰⁵. N'est-ce pas reconnaître que le tiers intercesseur, s'il ne peut imposer de solution aux parties, a tout de même le devoir d'œuvrer à la conclusion d'un accord ?

2. Le devoir d'œuvrer à la conclusion d'un accord

Si le tiers conciliateur ou médiateur ne peut imposer aux parties une solution au règlement de leur différend, il peut assurément influencer sur l'existence d'un tel accord. Il nous semble même qu'il s'agit là de la finalité de sa mission (2. 1). L'analyse des textes relatifs à la médiation et/ou à la conciliation, tout comme l'étude

¹⁰² Conciliation et médiation se distinguent en cela de l'arbitrage en ce qu'elles n'aboutissent pas à une décision contraignante et exécutoire pour les parties, comme le relève notamment B. Oppetit, in "Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique", *Justices*, 1995, n° 1, p. 53 s., spéc. p. 56.

¹⁰³ Voir not. G. Cornu, "Les modes alternatifs de règlement des conflits", *op. cit.*, p. 315. Egalement B. Oppetit, "Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique", *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁴ Tel que le précise l'article 13 a du règlement de médiation de l'OMPI. Voir également, l'article 1er alinéa 4 du Code de la Médiation édicté par le Centre National de la Médiation : "Ni le C.N.M., ni le médiateur n'ont le pouvoir ou l'autorité de contraindre les parties à créer des liens ou à accepter un quelconque accord". Le Guide du C.M.A.P., Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, qui formule ses recommandations déontologiques aux médiateurs est lui aussi très explicite. Il affirme en effet qu'en "aucun cas, le médiateur e doit rechercher à imposer une solution". Citons encore l'article 7. 1/ du règlement de la CAMCA, Commercial Arbitration and Mediation Center for America qui reconnaît lui aussi que "The mediator does not have the authority to impose a settlement on the parties". Sur ce point, les clauses de médiation ou de conciliation se distinguent des clauses d'expertise par lesquelles les parties conviennent de s'en remettre aux appréciations d'un expert. En ce sens, comme l'observe M. Lagarde, les clauses de médiation - conciliation ne sont pas, par elles-mêmes porteuses d'un règlement amiable, in « L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », *op. cit.*, p. 382.

¹⁰⁵ G. Cornu, *op. cit.*, p. 315-316.

des pratiques en vigueur permet même de constater que ce tiers intercesseur dispose le plus souvent d'une réelle "capacité de proposition" (2. 2).

2. 1. Favoriser le dialogue en vue d'un accord

Si le tiers intercesseur doit s'efforcer de rétablir le dialogue entre les parties¹⁰⁶, c'est bien dans l'espoir qu'elles parviennent à trouver un accord qui éteigne le conflit qui les oppose. A cette fin et comme nous l'avons déjà souligné, celui-ci doit faire preuve d'une écoute "active" des points de vue respectifs des parties afin de les reformuler en des termes qui apaisent les tensions et qui permettent l'instauration d'échanges moins passionnels. Ce faisant, le tiers intercesseur doit œuvrer à rapprocher les points de vue¹⁰⁷ et veiller à "susciter constamment, chez les deux partenaires, le désir d'élaborer ensemble un nouveau destin, une voie, une issue"¹⁰⁸. C'est ce qu'affirme l'article 131-1 du Nouveau code de procédure civile qui dispose que "le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue *pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose*".

Le règlement du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris insiste aussi sur cette finalité, soulignant que l'on attend du médiateur qu'il "amène les parties à se concilier et donc à accepter, en connaissance de cause, d'éventuelles concessions réciproques et, par là même, à renoncer à leur droit d'agir en justice".

S'agissant de définir plus précisément les moyens dont dispose le tiers intercesseur pour favoriser la conclusion d'un accord, le Nouveau code de procédure civile fait preuve d'une discrétion qui ne facilite pas l'analyse. Il nous semble tout de même que, quel que soit le contexte dans lequel la tentative de résolution amiable du conflit se déroule, qu'il s'agisse de médiation ou de conciliation judiciaires ou extrajudiciaires, le tiers intercesseur jouit d'une capacité de proposition plus ou moins affirmée.

2. 2. La reconnaissance d'une "capacité de proposition"

On présente volontiers le tiers intercesseur comme un "accoucheur qui tente de faire émerger des parties les solutions acceptables". C'est ainsi que M. Lempereur définit le médiateur "idéal" qui doit se garder de donner son opinion et de suggérer les solutions qu'il juge les plus appropriées¹⁰⁹. C'est également le discours que tiennent volontiers les professionnels de la médiation et de la conciliation qui exercent leurs talents dans le cadre d'instituts spécialisés dans le règlement amiable des litiges. Ceux-ci se plaisent en effet à insister sur leur rôle de "facilitateur" de dialogue, entretenant en revanche le plus grand flou quant à leur influence réelle sur l'existence et le contenu de l'accord intervenu entre les parties.

Ce flou ne se dissipe pas à l'examen de la doctrine. Certes, les auteurs reconnaissent généralement que le tiers intercesseur peut et parfois doit proposer une solution aux parties. Cette capacité de proposition, ce degré d'implication du tiers, constituerait même le critère qui permettrait de distinguer la conciliation de la médiation. Des divergences apparaissent toutefois, s'agissant de désigner lequel du

¹⁰⁶ Voir supra...

¹⁰⁷ J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 175. Egalement B. Oppetit, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁸ Comme l'énonce le Paragraphe 6 de la charte du Centre National de la Médiation.

¹⁰⁹ A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 65.

médiateur ou du conciliateur doit pouvoir faire des propositions aux parties. Les uns estiment ainsi que seul le médiateur peut proposer aux antagonistes un projet de solution¹¹⁰. Le conciliateur se contenterait donc de "faciliter les relations et les communications entre les parties" quand le médiateur pourrait "intervenir dans la discussion, faire des suggestions et des propositions ou même formuler des recommandations en vue d'un accord"¹¹¹. Les autres, dont le professeur Oppetit, ont une conception inversée des pouvoirs respectifs du médiateur et du conciliateur¹¹², considérant que "le médiateur a pour mission d'aider les parties à parvenir à un accord, (qu')il s'efforce de clarifier leurs points de vue respectifs et de les rapprocher pour qu'elles puissent parvenir elles-mêmes à une solution de compromis", tandis que le conciliateur, "après avoir rencontré séparément ou ensemble les parties, propose lui-même à ces dernières un accord transactionnel susceptible de constituer une juste issue au différend qui les oppose"¹¹³.

L'étude des dispositions du Nouveau Code de procédure civile ne permet pas de savoir si un degré d'implication différent est attendu du tiers intercesseur, selon qu'il intervient en qualité de médiateur ou de conciliateur. Si l'analyse des règlements édictés par les centres de médiation et de conciliation n'est guère plus instructive, la pratique tenant pour synonyme les concepts de médiation et de conciliation, il en ressort tout de même que le tiers intercesseur se voit très souvent reconnaître la possibilité de proposer aux parties des projets de solution au différend qui les oppose. Cette possibilité peut être expressément affirmée ou seulement suggérée.

- Une capacité de proposition affirmée

La capacité reconnue au tiers intercesseur de faire des propositions aux parties est parfois si affirmée que l'on peut se demander s'il ne s'agit pas, en fait, d'une obligation qui lui est imposée plus qu'une possibilité qui lui est offerte. Ainsi, l'article 3 du règlement de conciliation du Capani, Centre Belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international énonce qu'après paiement par les parties ou l'une d'elles de la provision..., "le conciliateur instruit la cause et *soumet aux parties une proposition de conciliation*". L'article 7 du règlement de médiation du Centre de médiation et d'Arbitrage de Paris affirme quant à lui que "le médiateur a pour mission de rechercher dans la loyauté et le souci du respect des intérêts des parties, une solution de conciliation au litige qui les sépare".

La lecture de ces dispositions sème le doute, doute qui s'accroît quand, dans le même règlement, on peut aussi lire que le médiateur "*peut recommander* (aux parties) une ou plusieurs solutions possibles auxquelles celles-ci peuvent ou non adhérer"¹¹⁴, étant par ailleurs énoncé que "par sa personnalité, sa neutralité et son savoir-faire, le médiateur pourra, de manière plus ou moins incitative, proposer et faire adopter une transaction".

¹¹⁰ Ainsi la médiation est-elle définie dans l'ouvrage dirigé par le Doyen Cornu, *Vocabulaire juridique*, comme "le mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes, à proposer à ceux-ci un projet de solution".

¹¹¹ H. Touzard, "Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail", *Dr. soc.*, n° 4, 1997, p. 87

¹¹² Sur ces divergences d'analyses conceptuelles, voir not. J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 170 s.

¹¹³ B. Oppetit, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁴ Voir La médiation conventionnelle : propos introductifs, in Le guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP, publication de la Chambre de commerce et d'industrie

Dans un esprit plus conforme à celui de la procédure engagée, il peut être prévu que "si les parties le demandent et si le médiateur reconnaît que cela peut être utile, celui-ci peut établir, pour les parties, un rapport écrit sur l'affaire assorti de ses recommandations sur les termes d'une solution"¹¹⁵.

Au regard de la diversité des dispositions étudiées, il convient donc d'apprécier les obligations qui pèsent sur le tiers intercesseur au cas par cas, à la lecture des différents textes qui encadrent la tentative de règlement amiable de résolution du litige. On constate alors que certains de ces textes n'affirment pas expressément que le tiers intercesseur peut ou doit formuler un projet de solution.

- Une capacité de proposition suggérée

La possibilité offerte au tiers intercesseur d'aider les parties en leur présentant une ou plusieurs solutions envisageables pour résoudre le différend qui les oppose n'est pas toujours expressément affirmée mais peut être déduite de la lecture de dispositions concernant, par exemple l'obligation de confidentialité qui pèse sur les parties engagées dans le processus. Ainsi, l'article 17 iii) du règlement de médiation de l'OMPI affirme que "sauf convention contraire des parties, le médiateur et les parties s'interdisent d'invoquer comme preuve ou d'aucune autre manière dans une procédure judiciaire ou arbitrale *toute proposition présentée ou toute opinion exprimée par le médiateur*". N'est-ce pas admettre que ce tiers peut présenter aux parties un projet de solution ?

Aucune disposition du Nouveau Code de procédure civile ne nous permettant d'affirmer qu'une telle possibilité est également reconnue au médiateur ou au conciliateur judiciaires, nous ne pouvons considérer que cette capacité de proposition est reconnue à tout tiers extérieur intervenant dans le cadre d'une procédure de médiation ou de conciliation. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que de telles initiatives sont contraires à la finalité même des procédures de conciliation ou de médiation puisque, et toujours selon eux, la solution retenue doit émaner des parties et des parties elles seules.

Nous ne pouvons souscrire à une telle analyse qui ne traduit pas, à notre sens, la complexité du processus d'élaboration de l'accord de conciliation. Il nous paraît en effet que cet accord doit en réalité s'analyser comme le résultat d'une collaboration qui implique chacun des intervenants au processus de résolution amiable du conflit.

a. 2. L'accord des parties, aboutissement d'une collaboration de tous les intervenants

Si l'on se plaît parfois à présenter l'accord de conciliation comme "le fait et la volonté de ceux auprès desquels le médiateur a conçu la création possible d'un lien"¹¹⁶, il nous paraît tout de même difficile de considérer que le tiers intercesseur ne contribue pas à l'émergence et à l'existence de cet accord.

¹¹⁵ Règles de l'euromédiation du réseau européen de l'arbitrage et médiation : GEIE REAM, règlement relatif à l'euromédiation: article 9-3. Pour des dispositions identiques, voir le règlement de médiation de la CAREN, Cour d'Arbitrage européenne, article 1. Egalement, l'article 29 du règlement d'arbitrage du CABA, Centre d'Arbitrage de Bordeaux Aquitaine.

¹¹⁶ Code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation, article 1er alinéa 4 des

On peut alors affirmer, dans une formule très générale que "le tiers a pour mission exclusive de tenter de rapprocher leurs points de vue respectifs, sans pouvoir participer trop activement à la recherche d'une solution qui doit, en principe, émaner des parties elles-mêmes"¹¹⁷. Tout de même, n'est-ce pas lui qui est chargé de rétablir le dialogue entre les parties par la reformulation de leurs prétentions¹¹⁸ ? "Catalyseur de transformations réalisées par les deux partenaires"¹¹⁹, le tiers intercesseur n'est-il pas tenu d'œuvrer à la conclusion d'un accord mettant fin au litige ? Aussi, sans contester que l'accord conclu par les parties soit bien le seul fruit de leur volonté, toute conciliation ou médiation peut s'analyser, selon nous, comme "un agir communicationnel à trois pôles ... (qui) implique un dynamisme ternaire où chacun des trois participe autant que les autres"¹²⁰.

Si l'on peut donc présenter l'accord de conciliation comme l'aboutissement des efforts conjugués de chacun des intervenants à la tentative de règlement amiable du conflit, on peut poursuivre l'analyse en s'interrogeant notamment sur les obligations susceptibles de peser sur le tiers intercesseur quant au contenu de l'accord.

b. Les obligations du tiers quant au contenu de l'accord

Si la question n'est jamais abordée aussi directement en doctrine, on peut tout de même se demander si un devoir de conseil ne pèse pas sur le tiers médiateur ou conciliateur tenu d'assister les parties dans la conclusion d'un accord venant éteindre le différend qui les oppose. Les textes sont généralement d'une grande ambiguïté, qu'ils émanent du législateur ou d'institutions spécialisées dans les modes alternatifs de règlement des conflits mais il est des dispositions qui peuvent être interprétées en ce sens (b. 1). Si la question mérite donc réflexion, il faut être conscient des difficultés que soulève la reconnaissance d'un devoir de conseil à la charge du tiers intercesseur (b.2).

b. 1. L'existence d'un devoir de conseil ?

Nous avons déjà relevé l'ambiguïté des formules générales affirmant en substance que le tiers "aide les parties, d'une manière indépendante et impartiale dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable du litige"¹²¹. Qu'entend en effet par "aider les parties" ? Faut-il y voir une affirmation implicite d'un devoir de conseil qui pèserait sur le tiers ? Sans doute les notions d'assistance et de conseil sont-elles très proches mais néanmoins distinctes. Tout de même, la question se pose, d'autant que certains règlements affirment expressément ce devoir de conseil. C'est ainsi que, dans son article 7. 1, le règlement de médiation et d'arbitrage de la CAMCA, Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas précise que "the mediator is authorized to ... *make oral and written recommendations for settlement*".

Certes, on ne peut déduire d'une telle disposition un devoir de conseil qui pèserait sur l'ensemble des tiers médiateurs ou conciliateurs, d'autant que cette

conditions générales d'intervention.

¹¹⁷ J. Joly-Hurard, *op. cit.*, n° 175.

¹¹⁸ Voir supra...

¹¹⁹ Comme l'énonce le paragraphe 5 de la Charte du Centre National de la Médiation

¹²⁰ Pour reprendre les termes du paragraphe 7 de la Charte du Centre National de la Médiation.

¹²¹ Nous reprenons ici le texte de l'article 7 du règlement de conciliation de la C.N.U.D.C.I.

disposition n'oblige pas le tiers à conseiller les parties, il ne fait que lui en reconnaître la possibilité. Mais alors, que penser des dispositions consacrées aux qualités requises du tiers médiateur ou conciliateur et qui exigent de lui, non seulement qu'il réponde à des conditions de probité et d'honneur mais aussi à des conditions de compétence ? L'article 131-5 alinéa 3 du Nouveau code de procédure civile dispose ainsi que la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit "*posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise au regard de la nature du litige*". Quant au règlement de conciliation de la C.N.U.D.C.I., il précise, dans son article 7. 2/ que "*le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice et tient compte entre autres des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties*".

Pourquoi exigerait-on du tiers conciliateur ou médiateur qu'il possède la qualification requise au regard de la nature du litige si on lui dénie dans le même temps la possibilité de conseiller les parties, d'orienter leurs réflexions ? Pourquoi exiger une personne de compétence si, dans le même temps, on énonce que la solution doit exclusivement émaner des parties ? Sans doute la réalité est-elle plus complexe et il ne fait nul doute que le tiers, par ses questions, par ses suggestions, par ses remarques, oriente les échanges des parties et peut leur laisser entrevoir des projets de solution. Faut-il considérer pour autant qu'une obligation de conseil pèse sur ce tiers ?

b. 2. Des difficultés liées à la reconnaissance d'un devoir de conseil

On pourrait penser que le principal obstacle à la reconnaissance d'un devoir de conseil réside dans l'obligation d'impartialité qui pèse sur le tiers médiateur ou conciliateur (1). Il nous paraît qu'en réalité, s'il est difficile de concevoir une obligation de conseil à la charge de ce tiers, c'est bien plus en raison des incertitudes qui apparaissent, s'agissant de préciser la nature des conseils prodigués (2).

1. Devoir de conseil et obligation d'impartialité : l'impossible conciliation ?

Comme nous l'avons déjà souligné, le tiers médiateur ou conciliateur doit s'abstenir, en raison de l'obligation d'impartialité qui pèse sur lui, de toute intervention susceptible de favoriser l'une ou l'autre des parties engagées dans le processus de résolution amiable du conflit¹²². Dans le même temps, on peut considérer que ce tiers doit œuvrer à l'émergence d'un accord de conciliation¹²³. Comment, dans ces conditions, concilier ces deux impératifs ?

La question qui se pose ici est la suivante: le tiers médiateur ou conciliateur peut-il conseiller les parties sans se départir de la neutralité que celles-ci sont en droit d'attendre de lui ? Si l'exercice est sans doute délicat, pour autant, il ne nous paraît pas impossible à réaliser dès lors que l'on définit **la finalité des conseils prodigués**.

On peut tout d'abord affirmer que le tiers médiateur ou conciliateur doit émettre ses recommandations, non en vue de favoriser une partie¹²⁴, mais dans le souci de promouvoir un règlement amiable du litige, semblable finalité satisfaisant a

¹²² Voir supra.

¹²³ Voir supra.

¹²⁴ Contrairement au rôle imparti à un avocat.

priori les intérêts de chacune d'elles. Pareille précision, si elle est nécessaire, ne résout pas pour autant toutes les questions soulevées par l'éventuelle reconnaissance d'une obligation de conseil à la charge du tiers intercesseur. On peut en effet se demander si des exigences particulières relatives à la validité de l'accord réalisé. Pour répondre à cette interrogation, on peut s'inspirer du devoir de conseil qui pèse sur le notaire, rédacteur d'actes¹²⁵. Comme le tiers conciliateur ou médiateur, celui-ci est tenu d'assister les parties dans la négociation d'un contrat. Dès lors, ne peut-on pas imaginer d'imposer au tiers intercesseur de veiller à la validité de l'accord scellant le règlement amiable ? Cela supposerait que ce tiers vérifie que les conditions nécessaires à la validité de cet acte sont réunies : capacité des parties, consentement libre et éclairé, un objet possible, licite, déterminé et une cause¹²⁶.

Pourrait-on exiger du tiers intercesseur qu'il veille également au respect des droits de chaque partie pour œuvrer ainsi à la conclusion d'un accord « juste » ? La question est plus délicate. Elle est sous-jacente à une interrogation plus générale qui préoccupe la doctrine, s'interrogeant sur le point de savoir si la notion de justice est adaptée aux modes alternatifs de résolution des conflits. Or, comme le relève un auteur¹²⁷, "la justice, dans les modes alternatifs de résolution des conflits, n'est pas une justice institutionnelle mais une justice contractuelle... elle émane de la volonté des parties". Et qui dit "contractuel" ne dit pas forcément "juste"...

Tout de même, et s'il convient de tenir compte des différents textes qui encadrent le processus dans lequel les parties ont accepté de s'engager en vue de la résolution amiable de leur différend, nous pensons à l'instar de M. Cadiet, qu'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"¹²⁸. En ce sens, il ne nous paraît pas contraire à l'objet des modes alternatifs de résolution des conflits de faire peser sur le tiers médiateur ou conciliateur un devoir de conseil qui lui commande de vérifier la validité de l'acte conclu tout en s'assurant que cet acte ne s'inscrit pas en violation des droits élémentaires des parties¹²⁹. Reste que la reconnaissance d'un tel devoir soulève de nombreuses interrogations, s'agissant de préciser la nature des conseils prodigués.

2. La nature des conseils prodigués

Si la reconnaissance d'un devoir de conseil à la charge du tiers intercesseur peut être envisagée, la détermination de son étendue soulève des problèmes délicats directement liés à la question des critères de résolution des conflits dans les modes amiables de règlement des litiges.

Peut-on en effet concevoir de restreindre l'étendue du devoir de conseil du tiers intercesseur aux seules recommandations juridiques qu'appelle la conclusion d'un accord de conciliation lorsqu'il est admis qu'un tel "accord sera bon non

¹²⁵ Sur ce devoir de conseil, voir not. J. de Poulpiquet, "Notaire, Devoir de conseil", *J. Cl. responsabilité civile*, article 1382 à 1386, fasc. 420-3, 1992.

¹²⁶ En ce sens, A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 64.

¹²⁷ J.-B. Racine, Introduction, *op. cit.*

¹²⁸ L. Cadiet, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p. 38.

¹²⁹ En ce sens également J.-C. Goldsmith, *op. cit.*, p. 243 qui relève que le "médiateur ne défend aucune position mais, étant neutre, recherche une solution acceptable (souligné par nous) par les deux parties". Egalement G. Cornu, *op. cit.*, p. 316 qui note que "la médiation cherche utilement et équitablement ce que les parties peuvent honorablement et raisonnablement accepter".

seulement par le respect des règles impératives du droit ou par le maniement habile des autres instruments du droit, mais aussi par sa capacité de répondre à l'ensemble des besoins exprimés par les parties¹³⁰?. C'est là en effet l'une des principales caractéristiques des modes alternatifs de règlement des conflits que de permettre l'émergence d'une solution qui ne tende pas à "trancher entre deux prétentions en vertu de la loi mais à trouver un point d'équilibre, d'harmonie entre les intérêts"¹³¹. Pour cela, le litige doit être appréhendé dans toutes ses dimensions, juridiques, certes, mais aussi humaines, sociales, économiques ou encore psychologiques, ce qui explique que le tiers intercesseur dispose d'un panel de normes de référence beaucoup plus étendu que celui offert au juge¹³². En ce sens, comme l'observe le professeur Oppetit, ces modes alternatifs tendent "davantage à un règlement en opportunité qu'en droit strict", cherchant plus à dissoudre le litige qu'à le résoudre¹³³. Il convient donc de noter que le tiers intercesseur, s'il est juriste, doit aussi être capable de "faire des allers et retours entre les solutions juridiques et celles qui ne le sont pas afin de découvrir la meilleure"¹³⁴.

S'il ressort de ces considérations qu'il est guère aisé de définir précisément la nature et l'étendue des conseils que les parties sont en droit d'attendre du tiers intercesseur, il nous paraît tout de même nécessaire de reconnaître que le tiers intercesseur jouit d'un réel pouvoir d'influence sur les parties en œuvrant plus ou moins finement et intelligemment pour le rapprochement de leurs positions d'une part, en suggérant plus ou moins ouvertement des solutions d'autre part. Il est dès lors légitime, nous semble-t-il, de nous interroger sur les conditions dans lesquelles son incompétence ou ses maladresses pourraient être sanctionnées.

II. De la responsabilité du tiers

Si le développement des modes alternatifs de règlement des conflits suscite de plus en plus d'études en doctrine, il est une question qui n'est que très rarement abordée, c'est celle de la responsabilité du tiers médiateur ou conciliateur. Cette discrétion s'explique sans doute par la nouveauté toute relative de la fonction. Les professionnels des modes alternatifs de règlement des conflits, interrogés sur le sujet, se plaisent aussi à mettre en garde leurs interlocuteurs contre une "juridicisation" excessive de ces processus qui séduisent précisément par leur souplesse et l'absence de tout formalisme pesant. Plus fondamentalement, il nous semble que si cette responsabilité est souvent occultée (A), c'est en raison des difficultés que rencontreraient très certainement les parties au processus de règlement amiable d'un litige, au moment d'engager la responsabilité de ce tiers (B)

A. Une responsabilité occultée ?

Si le législateur s'est abstenu de définir précisément les obligations ou devoirs qui pèsent sur le tiers médiateur ou conciliateur, il a gardé le plus grand silence, s'agissant de traiter de la responsabilité de ce tiers (a). Quant aux règlements des

¹³⁰ A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 64.

¹³¹ Ch. Jarrosson, "Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale", *op. cit.*, p. 326.

¹³² Le juge, sur le fondement de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile, a le devoir de statuer en droit. Quant au tiers intercesseur, il peut prendre appui sur toute norme de référence.

¹³³ B. Oppetit, *op. cit.*, p. 57.

¹³⁴ Ch. Jarrosson, "Médiation et conciliation : essai de présentation", *op. cit.*, p. 41.

centres de médiation ou de conciliation, si certains d'entre eux affirment expressément le principe de la responsabilité du tiers médiateur ou conciliateur, on ne peut que regretter l'ambivalence qui s'en dégage après une lecture croisée des différentes dispositions qui les composent (b).

a. Le silence du législateur

On a beau lire et relire les dispositions du Nouveau code de procédure civile, aucune ne prend le soin de préciser les mesures susceptibles d'être prises pour sanctionner les éventuels manquements du médiateur ou du conciliateur aux devoirs et obligations qui pèsent sur lui. Il est seulement acquis qu'en cas d'échec, "les fonctions du médiateur cessent et l'instance poursuit son cours ordinaire comme si rien ne s'était passé"¹³⁵.

Est-ce à dire que les parties ne disposent d'aucun recours s'il leur paraît que l'échec de cette tentative de règlement amiable du litige peut être imputé au tiers ?

Insatisfaites de ses interventions, elles pourront certes demander au juge qu'il mette fin à la mission impartie au tiers médiateur ou conciliateur, avant l'expiration du délai fixé initialement. L'article 23 alinéa 2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 dispose en effet que "le juge peut ... renouveler la mission de conciliation ou de médiation. Il peut également y mettre fin avant l'expiration du délai qu'il a fixé, d'office ou à la demande du conciliateur, du médiateur ou d'une partie". On remarquera toutefois que cette solution n'est guère satisfaisante puisqu'elle contraint les parties à renoncer à un règlement amiable de leur différend, dans la mesure où comme le précise l'article 131-10 alinéa 4 de la loi n° 96-652 du 22 Juillet 1996 "le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance..."¹³⁶. Ainsi le nouveau code de procédure civile n'envisage-t-il pas le cas où les parties, souhaitant vivement aboutir à la conclusion d'un accord de conciliation mais percevant que la personnalité et les procédés du tiers intercesseur sont un obstacle à cette fin, seraient désireuses de poursuivre la tentative sous l'égide d'un autre tiers¹³⁷.

Et si l'une d'elles était persuadée que ce sont les maladresses, l'incompétence ou la partialité du tiers conciliateur ou médiateur qui ont fait échouer la tentative de règlement amiable ou qui ont conduit à la conclusion d'un accord jugé déséquilibré, pourrait-elle se retourner contre lui pour obtenir réparation du préjudice subi ? Pour répondre à cette interrogation, il faut notamment porter la réflexion sur la nature de la relation qui unit les parties au médiateur judiciaire. Peut-on ainsi considérer qu'un contrat lie les parties au médiateur judiciaire ? A ce stade de la réflexion, il n'est pas inutile de rappeler qu'au terme de l'article 131-15 du nouveau code de procédure civile, le juge est en droit de refuser la médiation aux parties qui lui en font la demande. la médiation relève donc du bon vouloir du magistrat à qui il revient par ailleurs de nommer le médiateur¹³⁸. Il est alors significatif de relever que le

¹³⁵ L. Cadet, *op. cit.*, p. 133, n° 16.

¹³⁶ Cette disposition, qui s'insère dans une loi relative à la médiation, vaut également pour les tentatives de conciliation.

¹³⁷ Est-ce par souci d'éviter que ces tentatives deviennent un facteur de ralentissement de l'instance, armes dilatoires à l'usage des parties ? (L. Cadet, *op. cit.*, p. 131, n° 15).

¹³⁸ Plus précisément, il ressort des textes du Nouveau Code de procédure civile relatifs à la médiation que le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne pour assurer l'exécution de la mesure de médiation. L'article 131-4 précise alors que si le médiateur est une association, son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure.

médiateur, informé de cette désignation par le greffe de la juridiction, est tenu de faire connaître sans délai au juge son acceptation¹³⁹. Compte tenu de ces éléments et considérant enfin que c'est encore le juge et non les parties qui fixe le cadre juridique de la médiation, il paraît difficile de soutenir qu'un contrat lie les parties au médiateur judiciaire. Dès lors, celles-ci devront se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle pour engager la responsabilité du médiateur, à moins qu'elles ne prétendent engager la responsabilité de l'Etat pour mauvais fonctionnement de la procédure. On peut en effet considérer que le médiateur judiciaire est avant tout un auxiliaire de justice. Nous n'entendons pas ici entrer dans le détail d'une telle procédure. Si cette possibilité semble théoriquement envisageable, il paraît guère probable en pratique qu'elle soit retenu par les parties soucieuses avant tout d'efficacité, de rapidité et de discrétion. Leur sera-t-il plus facile d'engager la responsabilité du tiers intervenant dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation conventionnelle? Si celui-ci est rattaché à un centre de résolution amiable des litiges, il faudra tenir compte des dispositions qui composent le règlement intérieur de ce centre... Or celles-ci sont souvent ambivalentes...

b. L'ambivalence des règlements des centres de médiation et de conciliation

De nombreux règlements de centres ne prennent pas le soin de préciser les conditions de mise en jeu de la responsabilité de leurs médiateurs ou conciliateurs. Ils se contentent alors d'affirmer avec plus ou moins de vigueur les obligations qui pèsent sur les tiers intercesseurs.

S'agissant de prévoir les conséquences d'un manquement éventuel, c'est, à notre connaissance, le Centre national de la Médiation qui s'est doté du dispositif le plus précis (b. 1). Relevons alors que les sanctions prévues par ce code sont des sanctions purement disciplinaires, le Code de la médiation, comme d'autres règlements de centres de médiation ou de conciliation, comprenant par ailleurs des dispositions qui peuvent s'analyser comme de véritables clauses exclusives de responsabilité (b. 2.).

b. 1. Le dispositif mis en place par le Centre National de la Médiation

L'article 24 du Code édicté par le Centre National de la Médiation prévoit que "la médiation selon la conception du Centre National de la Médiation, implique (...) de protéger au mieux les intérêts des parties en cause. C'est la raison pour laquelle le Centre National de la Médiation et les médiateurs qui ont reçu l'agrément, ont souscrit un contrat d'assurances garantissant les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile, générale et professionnelle à l'égard des tiers et des protagonistes". Les articles 30 et suivants organisent quant à eux une procédure de sanction interne des manquements imputables au médiateur. Un organe de contrôle est constitué à cette fin qui s'assure "du respect des règles professionnelles et

Sil apparaît clairement que le juge ne peut ordonner une mesure de médiation sans l'accord des parties, on peut hésiter sur le point de savoir si cet accord porte également sur l'identité du médiateur désigné. L'article 131-6 du Nouveau code de procédure civile pourrait le laisser croire puisqu'il y est précisé que « la décision qui ordonne la médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission. Relevons alors que l'article 131-7 dudit code précise que le médiateur est tenu de donner son accord au juge et non aux parties engagés dans la médiation.

¹³⁹ Cf. article 131-7 du Nouveau code de procédure civile.

déontologiques des actes du médiateur" (article 30). Ainsi, "lorsque des réclamations ou des faits précis contrevenant aux présentes dispositions du Code de la Médiation sont portés à la connaissance du Centre National de la Médiation, une enquête est conduite pouvant déboucher sur l'adoption d'une sanction" (article 31). Plus précisément, "après avoir pris connaissance des faits reprochés au médiateur, le Centre National de la Médiation décide s'il y a lieu ou non de demander des explications à l'intéressé. Dans le cas où des explications paraissent nécessaires, le médiateur est invité à un ou plusieurs entretiens aux termes desquels les hypothèses suivantes peuvent être envisagées: classement du dossier si aucun manquement au Code de la Médiation ne peut être reproché au médiateur ou sanctions dans le cas contraire (article 32). Celles-ci, qui doivent nécessairement être proportionnées à la gravité des faits reprochés, vont de l'avertissement avec ou sans suspension de l'agrément pendant une durée limitée au retrait pur et simple de l'agrément, avec radiation éventuelle du contrevenant du corps des médiateurs agréés du C.N.M. (article 33).

D'aucuns regretteront peut-être la mise en place de tels dispositifs qui s'inscrivent dans une logique de procéduralisation des modes alternatifs de règlement des conflits. Mais il est vrai, comme l'observe M. Guinchard, que "les formes nouvelles de règlement des conflits ne restent pas très longtemps des justices douces, en ce sens que très vite elles s'institutionnalisent, quand cette institutionnalisation n'est pas en germe dans la création de cette nouvelle forme de règlement des conflits"¹⁴⁰. Il nous paraît d'ailleurs salutaire que la question de la responsabilité du tiers intercesseur soit traitée avec honnêteté et rigueur, ce qui contraste singulièrement avec le discours assez agaçant de certains professionnels de la médiation qui, tout en vantant les mérites de ces nouvelles formes de règlement des conflits, restent très flous quant aux obligations qui pèsent sur eux en leur qualité de médiateur, rejetant même la possibilité que leur responsabilité puisse être engagée. Il est ainsi fréquent que les règlements des centres de médiation contiennent des clauses exclusives de responsabilité.

b. 2. Des clauses exclusives de responsabilité

A l'évidence, tous les centres de médiation ou de conciliation n'ont pas prêté la même attention aux questions relatives à la responsabilité de leurs membres. Est-ce une omission volontaire ou involontaire ? Toujours est-il que ceux qui envisagent la question ne manquent pas d'insérer au sein de leur règlement, code ou charte des clauses qui organisent l'irresponsabilité le plus souvent partielle, exceptionnellement totale des médiateurs ou conciliateurs intégrés à leur structure.

- Le plus souvent les clauses aménageant le régime de la responsabilité du tiers intercesseur organisent "seulement" leur irresponsabilité partielle. Ainsi, le règlement de médiation de l'OMPI affirme, dans son article 25, que "sauf en cas de faute délibérée, la responsabilité du médiateur, de l'OMPI et du Centre n'est engagée à l'égard d'aucune partie pour aucun acte ou omission lié à une médiation conduite conformément au présent règlement". Les règles édictées par la CAMCA, Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas Mediation and Arbitration Rules, comprennent des dispositions identiques qui insistent bien sur le

¹⁴⁰ S. Guinchard, "L'évitement du juge civil", in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G. J. Martin, L.G.D.J., 1998.

fait que "neither the administrator nor any mediator shall be liable to any party for any act or omission in connection with any mediation conducted under these rules, save that they may be liable for the consequences of conscious and deliberate wrongdoing".

En application de ces clauses, qui ont valeur contractuelle puisque les parties qui recourent aux services de médiateurs de l'OMPI ou de la CAMCA acceptent, de ce fait, les dispositions des règlements de ces centres, la responsabilité du tiers ne pourra être engagée qu'en cas de faute lourde.

- Dans une formule plus laconique et avec une sérénité que l'on appréciera, le règlement relatif à l'euromédiation, édicté par le réseau européen de l'arbitrage et médiation, GEIE REAM auquel adhèrent notamment le Caba¹⁴¹ et la Caren¹⁴², énonce que "ni le REAM, ni le médiateur ne seront tenus pour responsables à l'égard des parties des actes ou omissions, en rapport avec toute médiation réglée par les présentes dispositions..."¹⁴³. Voilà qui est clair et qui tend à organiser l'irresponsabilité totale des membres de l'institution. Tout serait parfait si l'on ne pouvait remettre en cause la validité de ces clauses ! En effet, si l'on peut concevoir que la liberté contractuelle autorise les parties à déroger au droit commun des contrats, on ne peut accepter qu'elle leur permette de porter atteinte à la substance même du contrat¹⁴⁴. De fait, comme l'affirmait une décision fort ancienne de la Chambre des requêtes, "un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter"¹⁴⁵. Il nous semble dès lors que les parties insatisfaites de la prestation d'un médiateur pourraient engager sa responsabilité en dépit de la clause insérée dans le règlement du GEIE REAM. Il leur resterait tout de même à surmonter quelques "obstacles" que l'on ne peut passer sous silence.

B. Une responsabilité juridique délicate à mettre en œuvre

Si nous limitons nos analyses aux cas où les parties souhaitent engager la responsabilité du tiers intercesseur pour manquement à l'obligation principale qui pèse sur lui, à savoir l'obligation de favoriser le dialogue en vue du règlement amiable du litige qui les oppose, il nous faut tout d'abord déterminer la portée d'un tel engagement. La doctrine, lorsqu'elle envisage la question, est unanime pour affirmer que cette obligation ne peut être qu'une obligation de moyens. Comme le fait observer M. Lempereur "on n'insistera jamais assez sur la simple obligation de moyens qu'emporte la médiation"¹⁴⁶. L'article 2 du code de la médiation édicté par le Centre National de la Médiation l'énonce clairement : "le médiateur n'est pas soumis à une obligation de résultat mais à une obligation de moyens".

On en saurait ici remettre en cause une telle qualification tant il est vrai que l'aléa qui pèse sur toute tentative de règlement amiable des conflits est tel que l'on ne peut imposer au tiers, "maître d'œuvre de l'élaboration d'une solution

¹⁴¹ Centre d'arbitrage de Bordeaux Aquitaine.

¹⁴² Cour d'arbitrage européenne, institution internationale d'arbitrage de Lille.

¹⁴³ Article 14 dudit règlement.

¹⁴⁴ Pour une analyse plus approfondie, E. Girardot-Rouhette, *Le contrat de conseil en organisation*, Thèse Nice, 1999, p. 497 s.

¹⁴⁵ Chambre des requêtes, 19 jan. 1863, *D.*, 1863, 1, cité par Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations*, Thèse Aix-Marseille, 1981, p. 202.

¹⁴⁶ A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 64.

consensuelle"¹⁴⁷, d'amener les parties à un accord. Dès lors, la responsabilité de ce tiers ne pourra être engagée qu'à la condition de prouver l'existence d'une faute qui lui soit imputable et qui puisse s'analyser comme la cause du préjudice subi. On pressent alors l'ampleur des difficultés auxquelles la partie demanderesse se heurtera, à moins que la faute reprochée au tiers médiateur ou conciliateur soit d'une gravité telle que les juges présumeront le lien de causalité et consentiront à lui allouer des dommages et intérêts.

A ces considérations qui tiennent à la difficulté de caractériser la faute du tiers (a) s'ajoutent des considérations qui mêlent à la fois contraintes juridiques et contraintes pratiques. On peut en effet se demander si l'obligation de confidentialité qui pèse sur les parties n'est pas un obstacle à une action en responsabilité intentée contre le tiers médiateur ou conciliateur (b).

a. Des difficultés de caractériser la faute du tiers

Tenu d'apprécier la réalité et la gravité des manquements reprochés à un tiers médiateur ou conciliateur, le juge se heurtera à plusieurs difficultés. Les unes tiennent aux incertitudes qui apparaissent lorsque l'on s'attache à déterminer précisément la nature et l'étendue des obligations pesant sur ce tiers. De fait, ces obligations échappent à une détermination rigoureuse de leur portée et de leur contenu. Il en est ainsi du *devoir*¹⁴⁸ de promouvoir le dialogue entre les parties. Si des techniques spécialement conçues à cette fin existent, il faut bien constater que ces méthodes "ne sont pas toujours éprouvées et (que leur) succès est difficilement mesurable"¹⁴⁹. Le juge ne dispose donc d'aucune certitude pour savoir si c'est l'incompétence du tiers, le caractère aléatoire des méthodes mises en œuvre ou la mauvaise foi des parties qui explique l'échec de la tentative de conciliation¹⁵⁰. De même, s'il est incontestable que la personnalité du tiers intercesseur est décisive, on concevra qu'il est bien difficile pour un juge d'apprécier cette personnalité pour sanctionner l'existence ou l'absence d'un trait de caractère. Certes, on peut toujours s'essayer à traduire chacun des traits de caractère énoncés comme décisifs pour la réussite d'une médiation ou d'une conciliation en autant d'obligations juridiques : obligation de s'informer pour traduire le devoir d'écoute qui pèse sur le tiers, obligation de conseil et de mise en garde pour la force de persuasion dont il doit faire preuve. Il n'en demeure pas moins très difficile de percevoir l'ensemble de ces exigences dans toute leur nuance et leur complexité. Nous sommes "dans des domaines mouvants"¹⁵¹ où la bonne exécution d'une prestation dépend certes de facteurs objectifs mais aussi et surtout de la volonté de chacun d'aboutir à un accord de conciliation.

On en saurait donc nier la complexité du processus engagé qui repose sur la collaboration plus ou moins active de l'ensemble des participants. Dans ces conditions, il n'est guère aisé de déterminer lequel d'entre eux a, par sa négligence ou par sa mauvaise foi, compromis la réussite de la tentative de règlement amiable

¹⁴⁷ G. Dorvaux, C. Leveel, S. Benmaad, *op. cit.*

¹⁴⁸ L'usage du concept même de "devoir" plutôt que de celui d'obligation" reflète les incertitudes qui pèsent quant à l'étendue des diligences attendues du tiers intercesseur.

¹⁴⁹ A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 70.

¹⁵⁰ Ce qui conduit d'ailleurs M. Lagarde à considérer qu'il est « difficile sinon impossible d'apprécier une responsabilité des parties sanctionnant spécifiquement leur attitude lors de la procédure de conciliation, in *op. cit.*, p. 392.

¹⁵¹ A. P. Lempereur, *op. cit.*, p. 70.

du litige. Confronté à ces réalités, le juge fera judicieusement appelle au standard de la bonne foi pour apprécier le comportement de chacun. Il devra également se livrer à une analyse minutieuse des échanges intervenus entre les parties pour tenter de déterminer si c'est une négligence du tiers qui est à l'origine de l'échec de la médiation ou si celui-ci doit être imputé à l'une ou l'autre des parties que le litige oppose. Cela soulève incidemment la question de la confidentialité du processus de résolution amiable du conflit.

b. La confidentialité de la médiation: obstacle à une action en responsabilité ?

A la lecture des différents textes relatifs à la médiation ou à la conciliation, nous avons pu prendre la mesure de l'obligation de confidentialité qui pèse aussi bien sur les parties que sur le tiers intercesseur¹⁵².

Lorsque ces textes énoncent que "les contestations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, *ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre audience*"¹⁵³, lorsqu'ils affirment que "le médiateur et les parties sont tenus à la plus stricte confidentialité pour tout ce qui concerne la médiation ; aucune constatation, déclaration ou proposition effectuée devant le médiateur ou par lui ne peut être utilisée *ultérieurement par quiconque*"¹⁵⁴, on peut se demander si l'existence de telles obligations ne constitue pas un obstacle à la mise en jeu de la responsabilité du tiers médiateur ou conciliateur. De fait, la partie insatisfaite de la prestation de ce tiers sera en effet inévitablement amenée, dans le cadre d'une action en justice, à dévoiler des informations couvertes par une obligation de confidentialité qu'elle sera tenue de respecter, tantôt en vertu de dispositions insérées dans les règlements des centres de médiation ou de conciliation ayant valeur de clauses contractuelles acceptées, tantôt en considération des dispositions du nouveau code de procédure civile. La violation de cette obligation de confidentialité sera d'autant plus étendue que les circonstances de la cause justifieront souvent une analyse très détaillée et très minutieuse des échanges et de la relation qui se sont instaurés entre chacun des acteurs du processus engagé¹⁵⁵.

Faut-il considérer que l'existence de cette obligation de confidentialité interdit aux parties d'engager une action en responsabilité à l'encontre du tiers médiateur ou conciliateur ? Ce serait ici consacrer l'obligation de confidentialité insérée dans de nombreux contrats comme une obligation protégeant les protagonistes de toute action devant les tribunaux étatiques, ce qui ne se peut¹⁵⁶. Si deux droits s'opposent ici, le droit à la confidentialité et le droit à l'accès à la justice, on ne saurait les considérer comme des droits d'intensité égale. Il faut en effet définir l'étendue de l'obligation de confidentialité au regard de sa finalité¹⁵⁷ et affirmer le caractère prévalent du droit à l'accès à la justice.

¹⁵² Voir supra.

¹⁵³ Article 131-14 du Nouveau code de procédure civile.

¹⁵⁴ Article 7 du règlement de médiation du CMAP, Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris.

¹⁵⁵ Voir supra.

¹⁵⁶ Toutefois, pour une analyse divergente, X. Lagarde, *op. cit.*, p. 393.

¹⁵⁷ Voir supra.

Ainsi, plus que l'obligation de confidentialité qui pèse sur les parties, ce sont les difficultés rencontrées pour caractériser la faute du tiers médiateur ou conciliateur qui représentent le principal obstacle à la mise en jeu de la responsabilité de ce tiers.

D'autres considérations expliquent aussi que cette responsabilité ne soit que très rarement recherchée. L'on sait ainsi que les parties peuvent interrompre la conciliation ou la médiation à tout moment si elles considèrent que la tentative est vouée à l'échec. Précisément, l'incompétence, les maladresses du tiers intercesseur peuvent causer une telle interruption à moins que les parties aient la possibilité de le récuser au profit d'un autre¹⁵⁸. Interruption de la procédure¹⁵⁹ ou récusation du tiers intercesseur seront donc les moyens les plus immédiats dont pourront user les parties pour sanctionner les carences de ce tiers. Et comme les parties n'ont bien souvent d'autre choix que de recourir à la justice arbitrale ou à la justice étatique pour régler leur différend en cas d'échec de la tentative de conciliation ou de médiation¹⁶⁰, on peut présumer qu'elles concentreront leur énergie à faire prévaloir leurs droits et leurs prétentions auprès de l'arbitre ou du juge étatique tenu de trancher leur différend plutôt qu'à tenter à l'encontre du tiers médiateur ou conciliateur une action en responsabilité aux résultats plus qu'incertains. Est-ce à dire que le tiers intercesseur dans les modes alternatifs de règlements des conflits est un acteur irresponsable ? Au terme de cette étude, nous ne nous hasarderons pas à tirer de conclusions trop hâtives. Assurément, la responsabilité juridique de ce tiers est délicate à engager. C'est bien pour cela qu'il est nécessaire de définir le plus rigoureusement possible la mission qui lui est impartie et les obligations qui en découlent tant il est vrai que les modes alternatifs de règlement des conflits, s'ils séduisent par leur souplesse et par leur rapidité, n'en évoluent pas pour autant dans une zone de non droit absolu.

¹⁵⁸ Cette possibilité est notamment prévue dans l'article 18 du Code de la médiation édicté par le Centre national de la médiation.

¹⁵⁹ Sur les limites d'une telle démarche, supra...

¹⁶⁰ De fait, " beaucoup de formes nouvelles de règlements des conflits se prolongent par l'exercice de voies de recours judiciaires, devant le juge civil que l'on voulait précisément éviter..." S. Guinchard, *op. cit.*,

Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de règlement des conflits

Jean-Baptiste Racine

Maître de conférences à la Faculté de droit de Nice Sophia Antipolis

CREDECO

« les ethnologues pourraient, ici encore, avoir leur revanche si dans les procédures de l'avenir devait se développer ce qui est peut-être déjà perceptible en droit positif, une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix. Reverrons-nous un jour les temps primitifs ? »¹⁶¹.

Le procès doit être loyal. C'est désormais une règle fondamentale du droit processuel¹⁶². Un mode alternatif de règlement des conflits doit-il être loyal ?¹⁶³ La question, ainsi posée, relève de la provocation. Il paraît évident qu'un processus alternatif de résolution des conflits doit respecter des garanties de loyauté. En effet, la loyauté est un standard, un principe général, qui, *a priori*, a naturellement vocation à s'appliquer aux modes alternatifs. La loyauté devrait donc s'appliquer logiquement aux modes alternatifs de résolution des conflits.

Pourquoi se poser la question des garanties de loyauté dans les modes alternatifs de résolution des conflits ? Il serait faux de présenter le milieu des modes alternatifs comme un monde parfait où les parties feraient preuve d'un altruisme particulier à l'égard de leur « adversaire » que l'on qualifierait volontiers de « partenaire » au conflit. En réalité, il est probable que les parties participent à un

¹⁶¹ J. Carbonnier, « Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, La documentation française, 1998, p. 15, spéc., p. 16.

¹⁶² V. S. Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Université Panthéon-Assas/Paris II, *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1135 qui fait du principe de loyauté un nouveau principe directeur du procès.

¹⁶³ Sur les modes alternatifs de règlement des conflits en général, V. parmi une bibliographie très fournie : G. Cornu, « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », *Rev. int. dr. comp.* 1997, p. 313 ; Ch. Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *Rev. int. dr. comp.* 1997, p. 325 ; J.C. Goldsmith, « Les modes de règlement amiable des différends », *Rev. dr. aff. int.* 1996, p. 221 ; P. Kayser, « La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables », *Justices*, 1996, p. 203 ; B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, 1995, p. 53.

mode alternatif dans l'espoir d'obtenir le meilleur accord possible non pour l'intérêt commun de l'ensemble des parties mais plutôt dans leur intérêt exclusif. Le caractère consensuel du processus ne doit pas faire oublier l'opposition d'intérêts qui reste sous-jacente¹⁶⁴. De la sorte, il n'est pas exclu que les parties aux modes alternatifs mettent en œuvre des pratiques déloyales. De même, les tiers intervenant en qualité de médiateur ou de conciliateur peuvent eux-mêmes commettre des actes de déloyauté à l'encontre d'une ou plusieurs parties. Il faut donc assurer le respect de la loyauté tant à l'égard des parties qu'à l'égard du tiers intercesseur. Toutefois, il subsiste encore à ce stade de nombreuses incertitudes. S'il paraît légitime d'assurer la loyauté dans le cadre d'un mode alternatif de résolution des conflits, il est beaucoup plus difficile de dessiner les contours de celle-ci.

La question a été posée en doctrine mais sous un angle particulier. Les auteurs s'interrogent généralement pour savoir si les droits fondamentaux du procès s'appliquent aux modes alternatifs. Comme l'écrit M. Cadiet, « la solution amiable des litiges n'est pas nécessairement plus juste. Les modes de solution dits amiables posent en effet la question centrale qui est celle du respect des droits fondamentaux des parties, ce que l'on nomme droits de la défense dans les solutions judiciaires »¹⁶⁵. De même, comme le relève M. Guinchard : « Peut-être faut-il étendre à ces hypothèses de justice douce le droit à un procès équitable qui deviendrait le droit à un règlement équitable ? »¹⁶⁶.

Il s'agit de s'intéresser aux droits fondamentaux qui ont pour objet d'assurer la loyauté du procès¹⁶⁷. Ceux-ci peuvent être reliés plus largement aux droits de la défense. On compte, au nombre de ces principes, le principe de la contradiction¹⁶⁸, le droit d'être entendu¹⁶⁹, l'indépendance et l'impartialité du juge¹⁷⁰, les règles visant à assurer la loyauté dans l'administration de la preuve et la recherche de la vérité¹⁷¹. Ces différentes garanties sont exprimées, peu ou prou, à l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950 portant sur le droit à un procès équitable¹⁷². Les principes fondamentaux ne doivent pas être

¹⁶⁴ Selon X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », *Rev. arb.* 2000, p. 377, spéc., p. 391, « ce sont moins les bons sentiments qui favorisent l'accord, mais bien plutôt un mélange d'âpreté et de réalisme ».

¹⁶⁵ *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p. 67. Du même auteur, V. « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », in *Mélanges Cl. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 123, spéc., n° 3, p. 125.

¹⁶⁶ « L'évitement du juge civil », in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G. Martin, LGDJ, Coll. Droit et société, 1998, p. 221, spéc., p. 228. Dans le même sens, M. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits. Introduction », in *Les transformations de la régulation juridique, op. cit.*, p. 209, spéc., p. 216.

¹⁶⁷ Ph. Pedrot, « Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil », in *Droits et libertés fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M.A. Frison-Roche, Th. Revet, 4^{ème} éd., Dalloz, 1997, p. 423.

¹⁶⁸ V. M.A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire*, Thèse, Paris II, 1988.

¹⁶⁹ V. G. Flécheux, « Le droit d'être entendu », *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 149.

¹⁷⁰ V. M.A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, chr., p. 53 ; P. Crocq, « Le droit à un tribunal impartial », in *Droits et libertés fondamentaux, op. cit.*

¹⁷¹ A. Leborgne, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD. Civ.*, 1996, p. 535.

¹⁷² V. S. Guinchard, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA.*, 1998 ; S. Guinchard, « Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ? », in *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de G. Farjat, éd. Frison-Roche, 1999, p. 139.

confondus avec les principes directeurs du procès¹⁷³. Certes, les principes directeurs contiennent des garanties procédurales. Mais ils sont aussi plus larges et ont pour objet de régler le rôle respectif des parties et du juge dans le procès.

Ces garanties procédurales de loyauté peuvent être confrontées aux modes alternatifs de résolution des conflits¹⁷⁴. Quelle définition apporter au terme générique de modes alternatifs ? Il s'agit tout d'abord des modes alternatifs judiciaires. Il en existe deux catégories : la médiation judiciaire régie par les articles 131-1 et s. NCPC et la conciliation judiciaire régie notamment par les articles 21, 127 et s. et 832-1 et s. NCPC. La conciliation judiciaire entre dans notre cadre d'analyse lorsque celle-ci est tentée par un tiers désigné par le juge chargé du litige. Elle en est exclue lorsque le juge tente lui-même la conciliation. Il s'agit ensuite de la médiation et de la conciliation conventionnelles. A ce propos, lorsque la médiation ou la conciliation sont organisées exclusivement par contrat, il faut tenir ces deux termes pour synonymes¹⁷⁵. L'étude s'appuiera à leur sujet sur les règlements de conciliation ou de médiation rédigés par des instituts privés organisant des modes alternatifs de résolution des conflits¹⁷⁶. En effet, les modes alternatifs conventionnels ne sont pas réglementés. Aucune disposition dans le nouveau Code de procédure civile ne porte sur la médiation ou la conciliation conventionnelles. Leur source et leur légitimité dérivent du contrat.

L'objet d'analyse est donc divers : il comporte à la fois la médiation et la conciliation (avec l'intervention d'un tiers extérieur au juge) ; il inclut à la fois les modes alternatifs judiciaires, c'est-à-dire mis en œuvre à l'occasion d'une instance portée devant les tribunaux, et les modes alternatifs conventionnels, indépendants de toute instance engagée devant un juge et organisés par les parties elles-mêmes. Au delà de cette diversité, tous ces modes de résolution des conflits obéissent à des principes communs.

Le médiateur et le conciliateur n'ont pas de pouvoirs juridictionnels. Ils ne sont pas des juges¹⁷⁷. Ils ne disposent ni du pouvoir de dire le droit (*jurisdictio*) ni du pouvoir de commandement (*imperium*)¹⁷⁸. Or les garanties fondamentales de procédure assurant la loyauté ne sont-elles pas liées à l'existence d'un pouvoir juridictionnel ? C'est parce qu'il existe un pouvoir qu'il faut l'encadrer par un certain

¹⁷³ V. G. Cornu, « Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions », *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 83.

¹⁷⁴ V. à propos de l'expertise, J.P. Marguénaud, « Le droit à l'expertise équitable », *D.* 2000, chr., p. 111. Sur le respect du principe de la contradiction par l'expert, V. G. Bourgeois, P. Julien et M. Zavaro, *Pratique de l'expertise judiciaire*, Litec, 1999, n° 194 et s., p. 123 et s.

¹⁷⁵ De manière générale, la différence entre médiation et conciliation n'est guère sensible. Comme le pense Ch. Jarrosson (« Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.* 22 août 1996, p. 951, spéc., p. 952), « le médiateur est un conciliateur particulièrement actif et entre médiation et conciliation, il n'y a pas vraiment de différence de nature, mais tout au plus une différence dans l'implication du tiers ». Toutefois, il faut distinguer la médiation judiciaire et la conciliation judiciaire, les deux institutions n'étant pas régies par les mêmes règles.

¹⁷⁶ M. Van Der Haegen, « Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe », *Rev. dr. Aff. Int.*, 1996, p. 255.

¹⁷⁷ Sur la définition du juge, V. G. Wiederkher, « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Mélanges Perrot*, Dalloz, 1995, p. 575.

¹⁷⁸ Selon M. Cornu (« Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 315), « Ce défaut de pouvoir est de l'essence de la médiation. C'est la faiblesse même du médiateur qui fait sa force, dès lors que le seul ressort de son action est la persuasion, la conviction, la recherche d'un consensus ».

nombre de garanties. Là où il n'y a pas de pouvoir, il ne serait pas nécessaire de poser des garde-fous. C'est pourquoi, *a priori*, les garanties procédurales ne s'appliquent pas naturellement aux modes alternatifs de règlement des conflits. Ceux-ci ne confèrent aucun pouvoir juridictionnel aux médiateur et conciliateur et reposent entièrement sur une négociation entre les parties avec l'aide d'un tiers. Faut-il pour autant dresser, à ce stade, un constat de carence ? Peut-on dire, sans pousser plus loin la réflexion, qu'en raison de l'absence de pouvoir juridictionnel du médiateur et du conciliateur, les garanties d'un procès loyal sont inapplicables ?

La médiation et la conciliation ne sont pas – et ne doivent pas être – soumises à une liberté absolue. Certes, il convient d'éviter un écueil. Il n'est pas dans notre propos de prôner une « juridicisation » à tout prix des modes alternatifs. La souplesse et la liberté qui caractérisent les modes alternatifs doivent être conservées¹⁷⁹. Si les modes alternatifs devaient s'alourdir en raison de l'application de principes trop rigides, ils perdraient de leur intérêt pour les utilisateurs.

Dès lors, il est utile de réfléchir à la définition de règles destinées à assurer la loyauté dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation. Comment assurer cette loyauté ? Faut-il appliquer les garanties procédurales classiques que connaît le droit judiciaire privé ? Celles-ci sont-elles adaptées aux modes alternatifs ? Ne faut-il pas rechercher d'autres garanties de loyauté plus adaptées ? Dans cette optique, les garanties de loyauté issues du droit des contrats ne sont-elles pas plus pertinentes ? Pour répondre à ces questions il convient de distinguer selon que la loyauté s'impose dans les relations entre les parties (I) ou dans les relations entre les parties et le tiers médiateur ou conciliateur (II).

I) La loyauté dans le cadre des relations entre les parties aux modes alternatifs de règlement des conflits.

Comment assurer la loyauté dans le cadre des relations entre les parties ? Plusieurs solutions sont envisageables. La première fait appel au principe de la contradiction. Il faudra cependant démontrer que ce principe est inapplicable aux modes alternatifs (A). C'est plutôt vers la référence au principe de bonne foi contractuelle qu'il faudra s'orienter (B).

A) L'inapplication du principe de la contradiction aux modes alternatifs de résolution des conflits.

Le principe de la contradiction est-il applicable aux modes alternatifs ? Il s'agit d'une question centrale. Deux raisons militent *a priori* pour que ce principe s'applique. D'une part, le principe de la contradiction est un principe fondamental du droit processuel qui relève, selon un vieil arrêt, du droit naturel¹⁸⁰. Il peut être qualifié aujourd'hui de véritable droit de l'homme garanti, notamment, par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950. La

¹⁷⁹ Comme le relève M Jarrosson (« La médiation et la conciliation : essai de présentation », *Droit et patrimoine*, Décembre 1999, p. 36, spéc., p. 40) : « L'esprit qui préside à la matière doit privilégier le plus possible la souplesse et la liberté ; il serait opportun d'éviter de la juridiciser ».

¹⁸⁰ Cass., 7 mai 1828, S., 1828. 1. 93 : « La défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre ». V. H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges Roubier*, Tome II, 1961, p. 175.

contradiction reflète donc une valeur particulièrement importante. D'autre part, le principe de la contradiction a un champ d'application plus vaste que le procès *stricto sensu*¹⁸¹. Ainsi, ce principe s'applique en vertu de la loi à la procédure de licenciement ou en vertu d'une jurisprudence récente à la révocation des dirigeants statutaires en droit des sociétés¹⁸². Il ne serait donc peut-être pas aberrant d'appliquer le principe de la contradiction aux modes alternatifs. D'ailleurs, cette opinion est prônée par certains soit de manière tranchée¹⁸³ soit avec des nuances¹⁸⁴. La Commission européenne a même défendu dans une recommandation du 30 mars 1998 l'application du principe du contradictoire dans le cadre de la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation¹⁸⁵. Cependant, il faut clairement établir que le principe de la contradiction, tel qu'il est mis en œuvre devant les juridictions, ne peut pas et ne doit pas s'appliquer aux modes alternatifs de résolution des conflits que sont la conciliation et la médiation.

Tout d'abord, le principe de la contradiction ne peut pas s'appliquer aux modes alternatifs¹⁸⁶. Au nom de la loyauté du procès, ce principe impose à chacune des parties de divulguer à l'adversaire l'ensemble des arguments d'ordre juridique et factuel justifiant les prétentions émises¹⁸⁷. Le principe consacre l'égalité des armes entre les parties. Ce principe ne peut jouer que dans le cadre d'un procès porté devant un juge¹⁸⁸. Dans une médiation ou une conciliation, les parties n'émettent pas au sens propre de prétentions. Elles peuvent formuler, au besoin juridiquement, leurs sources d'insatisfactions. Mais elles ne présentent aucune demande ni aucune défense. Au surplus, le médiateur et le conciliateur, n'ayant pas de pouvoirs juridictionnels, ne peuvent imposer une solution¹⁸⁹. La solution du litige vient des

¹⁸¹ V. J.P. Sortais, « Le principe du contradictoire en dehors du prétoire ? », in *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 245.

¹⁸² Cass., com. 3 janvier 1996, *JCP.*, 1996, II, 22638, note Gibirila ; Cass. Com., 26 novembre 1996, *JCP. Ed. E.*, II, 918.

¹⁸³ V., par exemple, B. Brunet, « Les modes alternatifs de règlement des litiges. Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit » *Gaz. Pal.*, 23 décembre 1997, doctr., p. 1674, spéc., p. 1677 : « Retisser les liens entre individus dans un système alternatif de régulation impose que les principales garanties de la procédure judiciaire soient étendues aux divers modes de règlement des conflits, à toute instance dans laquelle de la norme est produite, fusse de la norme d'origine contractuelle. Il s'agit, donc, de la valorisation du débat contradictoire... ». V. aussi, Ph. Marchandise et J.P. Buyle, « Avant-propos » in *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 5 qui appellent à un « strict respect des droits de la défense ».

¹⁸⁴ V. l'avis de la Confédération nationale des avocats : « Préoccupée de ce que le médiateur n'est pas tenu au respect des règles de la procédure contradictoire dans l'accomplissement de sa mission, le CNA-Paris revendique qu'il ait dans la pratique obligation impérative d'informer les avocats préalablement à toute mesure qu'il estimerait utile d'entreprendre ou de mener sans leur concours ». Cette opinion n'est pas dénuée d'arrière pensées corporatistes. Les avocats craignent en effet d'être mis à l'écart du processus de médiation. Par cet avis, les avocats entendent affirmer et légitimer leur présence durant le processus de médiation.

¹⁸⁵ V. J. Laffineur, « Les principes consacrés par la Recommandation du 30 mars 1998 : premiers commentaires critiques », *Rev. Europ. Dr. Consom.* 1999, p. 401.

¹⁸⁶ En ce sens, Ch. Jarrosson, *Rev. Gén. Proc.* 1999, p. 764. V. aussi, M. Armand-Prévoist, « L'avocat, le juge, le médiateur », *Petites affiches*, 8 juillet 1998, n° 81, p. 19, spéc., p. 22.

¹⁸⁷ Cf : art. 15 NCPC : « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

¹⁸⁸ Comme le relève M. Jarrosson (*op. cit.*, p. 766), « les principes du procès trouvent leur limite rationnelle dans le procès ».

¹⁸⁹ V. D. Pollet (« Principe de contradiction et médiation », *Gaz. Pal.*, mercredi 2 et jeudi 3 juin 1999, p. 3) : « Le médiateur n'ayant pas mission de trancher, mais de stimuler le changement d'une relation en

parties elles-mêmes et est acceptée par elles. Partant, il est inutile d'obliger les parties à se faire connaître mutuellement leurs arguments de fait et de droit. Aucune des parties ne risque d'être surprise par les manœuvres de l'autre. Dans le cadre d'une médiation ou d'une conciliation, il n'existe aucun juge à convaincre. Aucune des parties ne peut rechercher à emporter la décision. Les parties doivent se convaincre mutuellement. Enfin, le tiers, médiateur ou conciliateur, n'a pas l'obligation de se référer à des règles de droit substantielles pour tenter de mettre fin au litige. Par extension, il ne doit pas non plus avoir l'obligation de respecter les règles de droit processuelles, plus particulièrement le principe du contradictoire.

En outre, il existe une différence fondamentale entre la médiation ou la conciliation et les procédures de licenciement ou de révocation de dirigeants de société. Dans ces dernières procédures, une décision est prise. Certes ce n'est pas un acte juridictionnel mais il s'agit d'une décision qui entraîne un grief pour la personne qui la subit. Il est donc nécessaire de l'encadrer par le respect du contradictoire. Dans la médiation ou la conciliation, aucune décision – même non juridictionnelle - n'est prise.

Ensuite, le principe de la contradiction ne doit pas s'appliquer à la médiation et à la conciliation. Vouloir appliquer ce principe risquerait de porter atteinte à la spécificité et à la nature de la médiation et de la conciliation et ainsi de les dénaturer¹⁹⁰. Ces institutions se caractérisent par la souplesse et l'absence de formalisme. Le principe de la contradiction alourdirait considérablement le processus.

Il est donc normal que dans les textes applicables à la médiation et à la conciliation, il n'est jamais imposé aux parties de respecter le principe de la contradiction. De même, il n'est pas imposé aux médiateurs ou conciliateurs de faire respecter ce principe. La loi du 8 février 1995 n'évoque à aucun moment le principe de la contradiction. Le décret du 22 juillet 1996 est muet à ce sujet tant à propos de la médiation judiciaire (art. 131-1 et s. NCPC) que de la conciliation judiciaire à l'aide d'un tiers conciliateur devant le tribunal d'instance (art. 831 et s. NCPC). De même, les règlements de médiation et de conciliation conventionnelles, n'obligent pas au respect du principe de la contradiction. Au contraire, de nombreux règlements prévoient que le médiateur a la faculté d'entendre séparément des parties¹⁹¹. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 8-2 des règles de l'euromédiation du réseau européen de l'arbitrage et de la médiation¹⁹², des articles 11¹⁹³ et 12 c)¹⁹⁴ du règlement de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle

crise afin que les parties puissent poursuivre leur coexistence ou se séparer de manière profitable à l'un comme à l'autre, la contradiction ne s'impose pas en tant que norme stricte et permanente ».

¹⁹⁰ V., J.P. Martel (« Quelles conditions pour une médiation réussie ? », *Petites affiches*, 13 juillet 1999, n° 138, p. 17, spéc., p. 19) : « je crois qu'il est tout à fait fondamental de s'affranchir du principe de la contradiction – c'est une des originalités et une des chances de la médiation ».

¹⁹¹ Ces réunions séparées sont parfois dénommées « *caucus* » dans les pays anglo-saxons.

¹⁹² « Le médiateur est autorisé à avoir des rencontres privées avec les parties, en vue de faire la lumière sur les solutions possibles et d'ouvrir des perspectives d'accord entre les parties ».

¹⁹³ « Le médiateur est libre de rencontrer séparément les parties et de s'entretenir séparément avec elles, étant entendu que les informations communiquées lors de ces rencontres et entretiens ne peuvent être divulguées à l'autre partie sans l'autorisation expresse de la partie de qui elles émanent ».

¹⁹⁴ « Une partie peut, à tout moment, soumettre au médiateur, pour sa considération exclusive, des renseignements et pièces écrits qu'elle considère comme confidentiels. Le médiateur ne peut, sans l'autorisation écrite de cette partie, divulguer ces renseignements ou pièces à l'autre partie ».

(OMPI), de l'article 7 al. 1 du Guide de la médiation du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)¹⁹⁵. Ces réunions séparées sont l'inverse du principe de la contradiction. Dans cette hypothèse en effet, le médiateur ou le conciliateur reçoit l'une des parties hors la présence de l'autre. D'autres règlements, sans prévoir de dispositions spéciales, rejettent implicitement l'obligation pour le tiers médiateur ou conciliateur de faire respecter le principe de la contradiction en posant un principe de liberté. Ainsi en va-t-il de l'article 2-3° du règlement du CEPANI¹⁹⁶ selon lequel « Le conciliateur organise librement la tentative de conciliation ».

Dans le cadre du mini-trial, le respect de la contradiction se pose en termes différents¹⁹⁷. Le mini-trial étant un procès simulé, les parties vont émettre des prétentions, échanger des écrits et des pièces. Faut-il pour autant que le principe de la contradiction tel que pratiqué devant le juge s'applique ? La réponse est sûrement négative. Le mini-trial n'est qu'un procès simulé. Par extension, il suffit, dans la première phase, de simuler une contradiction. Celle-ci sera nécessairement plus souple que devant un juge. Les parties doivent seulement être autorisées à faire valoir leurs arguments. Dans ce sens, l'article 10-2 du règlement de mini-trial du CEPANI déclare que le médiateur « donne aux parties la possibilité d'exposer leur position ». Mais dans la deuxième phase du mini-trial, c'est-à-dire la recherche d'une solution négociée avec l'aide d'un médiateur, il n'est pas nécessaire de respecter le principe de la contradiction. C'est pourquoi, l'article 12-2 du règlement du CEPANI prévoit : « le médiateur « peut notamment se concerter avec chacun des assesseurs séparément ».

La confidentialité des modes alternatifs est une garantie qui peut remplacer efficacement la contradiction. En effet, au titre de la confidentialité, aucune information échangée ne pourra être utilisée sans l'accord des parties pendant le processus de médiation ou de conciliation et postérieurement¹⁹⁸. Il y a un lien très étroit entre la confidentialité et l'absence de contradiction¹⁹⁹. C'est parce que l'une des parties fait des confidences en privé au médiateur (lors d'une réunion séparée) que celui-ci est tenu à un devoir de confidentialité vis-à-vis de l'autre partie²⁰⁰. Les propos échangés lors de réunions organisées entre l'une des parties et le médiateur en l'absence de l'autre partie sont confidentiels. Cette règle est de nature à encourager le dialogue²⁰¹ et la confiance. Nul n'est besoin dans ces conditions de faire jouer le principe de la contradiction qui s'applique dans le cadre de relations de méfiance et d'antagonisme. Au contraire, faire jouer le principe de la contradiction serait un obstacle à la bonne réussite de la médiation. Vouloir faire respecter le principe du contradictoire ferait renaître la méfiance et la suspicion à l'égard de

¹⁹⁵ « S'il l'estime utile, il (le médiateur) peut entendre séparément les parties ».

¹⁹⁶ Centre belge pour l'étude et la pratique de l'arbitrage national et international.

¹⁹⁷ Sur le mini-trial, V., M. De Boisséson, « Le mini-trial, un procès fictif », *Petites Affiches*, n° 126, 21 octobre 1987, p. 34 ; J.C. Najar, « Le mini-trial : chimère ou panacée ? », *D.P.C.I.*, 1988, n° 3, p. 451. V., aussi, M.D. Douaoui, « Les garanties processuelles fondamentales des parties dans le mini-trial », *Rev. dr. aff. int.*, 2000, p. 599.

¹⁹⁸ V., de manière générale, S. Carre, « La confidentialité dans le règlement amiable des litiges », *Petites affiches*, 5 août 1994, n° 93, p. 17. V. aussi, TGI Paris, 18 janvier 1999, *D.* 1999, IR, p. 103.

¹⁹⁹ Notons aussi que la règle de la confidentialité exclut par nature une autre règle fondamentale de procédure : la publicité des débats.

²⁰⁰ Ce lien est expressément effectué par les articles 11 et 12 c) du règlement de médiation de l'OMPI cités *supra*.

²⁰¹ De manière générale, sur l'existence d'un principe de dialogue en procédure, V., S. Guinchard, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *op. cit.*, p. 1188 et s.

l'autre. En outre, la contradiction a pour objectif d'assurer la transparence. La plus grande lumière est faite sur chaque propos et sur chaque document produit. Durant un processus de médiation ou de conciliation, l'application de cette règle est inconcevable. A la lumière se substitue l'ombre. Mais la contrepartie, c'est le secret, la confidentialité. Les propos tenus dans l'ombre sont confidentiels. Il n'en découle aucune déloyauté possible dans la mesure où les informations délivrées ou les documents produits en dehors de toute contradiction et dans la confidentialité ne pourront pas être utilisés à l'encontre du partenaire au processus de médiation ou de conciliation. C'est pourquoi, à l'inverse, le juge et même l'arbitre peuvent difficilement concilier les parties car les parties craignent que ceux-ci utilisent « à tort des informations ou des propositions communiquées en confiance »²⁰². C'est la même raison qui peut expliquer la réticence pour le « med-arb » : un médiateur peut difficilement être arbitre dans la même affaire après l'échec de la médiation. Celui-ci aura très certainement reçu des confidences de la part des parties qui pourront exercer une influence déterminante sur la décision qu'il sera amené à prendre²⁰³.

L'inapplication du principe de la contradiction ne dispense pas de respecter certaines règles destinées à garantir l'égalité entre les parties. On peut ainsi proposer d'encadrer le recours aux réunions séparées. Il serait utile, par la mise en œuvre de règles déontologiques à l'adresse des médiateurs et conciliateurs d'établir certains principes. Notamment afin d'instaurer un climat de confiance, nécessaire à la réussite du processus de médiation et de conciliation, le tiers intervenant (médiateur ou conciliateur) devrait informer l'autre partie qu'il va procéder à une réunion hors de sa présence²⁰⁴. On pourrait même imaginer que cette partie donne son autorisation à la tenue d'une telle réunion séparée²⁰⁵. Enfin après que l'une des parties ait bénéficié d'une réunion séparée, l'autre partie devrait avoir le droit d'obtenir à son tour la tenue d'une telle réunion. Dans ces hypothèses, il ne s'agit pas de l'application au sens strict du principe du contradictoire mais plutôt de la traduction en termes souples d'exigences relatives au respect de l'égalité entre les parties.

Au surplus, les parties doivent, de manière générale, être autorisées à prendre la parole et à faire valoir leurs arguments. Il s'agit, par extension, d'une sorte de « droit d'être entendu » lors du processus de médiation et de conciliation. Selon M. Jarrosson en effet, « tout mode de résolution des litiges faisant appel à un tiers suppose que les parties s'expriment, soient entendues et reçoivent de celui-ci un traitement égal »²⁰⁶. Dans les faits, il semble qu'il n'existe pas de problèmes particuliers. Par définition, la médiation et la conciliation reposent sur la discussion entre les parties, discussion qui a pour objectif la conclusion d'un accord. La possibilité de se faire entendre doit donc faire l'objet d'une mise en œuvre très souple. Elle peut difficilement être sanctionnée juridiquement. La seule sanction envisageable est, pour la partie qui estime ne pas pouvoir présenter ses arguments, de mettre fin unilatéralement au processus de médiation ou de conciliation. Là encore l'idée sous-jacente est la même : les parties à la médiation et à la conciliation

²⁰² M. Van Der Haegen, « Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe », *op. cit.*, p. 255.

²⁰³ V., S. Zarkalam, « Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme mode alternatif de règlement des conflits », *Rev. Gén. Proc.*, 1998, p. 589, spéc., p. 594.

²⁰⁴ En ce sens, V., D. Pollet, « Principe de contradiction et médiation », *op. cit.*

²⁰⁵ D. Pollet, *op. cit. loc. cit.*

²⁰⁶ « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, n° 39, p. 340.

doivent être mises sur un pied d'égalité et ainsi pouvoir accéder de la même manière à la parole.

Le principe de la contradiction tel qu'il est mis en œuvre devant les juridictions ne peut être transposé aux modes alternatifs de règlement des conflits que sont la médiation et la conciliation. Mais le principe de la contradiction n'est qu'un moyen d'assurer la loyauté dans le cadre du procès²⁰⁷. Il existe d'autres moyens de garantir la loyauté, et ce en dehors de tout procès, notamment par la référence à la bonne foi. Ce dernier moyen est mieux adapté aux modes alternatifs.

B) L'application du principe de bonne foi contractuelle aux modes alternatifs de résolution des conflits.

Plutôt que de tenter d'étendre aux modes alternatifs des garanties de loyauté issues du droit processuel – et au premier chef le principe de la contradiction –, il semble préférable de faire référence au standard de la bonne foi contractuelle. L'avantage de se référer à ce standard est d'utiliser une norme permettant d'appréhender des comportements déloyaux tout en n'affectant pas la simplicité et la souplesse des modes alternatifs de résolution des conflits. Le principe de la contradiction, rigide et inadapté, doit être remplacé par la référence à la bonne foi, notion plus souple et plus adaptée aux modes alternatifs.

Dans l'un de ses sens, la bonne foi est la traduction de l'exigence de loyauté²⁰⁸. A quel titre, le principe de bonne foi trouverait-il application aux modes alternatifs ? Tout d'abord, la bonne foi est un principe général du droit qui, bien que non écrit, peut s'appliquer aux modes alternatifs. Ensuite, il existe dans des règlements de médiation ou de conciliation conventionnelles, des références explicites à la bonne foi. Par exemple, le Code de la médiation du Centre national de la médiation, dans son article 1 al. 3 prévoit que « Accepter la médiation, c'est, pour chacune des parties, accepter de s'engager de bonne foi dans la recherche de ce qui peut leur permettre, avec l'aide du médiateur, de s'établir en relation nouvelle ». De même, selon l'article 10 du règlement de médiation de l'OMPI, « Chaque partie coopère de bonne foi avec le médiateur afin que la procédure de médiation progresse aussi rapidement que possible ». Outre les règlements institutionnels, il est possible de penser à des clauses contractuelles par lesquelles les parties s'engagent mutuellement à mener de bonne foi le processus de médiation ou de conciliation. Même lorsqu'une telle obligation n'est pas formellement exprimée, on peut estimer que le devoir général de bonne foi issu de l'article 1134 al. 3 s'impose dans le cadre des clauses de médiation et de conciliation²⁰⁹.

²⁰⁷ V. Ch. Jarrosson, *Rev. Gén. Proc.* 1999, p. 764, spéc., p. 766 : « Le principe de la contradiction est l'appellation juridique donnée au moyen qui réalise la loyauté du procès, qui lui confère son équilibre ».

²⁰⁸ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, Quadrige, PUF, 2000, V° Bonne foi.

²⁰⁹ V. en ce sens, L. Cadet, (« Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », in *Le contrat : questions d'actualité, Petites affiches*, 5 mai 2000, p. 30, spéc., p. 33) pour qui « L'article 1134 al. 3 du Code civil s'applique à la clause de médiation comme à toute autre convention ». *Contra*, X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », *op. cit.*, p. 390 et s.

Les destinataires du devoir d'agir de bonne foi sont les parties elles-mêmes²¹⁰. Quels sont les contours de cette obligation de bonne foi ? Ils sont difficiles à définir et sont variables. Ainsi, dans l'article 10 du règlement de médiation de l'OMPI, il semble que la bonne foi ne soit imposée aux parties que pour accélérer le processus et favoriser une issue rapide au litige. La bonne foi permet de lutter contre le comportement dilatoire des parties. Il est possible de choisir une acception plus ambitieuse de la bonne foi. Selon cette conception, chacun des participants doit s'engager et mener la médiation de bonne foi. Une telle proposition est encore trop générale. Il faut la préciser davantage. On peut dire que la bonne foi consiste pour les parties à faire des efforts réels et sincères en vue de la conclusion d'un accord. Selon un auteur américain, en effet, « *Good faith simply requires that the parties make a genuine push towards a solution* »²¹¹. La même constatation peut être faite en présence d'une clause de médiation ou de conciliation²¹².

Dans ce domaine, il faut insister sur la ressemblance du processus de médiation ou de conciliation avec les négociations de contrats et les pourparlers précontractuels²¹³. La médiation et la conciliation sont en effet un processus de négociation encadré par un tiers et destiné à préparer la conclusion d'un accord mettant fin au conflit. Il y a dans tout contrat une opposition d'intérêts évidente entre les parties. Pour prendre un exemple très simple, le vendeur veut vendre le bien le plus cher possible et l'acheteur veut l'acheter le moins cher possible. Il n'y a pas véritablement conflit entre les contractants. Il y a 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 que la médiation et la conciliation se terminent généralement par la conclusion d'un accord entre les parties, accord mettant fin au conflit²¹⁴. 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 organisent les pourparlers destinés à conclure le contrat de transaction²¹⁵. La médiation et la conciliation ne sont donc rien

²¹⁰ Ce devoir peut être étendu aux tiers médiateurs ou conciliateurs. V., *infra*, II), A).

²¹¹ K.K. Kovach, « Good Faith in Mediation-Requested, Recommended, or Required ? A New Ethic », *South Texas Law Review*, 1997, p. 101, spéc., p. 138.

²¹² V. L. Cadiet, « Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *op. cit.*, p. 33 selon qui de telles clauses donnent naissance à « l'obligation de rechercher de bonne foi les termes d'une solution conventionnelle du différend, obligation de moyens si l'on veut ». *Contra*, X. Lagarde, *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹³ Ce propos a déjà été développé, *Supra*, Introduction.

²¹⁴ L'intervention du juge, lorsqu'elle a lieu, ne transforme pas l'accord des parties en jugement. Il s'agit d'un contrat judiciaire. V. Y. Muller, *Répertoire Dalloz, Procédure civile*, V° Contrat judiciaire, 1996 ; L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, Litec, 1998, n° 325, p. 147. Ainsi par exemple, le procès-verbal de conciliation prévu à l'article 130 NCPC n'est pas un jugement mais bien un contrat judiciaire soumis en tant que tel aux règles applicables aux contrats (V. aussi, l'article 384 al. 3 NCPC). La question est plus difficile s'agissant de la médiation judiciaire. En effet, l'article 131-12 al. 2 NCPC issu du décret du 22 juillet 1996 dispose que l'homologation de l'accord des parties relève de la matière gracieuse (dans le même sens, V. l'article 832-8 al. 2 NCPC portant sur la conciliation devant le tribunal d'instance). Faut-il en conclure que l'accord homologué devient un jugement ? Certains en doctrine estiment que l'homologation du juge dans le cadre de cet article ne fait pas perdre à l'accord sa nature contractuelle. V. S. Guinchard, « L'ambition d'une justice civile rénovée », *D.* 1999, chron, p. 65, spéc., p. 67, n° 18. *Adde*. L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 936, p. 405.

²¹⁵ Le décret du 28 décembre 1998 a introduit un article 1441-4 NCPC qui dispose que « Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». Une loi du 22 novembre 1999 a réformé l'article 3 de la loi du

d'autres que l'organisation, 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.

Par analogie, il est donc possible d'appliquer les règles relatives à la bonne foi dans la formation du contrat²¹⁶ à la médiation et à la conciliation.

Tout d'abord, nous pensons que les règles posées par la jurisprudence à propos de la rupture des pourparlers peuvent s'étendre aux processus de médiation et de conciliation²¹⁷. En cas de rupture abusive – selon les critères jurisprudentiels - d'un processus de médiation ou de conciliation, il sera possible de sanctionner l'auteur de la rupture en engageant sa responsabilité civile. Par exemple, peut être sanctionné le comportement de l'une des parties à la médiation qui a fait croire à son partenaire qu'elle voulait aboutir à un accord terminant le litige alors qu'en réalité celle-ci n'avait pas ou n'avait plus l'intention de conclure cet accord.

Ensuite, il est envisageable, sous certaines réserves, d'étendre aux processus de médiation et de conciliation les règles portant sur l'obligation précontractuelle d'information et de renseignement. Selon un auteur, « L'exigence de loyauté dans les relations précontractuelles oblige à communiquer à son partenaire toutes les informations dont on dispose qui seraient de nature à éclairer son consentement »²¹⁸. Cette obligation d'information peut utilement être transposée au processus de médiation et de conciliation. Cette obligation serait en quelque sorte l'équivalent des règles applicables aux procès assurant la loyauté de la preuve. En effet, le médiateur et le conciliateur n'ont généralement que des pouvoirs d'investigation très limités²¹⁹ voire inexistantes. Ils ne peuvent pas forcer les parties à donner des informations et à produire des pièces. Ce sont les parties qui apportent des éléments de fait. Il serait dès lors possible de sanctionner le comportement de l'une des parties qui n'a pas délivré certaines informations utiles durant le processus de médiation ou de conciliation. Une telle obligation est reconnue par l'article 15 du code de la médiation du Centre national de la médiation selon lequel « Les parties

9 juillet 1991 pour ajouter à la liste des titres exécutoires « les transactions soumises au président du tribunal de grande instance ». La question est de savoir si la transaction « homologuée » conserve sa nature contractuelle ou bien devient un acte juridictionnel. La question n'est pas tranchée. M. Desdevises propose d'explorer une troisième voie à la travers la notion de « contrat juridictionnalisable » (« Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ? », *D.* 2000, chron., p. 284. Il s'agirait d'un contrat auquel serait attaché les effets d'un jugement. Plus simplement, il est sans doute préférable d'analyser l'acte en un contrat judiciaire. V. Ch. Jarrosson, *Rev. Gén. Proc.* 1999, p. 136.

²¹⁶ V. sur ces règles, P. Jourdain, « La bonne foi dans la formation du contrat. Rapport français », *Trav. Ass. H. Capitain*, T. XLIII, 1992.

²¹⁷ Sur ces règles, V. P. Mousseron, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD. Com.* 1998, p. 243 ; Ph. Le Tourneau, « La rupture des négociations », *RTD. Com.* 1998, p. 479.

²¹⁸ P. Jourdain, *op. cit.*

²¹⁹ Par exemple, le conciliateur de justice, au terme de l'article 7 du décret du 20 mars 1978 peut se rendre sur les lieux. Sous réserve de leur acceptation, il peut entendre toutes personnes dont l'audition paraît utile. S'agissant de la médiation judiciaire, l'article 131-8 NCPC dispose que « Le médiateur ne dispose pas de pouvoirs d'instruction. Toutefois, il peut, avec l'accord des parties et pour les besoins de la médiation, entendre les tiers qui y consentent ».

s'engagent à fournir au médiateur toutes les informations en leur possession ayant peu ou prou un rapport avec la situation pour laquelle elles demandent la médiation ». Il y aurait en quelque sorte un devoir de collaboration ou de coopération incombant à chaque partie, devoir fondé sur la bonne foi²²⁰. Toutefois, il ne faut pas faire de cette obligation une obligation stricte. D'une part, il faudrait que l'information non délivrée soit particulièrement utile à la conclusion d'un accord mettant fin au litige. Seules les informations déterminantes pour la réussite de la médiation ou de la conciliation devraient être concernées²²¹. D'autre part, ce devoir ne doit pas remettre en cause la possibilité offerte à chacune des parties de s'entretenir en particulier avec le tiers médiateur ou conciliateur.

Enfin, est-il possible de sanctionner certains comportements déloyaux sur le fondement des vices du consentement ? Que faire, par exemple, lorsque l'une des parties ment à l'autre partie ou au médiateur ?²²² Est-il possible d'avoir recours au dol ? Dans le même esprit, un accord mettant fin au litige extorqué par violence peut-il être annulé ? Dans le cadre des règles relatives à la transaction, la réponse à ces questions est assurément positive en vertu de l'article 2053 al. 2 du Code civil²²³. De manière générale, dès l'instant où l'accord mettant fin au litige est considéré comme revêtant une nature contractuelle, il est possible d'introduire contre lui une action en nullité pour dol ou pour violence.

Les règles relatives à la bonne foi permettent ainsi de structurer la « procédure » du consentement²²⁴ qui amène à l'obtention d'un accord. En effet, un contrat, lorsqu'il est négocié, se conclut à l'issue d'une procédure. C'est cette « procédure » qui amène à la conclusion d'un accord mettant fin à un litige qui doit être régulée par la référence au principe de bonne foi. Autrement dit, le principe de la contradiction a vocation à s'appliquer à la procédure devant un juge, procédure qui se termine par le prononcé d'un jugement. Le principe de bonne foi contractuelle a vocation à s'appliquer à la procédure du consentement et ainsi à encadrer la négociation d'un accord terminant le litige.

Il demeure un obstacle potentiel à l'application efficace des règles relatives à la bonne foi au processus de médiation et de conciliation. En effet, la confidentialité qui est garantie dans le cadre des modes alternatifs n'empêche-t-elle pas de révéler *a posteriori* un manquement à la bonne foi ?²²⁵. Il s'agit d'un obstacle de taille. Devant le juge saisi postérieurement, tout le processus de médiation et de conciliation est couvert par la garantie de confidentialité. De la sorte, le juge peut très difficilement apprécier si une partie a commis un manquement à la bonne foi. Mais la

²²⁰ *Contra* X. Lagarde, « L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », *op. cit.*, p. 392 pour qui « il paraît difficile sinon impossible d'apprécier une responsabilité des parties sanctionnant spécifiquement leur attitude lors de la procédure de conciliation ». Nous ne pensons pas, pour notre part, que le processus de conciliation soit de nature telle qu'il empêche de retenir la responsabilité civile des participants.

²²¹ V. en ce sens, L. Cadiet (« Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges », *op. cit.*, p. 33) pour qui les parties ont l'obligation entre elles « de communiquer au médiateur les informations nécessaires ».

²²² Pour un parallèle, V. P. Godé, « Le mensonge dans le procès civil », in *Etudes dédiées à A. Weill*, Dalloz, 1982, p. 259. L'auteur démontre que le mensonge des parties est très fréquent et est mal sanctionné.

²²³ Selon cet article, une transaction peut être rescindée « dans tous les cas où il y a dol ou violence ».

²²⁴ L'expression est de J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 1993, p. 259.

²²⁵ K.K. Kovach, *op. cit.*, p. 129.

tâche n'est pas dans tous les cas insurmontable. Par exemple, il sera possible de relever un manquement à l'obligation d'information lorsqu'une partie, contestant *a posteriori* l'accord obtenu au moyen de la médiation ou de la conciliation, fait état devant le juge d'une information déterminante qu'elle avait jusqu'à présent retenue²²⁶. Il reste que dans le domaine de médiation et de la conciliation, il faudra trouver un compromis – difficile à obtenir - entre la confidentialité et la bonne foi, c'est-à-dire, en réalité, entre l'ombre et la lumière. Un tel compromis est tout aussi difficile à atteindre dans les relations entre les parties et le tiers médiateur ou conciliateur.

II) La loyauté dans le cadre des relations entre les parties et le tiers médiateur ou conciliateur.

La loyauté dans ce cadre est double. Il est tout d'abord possible d'imposer au tiers médiateur ou conciliateur un devoir de loyauté. Il s'agit de l'obligation d'impartialité et d'indépendance (A). Ensuite, le tiers médiateur ou conciliateur doit faire observer le devoir de loyauté qui incombe aux parties (B).

A) Le médiateur et le conciliateur doivent eux-mêmes observer un devoir de loyauté : l'impartialité et l'indépendance.

Il est *a priori* légitime d'imposer au tiers intervenant en tant que médiateur ou conciliateur un devoir de loyauté²²⁷. Lui aussi doit adopter un comportement conforme aux exigences de la bonne foi. Mais quelles sont les obligations qui peuvent être mises à sa charge ? Est-il possible d'étendre au médiateur et au conciliateur les principes d'impartialité et d'indépendance ? L'impartialité impose au juge un devoir de neutralité par rapport à l'affaire qui lui est soumise²²⁸. On distingue traditionnellement l'impartialité subjective et l'impartialité objective. La première consiste en l'absence de préjugés. Le juge dans son for intérieur ne doit pas se laisser influencer par des préjugés. L'impartialité objective renvoie à l'organisation juridictionnelle qui doit être telle qu'elle ne permette pas au même juge de juger le même dossier plusieurs fois à des titres différents²²⁹. L'indépendance, quant à elle, ne se confond pas avec l'impartialité. L'indépendance implique seulement l'absence de subordination du juge par rapport aux parties.

Il apparaît que le tiers médiateur ou conciliateur doit être impartial et indépendant. Comme le pense M. Cornu, « il entre dans la définition idéale de cette assistance à la négociation que [le] tiers soit impartial et neutre »²³⁰. Ces exigences ressortent tant de la loi que des règlements de médiation ou de conciliation d'origine privée. Selon l'article 131-5 5° NCPC relatif à la médiation judiciaire, le médiateur doit présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la

²²⁶ X. Lagarde (« L'efficacité des clauses de médiation ou de conciliation », *op. cit.*, p. 392) envisage l'hypothèse d'une résistance abusive de l'une des parties.

²²⁷ V. le serment prêté par les conciliateurs de justice au moment de leur nomination (art. 8 du décret du 20 mars 1978 modifié par le décret du 18 mai 1981) : « je jure de loyalement remplir mes fonctions avec exactitude et probité et d'observer en tout les devoirs qu'elles m'imposent ».

²²⁸ V. M.A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *op. cit.*

²²⁹ Sur cette question à propos du juge des référés, V., Cass, Ass. Plén., 6 novembre 1998 (deux arrêts), *D.* 1999, jur, p. 1, concl. J.F. Burgein.

²³⁰ « Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse », *op. cit.*, p. 315. L'auteur ajoute que cette exigence est unanimement reconnue.

médiation²³¹. De nombreux règlements privés reconnaissent un devoir d'impartialité ou d'indépendance. Ainsi, l'article 5 du règlement de conciliation facultative de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) prévoit que « Le conciliateur diligente librement la tentative de conciliation, guidé par les principes d'impartialité, d'équité et de justice ». L'article 7 du règlement de médiation de l'OMPI déclare que « Le médiateur doit être neutre, impartial et indépendant ». Selon l'article 6-3 du guide de la médiation du CMAP, « Le médiateur doit être impartial et indépendant des parties et le cas échéant, leur faire connaître ainsi qu'à la commission, les circonstances qui seraient, aux yeux des parties, de nature à affecter son indépendance ». De même, le paragraphe deux du *Model Standards of Conduct for Mediators* indique que « The concept of mediator impartiality is central to the mediation process. A mediator shall mediate only those matters in which she or he can remain impartial and evenhanded. If at any time the mediator is unable to conduct the process in an impartial manner, the mediator is obligated to withdraw ».

Comment expliquer que le médiateur et le conciliateur doivent être impartiaux et indépendants ? *A priori*, une telle exigence relève du non sens. Seuls les juges devraient être tenus à de tels devoirs²³². En effet, l'impartialité et l'indépendance sont des exigences permettant de garantir l'exercice d'un pouvoir juridictionnel. C'est parce que le juge a le pouvoir de trancher un litige en disant le droit que ce pouvoir doit être exercé à titre impartial et indépendant. Le médiateur et le conciliateur ne disposant pas d'un tel pouvoir, quelles sont les raisons pouvant expliquer que ceux-ci soient tenus à l'impartialité et à l'indépendance ? Il est possible d'invoquer un argument. Les devoirs d'impartialité et d'indépendance peuvent s'expliquer non pas par un pouvoir de droit mais par un pouvoir de fait : le pouvoir d'influencer les parties voire même de les manipuler. Le médiateur et le conciliateur peuvent proposer des solutions, suggérer à une partie d'accepter telle concession ou telle renonciation à un droit. Ce pouvoir d'influence doit être encadré²³³.

Toutefois, cette remarque ne peut s'appliquer à toutes les formes de médiation ou de conciliation. Le tiers médiateur ou conciliateur est parfois passif. Selon les différentes approches possibles, le médiateur et le conciliateur peuvent avoir soit un rôle actif dans la recherche d'une solution négociée soit un rôle très

²³¹ M. Cadiet (*Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 934, p. 404) pense que cet article « participe des principes directeurs du règlement amiable des litiges ».

²³² L'arbitre, en tant que juge, est soumis aux mêmes exigences. Dans ce sens, Cass., civ., 2^{ème}, 13 avril 1972, *JCP*. 1972, II, 17189, note P. Level ; *D.* 1973, p. 2, note J. Robert ; *Rev. arb.* 1975, p. 235, note E. Loquin : « l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, qu'elle qu'en soit sa source, elle est l'une des qualités essentielles des arbitres ». V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 580 et s. ; M. Henry, « Les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1999, p. 193. En dernier lieu, V., la fable de J.D. Bredin « La révélation », in *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de J.F. Poudret*, Lausanne, 1999, p. 349.

²³³ L'expert judiciaire doit également être impartial et indépendant (V. la combinaison des articles 234 et 341 NCPC à propos de la récusation). Quelle est la justification de ce devoir d'impartialité et d'indépendance ? L'expert, pas plus que le médiateur ou le conciliateur, n'exerce en effet de pouvoir juridictionnel. En réalité l'expert exerce un pouvoir d'influence non sur les parties comme le médiateur ou le conciliateur mais sur le juge. Ce pouvoir de fait (et ce pouvoir sur le fait) doit donc être encadré par un devoir d'impartialité et d'indépendance. De même, il est admis que le tiers estimateur désigné dans le cadre de l'article 1592 du Code civil doit être indépendant. V. Cass. Civ., 1^{ère}, 2 déc. 1997, *Bull. civ.*, I, n° 334 ; *D. aff.*, 1998, p. 144, obs. M. Boizard. Ce tiers, mandataire commun des parties, doit être indépendant car le prix qu'il fixe devient définitif et s'impose aux parties.

effacé²³⁴. Dans cette dernière hypothèse, lorsque le médiateur ou le conciliateur n'exerce aucun pouvoir de persuasion, lorsqu'il n'émet même pas de suggestions, il est difficile, et à vrai dire inutile, de lui imposer d'être impartial et indépendant. C'est un simple « accoucheur » dont la tâche est de mettre en confiance les parties. L'impartialité et l'indépendance, *a priori*, s'imposent d'autant moins lorsque les parties sont des professionnels (généralement des entreprises). Ces parties peuvent résister efficacement à l'influence partielle d'un médiateur ou d'un conciliateur. Toutefois, dans cette hypothèse, l'impartialité et l'indépendance sont des gages d'efficacité du processus. En effet, une médiation et une conciliation ne peuvent fonctionner efficacement que si le tiers fait preuve de détachement et de distance. Autrement dit, l'exigence d'impartialité et d'indépendance n'est pas seulement juridique. C'est aussi une condition d'efficacité du processus de médiation et de conciliation. Les parties doivent être en confiance. La partialité du tiers remet en cause cette confiance et risque de faire échouer le processus.

C'est pourquoi, l'impartialité et l'indépendance sont des devoirs déontologiques incombant aux médiateurs et aux conciliateurs. Il s'agit en quelque sorte d'une composante de « l'éthique » des modes alternatifs²³⁵. Ainsi, un médiateur partial est un mauvais médiateur. Il n'applique pas les « règles du jeu » de la médiation. Un tel médiateur voit sa réputation entachée. Il risque de n'être plus choisi. Là réside peut-être la sanction la plus efficace d'un défaut d'impartialité.

A l'inverse, il est nécessaire d'imposer un devoir strict d'impartialité et d'indépendance lorsque le tiers intervient dans le cadre de relations inégalitaires. Il en va ainsi en matière de consommation et d'assurances. Dans ces cas, les consommateurs et les assurés sont souvent des personnes n'ayant pas l'aptitude de défendre au mieux leurs intérêts. Ils pourraient se laisser influencer par un médiateur. C'est pourquoi, la légitimité de certaines formes de médiation instaurées par des professionnels dans le cadre de leurs relations avec leurs clients pourrait être remise en cause. En effet, dans certains cas, le médiateur est institué par le professionnel et même rémunéré par lui²³⁶. L'impartialité n'est pas garantie. L'indépendance fait défaut. Il n'est pas question de jeter l'opprobre sur ces systèmes. Ceux-ci ne sont pas systématiquement défavorables aux consommateurs ou aux assurés. Mais, objectivement, ceux-ci ne garantissent pas suffisamment l'impartialité et l'indépendance.

Dans la mesure où un devoir d'impartialité et d'indépendance est exigé, des questions se posent quant à la mise en œuvre concrète de ces exigences. Comment établir le défaut d'indépendance ou d'impartialité ? L'absence d'impartialité est difficile à établir. Il s'agit en effet d'un état psychologique. Il faudrait que la partie qui se sent lésée apporte la preuve que le médiateur ou le conciliateur risque d'être ou a

²³⁴ Sur le rôle du médiateur, V., A. Lempereur, « Structuration et rôle du processus dans les compétences de médiation : le cas du notaire-médiateur », *Droit et patrimoine*, décembre 1999, p. 62.

²³⁵ Il existe de nombreuses règles éthiques à l'adresse des médiateurs. Il n'est pas étonnant que l'on ait recours en la matière à l'éthique, exemple de *soft law*. Il s'agit ici non de réglementer mais de réguler une justice informelle au moyen de normes souples. Ces règles éthiques ou déontologiques réalisent une forme d'autorégulation. V., M. Guillaume-Hofnung, *La médiation*, Que sais-je ? PUF, 1995, p. 108 et s.

²³⁶ Comme le remarque M. Guillaume-Hofnung (*La médiation*, *op. cit.*, p. 77) : « Le bénévolat n'est pas un critère de la médiation, mais les conditions de la rémunération doivent faire l'objet de précautions préservant l'indépendance du médiateur ».

été partial. Il pourrait s'agir par exemple de propos hostiles tenus à l'encontre de l'une des parties lors du déroulement d'une médiation. Mais, outre que la preuve de comportements partiels est difficile à rapporter, la confidentialité de la conciliation ou de la médiation est un obstacle de taille à la sanction *a posteriori* de ce devoir. L'exigence d'indépendance est plus aisée à vérifier. Il faut, pour prouver le défaut d'indépendance, démontrer que le tiers médiateur ou conciliateur a des liens de dépendance (de droit ou de fait) avec l'une des parties.

Il est possible d'imposer aux médiateurs et conciliateurs une obligation de révélation²³⁷. Selon cette obligation, une personne sollicitée pour exercer les fonctions de médiateur ou de conciliateur devrait spontanément révéler toutes les circonstances de nature à mettre en cause son indépendance et son impartialité²³⁸. Cette obligation peut découler du règlement de médiation. Ainsi, dans le cadre de la médiation proposée par le CMAP, le médiateur signe une déclaration d'indépendance. Mais cette obligation de révélation pourrait être justifiée de manière générale par le principe de la bonne foi. Dès l'instant où les risques de partialité ou bien les causes de dépendance sont connues, les parties peuvent soit refuser la nomination de la personne concernée soit accepter celle-ci en connaissance de cause mais sans pouvoir, en bonne logique, se prévaloir par la suite d'un défaut d'impartialité ou d'indépendance. Il revient également aux centres de médiation ou de conciliation de proposer les services de personnes faisant preuve d'impartialité et d'indépendance. En théorie, il serait possible d'engager la responsabilité contractuelle du centre de médiation dans le cas où, le sachant, celui-ci a suggéré la désignation d'un médiateur partial ou dépendant à l'égard de l'une des parties. Mais l'action se heurterait souvent aux clauses exonératoires de responsabilité qui figurent généralement dans les contrats liant les parties aux centres de médiation. Dans le cadre de la médiation judiciaire, c'est le juge qui désigne le médiateur conformément à l'article 131-1 NCPC. Le juge est normalement tenu de vérifier en application de l'article 131-5 NCPC que le médiateur présente les garanties d'indépendance. Mais, outre que le juge n'a pas toujours les moyens de procéder à une telle vérification, il sera impossible de contester le choix du médiateur par la voie de l'appel²³⁹.

Il n'est pas envisageable de permettre aux parties de récuser un médiateur ou un conciliateur pour défaut d'impartialité ou d'indépendance. Le mécanisme de la récusation doit être limité aux cas où un juge ou un arbitre est saisi²⁴⁰. En revanche, il est toujours possible à la partie qui craint la partialité du médiateur ou du conciliateur de refuser d'engager ou de poursuivre la médiation ou la conciliation.

²³⁷ En matière d'arbitrage, V., Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, p. 595 et s.

²³⁸ Selon G. Pluyette (« 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. 514), dans le cadre de la médiation judiciaire, « c'est au médiateur lui-même, comme cela se pratique en matière d'arbitrage, de faire connaître si des causes de nature à affecter, dans l'esprit des parties, son indépendance ou son impartialité, doivent leur être révélées ou doivent le conduire à refuser sa mission ».

²³⁹ Article 131-15 NCPC : « La décision ordonnant ou renouvelant la médiation ou y mettant fin n'est pas susceptible d'appel ».

²⁴⁰ Comme l'écrit M. Jarrosson (« Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *op. cit.*, n° 37, p. 339), « Certains règlements ont prévu une procédure de récusation. Il y a là une imitation de la matière juridictionnelle qui est abusive, notamment parce qu'elle alourdit le mécanisme utilisé et donne des armes dilatoires à la partie qui gagne à retarder les échéances ».

Ces processus reposant sur l'accord des parties, la sanction du défaut d'impartialité ou d'indépendance sera l'échec de la médiation ou de la conciliation.

Dans l'hypothèse où le défaut d'impartialité ou d'indépendance est révélé après la fin de la médiation et la conclusion d'un accord mettant fin au litige, quelles sont les sanctions possibles ? La responsabilité personnelle du médiateur ou du conciliateur pourrait être engagée. De plus, il serait possible d'invoquer une erreur sur les qualités essentielles du médiateur ou du conciliateur. Il s'agit d'une erreur sur la personne. En matière d'arbitrage, l'indépendance d'esprit de l'arbitre a été considérée par la Cour de cassation comme une qualité essentielle de l'arbitre susceptible d'entraîner l'annulation de la convention d'arbitrage²⁴¹. Cette jurisprudence pourrait être étendue à la médiation et à la conciliation. Toutefois, la circonstance que le consentement a été vicié en raison d'un défaut d'indépendance ou d'impartialité ne peut affecter que la clause de conciliation ou de médiation ou bien le contrat liant les parties au centre de médiation ou de conciliation. L'accord mettant fin au litige, qui est autonome, ne devrait pas être affecté par ce vice. On peut envisager, pour contester la validité de cet accord, une action fondée sur le vice de violence. Il faudrait cependant prouver que l'accord a été obtenu à la suite de violences morales voire physiques (!) émanant du médiateur ou du conciliateur. De même, en cas de tromperie et de manœuvres frauduleuses, le dol pourrait être retenu à la condition que le médiateur ou le conciliateur se soit rendu complice de l'une des parties. De telles actions sont à vrai dire très hypothétiques.

B) Le médiateur et le conciliateur doivent faire observer le devoir de loyauté incombant aux parties.

Il est logique de mettre à la charge du médiateur et du conciliateur le devoir de faire respecter l'obligation de loyauté qui incombe aux parties²⁴². Le médiateur et le conciliateur ont le devoir d'inciter chacune des parties à adopter vis-à-vis de l'autre un comportement loyal imprégné de bonne foi. Bien sûr un tel devoir est très souple. Il relève avant tout de la déontologie et des bonnes pratiques de la médiation. Il varie aussi suivant les techniques utilisées par le médiateur pour mener à bien la négociation. Par exemple le paragraphe six des *Model Standards of Conduct for Mediators* précise que : « A mediator shall work to ensure a quality process and to encourage mutual respect among the parties ». Ce devoir existe pour assurer l'efficacité du processus de médiation et éviter son échec. Quels sont les pouvoirs de sanction dont disposent le médiateur et le conciliateur s'ils constatent de la part des parties des manquements au devoir de loyauté ? La seule sanction envisageable est de mettre fin à la médiation ou à la conciliation²⁴³.

Notons enfin que le médiateur ou le conciliateur, selon certains règlements conventionnels, a le devoir d'entendre les parties. Selon le paragraphe 6 des *Model Standards of Conduct for Mediators*, « A quality process requires a commitment by the mediator to diligence and processual fairness. There should be adequate opportunity for each party in the mediation to participate in the discussions ». Dans la mesure, où les parties ont la possibilité de faire valoir leurs arguments²⁴⁴, le

²⁴¹ Cass. Civ., 2^{ème}, préc.

²⁴² Sur ce devoir, V. *supra*, II) B).

²⁴³ Pour la médiation judiciaire, V. l'article 131-10 NCPC.

²⁴⁴ V., *supra*, II) A).

médiateur ou le conciliateur doivent entendre les parties. Il ne peut s'agir, là encore, que d'un devoir de nature déontologique. Et la sanction n'est pas juridique. La partie qui estime ne pas avoir eu la possibilité de se faire entendre peut tout au plus rompre unilatéralement le processus de médiation ou de conciliation.

Conclusion :

Le sujet des garanties de loyauté dans le cadre des modes alternatifs de résolution des conflits montre que l'étude oscille toujours entre une comparaison avec le modèle contractuel et une comparaison avec le modèle juridictionnel²⁴⁵. Nous avons tenté de démontrer que les modes alternatifs – principalement la médiation et la conciliation – se rapprochent plutôt du modèle contractuel. Toutefois les cadres d'analyse issus de la procédure civile et du modèle juridictionnel présentent de la pertinence comme le montrent les réflexions sur l'impartialité et l'indépendance des médiateurs et conciliateurs. Autrement dit, les modes alternatifs relèvent de la matière contractuelle sans toutefois quitter complètement la sphère du juridictionnel. Il y a là un exemple d'hybridation juridique semble-t-il intéressant.

De plus la réponse aux questions posées n'est pas toujours juridique. Il a été fait appel plusieurs fois à des normes de nature déontologique. Outre que, de manière générale, la régulation par la déontologie tient une place importante dans la société actuelle, ce phénomène permet de montrer que l'étude des modes alternatifs oscille entre le droit et le non-droit. Les modes alternatifs échappent en partie à la régulation par le droit. Toutefois ce n'est pas un *no man's land* juridique. Le droit a vocation à jouer comme nous avons tenté de le démontrer à plusieurs reprises.

Enfin, nous avons essayé d'éviter l'écueil consistant à prôner l'application aux modes alternatifs de règles trop lourdes ou trop complexes. L'étude a pour résultat de proposer l'application des règles relevant notamment de la théorie générale des contrats. Il n'était pas dans notre propos de forger de nouveaux instruments juridiques. Toutefois, les modes alternatifs ne sont pas à l'abri de l'institutionnalisation, la judiciarisation et la processualisation²⁴⁶. Comme l'écrivait Oppetit, « la médiation, comme l'arbitrage, est exposée au danger de dénaturation dès lors que l'on ne parvient pas à résister à la tentation de l'institutionnalisation, car un tel encadrement juridique en compromettrait à coup sûr l'avenir ; or le risque de voir la médiation succomber à l'attraction d'une conception plus directive et plus contraignante au bénéfice d'une efficacité accrue est fort »²⁴⁷. S'ils ne sont pas proposés par la doctrine, ces phénomènes viendront certainement des protagonistes eux-mêmes. Par exemple, il existe une tendance de certains centres de médiation à adopter des règles très précises destinées à encadrer le déroulement des médiations. Il faut cependant tenter de trouver un juste milieu entre la nécessité de garantir efficacement la loyauté et le souci de préserver la souplesse et le caractère informel des modes alternatifs.

²⁴⁵ C'est peut-être là un exemple supplémentaire des jeux du contrat et du procès. V. L. Cadet, « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23.

²⁴⁶ S. Guinchard, « L'évitement du juge civil », in *Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 226 et s.

²⁴⁷ V. B. Oppetit, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, n° 1, 1995, p. 53, spéc., p. 56-57.

II) Partie spéciale

Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le domaine des assurances : l'exemple de la médiation

Chantal Russo

Docteur en Droit – CREDECO

Faculté de Droit de Nice-Sophia Antipolis

1. Une étude sur les modes alternatifs de règlement des conflits dans le domaine des assurances pourrait conduire à dresser une sorte de typologie des moyens qui existent en ce domaine et qui visent précisément à éluder le procès. Le recours judiciaire est en effet perçu comme un mécanisme aléatoire incompatible avec la rationalité et l'économie du contrat d'assurance. Dès lors, les assureurs cherchent à éviter la confrontation au juge, lequel aurait une lecture spécifique du contrat, protectrice des intérêts de l'assuré²⁴⁸.

2. Si l'on adopte une vision très large, il faut constater que les techniques extrajudiciaires de règlement des sinistres²⁴⁹ se manifestent aussi bien dans les relations entre assureurs et assurés qu'entre assureurs eux-mêmes. Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits en matière d'assurance s'inscrit dans l'expérience acquise entre assureurs pour faciliter le règlement des sinistres. Encouragée par les pouvoirs publics soucieux de désencombrer les tribunaux²⁵⁰, la prévention des litiges a connu un progrès considérable dès les années 1960. Les assureurs ont alors conclu des conventions de règlement de sinistres. Depuis, dans la majorité des cas d'accidents de la circulation - domaine de prédilection de ces conventions - l'automobiliste sinistré a affaire à son assureur plutôt qu'à l'assureur de son adversaire.

²⁴⁸ Le caractère d'adhésion du contrat d'assurance autorise le juge à interpréter le contrat en faveur de l'assuré. Cette «indulgence» est conforme au droit commun des obligations, qui prévoit à l'article 1162 du Code civil que «*Dans le doute, la convention s'interprète (...) en faveur de celui qui a contracté l'obligation*». L'article L.132-2 du Code de la consommation - institué par la loi du 1er février 1995 - va dans le même sens, puisqu'il prévoit qu'en cas de doute sur le sens d'une clause d'une convention n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, l'interprétation la plus favorable aux consommateurs doit prévaloir.

²⁴⁹ Voir «Les sinistres sont toujours en tête des litiges», F. DUFLOT, *L'Argus*, 7 mars 1997, p.27. La majorité des litiges dont sont saisis les médiateurs sont nés du fait d'un sinistre ou d'une demande de prestation.

²⁵⁰ Le développement de la résolution amiable des conflits est un des principaux axes de la réforme de la justice menée par E. GUIGOU, ancienne Garde des Sceaux. Voir O. DUFOUR, «L'accès au droit, clef de voûte d'une justice civile renouvelée», *Petites Affiches*, 1998, n°43, p.4; R. MARTIN, «La loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits», *J.C.P.*, 1999, éd°.G., Actualité, p.121; F. RUELLAN, «Les modes alternatifs de résolution des conflits: Pour une justice plurielle dans le respect du droit», *J.C.P.*, 1999, éd°.G., I, 135.

3. Ce système conventionnel de règlement des sinistres est présenté par ses initiateurs comme bénéfique aux assurés²⁵¹, lesquels ignorent généralement son véritable impact²⁵². Contrairement à ce que pensent la majorité des assurés, l'assureur de la victime n'avance pas le montant de l'indemnité qu'elle devrait percevoir de l'assureur du responsable conformément à la loi; il ne fait qu'appliquer une solution préétablie par les barèmes conventionnels. En outre, les assureurs s'engagent à faire accepter cette solution à leur assuré, car l'efficacité du système repose sur une règle d'or qui consiste à ne pas s'assigner. En effet, l'évitement - pour ne pas dire l'éviction - du juge est un engagement formel : il s'agit d'une obligation expressément formulée dans ces conventions qui édictent une interdiction de tout recours contentieux devant les tribunaux étatiques²⁵³. S'il ne convient pas de s'étendre ici sur le règlement conventionnel des sinistres, il faut néanmoins en retenir l'esprit qui est révélateur d'un refus du judiciaire et d'une volonté de maîtriser l'ensemble du processus de règlement des sinistres.

4. Dans les relations entre les assureurs et leurs assurés, cet évitement du juge est perceptible à travers toutes les procédures de dialogue et de règlement des différends qui sont mises en place au sein de chaque compagnie. Ces initiatives des assureurs visant à la fois à améliorer le traitement des réclamations et le règlement des sinistres se sont multipliées au fil des ans²⁵⁴. La transaction apparaît comme l'une des formes les plus classiques des modes d'évitement du procès²⁵⁵.

5. Aujourd'hui, il faut constater «une approche nouvelle du traitement des réclamations : au delà de la fonction traditionnelle, consistant à éviter des procédures judiciaires coûteuses, l'amélioration des modes de règlement amiable est de plus en plus perçue comme un enjeu important, tant pour la compétitivité de chaque compagnie que pour l'image de marque de l'ensemble de la profession»²⁵⁶. Ce mouvement favorable au règlement non contentieux des litiges a été encouragé par les troisièmes directives européennes vie et non-vie des 18 juin et 10 novembre 1992. Ces directives incitent les États membres à créer des instances de traitement des réclamations et à faciliter l'information des assurés. A ce titre, l'article L.112-2 du Code des assurances a été modifié par la loi du 4 janvier 1994 qui crée l'obligation

²⁵¹ Ainsi, selon les assureurs, grâce aux conventions, «les assurés (...) mis à l'abri des aléas de la jurisprudence (...) sont garantis de percevoir une indemnité, alors que s'ils avaient recours aux tribunaux pour être indemnisés par le responsable de l'accident, ils pourraient se voir opposer une limitation voire une exonération de responsabilité», Les cahiers pratiques de l'Argus n°29, Supplément au n°6506 du 6 février 1996, *Les conventions de règlement de sinistres*, p.5.

²⁵² Conformément au principe de l'effet relatif des contrats, ces conventions ne sont pas opposables aux assurés qui n'en sont pas signataires. Elles n'en produisent pas moins leurs effets. Dès lors l'analyse formelle de l'inopposabilité des conventions doit être ici écartée pour relever au contraire l'effectivité des règles élaborées par les assureurs.

²⁵³ «Les sociétés adhérentes s'engagent à ne pas exercer entre elles des recours soit en leur nom en tant que subrogées, soit au nom de leurs assurés», article 401 de la Convention Générale d'Indemnisation directe de l'assuré et de Recours entre Sociétés d'assurance Automobile (I.R.S.A).

²⁵⁴ «Les assureurs face à leurs clients», *L'Argus* 2 août 1996, p.19.

²⁵⁵ La politique transactionnelle est une priorité chez les professionnels de l'assurance, en particulier pour l'assureur de dommages. Les assureurs - qui cherchent avant tout à limiter le coût des risques - s'imposent d'organiser le plus souvent la solution dans un cadre transactionnel qu'ils pourront maîtriser plutôt que de risquer de faire plaider l'affaire. La transaction constitue ainsi pour l'assureur un instrument favorable à la gestion des intérêts supérieurs de la mutualité au détriment des intérêts individuels de la victime.

²⁵⁶ Rapport sur le traitement des réclamations, Commission Consultative de l'Assurance, Novembre 1992, p.1.

pour l'assureur d'indiquer au preneur d'assurance, dans les documents qu'il lui remet en vue de la conclusion d'un contrat d'assurance, «*les modalités d'examen des réclamations qu'il peut formuler au sujet du contrat y compris, le cas échéant, l'existence d'une instance chargée en particulier de cet examen, sans préjudice pour lui d'intenter une action en justice*». La médiation constituant la forme la plus moderne des modes alternatifs de règlement des conflits en matière d'assurance, cette étude lui sera consacrée.

6. Conscients des avantages considérables liés au développement de cette technique extrajudiciaire de règlement des litiges, les assureurs ont adopté sans réserve une politique favorable à son développement²⁵⁷. Faisant suite aux travaux de la Commission Consultative de l'Assurance²⁵⁸ (C.C.A.), les trois grandes familles de l'assurance²⁵⁹, réunies au sein du Comité de Liaison de l'Assurance (C.L.A.), ont adopté, en juillet 1993, une charte de la médiation qui leur est commune²⁶⁰. Contrairement à certains pays européens dotés d'un «ombudsman unique», les assureurs français ont préféré un dispositif décentralisé permettant à chaque famille et à chaque entreprise d'assurance d'avoir son propre médiateur et sa propre charte. Dès lors, l'assuré peut être confronté à deux types de médiation. Soit l'entreprise l'oriente vers le médiateur professionnel institué par l'organisation à laquelle il adhère (F.F.S.A., GROUPAMA, G.E.M.A.), soit l'entreprise dispose de son propre médiateur²⁶¹. En pratique, la diversité des procédures nuit au principe de transparence et contribue par là même à semer la confusion dans l'esprit des assurés, voire à les décourager.

7. Lorsque le médiateur a pu être saisi, son intervention peut se limiter à un rapprochement des parties, sans aucune formalisation par écrit. Le cas échéant, soit le médiateur émet un avis favorable ou défavorable - partiellement ou totalement - à l'assuré. Soit il propose une offre transactionnelle. Dans cette hypothèse, si l'offre est acceptée, la transaction règle, en principe, définitivement le litige²⁶².

²⁵⁷ Sur la promotion de la médiation, voir C. TAHIBA, *La médiation dans l'assurance*, Mémoire 1996-1997, Institut des Assurances d'Aix-Marseille, p.50 et s.

²⁵⁸ Rapport sur le traitement des réclamations des assurés, précité

²⁵⁹ Il s'agit de la F.F.S.A., du G.E.M.A. et du GROUPAMA. Depuis 1996, le GROUPAMA est intégré à la F.F.S.A. dont il a adopté la charte de médiation. Il a néanmoins conservé son propre médiateur et deux spécificités : l'avis du médiateur peut être produit en justice et tous les sociétaires (sans distinction entre particulier et professionnel) ont accès au médiateur.

²⁶⁰ Des expériences de médiation ou de conciliation avaient déjà été engagées (1988 pour le G.E.M.A., 1989 pour l'U.A.P.) Depuis le 1er octobre 1993 (date d'entrée en vigueur de la charte), cette procédure amiable a été généralisée.

²⁶¹ Ainsi, on distingue la médiation professionnelle (ou médiation externe) et la médiation d'entreprise (ou médiation interne). Au sein de la médiation d'entreprise, on trouve également deux systèmes représentatifs: un dispositif de prémédiation qui centralise toutes les réclamations et un dispositif décentralisé. (Pour une présentation détaillée, voir le rapport de recherche de N. MARTIN, *La médiation en droit des assurances*, D.E.A. de droit économique et droit des affaires, 1997-1998, p.42 et s. et p.100 et s.; voir également C. TAHIBA, *La médiation dans l'assurance*, Mémoire précité, p.13 et s.) L'originalité de la médiation dans le domaine de l'assurance résulte en partie de sa dualité. Néanmoins, dans le cadre de notre approche générale, il ne nous paraît pas utile de faire une présentation séparée des différents types de médiation. Chacune des procédures présente en effet des dangers relativement similaires pour l'assuré.

²⁶² Les principes qui régissent la transaction (articles 2044 et s. du Code civil) ont généralement pour effet de la mettre à l'abri des contestations (spécialement l'article 2052 selon lequel : «*Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*»). La transaction peut néanmoins être déclarée nulle pour vice de consentement (article 2053). Les rédacteurs du Code civil ont cependant voulu éviter que la remise en cause de la transaction se fasse selon les données

L'intervention d'un médiateur permet-elle d'écarter pour autant les dangers liés à la transaction? Est-il susceptible de rééquilibrer le rapport de force qui scelle la relation inégalitaire entre l'assureur et l'assuré²⁶³? Quelle que soit son issue et parce qu'elle doit conduire à une solution non judiciaire, la médiation peut apparaître comme un facteur d'apaisement des relations conflictuelles entre l'assureur et l'assuré. Le recours à une personnalité extérieure chargée de renouer le dialogue vise à éviter la procédure judiciaire tout en garantissant une solution qui sera acceptée par les parties. Les mérites de la médiation peuvent ainsi être nombreux, ils sont généralement opposés aux inconvénients de la justice étatique. Il n'en demeure pas moins que certains de ces attraits sont contestables (I). Par ailleurs, la médiation est loin de répondre aux ambitions annoncées. Qu'il s'agisse du règlement individuel des litiges ou de leur prévention, la médiation présentée comme la panacée par les assureurs, n'a pas fait la preuve de son efficacité (II).

I/ Des attraits contestables

8. La relation de l'assuré à l'égard de son assureur est souvent marquée d'incompréhension voire de suspicion. Ce malaise relationnel est généralement lié à la faiblesse économique et à l'incompétence juridique des assurés. Dans un tel contexte, il est aisé d'imaginer les avantages liés à l'intervention d'un médiateur. Il devrait pouvoir contribuer à dissiper la méfiance et à rétablir la communication entre assureurs et assurés²⁶⁴. En tout état de cause, la médiation doit permettre à l'assuré d'accéder au règlement de son litige rapidement, simplement et gratuitement. D'une manière générale, l'intérêt de la médiation est relié à sa souplesse (B). Cette «justice douce»²⁶⁵ rendue par un médiateur dont la seule personnalité contraind au respect (A) n'a cependant pas toutes les vertus que ses promoteurs lui accordent.

classiques de la théorie des vices du consentement; ils ont par conséquent limité son application. La transaction ne peut être annulée que pour dol, violence ou "erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation" (article 2053). Sont écartées l'erreur de droit ainsi que la rescision pour lésion (article 2052 alinéa 2). (Pour un exemple récent d'annulation d'une transaction d'assurance pour violence économique, voir Cass. 1ère civ. 30 mai 2000, G. LOISEAU, *J.C.P.*, II, 10461. L'intérêt de l'arrêt est d'avoir «dissocié la contrainte économique de la lésion pour la rapporter à la violence».)

²⁶³ Le danger de la transaction en matière d'assurance est qu'elle apparaît comme un reflet du contrat. Autrement dit, elle prolonge le caractère d'adhésion du contrat d'assurance avec tous les risques que cela comporte, aggravés par le caractère définitif de la transaction (article 2052 du Code civil). Ainsi, l'assuré ne peut rien en principe contre une transaction ayant fixé une somme très inférieure au dommage, sauf s'il y a eu erreur sur l'objet de la contestation (article 2053 alinéa 1) ou que le consentement de l'assuré a été obtenu par dol ou violence (article 2053 alinéa 2). Ces modes de protection très restrictifs sont manifestement insuffisants pour garantir aux assurés une véritable protection. C'est la raison pour laquelle le droit commun des contrats prend parfois le relais en interprétant largement la notion d'«erreur sur l'objet de la contestation» afin de contrôler les transactions les plus déséquilibrées. Sur tous ces points, voir G. VINEY, *Les obligations, La responsabilité: effets*, L.G.D.J., Paris, 1988, n°276, p.374 et s. Il faut préciser qu'en matière d'accidents de la circulation, le législateur a strictement encadré la procédure de transaction pour justement protéger la victime en situation d'infériorité (articles L.211-9 à L.211-24 du Code des assurances).

²⁶⁴ Ce que conteste P. BAUDEZ qui déclare : «*Ma mission, en fait, n'est pas de rétablir un dialogue entre un assuré et un assureur, elle est uniquement de mettre fin au litige (...) car lorsque je vois un litige, il y a longtemps que le contrat, objet de ce litige, est résilié. Si j'arrête le conflit, ce sera déjà un assez bon succès*», *La médiation : quel avenir ?*, Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, éd. par Le Médiateur de la République, p.186.

²⁶⁵ L'expression est empruntée à J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation, une justice douce*, Syros, 1992. Voir également S. GUINCHARD, «L'évitement du juge civil» in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G.-J. MARTIN, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1998, p.221.

A. La personnalité du médiateur

9. La première garantie de la médiation est l'intervention d'une personne extérieure au conflit et indépendante²⁶⁶ des parties en cause. Reconnue pour ses compétences et son autorité incontestable en la matière, il lui appartient d'étudier le litige de façon impartiale. Autrement dit, l'indépendance du médiateur tend à garantir l'impartialité de son action. En effet, l'indépendance «*constitue le fondement, la racine même de l'impartialité (...). Mais cette condition nécessaire n'est pas à elle seule suffisante pour que soit (...) préservée l'objectivité et la neutralité (...): l'obligation d'impartialité constitue le verrou singulier d'une démarche objective et désintéressée*»²⁶⁷.

10. L'indépendance du médiateur doit correspondre à une totale liberté dans son appréciation, affranchie de toute subordination et de toute influence de l'une ou l'autre des parties. L'impartialité exige une totale neutralité et l'absence de tout préjugé. Dès lors, il est permis de se livrer à deux interrogations. Si l'assuré attend un traitement objectif de l'affaire, l'assureur - compte tenu du caractère d'adhésion du contrat d'assurance - ne se risque-t-il pas d'emblée, à une appréciation critique du traitement du dossier au profit de l'assuré? Cette première interrogation peut paraître *a priori* empreinte de naïveté. Or puisque les assureurs reprochent régulièrement aux juges d'être favorables aux assurés dans l'interprétation et l'application du contrat²⁶⁸, ils pourraient craindre, d'un médiateur indépendant et impartial, la même propension. En réalité, la seconde interrogation élimine d'emblée cette allégation. En effet, si le médiateur est désigné et rémunéré par des assureurs, n'est-ce pas plutôt à l'assuré de craindre une certaine partialité?

11. Statutairement, les médiateurs professionnels disposent d'une liberté totale. Ils ne reçoivent aucune directive dans l'exercice de leur fonction. Ils ont en général pour seules obligations de se prononcer dans des délais relativement brefs et de remettre un rapport annuel sur leur activité²⁶⁹. Néanmoins, cette liberté déclarée est entachée par le mode de nomination et de rémunération des médiateurs. En effet, à quelques exceptions près les médiateurs sont véritablement désignés et rémunérés par les assureurs²⁷⁰!

²⁶⁶ Le principe d'indépendance est le premier principe affirmé par la «Recommandation de la commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation». Suivent le principe de transparence, du contradictoire, de l'efficacité, de légalité, de liberté et enfin le principe de représentation. Voir J.O.C.E., L.115, p.31; Dalloz Affaires, n°116, jeudi 7 mai 1998; J. LAFFINEUR, «Les principes consacrés par la Recommandation du 30 mars 1998 : premiers commentaires critiques», *Rev. europ. dr. cons.*, 1999, p.401.

²⁶⁷ D.-N. COMMARET, «Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat», *D.*, 1998, p.262.

²⁶⁸ «*Ce rôle de la jurisprudence n'est nullement spécifique du droit des assurances, et les assureurs auraient tort d'y voir quelque malignité à leur égard. Leur activité est seulement soumise comme les autres au contrôle jurisprudentiel, et s'ils le ressentent de manière plus sensible, c'est parce le substrat de leur activité est juridique; ils l'avaient parfois oublié*», Y. LAMBERT-FAIVRE, «Peut-on parler d'une dérive française de la jurisprudence en matière d'assurance?», *Risques*, n°10, avril-juin 1992, p.76. Voir aussi G. VINEY, «L'interprétation et l'application du contrat d'assurance par le juge», *D.*, 1994, chron., p.307.

²⁶⁹ La charte de la F.F.S.A. ne prévoit pas cette obligation. Mais son médiateur se félicite d'en avoir pris l'initiative. *La médiation : quel avenir ?*, Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, op.cit., p.186.

²⁷⁰ Quant à la désignation des médiateurs professionnels : le médiateur du G.E.M.A. est nommé par la commission exécutive du groupement, celui du GROUPEAMA par le conseil d'administration de la

12. Pour parer aux critiques susceptibles de naître du mode de nomination et de rémunération des médiateurs, la charte commune de la médiation a imposé le critère d'extériorité. Les médiateurs professionnels sont effectivement désignés parmi des personnalités extérieures aux entreprises d'assurance, mais pas nécessairement sans lien avec le monde de l'assurance. Ainsi, le médiateur de la F.F.S.A. était jusqu'en octobre 2000, l'ancien directeur du C.D.I.A, M. P. Baudez qui a fait toute sa carrière dans les assurances²⁷¹! A ce titre, on peut légitimement craindre qu'il soit plus sensible aux intérêts de l'assureur qu'à ceux de l'assuré. Il est cependant le seul à être nommé par un collège où les assureurs ne sont pas majoritaires. Autant dire que le mode de désignation des autres médiateurs, est critiquable et source de suspicions quant au principe d'indépendance²⁷². Le G.E.M.A. et GROUPAMA ont toutefois pris soin de faire appel à des personnalités extérieures au monde de l'assurance afin de rendre crédible le système. Si le G.E.M.A. a sollicité M. G. Durry professeur à l'Université de Paris II, le GROUPAMA, s'est tourné vers M. H. Charliac, puis M. R. Defontaine, tous deux magistrats. Il s'agit là de personnalités dont l'honorabilité des fonctions et l'autorité morale devraient *a priori* suffire pour les mettre à l'abri de suspicions d'allégeance.

13. En réalité, une différence fondamentale doit être faite entre les médiateurs professionnels et les médiateurs d'entreprise. En effet, les médiateurs d'entreprise, directement rémunérés par la société à laquelle, en principe, ils appartiennent, ne sont pas par définition des personnalités extérieures à l'entreprise. En outre, *«les entreprises ayant institué un "médiateur interne" sont seules compétentes pour choisir la personne appelée à exercer cette fonction. (...) Par conséquent, rien ne leur interdit de choisir une personne qu'elles savent suffisamment proche de leurs préoccupations pour les intégrer dans leur travail et en tenir compte dans les décisions qu'elle prend»*²⁷³. Dès lors, la médiation d'entreprise s'apparente davantage à un système de résolution interne des litiges qui s'inscrit dans le cadre de la procédure de traitement des réclamations. En ce sens, elle ne présente aucune garantie d'indépendance et déontologiquement on peut s'interroger sur la loyauté

caisse centrale des assurances mutuelles agricoles et enfin celui de la F.F.S.A., par le président de la commission consultative du conseil national des assurances, le président de l'I.N.C. et par le président de la F.F.S.A. Quant à leur rémunération, son mode semble varier selon les familles professionnelles. Si le médiateur de la F.F.S.A. exerce sa fonction à plein temps et est rémunéré directement par la fédération; en revanche, le médiateur du G.E.M.A., assure cette fonction *«de façon quasi bénévole à temps partiel»*, F. DUFLOT, *«Une année de rodage pour la médiation française»*, L'Argus, 27 janvier 1995, p.38.

²⁷¹ Désormais, cette fonction est assurée par l'ancien directeur du service juridique d'AXA-UAP, M. Francis FRIZON. Voir L'Argus du 2 février 2001, p.10.

²⁷² Pour être à l'abri des suspicions et des critiques, il aurait fallu que le médiateur soit nommé par un comité paritaire composé de représentants d'assureurs et de consommateurs. La C.C.A. avait justement proposé la mise en place d'un *«Bureau Central de Médiation»* répondant à cette composition (*Rapport sur le traitement des réclamations*, Commission consultative de l'assurance, Novembre 1992, p.90 et s.). En outre, son financement devait *«être couvert par des contributions des entreprises, mais avec une clé de répartition tenant mieux compte du nombre d'"usagers" utilisant ce service collectif. Les compagnies s'étant dotées de structures internes efficaces pour le traitement des réclamations payeraient ainsi moins, dans la mesure où leurs clients auraient moins besoin de recourir à un organisme extérieur pour résoudre leurs problèmes»*, *Rapport précité*, p.92.

²⁷³ E. CAMOUS, *Règlements non-juridictionnels des litiges de la consommation, (Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits)*, Thèse Nice, Décembre 2000, n°364, p.259.

d'une telle dénomination²⁷⁴. Or, la médiation d'entreprise est loin d'être insignifiante. Rien que pour la F.F.S.A., elle concerne près de 50 % du marché²⁷⁵!

14. Certaines sociétés ont toutefois pris soin, à l'image des organisations professionnelles, de recruter des professionnels du droit dans le monde universitaire ou de la magistrature. Ainsi, les Mutuelles du Mans Assurances ont fait appel à M. J. Kullmann, professeur à l'Université de Rouen, avocat et chargé d'enseignement à l'institut des assurances de Paris²⁷⁶. De même, au sein du groupe AXA-UAP, qui dispose depuis 1998 de trois médiateurs, on peut relever les noms de M.s A. Caron et P. Mignucci, tous deux anciens magistrats et premiers présidents honoraires de Cour d'appel²⁷⁷. Par ailleurs, les "médiateurs internes" institués par les mutuelles d'assurance exercent à titre bénévole. L'idée de bénévolat devrait, *a priori*, être perçue comme une garantie d'indépendance. Or, ils ne sont pas pour autant à l'abri des critiques. En effet, compte tenu des responsabilités qu'ils assument au sein même des mutuelles qui les ont nommés²⁷⁸, il est difficile de leur reconnaître une totale liberté d'esprit.

15. Pour démontrer leur indépendance, sujette à caution, les médiateurs professionnels n'hésitent pas à invoquer la proportion d'avis favorables aux assurés qui semble se maintenir aux alentours des 50%²⁷⁹. Or les assureurs contrôlant l'accès au médiateur²⁸⁰, on peut supposer qu'ils veillent scrupuleusement au maintien d'un "pourcentage de satisfaction" honorable. En outre, si l'avis favorable se formalise par une transaction accordant effectivement une indemnisation à l'assuré, mais une indemnisation bien inférieure à celle qu'il aurait obtenue devant le juge, il faut alors nuancer les faveurs du médiateur faites à l'assuré!

16. En définitive, s'il faut approuver que le choix des médiateurs se soit porté assez souvent sur des professionnels du droit, il faut en revanche regretter que leur mode de désignation et de rémunération vienne entacher les principes d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de leur fonction. Par ailleurs, les chartes et autres protocoles qui consacrent l'indépendance formelle du médiateur, invitent les assureurs à mettre à sa disposition tous les moyens nécessaires pour mener à bien sa mission. Dès lors, il «*n'a aucune autonomie fonctionnelle. Dans sa mission d'investigation et de recherche des preuves, il dépend totalement du bon vouloir de la société d'assurance*»²⁸¹. Or cette dépendance matérielle contribue également à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité du médiateur. En effet, c'est bien

²⁷⁴ Voir J.-M. ROTHMANN: «*en ce qui concerne les "médiateurs de sociétés", est-il vraiment déontologique d'appeler ainsi une personne qui est rétribuée directement par la société d'assurance et cela quelle que soit la qualité personnelle de cette personne?*», «Les consommateurs face à la déontologie en assurance», Risques, n°18, p.91.

²⁷⁵ Voir le rapport de recherche de N. MARTIN, *La médiation en droit des assurances*, D.E.A. de droit économique et droit des affaires, Nice, 1997-1998, spéclt p.100 et s.

²⁷⁶ Voir *L'Argus*, 24 mai 1996, p.18. Conformément à la faculté que leur offrait la charte, les MMA, affiliées à la F.F.S.A., ont préféré choisir leur propre médiateur dès 1994.

²⁷⁷ F. DUFLOT, «La médiation trouve son rythme de croisière», *L'Argus*, 31 octobre 1997, p.36.

²⁷⁸ Voir F. DUFLOT, «Un système de médiation à deux étages», *L'Argus*, 17 avril 1998, p.20.

²⁷⁹ Voir P. BAYLAC-MARTRES, *La médiation dans l'assurance*, Rapport, Février 1999, p.87

²⁸⁰ Voir, *infra* n°31 et s.

²⁸¹ N. MARTIN, *La médiation en droit des assurances*, op.cit.: 1997-1998, p.113.

«l'existence de liens matériels ou intellectuels avec une partie» qui fait naître légitimement des doutes²⁸².

17. Il est vrai néanmoins que l'intérêt de la médiation réside en grande partie dans sa gratuité pour l'assuré²⁸³. Or, ce principe de gratuité semble malheureusement avoir pour corollaire que le choix du médiateur et la prise en charge du coût de la médiation incombent à l'assureur et à lui seul. La gratuité, conjuguée à la simplicité et à la rapidité de la médiation, sont précisément les qualités que l'on oppose généralement au coût, à la lenteur et à la complexité de la justice étatique. Et à sa force contraignante se substitue alors la souplesse de la médiation; c'est là toute la force de cette «justice douce».

B. La souplesse de la médiation

18. Au rapport conflictuel initial devrait succéder une relation plus consensuelle favorisée par la souplesse de la médiation. Ainsi, le médiateur se doit de rechercher la voie de la conciliation. Aucun formalisme, aucune règle procédurale ne vient encadrer la médiation. Cette absence est généralement justifiée par le fait que contrairement au juge ou à l'arbitre, le médiateur ne tranche pas, il formule une proposition. Ses avis fondés en droit ou en équité n'ont aucune valeur contraignante (a). Il s'agit là précisément d'une des caractéristiques majeures de la médiation. Les parties se sentant plus libres à l'égard du médiateur se rallieraient par conséquent plus volontiers à son avis. Les assureurs seraient-ils aussi sensibles aux suggestions formulées par les médiateurs dans le cadre des rapports annuels qu'ils rédigent? Autrement dit, la souplesse de l'institution favorise-t-elle la reconnaissance d'un pouvoir pédagogique du médiateur (b).

a) La portée des avis fondés en droit ou en équité

19. Les avis du médiateur ne s'imposent pas aux assureurs²⁸⁴, à l'exception notable de ceux délivrés par le médiateur du G.E.M.A.. Les mutuelles de cette famille professionnelle se sont en effet engagées, par le biais de leur charte, à suivre l'avis du médiateur. Le médiateur du G.E.M.A. souligne cette particularité: «*les opinions du médiateur, si elles ne s'imposent jamais aux sociétaires (pour eux, il ne s'agit donc que d'avis), lient au contraire les sociétés (pour elles, ce sont donc des décisions)*»²⁸⁵.

²⁸² P. COURBE, note sous Cass. 1ère civ., 16 mars 1999, *D.*, 1999, p.497, n°9 (à propos de l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre).

²⁸³ Interrogé sur le principe de l'indépendance, P. BAUDEZ répond d'abord par le principe de gratuité : «*Ou la médiation est gratuite ou elle est payante. Si elle est payante, cela va vous coûter cher. Un dossier me coûte en moyenne onze heures. Si elle n'est pas payante, qui va payer? C'est par conséquent, la profession de l'assurance qui finance le fonctionnement de la médiation. C'est le seul point sur lequel mon indépendance pourrait être compromise*», *La Médiation : Quel avenir?*, Actes du colloque des 5 et 6 février 1998, p.187.

²⁸⁴ Selon P. BAYLAC-MARTRES, «*le point qui pose le plus de problème est d'expliquer que l'avis du médiateur ne s'impose pas à l'assureur. On est donc en présence d'une perception administrative et tutélaire de la médiation dont le réclamant attend, avant toute chose qu'il se rallie à son point de vue, et sanctionne l'assureur en cas de manquement*», *La médiation dans l'assurance*, Rapport, précité, p.87

²⁸⁵ Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1998, p.2. C. JARROSSON rappelle que rien n'interdit «*que la même procédure menant au même acte puisse revêtir une qualification différente selon la partie en cause*», «*Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*», *R.I.D.C.*, 1997, (2), p.343.

Cette spécificité mise à part, l'avis du médiateur n'a *a fortiori* aucun caractère contraignant à l'égard des assurés qui ne sont pas signataires des chartes et autres protocoles.

20. Il faut toutefois apporter quelques précisions. On peut en effet supposer que l'autorité morale des médiateurs - choisis par des assureurs - suffit à attribuer à l'avis une influence certaine à l'égard de ces mêmes assureurs. Certains parlent à ce titre de «*magistrature d'influence*»²⁸⁶. En outre, pour l'assuré, l'intérêt théorique de la médiation est de lui donner une chance de trouver une solution rapide et gratuite au litige, sans amputer son droit à recevoir un règlement judiciaire. L'article 14 de la charte de la médiation de la F.F.S.A. prévoit à ce titre que «*le médiateur professionnel informe les assurés ou les tiers qu'ils conservent leur droit de saisir les tribunaux*»²⁸⁷. Néanmoins, lorsque l'enjeu du litige est faible²⁸⁸, l'assuré n'a généralement pas à craindre une action judiciaire. En outre, pour de nombreux litiges, le réclamant ne saisira pas la justice tout simplement parce qu'il n'en a pas les moyens financiers. Ainsi, malgré la faculté théorique de faire valoir ses droits devant les tribunaux, en pratique l'avis du médiateur réglera généralement le litige de manière définitive²⁸⁹. Dès lors, il faut admettre - compte tenu des observations qui précèdent - que l'intervention du médiateur, quelle que soit sa position, pourrait être une source d'insatisfaction pour l'assuré. En effet, soit l'avis du médiateur lui est défavorable et il n'a d'autre choix que de l'accepter, soit cet avis est défavorable à l'assuré qui peut refuser de le suivre²⁹⁰, et dans ce cas l'assuré risque de devoir s'y soumettre.

21. Le principe de gratuité et l'absence de contrainte contribuent à nourrir l'idée selon laquelle la médiation ne peut nuire à l'assuré. Cette idée est aussi liée au fait que les avis peuvent être rendus en équité. Si une place de choix est naturellement réservée au droit par le médiateur du G.E.M.A. et du GROUPEAMA, l'équité²⁹¹ a en revanche, la préférence du médiateur de la F.F.S.A.²⁹². Il reste à savoir à qui profite en général

²⁸⁶ Voir L'Argus du 29 janvier 1993, Propos du médiateur belge, p.25.

²⁸⁷ Curieusement, le médiateur d'entreprise n'est pas tenu à la même information.

²⁸⁸ G. DURRY est convaincu que «*le dispositif tel qu'il a été conçu ne peut marcher que pour les petits litiges*», «Une année de rodage pour la médiation française», F. DUFLOT, L'Argus, 27 janvier 1995, p.43.

²⁸⁹ Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1999, p.8.

²⁹⁰ P. BAYLAC-MARTRES suggère, dans cette hypothèse, d'avoir recours aux dispositions du N.C.P.C. relatives à la médiation judiciaire, qui semblent offrir un moyen d'obtenir une sorte d'*exequatur* du juge. «*Le juge, bien inspiré, nommerait alors le médiateur qui a déjà instrumenté, lequel déposerait le même rapport [cette fois dans le cadre des dispositions processuelles] qui serait aussitôt homologué*», Rapport précité, p.129. Il faut préciser que si le protocole du G.E.M.A. prévoit uniquement pour la société concernée l'engagement de «*ne pas faire état devant les tribunaux d'un éventuel avis négatif*»; la charte de la F.F.S.A. prévoit en revanche cette interdiction pour les deux parties à la médiation (article 6). Cela étant, cette disposition n'a aucune valeur pour l'assuré qui n'est pas signataire de la charte.

²⁹¹ Avant le dispositif général instauré en octobre 1993, le médiateur de la M.A.I.F. avaient pour mission de statuer exclusivement en équité (voir L'Argus, 9 avril 1993, p.12.). Aujourd'hui, les attributions du médiateur interne sont calquées sur celles du médiateur professionnel du G.E.M.A.. Pour un autre exemple, on peut citer le médiateur de la G.M.F., A. LEGUILLON qui «*convient ne pas avoir les compétences juridiques pour pouvoir rendre un avis juridique. Il n'est pas lui-même un professionnel de l'assurance et n'est pas juriste de formation*» (voir N. MARTIN, op.cit., p.107.)

²⁹² Rapport annuel, F.F.S.A., 1995-1996, p.2. Par ailleurs, P. BAUDEZ déclare donner à l'équité un sens très économique, voir L'Argus, 8 janvier 1999, p. 14.(Il faut préciser le silence de la charte sur ce point puisqu'elle se limite dans son article 6 à prévoir que «*le médiateur professionnel rend un avis motivé (...)*»).

l'équité. D'après les rapports annuels des médiateurs professionnels' elle serait plutôt favorable à l'assuré²⁹³. Le problème est que la conception de l'équité est relativement arbitraire²⁹⁴. Autrement dit, elle varie selon le médiateur.

22. Le recours à l'équité est traditionnellement présenté comme un moyen de corriger la rigueur excessive à laquelle conduirait l'application de la règle juridique. Toutefois, une chose est sûre : le médiateur - à l'instar du juge - n'est pas en droit de faire prévaloir l'équité sur une clause claire et précise du contrat. L'équité ne doit pas être l'occasion de réécrire les contrats. A titre d'illustration, le médiateur du G.E.M.A. invoque l'exemple *«d'une clause qui subordonnait la garantie vol à l'existence d'un certain nombre de mesures de précaution, que le sociétaire n'avait pas prises - qu'il s'agisse du marquage de véhicules ou de pose de barreaux aux fenêtres -. L'indemnisation lui a été refusée, quand bien même il était démontré que le vol avait eu lieu sans que l'absence de précautions ait facilité la tâche des voleurs. Telle est en effet la solution consacrée par une jurisprudence très nette»*²⁹⁵.

23. La souplesse de l'équité autoriserait cependant parfois une certaine audace de la part du médiateur, laquelle n'est en principe pas autorisée à l'assureur qui doit s'en tenir strictement au droit et à la lettre du contrat. Ainsi, à propos des lenteurs excessives constatées dans le cadre du traitement interne des réclamations, elles amèneraient fréquemment le médiateur *«à accorder, en équité, quelque satisfaction au sociétaire, pour tenir compte de sa légitime irritation. C'est même le cas où le médiateur utilise le plus souvent son pouvoir de statuer en équité»*²⁹⁶.

24. Cette évocation de l'équité qui serait systématiquement favorable à l'assuré ne doit pas faire oublier, qu'en ce domaine, la règle de droit - que l'on cherche précisément à écarter - tend en général à garantir les droits des assurés²⁹⁷. Par conséquent, le recours à l'équité peut être particulièrement dangereux pour l'intérêt de celui que la loi entend justement protéger. Ainsi, dès lors que *«l'assureur se considère avant tout comme un gestionnaire de l'argent collecté auprès de la mutualité des assurés»*²⁹⁸, le médiateur pourrait s'attacher à gérer le dossier conformément à cette logique gestionnaire, en faisant prévaloir les intérêts économiques de la mutualité au détriment des intérêts individuels de l'assuré. P. BAUDEZ reconnaît à ce titre que *«l'assureur justifie souvent son refus au nom de l'équité : céder au réclamant équivaldrait à léser les autres titulaires du même*

²⁹³ Voir par exemple le médiateur de GROUPEAMA qui rappelle son *«souci de faire prévaloir les intérêts fondamentaux de l'assureur, chaque fois que celui-ci était «dans son droit», mais en prenant en compte, lorsque les circonstances le justifiaient, la situation digne d'intérêt de l'assuré dans un souci d'équité»*, *La médiation à GROUPEAMA, Rapport annuel, 1er oct. 1997 - 30 sept. 1998*, p.10.

²⁹⁴ A propos de «L'équité dans l'office du juge civil», L. CADIET précise que *«l'équité est moins arbitraire qu'arbitrale; la solution équitable est une solution d'équilibre, proportionnée aux intérêts en cause que le juge a vocation à peser et soupeser»*, *Justices*, n°9, Janvier-mars, 1998, p.102. Du même auteur, voir «Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation», *Mélanges en l'honneur de Claude CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p.123.

²⁹⁵ Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1996, p.7.

²⁹⁶ Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1996, p.3.

²⁹⁷ Ainsi *«est moins en cause le fait d'écarter la lettre même de la loi, que la volonté de s'opposer en toute connaissance de cause à l'intention parfaitement claire du législateur»*, F. NIVET, «Équité et légalité», *Justices* n°9, Janvier-mars 1998, p.169.

²⁹⁸ N. BRERO, *L'assurance et l'accès à la justice*, Thèse Nice, 1994, p.36.

contrat»²⁹⁹. Dès lors, au nom de l'équité, on peut craindre l'éviction des règles légales protectrices des assurés au profit de règles privées garantissant l'intérêt des assureurs. Cette crainte se justifie notamment par "l'effet jurisprudence" des avis³⁰⁰ qui permet finalement aux assureurs de conserver, en interne, le règlement de la quasi-totalité des litiges. Le médiateur serait-il alors essentiellement investi d'une mission "pédagogique" ?

b) L'impact pédagogique de la médiation

25. Le médiateur publie un rapport annuel relatif aux litiges qui lui sont soumis. La publication de ce rapport, qui répond au principe de transparence³⁰¹, paraît essentielle³⁰². Ainsi, au delà du règlement individuel du litige, la médiation aurait une portée pédagogique visant à prévenir les conflits. La position prise par le médiateur, à propos de certaines difficultés qui lui sont fréquemment soumises, pourrait influencer le contenu même des contrats et plus généralement les procédures de gestion des sinistres. Ainsi, chacun des médiateurs se satisfait d'avoir permis grâce à son intervention, la modification de certaines clauses contractuelles, objet de litiges.

26. Il faut reconnaître que certains rapports annuels se veulent véritablement constructifs. Ils sont en effet émaillés de recommandations visant à éviter la répétition des litiges. Les mêmes dysfonctionnements, rappelés annuellement, semble traduire une réelle détermination d'éradiquer la source de certains conflits. Ainsi, la dénonciation régulière des conventions inter-compagnies et du caractère dissuasif de la procédure de contre-expertise, par M. G. Durry, ne peut être qu'approuvée³⁰³.

27. Il est vrai, néanmoins, que si les solutions que le médiateur propose, ne s'imposent pas aux assureurs, on peut douter de l'influence des recommandations qu'il peut être amené à formuler. Cependant, d'une part il faut reconnaître que la quasi-totalité des avis sont suivis par les assureurs. D'autre part, comme le rappelle P. Baudez, la médiation a un coût. Dès lors, pour qu'elle soit rentable, ces recommandations tendant à améliorer la rédaction des contrats et la communication

²⁹⁹ «La médiation, nouvelle pratique de l'interprétation du contrat d'assurance?», *Les entretiens de l'assurance, Actes*, p.145. P. BAUDEZ poursuit : «Mais on peut démontrer dans certains cas de fréquence négligeable que répondre favorablement ne porte aucun préjudice à la collectivité des assurés».

³⁰⁰ Voir infra, n°39 et s.

³⁰¹ Selon la Recommandation du 30 mars 1998, la transparence de la procédure implique, outre la communication d'un certain nombre d'informations (qui sont énumérées), «la publication, par l'organe compétent, d'un rapport annuel relatif aux décisions rendues, permettant d'évaluer les résultats obtenus et d'identifier la nature des litiges qui lui ont été soumis», «Recommandation de la commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation», J. LAFFINEUR, «Les principes consacrés par la Recommandation du 30 mars 1998 : premiers commentaires critiques», *Rev. europ. dr. cons.*, 1999, p.403.

³⁰² Il faut à ce titre regretter que la plupart des sociétés d'assurance ayant opté pour la médiation d'entreprise se limitent à un rapport verbal ou écrit adressé exclusivement à la Direction Générale ou au Conseil d'administration.

³⁰³ Ces critiques sont annuellement reprises par G. DURRY, voir *Rapports sur l'activité du médiateur du G.E.M.A.*, à propos des clauses d'expertise : années 1995, p.9; 1996, p.8 (G. DURRY s'interroge : «les assureurs ne devraient-ils pas faire preuve d'imagination pour se mettre à l'abri de la critique de clauses qui, immanquablement, seront un jour ou l'autre jugées abusives?»); 1997, p.6; 1998, p.10 - à propos des conventions : années 1994, p.7; 1995, p.6; 1997, p.10; 1998, p.7; 1999, p.15.

entre assurés et assureurs, mériteraient d'être suivies d'effets. L'impact pédagogique des rapports annuels permettrait en quelque sorte de compenser la valeur non contraignante des avis.

28. Cela étant, la rentabilité de la médiation est certainement ailleurs. En effet, le nombre de dossiers traités est manifestement trop faible pour que les rapports annuels soient symptomatiques des difficultés qui naissent de la relation d'assurance. En outre, les mêmes critiques viennent annuellement nourrir les recommandations des médiateurs. Ce qui porte à croire, que ces exhortations ne sont pas de nature à prévenir la résurgence des situations contentieuses. En définitive, la fonction régulatrice assignée au médiateur, qu'elle soit liée à la valeur pédagogique de ses rapports annuels, ou au règlement individuel du litige, est très limitée. Dès lors, on ne peut que douter de la capacité de la médiation à répondre à ses ambitions, du moins à celles qui ont été annoncées.

II/ Une efficacité incertaine

29. Depuis le 1er octobre 1993, tout assuré correctement informé, en litige avec un assureur, peut faire appel à un médiateur, à condition qu'une procédure contentieuse n'ait pas encore été engagée. Le champ de compétence du médiateur est sensiblement le même selon le type de médiation et selon les familles professionnelles³⁰⁴. En principe, sont exclus les risques des professionnels ainsi que les litiges opposant l'assuré à l'expert³⁰⁵ ou au courtier³⁰⁶. L'exclusion des risques professionnels s'expliquerait par la volonté des assureurs de limiter le recours à la médiation au profit des consommateurs - souvent dépourvus des moyens de se défendre en justice³⁰⁷. Il est alors étonnant que le champ de compétence du médiateur ne coïncide pas avec la diversité des litiges rencontrés par le consommateur d'assurance. En effet, l'activité de courtage et l'activité d'expertise

³⁰⁴ Les médiateurs professionnels de la F.F.S.A. et du G.E.M.A. sont en principe seulement compétents pour les litiges opposant les sociétés d'assurance à des particuliers (C'est aussi le cas du médiateur de la Générale Accident et d'AXA-UAP. Voir F. DUFLOT, «La médiation a atteint son rythme de croisière», p.37.). Au G.E.M.A., ce principe, ne souffre, semble-t-il d'aucune exception. A la F.F.S.A., les risques professionnels peuvent être soumis au médiateur avec l'assentiment de la société d'assurance. En outre, mis à part l'assuré et l'entreprise d'assurance, le tiers (ayant droit en assurance de personnes ou le tiers lésé en assurance de responsabilité) peut également saisir le médiateur s'il s'avère que la position de l'assureur ou de l'assuré leur est préjudiciable. Quant à GROUPEAMA, compte tenu de sa clientèle de base agricole, constituée pour une large part de professionnels, il a été décidé dès l'origine que le dispositif serait accessible à l'ensemble des assurés sans aucune distinction. De même qu'à la F.F.S.A., les tiers peuvent également saisir le médiateur.

³⁰⁵ L'exclusion relative à l'expertise doit être cependant nuancée selon la nature de la contestation. Les médiateurs sont compétents pour les litiges relatifs à la position de l'expert sur les circonstances du sinistre. En revanche, s'il s'agit de l'évaluation faite par l'expert, le médiateur se déclare incompétent en raison d'une disposition contractuelle, présente dans tous les contrats, et qui aménage une procédure de contre-expertise.

³⁰⁶ Sous réserve de la théorie du mandat apparent qui peut être invoquée dans des situations souvent confuses (voir l'article L.511-1 du Code des assurances). Il faut rappeler que le courtier est un commerçant juridiquement indépendant, qui agit comme mandataire de l'assuré et non de l'assureur.

³⁰⁷ Cette exclusion tend à entretenir l'amalgame entre particulier et personne physique. En effet, la distinction entre professionnel et particulier conduit à exclure tout professionnel quelle que soit sa situation face à l'assureur, alors que la situation d'un professionnel, personne physique, - de même que celle des petites entreprises - est généralement comparable à celle d'un consommateur. Dans cette hypothèse, le contrat qu'il souscrit est, comme pour les particuliers, préédigé par l'assureur. Il est sans commune mesure avec le contrat souscrit par les grandes entreprises, pour lesquelles le contrat d'assurance n'est plus un contrat d'adhésion, mais un contrat négocié

sont essentielles dans le secteur de l'assurance. Dès lors, il est regrettable qu'elles ne soient pas concernées par le dispositif de médiation.

30. Cette carence nous porte naturellement à nous interroger sur l'efficacité de la médiation. L'étude de son fonctionnement révèle qu'elle reste une procédure subsidiaire et d'exception³⁰⁸ qui connaît des difficultés d'accès (A). En outre, des problèmes spécifiques liés à l'articulation de la médiation avec certaines garanties viennent accentuer les limites de ses ambitions (B).

A. Un accès entravé

31. L'accès au médiateur est limité non seulement par le principe de subsidiarité (a), mais aussi par "l'effet jurisprudence" de la médiation (b).

a) Le principe de subsidiarité

32. De toute évidence, l'assuré n'est pas correctement informé des conditions d'accès à la médiation³⁰⁹. En effet, parmi les assurés qui connaissent l'existence du médiateur, nombreux sont ceux qui passent outre la procédure de traitement interne pour obtenir le plus rapidement possible l'intervention du médiateur. Ainsi, ils ignorent que le système repose sur le principe de subsidiarité. Selon ce principe, toute demande est irrecevable tant que les procédures internes de règlement des litiges, propres à la société en cause, ne sont pas épuisées. Dès lors, toute demande prématurée est vouée au rejet. Ce rejet, pour éviter qu'il soit assimilé à une nouvelle manœuvre visant à retarder l'accès à la médiation, devrait être rapide³¹⁰ et accompagné d'une explication claire et argumentée. En tout état de cause, pour prévenir les demandes de médiation prématurée et faciliter l'accès à la médiation, une mesure élémentaire consisterait à communiquer expressément, sur tous les contrats, l'adresse du service consommateur, et de transmettre systématiquement l'adresse exacte du médiateur, chaque fois que la procédure interne aboutit au rejet. Or, actuellement, l'information des assurés est incontestablement trop limitée³¹¹.

33. D'après les rapports annuels, une différence semble devoir être faite entre les assurés selon qu'ils relèvent de sociétés membres du G.E.M.A. ou de la F.F.S.A.. Le médiateur du G.E.M.A. stigmatise les erreurs d'aiguillage pour les dossiers relevant du médiateur de la F.F.S.A., alors que la réciproque n'est pas vraie. Il est vrai que le protocole du G.E.M.A. prévoit expressément que «*Chaque société (...) doit informer, par tous moyens qu'elle juge appropriés : courriers, bulletins, numéro vert, etc., (...) de l'existence du médiateur du G.E.M.A. et de ses fonctions*». Les mutuelles du G.E.M.A. semblent donc accomplir un effort particulier d'information à travers la

³⁰⁸ Banque Stratégie n°143, novembre 1997, p.7.

³⁰⁹ Voir *L'Argus* du 2 février 2001, p.10.

³¹⁰ Selon G. DURRY, la rapidité est exemplaire pour le G.E.M.A. : «*l'intéressé est presque toujours informé dans la semaine qui suit l'arrivée de sa demande au G.E.M.A.*», *Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1997*, p.3.

³¹¹ Si la notoriété de la médiation est incontestablement assurée, en revanche l'information de l'assuré reste limitée. Voir E. CAMOUS, qui souligne «*le contraste (...) entre les insuffisances que présentent les informations individuelles fournies par les entreprises et l'importance des informations collectives diffusées par les organisations professionnelles*», Thèse précitée, n°447 et s, p.308 et s.

diffusion de bulletins trimestriels tels que M.A.I.F. info, M.A.A.F. contact³¹². Par ailleurs, en ce qui concerne les entreprises qui ont opté pour une médiation interne, «elles se sont pour la plupart contentées d'informer les consommateurs de l'existence de ces médiateurs, sans pour autant leur en indiquer les coordonnées. Ce sont les "services consommateurs" et eux seuls qui sont habilités à saisir, au nom des consommateurs, les "médiateurs". Ce sont donc eux qui en contrôlent l'accès»³¹³. Ainsi, l'Union fédérale des consommateurs a pu constater, pour certains dossiers, que les services internes de traitement des réclamations avaient empêché le recours à la médiation³¹⁴.

34. Si la faiblesse du nombre de dossiers traités par les médiateurs s'explique en partie par l'absence d'information, elle résulte aussi inévitablement des procédures de filtrage, qui s'apparente parfois même à des procédures de pré-médiation. A ce titre, le fonctionnement de la médiation au sein du groupe AXA-UAP est significatif³¹⁵. La demande de médiation - instruite par la "Direction Qualité" qui assume le secrétariat de la médiation - ne doit pas être confondue avec la saisine du médiateur. L'accès au médiateur est un privilège réservé aux «dossiers qui présentent un réel intérêt»³¹⁶. Or, cet intérêt étant apprécié par l'assureur, nul doute que les intérêts de l'assuré ne soient pas prioritaires.

35. Le principe de subsidiarité devait permettre aux entreprises d'assurance de s'impliquer dans le processus de médiation. Or une des graves anomalies du système de médiation est d'avoir prétendu responsabiliser les sociétés d'assurance³¹⁷ sans les contraindre à respecter des délais. En effet, si le traitement d'un dossier est relativement rapide³¹⁸ pour celui qui sera parvenu à saisir le médiateur; en revanche, concernant la procédure interne, il n'y a aucun délai contraignant pour la réponse à une simple réclamation³¹⁹. Or, pour accéder au médiateur, il est nécessaire de savoir à partir de quel moment - c'est à dire au bout de quelle durée - l'assuré peut considérer que les voies de recours internes ont été

³¹² «L'existence de la possibilité de recourir à la médiation est maintenant entrée dans la culture des sociétaires des mutuelles membres du G.E.M.A.», Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1999, p.3.

³¹³ E. CAMOUS, Thèse précitée, n°380, p.268.

³¹⁴ Les entretiens de l'assurance, Actes, 1994, op.cit., p.151.

³¹⁵ Voir N. MARTIN, op.cit., p.101 et s'

³¹⁶ «Le secrétariat ne transmet en médiation que les dossiers qui présentent un réel intérêt», J. LANDEL, «Réclamation et médiation à l'UAP», 1996, p.2, cité par N. MARTIN, op.cit., p.103. Dans le rapport annuel de la F.F.S.A., (1994-1995) on peut également lire que tout est fait pour que le médiateur «déchargé des réclamations récurrentes [puisse] se consacrer davantage aux cas inédits et aux conflits aigus».

³¹⁷ Voir le rapport DANE, selon lequel, «les modes de traitement externe (...) ne doivent pas avoir pour effet de court-circuiter ou de déresponsabiliser les compagnies ou les intermédiaires : bien au contraire, l'intervention d'organismes extérieurs doit être conçue comme un complément, et non un substitut à l'action des professionnels», p.65.

³¹⁸ Pour le G.E.M.A., le délai prévu par le protocole est de 6 mois. Pour la F.F.S.A., la charte prévoit un délai de trois mois. Le dernier rapport annuel de la F.F.S.A. (1998-1999) fait état du délai moyen, pour les litiges réglés par accord des parties, 82 jours, et pour les litiges ayant donné lieu à un avis, 116 jours (p.13) - Pour les médiateurs d'entreprise, le délai moyen est de deux mois.

³¹⁹ Ce procédures peuvent se prolonger plus d'un an. Dans le rapport annuel pour l'année 1996 (p.3), le médiateur du G.E.M.A. s'insurgeait contre les lenteurs excessives constatées au niveau interne des sociétés. «Elles nuisent en effet à la crédibilité de la volonté des mutuelles du G.E.M.A. de favoriser les solutions non contentieuses des litiges».

épuisées. Les assureurs, qui ont conçu leur propre système de médiation, ne se sont aucunement souciés de cette lacune.

36. Le traitement interne des dossiers n'étant limité par aucune durée maximale, l'inertie des assureurs peut être particulièrement préjudiciable aux assurés, compte tenu de la règle de la prescription biennale³²⁰. La F.F.S.A. a veillé à régler cette difficulté par l'interruption du délai de prescription³²¹. Or, J. BIGOT³²², n'a pas manqué de relever l'illicéité de cet engagement eu égard à la règle de l'article 2220 du Code civil selon laquelle : *«on ne peut, d'avance, renoncer à la prescription»*. Autrement dit, malgré la disposition de la charte, en cas de lenteur et d'échec d'une procédure de médiation, l'assuré qui engage une action judiciaire, pourrait se voir opposer la prescription de l'action. Selon F. EWALD, *«il s'agit là d'un faux problème puisque la question ne se poserait que dans la mesure où l'assureur chercherait à s'en prévaloir. Ce qui revient à dire, de manière quelque peu blessante pour les signataires de la charte (...), qu'ils pourraient ne pas respecter l'engagement qu'ils ont pris»*³²³. Il est vrai que ce cas de figure ne semble pas encore avoir fait l'objet d'un contentieux. Mais rien n'empêche l'assureur, de décourager l'assuré, en portant à sa connaissance ce redoutable moyen de défense. Dès lors, l'assureur, qui n'aurait pas pour principale vertu la loyauté, disposerait là d'un moyen infaillible pour se soustraire à une éventuelle condamnation.

37. Pour faire face à ces incertitudes, la solution pourrait consister, comme en matière de protection juridique, à prévoir une disposition légale réglant cette difficulté. Ainsi l'article L.127-4 du Code des assurances aménage l'articulation de la prescription avec la procédure d'arbitrage prévue en matière de protection juridique³²⁴. Cependant, si les assureurs avaient véritablement voulu régler cette difficulté, une mesure élémentaire aurait consisté à limiter la durée des procédures internes de réclamation. Cette contrainte aurait permis à tout assuré d'accéder plus rapidement et plus facilement à la médiation.

38. En définitive, il semblerait que l'efficacité de la médiation implique une coopération et une réelle volonté des services spécialisés dans le traitement des réclamations. Mais paradoxalement, dans la médiation d'entreprise, la collaboration

³²⁰ Article L.114-1 du Code des assurances: *«Toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance»*. Les causes d'interruption de la prescription sont limitativement énumérées par les articles L.114-2 du Code des assurances et 2244 du Code civil. (Sur le contentieux soulevé par la prescription, voir G. DURRY, «Diminuer le contentieux en assurance par deux réformes», *Risques*, n°40, Décembre 1999, p.124.)

³²¹ Article 5 de la Charte de la F.F.S.A : *«l'introduction de la procédure (...) interrompt la prescription»*. Il faut préciser que le G.E.M.A. a préféré suspendre la prescription en prévoyant que : *«Les sociétés s'engagent à ne pas compter le délai pendant lequel le médiateur aura été saisi d'un dossier si elles entendent ultérieurement opposer la prescription à leur sociétaire»*. La suspension pose également un problème de validité eu égard à la jurisprudence qui prohibe l'allongement conventionnel de la durée de la prescription. Sur ce point voir, H. GROUDEL, «La nullité des conventions suspensives de la prescription biennale», *Resp. civ. et assur.* 1993, chron. 4.

³²² J. BIGOT, «Médiation et prescription», *L'Argus*, 5 novembre 1993, p.24. Il souligne aussi *«le paradoxe : le Code civil entend protéger le débiteur (en l'occurrence l'assureur) alors que la charte entend améliorer la situation du créancier (en l'occurrence le preneur)»*.

³²³ F. EWALD, «Médiation et prescription : la F.F.S.A. répond», *L'Argus*, 5 novembre 1993, p.46.

³²⁴ *«Lorsque la procédure [d'arbitrage] est mise en oeuvre, le délai de recours contentieux est suspendu pour toutes les instances juridictionnelles qui sont couvertes par la garantie d'assurance et que l'assuré est susceptible d'engager en demande, jusqu'à ce que la tierce personne chargée de proposer une solution en ait fait connaître la teneur»*.

entre le médiateur et l'assureur peut être si étroite, au point de faire naître des réticences chez l'assuré³²⁵. Dans cette hypothèse, la médiation apparaît alors comme une simple émanation du "service consommateur". A ce titre, G. Durry regrette que les médiateurs internes hésitent très souvent à déjuger la position de l'assureur³²⁶. Cet état de fait révèle que finalement "les services consommateurs", c'est à dire, les assureurs, demeurent les principaux artisans des règlements non juridictionnels des sinistres³²⁷. Cette réalité est favorisée par "l'effet jurisprudence" de la médiation.

b) « L'effet jurisprudence »

39. Après plus de sept années de fonctionnement, il faut reconnaître que progressivement les avis rendus font office de règlements privés de référence. Ainsi, lorsqu'un conflit soulève un problème très semblable à celui qui a déjà donné lieu à un avis, l'assureur cherchera à défendre lui-même cette solution. «*Le service consommateur se mue progressivement en "service médiation". Il va se servir des avis déjà rendus par le médiateur comme base de référence afin de transiger avec l'assuré au meilleur coût pour l'entreprise*»³²⁸. Un médiateur précise toutefois que traitant essentiellement des affaires particulières au cas par cas, sa mission exclue la notion même de jurisprudence. Ses avis ne peuvent avoir aucune fonction normative³²⁹. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, les avis émis par le médiateur viennent concurrencer les règles protectrices des assurés. La médiation apparaît alors comme une nouvelle source de règles privées pour la résolution des litiges, avec tous les dangers que cela implique pour les assurés.

40. Un des principaux dangers tient au fait que les avis ne sont pas publiés. Autrement dit, l'assureur - qui raisonne sur un avis dont il est le seul à connaître les véritables fondements - pourra s'autoriser, à partir du traitement d'un cas particulier, un «règlement collectif des conflits». L'effet jurisprudence de la médiation permet ainsi à l'assureur de se mettre à l'abri des aléas du contentieux judiciaire. En outre, sur cette référence, il lui sera certainement plus aisé de proposer à son assuré une transaction présentée comme équitable alors qu'elle aura été, en réalité, calculée au meilleur coût pour l'entreprise!

41. On sait en effet, que la transaction présente l'avantage incontestable de gérer les sinistres au moindre coût, notamment en réduisant le niveau des indemnisations par rapport à la réalité des préjudices subis³³⁰. Cette baisse du niveau des indemnisations est généralement justifiée comme étant compensée par les

³²⁵ «une partie des assurés reste toujours réticente à l'égard de tout ce qui apparaît comme étant lié de près ou de loin, à leur assureur : n'ayant pas les moyens de vérifier l'impartialité réelle de telle ou telle instance interne, ces assurés préfèrent la garantie formelle d'indépendance qu'offrent les organismes extérieurs» Rapport sur le traitement des réclamations, Commission consultative de l'assurance, Novembre 1992, p.13.

³²⁶ Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A., 1996, p.4.

³²⁷ Voir C. E. LUCY, «Assureurs et assurés, la médiation au goût du jour», *L'Assurance Française*, 15-31 janvier 1994, p.61.

³²⁸ N. MARTIN, op.cit., p.177.

³²⁹ Voir *L'Assurance Française*, n°702, octobre 1994, p.21, (il s'agit de P. MARCUS, en sa qualité de médiateur de la M.A.I.F.).

³³⁰ Voir par exemple M. QUENILLET-BOURRIE, «L'évaluation monétaire du préjudice corporel: pratiques judiciaires et données transactionnelles», *J.C.P.*, 1995, éd. G., I, 3818; P. BAILLY, «Indemnisation et aléa judiciaire», *D.*, 1992, chron., p.202.

avantages de la transaction pour l'assuré. A l'image de la médiation, la transaction lui évite la lenteur, les frais et les aléas d'une action judiciaire, ce qui légitimerait en quelque sorte la réduction de l'indemnisation. Ce sacrifice de l'indemnisation pourrait même être perçue comme une concession de la part de la victime, concession inhérente à l'acte de transaction. Cependant, celle-ci suppose des concessions réciproques. Quelle(s) serai(en)t donc celle(s) de l'assureur? D'autant plus que dans l'hypothèse que nous évoquons, il a également fait l'économie de la médiation! Compte tenu de sa position dominante confortée par la référence "jurisprudentielle" de la médiation, il risque de n'y en avoir aucune³³¹; à moins de considérer que l'assureur perd le bénéfice de quelques mois d'intérêts des fonds placés et servant à indemniser la victime. En réalité, l'absence d'égalité dans la négociation entraîne inévitablement l'absence de réciprocité dans les concessions, d'où résulte en définitive une transaction nécessairement déséquilibrée³³².

42. Il est vrai qu'une simple objection pourrait suffire à invalider un tel scénario : la référence à ces avis n'a aucune valeur pour l'assuré. Il est toutefois permis de craindre que, profitant de l'incompétence juridique de nombreux assurés, les assureurs aient tendance à imposer ces règlements comme des solutions autoritaires. En effet, nul doute qu'il puisse exister une confusion dans l'esprit des assurés³³³, entre la réglementation étatique imposée, issue des lois et décrets, et les règles privées issues de la profession, mais sans valeur contraignante pour les assurés et les tiers³³⁴.

43. Compte tenu de ces considérations, on perçoit les dangers suscités par le dispositif de médiation qui n'offre pas en pratique de réelles possibilités d'accès aux assurés. Il reste à constater son impuissance à fonctionner correctement lorsqu'il s'articule avec certaines garanties.

B/ Une articulation défailante

44. L'articulation de la médiation avec la garantie protection juridique (a) ainsi qu'avec l'assurance-emprunteur (b) illustrent les insuffisances du dispositif de médiation.

³³¹ Voir C. JARROSSON, «Les concessions réciproques dans la transaction», *D.*, 1997, chron., p.267, spéclt n°20 et s. : «L'absence de concessions réciproques n'entache pas le contrat en tant que tel mais supprime l'élément qui lui confère sa qualification spéciale de transaction (...) l'acte n'étant pas affecté dans sa validité, on pourra l'admettre comme contrat sui generis, à moins qu'une autre qualification ne soit possible».

³³² Cette réalité est fort éloignée de l'analyse formelle qui voit dans la transaction le résultat d'une négociation contractuelle et de concessions réciproques où l'assuré participe à l'élaboration de la solution.

³³³ Les assureurs profitent de leur appartenance institutionnelle pour entretenir cette confusion. Dans l'esprit du public, le caractère obligatoire procède en effet largement de l'institution. (Références)

³³⁴ Nous savons déjà que les assureurs n'hésitent pas à invoquer des dispositions issues des conventions inter-compagnies pour les faire valoir comme des règles légales. Ainsi, nous avons eu personnellement connaissance d'un dégât des eaux pour lequel l'assureur, tentant de faire admettre à l'assuré la solution conventionnelle prévue dans la convention CIDRE, avait invoqué «les règles en vigueur» sans aucune autre précision. Après avoir rappelé à l'assureur qu'une telle règle, issue de la convention précitée, lui était inopposable, l'assuré a pu finalement obtenir gain de cause.

a) La garantie protection juridique

45. La médiation comme la protection juridique³³⁵ contribue au règlement extrajudiciaire de nombreux litiges³³⁶. A cette différence près que l'existence d'une garantie protection juridique, incluse dans une garantie automobile ou une garantie multirisques habitation, constitue pour le médiateur une source importante de saisine. La protection juridique occupe ainsi une place relativement importante dans les litiges des assurés contre leurs assureurs.

46. Il ressort d'après les rapports annuels des médiateurs professionnels, que des dossiers arrivent en médiation alors que le contrat, objet du litige, comporte une clause de protection juridique dont il n'a pas été fait usage. Parfois même, son existence n'a même pas été signalée à l'assuré, alors qu'un recours pouvait être tenté³³⁷. Le devoir du médiateur est alors de demander sa mise en œuvre avant tout recours au dispositif de médiation. En effet, la médiation n'a pas à anticiper sur l'exercice d'un recours dû au demandeur en contrepartie de ses cotisations. Ainsi, chaque fois que ce cas de figure s'est présenté, P. BAUDEZ déclare avoir «*fait savoir au réclamant que cette garantie lui était acquise et qu'il lui revenait d'en demander l'application, considérant (...) qu'une telle garantie constitue l'une des "procédures internes de règlement des litiges" auxquelles la médiation n'a pas à se substituer*»³³⁸.

47. Dès lors que l'assuré dispose d'une garantie défense recours ou protection juridique incluse dans le contrat même qui fait l'objet du litige, le médiateur ne pourra donc être saisi avant sa mise en œuvre. En revanche, lorsque la garantie de protection juridique se distingue du contrat litigieux, la demande de médiation est recevable, à condition de renoncer à cette garantie pendant le cours de la médiation³³⁹. Cela étant, une difficulté essentielle demeure, celle du désaccord entre l'assureur et l'assuré sur la mise en œuvre de la garantie protection juridique.

48. Ce désaccord porte le plus souvent sur l'opportunité du passage de la phase amiable à la phase judiciaire. Cette difficulté peut être liée au système conventionnel qui lie les assureurs entre eux et qui est difficilement compatible avec la garantie protection juridique³⁴⁰. En effet, rappelons que par ces conventions, les assureurs

³³⁵ Notons que c'est également une logique d'évitement du juge qui est au cœur du développement de la garantie protection juridique. Voir la thèse précitée de N. BRERO, *L'assurance et l'accès à la justice*, op.cit., spécit, p.126 et s.

³³⁶ Voir O. de MARGUERIE, selon lequel, la protection juridique «*offre (...) une meilleur sécurité juridique à l'assuré que la médiation, notamment dans le cadre de la résolution des conflits d'intérêts entre assureur et assuré*», «*Médiation ou protection juridique?*», *L'Argus*, 8 avril 1994, p.27.

³³⁷ «*De nombreux dossiers révèlent une réticence à faire réellement profiter les sociétaires de cette garantie, alors que les chances de succès d'un recours apparaissent pourtant réelles*», *Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1995*, p.5.

³³⁸ Rapport annuel, F.F.S.A., 1995-1996, p.25.

³³⁹ Le médiateur de la F.F.S.A. rapporte le cas d'une médiation relative à l'indemnisation d'un sinistre vol. Après avoir été saisi, le médiateur transmet à l'assuré une proposition amiable de l'assureur, révisée à la hausse. L'assuré réservant sa réponse, saisit entre-temps son assureur de protection juridique. L'expert missionné relance alors le médiateur avec de nouveaux arguments. Mais le médiateur fait savoir à l'assuré que l'entrée en scène de l'assureur protection juridique a interrompu la médiation. *Rapport annuel, F.F.S.A., 1995-1996*, p.10.

³⁴⁰ Voir N. BRERO, *L'assurance et l'accès à la justice, approche critique*, Thèse Nice, 1994, p.267 et s.; B. LEGRAND, «*Protection juridique et conventions de règlement de sinistres : cohabitation nécessaire ou mariage forcé ?*», *L'Assurance Française*, 16-30 juin 1989, p.536.

s'engagent à ne pas exercer de recours entre eux. En quelque sorte, l'assuré paie une prime pour un service que l'assureur s'engage à ne pas respecter! Pour régler cette contradiction, G. Durry rappelle que si la société «*estime impossible d'envisager un recours en application d'une convention entre assureurs, (...), il lui faudra elle-même indemniser son assuré. Une des applications les plus fréquentes de cette façon de procéder concerne des dossiers dans lesquels le sociétaire peut démontrer que, dans les circonstances de l'espèce, l'application du barème [conventionnel] (...) a tourné à son détriment*»³⁴¹. Il ne faut pas manquer de relever que cette proposition contribue une nouvelle fois à dénoncer l'impact des conventions sur les droits des assurés!

49. En toute hypothèse, en cas de conflit sur l'opportunité d'engager une procédure ou de résister à une demande - notamment contre un assureur refusant sa garantie - l'article L. 127-4 du Code des assurances prévoit une modalité d'«arbitrage»³⁴² par une tierce personne ou, à défaut d'accord sur le choix de cette dernière, par le président du T.G.I. compétent, statuant en la forme des référés. Dans son rapport 1995, G. Durry a suggéré, en sa qualité de médiateur, d'être désigné comme ce tiers et de fait en 1996, il a été saisi neuf fois à ce titre en se prononçant plus souvent en faveur de l'opportunité d'un recours que l'inverse³⁴³. Il faut toutefois préciser que la position de M. Durry est tout à fait marginale et qu'en tout état de cause, elle semble supprimer la possibilité pour le médiateur d'intervenir *a posteriori* en tant que tel, si le dossier devait devenir litigieux.

50. A la F.F.S.A., il a été convenu dès l'origine de la médiation, que le médiateur ne pourrait en aucun cas être désigné comme ce tiers. «*Un médiateur d'assurances n'est pas nécessairement compétent pour apprécier l'opportunité d'un recours dans des litiges totalement étrangers à la pratique et au droit de l'assurance*» justifie P. BAUDEZ³⁴⁴. Dès lors dans cette hypothèse, la médiation n'est d'aucune utilité. L'intérêt du recours à la médiation peut faire également défaut dans le cadre de l'assurance-emprunteur.

b) L'assurance emprunteur³⁴⁵

51. L'assurance emprunteur est un produit de masse, distribué par les établissements de crédit à titre accessoire d'une opération de prêt. Elle a pour objet de garantir l'insolvabilité de l'emprunteur en cas de décès, d'incapacité-invalidité, ou

³⁴¹ *Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A., 1995, p.6; voir également Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A., 1993-1994, p.7 : «si le recours que le sociétaire souhaite voir intenter paraît sérieux, la société concernée doit l'exercer, comme elle s'est engagée envers lui par une clause du contrat; (...) si pour une raison ou une autre, elle n'entend pas l'exercer, il lui appartient de donner elle-même satisfaction à son sociétaire».*

³⁴² Il faut insister ici sur un problème de terminologie. Il ne s'agit pas d'un arbitrage puisque la «décision» de l'arbitre ne s'impose pas à l'assuré. «*En réalité, il s'agit d'une tentative de médiation*», G. DURRY, «Quelques remarques sur l'arbitrage et la médiation en assurance», *Gaz. Pal.* 1994, p.737.

³⁴³ Rapport sur l'activité du médiateur du G.E.M.A. pour l'année 1996, p.9.

³⁴⁴ *Rapport annuel, F.F.S.A., 1995-1996, p.11.*

³⁴⁵ A propos du volume des dossiers assurance emprunteur parvenus en médiation, P. BAUDEZ a souligné «*leur nombre, faible dans l'absolu, mais anormale par rapport aux autres litiges (...) [d'autant plus que] le médiateur de la F.F.S.A. n'a pas à connaître des litiges opposant des emprunteurs assurés à la CNP, à l'UAP ou au Gan, dotés de leur propre médiateur*» (trois entreprises leaders sur le marché des assurances emprunteurs), *Rapport annuel, F.F.S.A., 1994-1995, p.17.*

de perte d'emploi. Le contrat auquel l'emprunteur adhère est souscrit par l'établissement de crédit pour le compte de ses clients³⁴⁶. Les conditions de souscription du contrat n'encourage pas l'emprunteur à se soucier du contenu de la garantie. Dans la majorité des cas, il accepte cette garantie, comme une formalité accessoire au prêt, sans l'avoir désirée, ni comprise³⁴⁷.

52. Les difficultés résultent à la fois de la relation tripartite entre l'assureur, le banquier et l'emprunteur et du fait qu'il s'agit d'une garantie accessoire à un contrat de prêt délivrée par un non-professionnel de l'assurance. L'intermédiaire bancaire ayant pour seul but de vendre un crédit et la souscription de la garantie emprunteur intervenant toujours à la fin des négociations, l'information sur la garantie emprunteur est généralement succincte, voire inexistante³⁴⁸. Or, lorsque le sinistre survient, il est parfois difficile pour les assurés d'admettre que l'assureur ne répond pas d'un défaut d'information et de conseil du souscripteur. En effet, compte tenu de l'imbrication étroite de l'assurance et du crédit, c'est le souscripteur lui-même qui encoure sa responsabilité à l'égard de l'assuré-emprunteur³⁴⁹. Dès lors, les établissements de crédit étant étrangers au système de médiation des assureurs, le médiateur d'assurance ne pourra être d'aucun secours.

53. Il faut également relever les difficultés liées au questionnaire de santé³⁵⁰ qui est aussi au centre des litiges, avec le problème des fausses déclarations³⁵¹. En effet, «la majorité des litiges traités par les médiateurs de la CNP, de l'UAP et du Gan, comme par le médiateur de la F.F.S.A., (...) trouvent leur origine dans une déclaration de risque incomplète ou erronée, mais pas nécessairement frauduleuse»³⁵². Or, même si l'assuré de bonne foi parvient à accéder au médiateur, ce recours ne peut être que limité dans son efficacité. En effet, ces dossiers sont très souvent difficiles à gérer en raison de l'impossibilité de «demander à l'établissement

³⁴⁶ Voir A. QUIBEUF, «Les évolutions de l'assurance emprunteur», *Risques*, n°33, Janvier-mars 1998, p.47.

³⁴⁷ E. MILLOT, «Le mélange des genres conduit aux litiges», *L'Assurance Française*, n°725, octobre 1996, p.14.

³⁴⁸ La Commission des clauses abusives, dans sa «Recommandation n°90-01 du 10 novembre 1989 relative à l'assurance liée à une opération de crédit», a reconnu les limites de compétence des intermédiaires bancaires dans la délivrance de la garantie emprunteur : «Considérant que le consommateur (...) n'est généralement pas en contact direct avec l'assureur, mais seulement avec les préposés du prêteur (...), ces derniers n'étant pas forcément les plus qualifiés pour l'informer complètement et exactement sur l'assurance», *B.O.C.C.*, 28 août 1990, *R.G.A.T.*, n°4, 1990, p.747.

³⁴⁹ Il s'agit là d'une dérogation. En effet, dans l'assurance de groupe, le législateur a précisé que le souscripteur agit en qualité de mandataire de l'assureur. L'article 5 de la loi n°94-679 du 8 août 1994, visant à améliorer la protection des adhérents a, en effet, introduit dans le Code des assurances, un article L.140-6 selon lequel «le souscripteur est, tant pour les adhésions au contrat que pour l'exécution de celui-ci, réputé agir à l'égard de l'adhérent, de l'assuré et du bénéficiaire, en tant que mandataire de l'entreprise d'assurance auprès de laquelle le contrat a été souscrit (...)». Or cette disposition ne s'applique pas aux contrats garantissant les prêts accordés par les établissements de crédit. Voir Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, Dalloz, 10ème éd°, n°920, p.709.

³⁵⁰ En matière de crédit à la consommation, il s'agit d'une brève déclaration préredigée par laquelle l'emprunteur confirme ou infirme ne pas être soumis à un traitement médical régulier, n'avoir eu ni arrêt de travail d'une durée supérieure à x mois, ni intervention chirurgicale au cours des y dernières années.

³⁵¹ Il faut préciser que l'article L.113-8 du Code des assurances sanctionne la fausse déclaration intentionnelle par la nullité du contrat. En revanche, l'article L.113-9 du Code des assurances prévoit que l'omission ou la déclaration inexacte de la part de l'assuré, dont la mauvaise foi n'est pas établie, entraîne l'application de la règle proportionnelle.

³⁵² *Rapport annuel, F.F.S.A., 1994-1995*, p.17.

de crédit (...) de coopérer à l'instruction du litige et de participer à la recherche d'une éventuelle solution amiable»³⁵³.

54. A l'occasion d'un débat sur la médiation, cette absence de coopération avait été dénoncée comme «*inacceptable*» par un représentant des consommateurs, qui avait justement fait valoir les potentialités de la médiation en ce domaine³⁵⁴. L'existence d'une procédure de médiation commune aux deux secteurs devrait à ce titre être envisagée. Sans en arriver là, la F.F.S.A. semble affirmer que des progrès, dans le sens d'une coopération, ont été réalisés par le médiateur de l'ASF (Association française des Sociétés Financières) ainsi que par trois banques AFB (Association Française des Banques)³⁵⁵. Cependant, les trois entreprises leaders sur ce marché, ayant leur propre médiateur³⁵⁶, cette coopération présente un caractère marginal.

55. Par ailleurs «*les assureurs "épinglés" par les médiateurs ne suivent pas les avis rendus, arguant d'une clause de participation bénéficiaire avec le banquier qui leur interdit de décider seuls*»³⁵⁷. Dès lors, l'impuissance de la médiation en ce domaine est bien à déplorer.

Conclusion :

56. Contrairement à ce qu'il peut ressortir de cette étude, la médiation bénéficie en général d'une image très positive. Sa réputation n'est plus à faire : elle serait de nature à accélérer le règlement des petits litiges et à désencombrer les tribunaux. A ce titre, la médiation pourrait constituer une réponse à la résolution de ces litiges qui constituent un problème majeur pour les consommateurs. Toutefois, son impact ne pourrait être que limité compte tenu des possibilités d'accès au médiateur. En conséquence, finalement les critiques que l'on peut adresser à la médiation sont moins liées au médiateur lui-même qu'au système de médiation tel qu'il a été conçu et tel qu'il est contrôlé par les assureurs.

57. L'instauration de la médiation par les professionnels de l'assurance a pour principale fonction d'améliorer l'image des assureurs³⁵⁸. C'est un «*instrument irremplaçable de promotion et de valorisation de l'assurance*»³⁵⁹ qui encourage naturellement la profession à ne présenter que la partie émergée du système³⁶⁰. En effet, les propos tenus par les assureurs sur l'intérêt de la médiation, confrontés à l'examen de son fonctionnement, révèlent un décalage évident. Dès lors, à l'issue de cette étude, nous ne pouvons qu'adhérer au constat selon lequel «*sous le vernis des bonnes intentions se cach(ent) des pratiques diversifiées dans lesquelles on p(eut)*

³⁵³ loc.cit.

³⁵⁴ *Les entretiens de l'assurance, Actes, 1994*, p.151.

³⁵⁵ Sur les médiateurs bancaires, voir l'article de L. BOCCARA, «Les médiateurs bancaires ont des difficultés à s'imposer», *Le Monde*, 26-27 Novembre 2000, p.17.

³⁵⁶ Voir supra, note 97.

³⁵⁷ P. BAYLAC-MARTRES, *La médiation dans l'assurance*, Rapport précité, p.103.

³⁵⁸ Dès l'origine, cette fonction a été présentée comme essentielle au point que certains déclaraient qu'«*une mission réelle devra lui être assignée, autre que celle de satisfaire la bonne conscience des assureurs, mission qui prévaut aujourd'hui*», *Les entretiens de l'assurance*, op.cit., p.150.

³⁵⁹ J. LANDEL et H. MARGEAT, «La médiation dans l'assurance», *Risques*, n°7, septembre 1991, p.103. «*L'installation d'un médiateur est apparemment conçue - et perçue - comme un élément de la politique commerciale de l'assureur ou du groupe d'assurances qui l'a désigné*», in «Modes de règlement non contentieux des indemnités d'assurance», B. VIRET, R.G.A.T., 1991, n°4, p.996

³⁶⁰ N. MARTIN, op.cit., p.174.

légitimement douter de la place occupée par l'intérêt des consommateurs. (...) il semble que les entreprises concernées, comme les organisations professionnelles, aient (...) réagi à une mode de la médiation en espérant exploiter le capital de sympathie que peut susciter ce type d'initiative»³⁶¹.

58. La variété des «*circuits de dérivation du contentieux*»³⁶² en matière d'assurance ne doit pas faire oublier leur finalité commune : renforcer l'emprise des sociétés d'assurance sur le processus de règlement des sinistres. Ainsi, la médiation s'inscrit incontestablement comme un nouveau maillon destiné à éviter le juge³⁶³ pour mieux évincer le droit. Il s'agit d'une nouvelle initiative visant à enclaver les problèmes d'assurance dans des procédures d'assureurs. Déjà maîtres en la matière par le biais des conventions inter-compagnies, des transactions ou encore de l'assurance protection juridique, les assureurs confirment, avec la médiation, leur volonté d'autorégulation. L'ensemble des techniques extra-judiciaires, suscitées par les impératifs financiers des assureurs - et non par une sorte de vocation philanthropique -, ont certes réduit le contentieux en matière d'assurance. Mais le risque d'une telle déjudiciarisation est qu'elle favorise le retrait de la logique juridique au profit de la logique économique et gestionnaire de l'assurance aujourd'hui tentaculaire³⁶⁴.

³⁶¹ E. CAMOUS, *Règlements non-judiccionnels des litiges de la consommation, (Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits)*, Thèse précitée, n°475, p.322.

³⁶² B. REMICHE, «La crise du contentieux économique», *R.I.E.J.*, 1984-12, p.109 et s.

³⁶³ Voir S. GUINCHARD, «L'évitement du juge civil» in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de G. J. MARTIN, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1998, p.221 et s.

³⁶⁴ Eu égard à l'importance prise par la médiation en Grande-Bretagne, un magistrat a déclaré que «*les sociétés d'assurances avaient créé leur propre système, par lequel elles sont leurs propres juges, leurs propres avocats, leurs propres jurys, pour défendre leurs propres intérêts*», *Les entretiens de l'assurance*, op.cit., p.154.

Réflexions sur les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) dans le commerce électronique

Fabrice SIIRIAINEN

Maître de conférences à la Faculté de droit de Nice Sophia Antipolis

CREDECO

Objets d'un vif mais relativement récent intérêt de la pratique, du législateur et de la doctrine, les modes alternatifs de résolution des conflits (MARC)³⁶⁵ commencent seulement à livrer toutes leurs virtualités.....

Parmi ces virtualités, qui n'en sont d'ailleurs plus tellement aujourd'hui à en croire la floraison de sites opérationnels vendant des services de M.A.R.C sur internet³⁶⁶, figurent les possibilités d'utilisation de ces modes de règlement des litiges dans le cadre du commerce électronique, notamment par des systèmes de MARC « en ligne », c'est-à-dire par des processus de médiation ou de conciliation utilisant les ressources des nouvelles technologies de l'information et de la communication et qui permettent de résoudre un différend depuis un poste d'ordinateur sur le réseau internet.

Immédiatement, l'association entre les M.A.R.C. et le commerce électronique soulève deux interrogations : pourquoi et comment ? Autrement dit, pourquoi s'agirait-il de recourir aux M.A.R.C. dans le cadre du commerce électronique et dans quelle mesure un tel recours serait-il rendu possible ? Et que changerait-il par rapport aux processus de M.A.R.C. plus traditionnels ? Les M.A.R.C. sont-ils adaptés au commerce électronique et sont-ils adaptables à celui-ci, peut-être au prix d'une certaine spécificité ?

En réalité, ces questions sont intrinsèquement liées, même si elles peuvent être conçues et pensées de manière autonome³⁶⁷. Ainsi, il semble bien que les MARC « en ligne » soient perçus comme le mode de mise en œuvre presque naturel du règlement des litiges, notamment de consommation, dans le cadre du commerce électronique, dès lors qu'ils en partagent les technologies, la forme, voire même en épousent l'essence³⁶⁸.

³⁶⁵ Au sens de médiation et de conciliation dans le cadre de la présente étude.

³⁶⁶ Le marché du service de M.A.R.C. sur internet n'a, en tout cas, lui, rien de virtuel !

³⁶⁷ En ce sens que le recours aux MARC dans le commerce électronique peut s'effectuer à travers des processus autres que « en ligne » et que, inversement, des MARC « en ligne » peuvent être pratiqués pour régler des litiges autres que ceux issus du commerce électronique. Ainsi, l'offre de services de MARC disponible sur internet vise-t-elle souvent à s'appliquer aussi bien aux litiges nés du commerce électronique, qu'aux autres litiges.

³⁶⁸ Cf. infra.

Ce moyen de communication, vecteur du commerce électronique, qu'est l'internet, est en effet en train de bouleverser considérablement les notions d'espace et de temps sur lesquelles reposait jusqu'à présent notre système juridique. Le resserrement du temps dans l'instantanéité et de l'espace dans l'accessibilité universelle depuis « chez-soi » appellent à repenser le temps du droit, de même que l'application territoriale des règles juridiques, ce qui ne va pas sans interpeller la question de la résolution des litiges.

La question générale du caractère approprié au commerce électronique des M.A.R.C. doit cependant être distinguée de la question de la spécificité de ces mêmes modes de règlement des conflits lorsqu'ils sont exercés « en ligne ». En effet, si une chose est de se demander si les M.A.R.C. sont les modes de résolution les plus appropriés au commerce électronique, une autre chose est de s'interroger quant à l'existence d'un caractère spécifique de ces MARC lorsqu'ils ont lieu « en ligne ».

1) Liens entre les M.A.R.C. et le commerce électronique

Les M.A.R.C., et notamment les M.A.R.C. en ligne, sont presque unanimement préconisés pour la résolution des litiges nés du commerce électronique, par préférence à une solution judiciaire de ce type de litiges. Il faut en conséquence s'interroger sur les causes d'un tel succès des M.A.R.C. dans le commerce électronique, alors même qu'en pratique on dispose de relativement peu d'informations sur les résultats des expériences de M.A.R.C. dans le domaine du commerce électronique. Rappelons que les principaux sites procédant à des M.A.R.C. en ligne fonctionnent pour l'heure à titre expérimental : ils sont pour certains liés à des instituts ou laboratoires de recherches d'Universités, pour la plupart Nord-américaines, lesquelles diffusent relativement peu les résultats des expériences (recherches) en cours. Il semble en conséquence que l'engouement actuel pour les M.A.R.C. dans le commerce électronique ne soit fondé que sur des attentes. Quant à leur efficacité, elle reste à démontrer. Il est ainsi légitimement possible de penser *a priori* que les M.A.R.C., notamment en ligne, sont couramment préconisés dans le cadre du commerce électronique pour des raisons pratiques qui tiennent à leur souplesse et leur caractère adapté aux contraintes et caractéristiques du commerce électronique (A), et pour des raisons théoriques qui tiennent dans une convergence de leur nature juridique avec la vision contractuelle et privée qui domine actuellement le réseau des réseaux : internet (B).

A) Les causes pratiques de l'essor des M.A.R.C. dans le commerce électronique

Alors qu'une grande partie de la doctrine juridique des pays d'Europe a pu, un temps, contrairement à la doctrine Nord-américaine, considérer que le recours aux M.A.R.C est, de manière générale, quelque peu inutile³⁶⁹, avant d'en découvrir récemment toutes les vertus réelles et supposées, l'unanimité semble en revanche s'être spontanément et immédiatement dégagée autour de la nécessité du recours au M.A.R.C. conventionnels dans le cadre du commerce électronique. La lecture des divers textes législatifs ou réglementaires, avis, recommandations, études, projets... dans le domaine du commerce électronique est édifiante quant à la convergence des

³⁶⁹ En ce sens, C. Bühring – Uhle, Arbitration and mediation in International Business, Kluwer Law International, 1996, p. 331.

opinions relativement à cette question, à tel point qu'il ne paraît pas exister d'opinion divergente, voire simplement critique sur les liens entre ces M.A.R.C. et le commerce électronique. Le consensus verse presque dans la pensée unique !

A titre d'exemple, parmi de nombreuses autres illustrations, la directive CE n° 2000-31 du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur³⁷⁰, contient un article 17³⁷¹ qui préconise un règlement extrajudiciaire des litiges du commerce électronique, « *y compris par des moyens électroniques appropriés* »³⁷². Dans le même sens, l'article 29-ter de la proposition de directive sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information envisage l'étude en coopération entre la Commission et les Etats membres de nouvelles voies de règlement des différends en matière de droit d'auteur et de droits voisins³⁷³. Les lignes directrices de l'OCDE pour les transactions avec des consommateurs dans le cadre du commerce électronique préconisent un recours généralisé aux M.A.R.C. Les travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé encouragent les M.A.R.C. et particulièrement « *le développement de règlements des différends en ligne et de standards de procédure pertinents pour cette nouvelle méthode de règlement des différends* »³⁷⁴. Quant aux institutions regroupant des professionnels du commerce électronique ou du droit, elles se prononcent toutes également en faveur du recours aux M.A.R.C. dans le cadre du commerce électronique³⁷⁵.

Les raisons de cette convergence des points de vue sur le règlement des litiges dans le cadre du commerce électronique sont connues et un rapide « inventaire » suffira à les rappeler (a). En revanche, une réflexion, même brève, sur la portée possible d'un recours généralisé à ces M.A.R.C. dans le cadre des litiges de consommation du commerce électronique peut s'avérer utile, ne serait-ce que pour porter un peu d'ombre (salutaire ?) sur la radieuse clarté de l'évidence ! (b)

³⁷⁰ JOCE L. 178, 17 juillet 2000, p. 1. La Commission Européenne a d'ailleurs organisé un groupe de travail autour de ces questions dont les résultats sont disponibles à l'adresse suivante : <http://dsa-isis.jrc.it/ADR/workshop.html>.

³⁷¹ Cf. également les considérants 51 et 52 du texte.

³⁷² Article 17 1) : « Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes extrajudiciaires pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés ».

³⁷³ Position commune arrêtée le 28 septembre 2000, document 9512/00, JOCE C 344 du 1^{er} décembre 2000, p. 1.

³⁷⁴ Communiqué de presse, Table ronde de Genève sur le commerce électronique et le droit international privé, <http://www.hcch.net>. Cf. également le rapport des travaux d'Ottawa, 28 février au 1^{er} mars 2000, sur le commerce électronique et la compétence juridictionnelle internationale, doc. Prél. n° 12, août 2000.

³⁷⁵ Cf. par exemple, le Groupe de travail cyberspace créé en 1998 par l'American Bar association, dont le rapport « Transnational issues in cyberspace : a project on the law relating to jurisdiction » est disponible à l'adresse : www.kentlaw.edu/cyberlaw/. Cf. également la position des grandes entreprises dans le cadre du Global Business Dialogue on electronic commerce (GBDe), in J. Huet, Commerce électronique : loi applicable et règlement des litiges, JCP éd. E, n° 41, 14 octobre 1999, actualité, p. 1601. Pour un panel des textes, rapports, avis et autres initiatives en cette matière, cf. la « library » sur le site de l'Online Ombuds Office : <http://www.ombuds.org>. ainsi que le rapport de A. Vahrenwald : « Out-of-court dispute settlement systems for e-commerce. Report on legal issues. Part III : Types of Out-of-Court Dispute Settlement, 29 mai 2000, p. 33, qui fait référence aux travaux de la Chambre Internationale de Commerce, de l'OCDE et de l'OMPI, disponible à l'adresse : <http://dsa-isis.jrc.it/ADR>

a) L' « inventaire » est connu : les M.A.R.C. sont adaptés à un internet dans lequel le temps et la territorialité du droit sont bouleversés. Ce qui fait l'un des attraits majeurs du commerce électronique, le gain de temps et l'abolition de l'espace géographique, impose de repenser un système juridique fondé, concernant les droits substantiels comme le droit processuel, sur la territorialité et dans lequel le facteur temps est essentiel³⁷⁶. A cet égard, parce qu'ils permettent de rapprocher – sans avoir à se déplacer ! – des parties à un contrat du commerce électronique souvent très éloignées géographiquement en vue de résoudre rapidement un litige – transmission électronique des documents, envoi et réception des pièces quasiment instantanés...- , les M.A.R.C. en ligne apparaissent tout naturellement comme le mode de résolution le plus approprié au commerce électronique. Si l'on ajoute à cela que par leur essence contractuelle, voire consensuelle, ces M.A.R.C. permettent d'arriver à une solution sans avoir à résoudre le problème de la loi applicable à un litige, ou encore celui de la compétence juridictionnelle, et sans encourir pour les parties les aléas d'un procès qui peut s'avérer long et coûteux devant un tribunal étranger, on comprend à quel point les M.A.R.C. sont un outil séduisant. Dans le domaine du commerce électronique où, pour l'heure, la confiance est au centre de toutes les préoccupations des acteurs, les M.A.R.C. en ligne permettent de garantir aux consommateurs une possibilité de solution simple et souple pour leurs litiges avec les commerçants, alors que l'absence de confiance dans un système juridique étranger, qui n'a d'ailleurs pas forcément vocation à s'appliquer, constitue à leur égard un véritable frein à la conclusion d'actes juridiques, et donc au commerce électronique.

b) Pourtant, derrière l'apparente évidence des arguments avancés en faveur du recours à ces M.A.R.C. dans le cadre du commerce électronique, se profilent des motifs d'inquiétude ou, au moins, des facteurs de doute. En effet, la réflexion porte fort peu sur les liens existant entre ces M.A.R.C. et les droits substantiels notamment des consommateurs, et plus exactement sur l'incidence des premiers sur les seconds³⁷⁷. S'il est souvent avancé, à juste titre au demeurant, que les M.A.R.C. favorisent, facilitent, les recours des consommateurs contre les commerçants, notamment dans le cadre du commerce électronique, il est en revanche peu suggéré ou simplement évoqué que par ce moyen, les commerçants puissent faire échec aux droits substantiels des consommateurs dans le cadre d'une solution négociée des litiges. Un tel risque de dérive procéderait ainsi notamment de l'ignorance dans laquelle se trouve la plupart des consommateurs des dispositions protectrices du droit de la consommation, ignorance qui les conduirait à ne pas les invoquer devant le médiateur ou le conciliateur. Certes, le médiateur ou le conciliateur pourrait tenir compte des dispositions protectrices des consommateurs dans sa mission³⁷⁸. Mais raisonner ainsi revient à postuler une compétence des médiateurs dans le domaine du droit de la consommation applicable au litige, ce qui implique de sa part, semble-t-

³⁷⁶ Sur le temps dans le droit, ou le temps du droit, et la territorialité du droit, cf. J-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e éd., 1999, p. 109 et s. ; cf. également, F. Ost, *Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information*, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et société 1998, p. 423 et s.

³⁷⁷ Sur cette question, cf. E. Camous, *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation (Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits)*, Thèse Nice, 2000.

³⁷⁸ Si l'on admet que le médiateur doit faire preuve d'indépendance, d'impartialité, de neutralité, d'objectivité, d'équité et de justice, en ce sens, C. Jarrosson, *Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale*, RIDC, 2, 1997, p. 325 et s. et part. p. 339.

il, une connaissance supplémentaire du droit international conventionnel ou privé, ce qui peut sembler pour le moins illusoire compte tenu de la rapidité recherchée, et quelque peu contraire à la nature de la procédure.

De plus, ce type de dérive est accentué par les propositions de certaines institutions qui visent à promouvoir la création de « services clientèle » par les professionnels, à même de prendre en charge la résolution en ligne de ce type de litige³⁷⁹. Les litiges examinés par ces « services clientèle » pourraient faire l'objet d'un traitement purement économique, c'est-à-dire aboutissant à une solution favorable au commerçant au terme d'un bilan coût-avantage à l'égard de ce dernier. Et les diverses chartes et codes de bonne conduite par lesquels les milieux professionnels proposent d'encadrer ces M.A.R.C., particulièrement dans le contexte du règlement des litiges en ligne³⁸⁰ ne feraient que substituer à un droit d'ordre public, le droit de la consommation, un droit « mou », caractérisé tant par l'imprécision de ses concepts que par sa faible « juridicité »³⁸¹. Enfin, l'absence de publication, ou plus généralement de « publicité » des litiges résolus dans le cadre de ces M.A.R.C. signifie purement et simplement qu'une grande partie des pratiques illégales de certains professionnels mal intentionnés (clauses abusives par exemple) sera de cette façon totalement préservée d'une sanction du juge étatique, la seule qui puisse avoir une répercussion d'ordre collectif sur une pratique³⁸². Il faut toutefois se garder de penser que ce type de résolution des conflits exclut les recours à caractère juridictionnel. Si une grande partie des litiges, ceux de très faible importance, donnera lieu à un traitement alternatif, certains aboutiront à une action en justice³⁸³. Les textes et études encourageant le recours aux M.A.R.C. dans le cadre du commerce électronique envisagent d'ailleurs tous en parallèle la question des recours juridictionnels³⁸⁴. Les M.A.R.C. agissent plutôt comme un filtre interposé entre les pratiques du réseau et les droits étatiques, la sanction étatique des droits subjectifs : seuls certaines affaires arriveront jusqu'au juge judiciaire.... La modicité des enjeux de ce type de litiges, souvent invoquée, ne saurait pourtant justifier un frein, un seuil, à l'accès au droit.

Plus fondamentalement, les M.A.R.C. sont promus dans le commerce électronique parce que, du fait de leur nature même, ils s'inscrivent en réalité parfaitement dans le

³⁷⁹ A cet égard, les lignes directrices de l'OCDE pour les transactions avec des consommateurs dans le cadre du commerce électronique prévoient l'intervention de ces « services clientèle » comme un préalable à une véritable procédure de règlement du conflit impliquant un tiers (XIV Dispute Resolution).

³⁸⁰ Cf. par exemple les « Positions finales du GBDe », précité, : « Les industriels, en collaboration avec les gouvernements, doivent promouvoir en ligne les codes de conduite et labels de protection du consommateur qui détaillent ces procédures extra-judiciaires ».

³⁸¹ Sur laquelle, cf. G. Farjat, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, Etudes offertes à B. Goldman, 1982, p. 47 et s. ; *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée*, in *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direct. de G. Martin et J. Clam, LGDJ, 1998, p. 151 et s. ; F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc...* : réflexions sur la dégradation des sources privées du droit, *RTD Civ.*, 1995, p. 509 et s.

³⁸² Cf. toutefois l'article 17 3) de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000, précitée : « Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique ».

³⁸³ Sur l'articulation entre les M.A.R.C. et un recours juridictionnel, cf. *infra*.

³⁸⁴ Cf. par exemple l'article 18 de la directive sur le « commerce électronique » du 8 juin 2000.

cadre d'une vision du réseau d'essence contractuelle et privée, « à » et « de » laquelle ils participent activement.

B) M.A.R.C. et vision contractuelle et privée du réseau

Un des maîtres mots de commerce électronique est la régulation³⁸⁵. La coopération préconisée par l'OCDE entre les pouvoirs publics et les pouvoirs privés économiques dans un cadre international, volontaire et consensuel pour le commerce électronique³⁸⁶ n'est rien d'autre que la mise en œuvre de cette régulation. Il ne s'agit pas ici de revenir sur les causes et les formes de cette régulation³⁸⁷, ni même sur les liens entre la régulation et les M.A.R.C en général³⁸⁸. Il faut en revanche souligner la place centrale des M.A.R.C. dans le phénomène de régulation de l'internet³⁸⁹. Ces derniers sont un instrument majeur de régulation de l'internet. Ils permettent en effet d'apporter une solution adaptée aux conflits du commerce électronique³⁹⁰ tout en préservant l'essence contractuelle et privée qui anime et marque le droit du commerce électronique. Cette « essence » du réseau mérite quelques précisions. C'est à travers ses sources que le droit de l'internet, révèle probablement le mieux son essence. A ce titre, les usages revêtent une place majeure, primordiale, parmi ces sources, ainsi que le souligne la doctrine³⁹¹. L'ensemble des études et rapports consacrés au commerce électronique rappelle le rôle des pouvoirs privés dans l'élaboration d'un cadre légal adapté³⁹² par la création et l'adoption d'usages. Le contrat, par sa souplesse, apparaît comme l'instrument privilégié d'élaboration d'un système global de droit du commerce électronique par les acteurs des marchés³⁹³.

³⁸⁵ Sur cette notion, cf. notamment : l'ouvrage « Les transformations de la régulation juridique », sous la direction de G.J. Martin et J. Clam, LGDJ, Collection Droit et société, 1998 ; G. Timsit, « La régulation, naissance d'une notion », in Archipel de la norme, PUF, 1997. Sur l'idée de régulation clairement exprimée et revendiquée dans le cadre du commerce électronique : cf. le programme exécutif (executive summary) de la Maison Blanche sur le commerce électronique <http://www.withehouse.gov/WH/New/commerce/summary.html> ; Cf. également les lignes directrices de l'OCDE pour les transactions avec des consommateurs dans le cadre du commerce électronique, disponibles sur le site internet de l'OCDE/[guidelines.htm](http://www.oecd.org/guidelines.htm).

³⁸⁶ En ce sens, Conférence ministérielle de l'OCDE « Un monde sans frontières : concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial », conclusion de la conférence, 7-9 octobre 1998, Ottawa, Canada.

³⁸⁷ Qui, rappelons-le, est susceptible de revêtir certains degrés divers allant de l'autorégulation pure et simple, sans intervention des pouvoirs publics, à la régulation au sens classique du terme, en passant par la co-régulation au sein d'une instance spécifique prévue à cet effet. Sur la co-régulation, cf. C. Paul, « Du droit et des libertés sur l'internet : la corégulation, contribution française pour une régulation mondiale », La documentation française.

³⁸⁸ Sur lesquels cf. J. B. Racine, Introduction, *supra*.

³⁸⁹ Sur cette idée, cf. notamment le Global Action Plan for Electronic Commerce de la Chambre Internationale de Commerce qui inscrit les M.A.R.C. pleinement dans le phénomène d'autorégulation du commerce électronique, <http://www.iccwbo.org/>.

³⁹⁰ Cf. *supra*.

³⁹¹ Cf. V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », RDAI, n° 5, 1997, p. 547 et s. J. Huet, Réflexions sur les sources du jeune « droit de l'internet », D. 2000, n° 28, point de vue, p. IV.

³⁹² Particulièrement explicite à cet égard, la conclusion de la conférence d'Ottawa de l'OCDE, préc. ou encore le programme exécutif du gouvernement américain sur le cadre pour un commerce électronique global, précité, dont le premier principe se décline ainsi : « The private sector should lead. The internet should develop a market driven arena not a regulated industry. Even where collective action is necessary, governments should encourage industry self-regulation and private sector leadership where possible ». Cf. également l'article 17 1) de la directive « commerce électronique ».

³⁹³ Cf. L. Boy, Les utilités du contrat, P.A. 10 septembre 1997, n° 109, p. 3 et s.

Comme l'écrit G. Farjat, « *la montée du droit contractuel est une conséquence du déplacement des pouvoirs, du public au privé* »³⁹⁴. Il n'est dès lors pas étonnant que les sources du droit de l'internet soient tant imprégnées du contrat ; il n'est pas plus étonnant que les M.A.R.C. conventionnels, d'essence contractuelle, y soient prédominants en matière de résolution des litiges : le juge étatique ne saurait être un acteur de la régulation du réseau en raison des liens qu'il pourrait instaurer avec les droits substantiels étatiques.

A cet égard, si le recours aux M.A.R.C. conventionnels en ligne est couramment préconisé tant par la doctrine que par les professionnels dans le cadre du commerce électronique, il convient toutefois de remarquer que de nombreuses voix se font entendre³⁹⁵ qui pensent qu'il faut privilégier au sein de ces M.A.R.C. en ligne la médiation et la conciliation³⁹⁶ et non pas « *l'arbitrage en tant que tel, qui aboutit à une sentence ayant force obligatoire* »³⁹⁷. Au contraire, la médiation et la conciliation aboutissent à une proposition de solution que les parties sont libres d'accepter ou de refuser. Et si elles l'acceptent, la solution du litige prend la forme d'un contrat, que l'on qualifie selon les cas de protocole d'accord ou de transaction. Là encore, l'efficacité de la mesure tient plus dans son aspect psychologique, et dans sa nature –un accord de volontés et non pas un acte juridictionnel– que dans son caractère technique³⁹⁸ : en effet, « *...il sera difficile, au moins dans un premier temps, vu la dispersion des professionnels qui participent au commerce électronique dans tous les secteurs d'activité et dans de nombreux pays du monde, d'être sûr de l'indépendance et de l'intégrité des personnes désignées pour résoudre les litiges dans des conditions qui ne seront pas toujours transparentes* »³⁹⁹. L'essence contractuelle de ce mode de règlement des litiges qu'est la médiation s'accorde ainsi parfaitement avec l'absence de confiance et l'opacité qui semblent dominer actuellement le réseau internet, et particulièrement pour les litiges de consommation. C'est d'ailleurs pour cette raison que des mesures visant à favoriser la confiance dans les M.A.R.C. en ligne sont un indispensable complément à ceux-ci⁴⁰⁰.

Certaines propositions vont même plus loin qui préconisent le recours obligatoire à ces M.A.R.C. avant toute action en justice⁴⁰¹. Cette dernière position est, à double titre, critiquable : elle s'accorde en premier lieu fort peu avec l'essence contractuelle et volontaire de ce type de mode de règlement des litiges, qui suppose une adhésion d'ordre psychologique des parties au principe même du processus. En second lieu, et surtout, la dérogation au droit commun est trop flagrante pour emporter la conviction : « *la préséance, sauf clause contractuelle contraire, doit rester aux tribunaux étatiques, en qui la confiance n'est généralement pas discutable* »⁴⁰².

³⁹⁴ G. Farjat, Nouvelles technologies et droit économique, RIDE, 1993, p. 163 et s. et part. p. 182.

³⁹⁵ Qui se fondent sur des études empiriques pratiquées auprès des usagers, lesquels préfèrent pour les « petits litiges » notamment de la consommation recourir à la médiation.

³⁹⁶ En ce sens, cf. notamment G. Huet, Commerce électronique : loi applicable et règlement des litiges. Propositions des grandes entreprises (GBDe), JCP, éd. E, 14 octobre 1999, actualité, p. 1601.

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ Caractère technique qui apparaît d'ailleurs plus comme un frein à l'efficacité du processus, au moins pour les consommateurs, cf. infra.

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Cf. infra.

⁴⁰¹ Position finale du GBDe, rapporté in, J. Huet, Commerce électronique..., préc., « Le choix d'une procédure judiciaire devrait intervenir seulement après épuisement des voies de recours extra-judiciaires ».

⁴⁰² Idem.

Toutefois, l'idée même d'une inversion du principe et de l'exception en ce domaine témoigne de l'importance accordée dans le commerce électronique aux solutions d'ordre contractuel, même lorsqu'il s'agit de résolution des litiges. L'acte juridictionnel ne saurait être un instrument de régulation du réseau.

De fait, les processus de recours aux M.A.R.C. en ligne sont exclusivement contractuels, depuis le choix du recours à ce mode de résolution jusqu'à sa conclusion par un protocole d'accord ou une transaction. La même philosophie libérale anime la directive CE sur le commerce électronique qui n'impose aucune obligation aux Etats membres concernant l'établissement et le contrôle des organismes responsables des M.A.R.C. dans le cadre du commerce électronique. Seule une obligation d'encourager ces organismes à adopter des garanties procédurales pour les parties concernées pèse sur Etats membres au terme de l'article 17 2). Les garanties offertes aux parties dans le cadre de ces processus sont actuellement de nature contractuelle, même si la question de l'application des règles de procédure mérite d'être posée⁴⁰³.

Le processus de ces M.A.R.C. repose sur plusieurs contrats. Le premier contrat prévoyant un processus est généralement le contrat liant le cyber-commerçant au cyber-consommateur. Ce contrat peut contenir, par exemple au titre des conditions générales de vente ou de prestation de service, une clause prévoyant, en cas de litige, un processus de médiation ou de conciliation, en général à titre de préalable à un arbitrage ou à une action en justice. Ce contrat peut désigner le médiateur – soit un service du commerçant⁴⁰⁴, soit un organisme tiers spécialisé dans la médiation, et éventuellement certifié à cet égard⁴⁰⁵ - ou prévoir des modalités de désignation par les parties d'un médiateur ; il peut également prévoir les modalités de la médiation. Les principaux organismes de médiation œuvrant sur internet proposent sur leurs sites des clauses types de saisine d'un tiers médiateur en cas de litige, clauses que les commerçants peuvent insérer dans leurs conditions contractuelles, éventuellement après une légère adaptation⁴⁰⁶. Ces clauses renvoient évidemment aux services de médiation...du rédacteur de la clause type. Toutefois, les organismes de médiation sur internet offrent également leurs services même en l'absence de clause du contrat cyber-commerçant/cyberconsommateur. Il suffit alors pour une des parties en litige d'adresser un formulaire de demande de médiation à l'organisme ; celui-ci, ainsi saisi, envoie à son tour un formulaire à l'autre partie en litige pour l'informer de la médiation qui lui est proposée. Si cette partie refuse, la médiation par cet organisme s'arrête à ce stade de la tentative. En cas d'acceptation des services de l'organisme médiateur, les parties vont généralement souscrire un contrat de médiation qui pose les grands principes applicables au processus. A titre d'exemple, le contrat de INTERNET Neutral prévoit l'adhésion des parties à une médiation privée, volontaire, confidentielle et non obligatoire suivant les règles posées par cet organisme –lesdites règles étant elles-mêmes accessibles sur le site et les parties les acceptant expressément par renvoi du contrat de médiation. Ce contrat de médiation prévoit l'intervention d'un médiateur indépendant et impartial qui

⁴⁰³ Cf. par exemple, C. Jarrosson, article préc., p. 339.

⁴⁰⁴ En ce sens, notamment A. Vahrenwald, préc., III° partie, p. 16.

⁴⁰⁵ Cf. infra.

⁴⁰⁶ C'est ainsi que l'organisme INTERNET Neutral (<http://www.internetneutral.com>) conseille aux utilisateurs de ses clauses types de les faire au préalable expertiser par un expert juriste afin de mesurer leur compatibilité avec le droit dont relève le cyber-commerçant.

n'est pas chargé de trancher le litige, mais d'aider les parties à parvenir à un accord. La médiation est confidentielle, et cette confidentialité lie les parties comme le médiateur : aucune révélation faite au cours de la médiation ne pourra être utilisée dans le cadre d'un arbitrage ultérieur ou d'une instance judiciaire à l'encontre de la partie qui l'a faite. Le médiateur ne formule aucun conseil juridique ; il n'existe aucune obligation de résultat pour l'organisme organisateur de la médiation, et cette dernière peut être interrompue à tout moment par l'une ou l'autre des parties en litige. En cas d'accord, il est procédé à la rédaction d'un protocole d'accord entre les parties (et par les parties elles-mêmes, sauf pour elles à demander l'aide du médiateur pour la rédaction de cette convention). Enfin, les parties choisissent les moyens techniques qui seront utilisés dans le cadre du processus⁴⁰⁷.

Les règles de médiation, qui ont une valeur contractuelle soit par incorporation directe dans le contrat de médiation, soit par renvoi expresse de ce dernier à ces règles qui peuvent figurer dans un autre document communiqué au client lequel, doit expressément en avoir pris connaissance, sont propres à chaque organisme de médiation ou conciliation bien que de manière générale on retrouve à quelque détail près les mêmes stipulations d'un organisme à l'autre, ou en tout cas, le même type de principes, même si la formulation peut varier⁴⁰⁸. En toute hypothèse, les mêmes grands principes directeurs gouvernent les M.A.R.C. « hors ligne » et « en ligne ». Certains organismes régissent dans le même règlement un processus « en ligne » et « hors ligne ». Seules certaines modalités techniques de déroulement du processus varient suivant les cas, pour adapter celle-ci à une procédure électronique⁴⁰⁹. On soulignera l'absence dans les règlements de médiation étudiés de toute clause faisant référence à une renonciation par les parties à engager une instance en justice, ou de suspension de celle-ci, pendant le déroulement du processus⁴¹⁰.

Les organismes anglo-saxons de résolution des conflits font généralement référence (et renvoient) dans leur contrat de médiation à des « règles standard de conduite des médiation », et particulièrement à une charte (ou code de conduite) du même nom élaborée entre 1992 et 1994 par un groupe de travail comprenant des représentants de l'American Arbitration Association, de l'American Bar Association et de la Society of professional in dispute resolution⁴¹¹. Ce code de conduite, qui est accompagné de commentaires, prévoit neuf principes devant gouverner l'action des médiateurs : la reconnaissance par le médiateur du recours volontaire par les parties à la médiation (principe dit d'autodétermination) : autrement dit, la médiation est un acte volontaire et peut être abandonnée par une partie à n'importe quel moment ; l'impartialité du médiateur⁴¹² ; l'absence de conflit d'intérêts entre le médiateur et l'une des parties à la médiation ; les compétences du médiateur requises par les

⁴⁰⁷ Cf. infra.

⁴⁰⁸ Sur cette question, cf. de manière générale : M. Van Der Haegen, Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe, RDAI, n° 2, 1996, p. 255 et s. Cf. également les règles de médiation de INTERNET Neutral, sur le site précité. Il est possible également de consulter sur internet les règles de médiation du CPRInstitute ou de l'ICAN.

⁴⁰⁹ Cf. infra.

⁴¹⁰ A l'exception notable du règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine (UDRP), adopté par l'ICANN le 24 octobre 1999, et consultable sur le site : <http://icann.org/udrp/udrp-schedule.htm>. Son article 18 est consacré à l'effet des procédures en cours. Cf. également, sur la nature particulière de cet arbitrage : V. Fauchoux et . Beaurin, Règlements des conflits de noms de domaine : vers l'élaboration d'un droit sui generis, Légipresse, n° 169, mars 2000, p. 15.

⁴¹¹ Ce code de conduite est notamment consultable sur le site de INTERNET Neutral, précité.

⁴¹² Ce qui implique pour lui l'obligation de démissionner s'il cesse d'être impartial.

parties pour répondre à leurs attentes raisonnables⁴¹³ ; La confidentialité du médiateur⁴¹⁴ ; la conduite de la médiation par le médiateur avec loyauté, diligence et en conformité avec le principe d'autodétermination des parties⁴¹⁵ ; la sincérité de la publicité (de la promotion) des organismes de médiation⁴¹⁶ ; la transparence tarifaire de la médiation⁴¹⁷ ; enfin l'obligation pour les médiateurs de mettre leur compétence au service du public, de rendre la médiation accessible et de procéder à de la formation continue.

Ce code exprime dans son introduction sa vocation à devenir un standard gouvernant l'ensemble des processus de médiation, quel que soit leur type⁴¹⁸. Sa vocation de norme générale et abstraite est évidente, malgré son origine purement privée. Tout se passe également comme si ce code de conduite jouait au demeurant le rôle d'une certification purement privée et dont la valeur reposerait seulement sur la notoriété des organismes qui sont à l'origine de sa rédaction. On remarquera que le principe du contradictoire ne figure pas parmi les principes du code. Il est possible de penser, à l'instar d'autres auteurs⁴¹⁹, que du fait de la nature contractuelle des M.A.R.C., ce principe fondamental de l'instance n'a pas vocation à s'appliquer, le principe de loyauté, qui recouvre l'exécution de bonne foi ou l'équilibre entre les parties, principes généraux du droit des contrats, pouvant en revanche lui être substitué avec les mêmes effets et la même légitimité: la recherche de la justice⁴²⁰. On pourra regretter de trouver ces principes formulés dans un code de conduite dont la juridicité est variable⁴²¹. Toutefois, ce code de conduite s'inscrit pleinement dans la logique de régulation qui gouverne le droit du commerce électronique : la directive sur le commerce électronique⁴²² encourage et incite dans son article 16 à l'édition de codes de conduite dans ce domaine ; et il y a fort à parier que les principes de ce code acquerront rapidement une pleine juridicité du fait du renvoi qui sera fait au code dans des contrats types, renvoi qui deviendra probablement lui-même un usage du commerce électronique....⁴²³.

De manière générale, il n'est pas exclu que certains principes fondamentaux gouvernant l'instance, comme le principe du contradictoire, puissent investir les M.A.R.C. par des voies détournées : ainsi, en matière de droit de la consommation,

⁴¹³ Les parties doivent être informées de la qualification, l'expérience professionnelle et la formation du médiateur.

⁴¹⁴ Laquelle donne lieu entre autres à une discussion préalable entre chaque partie et le médiateur sur cette question en cas de rencontres non contradictoires avec le médiateur.

⁴¹⁵ Le médiateur doit notamment encourager le respect mutuel entre les parties.

⁴¹⁶ Ce qui implique la prohibition par le code de d'une garantie de résultat.

⁴¹⁷ Les critères d'évaluation du prix de la prestation sont les suivants : service fourni, type et complexité de la matière, expérience du médiateur, temps requis et prix couramment pratiqués dans le secteur. Pour une idée des tarifs, cf. par exemple le site INTERNET Neutral, précité, « How Much Will This Cost ? ».

⁴¹⁸ Pour une taxonomie des formes de médiation, et plus généralement des M.A.R.C., cf. notamment : J.C. Goldsmith, Les modes de règlement amiable des différends (RAD), RDAI, n° 2, 1996, p. 221 et s.

⁴¹⁹ C. Jarrosson, M.A.R.C., Théorie générale des M.A.R.C., Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?, Revue Justices..... Cf. également J.B. Racine, Les garanties de loyauté dans les M.A.R.C., in cet ouvrage ; comp. avec X. Lagarde, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, Revue de l'arbitrage, 2000, n° 3, p. 377 et s.

⁴²⁰ C. Jarrosson, Idem.

⁴²¹ Cependant, la référence expresse faite par le contrat de médiation à ce code juridicise celui-ci.

⁴²² N° 2000-31 du 8 juin 2000, précitée.

⁴²³ En ce sens, E. A. Caprioli, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, Revue de l'arbitrage 1999, n° 2, p. 225 et s. et part. p. 245.

le recommandation de la commission du 30 mars 1998⁴²⁴ concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation pourrait s'appliquer dans le cadre du commerce électronique. On rappellera que cette recommandation incite à l'application des principes suivants : indépendance, transparence, contradictoire, efficacité, légalité, liberté, représentation. Et l'article 17 2° de la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000 dispose que « Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées ». Ainsi, le principe du contradictoire pourrait-il venir un jour s'appliquer aux M.A.R.C. par le biais...du droit de la consommation !

L'un des enjeux des M.A.R.C. dans le cadre du commerce électronique provient de l'absolue nécessité d'instaurer une confiance des internautes⁴²⁵. Dès lors, des codes de bonne conduite ou des chartes, de même que des certifications des organismes pratiquant les M.A.R.C. ou des sites recourant à leurs services⁴²⁶, viennent inspirer aux contractants, qui ne se connaissent généralement pas, un gage d'exécution de leur(s) convention(s). A titre d'exemple, le « Cybertribunal », organisme d'arbitrage et de médiation sur internet (aujourd'hui disparu), offrait notamment aux exploitants de sites web la possibilité de se voir délivrer par lui un certificat numérique (« sceau de certification »), qui pouvait ensuite être affiché par cette personne sur son site. Le sceau garantissait aux internautes que le site s'engageait à respecter les procédures du Cybertribunal pour résoudre les litiges. Ce sceau était attribué suivant une politique de certification propre à l'organisme et qui reposait sur le respect d'un code de conduite du « cyber-commerçant ». Le Cybertribunal était ainsi en mesure de détenir une liste des sites certifiés et des sites révoqués de son sceau de certification, liste tenue à la disposition du public⁴²⁷.

Les M.A.R.C, dans le commerce électronique, peut-être plus qu'ailleurs, reposent essentiellement sur la confiance et procèdent paradoxalement d'une absence de confiance au sein du réseau. Destinés à rétablir cette confiance, ils participent pleinement du phénomène de régulation du commerce électronique, dont ils sont un outil majeur qui permet un exercice effectif, une « réalisation » même en cas de litige, des droits contractuels des cyber-consommateurs, tout en reléguant au second plan toute idée de sanction par un juge ou un droit étatique. En ce sens, ils s'inscrivent et participent pleinement d'une vision contractuelle et privée du réseau.

Peut-être sommes-nous à l'aube d'un ordre juridique nouveau, au sein du système juridique, ordre né de l'étroite imbrication entre les contrats types, les codes de

⁴²⁴ JOCE n° L 115 du 17 avril 1998; sur cette recommandation, cf. J. Laffineur, premiers commentaires critiques, *Revue Européenne de droit de la consommation*, 1999 – 401.

⁴²⁵ En ce sens, C. E. Hart, *Prévention et règlement virtuel des différends reliés au commerce électronique*, in *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada*; E. A. Caprioli, *Sécurité et confiance dans le commerce électronique*, JCP ed. Gle, I, 123, doctrine. Cet auteur écrit que « Sécurité et confiance constituent les deux éléments essentiels du commerce électronique », in *Arbitrage et médiation dans le commerce électronique*, préc. p. 243. E. Barbry, *Le droit du commerce électronique : de la protection...à la confiance*, *Droit de l'informatique & des télécoms*, 1998/2, p. 14 et s.

⁴²⁶ Certification provenant soit de l'organisme procurant un service de M.A.R.C. lui-même soit d'un tiers certificateur.

⁴²⁷ E. A. Caprioli, *Arbitrage et médiation...*, préc., p. 244.

conduite et les sceaux de certification : un ordre privé, contractuel et éthique reposant sur la confiance. Reste à évaluer si les M.A.R.C. pratiqués « en ligne », au sein de cet « ordre nouveau », revêtent une quelconque spécificité par rapport aux M.A.R.C. exécutés « hors ligne ».

II) La spécificité des M.A.R.C. « en ligne » ?

Bien qu'ils soient parfois présentés comme une alternative aux M.A.R.C. « hors ligne »⁴²⁸, il n'est pas évident que les M.A.R.C. « en ligne » présentent une réelle spécificité par rapport à leurs homologues « hors ligne ». Leur nature reste contractuelle et, nous l'avons souligné, les règlements de médiation des organismes qui les pratiquent diffèrent peu des règlements des organismes qui pratiquent des modes classiques de M.A.R.C. Dès lors, si la différence entre ces deux catégories consiste simplement dans l'emploi par les M.A.R.C. « en ligne » des nouvelles technologies de l'information et de la communication, et réside donc essentiellement dans le contexte électronique et virtuel dans lequel ils s'inscrivent, il n'est pas possible de parler de véritable spécificité, mais plutôt d'adaptation des M.A.R.C. à l'environnement numérique (A). En réalité, l'essor des M.A.R.C. en ligne paraît se traduire pleinement dans l'apparition d'un système global de résolution des conflits (B).

A) L'adaptation des M.A.R.C. à l'environnement électronique

On peut dater l'apparition de M.A.R.C. en ligne au tout début des années 1990, sur l'initiative d'Universités Nord-américaines. Entre 1995 et 1998, plusieurs organismes et Universités ont travaillé sur des projets destinés à aider les usagers à résoudre leurs litiges concernant la propriété intellectuelle ou des prestataires de services sur internet, sur l'initiative d'avocats spécialistes du droit des nouvelles technologies. Depuis 1999, on assiste à une multiplication des initiatives de M.A.R.C. en ligne par des entreprises, notamment en raison de l'expansion du commerce électronique depuis cette date⁴²⁹. Certains projets ont été largement médiatisés. Ainsi en est-il du fameux Cybertribunal⁴³⁰, qui a été créé à l'initiative du Centre de Recherches en Droit Public de l'Université de Montréal, mais qui cessé d'exister à ce jour et est remplacé par le projet E-resolution. On peut citer également le magistrat virtuel⁴³¹ ou le bureau de l'ombudsman virtuel⁴³², ou encore le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI chargé d'assurer le règlement des litiges sur les attributions de noms de domaine⁴³³, à l'instar des trois autres organismes habilités par l'ICANN⁴³⁴ pour

⁴²⁸ Ainsi, certains auteurs n'hésitent-ils pas à voir dans ces M.A.R.C. on line une nouvelle forme d'ADR, cf. en ce sens : E. Kitsch & J. Rifkin, Introduction to Online dispute resolution, consultable sur le site www.ombuds.org. Ces auteurs distinguent les ADR classiques des One line dispute resolution (ODR).

⁴²⁹ Ethan Katsh and Janet Rifkin, Introduction to Online Dispute Resolution, préc.

⁴³⁰ Sur le Cybertribunal, cf. notamment E.A. Caprioli, Arbitrage et médiation..., précité ; C. H. Hart, Prévention et règlement virtuel des différends reliés au commerce électronique, précité ; V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef, Droit du commerce électronique et normes applicables..., précité ; V. Gautrais, K. Benyekhlef et P. Trudel, « Cybermediation et cyberarbitrage : l'exemple du Cybertribunal », DIT, 1998/4, p. 46.

⁴³¹ <http://vmag.vcilp.org>

⁴³² <http://www.ombuds.org>

⁴³³ <http://www.arbiter.wipo.int>

⁴³⁴ Internet Vcorporation for Assigned Names and Numbers.

résoudre ce dernier type de litiges⁴³⁵. Il existe aujourd'hui un grand nombre de centres professionnels de résolution des conflits en ligne et hors ligne qui pratiquent l'arbitrage et/ou la médiation⁴³⁶ (et toutes les variantes et déclinaisons diverses et variées)⁴³⁷. Il ne s'agit pas ici de revenir sur le mode de fonctionnement et les caractéristiques de tel ou tel autre organisme. En revanche, il semble intéressant dans le présent cadre, de souligner certaines particularités de ces M.A.R.C. « en ligne »⁴³⁸ par rapport aux M.A.R.C. « hors ligne ».

Une première caractéristique des M.A.R.C. « en ligne » réside dans les moyens mis en œuvre pour les réaliser.

On l'a déjà souligné, la confiance implique des pratiques de certification soit des sites de commerce électronique, soit des organismes de résolution des conflits. Cette certification, si elle n'est pas « propre » aux M.A.R.C. en ligne, est toutefois rendue plus nécessaire dans le cadre du commerce électronique. Les cyber-commerçants ou les organismes de M.A.R.C. s'engagent ainsi à respecter, à se conformer dans le cadre de leur activité, à des procédures et principes pré-déterminés sous le couvert et sous contrôle d'un sceau de certification. Ces certifications sont payantes et fonctionnent sous forme de licences⁴³⁹ octroyées soit par des organismes commerciaux de certification, soit par des associations de consommateurs ou de commerçants⁴⁴⁰, soit, enfin, par les organismes de M.A.R.C. eux-mêmes dont l'activité est en général elle-même auto-légitimée par la référence à des codes de bonne conduite. La violation des règles souscrites au titre de la certification peut être sanctionnée par le retrait de la licence de certification -quand la certification est le fait d'un tiers- et par l'inscription sur une liste noire tenue à la disposition des internautes⁴⁴¹.

Dans le même esprit, les organismes offrant des services de M.A.R.C. en ligne peuvent proposer à leurs clients des systèmes de garanties sous formes de certificats de sécurité numérique⁴⁴², destinés à sécuriser les transactions et authentifier les parties à ces transactions sur les réseaux ouverts. On connaît bien le protocole SET de certificat numérique en matière de cartes bancaires : il permet une identification numérique du consommateur ou du commerçant et de son autorisation d'utiliser une carte bancaire⁴⁴³. Ce type de certification⁴⁴⁴, qui repose sur certaines

⁴³⁵ Sur cette question, cf. P. de Candé, Conflits de noms de domaine –marques : premières décisions de jurisprudence UDRP, D. 2000, n° 35, p. 537 et s. ; N. Dreyfus-Weill, La procédure en ligne : une solution dans les conflits entre noms de domaine et marques, P.A. 14 mars 2000, n° 52, p. 4 et s. Pour un historique complet sur cette question, cf. le site de l'ICANN, précité.

⁴³⁶ La médiation pouvant apparaître comme un simple préalable à l'arbitrage, comme par exemple dans le cas de l'UDRP.

⁴³⁷ Pour un panel des organismes offrant sur internet des services de M.A.R.C., cf. le site <http://www.ombuds.org>

⁴³⁸ P. Kleve, R.V. de Mulder et J.G.L. van der Wees, « Re-engineering dispute resolution in a EDI-environment », Law, Computers & Artificial Intelligence, vol. 4, n° 1, 1995, p. 25 et s.

⁴³⁹ A. Varhenwald, rapport précité, III° partie, p. 17.

⁴⁴⁰ Sur ces différentes formes de certification, cf. A ; Varhenwald, précité, p. 18.

⁴⁴¹ A. Varhenwald, Idemù.

⁴⁴² Cf. E. A. Caprioli, Sécurité et confiance dans le commerce électronique..., préc., n° 33 : « Le certificat est un message électronique délivré par un tiers de confiance qui a pour fonction d'établir un lien entre une personne physique ou morale dûment identifiée et une paire de clés asymétriques (privée et publique) ».

⁴⁴³ Cf. C. E. Hart, Prévention et règlement virtuel des différends reliés au commerce électronique, préc., p. 6/22.

normes techniques, associée à des moyens de cryptologie⁴⁴⁵, est parfaitement en mesure d'apporter au cyber-consommateur une partie de la confiance nécessaire à un système de M.A.R.C. « en ligne »⁴⁴⁶. On assiste ainsi à une véritable normalisation des processus destinés à fonder la confiance dans le cadre des processus de M.A.R.C., ce qui ne peut évidemment laisser indifférent qui s'intéresse à la valeur juridique de la normalisation⁴⁴⁷ et aux sources du droit, et particulièrement du droit de l'internet : la normalisation technique y tient une place essentielle.

Une autre caractéristique des M.A.R.C. en ligne, et celle-ci est tout-à-fait spécifique, tient au fait que l'ensemble de la procédure est réalisée par voie électronique : envoi de formulaires électroniques pour tous les actes du processus⁴⁴⁸ ; ouverture éventuelle d'un « site de l'affaire en cours » où les pièces sont versées et dont l'accès est réservé aux parties au processus et sécurisé par un code confidentiel ou un système de cryptologie ; enfin, communications et rencontres virtuelles entre les parties et le médiateur par système de e-mail⁴⁴⁹, de chat room⁴⁵⁰, ou de vidéo-conférence⁴⁵¹. Certains organismes proposent deux canaux de communication distincts dans le cadre du processus : un premier pour les conversations privées entre une seule partie et le médiateur, et un second pour les communications pluripartites, c'est-à-dire entre toutes les parties et le médiateur⁴⁵². Plusieurs langues de médiation pourront être employées et proposées aux parties. Les paiements s'effectuent également en ligne. Quant à l'équipement informatique requis de l'utilisateur, il est d'ordre courant.

L'idée a même été avancée que l'intelligence artificielle pourrait, à terme⁴⁵³, venir aider à la prise de décision dans le cadre de ces M.A.R.C.⁴⁵⁴ ; et certains auteurs n'hésitent pas à personnifier (au moins juridiquement) la technologie en y voyant une « partie » à part entière au processus de M.A.R.C., à côté de l'organisme de

⁴⁴⁴ En droit français, la certification par un tiers certificateur est régie par les dispositions des lois n° 94-2 et 94-442 des 3 janvier et 3 juin 1994. La directive CE n° 1999-93 du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE L. 13, 19 janvier 2000, p. 12, organise également une certification (« certificats qualifiés ») par des prestataires de services de certification – cf. notamment annexes I et II. cf. F. Olivier et F. Mascré, Labellisation des sites internet : quel cadre juridique ?, Les Echos, jeudi 12 octobre 2000, p. 75.

⁴⁴⁵ Sur la cryptologie, cf. E.A. Caprioli, sécurité et confiance dans le commerce électronique, préc., n° 14 et s. ; J. Stern, La cryptologie à l'ère de l'informatique, Le Monde, 12 septembre 2000, p. 20.

⁴⁴⁶ Ainsi, l'organisme « eResolution », sous titré « integrity online », fait-t-il référence dans les caractéristiques de son offre de service à la sécurité qui est assurée par un système de cryptologie SSL, couplée à une labellisation du site par un tiers certificateur (Verisign Digital Certificate) qui authentifie que eResolution est un authentique site, et à un système dit de pare-feu.

⁴⁴⁷ Cf. L. Boy : La valeur juridique de la normalisation, in Les transformations de la régulation juridique, préc., p. 183 et s.

⁴⁴⁸ Des schémas complets de processus utilisant des formulaires standardisés ont été proposés, cf. notamment A. Varhenwald, rapport précité, III° partie, n° 4.4.1.

⁴⁴⁹ Utilisé pour l'envoi des documents : sons, images, textes, documents audiovisuels...

⁴⁵⁰ Audience virtuelle, en « présentiel », mais sans image, par des textes.

⁴⁵¹ Audience en « présentiel » (simultané) conjuguant image et son, mais nécessitant un équipement conséquent.

⁴⁵² INTERNET Neutral.

⁴⁵³ Il existe doré et déjà des technologies permettant de concevoir des documents judiciaires ! Cf. L. Karl Branting : « Techniques for automated drafting of judicial documents », International Law and Information Technology, 1998, p. 214 et s.

⁴⁵⁴ A. Varhenwald, rapport précité, III° partie, p. 35.

médiation et des parties en litige!⁴⁵⁵ De fait, l'emploi de la technologie est le caractère prépondérant de ces M.A.R.C. en ligne, du moins si on les compare aux M.A.R.C. plus traditionnels. Ce processus en ligne pose à cet égard plusieurs séries de difficultés qui sont la confidentialité, l'identification et l'intégrité des documents transmis, et plus globalement, la question de la reconnaissance juridique de l'écrit électronique. Quant à la confidentialité, elle semble suffisamment assurée par des systèmes technologiques de cryptologie et de certification qui permettent la mise en œuvre des stipulations contractuelles ou des codes de conduite définissant et organisant cette confidentialité dans le cadre du processus⁴⁵⁶. Quant à la reconnaissance de l'écrit électronique, il suffit de rappeler qu'elle semble en voie de consécration quasi-universelle⁴⁵⁷ en raison de la dématérialisation du commerce international par l'informatisation croissante des transactions commerciales (Electronic Data Interchange –EDI)⁴⁵⁸. Il a toutefois été fait remarqué que la généralisation des écrits électroniques pourrait constituer paradoxalement un obstacle au développement des M.A.R.C. en ligne, l'écrit –même électronique– ajoutant un certain formalisme à une procédure qui se veut surtout non contraignante. L'emploi de l'écrit pourrait également inciter les parties à recourir aux services d'un avocat, ce que les différents règlements de médiation n'excluent d'ailleurs pas, mais que voudraient éviter les promoteurs des M.A.R.C. dans le commerce électronique. Dès lors, il est proposé que les demandes et observations des parties puissent être également formulées par oral⁴⁵⁹. Qui peut le plus, peut le moins....

En revanche, il est inévitable que l'accord auquel aboutira éventuellement le processus sera un écrit électronique. Les règlements délaissent pourtant les questions de la rédaction de ce protocole, de sa transmission aux parties, comme de sa conservation éventuelle⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ E. Kitsch & J. Rifkin, Introduction to Online dispute resolution, consultable sur le site www.ombuds.org

⁴⁵⁶ cf. supra.

⁴⁵⁷ Cf. par exemple, la directive des communautés européennes n° 1999-93 du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, précitée ; la loi du 13 mars 2000 « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », JCP G 2000, III, 20259, D. 2000, légis. p. 187, sur laquelle cf. notamment P.Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, De l'écriture électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP éd. Gle, Doct., I, 236 . Sur les travaux de la CNUDCI en ce domaine, cf. E.A. Caprioli et R. Sorieul, Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, JDI, 2, 1997, p. 323 et s.

⁴⁵⁸ L. Costes, Vers un droit du commerce international « sans papier », RDAI, n°6, 1994, p. 735 et s.

⁴⁵⁹ En ce sens, A. Varhenwald, rapport préc., III° partie, n° 4.3.

⁴⁶⁰ Cela tient probablement au fait que la plupart des règlements considèrent que la mission de l'organisme s'achève lorsque les parties s'entendent sur une base d'accord. La formalisation de cet accord relève exclusivement des parties, sauf pour elles à demander expressément l'aide du médiateur. En toute hypothèse, si le processus est la chose des parties et du médiateur, sa conclusion semble, pour ces organismes, la chose exclusive des parties, de même que sa signature par les parties ou sa conservation. La question de la conservation pendant un certain temps de l'écrit original dans une forme non altérée et confidentiellement par l'organisme ou un tiers est pourtant une autre question essentielle, surtout si l'on envisage de conférer une force exécutoire à cette convention, cf. infra. Le centre de médiation et d'arbitrage de l'OMPI prévoit pour sa part la possibilité de se faire délivrer une « copie certifiée conforme ».

Enfin, les médiateurs dont nous avons déjà signalé les qualités personnelles préconisées par le code de conduite de l'ABA⁴⁶¹, devront évidemment avoir des compétences juridiques dans le domaine du commerce électronique et des compétences techniques ou technologiques dans le domaine de l'informatique. Si ces dernières ne semblent pas devoir soulever de difficultés particulières, il n'en va pas de même des compétences juridiques : le caractère international des litiges suppose il nous semble une connaissance universelle du droit (au moins une bonne connaissance du droit international privé), sauf à voir s'instaurer dans le futur un droit uniforme du commerce électronique !

Les règlement de médiation confèrent généralement aux parties le pouvoir d'approuver ou de récuser le médiateur, mais pas celui de le choisir. Certains auteurs pensent que le rôle du médiateur dans le cadre d'une médiation « en ligne » est différent de celui d'un médiateur classique : cette dernière serait caractérisée par la mise en avant d'une attitude de négociation au détriment d'une position plus « juridique », en raison du fait que la place du droit devient « relative »⁴⁶². Si la place du droit dans ces processus est effectivement plus que « relative »⁴⁶³, il ne nous paraît pas, en revanche, en quoi l'attitude du médiateur devrait différer de celle d'un médiateur classique.

En définitive, les M.A.R.C. « en ligne » ne présentent pas de spécificité quant à leur essence ou à leur nature par rapport aux M.A.R.C. « hors ligne » ; ils ne subissent que des adaptations techniques rendues nécessaires par le contexte électronique dans lequel ils s'inscrivent. Mais les mêmes principes fondamentaux s'appliquent aux deux catégories de M.A.R.C.

On peut alors gager qu'ils peuvent s'intégrer dans un système global de résolution des conflits.

B) Vers un système global de résolution des conflits ?

Les M.A.R.C. apparaissent comme un élément majeur de la régulation de l'internet, et à ce titre, ils sont l'un des éléments essentiels de la construction du droit de l'internet. Ainsi, le site du Cybertribunal énonçait-il que « les processus d'arbitrage et autres mécanismes de résolution des conflits contribuent, au moins en partie, à la détermination des règles de conduite et aux processus par lesquels les règles du jeu du cyberspace sont appliqués » ou bien encore que « l'existence de mécanismes (...) constituera une composante obligée du cadre des transactions dans le cyberspace ». Ainsi que l'écrit un auteur à propos des procédures de MARC : «elles ont tendance à se développer et pourraient, en outre, devenir des acteurs privilégiés de la *lex numerica* »⁴⁶⁴ dès lors qu'elles sont perçues comme des « catalyseurs d'usages »⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Cf. supra.

⁴⁶² V. Gautrais, K. Benyekhlef et P. Trudel, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du Cybertribunal », DIT, 1998/4, p. 48.

⁴⁶³ Cf. supra.

⁴⁶⁴ E.A. Caprioli, *Médiation et arbitrage...*, préc., p. 248.

⁴⁶⁵ V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef : *Droit du commerce électronique et normes applicables...*, préc., p. 564.

De fait, l'autonomie par rapport aux droits étatiques des décisions rendues notamment dans le cadre des litiges relatifs au dépôt des noms de domaine par les instances d'arbitrage prévues à cet effet n'a pas échappé à la doctrine. Cette autonomie consiste en un décalage entre les décisions rendues par ces organismes et les principes gouvernant les droits étatiques en matière de propriété intellectuelle⁴⁶⁶, droits dont le caractère d'ordre public est très marqué. Comme l'écrit un auteur, « ...les acteurs des réseaux préfèrent la souplesse de la médiation à la rigueur de la procédure judiciaire classique et le caractère flexible des usages de l'ICANN à la précision des droits nationaux de propriété intellectuelle. Est-ce la manifestation d'une volonté de non droit qui existerait au delà des lois nationales ou des traités internationaux et en dehors des prétoires classiques ? Il s'agit tout simplement de l'élaboration d'un autre droit, souple, rapide, efficace, attaché à la pesée des intérêts en présence..... »⁴⁶⁷. Plus qu'une jurisprudence, dont l'épithète est inapproprié, ces organismes édifient progressivement de nouveaux usages.

Toutefois, à la différence des litiges tranchés en matière de noms de domaine, dont les solutions sont publiées sur internet, les protocoles d'accord et autres transactions auxquels peuvent aboutir les médiation en ligne sont généralement tenus confidentiels. Ce caractère confidentiel n'est pas propice à leur généralisation et à la construction cohérente d'une nouvelle branche du droit, fut-elle en partie fondée sur les usages. C'est pourquoi la directive CE sur le « commerce électronique » prévoit que « les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique »⁴⁶⁸.

C'est une nouvelle fois l'idée d'une diversification au sein du système juridique qui apparaît, avec la création d'un ordre juridique propre au réseau internet, ou au moins au commerce électronique, qui serait relativement autonome par rapport aux autres composantes (ou aux autres ordres) du système juridique. Une *lex electronica* ou *lex numerica*, ou encore *lex mediatica*...issue de l'ordre commercial et technologique⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ C. Caron, Noms de domaine : procédure arbitrale de l'OMPI, Communication – Commerce Electronique, Oct. 2000, p. 24 et s. et part. p. 25..

⁴⁶⁷ C. Caron, préc.

⁴⁶⁸ Article 17.

⁴⁶⁹ S'agissant d'une hypothétique *lex electronica*, ou *lex mediatica* constituant un corpus de règles spécifiques, ou une nouvelle branche du droit, une première question se pose. Celle de son domaine et de son objet. Si l'on s'accorde que bon nombre de pratiques et la plupart des atteintes aux droits subjectifs ou aux libertés ou encore des infractions commises sur internet, ne sont pas spécifiques à internet ou aux nouvelles technologies, et se retrouvent dans des domaines autres, il faut alors reconnaître qu'une telle *lex electronica* ou *mediatica* a un domaine bien incertain. Si on la définit par rapport aux pratiques et usages du commerce électronique, ou bien de l'utilisation des NTIC, force est alors de constater que son domaine est fort large, que son objet est incertain, et que, à terme, l'ensemble du droit pourrait en relever. Ainsi, la référence à un corpus de règles relevant spécifiquement du commerce électronique, du droit des télécommunications, du droit des nouvelles technologies de l'information et de la télécommunication ne permet pas, semble-t-il de circonscrire avec précision son domaine ou son objet. L'entreprise consistant à dégager un certain nombre de traits caractéristiques d'une très éventuelle *lex electronica* ou *lex mediatica* est moins périlleuse : parmi ces traits, un lui est propre, et pourrait peut-être suffire à la caractériser, alors qu'elle partage les autres avec d'autres domaines du droit.

Le trait tout à fait spécifique de cette *lex electronica* ou *mediatica* est son lien dialectique avec les NTIC : les développements de ces NTIC rythment le développement de la *lex mediatica* ou *electronica* et une dialectique semble s'être instaurée entre l'ordre technologique et l'ordre juridique : les solutions

Les M.A.R.C. occuperaient une place centrale au sein de cet ordre nouveau puisqu'ils seraient en quelque sorte le procédé de droit commun de résolution des conflits.

La question des liens entre les M.A.R.C. « en ligne » et les droits étatiques mérite alors d'être brièvement examinée afin d'envisager l'hypothèse d'un système global de résolution des conflits.

En premier lieu, dans les processus de M.A.R.C. « en ligne », le recours à une loi nationale afin de déterminer par exemple le régime de l'administration de la preuve, les obligations de confidentialité, d'information, l'application du principe du contradictoire, le respect des droits de la défense..., n'est pas exclu. En toutes hypothèses, l'ordre public subsiste et un juge saisi du litige l'appliquera⁴⁷⁰.

Tout le problème réside dans la détermination des compétences législatives et juridictionnelles. Quant à la détermination par les parties d'une loi applicable à leur processus, elle semble antinomique de l'esprit dont procèdent ces M.A.R.C., même si leur nature contractuelle s'accorde avec la loi d'autonomie. De même, quelle loi régira le protocole d'accord ou la transaction des parties en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de la convention? Les dimensions de la présente contribution ne permettent pas d'aborder cette question⁴⁷¹. Si la détermination du droit applicable est problématique, le rattachement à un droit étatique, quel qu'il soit, ne fait, en revanche, à l'heure actuelle aucun doute.

En second lieu, une partie de la doctrine souhaite voire reconnu un caractère exécutoire à la médiation et la conciliation, autrement que par le biais d'une action fondée sur le droit des contrats. Il s'agit donc, là encore, de créer en quelque sorte un lien entre cet ordre juridique de la *lex electronica*⁴⁷² et le droit étatique, entre ce droit négocié, ce droit de l'accord, et le droit sanctionnateur. Un des moyens préconisé est la reconnaissance internationale d'un cadre légal pour ces M.A.R.C.,

technologiques semblent repousser sans cesse les barrières juridiques, de même que ces dernières tentent de s'imposer aux avancées technologiques. Mais dans le même temps les solutions juridiques viennent combler les carences de la technologie, et inversement, la technologie vient au secours des déficiences du droit dans la protection des droits subjectifs et des libertés des individus (cryptologie pour garantir la confidentialité, systèmes de traçage et de marquage des œuvres de l'esprit, dispositifs anti-copies...). On pourrait ainsi voir dans cette *lex electronica* ou *mediatica* en quelque sorte la synthèse de l'opposition entre droit et NTIC qui se résout dans un mouvement dialectique.

Les autres traits caractéristiques de cette *lex mediatica* ou *electronica* ne lui sont pas vraiment propres :

- elle est dominée par des impératifs de confiance et de sécurité. L'originalité tient ici dans les moyens employés pour l'atteindre : recours à des systèmes technologiques de sécurisation, recours à des tiers certificateurs numériques, à des labels électroniques.

- elle appelle des impératifs de rapidité et de simplicité qui expliquent d'ailleurs le recours généralement préconisé et en pleine expansion aux MARC, y compris en ligne

- elle s'enrichit sans cesse des nouvelles pratiques contractuelles à l'instar de la *lex mercatoria*.

- le rôle joué par les usages, l'éthique et la déontologie est dans ses sources d'une importance considérable

- Sa vocation est transnationale à terme.

⁴⁷⁰ Ces recours juridictionnels devant par ailleurs être efficaces, comme l'impose l'article 18 de la directive CE sur le « commerce électronique ».

⁴⁷¹ Cf. notamment, A. Zanobetti, *Contract law in international electronic commerce*, RDAI, n° 5, 2000, p. 533 et s.

⁴⁷² Peu importe le terme choisi...

d'un droit international uniforme⁴⁷³, ou au moins harmonisé, qui permet une exécution forcée directe des protocoles d'accord sans passer au préalable par une action en exécution du contrat. Le droit français permet d'aboutir à un tel résultat. En effet, le décret du 28 décembre 1998, en introduisant dans le nouveau code de procédure civile un article 1441-1, permet au président du tribunal de grande instance⁴⁷⁴, saisi sur requête par une partie à une transaction, de conférer force exécutoire à l'acte qui lui est présenté⁴⁷⁵. Par le recours à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁴⁷⁶, il est ainsi possible d'obtenir à l'étranger l'exécution forcée d'une médiation ou d'une conciliation qui aura abouti à une transaction⁴⁷⁷ qui aura elle-même été homologuée par le juge français⁴⁷⁸. Toutefois, en droit comparé, certains pays ne font pas de la transaction un contrat spécial, et ils la soumettent au droit commun des contrats. C'est à l'égard de ces pays qu'une harmonisation, voire une uniformisation s'imposent.

Ces exemples laissent penser qu'un système global de résolution des conflits qui établit des ponts, malgré des logiques différentes, entre les différents ordres composant le système juridique semble ainsi en voie de se dessiner.

⁴⁷³ Qui est pour l'heure inexistant, en ce sens, C. Bühring, *Arbitration and mediation in international business*, op. cit., p. 343 ; A. Vahrenwald, rapport préc., I^o partie, p. 4.

⁴⁷⁴ Cf. cependant la décision de la CA de Paris en date du 22 septembre 1999, selon laquelle « Le conseil des prud'hommes est seul compétent pour donner force exécutoire à une transaction conclue pour mettre fin à un litige concernant un contrat de travail », *Rev.Procédures*, Mai 2000, p. 8.

⁴⁷⁵ Cf. R. Perrot, *L'homologation des transactions*, rev. *Procédures*, août –septembre 1999, chronique p. 3 et s.

⁴⁷⁶ Remplacée désormais par le règlement du conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Règl. Cons.*, CE n° 44/2001, 22 décembre 2000, *JOCE* 16 janvier 2001, n° L 12, p. 1.

⁴⁷⁷ Et encore faut-il rappeler que la transaction postule des concessions réciproques... Toute médiation ou conciliation n'aboutira donc pas forcément à une transaction stricto-sensu....

⁴⁷⁸ Sur les liens entre les M.A.R.C. et la transaction, cf. X. Lagarde, *Transaction et ordre public*, D. 2000, chron., p. 217.

LA PLACE DE LA MEDIATION FAMILIALE DANS LE DROIT DE L'ADOPTION

Emmanuelle ROMAN

Docteur en droit

A.T.E.R. à la Faculté de droit de Nice Sophia Antipolis.

1. Introduite en matière familiale, la médiation soulève un intérêt certain car elle met en relief l'impossibilité pour le droit de résoudre l'ensemble des problèmes humains. En ce sens, la médiation respecte l'attitude sage du droit de ne pouvoir intervenir de façon systématique, « faute de quoi, surtout si l'on voulait qu'en tous domaines soit assuré une coexistence rigoureuse du fait et du droit, la vie des hommes deviendrait irrespirable »⁴⁷⁹. Aussi, en tant qu'institution familiale, l'adoption peut involontairement être la cause d'une opposition d'intérêts individuels. En d'autres termes, elle peut favoriser la survenue de conflits familiaux, ces conflits intéressant effectivement la famille originaire et la famille adoptive de l'enfant. En effet, la réalité sociologique, que la famille adoptive représente, s'imposera juridiquement, avec plus ou moins d'acceptation, à un passé biologique. Cependant, en tant que filiation, et, notamment, de filiation qui s'efforce d'imiter la nature, l'adoption se caractérise aussi par son indisponibilité. En d'autres termes, un accord ne peut être conclu sur un lien de filiation adoptive créé ou qu'il convient de créer. Il s'agit alors de s'interroger, au regard du respect inhérent au principe général de l'indisponibilité de la filiation, sur la place qu'il convient de conférer à la médiation familiale par rapport aux règles existantes du droit de l'adoption.

2. Une juste détermination du domaine d'intervention du médiateur familial au sein du droit de l'adoption permet en effet de découvrir à ce mode alternatif de résolution des conflits de multiples intérêts, à la fois théoriques et pratiques, lesquels intérêts sont toujours couverts, à défaut du constat de son recul, par l'omniprésence d'un ordre public de type familial. Ainsi, la médiation permet d'appréhender la famille, selon les termes de Marcel MAUSS, « comme un fait social total »⁴⁸⁰, en conséquence, non plus seulement en termes de famille conjugale, à travers l'étude de sa dissolution, mais en ceux d'une famille parentale organisée autour des relations familiales qui se sont tissées entre des parents non-géniteurs et leurs enfants devant la loi. De même, dans la droite ligne de l'Ecole de Palo Alto⁴⁸¹, la médiation familiale introduit une logique de communication, logique d'autant plus

⁴⁷⁹ TERRE, François, *Le droit*, p. 19, éd. Flammarion, Coll. Dominos, 1999, Paris, 126 pages.

⁴⁸⁰ Cité par DAVID-JOUGNEAU, Maryvonne, « La médiation familiale : un art de la dialectique », p. 36, in BABU, Annie, BILETTA, Isabella, BONNOURE-AUFIERE, Pierrette, et al., sous la direction de, *Médiation familiale, Regards croisés et perspectives*, p. 19-44, éd. Erès, Coll. Trajets, 1997, 272 pages.

⁴⁸¹ DAVID-JOUGNEAU, Maryvonne, « La médiation familiale : un art de la dialectique », art. cit., p. 25.

intéressante qu'elle s'insère au sein d'une matière ou le caractère exclusif de l'institution créée, destinée à satisfaire l'intérêt supérieur de l'enfant, est celui de son caractère gracieux⁴⁸². Enfin, la médiation familiale représente dans ce domaine une nouvelle façon de penser l'ordre public familial. A l'origine, de type directif, et favorisant *a fortiori* les rapports de forces par la hiérarchie des intérêts personnels, la médiation familiale est propice, à l'opposé, à la réalisation d'un ordre public de protection. Ce changement dans la nature de l'ordre public familial peut ainsi s'illustrer dans le cadre de l'adoption par l'édification d'un équilibre entre les intérêts respectifs de l'adopté, de sa famille d'origine et de sa famille élective, chaque intérêt étant par rapport à l'autre dans une situation de contreponds juridique. La médiation familiale est donc à même de rétroagir avec ou parallèlement au droit de l'adoption pour résoudre des antagonismes des plus spécifiques. En effet, ces antagonismes ont trait aux sentiments et, le plus souvent, à la remise en question de relations affectives s'étant développées consécutivement à l'établissement d'un lien de filiation élective. Or, force est de constater que « si le sentiment reste sentiment, il échappe au droit. Il ne naît à la vie juridique que s'il passe en acte, et c'est l'acte que connaît le droit, non le monde intérieur »⁴⁸³. Aussi, l'interpénétration du droit et de la médiation peut être concrétisée par le recours à un personnel « institutionnel », personnel existant, par ailleurs, dans les personnes du juge du tribunal de grande instance ou, récemment, du défenseur des enfants. En d'autres termes, au regard des difficultés afférentes à la création présente ou à venir d'un lien d'adoption, la médiation familiale occuperait par rapport au droit une place tantôt principale (1^{re} partie), tantôt complémentaire (2^e partie).

I . UNE PLACE PRINCIPALE

3. L'objectif de la médiation n'est pas de se substituer définitivement à un droit de l'adoption dont la vocation, comme toute règle de droit, est son extrême généralité, mais il est de proposer des solutions face à l'émergence de conflits d'intérêts des plus déterminés. Ces conflits peuvent notamment opposer la famille adoptive à la première famille de l'enfant lorsqu'il est question pour celui-ci d'accéder à la connaissance de ses origines biologiques. Aussi, parce que le législateur ne s'est pas penché sur les conséquences que peut générer une telle levée du secret des origines de l'enfant adopté, il incombera au médiateur d'intervenir pour résoudre l'ensemble des difficultés connexes à cette levée du secret (A). En conséquence, il pourra déployer des moyens propres de résolution de ce conflit confrontant la famille adoptive à la famille d'origine de l'adopté (B).

A. LA LEVEE DU SECRET DES ORIGINES

4. La question du secret des origines a commencé à être liée à l'adoption dès l'instant où cette institution familiale a cessé de remplir une fonction strictement successorale ou même charitable⁴⁸⁴. En effet, aujourd'hui, l'adoption et, plus particulièrement, l'adoption plénière, dont le prononcé entraîne la rupture de l'enfant

⁴⁸² Art. 1167 N.C.P.C.

⁴⁸³ CORNU, Gérard, « Du sentiment en droit civil », p. 80, in L'art du droit en quête de sagesse, éd. P.U.F., Paris, 1^{re} éd., 1998, 421 pages.

⁴⁸⁴ NEIRINCK, Claire, « Savoir d'où l'on vient, La réponse du droit », p. 20, J.D.J., avril 1998, n°174, p. 20-29.

avec ses origines biologiques⁴⁸⁵, tente surtout de se rapprocher de la filiation par nature. C'est pourquoi, l'occultation des origines biologiques d'un enfant adopté plénièrement est le moyen choisi par le législateur pour réaliser au mieux ce rapprochement. A titre d'informations, la mère dispose effectivement de la faculté légale d'accoucher sous la condition du secret⁴⁸⁶, tout comme les parents, qui consentent à l'adoption de leur enfant, âgé de moins de un an, en le remettant à un service de l'Aide sociale à l'enfance, disposent de la possibilité juridique de demander au moment de cette remise le secret sur leur identité⁴⁸⁷. Cependant, ces enfants issus d'un accouchement sous X ou ayant fait l'objet d'une demande de secret identitaire peuvent souhaiter à leur majorité accéder à des données nominatives concernant leur passé biologique. De plus, et ce même si la rencontre des circonstances suivantes est plus rare, l'un ou les deux géniteurs de l'enfant peuvent émettre la volonté de se faire connaître auprès de leur enfant, depuis adopté en la forme plénière. Il va sans dire que l'apparition de telles demandes peut susciter la survenue d'un conflit d'intérêts opposant la famille d'origine de l'enfant à la cellule familiale élective dont l'adopté fait désormais partie. Cet enfant doit effectivement être appréhendé dans les sens sociologique et juridique du terme comme un tiers par rapport à « ses » liens du sang. Il convient de noter que de tels conflits se nourrissent de cette confusion juridique selon laquelle la connaissance des origines et l'établissement juridique d'un lien de filiation sont deux principes indéfectiblement liés. Or, un enfant peut être adopté plénièrement alors même que ses origines biologiques sont connus tout comme leur révélation, si elles ont été dissimulées, est possible sans qu'elle puisse remettre en question l'existence légale du lien d'adoption constitué.

5. Aussi, la médiation familiale a sa place dans deux cadres juridiques déterminés.

Le premier cadre juridique est issu de l'article 62-4 du Code de la famille et de l'aide sociale. En effet, par la réforme du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, ce texte permet au parent biologique, qui a requis le secret sur son identité, d'user d'un droit de repentir en ayant donc la possibilité de faire connaître ultérieurement son identité. Par conséquent, « pourront seuls être informés de la levée du secret de cette identité ainsi que de l'identité elle-même, sur leur demande expresse, le représentant légal de l'enfant, l'enfant majeur ou les descendants en ligne directe majeurs de ce dernier, s'il est décédé ». Ces dispositions légales qui, à ce titre, n'englobent pas la situation de l'adopté dont la mère a accouché sous X, celle-ci étant considérée comme n'ayant jamais existé, n'envisagent pas la survenue entre le géniteur et l'adopté de situations familiales conflictuelles et des moyens dispensés pour y remédier.

Le second cadre juridique au sein duquel un recours à la médiation familiale se justifie a trait aux rapports entretenus entre l'Administration, dépositaire des secrets, et les enfants adoptés, anciens pupilles de l'Etat. Certes, l'Administration, en position de débitrice, est désormais soumise au respect d'un principe de communication⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Art. 356, al. 1, C. civ.

⁴⁸⁶ Art. 341-1 C. civ. ; art. 47 C.F.A.S.

⁴⁸⁷ Art. 61-4 C.F.A.S.

⁴⁸⁸ Loi « Informatique et Libertés » du 6/01/78 ; Loi du 17/07/78 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'Administration et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ; Loi du 11/07/79 dont l'article 6 bis dispose que « Les personnes qui le demandent ont droit à la communication, par les administrations concernées à l'article 2, des documents de caractère nominatif les concernant, sans que des motifs tirés du secret de la vie privée, du secret médical ou du

Mais, à nouveau, le flou entourant la question de l'accès aux données nominatives, en particulier lorsqu'il y a eu secret⁴⁸⁹, soit la nature des documents communicables, rend utile l'intervention d'une tierce personne.

6. Certes, à l'heure actuelle, les services de l'Aide sociale à l'enfance remplissent une fonction de médiation en endossant le plus souvent le rôle d'intermédiaires ou d'assistants de l'adopté⁴⁹⁰. Pourtant, cette médiation « sans le savoir » favorise la naissance de disparités entre les départements, certains services de l'Aide sociale à l'enfance pouvant effectivement, et à juste titre, se contenter d'une lecture littérale des dispositions du Code de la famille et de l'aide sociale et se montrer alors récalcitrants à toute tentative de rapprochement des deux cellules familiales, biologique et adoptive. C'est pourquoi, la fonction de médiation familiale, fonction de régulation des conflits familiaux survenant lors de la levée d'un secret sur l'identité, peut actuellement être endossée par le défenseur des enfants. Institutionnalisée par une loi du 6 mars 2000⁴⁹¹, cette autorité indépendante a, en effet, déjà pour mission, selon l'article 1^{er}, alinéa deux de cette loi, de « défendre et de promouvoir les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé ». Or, parmi ces engagements internationaux, l'on peut faire état de la Convention internationale des droits de l'enfant du 26 janvier 1990, dont l'article 7-1 garantit pour l'enfant, dans la mesure du possible, « le droit de connaître ses parents ». Enfin, il convient de noter que le défenseur des enfants peut être saisi directement non seulement par le mineur ou par son représentant légal dans le cas où une personne publique ou privée n'a pas respecté les droits de l'enfant mais aussi par une association reconnue d'utilité publique qui défend les droits des enfants.

7. En définitive, le recours à une institution déjà existante qui est celle du défenseur des enfants et qui serait dotée expressément, ainsi, en matière de levée du secret des origines, d'une fonction de médiation, permet d'ores et déjà de réaliser cet échange entre le droit et des intérêts individuels d'ordre familial. De même, dans un tel contexte, la médiation familiale évite la genèse de situations discriminatoires, lesquelles affectent des personnes pourvues pourtant du même statut juridique, celui d'enfant adopté. Cependant, à défaut de toute règle de droit, l'accès à la médiation familiale suppose la détermination de moyens propres de résolution du conflit de la levée du secret des origines.

secret en matière commerciale et industrielle, portant exclusivement sur des faits qui leur sont personnels puissent leur être opposés. Toutefois les informations à caractère médical ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire du médecin qu'il désigne à cet effet » ; in DELASI, Geneviève, VERDIER, Pierre, Enfant de personne, p. 208, éd. Odile Jacob, Paris, 1994, 364 pages.

⁴⁸⁹ Pour le Conseil d'Etat, le délai à l'expiration duquel les dossiers de pupilles peuvent être consultés est de soixante ans alors que le tribunal administratif de Paris avait fixé ce délai à trente ans : C.E., 10/01/96, Dpt de Paris c/ Mme Drouard, R.D. sanit. soc., 1996, p. 631-637, concl. du commissaire du gouvernement Anne-Françoise ROUL, « Secret des origines et accès aux archives », p. 635 ; T.A., Paris, 15/05/92, R.D. sanit. soc., 1993, p. 346-351, note Pierre VERDIER, « Après quels délais les dossiers des pupilles de l'Etat peuvent-ils être librement consultés ? ».

⁴⁹⁰ Entretien du 13/02/98 auprès d'un responsable du service de l'adoption du Conseil général du Var.

⁴⁹¹ Loi n°2000-196 du 6/03/2000, J.O., 7/03/2000, p. 3536-3537.

B. LES MOYENS DE RESOLUTION DU CONFLIT DE LA LEVEE DU SECRET DES ORIGINES

8. Au regard de l'absence d'une règle de droit qui puisse résoudre les oppositions d'intérêts, oppositions nées à la suite d'une décision individuelle de levée du secret légal des origines, le médiateur familial déploiera des moyens « extra-légaux » de résolution du conflit. Primaires, ils précèdent la phase du rapprochement des parties, alors que secondaires, ils ont trait plus directement à la seconde phase de régulation et donc de résolution du conflit. De plus, cette proposition de ne pas recourir à des règles de droit déterminées ne paraît pas incongrue. En effet, l'on note que le législateur incline lui-même le défenseur des enfants à faire preuve d'équité quant il s'agit de remédier à une situation irrespectueuse des droits de l'enfant dont une personne privée est à l'origine⁴⁹². Aussi, cette référence à ce qui est juste⁴⁹³, au moyen de l'équité, permet au défenseur des enfants, étant choisi comme médiateur familial, de sélectionner des moyens non textuels de résolution du conflit qui soient favorables à la réalisation d'un équilibre entre l'intérêt de l'enfant adopté à connaître ses origines biologiques et celui de ses parents biologiques à révéler leur identité.

9. Aussi, par des moyens primaires de résolution du conflit, le médiateur déterminera l'« utilité » de mettre en œuvre une médiation pour résoudre ce différend ayant trait à la question de la levée du secret des origines. Le recours à des standards, en somme, le recours à des normes souples⁴⁹⁴ pourra être proposé au médiateur familial. Plus spécifiquement, parmi ces standards, dans la droite ligne de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, il est indéniable que le standard de l'intérêt de l'enfant est à privilégier⁴⁹⁵. De plus, la dissension afférente à la question de la levée du secret des origines revêtant une dimension familiale, ce constat justifie le recours à un standard plus générique, celui du maintien d'une certaine stabilité de la vie familiale. Finalement, par le recours conjugué à ces deux moyens primaires de résolution du conflit, le médiateur doit se prononcer sur le fait de savoir si le rapprochement, auquel par la suite il tentera d'aboutir, ne risque pas de compromettre la stabilité affective ou sociologique des deux familles successives de l'adopté, d'origine puis élective.

10. Dans l'hypothèse où le médiateur conclut à une utilité de son intervention, il aura la faculté de mettre en œuvre des moyens secondaires de résolution du conflit familial. Ainsi, il pourra obtenir, de la part des parties intéressées, un accord sur leur rapprochement, accord appréhendé comme un préalable obligatoire à leur rencontre. En effet, il s'agit d'éviter la genèse de rapprochements non désirés. En définitive, si le géniteur désire se faire connaître, le médiateur aura pour mission d'obtenir l'accord

⁴⁹² Art. 3, al. 2, L. 6/03/2000, le défenseur des enfants doit faire « toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et recommande à la personne concernée toute solution permettant de régler en droit ou en équité la situation de l'enfant mineur, auteur de la réclamation ».

⁴⁹³ « Représentation morale de ce qui apparaît juste et peut éventuellement s'éloigner de la règle de droit », v° équité, p. 221, in PUIGELIER, Catherine, Dictionnaire de droit privé, Centre de publications universitaires, Paris, 1999, 608 pages.

⁴⁹⁴ Le terme de standard désigne dans un premier sens général « une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé », par opposition à la norme qui est l'équivalent d'une règle de droit, soit d'une valeur obligatoire attachée à une règle de conduite », in CORNU, Gérard, Vocabulaire juridique, p. 578 (norme), p. 832 (standard), Association Henri Capitant, éd. P.U.F., 2000, 925 pages.

⁴⁹⁵ Article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

de la famille adoptive, à l'opposé, si le géniteur est à l'origine d'une rétention d'informations, le médiateur tentera d'obtenir la levée du secret et ensuite le rapprochement des deux parties. Ce n'est effectivement qu'après l'obtention d'un accord réciproque de la part des parties concernées que le médiateur pourra organiser la mise en œuvre de rencontres au sein de locaux spécifiques à l'instar du système adopté en Grande-Bretagne⁴⁹⁶.

11. En conséquence, à défaut de toute précision législative, les conséquences familiales, qu'engendre une levée du secret des origines, nécessitent l'intervention d'un médiateur familial. Cependant, sa présence n'est pas aussi dénuée d'intérêt pour des questions afférentes à la création d'un lien d'adoption et pourtant traitées par le droit de l'adoption. Dans ce contexte juridique particulier, le juge de l'adoption peut effectivement être doté d'une fonction de médiation. Cette compétence extra-juridictionnelle complémentaire sauvegarde en effet l'aspect non contentieux de départ de l'institution de l'adoption parce qu'elle est une institution familiale et qu'elle est destinée à satisfaire prioritairement l'intérêt de l'enfant.

II . UNE PLACE COMPLEMENTAIRE

12. Au service du médiateur familial, la règle de droit est pourvue d'une fonction de conciliation. En d'autres termes, le médiateur familial peut utiliser le droit de l'adoption pour apaiser des tensions familiales ayant trait soit au douloureux acte de la restitution de l'enfant (A), soit à un conflit extérieur à la création d'un lien d'adoption simple mais qui, non résolu, peut entraîner à plus ou moins brève échéance la disparition légale de ce lien de parenté (B).

A. LA RESTITUTION DE L'ENFANT

13. Un conflit d'intérêts opposant la famille biologique de l'enfant à sa, ou future, famille adoptive peut voir le jour lorsque les délais légaux durant lesquels le géniteur de l'enfant peut exercer le droit à la rétractation de son consentement à l'adoption⁴⁹⁷ et, par conséquent, le droit à la restitution de son enfant⁴⁹⁸, sont prescrits. En conséquence, par l'intervention du médiateur, le droit pourra être un moyen de résolution du conflit dès lors qu'il propose une solution respectueuse de l'ensemble des intérêts présents.

14. Cette fonction de médiation familiale est alors essentiellement préventive et, *a fortiori*, curative. C'est pourquoi, elle peut être exercée par le juge de l'adoption qui détient une juste connaissance de l'espèce litigieuse. Sa vocation principale, en tant que médiateur, est donc d'apaiser le conflit au moyen du dialogue, en premier lieu, avec chacune des parties intéressées puis, en second lieu, en présence des deux familles concernées, par le sang et adoptive. La réussite de ce dialogue se concrétisera par la réalisation d'un accord inter ou pluri-familial. Certes, ce terme d'accord peut soulever des réserves en raison du caractère indisponible de la

⁴⁹⁶ ROSENCZVEIG, Jean-Pierre, « Peut-on sortir de l'opposition biologique-affectif pour garantir le droit de l'enfant à son histoire ? », p. 291, in KHAIAT, Lucette, ss la direction de, Vérité scientifique, vérité psychique et droit de la filiation, p. 285-291, éd. Erès, Toulouse, 1995, 319 pages.

⁴⁹⁷ Art. 348-3, al. 2, C. civ. Le délai durant lequel le droit à rétractation peut être exercé est de deux mois.

⁴⁹⁸ Art. 348-3, al. 3, C. civ. Le droit à restitution ne peut plus être exercé lorsque l'enfant a été placé en vue de son adoption plénière (art. 352 C. civ.).

filiation. C'est pourquoi, il est davantage synonyme de la réalisation d'un consensus entre les parties pour les amener de concert à une solution médiane. Il va sans dire que la délicate tâche du médiateur est de les diriger justement vers le choix de cette solution dont il aura par avance déterminé l' « utilité » et les effets. Aussi, l'adoption simple, en tant que règle de droit de résolution du conflit, peut représenter cette voie que les protagonistes, habilement guidés par le médiateur, auront « choisie », ceci parce qu'elle concilie les deux réalités familiales, biologique et adoptive.

15. En définitive, la médiation familiale représente un intérêt non négligeable, celui de régler sans ressentiment des déchirements autour de la personne de l'enfant. Ainsi, elle respecte la personne de l'enfant en ce sens qu'elle refuse son assimilation à un objet d'appropriation parentale, et traite de façon égalitaire les deux types juridiques de filiation, par nature et élective, sans aucune intention de développer une quelconque suprématie de l'une envers l'autre. De même, le médiateur familial peut être amené à soutenir la « seconde » famille de l'enfant lorsque le détachement juridique de l'enfant adopté avec celle-ci s'annonce probable. Il s'agit à nouveau en l'espèce non pas d'outrepasser un interdit légal en concluant un accord familial, mais de calmer une tension extérieure à une filiation constituée par adoption simple, laquelle tension peut conduire à la révocation du lien familial.

B) LE MAINTIEN DU LIEN D'ADOPTION SIMPLE

16. Le juge de l'adoption peut aussi être doté de la mission d'évitement du conflit judiciaire en écartant le risque de la mise en œuvre, sur le fondement juridique de l'article 370 du Code civil, d'une action en révocation de l'adoption simple pour « motifs graves ». En effet, un conflit peut opposer un adopté à sa famille d'élection, constituée par adoption simple, et l'amener à intenter l'action précitée. Le médiateur doit alors s'efforcer, toujours aux moyens du dialogue et de la rencontre, de démontrer aux deux parties l'absence d'une possible assimilation de la tension familiale à une cause légitimant une action en révocation du lien d'adoption simple. La règle de droit est alors pourvue dans ce cadre d'une fonction d'apaisement à l'égard de crises qui, le plus souvent, ne sont que passagères car sans raison apparente⁴⁹⁹. Le constat préalable par le médiateur familial des « motifs graves », requis par l'article 370 du Code civil, peut donc précéder la mise en œuvre de l'action en révocation de l'adoption simple et, en conséquence, justifier une tentative de résolution à l'amiable du conflit. Pour ce faire, le médiateur pourrait se référer à l'interprétation de ces critères, proposée jusqu'alors par les tribunaux⁵⁰⁰.

17. L'intérêt de recourir à une médiation familiale recouvre dans cette hypothèse ses deux aspects, pratique et théorique, pratique car son succès permet de maintenir entre l'adoptant et l'adopté le lien de filiation créé, et théorique puisque l'on demeure fidèle au caractère exceptionnel de l'action en révocation de l'adoption simple⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ V. T.G.I., Paris, 28/05/96, R.T.D. civ., 1996, p. 594-596, obs. Jean HAUSER. En l'espèce, l'adoptant, âgé de quatre-vingt-dix ans, a adopté en la forme simple un jeune homme de vingt-deux ans. L'adopté forme une action en révocation de l'adoption pour simple cause de mésentente avec la compagne de son père adoptif, cette cause ne constituant pas, selon le tribunal de grande instance, des « motifs graves » au sens de l'article 370 du Code civil.

⁵⁰⁰ Mauvaise conduite de l'adopté, manquement de l'adopté à ses devoirs, climat conflictuel dans les relations du couple adoptif ..., exemples cités par M. Jean-François MATTEI, in Enfant d'ici, Enfant d'ailleurs, L'adoption sans frontière, p. 140, Coll. Des rapports officiels, Paris, 1995, 301 pages.

⁵⁰¹ Caractère rappelé par T.G.I., Paris, 28/05/96, décision citée.

18. La suggestion d'une médiation familiale institutionnalisée s'impose avec pertinence dans le domaine de l'adoption. En effet, elle peut pallier une absence de la règle de droit ou à l'opposé s'ajouter à celle-ci en la faisant correspondre à une justice « douce ». Ce constat semble paradoxal pour une matière qui se manifeste par son caractère gracieux. Cependant, la médiation familiale est tout à fait à même de protéger cette caractéristique en permettant l'évitement ou la résolution de conflits intéressant directement la personne de l'enfant adopté. En conclusion, la médiation familiale permet non seulement de réaliser un équilibre entre les intérêts des différentes personnes concernées par l'établissement d'un lien de filiation élective mais aussi d'assurer la sauvegarde, le respect du caractère indisponible de l'institution familiale de l'adoption.

L'étendue du champ contractuel ouvert à la médiation familiale.

Nathalie BALBO-IZARN.

Docteur en droit.

Membre du Centre d'Etude et de Recherche sur les Contentieux (C.E.R.C).

1- L'émergence d'une justice négociée. Le phénomène de la justice négociée touche actuellement tous les secteurs du droit, les médiateurs se multiplient aussi bien en droit international, qu'en droit public ou encore en droit privé⁵⁰². Le droit de la famille n'y fait pas exception. La justice négociée permet de ne pas avoir recours à la justice étatique pour la résolution d'un conflit, il s'agit de le résoudre à l'aide d'un médiateur sur la base d'un accord négocié entre les parties. Cette justice négociée existe depuis longtemps déjà. Il s'agit même du mode primitif de règlement des conflits⁵⁰³. Mais la justice contemporaine, lassée par le développement exponentiel du nombre d'affaires qui lui sont soumises alors que le nombre de magistrats n'a proportionnellement pas suivi l'accroissement du contentieux, voit les modes alternatifs de règlement des conflits revenir au goût du jour, en particulier par le biais de la médiation. Cette dernière a investi récemment le droit pénal par la loi du 4 janvier 1993⁵⁰⁴ et par une loi du 8 février 1995⁵⁰⁵, le législateur a élaboré un régime de médiation civile. Or, la généralité de cette médiation civile peut-elle s'adapter au cadre familial ?

2- La contractualisation des relations familiales et leur autorégulation. La famille est empreinte de sentiments et d'affection qui en sont l'essence avec des lois qui se sont succédées favorisant une contractualisation des relations au sein de la famille⁵⁰⁶. Au fur et à mesure que la loi a rétabli des relations égalitaires entre les différents membres de la famille parallèlement au développement des droits

⁵⁰² Voir : *Tout négocié, Masque et vertiges des compromis*. éd.Paris : Autrement, 1996. Sous la direction de Henri-Pierre JEUDY . Collections mutations. n°163.

⁵⁰³ ROULAND, N. *Anthropologie juridique*. éd.Paris : PUF, 1988. p.291 et s, p441 et s. Sur l'ancienneté du concept de médiation (XIII^{ème} siècle) DAHAN, J. *La médiation familiale*. éd.Morisset, 1996. Coll.Essentialis. p.16.

⁵⁰⁴ Article 41 *in fine* du Code de procédure pénale.

⁵⁰⁵ Articles 21 et suivants du nouveau Code de procédure civile complétés par le décret du 22 juillet 1996 qui insère un titre VI bis dans le nouveau Code de procédure civile aux articles 131-1 et suivants.

⁵⁰⁶ Selon Monsieur Philippe MALAURIE, «le rôle du droit paraît mineur pour gouverner les relations personnelles entre parents et enfants et entre époux, phénomène que l'on vérifie dans l'ensemble des rapports familiaux. » évoquant une « délégalisation du droit contemporain de la famille ». In *La famille*. éd.Paris : Cujas 1998/99. n° 762. Monsieur MALAURIE qui évoque encore dans l'avant propos de cette édition la crise de la famille délaissée par l'Etat et la justice, la déresponsabilisation de ces derniers qui doit être limitée.

individuels, qu'il s'agisse des droits de la femme ou de ceux de l'enfant⁵⁰⁷, elle a permis aux époux de changer de régime matrimonial, de divorcer en réglant par convention l'ensemble des effets du divorce, de passer entre époux des contrats de société, de vente, la loi favorise aussi les accords ou arrangements amiables dans le cadre de la résolution des conflits parentaux ou conjugaux, sous réserve qu'ils soient homologués⁵⁰⁸ ou entérinés⁵⁰⁹ par le juge aux affaires familiales ou encore qu'ils revêtent la forme authentique⁵¹⁰. Les membres de la famille deviennent libres et égaux. La famille serait ainsi un contrat familial emprunt du pacte social qui lui permettrait de générer une autorégulation⁵¹¹. Quant aux normes qui régissent la famille elles sont très diverses. Ces normes sont empreintes de morale, de religion, de bonnes mœurs⁵¹². Classiquement, on évoque la famille comme une illustration de la théorie du non droit développée par le doyen Jean CARBONNIER⁵¹³. La famille est une institution considérée comme le fondement de notre société. Pourtant, selon le célèbre adage *Ubi societas ibi jus*⁵¹⁴, il n'y a pas de société sans droit. Et bien que l'on assiste ces dernières années conformément à la théorie du non droit à ce qui a pu être décrit comme un refoulement du droit hors de la famille, un désinvestissement du droit de la famille, une déjudiciarisation, voire une privatisation des relations familiales traditionnelles⁵¹⁵, le droit demeure présent⁵¹⁶. Et face à la déjudiciarisation de la famille précédemment décrite, ainsi qu'au développement des relations contractuelles au sein de celle-ci, la médiation apparaît comme une solution conforme à l'idée selon laquelle la famille est un domaine privé dans lequel l'Etat ou la justice n'aurait pas à s'immiscer. Une famille qui serait un terrain de prédilection pour l'application de la médiation. En faveur de la médiation il faut encore rappeler que les affaires familiales constituent 50 à 60 % des affaires civiles⁵¹⁷. Bien entendu

⁵⁰⁷ La famille ne serait plus une entité impersonnelle mais un groupe d'individus.

⁵⁰⁸ Les conventions de divorce sur requête conjointe.

⁵⁰⁹ Les accords parentaux intégrés à la décision du juge aux affaires familiales...

⁵¹⁰ La liquidation et le partage anticipés de la communauté dans le cadre des divorces contentieux, les donations entre époux...

⁵¹¹ COMMAILLE, Jacques. *L'esprit sociologique des lois*. Ed.Paris : PUF, 1994. p.158 et s, spéc.p.159. BRUNET, B. *Les modes alternatifs de règlements des litiges. Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit*. Gaz.Pal. 21 au 23/12/97, doct.p.2 et s: pour lequel la médiation entraîne une réflexion sur l'évolution du pacte social. « ...l'ordre négocié peut aussi bien servir à imposer un ordre normatif... ». MEULDERS-KLEIN, M-T. *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative*. RIDC.1997, p.397.

⁵¹² Bien que cette dernière notion ait perdu beaucoup de son sens dans la famille contemporaine.

⁵¹³ CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*. 9^e éd.Paris : L.G.D.J, 1998. Contra : SERIAUX, Alain. *Question controversée : La théorie du non-droit*. R.R.J.1995, p.13-30. DOUCHY, M. *La notion de non-droit*. R.R.J.1992, p.433.

⁵¹⁴ ROLAND, H, BOYER, L. *Adages du droit français*. 4^e éd.Paris : Litec, 1999.

⁵¹⁵ Alors que les familles et en particulier les couples de fait, qui n'étaient jusqu'au mois de novembre 1999 pas pris en compte par la loi (loi relative au PACS n°99-944 du 15 novembre 1999. JCP.1999, n°43, actualité par RUBELLIN-DEVICHI, J. HAUSER, J. RJPF Novembre et Décembre 1999. Numéro spécial *Le pacs* R.D.fam déc.1999) revendiquent son application (dans ce sens, MEULDERS-KLEIN, M-T. *Familles et justice : à la recherche d'un modèle de justice. Rapport de synthèse et conclusions générales*. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.607).

⁵¹⁶ C'est en effet le droit qui favorise, qui permet la privatisation et l'autorégulation de la famille. Quant à la présence de l'Etat, elle apparaît aujourd'hui d'une façon un peu différente celui-ci intervient par exemple par le truchement de l'aide juridictionnelle qui se généralise y compris pour l'usage de la médiation.

⁵¹⁷ MEULDERS-KLEIN, M-T. *Familles et justice : à la recherche d'un modèle de justice. Rapport de synthèse et conclusions générales*. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.604. Voir sur le soulagement de cette asphyxie : CATALA, Pierre : *A propos des modes alternatifs In La lettre du Jurisclasseur* de février 1998.

ce dernier constat ne doit pas être le seul motif de l'intégration d'une médiation familiale proprement dite en France, ce serait un leurre.

3- La notion de médiation familiale. Le terme médiation vient du latin *mediare* qui signifie s'interposer, de *medius* qui est au milieu. Une personne, le médiateur va s'interposer entre deux parties en conflit à leur demande pour leur permettre de trouver un accord. La médiation n'est pas une conciliation. Il ne s'agit pas de faire en sorte que les parties se réconcilient⁵¹⁸ mais qu'elles règlent leur différend par un accord. Ce règlement conventionnel du conflit est-il applicable en matière familiale? Depuis les années 60', la médiation dite familiale est utilisée aux Etats Unis. Elle l'a ensuite été dans les pays de *common law*, puis en Europe occidentale. En France, ce type de règlement contractuel a pu s'exercer en d'autres temps par l'intermédiaire des tribunaux de famille. La médiation familiale aurait fait son apparition en tant que telle au milieu des années 80⁵¹⁹. Ce sont le plus souvent des associations qui s'occupent de la médiation familiale. Quant à la jurisprudence, jusqu'en 1995 les médiations avaient lieu par le truchement de l'article 21 du nouveau Code de procédure civile relatif à la mission générale de conciliation qui est assignée au juge opérant une confusion entre médiation et conciliation⁵²⁰. La loi du 8 février 1995, complétée par un décret d'application du 22 juillet 1996, ne permet plus de les confondre, mais elle ne donne aucune définition de la notion de médiation, seule la jurisprudence⁵²¹ et la doctrine⁵²² s'y sont essayées. En fait, il s'agit en matière familiale de rétablir un degré de communication suffisant pour permettre par exemple aux époux de résoudre conventionnellement leur conflit. La condition *sine qua non* de toute médiation c'est l'accord des parties pour participer à la médiation. Cette dernière ne peut être obligatoire, sinon, elle a peu de chance d'aboutir. L'article 131-1 du nouveau Code de procédure civile soumet la médiation, lorsqu'elle a lieu après la saisine du juge et à son initiative, à l'accord des parties. Il s'agit par le biais de la médiation de passer d'une solution imposée à une solution négociée. Encore faut-il pour cela que les droits sur lesquels les parties veulent négocier soient

⁵¹⁸ Dans ce sens : LESAGE, R. *Déjudiciariser le conflit familial*. In *La médiation familiale*. Ed. Bayard, 1993. Coll. Travail social. . Sous la direction de Lisette LAURENT-BOYER . p.127 et s.

⁵¹⁹ Selon Lucienne TOPOR : « *La médiation familiale ne date pas des années 1985-86, mais c'est vrai qu'elle s'est largement développée dans les secteurs associatifs depuis cette époque* ». In *La médiation familiale*. Ed.Paris : PUF, 1992. collection *Que-sais-je ?* p.4.Voir aussi :CARDIA-VONECHE, BASTARD. *Le divorce autrement la médiation familiale*. Ed : SYROS, 1990. Coll. alternatives. p.50.

⁵²⁰ Pour une illustration de cette confusion voir Paris, 17/12/87, D.1988, IR, p.27 et voir LIGOT, F. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.430 la « ...médiation ne peut effacer, mais seulement compléter, la mission conciliatrice du juge ».

⁵²¹ Civ.2^{ème}, 16/06/93, D.1993, p.176 ; D.1992, p.124. « *La médiation dont l'objet est de procéder à la confrontation des prétentions respectives des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du nouveau Code de procédure civile* ». Cité par F. LIGOT, In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.400 et s. Voir aussi, CADIET, L. JCP.1993, I, 3723, n°3 ; JCP.1995, I, n°3846, n°15.

⁵²² CREMONT, G. 95^{ème} Congrès des notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999 : *Rupture du couple et médiation familiale*. JCP. (N), 1999, p.317-320 : « *Processus qui tend vers le règlement à l'amiable des conflits familiaux, grâce à l'intervention confidentielle d'une tierce personne, neutre, qualifiée médiateur, dont la mission est d'écouter, d'apaiser les passions, d'éclairer les prétentions respectives, de rétablir le dialogue autour de propositions, de solutions susceptibles de rapprocher les intéressés* ». Reprenant la définition de M^{me} TOPOR. *La médiation familiale*. Ed.Paris : PUF, 1992. Coll. *Que-sais-je ?*

disponibles⁵²³. Selon que les droits des parties sont ou non disponibles, la médiation familiale pourra être envisagée : soit comme un règlement autonome des conflits familiaux, alternative à part entière à la justice étatique, soit comme un simple complément à la justice étatique ; il s'agira alors d'une médiation judiciairement contrôlée⁵²⁴. Dans le cadre du droit de la famille, il est nécessaire de délimiter le champ contractuel ouvert à la médiation en tentant de définir les contours de l'ordre public familial qui borne la liberté contractuelle des membres de la famille.

4- La notion d'ordre public. Il s'agit d'une notion à contenu variable⁵²⁵ qui a connu un développement important depuis 1804⁵²⁶ et dont il est difficile de donner une définition avec précision. En effet, d'éminents auteurs se sont essayés sur le thème de l'ordre public afin d'en énoncer une définition. Or, si cette définition unique n'a pu être trouvée, il en existe d'innombrables dont celle de Monsieur Philippe MALAURIE : « *l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* ». Cet auteur considère que l'on est passé d'un ordre public classique unitaire à un ordre public qui se parcellise⁵²⁷. Bien souvent c'est le critère de l'intérêt général que l'on retient avec la définition donnée par PLANIOL⁵²⁸. L'ordre public se manifesterait par les dispositions inspirées « *par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* ». Cette définition oppose ainsi intérêt particulier et intérêt général, deux notions qui sont elles-mêmes particulièrement difficiles à circonscrire. De son côté, Monsieur Jean CARBONNIER a proposé de se référer pour une approche du critère de l'ordre public à « *un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu* »⁵²⁹ plus souple que la notion d'intérêt général et qui correspond sans doute mieux à l'évolution contemporaine de la famille. Aujourd'hui, c'est la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction qui tend à se rapprocher le plus de la notion moderne d'ordre public. Il arrive fréquemment que le législateur précise dans le texte que telle ou telle disposition légale est d'ordre public. Mais lorsque le caractère d'ordre public d'une disposition n'apparaît pas dans le texte, c'est le juge qui devra interpréter la loi au regard de la volonté du législateur et des « *nécessités sociales, économiques ainsi que des conceptions morales du moment* »⁵³⁰. Ce pouvoir d'interprétation du juge peut favoriser l'extension du domaine de l'ordre public. Il s'agit alors d'un ordre public

⁵²³ Serait-il possible de faire un parallèle avec les dispositions de l'article 2045 du Code civil ? Celui-ci dispose : « *Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction...* ». Mais la médiation ne peut être considérée comme une transaction (Voir dans ce sens : CEVEAR-JOURDAIN, Gaz. Pal. 5 et 6 Décembre 1997. P.15 ; *Droit de la famille*. Edition Dalloz-Action.1999, n°391).

⁵²⁴ Contrôle qui s'opérera à travers une homologation prise en tant qu'acte juridictionnel. Voir *infra* n° 25.

⁵²⁵ GHESTIN, J. *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*. In *Les notions à contenu variable en droit*. Travaux du Centre national de recherche de logique. Bruxelles, 1984, p.77 et s.

⁵²⁶ MAZEAUD, H, L, J, CHABAS, F. *Leçons de droit civil : Obligations – théorie générale*. 9^e éd.Paris : Montchrestien, 1998. Tome II, premier volume . n°117 et s.

⁵²⁷ MALAURIE, P, AYNES, L. *Les obligations*. 10^e éd.Paris : Cujas, 2000. n°526 et s. Voir aussi MALAURIE, P. *L'ordre public et le contrat*. Thèse, Paris.1953. Préf : ESMEIN, P.

⁵²⁸ HAUSER, J et LEMOULAND, J-J. Répertoire civil : V° : *Ordre public et bonnes mœurs*. N°1.

⁵²⁹ CARBONNIER, J. *Droit civil : Introduction*. 26^e Ed.Paris : PUF, 1999. Collection Thémis droit privé. n°126. Revenant à la distinction classique entre les « *lois impératives ou d'ordre public et ... les lois simplement interprétatives ou supplétives de volonté* ».

⁵³⁰ MAZEAUD, H, L, J, CHABAS, F. *Leçons de droit civil : Obligations – théorie générale*. 9^e éd.Paris : Montchrestien, 1998.Tome II, premier volume. n°119.

virtuel⁵³¹. L'ordre public virtuel n'est qu'un complément de la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction. Cette distinction permet, en outre, d'aborder le problème de sa sanction. En effet, pour les accords conclus en contravention avec les règles d'ordre public, est-ce la nullité absolue ou la nullité relative qui s'applique? La question se pose car leur régime est différent en ce qui concerne les personnes pouvant agir, les délais, la possibilité ou non de confirmation. La distinction revient à celle de l'intérêt général et de l'intérêt particulier. Or, il peut être dans l'intérêt de la société de protéger certaines personnes faibles. C'est même très souvent le cas. Lorsque l'on évoque une nullité d'ordre public, il s'agit généralement de faire référence à une nullité absolue. Pourtant l'ordre public de protection appelle une nullité relative. Citons par exemple le droit des incapacités qui est impératif, sa sanction réside principalement dans la nullité relative⁵³². Ou encore le cas d'une donation qui ne serait pas passée par acte authentique, elle serait nulle de nullité absolue et le donateur ne pourrait la confirmer. Il s'agit de le protéger contre lui-même⁵³³. Pourtant, ses héritiers pourront la confirmer⁵³⁴. La distinction manque de netteté. En outre, en matière familiale, s'il y a longtemps eu une confusion entre l'ordre public politique et l'ordre public familial, celle-ci est devenue discutable⁵³⁵. Et parallèlement à l'idée d'un désinvestissement du droit dans la famille⁵³⁶, il y aurait un désinvestissement de l'Etat. Il faut noter que l'intervention de l'Etat se fait aujourd'hui sous d'autres formes, notamment par l'intermédiaire de l'aide juridictionnelle conformément à l'idée d'une intervention protectrice pour les membres de la famille. En effet, c'est l'ordre public de protection qui prédomine⁵³⁷, avec des règles impératives qui visent à protéger le faible au sein de la famille comme par exemple l'époux dans le cadre d'un divorce ou l'enfant. En quoi consiste l'ordre public familial de protection aujourd'hui ? Il est généralement relatif à l'état des personnes⁵³⁸. L'ordre public familial comprend les droits fondamentaux non disponibles qui coïncident avec un état renforcé par opposition aux droits disponibles, c'est à dire un état évolutif.

5- La fonction principale de l'ordre public. Le caractère d'ordre public permet de graduer l'effet obligatoire d'une règle de droit. La question de la fonction de l'ordre

⁵³¹ Ordre public virtuel ou encore ordre public judiciaire (bien que la première expression semble plus adéquate dans la mesure où l'ordre public virtuel est nécessairement judiciaire). Sur ces notions : GHESTIN, J. *Traité de droit civil : la formation du contrat*. 3^e éd. Paris : LGDJ, 1993. n°113. HAUSER, J., LEMOULAND, J.-J. Répertoire civil : V° : *Ordre public et bonnes mœurs*, n°17. Ces trois auteurs citant dans le même sens : CARBONNIER, J. *Les obligations*. 22^e éd. Paris : PUF, 2000. Tome 4. n°69. FLOUR, J., AUBERT, J.-L. *Les Obligations : 1. L'acte juridique*. 8^e éd. Paris : Armand Colin, 1998. Par Jean-Luc AUBERT. N°287.

⁵³² Dans ce sens : GHESTIN, J. *Traité de droit civil : la formation du contrat*. 3^e éd. Paris : LGDJ, 1993. n°110. La distinction entre le caractère absolu ou relatif de la nullité est atténuée voire en voie de disparition...

⁵³³ Article 1339 du Code civil.

⁵³⁴ Article 1340 du Code civil. Voir LARROUMET, C. *Droit civil : Les obligations, le contrat*. 4^e éd. Paris : Economica, 1998. Tome 3. n°541, p.522.

⁵³⁵ HAUSER, Jean, LEMOULAND, J.-J. Répertoire civil : V° : *Ordre public et bonnes mœurs*. N°35. Ce, depuis une trentaine d'années selon M. Alain BENABENT. In *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*. éd. Paris : Dalloz, 1996. p.30.

⁵³⁶ Dans ce sens, MEULDERS-KLEIN, M.-T. *A la recherche d'un modèle de justice*. In *Familles et justice* Ed. Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.608-609.

⁵³⁷ HAUSER, Jean et LEMOULAND, J.-J. *Idem*, n°46.

⁵³⁸ Pour Monsieur BEIGNIER, «l'état d'une personne est une question de droit privé parce qu'elle touche à un individu ; c'est une question de droit public en ce qu'elle est liée au bon fonctionnement de la société ». In *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*. éd. Paris : Dalloz, 1996.

public peut se poser relativement à la finalité recherchée. En matière de médiation familiale, l'ordre public intervient sur deux points distincts, d'une part l'accès à la médiation et d'autre part, l'accord issu de cette médiation. L'accès à la médiation est toujours possible, mis à part les cas particuliers où l'enfant est en conflit avec ses parents. Simplement, cette médiation pourra être autonome en fonction de la disponibilité des droits des parties. A défaut de droits disponibles, seule une médiation judiciairement contrôlée est possible. Il sera principalement question dans cette étude d'appréhender l'ordre public dans son rôle de limite à l'accord des membres de la famille parties à la médiation. En effet, la finalité primordiale de l'ordre public en droit privé, dans une perspective conventionnelle, est de limiter la liberté contractuelle des parties conformément à l'article 6 du Code civil⁵³⁹, tout en agissant comme une garantie des libertés et notamment de cette même liberté contractuelle car une trop grande liberté est liberticide. Il indique les droits qui sont disponibles. Monsieur François TERRE évoque l'ordre public en le comparant à «une médiation entre l'individu et la société»⁵⁴⁰. Or, comment définir cette limite ou cette garantie au regard du droit de la famille ?

6- Les droits dont les membres de la famille peuvent disposer. De façon classique, il faut distinguer les droits extrapatrimoniaux dans la famille qui sont d'ordre public des droits patrimoniaux plus ouverts sur le contrat⁵⁴¹. Néanmoins, cette distinction a évolué⁵⁴². En effet, alors qu'aujourd'hui certains droits extrapatrimoniaux peuvent entrer dans le champ contractuel sous réserve d'un certain formalisme⁵⁴³, d'autres droits patrimoniaux sont impératifs, ils intéressent l'ordre public⁵⁴⁴. Il ne faut pourtant pas confondre le caractère impératif d'une règle avec l'ordre public, car le second englobe le premier.⁵⁴⁵ *A priori*, tout règlement purement conventionnel d'un litige est à proscrire en raison de l'ordre public familial fut-il de protection et amoindri⁵⁴⁶. Selon Monsieur BENABENT, le droit de la famille ne serait pas un droit contractuel mais un droit qui se vit et s'il est possible de vivre en contradiction avec l'ordre public, il n'est pas possible de contracter dans ce sens. Et de façon plus extrême, il s'interroge sur le fait que «le droit de la famille n'est peut être plus d'ordre public...»⁵⁴⁷. Quant à Monsieur Philippe MALAURIE, il note le recul de l'ordre public familial dans les relations entre époux mais pas en ce qui concerne la protection de

⁵³⁹ Article 6 du code civil qui a vocation générale à s'appliquer, il est complété par l'article 1128 relatif à l'objet ou encore l'article 1133 sur la cause dans les contrats de droit commun.

⁵⁴⁰ TERRE, F. *Rapport introductif*. In *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*. éd.Paris : Dalloz,1996.

⁵⁴¹ Dans ce sens, GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3^e éd.Paris : LGDJ, 1993. n°122-123.

⁵⁴² GHESTIN, J. *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3^e éd.Paris : LGDJ, 199. n°123. HAUSER, Jean, LEMOULAND, J-J. Répertoire civil : V° : *Ordre public et bonnes mœurs*. n°119.

⁵⁴³ Avec par exemple un contrôle du juge, les conventions extrapatrimoniales sont soumises à l'homologation du juge, c'est le cas en matière de divorce sur requête conjointe.

⁵⁴⁴ C'est le cas des donations déguisées (article 1099 du code civil) ou encore du régime primaire qui est le dernier bastion de l'ordre public familial en matière patrimoniale malgré le principe de la liberté des conventions matrimoniales et avec la mutabilité judiciaire ou sous contrôle judiciaire du régime matrimonial conformément à l'article 1397 du Code civil (mais voir *infra* proposition de réforme de Irène THERY).

⁵⁴⁵ Voir : GHESTIN, J. *L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français*. In *Les notions à contenu variable en droit*. Travaux du Centre national de recherche de logique. Bruxelles, 1984, p.77 et s.

⁵⁴⁶ Dans ce sens : CORNU, G. *Les modes alternatifs de règlement des conflits : Rapport de synthèse*. In RIDC.1997. p.313-323, spéc.p.319.

⁵⁴⁷ BENABENT Alain, *L'ordre public en droit de la famille*. In *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*. éd.Paris : Dalloz,1996. Avec la coordination de Thierry REVET. Collection Thémis et commentaires.

l'enfant. En effet, «*la loi paraît se désintéresser des relations entre époux, alors qu'elle reste toujours attentive au rapport de l'autorité parentale avec les enfants* »⁵⁴⁸. Il existe un renforcement de l'ordre public à travers la loi vis-à-vis de l'enfant et parallèlement se fait jour un effacement de ce même ordre public en ce qui concerne les relations de couple. Il s'agit là du mouvement principal de l'ordre public familial dans le domaine qui nous intéresse. Il est possible de résumer l'ordre public familial à l'aube du XXI^{ème} siècle à l'intérêt de l'enfant et à celui de la famille, se réduisant à un ordre public de protection, protection des membres de la famille qui se trouvent en position de faiblesse. Est faible celui qui aime et qui risque d'être abusé par ceux qu'il aime ! Cet ordre public de protection est plus rigoureux dans le domaine extrapatrimonial que patrimonial. Il s'exprime de façon particulièrement draconienne vis-à-vis de l'enfant⁵⁴⁹.

7- Le rôle complémentaire de la médiation familiale. Il s'agira principalement d'une médiation familiale sous contrôle judiciaire. Il ressort en effet de cette première approche que l'étendue du champ contractuel ouvert à la médiation familiale est restreinte dans la mesure où l'ordre public familial, bien qu'il soit essentiellement de protection, demeure un obstacle à une médiation familiale autonome. La médiation familiale ne devrait principalement être appliquée que sous contrôle judiciaire pour permettre le respect de cet ordre public à savoir préserver l'intérêt des époux ou des membres du couple et surtout « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

8-La séparation impérative des aspects conjugal et parental. Bien que cette séparation ait pu être considérée en doctrine comme « mythique »⁵⁵⁰, l'étude de la disponibilité des droits des membres de la famille dans la perspective d'une médiation familiale fait ressortir une distinction à prendre en considération. En effet, selon que l'on applique la médiation familiale dans le cadre des rapports conjugaux ou parentaux, la vigueur de l'ordre public familial varie et par-là la liberté de résoudre conventionnellement les conflits familiaux. Il est ainsi impératif de séparer l'aspect conjugal de l'aspect parental en matière de conflits familiaux. Et malgré l'interdépendance des droits familiaux, une médiation globale n'est *a priori* pas souhaitable. L'effacement, d'un côté et le renforcement de l'ordre public familial de protection, de l'autre, doivent être analysés pour mettre en lumière le champ contractuel ouvert à la médiation familiale. En d'autres termes, il semble se dégager un *ordre public de protection effacé* dans le cadre des rapports du couple⁵⁵¹, alors que celui-ci apparaît *renforcé* dans le cadre des rapports parentaux.

⁵⁴⁸ MALAURIE, Philippe. *Rapport de synthèse* In *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*. In *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*. éd.Paris : Dalloz,1996. Avec la coordination de Thierry REVET. Collection Thémis et commentaires. p.111. Dans ce sens aussi : MEULDERS-KLEIN, M-T. *Familles et justice : à la recherche d'un modèle de justice. Rapport de synthèse et conclusions générales*. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles :LGDJ, Bruylant, 1997. p.635.

⁵⁴⁹ Dans le cadre de cette étude ne sera abordé que le contentieux qui concerne la famille restreinte, c'est-à-dire les parents et leurs enfants et non la famille au sens large qui mériterait une étude indépendante.

⁵⁵⁰ MALAURIE, P, AYNES, L. *La famille*. 6^e éd.Paris : Cujas, 1998/1999. N° 773.

⁵⁵¹ Il est nécessaire d'évoquer le couple en général (Voir :*La notion juridique de couple*. éd.Paris :Economica,1998. Sous la direction de Clotilde BRUNETTI-PONS. collection Etudes juridiques.). Une notion qui est apparue pour la première fois dans un texte de loi avec les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 en matière de procréation médicalement assistée (Articles L.152-2 et suivants du Code de la santé publique. Les concubins sont pris en compte à ce titre à l'article 311-20 du Code civil. La notion de couple fait référence au couple actuel qui est « périssable », notamment en raison de l'augmentation de la durée de la vie et des « compositions et décompositions puis

I. La médiation familiale appliquée aux conflits du couple : un ordre public de protection effacé.

9-L'état des personnes implique actuellement une médiation familiale principalement sous contrôle judiciaire. Alors que le doyen Jean CARBONNIER a évoqué l'idée d'une « automédiation » (« l'automédiation... la médiation sans médiateur ». « A quoi bon s'embarrasser de ce tiers dont la présence, paternaliste (fût-ce inconsciemment), est infantilisante pour les parties- leur médiateur secret, ce sera la conscience que chacune d'elle nourrit des limites de ses propres prétentions »⁵⁵²), la doctrine s'accorde pour affirmer que la médiation qui suppose un règlement conventionnel d'un litige à titre d'alternative à la justice étatique est inconcevable en matière familiale car l'ordre public de protection, qui existe en la matière notamment à travers l'indisponibilité de l'état des personnes, ne permet pas l'utilisation de la médiation en tant que règlement alternatif d'un conflit familial. Pour PLANIOL et RIPERT : « l'état d'une personne n'est pas, à vrai dire, l'ensemble de ses droits et obligations. C'est une situation juridique, au respect de laquelle l'ordre public est intéressé. C'est ce qu'il importe de comprendre pour poser l'importante question de l'indisponibilité de l'état »⁵⁵³ et selon le doyen Jean CARBONNIER : « ...l'état ... c'est la personne elle-même, considérée dans ses rapports familiaux »⁵⁵⁴. « L'état d'une personne traduit ses qualités permanentes, celles qui ne changent pas... »⁵⁵⁵ notamment par la seule volonté qui ne peut modifier les droits et devoirs qui découlent de cet état sans emprunter les formes et les conditions prévues à cet effet par la loi. Et si le principe de l'indisponibilité de l'état a longtemps été interprété de façon extensive, il a perdu de sa rigidité. Monsieur BEIGNIER considère même que ce principe est aujourd'hui « ruiné » depuis l'avènement du transsexualisme comme cause de changement de l'état civil par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 11 décembre 1992⁵⁵⁶. Une telle conclusion semble un peu extrême mais il est vrai que les effets de la volonté grandissent en matière d'état des personnes⁵⁵⁷. La médiation est même conçue en

recompositions » des familles. Voir dans ce sens : MEULDERS-KLEIN. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.634.) et le PACS reprend indirectement cette notion de couple. En effet, dans sa décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a estimé que la vie commune requise en matière de PACS s'entendait de la vie de couple des partenaires : Décision 99-419 DC du 09/11/99 (R.D.fam décembre 1999 Hors série *Le pacs*).

⁵⁵² CARBONNIER, Jean. *Réflexion sur la médiation*. In Institut suisse de droit comparé. *La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?* Ed.Zurich : Schulthers polygraphischer Verlag, 1992. Cité par RONFANI, P. In *La déjudiciarisation du contentieux familial*. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997.

⁵⁵³ Il s'agit de la célèbre définition de PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique de droit civil français*. Tome I, *Les personnes* par René SAVATIER, 2^{ème} éd. 1952. n°15.

⁵⁵⁴ CARBONNIER, J. *La famille*. 19^è éd.PUF.1998. Tome 2. n° 268.

⁵⁵⁵ MALAURIE, P, AYNES, L. *Les personnes*. 4^{ème} édition Cujas 1999, n°101.

⁵⁵⁶ BEIGNIER, Bernard. *L'ordre public et les personnes* In *Annuaire universitaire des sciences sociales de Toulouse*. 1994, p.39-47, spéc. P.47. Et In *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*. éd.Paris : Dalloz,1996. Avec la coordination de Thierry REVET. Collection Thémis et commentaires.. Voir aussi : JCP.1992, II, 21955, obs. GARE, T.

⁵⁵⁷ TERRE, F, FENOUILLET, D. *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*. 6^è éd.Paris : Dalloz, 1996. n°131 ; voir aussi en matière de filiation : T.G.I de Nice, 30/06/76, G.P.1977, 1, p.48, note PAILLET, E.

doctrine comme «*un processus d'élaboration de la décision judiciaire impliquant une participation active du justiciable aux décisions le concernant* »⁵⁵⁸.

10- Les couples concernés : époux, pacsés et concubins ? La doctrine traite généralement de la médiation familiale par la seule référence aux époux et en particulier au divorce domaine de prédilection de celle-ci. Malgré sa récente définition introduite dans le Code civil, le concubinage est toujours une union de fait⁵⁵⁹. La question doit être envisagée en ces temps de réforme. En effet, au regard de la médiation familiale, qu'en est-il du couple de concubins et de pacsés?

11-Il convient maintenant de circonscrire les droits indisponibles pour tenter une approche de la réalité de l'ordre public familial de protection qui limite actuellement le champ contractuel ouvert aux époux, voire au couple en général. Pour cela il faut distinguer les droits patrimoniaux des droits extrapatrimoniaux, sujets de prédilection de l'ordre public familial.

A. Les droits patrimoniaux indisponibles du couple:

12-Le régime primaire des époux dernier bastion de l'ordre public familial en matière patrimoniale. Commun à tous les époux, il comprend les droits et les devoirs respectifs des époux : comme le devoir de fidélité, de secours, d'assistance, de contribution aux charges du mariage, de communauté de vie, de solidarité quant aux dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants⁵⁶⁰... Ces devoirs sont d'ordre public conformément aux dispositions de l'article 1388 du Code civil qui dispose : «*Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage...* » Mais en dehors du régime primaire, le principe est celui de la liberté des conventions matrimoniales⁵⁶¹. Les époux sont libres de choisir le régime matrimonial qui leur convient même s'il ne s'agit pas de l'un de ceux énoncés au Code civil. Il leur est aussi possible de changer de régime matrimonial pendant le mariage en vertu de l'article 1397 du Code civil. Dans ce dernier cas, tout changement doit être soumis à l'homologation du juge aux affaires familiales qui apprécie si ce changement intervient bien dans l'intérêt de la famille. Le principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux demeure, même si d'absolu jusqu'en 1965 il est devenu relatif⁵⁶². Plus récemment et conformément au souhait des notaires⁵⁶³, le rapport THERY préconise «*une plus grande autonomie dans le changement de régime matrimonial* » pour les époux. En effet, 95% des changements proposés sont homologués et surtout la France a ratifié la Convention de la Haye intégrée sur ce point dans notre droit interne par une loi du 28 octobre 1997 qui permet aux couples mixtes de changer par simple convention leur régime

⁵⁵⁸ CREMONT, G. 95^{ème} Congrès des notaires de France, Marseille, 9-12 mai 1999. *Rupture du couple et médiation familiale*. JCP. (N). 1999, p.319.

⁵⁵⁹ Art.515-8 nouveau du Code civil.

⁵⁶⁰ Bien que la vigueur de certains de ces devoirs soit de moins en moins importante. Voir à propos du devoir de fidélité en tant que faute cause de divorce : un devoir qui devient moins contraignant (mouvement amorcé en matière de divorce pour faute qui relativise les devoirs et obligations du mariage en cours d'instance en divorce avec principalement le relâchement du devoir de fidélité pendant la procédure de divorce : cass.civ.2^{ème}, 29/04/94, Les petites affiches du 3 janvier 1996. Voir aussi : BALESTRIERO, Véronique. *Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce*. In Les petites affiches du 8 novembre 1995, p.17 à 23).

⁵⁶¹ MATHIEU. *La liberté des conventions matrimoniales*. J.C.P.1989, (N), I, p.321.

⁵⁶² Voir les articles 1396 et 1397 du Code civil.

⁵⁶³ Voir LECUYER, Hervé. *Du gracieux, de grâce...* R.D.fam. décembre 1997. Repères.

matrimonial⁵⁶⁴. C'est une question d'harmonisation. M^{me} THERY propose de «supprimer l'obligation d'une homologation judiciaire » et de «prévoir cependant une information obligatoire des enfants par le notaire, afin que ceux-ci puissent agir en justice en cas de lésion de leurs intérêts »⁵⁶⁵.

13-Le «déconcubinage». Les rapports patrimoniaux du couple de concubins qui se séparent pourrait faire l'objet de façon systématique d'une médiation préventive qui épargnerait la justice, contrainte d'appliquer des règles empruntées de-ci de-là pour ne pas se rendre coupable de déni de justice dans une situation de fait que les intéressés ont justement mise en place pour échapper à la loi. Entre concubins, le droit commun des contrats est applicable. Quant aux libéralités, les concubins sont fiscalement considérés comme des tiers, contrairement aux pacsés, et les donations déguisées ne leurs sont pas interdites.⁵⁶⁶

14-Le statut patrimonial minimum des pacsés. En matière de PACS, il existe un statut patrimonial de base qui est indisponible. Il s'agit du devoir d'aide mutuelle et matérielle entre les partenaires. Seules les modalités de cette aide sont aménageables conventionnellement⁵⁶⁷.

15-Vers une médiation autonome pour les époux ? Toute application de la médiation familiale dans le cadre des droits et devoirs du mariage, résultant du régime primaire impératif ou dans le cadre du changement de régime matrimonial tel qu'il existe actuellement, doit être judiciairement contrôlée. Le juge est tenu de garantir le respect de l'ordre public familial à travers la préservation de l'intérêt de la famille, dont il est le gardien, bien que l'on puisse actuellement se demander au vu de l'évolution de celle-ci si son intérêt, l'enfant mis à part, n'est pas de s'autoréguler purement et simplement. *De lege ferenda* la tendance est à la libéralisation de la matière patrimoniale, pour la laisser à la merci du droit commun des contrats et comme telle, elle pourra faire l'objet d'une médiation autonome⁵⁶⁸. Néanmoins, il est nécessaire de garder une certaine méfiance vis à vis de la liberté contractuelle qui est souvent source d'inéquité, l'équilibre contractuel n'étant pas une condition de fond de validité du contrat. Il est cependant difficile d'aller à l'encontre de ce vent libertaire qui souffle sur la relation de couple, sur la façon dont elle est appréhendée par le droit qui la laisse s'ouvrir sur le droit commun des contrats. La relation du couple devient une « zone de conquête » du contrat, elle l'était déjà sur le plan

⁵⁶⁴ Citée par Irène THERY : *Couple, filiation et parenté aujourd'hui le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. Ed.Paris : Odile, 1998. p.104.

⁵⁶⁵ THERY, I. *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*. Ed.Paris : Odile Jacob, La Documentation française, 1998. p. 104. voire pour un changement de régime matrimonial plus libre mais avec une action en retranchement plus étendue HAUSER, Jean. *Au-delà, la famille*. Droit e patrimoine n°73, Juillet-Août 1999, p.82.(95^{ème} Congrès des Notaires de France, rapport de synthèse).

⁵⁶⁶ De plus, depuis un arrêt de la première chambre civile du 3 février 1999, le problème de la cause immorale ou illicite en matière de libéralités entre concubins ne se pose plus : « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* ».D. 1999, IR, p.60.

⁵⁶⁷ Article 515-4 nouveau du Code civil, voir décision du Conseil constitutionnel précédemment citée (31^{ème} considérant)R.D.Fam Décembre 1999, Hors-série *le pacs*.

⁵⁶⁸ En dehors des deux exemples développés on peut citer la possibilité pour les époux d'aménager leur évolution successorale par le biais de donations ou de testament. Voir HAUSER, J et LEMOULAND, J-J. *Ordre public et bonnes mœurs* op.cit, n°119. GHESTIN, J. *Traité de droit civil : la formation du contrat*. 3^e éd.Paris : LGDJ, 1993. n° 122. Mais il ne faut pas oublier la prohibition des pactes sur successions futures : article 1130 du Code civil.

patrimonial, elle le deviendra peut-être sur le plan extrapatrimonial si l'on se réfère aux réformes législatives envisagées (divorce sans juge). L'avenir du couple ne regarde finalement que lui mais sans doute le plus faible demeurera celui qui aime et le plus fort celui qui se détache de l'autre...

16-Le domaine de la médiation familiale autonome. Les concubins pourront sans doute bientôt aménager officiellement leur vie de couple d'un point de vue patrimonial, à l'image du pacte de tontine, par un contrat que l'on peut qualifier de contrat de concubinage⁵⁶⁹. Les pacsés, quant à eux, ont un champ contractuel patrimonial très étendu qui pourra faire l'objet d'une médiation autonome. Et en ce qui concerne les époux, seules les médiations annexes peuvent être totalement autonomes. Citons pour exemple le cas de la contribution aux charges du mariage, si le principe de cette contribution est impératif car elle fait partie du régime primaire, les modalités d'exercice de ce droit sont disponibles et les époux peuvent les aménager, en cas de désaccord une médiation autonome est ainsi possible. Ce qui n'est pas sans rappeler le cas du PACS précédemment cité. Ou encore, il est possible d'envisager une médiation familiale autonome dans le cadre des conflits relatifs à une vente entre époux ou à un contrat de société entre époux. Il est difficile de donner une liste exhaustive de tous les droits disponibles, mieux vaut donner une définition négative du domaine d'application de la médiation familiale dans le cadre des rapports du couple qu'il s'agisse des droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux.

B. Les droits extrapatrimoniaux indisponibles du couple

17-L'enjeu principal du contentieux extrapatrimonial c'est la formation et la rupture du couple. Dans le cadre du divorce, elle touche à l'état des personnes, le champ contractuel pouvant faire l'objet d'une médiation autonome est donc quasi-inexistant sur les droits extrapatrimoniaux en jeu, seules les modalités d'exercice de ces droits peuvent être négociées mais sous contrôle judiciaire. Relativement aux concubins, la question de l'aménagement conventionnel du concubinage et de sa rupture est délicate ; les pacsés, quant à eux, ne sont pas sensés avoir acquis un nouvel état. Pourtant l'insertion de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS dans le Code civil au Livre 1^{er} relatif aux personnes est troublant. Un « *état civil parallèle* » en devenir a pu être évoqué en doctrine à leur sujet.⁵⁷⁰

1°) Le couple de pacsés :

18-Il est possible de concevoir une médiation autonome dans le cadre de la rupture du PACS. Ce dernier étant un contrat qui peut se défaire par le seul *mutuus dissensus*. L'article 515-7 nouveau du Code civil dispose également que « *les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation des droits et obligations résultant pour eux du pacte civil de solidarité. A défaut d'accord le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture, sans préjudice du dommage*

⁵⁶⁹ Proposition de loi relative au mariage, au concubinage et aux liens de solidarité modifiée par le Sénat le 23 mars 1999 : Article 310-3 : « *Les concubins peuvent conclure un contrat par acte authentique ou sous seing privé pour régler tout ou partie de leurs relations pécuniaires et patrimoniales et organiser leur vie commune* » (<http://www.senat.fr>). Voir sur les contrats de concubinage ponctuels portant sur le sort d'un bien précis acheté par les concubins, voire de véritables contrats de concubinage : BENABENT, A. *La famille*. 9^e éd. Paris : Litec, 1998. n°26

⁵⁷⁰ LEMOULAND, J-J. *Présentation de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité*. D. 1999. Chron. p.483 et s. spéc. p.484.

éventuellement subi ». Le juge compétent sera certainement le tribunal de grande instance et il est possible d'imaginer qu'il appliquera les méthodes traditionnellement utilisées dans le cadre de la liquidation conflictuelle du concubinage.

2°) Le couple de concubins :

19-L'aménagement conventionnel du concubinage et de sa rupture ? A première vue, une telle hypothèse est à exclure dans la mesure où elle serait constitutive d'une fraude à la loi sur le mariage. Pourtant, le choix fait par deux personnes de vivre en concubinage et non en mariage était jusque là significatif du refus d'adhérer au statut matrimonial avec les obligations qui en découlent. Par conséquent, les concubins peuvent *a priori* avoir recours à la médiation familiale en tant qu'alternative à la justice étatique. Et hormis sa récente définition légale, le concubinage n'est pratiquement pas pris en compte par la loi, si ce n'est pour faire perdre aux ex-époux des avantages acquis lors du divorce ou en ce qui concerne certains droits fondamentaux comme en matière de sécurité sociale, de droit au bail, avec la possibilité de percevoir des dommages et intérêts pour rupture abusive, l'indemnisation du fait du décès du concubin reconnue par la jurisprudence de façon extensive depuis l'arrêt Dangereux.

20-La liquidation du concubinage, couple de fait dont l'existence repose sur une communauté de vie stable⁵⁷¹ en dehors du mariage qui en est le modèle, n'est pas réglementée et le juge doit avoir recours par analogie à d'autres règles légales pour trancher le litige. Ces règles sont généralement la liquidation des biens sur la base d'une société créée de fait sur la preuve de ses trois conditions⁵⁷² ou encore la théorie de l'enrichissement sans cause.

21-Bien que l'hypothèse d'un aménagement conventionnel du concubinage et en particulier de sa rupture soit extrêmement rare, la jurisprudence a récemment eu à connaître d'une affaire de ce type. En l'espèce, deux concubins avaient conclu une convention de concubinage dans laquelle le concubin s'engageait à indemniser la concubine en cas de rupture. Or, alors qu'ils venaient de souscrire cet engagement, la concubine a « sollicité les faveurs d'un tiers avec offre de vie commune ». Le concubin s'estimant trompé invoque la réticence dolosive pour faire annuler la convention. La cour d'appel d'Aix en Provence, saisie de cette affaire, dans une décision du 26 septembre 1997⁵⁷³ retient effectivement que le dol a été déterminant. La doctrine évoque alors la question de l'alternative qui s'offre au magistrat, l'application pure et simple du droit commun des contrats ou celle de la législation relative aux époux. Or, aucune de ces deux solutions n'est satisfaisante et l'aménagement conventionnel pur et simple du concubinage reviendrait à frauder ouvertement et à détourner le statut matrimonial qui est impératif. Mais si une telle convention ne peut être légitimée par la jurisprudence, elle peut par contre être utile dans le cadre d'une médiation familiale autonome qui ne déboucherait sur un recours devant le juge aux affaires familiales qu'en cas d'échec de celle-ci. Malgré cette décision, en l'état actuel du droit positif, l'aménagement conventionnel de la rupture

⁵⁷¹ Sous-entendue de toit et de lit. Article 515-8 nouveau du Code civil : « *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

⁵⁷² Article 1832 du Code civil

⁵⁷³ Aix en Provence, 26/09/97, JCP.1998, IV, 1949 ; RTDCiv.1998, p.660. obs. HAUSER, J.

du couple de fait, en tant que telle, ne semble pas plus valable que l'aménagement de la rupture de fait du couple conjugal.

3°) les époux :

22- L'exclusion des pactes de séparation amiable. La rupture du mariage du vivant des époux passe par le divorce et les pactes de séparation amiable sont nuls. En effet, ils ont été longtemps interdits par l'ancien article 307 alinéa 1^{er} *in fine* et aujourd'hui en raison du devoir de communauté de vie qui a un caractère impératif, puisque faisant partie du régime primaire, il est impossible d'y déroger par convention. De plus, la jurisprudence a depuis longtemps condamné les pactes de séparation amiable⁵⁷⁴. Pourtant, depuis la fin de l'année 1997, il est question de réformer le divorce, notamment le divorce sur requête conjointe dans le sens de sa simplification, mais également de créer un divorce administratif, c'est-à-dire un divorce extrajudiciaire⁵⁷⁵. Une telle possibilité est généralement avancée dans le cas où les époux n'auraient ni biens importants à liquider, ni enfants⁵⁷⁶. Les pactes de séparation amiable seraient ainsi validés, une médiation familiale autonome de nature à régler le divorce administratif serait envisageable. Comme c'est déjà le cas pour d'autres droits extrapatrimoniaux comme l'accord des époux sur le maintien du nom d'usage du conjoint dans le cadre du divorce. Le recours au juge n'étant pas indispensable en la matière si les époux réussissent à se mettre d'accord. En effet, les époux peuvent même passer une convention sur l'usage du nom du conjoint une fois le divorce prononcé⁵⁷⁷.

23- La médiation en matière familiale ne peut être, une fois de plus, qu'un complément de la justice étatique⁵⁷⁸ lorsqu'elle touche aux droits auxquels les membres de la famille ne peuvent renoncer⁵⁷⁹. Les seuls cas dans lesquels elle pourrait être une véritable alternative sont très restreints et ne concernent que les questions secondaires d'un conflit, ce qui n'est pas le cas du divorce ou de la séparation de corps.

24- L'applicabilité de la médiation en matière de divorce. Le contentieux familial peut être découpé en deux phases celle de la fondation et de la vie de la famille,

⁵⁷⁴ Civ, 14/06/1882, D.P.1883, I, p.248. Voir : RICHARDOT, H. *Les pactes de séparation amiable entre époux*. Thèse, Dijon.1930 ; SAVATIER, R. *Les conventions de séparation amiable* RTDCiv.1931, p.535.TENDLER. *Les pactes de séparation amiable*, D.1979, chron., p.263 ; Civ.2^{ème}, 22/04/77, D.1977, IR, p.359. Sur la nullité d'une donation entre époux faite en vue d'assurer l'exécution d'une convention de séparation amiable : Civ, 02/01/07, I, p.137, note COLIN.

⁵⁷⁵ GUIGOU, E. In Droit et patrimoine de décembre 1997.p.10 et s. Voir les propositions d'Irène THERY dans ce sens : avec la création d'un *divorce sur déclaration commune*. In *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*. Edition Odile Jacob.1998, p.122 et s.

⁵⁷⁶ LABBEE, X. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?* 1996, édition Presses universitaires du Septentrion. p.91. Voir: *Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*. Rapport au Garde des Sceaux, septembre 1999. Sous la présidence de Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ. <http://www.ladocfrancaise.gouv.fr>

⁵⁷⁷ Paris, 02/03/89, D.1990, Som.Com, p.116, obs. .BENABENT, A.

⁵⁷⁸ MEULDERS-KLEIN, M-T. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.630. « *La médiation n'est pas alternative mais complémentaire à la justice* ». LIGOT, F. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p.430 : « *il est néanmoins certain que la médiation familiale ne pourra jamais se poser comme une alternative du processus judiciaire mais seulement en complément* ». CORNU, G. *Les modes alternatifs...Préc.cit*, p.323.

⁵⁷⁹ LAPOYADE-DESCHAMPS, A. *Les renonciations en droit de la famille*. D.1993, chron., p.259-264.

d'une part et celle de sa dissolution, d'autre part⁵⁸⁰. Celui qui apparaît comme le plus important, c'est le contentieux relatif au divorce. Or, le texte de la loi du 8 février 1995, dans son article 21 1°, a pu paraître ambigu. Il semble exclure l'application du texte en matière de divorce et de séparation de corps⁵⁸¹, alors que ces deux domaines sont les domaines phares d'application de la médiation familiale dans les pays qui la pratiquent⁵⁸². Pourtant, une lecture attentive de l'article 21 de la loi permet d'affirmer qu'il n'en est rien et que la médiation est possible en matière de divorce ou de séparation de corps. En effet, l'article 21 de la loi dispose :

« Le juge peut, après avoir obtenu l'accord des parties, désigner une tierce personne remplissant les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat pour procéder :

1° soit aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps ;

2° Soit à une médiation, en tout état de la procédure et y compris en référé, pour tenter de parvenir à un accord entre les parties... »

Le texte est donc clair, il différencie expressément médiation et conciliation⁵⁸³, précisant simplement que la conciliation ne pourra pas être confiée par le juge à une tierce personne en matière de divorce et de séparation de corps. Ce qui s'explique par le fait que cette mission de conciliation⁵⁸⁴ est de la compétence exclusive du juge aux affaires familiales. L'exclusion de ces deux domaines d'application n'est pas visée dans le 2°. Toute exception étant d'interprétation stricte, il y a lieu de considérer que la médiation est applicable en matière de divorce. Ce qui ne résout pas pour autant le problème de la disponibilité des droits des époux en la matière. Or, la qualité d'époux, comme celle de divorçant ou de divorcé⁵⁸⁵ font partie de l'état des personnes qui est indisponible.

25- Le caractère d'ordre public des droits extrapatrimoniaux. En dehors de la possibilité relative au nom d'usage du conjoint ci-dessus, ce caractère a été, entre autre, affirmé par les articles 16-1 et 16-5 du Code civil⁵⁸⁶. Selon Monsieur Loïc CADIET⁵⁸⁷ : le conventionnel ne saurait évincer le judiciaire mais le judiciaire n'exclut

⁵⁸⁰ Découpage emprunté aux professeurs Danièle HUET-WEILLER et Jean HAUSER (*Fondation et vie de la famille et dissolution de la famille*. Ed.LGDJ 1991 et 1993).

⁵⁸¹ Pour l'application de la médiation en matière de divorce : CATALA, P : *A propos des modes alternatifs*. In *La lettre du Jurisclasseur* de février 1998. Sur l'ambiguïté de l'article 21-1° et les interprétations doctrinales Voir MEULDERS-KLEIN, M-T. *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Analyse comparative*. RIDC.1997, p.402. et surtout : CADIET, L. JCP.1995, I, 3846, n°.15, p.213 citant M.BOUTON, et sur l'interprétation confuse qui a pu en résulter : CEVEAR- JOURDAIN, Gaz. Pal. 5 et 6 Décembre 1997. P.13 *in fine*.

⁵⁸² Comme le Québec, qui demeure le modèle en la matière. *La médiation familiale*, sous la dir. De L. LAURENT-BOYER, p.27.

⁵⁸³ Voir sur la spécificité de la conciliation en matière de divorce par rapport à la médiation : CEVEAR- JOURDAIN, Gaz. Pal. 5 et 6 Décembre 1997. P.13.

⁵⁸⁴ Mission confiée au juge aux affaires familiales par l'article 1074 du nccp.

⁵⁸⁵ Pendant la procédure de divorce ou lorsqu'il s'agit de remettre en cause les conventions passées dans le cadre de la procédure de divorce, en particulier dans le cadre divorce sur requête conjointe. Voir : BALBO-IZARN, N. *Conventions entre époux et divorce : contribution à la définition d'un ordre public conjugal de séparation*. Thèse, Toulon, 2000.

⁵⁸⁶ BEIGNIER, B. *L'ordre public et les personnes*. In *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*. éd.Paris : Dalloz,1996. Avec la coordination de Thierry REVET. Collection Thémis et commentaires.p.33-34.

⁵⁸⁷ CADIET, L. *A la recherche du juge de la famille*. In *Familles et justice*. Ed.Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant, 1997. p 241.

pas le conventionnel et l'amiable. C'est une possibilité qui s'ouvre sur une médiation familiale complémentaire à la décision du juge. En effet, si le droit de se marier ou encore de divorcer sont des droits fondamentaux pour les époux dont ils ne peuvent disposer, cela ne les empêche pas par exemple de divorcer sur requête conjointe et donc de régler conventionnellement tous les effets du divorce, encore faut-il que le juge aux affaires familiales homologue ces conventions. Le Doyen CORNU compare la médiation familiale québécoise avec ce qu'il appelle « *son homologue français* » : le divorce gracieux français, c'est-à-dire, le divorce sur requête conjointe.⁵⁸⁸ Dans ce dernier cas, il s'agit alors d'une « médiation » obligatoire conformément à l'article 230 et suivants du Code civil⁵⁸⁹. En effet, le règlement conventionnel des effets du divorce sur requête conjointe est obligatoire. La médiation civile issue de la loi de 1995 prévoit seulement que les parties auront la possibilité, et non l'obligation, de soumettre leur accord à l'homologation du juge, ce qui donnera force exécutoire à cet accord.

26- Nature de l'homologation de l'accord négocié. L'homologation a-t-elle l'autorité de chose jugée ? L'article 131-12 précise « *l'homologation relève de la matière gracieuse* ». La nature juridique de l'homologation revient à se demander si l'accord négocié demeure simplement contractuel avec force exécutoire ou s'il devient juridictionnel parce qu'intégré par un acte : l'homologation, qui serait considéré comme étant un acte juridictionnel. Il aurait alors la même force exécutoire qu'une décision de justice. Or, à la question, l'homologation est-elle un acte juridictionnel ? Il faut répondre en opérant une distinction selon que l'accord homologué touche ou non à l'état des personnes, c'est-à-dire si l'ordre public est ou non concerné. La question a récemment évolué, une homologation en matière de divorce sur requête conjointe a en principe un caractère juridictionnel, alors que « *l'homologation judiciaire laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime des époux...* »⁵⁹⁰ le changement de régime matrimonial n'opérant pas un changement d'état.

27- Une controverse existe sur la nature juridictionnelle des décisions gracieuses. Pour que la décision rendue ait autorité de la chose jugée, elle doit remplir un certain nombre de conditions⁵⁹¹. En premier lieu, elle doit émaner d'une juridiction, c'est le cas. Ensuite, il doit s'agir d'une décision définitive qui réalise la triple identité de parties-cause-objet empêchant sa remise en cause ultérieure, ce qui suppose que le juge soit dessaisi de l'affaire. Or, en vertu de l'article 952 du nouveau Code de

⁵⁸⁸ CORNU, G. *Les modes alternatifs de règlement des conflits : Rapport de synthèse*. RIDC.1997p.313-323, spéc.p.319.

⁵⁸⁹ Bien que la médiation familiale soit obligatoire depuis 1997 au Québec préalablement au divorce.

⁵⁹⁰ Civ.1^{ère}, 14/01/97, JCP.1997, II, 22912, note PAILLET, E. Et plus récemment : voir Civ.1^{ère}, 05/01/99, JCP.1999, II, 10094, note CASEY, J. Décision concernant la recevabilité d'un recours en révision contre le jugement d'homologation de changement de régime matrimonial.

⁵⁹¹ Pour le caractère juridictionnel : GUINCHARD, VINCENT. *Procédure civile*. 25^e éd.Paris : Dalloz, 1999. n° 114 et s ; BALENSI, I. *L'homologation judiciaire des actes juridiques*. RTDCiv.1978, p.42 et s, spéc, n°12. GROSLIERE, J-C. *La réforme du divorce*. Ed.Paris : Sirey, 1976. N°36. LAFOND. *L'homologation par le juge aux affaires matrimoniales des conventions des époux en matière de divorce sur requête conjointe*. JCP. (N).1977, p.103 et s. LIENHARD, C. *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales dans le nouveau divorce*. Thèse, Strasbourg, 1983. *Idem*, éd.Paris, Economica, 1985. N°34. DE NINIVIN, L. *La juridiction gracieuse dans le nouveau Code de procédure civile*. Litec, 1983, Paris. N°286-287. Contre : BERGEL, J-L. *Juridiction gracieuse et matière contentieuse*. D.1983, chron., p.170 et s. D'AMBRA, D. *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*. Ed.Paris, LGDJ. Préf. Georges WIEDERKEHR. Bibliothèque de droit privé tome 236.

procédure civile, le juge gracieux a la possibilité de modifier ou de rétracter sa décision, il n'est ainsi pas dessaisi de l'affaire. A alors été évoqué l'idée de «*l'autorité de chose décidée* »⁵⁹². De plus, en matière de divorce, toutes les voies de recours habituelles contre les actes juridictionnels ne sont pas applicables, les conventions homologuées par le juge aux affaires familiales sont insusceptibles d'appel, conformément à l'article 1102 du nouveau Code de procédure civile. Mais le critère essentiel du caractère juridictionnel, c'est l'office du juge. En effet, la décision gracieuse aura autorité de chose jugée dans toutes ses parties qui auront fait l'objet d'un contrôle du juge. Or, celui-ci n'est pas expressément prévu par les textes de la médiation civile issue de la loi de 1996. Si le juge se contente d'opérer par son homologation un simple enregistrement de l'accord auquel il confère force exécutoire sans vérifier par exemple que l'intérêt des parties est respecté, la décision ne sera pas juridictionnelle⁵⁹³. La médiation familiale ne peut se concevoir que comme un complément qui permette de pallier tout contentieux postérieur à une décision du juge aux affaires familiales, tout en ayant la garantie du respect de l'ordre public procédural par l'intermédiaire de la justice judiciaire⁵⁹⁴.

28- La nécessité d'une médiation quel que soit le cas de divorce. Si les textes relatifs à la médiation civile issue de la loi de 1995 évoquent celle-ci lorsque le juge est saisi d'un litige, donc *a priori* d'une matière contentieuse, il peut désigner un médiateur. L'article 131-1 du nouveau Code de procédure civile semble ainsi limiter l'application de la médiation au cas où le contentieux existerait déjà. Alors que l'on sait bien que le divorce sur requête conjointe génère le contentieux postérieur au divorce le plus important⁵⁹⁵. Pourquoi ? Le divorce nécessite un traitement émotionnel en profondeur, les époux doivent extérioriser leur rancœur, l'échec du mariage ; à défaut de quoi, le divorce prononcé à l'amiable recèlera un contentieux latent. Une médiation familiale permettrait de juguler cette évolution contentieuse. Elle servirait d'exutoire. La doctrine évoque une dizaine d'étapes émotionnelles relatives au divorce⁵⁹⁶, une phase préjudiciaire de règlement des conflits relatifs à la désunion a été suggérée. Cette dernière permettrait de réunir les parties et leurs conseils respectifs afin de négocier de futures conventions de divorce. Selon un avocat, le lieu de cette pratique serait les maisons du Barreau. Cette « phase

⁵⁹² SCHWARTZENBERG, R-G. *L'autorité de chose décidée*. LGDJ, Paris, 1969. Idée reprise par D'AMBRA, D. *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*. LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 236, 1994. p.288.

⁵⁹³ En matière de divorce, selon M^{me} Irène THERY : « Plus le divorce négocié est banalisé, plus le juge médiateur perd son rôle de tiers et devient une « caisse enregistreuse » ». *Les désarrois du démarriage*. In *Tout négocié, Masque et vertiges des compromis*. Sous la direction de Henri-Pierre JEUDY ; éd.Paris : Autrement, 1996. Collections mutations. p.75.

⁵⁹⁴ Le mouvement de contractualisation de la justice s'accompagne d'une demande de garanties procédurales, ce qui peut paraître paradoxal. Dans ce sens : BRUNET, Bernard. *Les modes alternatifs de règlements des litiges Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit*. In *Gaz.Pal.* 21 au 23/12/97, doct.p.2 et s, spéc.p.5.

⁵⁹⁵ CATALA, Pierre. *A propos des modes alternatifs*. In lettre du Juris-classeur, n° 7- février 1998, p.3 ; COULON, Jean-Marie, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*. *Gaz.Pal.* du vendredi 17 et samedi 18 janvier 1997, p.68.

⁵⁹⁶ 1) la menace de la séparation, 2) la séparation, 3) le déni, 4) le choc, 5) la colère, 6) le marchandage, 7) la dépression, 8) l'isolement, le retrait, 9) l'acceptation, 10) la reprise de la vie sociale. DAHAN, Jocelyne. *La médiation familiale*. éd. Morisset, coll. Essentialis, 1996, p.38-40. La doctrine a pu évoquer le désamorçage de « la charge passionnelle », comme une mission que peut remplir la médiation. MARTIN, Raymond. *Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation*. *JCP*, 1996, I, 3977, n° 14.

préjudiciaire de concertation-médiation »⁵⁹⁷ semble avoir toute son utilité dans le cadre de tout divorce qu'il soit contentieux ou gracieux. Lorsqu'il est saisi, le juge aux affaires familiales peut de façon préventive faire parvenir aux parties un formulaire de présentation de la médiation familiale, avec l'adresse d'une association qui la pratique. Ce, non en vue de résoudre le conflit mais de permettre le rétablissement de la communication entre les parties en vue de la négociation d'un accord qui pourra ensuite être intégré à la décision qu'il prendra et qui sera mieux appliquée qu'une décision purement et simplement imposée⁵⁹⁸.

29- Conclusion de la première partie. De façon générale, les droits des époux qui sont indisponibles ne peuvent faire l'objet d'une médiation autonome mais seulement sous contrôle judiciaire ; alors que les modalités d'exercice de ces droits semblent se détacher pour, d'une certaine façon, devenir disponibles. Aujourd'hui la médiation familiale autonome⁵⁹⁹ est principalement envisageable sur les droits patrimoniaux disponibles des époux. Et, exceptionnellement en matière extrapatrimoniale, elle est possible relativement au nom d'usage du conjoint dans le cadre d'un divorce autre que pour rupture de la vie commune. Mais si l'effacement de l'ordre public familial apparaît déjà à l'heure actuelle dans les relations entre les époux, il devrait fortement s'accroître dans un avenir proche avec la réforme annoncée du droit de la famille, qu'il s'agisse ici du changement de régime matrimonial ou de la création d'un divorce administratif. Ainsi, *de lege lata*, il n'y a de place dans les conflits conjugaux que pour une médiation familiale sous contrôle judiciaire, principalement en matière extrapatrimoniale mais aussi applicable au régime primaire. Et *de lege ferenda* se dessine, avec la perspective des différentes réformes envisagées au regard du couple en général, un champ contractuel beaucoup plus large englobant le domaine patrimonial et surtout s'étendant aux droits extrapatrimoniaux, la médiation familiale pourrait alors être autonome. Quoi qu'il en soit, dans toute médiation familiale, la consultation d'un avocat devrait être obligatoire préalablement à toute négociation afin que les parties connaissent leurs droits et soient ainsi à même de négocier de façon équitable⁶⁰⁰. Cette obligation pourrait être facilement mise en place depuis que la loi du 18 décembre 1998 qui ouvre droit à l'aide juridictionnelle « *en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance* »⁶⁰¹. Une telle approche de la médiation familiale, qui se veut plutôt libérale, ne peut s'appliquer dans le cadre du contentieux relatif à l'enfant.

II. La médiation familiale appliquée aux conflits parentaux : un ordre public de protection renforcé.

30- Dans le domaine des conflits parentaux, que ce soit au cours du déroulement de la vie familiale, de la séparation des parents⁶⁰² ou en ce qui concerne l'établissement de la filiation, les droits de l'enfant et l'enfant lui-même en vertu de l'article 1128 du

⁵⁹⁷ LIENHARD, Claude. *Contribution aux réflexions sur la réforme des procédures de divorce*. D. 1998, chron., p. 133-134.

⁵⁹⁸ Ce genre de pratique a cours à Aix en Provence sur l'initiative du JAF avec l'association la RECAMPADO : 7 rue Joseph DIOULOUFET, 13090 Aix en Provence.

⁵⁹⁹ C'est-à-dire à l'initiative des parties et sans recours au juge.

⁶⁰⁰ Dans ce sens : RUELLAN, F. *Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit*. JCP. 1999, I, 135.

⁶⁰¹ MARTIN, R. *Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits*. Actualité, JCP. 1999, p. 121-123.

⁶⁰² Article 252-2 du Code civil.

Code civil ne peuvent être laissés à la merci d'une convention, même si celle-ci est passée par ses propres parents. Le législateur a pourtant facilité la prise en compte par le juge des accords et arrangements parentaux, mais tout en les laissant sous le contrôle du juge aux affaires familiales qui est le gardien de l'intérêt de l'enfant⁶⁰³. Cette notion floue est sujette à l'interprétation souveraine du juge aux affaires familiales, l'intérêt de l'enfant sert de « *critère de contrôle* » et de « *critère de solution* »⁶⁰⁴. Toute la législation relative à l'enfant est essentiellement fondée sur cette notion de l'ordre public familial décrite par l'article 3 de la convention internationale des droits de l'enfant de New York de 1990 comme « *une considération primordiale* »⁶⁰⁵. Elle est aussi, une frontière d'ordre public omniprésente en la matière, à laquelle sera confrontée une éventuelle médiation familiale dans les conflits parentaux. L'intérêt de l'enfant permet en quelque sorte de délimiter l'ordre public familial dans son aspect le plus rigoureux. En doctrine l'émergence d'un ordre public familial européen a pu être évoqué dans une étude relative à l'enfant et à sa famille, « c'est autour de l'enfant que se construit cet ordre familial. »⁶⁰⁶ Autour de l'enfant les normes d'ordre public prolifèrent, il est le membre de la famille à protéger en priorité. Comme nous l'avons précédemment noté, l'Etat a une politique familiale très favorable à l'enfant⁶⁰⁷ en particulier depuis la ratification par la France de la Convention internationale des droits de l'enfant en 1990 qui a été intégrée dans notre droit interne par le truchement de la loi du 8 janvier 1993. Depuis l'entrée en vigueur de cette dernière loi le mineur capable de discernement peut demander à être entendu dans toute procédure le concernant⁶⁰⁸. Pour cela il peut se faire assister d'un avocat ou d'une personne de son choix à condition que celle-ci ne soit pas susceptible de nuire à son intérêt, auquel cas le juge aux affaires familiales pourra procéder à la désignation d'une autre personne, mais jusque là, la possibilité d'être entendu ne fait pas du mineur une partie à l'instance. Pour ce faire, il doit être représenté par ses représentants légaux et si les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de ces derniers, le juge saisi de l'instance pourra désigner un administrateur *ad hoc* qui représentera l'enfant⁶⁰⁹. Par définition, le mineur ne pourra participer à une médiation familiale sans être représenté et sans que les droits qui sont l'objet du litige ne soient disponibles. Autant dire, encore une fois, que la médiation familiale dans le cadre des conflits parentaux ne pourra pas être une alternative à la saisine du juge aux affaires familiales mais un simple complément. Le

⁶⁰³ « *Notion magique* » selon le doyen Jean CARBONNIER, note sous Paris, 30/04/59, D.1960, p.673. DONNIER. *L'intérêt de l'enfant*. D.1959, chron. P.179. RUBELLIN-DEVICHI, J. *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française*. J.C.P.1994, I, 3739. Quant à Monsieur Hugues FULCHIRON, il considère « ...qu'il y a en fait autant d'intérêts de l'enfant qu'il y a d'enfants », op.cit, n°26. En effet, ce genre de notion cadre est laissée à l'appréciation souveraine du juge pour qu'il puisse l'adapter à la diversité des situations qui se présenteront à lui et à l'enfant en tant qu'individu unique avec ses propres besoins.

⁶⁰⁴ FULCHIRON, H. *Autorité parentale et parents désunis*. Editions du CNRS, 1985, n°25.

⁶⁰⁵ Article 3 de la CIDE : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

⁶⁰⁶ GRATALOU, S. *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*. Bibliothèque de droit privé, tome 290, Préf. FULCHIRON, H. Ed.Paris : LGDJ, 1998. n°795 et 812, Spéc.n°813. Voir une autre interprétation : Irène THERY. IN *Droit de la famille ne pas se tromper de réforme. Une journée d'auditions publiques de la commission des lois du Sénat*. 1997-1998. Rapport du Sénat n°481. p.12 et s, qui envisage le caractère illusoire et parfois démagogue d'une organisation de la famille uniquement autour de l'enfant.

⁶⁰⁷ Alors qu'il semble se désintéresser du couple et de sa vie privée Voir note n°47 *supra*.

⁶⁰⁸ Article 388-1 du Code civil.

⁶⁰⁹ Article 388-2 du Code civil.

champ d'application de la médiation familiale s'annonce d'ores et déjà restreint. En effet, toutes les fois que l'intérêt de l'enfant est en jeu, le juge aux affaires familiales veille, l'article 247 alinéa 2 du Code civil l'a «*spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs* » et malgré le fait qu'il s'agisse d'une disposition énoncée en matière de divorce, elle a vocation générale à s'appliquer. Parallèlement et de façon générale, l'idée de médiation est véritablement omniprésente. En effet, une proposition de loi a même récemment été adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture pour l'institution d'un médiateur des enfants bien que la loi adoptée le 6 mars 2000 institue non pas un médiateur mais un défenseur des enfants⁶¹⁰.

31-Dans le cadre de cette étude des conflits parentaux, il est nécessaire d'envisager les conflits de cette nature dans la famille naturelle et légitime. En effet, toujours dans l'intérêt de l'enfant la politique familiale, en ce qui le concerne, se veut uniforme. Par exemple, depuis la loi du 8 janvier 1993, on distingue seulement en matière d'autorité parentale en fonction du critère de l'union ou de la désunion des parents qu'ils s'agissent d'époux ou de concubins.

32-A priori, la médiation familiale sera sous contrôle judiciaire ou ne sera pas, c'est ce qui devrait ressortir après analyse des divers contentieux parentaux avec la rareté des droits disponibles en la matière.

33- Les accords parentaux. Selon l'article 252-2⁶¹¹ du Code civil, dans le cadre du divorce à défaut de conciliation, «*...le juge essaye d'amener les époux à en régler les conséquences à l'amiable, notamment en ce qui concerne les enfants, par des accords dont pourra tenir compte le jugement à intervenir* ». Le fait de favoriser le développement de ce genre d'accord va dans le sens de l'intérêt de l'enfant, mais toujours le juge veille au respect de l'ordre public et par-là de l'intérêt de l'enfant. C'est, en outre, ce que précise l'article 1388 du Code civil qui dispose : «*Les époux ne peuvent déroger... aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle* ». Il s'agit donc à la fois de la personne de l'enfant et des biens de l'enfant.

A. La personne de l'enfant : filiation, autorité parentale et assistance éducative.

34-La filiation, l'autorité parentale et l'assistance éducative sont les principaux contentieux relatifs à la personne de l'enfant. Et dans ces trois domaines ce sont les dispositions d'ordre public qui prédominent.

35- Le caractère d'ordre public du droit de la filiation. Tout le droit de la filiation est d'ordre public, l'indisponibilité de ces droits ressort de l'article 311-9 du Code civil. L'intérêt de l'enfant y est particulièrement présent, notamment dans la présomption *omni migliore momento* à l'article 311 alinéa 2 ou encore dans les textes relatifs à l'adoption plénière⁶¹². Pourtant, depuis la loi du 8 janvier 1993 qui a fait de l'accouchement sous X une fin de non recevoir de l'action en recherche de maternité,

⁶¹⁰ Proposition de loi n°197 du 22 octobre 1998 adoptée le 19 novembre 1998 par l'Assemblée nationale en première lecture instituant un médiateur des enfants, en instance au Sénat. In Bulletin d'informations rapides *Le Sénat*. N° 729 du 7 juin 1999, p.21. Loi n°2000-196 du 6 mars 2000 instituant un défenseur des enfants (J.O n°56 du 6 mars 2000).

⁶¹¹ Ou 376-1 du Code civil de façon plus générale.

⁶¹² Articles 348-3 et 353 du Code civil dans lesquels l'intérêt de l'enfant est expressément visé.

la maternité n'est plus d'ordre public⁶¹³, contrairement à l'adage tiré du Digeste *mater semper certa est*, l'enfant ne pourra connaître ses origines. Le secret de la naissance existe encore dans le cadre des procréations médicalement assistées. Cela est contraire à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant ratifiée par la France en 1990 qui dispose que « *l'enfant ... a, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux* ». Malgré le fait que l'ensemble du droit de la filiation soit d'ordre public et que toute médiation familiale soit *a priori* exclue, celle-ci pourrait peut être avoir un effet bénéfique, celui de remettre ou de mettre en présence avant tout jugement parents et enfants dans l'espoir d'un dénouement heureux. Une telle médiation sera possible à titre très exceptionnel si le juge saisi l'estime envisageable et nécessaire, avec bien sûr l'accord préalable des parties qui est obligatoire, ne l'oublions pas, pour qu'une médiation ait lieu. Quelle serait la valeur du consentement donné par l'enfant à ce genre de médiation ? Ce consentement n'aurait de sens que dans la mesure où il serait pris en compte de la même façon que les sentiments exprimés par l'enfant lors d'une audition, ni plus ni moins. Un tel consentement n'engage pas plus le juge que l'enfant. L'exclusion d'une médiation autonome va de soi, alors que l'éventualité d'une médiation sous contrôle judiciaire semble, sauf cas très exceptionnel, manquer d'intérêt.

36-L'autorité parentale est, elle aussi, d'ordre public on ne peut y renoncer, seul un jugement peut la modifier conformément à l'article 376 du Code civil. La loi du 8 janvier 1993 a érigé en principe l'exercice en commun de l'autorité parentale qu'il s'agisse de la famille naturelle ou légitime, qu'elle soit unie ou désunie⁶¹⁴. Dans l'exercice de l'autorité parentale il existe une présomption d'accord des parents, qui exercent en principe celle-ci en commun, sur les actes usuels que l'un d'eux peut passer avec les tiers relativement à la personne de l'enfant⁶¹⁵. Le juge aux affaires familiales, en matière de divorce et en vertu de l'article 290 du Code civil, tient compte des « *accords passés entre les époux* » et « *des sentiments exprimés par les enfants mineurs dans les conditions prévues à l'article 388-1* » en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale. Le contentieux de l'autorité parentale est vaste, il peut porter sur le choix de la résidence de l'enfant lorsque les parents ont l'exercice conjoint, sur le droit de visite et d'hébergement si ce n'est pas le cas, notamment en ce qui concerne les grands-parents parallèlement au conflit parental... Il peut aussi être question de délégation de l'autorité parentale : le juge, lorsqu'il statue sur les « *modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de le confier à un tiers* », « *peut ... avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet...* »⁶¹⁶. Le juge aux affaires familiales garant de l'intérêt de l'enfant ne prend en compte les accords parentaux que dans la mesure où ils sont conformes à cet intérêt. En matière de divorce qu'il s'agisse de la convention temporaire ou de la convention définitive, il ne les homologuera que si elles sont conformes à l'intérêt de l'enfant⁶¹⁷. A partir du moment où les parents réussissent à se mettre d'accord sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, en particulier lorsqu'il y a rupture du couple, on peut présumer

⁶¹³ Dans ce sens : BENABENT, A. *L'ordre public en droit de la famille*. In *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*. éd.Paris : Dalloz,1996. Avec la coordination de Thierry REVET. Collection Thémis et commentaires.

⁶¹⁴ Voir articles 372, 287 du Code civil.

⁶¹⁵ Article 372-2 du Code civil.

⁶¹⁶ Article 376-1 du Code civil ; voir aussi l'article 377-1 du Code civil.

⁶¹⁷ Articles 232 du code civil et 1100 du ncpic pour la convention définitive ; et articles 253 du code civil et 1093 du ncpic pour la convention temporaire.

qu'ils ont pris en compte l'intérêt de l'enfant. Et de façon générale, à défaut d'accord la pratique antérieure tient lieu de règle, sinon le parent le plus diligent devra saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il tranche⁶¹⁸. Malgré tout le juge doit veiller ! Le problème a pu se poser dans le cadre de la garde alternée. Celle-ci a pu sembler conforme à l'intérêt de l'enfant pour les parents qui n'ont pas voulu être égoïstes, mais au contraire responsables, certains allant même jusqu'à résider à quelques centaines de mètres pour que l'enfant puisse aller à la même école tout en vivant pareillement avec ses deux parents. Pourtant, alors que le texte ne semblait pas exclure une telle possibilité, la Cour de cassation⁶¹⁹ a déclaré la garde alternée illicite, celle-ci serait contraire à l'intérêt de l'enfant⁶²⁰.

37-Un règlement conventionnel sous contrôle judiciaire est possible dans les différents contentieux que nous venons de décrire ci-dessus pour la négociation des accords parentaux visés, dans toutes les phases du contentieux de l'autorité parentale. Ceux-ci seront ensuite pris ou non en compte par le juge dans le cadre d'un jugement après un contrôle de l'intérêt de l'enfant, avec une éventuelle homologation préalable, si celle-ci est de nature juridictionnelle⁶²¹. La médiation peut ainsi simplement aider les parents à trouver préalablement au jugement un accord. Le jugement n'en sera que mieux appliqué et le contentieux postérieur qui pourrait s'en suivre sera moindre que celui qui survient après une décision imposée, en particulier sur un problème aussi viscéral pour les parents. Il ne faut pas oublier que dans tous les contentieux visés dans le cadre de l'autorité parentale et ceux qui vont suivre, l'enfant peut demander à être entendu ou le juge peut lui demander son sentiment, toujours dans le sens d'une meilleure prise en compte de ses intérêts.

38-La modification des accords parentaux relatifs à l'autorité parentale. En matière de divorce, de tels accords, qui ont été soit homologués dans la convention définitive de divorce sur requête conjointe, soit intégrés dans le cadre de la décision de divorce contentieux, pourront être remis en cause par les parents selon les modalités prévus aux articles 291 et 292 du Code civil. Dans le cadre de la famille naturelle, les parents peuvent demander au juge de modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale⁶²². Une médiation familiale dans ce contexte est tout à fait envisageable, à condition bien sûr d'être soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales et que celui-ci ait pour mission de vérifier le respect de l'intérêt de l'enfant. L'application de l'article 247 du Code civil s'impose. Alors que la médiation est ici envisageable sous contrôle du juge aux affaires familiales parce qu'il s'agit d'un conflit parental opposant uniquement les deux parents, il ne peut en être de même lorsque le conflit oppose directement l'enfant à ses parents. C'est le cas de figure que l'on peut retrouver en matière d'assistance éducative.

39- Assistance éducative. L'intérêt de l'enfant transparaît encore dans toutes les dispositions légales relatives à l'assistance éducative⁶²³ qui est de la compétence exclusive du juge des enfants. Il intervient chaque fois que l'enfant est en danger. Le

⁶¹⁸ Article 372-1-1 du Code civil.

⁶¹⁹ Civ 2^{ème}, 02/05/84, Bull. II, n°78, p.56 ; D.1985, IR, p.171, BENABENT ; JCP.1984, IV, p.219 ; RTDCiv.1984, obs. NERSON et RUBELLIN-DEVICHI, p.691 ; Def.1985, p.328, MASSIP ; Gaz.Pal.1985, pan. GRIMALDI.

⁶²⁰ Sur l'ensemble de la question voir FULCHIRON, H. *op.cit.*, n° 135 et suivants.

⁶²¹ Voir supra n° 25-26.

⁶²² Article 374 alinéa 3 du Code civil.

⁶²³ Sur la suspension du droit de visite et de correspondance : voir article 375-7 du Code civil.

juge des enfants veille en effet à la santé, la sécurité et la moralité du mineur. Il dispose pour cela de pouvoirs très étendus. En cas de danger, le mineur peut lui-même, de façon exceptionnelle, saisir directement le juge des enfants⁶²⁴. Une médiation familiale serait difficile à mettre en place dans la mesure où le danger vient le plus souvent des parents, il paraît préférable même de la proscrire. Il faut préserver l'enfant, le juge appréciera si une médiation est exceptionnellement envisageable. Alors que l'audition de l'enfant paraît indispensable.

40-De façon générale, l'accent est davantage mis sur les devoirs que sur les droits des parents, mouvement d'ensemble qui ressort tout particulièrement en matière de responsabilité parentale du fait de leur enfant mineur. Depuis l'arrêt Bertrand du 19 février 1997⁶²⁵, il s'agit d'une responsabilité de plein droit, les parents prennent ainsi le « risque d'enfanter ». En effet, cette responsabilité n'est plus fondée comme jadis sur une présomption de faute mais sur l'autorité parentale qui génère cette responsabilité de façon automatique. S'ils sont tenus du fait de leur enfant mineur, ils sont aussi responsables de l'administration légale qu'ils ont faite des biens de leur enfant.

B. Les biens de l'enfant : l'administration légale et l'obligation alimentaire.

41-En ce qui concerne les biens de l'enfant, le contentieux familial susceptible de faire l'objet d'une médiation familiale est principalement relatif à l'administration légale et à l'obligation alimentaire⁶²⁶. D'autres domaines pourraient être envisagés comme la tutelle ou encore à la réserve héréditaire⁶²⁷, mais l'administration légale et l'obligation alimentaire sont les domaines les plus représentatifs pour illustrer une éventuelle application de la médiation familiale dans le cadre des conflits parentaux relatifs aux biens de l'enfant. La législation relative à ces domaines a, elle aussi, été édictée autour de l'intérêt de l'enfant.

42-L'administration légale. Pour la famille légitime l'article 1388 du Code civil souligne encore une fois l'indisponibilité des droits et devoirs des époux relatifs à « ...*l'administration légale* ... ». De façon générale, l'administration légale est liée à l'autorité parentale dont elle découle et en contrepartie de celle-ci les parents ont la jouissance légale des biens de leur enfant mineur jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 16 ans⁶²⁸. L'administration légale est exercée purement et simplement lorsqu'il y a exercice conjoint de l'autorité parentale ou sous contrôle judiciaire dans le cas d'un exercice unilatéral⁶²⁹. En la matière, le contentieux pourra opposer les parents, par exemple au sujet d'un acte grave qui requiert leur autorisation conjointe en vertu de

⁶²⁴ Article 375 du Code civil, il a alors la capacité processuelle.

⁶²⁵ Arrêt BERTRAND : Civ.2^{ème}, 19/02/97, Bull.II, n°56 ; D.1997, p.265, note JOURDAIN ; D.1997, som, p.290, obs. MAZEAUD, D ; JCP.1997, II, 22848, concl. KESSOUS, note VINEY ; G.P.1997, 2, 572, note CHABAS ; Dr.fam.1997, n°83, note MURAT ; Petites affiches du 15/09/97, note LEBRETON. Voir aussi : Arrêt du 19 février 1997 (SAMDA) : « l'exercice du droit de visite ne fait pas cesser la cohabitation du mineur avec celui des parents qui exerce sur lui le droit de garde » compris comme l'exercice de l'autorité parentale. Bull.Civ. II, n°55 ; G.P.1997, 2, 575, CHABAS et G.P.1997, 1, 658 ; Dr.fam.1997, com. N° 97, MURAT ; RTDCiv.1997, p.670 et s, obs. JOURDAIN ; Petites affiches 29/12/97, note DAGORNE-LABBE ; Petites affiches du 14/01/98, note DUMONT.

⁶²⁶ Ces deux dernières étant représentatives de façon plus générale de la solidarité familiale. BENABENT, A. *La famille*. 9^e éd.Paris : Litec. N° 644 et s.

⁶²⁷ Qui constitue un autre bastion de l'ordre public.

⁶²⁸ Pour les autres cas de cessation du droit de jouissance légale voir l'article 384 du Code civil.

⁶²⁹ Articles 389 et suivants du Code civil.

l'article 389-5 alinéa 1^{er} du Code civil, autorisation à défaut de laquelle l'acte devra être autorisé par le juge des tutelles compétent en la matière⁶³⁰. Une médiation familiale peut alors être initiée par le juge lorsqu'il est saisi d'une telle demande, si l'accord est réalisé, le juge n'a alors plus à intervenir. Quant à la faculté de renoncer à un droit pour le mineur, l'accord des deux parents ne suffit pas. Il faut, en outre, que le juge des tutelles donne son autorisation ; ce qui marque bien l'exclusion de toute médiation familiale si cette renonciation oppose intérêt des parents et intérêt de l'enfant, ce dernier étant en l'espèce sauvegarder par le juge des tutelles⁶³¹. En ce qui concerne les actes moins graves comme les actes conservatoires et d'administration, les époux peuvent les passer seuls. En cas de conflit, la doctrine est divisée sur le recours au juge ; à savoir, la présomption de pouvoir est-elle simple ou irréfragable⁶³². Dans ce second cas, une médiation familiale quasi-autonome est envisageable. En effet, le juge des tutelles a une mission générale de contrôle sur cette administration légale⁶³³, l'accord devra donc être soumis obligatoirement à l'homologation du juge assortie d'un véritable contrôle sur le respect de l'intérêt de l'enfant.

43-Le conflit peut encore porter sur une opposition d'intérêts entre les parents et l'enfant. Dans ce cas, en vertu de l'article 389-3 alinéa 2 du Code civil le juge des tutelles peut nommer un administrateur *ad hoc*⁶³⁴ qui représentera l'enfant, que ce soit à la demande des administrateurs légaux, du mineur, du ministère public ou encore d'office. Dans cette hypothèse contentieuse où l'enfant est au cœur du problème, une médiation par l'intermédiaire de l'administrateur *ad hoc* semble impersonnelle et peu souhaitable. Le juge doit demeurer l'unique interlocuteur des parties dans ce genre de conflits car la présence de l'administrateur *ad hoc* ne fait qu'atténuer l'inégalité entre l'enfant et ses parents sans la faire disparaître. Le juge des tutelles reste *a priori* compétent en vertu de l'article 131-1 du nouveau Code de procédure civile pour initier cette médiation qui ne nous paraît pas aller dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

44-L'obligation alimentaire⁶³⁵. Il s'agit d'une autre catégorie de contentieux fondamentale en matière familiale. Cette obligation et son régime sont d'ordre public. Elle est indisponible, on ne peut la céder ou y renoncer⁶³⁶. Etablie en fonction des besoins et des ressources des parties, elle est révisable selon les mêmes critères⁶³⁷. L'obligation alimentaire est réciproque entre ascendants et descendants⁶³⁸. Par contre, il est possible de traiter conventionnellement du problème des sûretés qui la garantissent dans la mesure où la loi n'en prévoit aucune⁶³⁹. L'obligation alimentaire et son régime ne s'appliqueront dans la pratique qu'en cas de mésentente entre parents et enfants, la plupart du temps les relations familiales absorbent cette

⁶³⁰ Article 389-5 alinéa 2.

⁶³¹ Article 389-5 du Code civil.

⁶³² Voir : CONTE, P. *L'article 389-4 du Code civil*. JCP.1991, I, 3513 ; REBECQ, G. *La gestion ordinaire des biens du mineur en période de conflit parental*. JCP. (N).1998, 1015.

⁶³³ En vertu de l'article 395 du Code civil.

⁶³⁴ En tant que partie puisqu'il représente l'enfant et non en tant que médiateur.

⁶³⁵ Voir de façon générale : PELISSIER, J. *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*. Thèse Lyon, LGDJ, 1961.

⁶³⁶ Req, 26/07/28, D.P, 29, I, p.9, 2^{nde} espèce. note SAVATIER.

⁶³⁷ Articles 208 et 209 du Code civil.

⁶³⁸ Articles 205 et 207 du Code civil.

⁶³⁹ Civ, 11/01/27, D.P.1927, I, p.29, note CAPITANT.

obligation dans leur autorégulation, n'ayant recours au juge et donc au régime d'ordre public de celle-ci qu'en cas de crise. Une médiation n'aurait aucune valeur dans ce domaine sauf peut être au sujet des sûretés ou d'autres modalités d'exécution non traitées par la loi. Ici, c'est autant l'intérêt familial que celui de l'enfant qui transparaissent par le truchement de la réciprocité de cette obligation familiale au sens large.

45- Conclusion de la deuxième partie. La médiation familiale apparaît plutôt comme un lieu d'écoute qui permet l'éclosion d'un consensus sur les problèmes relatifs à l'obligation alimentaire ou à l'administration légale sans pouvoir être abordée comme un mode alternatif de règlement des conflits parentaux. Son rôle complémentaire est, lui aussi, à envisager avec beaucoup de précautions en ce qui concerne l'enfant. La question de la médiation familiale dans le cadre des conflits parentaux est délicate. Elle semble *a priori* exclue lorsque le contentieux oppose directement l'enfant à ses parents, en particulier dans le cadre de l'assistance éducative ou, sauf cas très exceptionnels, en matière de filiation. Alors que lorsque ce sont les parents entre eux qui s'opposent par exemple sur l'autorité parentale, l'administration légale ou l'obligation alimentaire, elle peut être initiée par le juge. Ce qui pose problème c'est la conception même d'une médiation en la matière qui implique une négociation pour arriver à un accord susceptible d'aider à la résolution du litige, puisque l'enfant lorsqu'il est directement en conflit avec ses parents devra être représenté et que son représentant ne permettra pas de faire disparaître l'inégalité de départ qui existe entre lui et ses parents. En somme, dans ce cas de figure, il est *de l'intérêt de l'enfant*, donc il devrait être d'ordre public, fut-il virtuel, qu'il y ait exclusion de la médiation familiale y compris sous contrôle judiciaire. Seule une médiation, toujours exclusivement sous contrôle judiciaire, serait possible lorsque le conflit oppose les parents entre eux. De façon générale, la médiation si elle est appliquée dans ce contexte requiert un contrôle actif du juge et non une simple homologation dépourvue du caractère juridictionnel indispensable à la matière. La médiation doit en effet toujours avoir lieu sur l'initiative du magistrat compétent préalablement saisi, qu'il s'agisse du juge aux affaires familiales pour le contentieux relatif à l'autorité parentale, du tribunal de grande instance pour la filiation, du juge des enfants en matière d'assistance éducative⁶⁴⁰ ou du juge des tutelles pour le contentieux relatif à l'administration légale et à la tutelle. L'enfant objet et sujet de protection ne doit pas être abandonné à une quelconque liberté contractuelle.

*
**

46-Conclusion générale : Dans le cadre du droit de la famille en général et malgré un ordre public familial effacé dans les rapports du couple, la médiation correspond principalement à un règlement négocié sous contrôle judiciaire. Il s'agit plus d'un lieu de parole où l'on tente de rétablir la communication entre les époux ou entre les parents, voire avec leurs enfants⁶⁴¹, comme un préalable à toute négociation pour arriver à un accord dont le juge compétent pourra tenir compte et qui ne s'imposera que très rarement à lui, c'est-à-dire dans les cas où les droits des parties sont disponibles. Les droits patrimoniaux des époux caractérisent l'essentiel de

⁶⁴⁰ Toujours de façon très exceptionnelle.

⁶⁴¹ Bien que la médiation familiale ne nous paraisse pas souhaitable dans ce cas.

l'effacement de l'ordre public familial dans le couple⁶⁴². Le domaine patrimonial se détache en effet de l'ordre public qui est un obstacle à toute alternative à la justice étatique. Petit à petit, la disponibilité des droits des époux s'étend au domaine extrapatrimonial, elle est possible sur le maintien du nom d'usage du conjoint et les réformes législatives en cours laissent entrevoir une application de la médiation familiale autonome dans la désunion des époux et même du couple en général. La médiation familiale est ainsi principalement possible sous contrôle judiciaire dans les rapports conjugaux, et exceptionnellement elle sera autonome en présence de droits entièrement disponibles. Alors qu'en ce qui concerne l'enfant, le champ contractuel ouvert à la médiation est très faible. Celle-ci sera faite sous contrôle judiciaire lorsque les parents seront opposés l'un à l'autre au sujet de l'enfant et elle ne devrait à notre sens pas être possible lorsque l'enfant est directement opposé à ses parents. La négociation entre deux parties aussi inégales, la plus faible fut-elle représentée, ne nous paraît pas viable et contraire à l'intérêt de l'enfant, donc à l'ordre public. En effet, le juge est alors totalement incontournable vis-à-vis de l'enfant-objet ou de l'enfant-sujet de droits et donc de protection. La médiation semble ainsi avoir plutôt un côté thérapeutique en jouant la carte d'une *justice négociée intégrée à la justice imposée* qui permettra de diminuer le contentieux postérieur aux décisions que le juge peut prendre en la matière. C'est là l'essentiel de l'intérêt de la pratique de la médiation en matière familiale : juguler le contentieux latent que recèle toute décision juridictionnelle dans son application. Cette médiation doit être réalisée principalement sous contrôle judiciaire dans les cas, et ils sont nombreux, où les droits des membres de la famille sont indisponibles. Et tout médiateur, quel qu'il soit, devra posséder des compétences juridiques pour que les accords négociés ne soient pas contraires à l'ordre public et puissent ainsi être pris en compte par le juge. Le problème devrait être résolu dans la mesure où la médiation familiale aura généralement lieu sur l'initiative du juge, selon l'article 131-1 du nouveau Code de procédure civile, et c'est lui qui désignera le tiers chargé de la médiation⁶⁴³. De plus, il ne serait pas inutile d'envisager la consultation juridique obligatoire d'un avocat ou d'un notaire⁶⁴⁴, selon le problème à traiter, préalablement à toute médiation pour que les parties connaissent l'étendue de leurs droits et soient ainsi en mesure de négocier au mieux de leurs intérêts⁶⁴⁵ sans que le médiateur n'ait à intervenir puisqu'il doit rester neutre. En somme, si l'avenir du couple semble ne regarder que lui-même et ainsi pouvoir s'acheminer dans ses relations vers des droits toujours plus disponibles permettant l'accès à une médiation autonome, l'avenir de l'enfant regarde les parents mais aussi la société, la médiation pourra alors être sous contrôle judiciaire ou ne pas être.

⁶⁴² Mais à long terme sans doute l'ensemble des relations entre époux se libérera de cette limite de la liberté contractuelle qui est la leur.

⁶⁴³ La formation des médiateurs aujourd'hui comprend plusieurs aspects, notamment l'aspect juridique, en région P.A.C.A c'est le centre de formation continue de Marseille Saint-Charles qui forme les futurs médiateurs familiaux.

⁶⁴⁴ Une telle obligation devrait être prise en compte dans le cadre de l'aide juridictionnelle par application de la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits (JCP.1999, Actualité par Raymond MARTIN, p.121-123). Si la médiation permet véritablement de limiter le contentieux postérieur à tout jugement rendu en matière familiale, parce que le problème aura été traité en profondeur, cet investissement sera rentable pour l'Etat.

⁶⁴⁵ Dans le sens d'une meilleure information des parties sur leurs droits dans la médiation et la conciliation en général : RUELLAN, F. *Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit*. JCP.1999, I, 135. Spéc. n°15-16 et 18.

LES MODES AMIABLES DE RESOLUTION DES DEFAILLANCES DES ENTREPRISES

Valérie GOMEZ-BASSAC

Doctorante en droit

CREDECO

L'endettement s'est développé dans tous les Etats industrialisés tant en direction des entreprises, que des ménages⁶⁴⁶. Devenu un véritable mode de comportement économique, l'ampleur du phénomène est une des préoccupations majeures des pouvoirs publics. Ainsi afin de permettre la restructuration du passif des entreprises viables, le législateur a, entre autre, tenté de mettre en place un dispositif de prévention par la négociation. L'avantage du règlement amiable institutionnel est d'offrir un support juridique plus précis que d'autres modes de règlement transactionnel.

L'endettement professionnel donne lieu à un conflit opposant créanciers et débiteurs. Dans la perspective de résolution de ces différends, et avant l'ouverture d'une procédure collective, des outils ont été mis en place. La conciliation, institutionnalisée en matière de difficultés des entreprises, a pour particularité de concerner des accords collectifs⁶⁴⁷. En effet, habituellement, en matière commerciale ce sont plusieurs créanciers qui agissent simultanément contre le même défaillant et l'accord ne résulte que des concessions faites par chacun, le plus souvent le créancier fait de l'accord des autres une condition de son propre engagement⁶⁴⁸. Mais l'unanimité n'est pas une condition requise. Cependant la réussite de cet accord exige un élément indispensable afin de parvenir à un résultat efficace, c'est la notion de bonne foi⁶⁴⁹. La bonne foi, nécessaire pour une conciliation, doit régir tous les contrats.

Ainsi, les modes alternatifs de résolution des différends sont prévus en matière de difficultés financières et économiques des entreprises⁶⁵⁰. La prévention

⁶⁴⁶ GJIDARA, Sophie. *L'endettement et le droit privé*. Paris : LGDJ, 1999, 617 p.

⁶⁴⁷ CADIET, Loïc. Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation. In : *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*. Paris : Dalloz, 580 p., pp.123-147, voir p. 139-140.

⁶⁴⁸ CHAPUT, Yves. *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*. Paris : PUF, 1996, 596 p., pp. 119-162, n° 171 : « Il [le règlement amiable] pourrait être constitué d'accords individuels juxtaposés, ce qui peut avoir l'avantage au cas d'inexécution d'éviter une résolution totale indifférentielle ».

⁶⁴⁹ ARMAND-PREVOST, Michel. La conciliation judiciaire solution ou prévention des litiges. *Rev. juris. com.* 1994.

⁶⁵⁰ Sur la notion d'entreprise en difficulté voir par exemple : LE CANNU, Paul et JEANTIN, Michel. *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit - Entreprises en difficulté*. Paris : Dalloz, 5^{ème} éd. 1999, 691 p., n° 437 et s.

est une pratique consulaire ancienne⁶⁵¹. Laissés jusqu'alors à l'initiative des débiteurs et créanciers, les accords collectifs extrajudiciaires ont été officialisés par la loi du 1^{er} mars 1984⁶⁵². Ils ont pour vocation de faciliter la conclusion de règlements amiables et d'éviter la lourdeur des procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Avec la réforme de 1994⁶⁵³, on assiste au renforcement et à la généralisation de traitements amiables de résolution des différends entre débiteurs et créanciers⁶⁵⁴. Encore récemment, avec le projet de réforme relatif aux tribunaux de commerce, la question de la prévention et du redressement amiable des difficultés des entreprises est à l'ordre du jour⁶⁵⁵.

La première résolution amiable consiste dans la nomination d'un mandataire *ad hoc*⁶⁵⁶. Elle peut-être laissée à l'initiative du président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance, ou résulter d'une proposition du chef d'entreprise. Le mandataire a une mission d'assistance des dirigeants, il doit les seconder. Cette formule permet au chef d'entreprise de conserver ses prérogatives et favorise la confidentialité. En effet, aucune mention d'intervention ne figure au greffe du tribunal, d'une éventuelle nomination d'un mandataire *ad hoc*. Cette pratique, avant d'être légalisée, était fréquemment utilisée par les tribunaux de façon à éviter les défaillances des entreprises⁶⁵⁷.

Ensuite référence est faite au règlement amiable. La loi de 1994 officialise, dans un premier temps, la fonction de conciliateur désigné par le tribunal de commerce. Sa mission consiste à « favoriser le fonctionnement de l'entreprise et à

⁶⁵¹ MARTIN, Jean-François. La prévention : histoire d'une pratique consulaire. *Droit et patrimoine*, févr. 1998, n° 57, p. 44. COURET, A. MORVILLIERS, N. et De SENTENAC, G. *Le traitement amiable des difficultés des entreprises*. Paris : Economica, 1995. BAYLE, Marcel. De l'intérêt du règlement amiable. *RTDCom*. 1988. 1.

⁶⁵² Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *Journal officiel* du 2 mars 1984, en vigueur le 1^{er} mars 1985.

⁶⁵³ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. *Journal officiel* du 11 juin 1994, n° 134, p. 8440.

⁶⁵⁴ Pour des études d'ensemble sur les entreprises en difficulté : GUYON, Yves. *Droit des affaires, entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*. T. II. Paris : Economica, coll. droit des affaires et de l'entreprise, 488 p. Le CANNU, Paul et JEANTIN, Michel. *Droit commercial – instruments de paiement et de crédit – entreprises en difficulté*. *Op. cit.* MESTRE, Jacques, collab. TIAN-PANCRAZI, Marie-Eve. *Droit commercial*. Paris : LGDJ, 1999, 24^{ème} éd., 843 p. SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris : Montchrestien, 1999, 3^{ème} éd., p.767.

⁶⁵⁵ COLCOMBET, F. et MONTEBOURG, A. Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ? Rapport en deux tomes. *Documents d'information de l'Assemblée Nationale*, Juillet 1998. Le projet de réforme a été annoncé par le Garde des sceaux au Conseil des ministres le 14 octobre 1998, il s'agissait d'un programme de réforme de la justice commerciale et de l'environnement juridique de l'entreprise articulé autour de trois priorités : les tribunaux de commerce, les professions liées au fonctionnement de la justice commerciale et la réforme des lois de 1984 et 1985 sur le traitement des difficultés des entreprises. En ce qui concerne le dernier point voir : *Document d'orientation préparatoire* à la réforme des lois du 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985 relatives au traitement des difficultés des entreprises établi par la Chancellerie le 1^{er} décembre 1998, *Document préparatoire* à la réforme du Livre VI du Code de commerce relatif aux difficultés des entreprises - avant projet de loi, établi le 12 octobre 2000.

⁶⁵⁶ Article 35 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, modifié par l'article 4 de la loi du 10 juin 1994.

⁶⁵⁷ LE CANNU, Paul et JEANTIN, Michel. *Droit commercial – instruments de paiement et de crédit – entreprises en difficulté*. *Op. cit.* n° 474-1, pp. 307-308 : aujourd'hui, le mandat *ad hoc* est abandonné à la seule pratique des juges du fond, alors que le règlement amiable est davantage réglementé.

rechercher la conclusion d'un accord avec les créanciers »⁶⁵⁸, accord qui doit comporter des mesures afin d'éviter l'état de cessation des paiements. Ainsi le conciliateur doit permettre le redressement des entreprises, par la conclusion d'un accord, en principe confidentiel, entre le débiteur et les créanciers ou certains d'entre eux, sur des délais de paiement ou des remises de dettes. Le succès de sa mission dépendra essentiellement de sa personnalité, de ses facultés, de sa force de persuasion⁶⁵⁹ ...

Pour savoir si le règlement amiable est propice aux difficultés en présence, le président du tribunal dispose d'importants pouvoirs d'investigation⁶⁶⁰.

Pour que le débiteur puisse bénéficier du règlement amiable, une condition impérative subsiste, il ne doit pas être en état de cessation des paiements. De surcroît, il doit simplement « [...] éprouver une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins ne pouvant être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise »⁶⁶¹.

De façon théorique, ces procédures semblent être un moyen de traiter en amont, et de façon efficace, les difficultés des entreprises... Pourtant force est de reconnaître que l'existence d'accords collectifs extrajudiciaires, tels qu'ils existent aujourd'hui ne sont pas d'un grand secours dans les plans de sauvetage de l'entreprise (I). Ainsi c'est une refonte intégrale du système qui s'avère maintenant nécessaire (II).

I - La place de la conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises.

Alors qu'aucune formation initiale conséquente n'est exigée pour être commerçant, entrepreneur⁶⁶²... en tant qu'agent économique et employeur, le chef d'entreprise doit s'adapter à des contraintes qu'ils maîtrisent mal. La rapidité des échanges commerciaux et la législation surabondante du monde des affaires, dans un environnement concurrentiel exacerbé, ne laisse guère de place à l'hésitation ou aux mauvaises décisions de gestion.

Bien souvent, lorsqu'une difficulté est détectée, l'entreprise est déjà en état de cessation des paiements. Seules les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires sont alors de mises. Pourtant la loi a prévu des accords collectifs extrajudiciaires afin de traiter en amont les difficultés des entreprises (A), à ce titre le règlement amiable qui pourrait être un véritable outil de maintien des entreprises, s'avère encore aujourd'hui inadaptée (B).

⁶⁵⁸ Article 36 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, modifié par l'article 4 de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994.

⁶⁵⁹ MESTRE, Jacques. *Droit commercial*, n° 2010.

⁶⁶⁰ Ainsi l'article 35 qui renvoie à l'article 34 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, modifié par l'article 4 de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 lui donne la possibilité de se voir communiquer par les commissaires aux comptes, les représentants du personnel, les administrations publiques, les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à l'informer sur la situation économique et financière du débiteur.

⁶⁶¹ Article L 611-3 al. 1 du nouveau code de commerce (art. 35 de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994).

⁶⁶² Une formation est obligatoire, d'une vingtaine d'heures, organisée par les chambres de commerce ou des métiers qui sensibilise à la vie de l'entreprise, mais son efficacité, compte tenu de sa durée et de la résistance des chefs d'entreprise, est limitée.

A - L'existence d'accords collectifs extrajudiciaires.

Si l'initiative d'une procédure préventive appartient au débiteur, c'est le président du tribunal qui dispose d'une véritable option quant au choix de la solution à retenir. Il peut soit désigner un mandataire *ad hoc*, préférer nommer un conciliateur en vue d'un règlement amiable ou déclencher l'ouverture de la procédure collective. Bien souvent, le juge a un rôle d'impulsion dans la mise en place de ces procédures : il convoque le chef d'entreprise, l'informe de la gravité des difficultés détectées et lui propose des solutions⁶⁶³. Mais cette mission préventive du juge est bien souvent mise à mal car il n'a que très rarement connaissance de l'information financière en temps utile.

C'est le règlement amiable qu'il est intéressant d'étudier. En effet, les autres procédures ont un support juridique moins précis et un déroulement qui varie en fonction de chaque cas d'espèce. L'objet du règlement amiable est précis. Il s'agit de réaménager les dettes, de rechercher un accord transactionnel et d'élaborer un plan de redressement dont la force contraignante tient essentiellement à l'échange des consentements⁶⁶⁴.

Qu'il y ait eu ou non nomination d'un mandataire *ad hoc*, le juge peut avoir recours au règlement amiable⁶⁶⁵. Le conciliateur, nommé par le président du tribunal, a une mission définie par ce dernier et limitée dans le temps. Elle ne peut durer que trois mois (toutefois une prolongation d'un mois est possible) et a pour objet principal la recherche d'un accord entre les parties en présence. Le conciliateur ne remplace pas les dirigeants et ne les assiste pas dans la gestion. Cependant, il a la faculté de désigner un mandataire *ad hoc* ou un administrateur provisoire s'il estime la mesure utile. Il s'agit d'un pouvoir important dans la mesure où le règlement amiable ne limite pas les pouvoirs de gestion du débiteur. Si le conciliateur estime qu'une suspension des poursuites des créanciers serait de nature à faciliter l'accord, il peut saisir le président du tribunal à cette fin, mais cette suspension ne peut excéder celle de la mission du conciliateur⁶⁶⁶. Ainsi elle permet de donner confiance aux créanciers qui souhaitent faire partie de l'accord sans être « spoliés » par les autres qui en profiteraient pour exercer les droits relatifs à leur créance. Cependant, au cours de l'exécution du règlement amiable, seuls les créanciers qui y ont participé sont privés du droit de poursuite contre le débiteur.

Le conciliateur ne dispose pas de pouvoirs d'investigation, ainsi seul le président du tribunal peut lui communiquer les informations qu'il a obtenues. Une fois parvenus à l'accord, le président doit l'homologuer s'il est conclu avec tous les créanciers, homologation laissée au pouvoir d'appréciation du juge lorsque seuls les principaux créanciers sont concernés. Le juge a même la faculté d'imposer des délais de paiement prévus à l'article 1244-1 du Code civil, allant jusqu'à deux ans,

⁶⁶³ DAIGRE, Jean-Jacques. Le rôle de prévention du tribunal de commerce, bilan d'une enquête. *In* : *La prévention des difficultés des entreprises après deux années d'application*. Journée d'étude de l'institut de Droit de l'Entreprise de l'Université de Poitiers (15 mai 1987). *JCP éd. E. II*, 15066.

⁶⁶⁴ BAYLE, Marcel. De l'intérêt du règlement amiable. *Op. cit.*

⁶⁶⁵ Article L 611-3 du Nouveau code de commerce, (article 35 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 modifié par l'article 4 de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994).

⁶⁶⁶ Article L 611-4 du Nouveau code de commerce, (article 36 al. 3 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 modifié par l'article 4 de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994).

aux créanciers qui n'ont pas participé à l'accord, y compris le Trésor public⁶⁶⁷. L'accord écrit est déposé au greffe du tribunal, puis communiqué au ministère public, mais il reste confidentiel. Le secret professionnel protège le règlement amiable car quiconque révèle l'existence ou le contenu encourt des sanctions pénales (un an d'emprisonnement et 100 000 francs d'amende)⁶⁶⁸.

La description de la pratique du règlement amiable devait être faite afin de mieux en apprécier les insuffisances. En effet, si le redressement et la liquidation judiciaires sont bien connus des praticiens et théoriciens, il n'en est pas toujours de même du règlement amiable, ceci est en partie dû au fait qu'il est peu utilisé. D'ailleurs peu d'agents économiques connaissent ces mesures préventives, exceptés les entreprises importantes⁶⁶⁹, sans doute car la procédure du règlement amiable, sous l'empire de la loi de 1984, ne visait que les entreprises établissant des comptes prévisionnels.

Or ce sont les petites structures qui ont un poids déterminant dans l'économie, créatrices d'emplois et de richesses, qui doivent pouvoir bénéficier des modes alternatifs de règlement des différends lors de difficultés économiques, financières...

B - Le règlement amiable : une procédure aujourd'hui inadaptée.

Le constat est fort simple il n'est que rarement fait appel au règlement amiable, et lorsque les chefs d'entreprise y ont recours il ne permet qu'exceptionnellement le sauvetage des entreprises. D'où, l'intérêt maintenant d'étudier les insuffisances de la pratique sus visée. Le peu de succès de la conciliation tient pour partie au fait que le débiteur refuse de prendre conscience de ces difficultés. Bien souvent l'échec de cette procédure provient d'une saisine tardive du tribunal de commerce, le débiteur est déjà en état de cessation des paiements, il doit déposer le bilan. De plus, les créanciers préfèrent obtenir un remboursement, même partiel, plutôt que d'accepter un accord dont la finalité est incertaine.

D'une part, l'initiative de la demande d'ouverture d'une procédure préventive n'appartient qu'au chef d'entreprise. Or ce dernier par manque d'expérience, par ignorance de la loi ou par méconnaissance de sa situation réelle, n'aura que très rarement recours au règlement amiable. Il se contentera, le plus souvent de négocier des délais de paiement, de manière isolée, avec certains créanciers importants.

D'autre part, la procédure n'a aucun caractère global. Les créanciers ne sont pas dans l'obligation de s'y soumettre. Chacun d'entre eux discutera individuellement des concessions qu'il est prêt à accorder au débiteur selon son bon vouloir.

Quant à la confidentialité, elle n'est pas réelle. En effet, malgré les dispositions du législateur, le délit d'entrave qui pèse sur le chef d'entreprise lui impose, bien

⁶⁶⁷ Com. 16 juin 1998, *Bull. civ. IV*, n° 193 ; *D.* 98, 429, note Derrida. *Actualité des procédures collectives*, 17 juillet 1998, n° 61 ; *Dalloz Affaires*, 1998, 1175, obs. A. L. ; *RTD Com.* 1998.918, obs. F. Macorig-Venier. CA Douai, 2^{ème} ch., 25 juillet 2000, Caisse des Congés payés du Bâtiment de la région du Nord c/ SA les Maisons Aimé Franche et autres, *Actualité des procédures collectives*, 23 décembre 2000, n° 254.

⁶⁶⁸ Article 611-6 du Nouveau code de commerce, (article 38 de la loi du 1^{er} mars 1984 qui se réfère à l'article 226-13 du Code pénal).

⁶⁶⁹ SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté. Op. cit.*, voir n° 257.

souvent, d'informer les représentants du personnel⁶⁷⁰. De même lors de la suspension des poursuites, ou s'il y a homologation de l'accord par le juge, la publicité est obligatoire, ce qui a pour effet de porter à la connaissance des tiers les difficultés du débiteur. Enfin, le conciliateur est souvent un mandataire liquidateur ou un administrateur judiciaire, personne clé des procédures collectives, connue des professionnels, ce qui a tendance à favoriser une mauvaise publicité pour l'entreprise.

Enfin, le juge est présent tout au long de la procédure : de la nomination du conciliateur jusqu'à l'homologation de l'accord. La procédure contractuelle est judiciairisée. A tout moment il revient au juge de « guider » le conciliateur, ce dernier dispose de peu de pouvoirs, et d'une relative autonomie. C'est sans aucun doute cette omniprésence du juge, alors même qu'il y a une réticence des professionnels à saisir les tribunaux, qui est la plus gênante. Même si les mentalités changent, dans l'esprit des professionnels, le juge et le contentieux sont étroitement liés et une issue favorable est, pour eux, difficilement envisageable.

Afin que la conciliation ait une fonction préventive qui soit efficace, des adaptations sont nécessaires. La réforme des tribunaux de commerce instituant les juges professionnels renforce encore plus cette conviction⁶⁷¹. L'objectif de la loi de 1994 qui était de généraliser la pratique du règlement amiable n'a pas été atteint. Une nouvelle intervention législative est attendue dans ce but. Le juge doit s'effacer devant le conciliateur.

II - Le devenir de la conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises.

La voie de la conciliation est souhaitable avant tout recours à la justice d'Etat, même, si le sentiment d'éviction de la part du dirigeant, ne l'incite pas à recourir à cette procédure. Cependant une refonte du système existant semble nécessaire (A). Mais la dimension politique, économique et sociale est telle, que les intérêts des débiteurs et des créanciers doivent être prudemment pris en compte. Seule une réelle déjudiciarisation semble être la solution opportune pour tenter de sauver les entreprises (B).

A - Le renforcement de la conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises.

Le droit des procédures collectives connaît toute son effectivité au moment de l'état de cessation des paiements et du dépôt de bilan. Or c'est en amont qu'il faut agir dans le respect des procédures, des droits des justiciables et des principes du monde des affaires.

⁶⁷⁰ Il semble que cette consultation soit obligatoire dès lors que le projet a un caractère définitif. Le comité doit alors être consulté et informé (Code du travail art. L 432-1).

⁶⁷¹ Bien que l'on puisse se poser la question de savoir s'il est préférable, que la situation du chef d'entreprise, soit appréhendée par un juge professionnel ou par un juge consulaire...

Le règlement amiable doit subsister, mais des modifications doivent être apportées⁶⁷².

Dans un premier temps, à côté du débiteur, la procédure de règlement amiable devrait pouvoir être demandée par le procureur de la République ou être ouverte d'office par le président du tribunal. Il paraît plausible, à cet égard, de rendre obligatoire le règlement amiable dès lors que le débiteur se trouve dans la situation décrite à l'article L 611-3 du Nouveau code de commerce⁶⁷³.

De plus, le règlement amiable devrait avoir un caractère global, non seulement au niveau des créanciers mais également des dettes existantes. En effet, la loi n'impose pas que l'ensemble des dettes fasse l'objet d'un tel règlement, le créancier ne peut s'engager que pour partie de ses créances⁶⁷⁴. L'explication tient au caractère contractuel du règlement amiable, pourtant certains contrats sont imposés⁶⁷⁵, rendre l'accord obligatoire *erga omnes* serait, certes, une atteinte à la liberté contractuelle mais pourrait s'expliquer par des intérêts supérieurs (intérêt de l'entreprise, intérêt des salariés...). En conséquence, ce n'est pas le seul intérêt commun des parties contractantes dont il faut tenir compte, mais également des impératifs socio-économiques relevant de l'intérêt général.

Dans la pratique force est de constater que les créanciers sont peu enclins à faire des sacrifices dans la mesure où ils ne bénéficieront pas d'un traitement de faveur en cas de dépôt de bilan du débiteur⁶⁷⁶. Il s'agit d'une des raisons essentielles qui explique le peu de succès du règlement amiable dans la pratique.

Une réforme devrait permettre aux créanciers, acceptant de participer à la conclusion d'un règlement amiable, d'avoir une place privilégiée, par rapport aux autres, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires. En ce sens il semble judicieux d'adopter une procédure similaire à celle de l'article L 621-32 du Nouveau code de commerce⁶⁷⁷, qui permet de privilégier les personnes qui contribuent à la continuation de l'activité de l'entreprise. Une mesure en ce sens inciterait les créanciers à participer à l'accord. Bien sûr, la suspension des poursuites lors de l'élaboration et de l'exécution du règlement amiable devrait être effective de plein droit et à l'égard de tous les créanciers (créances fiscales et parafiscales comprises), ceci même s'il est difficilement imaginable que le tribunal accède à la demande de l'un d'entre eux alors qu'un accord sérieux est conclu entre le débiteur et certains créanciers⁶⁷⁸.

⁶⁷² FEUGENE, B. et TEOUL, Georges. A propos de la réforme du droit de la prévention et des procédures collectives : Le document établi par la Chancellerie le 1^{er} décembre 1998. *Gaz. Pal. Doctr.* p. 2.

⁶⁷³ Article 35 de la loi n° 94-475 de 1994. KERCKHOVE, Eric. Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises. *Rev. Procéd. Coll.* n° 1994.4, p. 441.

⁶⁷⁴ Cass. Com. 13 octobre 1998. *Actualité des Procédures collectives*, 6 novembre 1998, n° 129. *Bull. civ.* IV, n° 235, p. 196 ; *JCP ed. E* 1998, p. 1858 ; *Dalloz Affaires*, 12 nov. 1998, p. 1817, obs. A. L., *RTDCom.* 1999, 185, obs. Macorig-Venier, *Dr. Sociétés* 1999, n° 10 obs. Chaput.

⁶⁷⁵ Les contrats d'assurance...

⁶⁷⁶ DERRIDA, F. et SORTAIS, J.-P. *LPA*, 14 septembre 1994, n° 9, p. 6.

⁶⁷⁷ Article 40 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

⁶⁷⁸ Pourtant le projet de réforme prévoit la suppression de la suspension provisoire des poursuites car elle est considérée comme incompatible avec le caractère contractuel du règlement amiable, Document préparatoire à la réforme, 12 octobre 2000, *op. cit.* pp. 12-13 ; *JCP ed G* 1999, *Actualité*, p. 1065.

Autrement dit, pour qu'une telle procédure soit applicable et efficace, l'intérêt de toutes les parties à l'accord doit être pris en compte. En effet, une réforme du règlement amiable ne peut être faite eu égard à la seule situation du débiteur.

Enfin le règlement amiable, procédure gracieuse, doit s'effectuer sans la présence du juge. Le conciliateur, doté de pouvoirs d'investigation importants, agira alors de sa propre initiative dans l'instruction, la proposition de solutions... ce qui ne semble pas aller à l'encontre des principes généraux de procédure à partir du moment où le recours au juge reste un choix possible du débiteur. Peut-être même serait-il envisageable d'aller jusqu'à un dessaisissement des pouvoirs du débiteur au profit d'un tiers, ne serait-ce lors de la phase d'élaboration de l'accord.

Toutes ces modifications appellent à un renouveau de la procédure de règlement amiable telle qu'elle existe aujourd'hui. Plus que l'institution, c'est la personne qu'il faut changer. Pourquoi ne pas faire de ce conciliateur une entité autonome et indépendante ?

B - L'instauration d'un conciliateur autonome et indépendant.

Au regard de la législation actuelle relative au surendettement des particuliers, il est propice d'aménager le règlement de résolution amiable relatif aux entreprises en difficulté. En effet, l'instauration d'une Commission indépendante, pourvue de spécialistes en gestion, économie, comptabilité, finance... chargée d'élaborer des plans amiables de redressement est envisageable. En effet la personne du conciliateur est trop souvent assimilée à un personnage clé des procédures collectives. De plus l'instauration d'une telle Commission permettrait d'éviter que le débiteur ne dissimule une partie de son passif, n'introduise des créanciers de complaisance... les nouvelles bases du règlement amiable auraient pour gage son efficacité.

Certains tribunaux judiciaires ont mis en place des cellules et chambres de prévention, elles ont essentiellement un rôle d'enquête⁶⁷⁹. Or, même s'il s'agit de la phase préventive, les Commissions interviennent alors que l'entreprise a eu une difficulté. Pour cette raison, des moyens et des pouvoirs importants doivent être accordés à des Commissions indépendantes tant à l'égard du juge que du débiteur, afin que des mesures curatives soient adoptées.

De prime abord, l'idée du règlement amiable est séduisante, mais il pourrait être plus efficace. A titre d'exemple les chefs d'entreprise sont tenus de déposer les comptes annuels au greffe du tribunal, pourtant très peu le font, ce qui rend difficile le recours aux mesures de prévention. Il peut être envisagé une extension de la mission de l'expert comptable qui serait en charge de ce dépôt⁶⁸⁰. Cela permettrait une parfaite transparence des comptes de l'entreprise et donc un réel moyen d'information pour le président du tribunal. En ce sens, la base de la prévention des

⁶⁷⁹ ROUGER, Michel. La prévention des difficultés des entreprises au Tribunal de commerce de Paris. In : *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises* sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche. Paris : Dalloz, éd. Thèmes et Commentaires, p. 61 à 66.

⁶⁸⁰ FEUGENE, B. et TBOUL, Georges. A propos de la réforme du droit de la prévention et des procédures collectives : Le document établi par la Chancellerie le 1^{er} décembre 1998. *Op. cit.*

difficultés est l'analyse financière, au bon moment. Les comptes ont une périodicité annuelle, selon la date de clôture ils ne sont déposés (ce qui est, comme nous l'avons dit, rarement le cas), en moyenne, que dans les six mois qui suivent la clôture, au greffe du tribunal⁶⁸¹. De plus, le recours obligatoire à des professionnels de l'information financière (experts-comptables et commissaires aux comptes) n'est pas systématique.

Ainsi, pour rendre le sauvetage de l'entreprise plausible, l'accroissement des obligations en matière d'information financière et notamment la généralisation de l'information prévisionnelle, établie par des professionnels du chiffre, est nécessaire. La détection précoce des difficultés financières de l'entreprise entre dans la phase de prévention et accroît les chances de redressement.

La saisine de la Commission, obligatoire en présence d'une difficulté, permettrait que le débiteur ne soit pas le seul juge du bien fondé de l'intervention d'un tiers dans la vie de son entreprise. Dotée de moyens réels et de pouvoirs d'investigation, elle pourrait traiter des dossiers rapidement et efficacement. Spécialisée et impartiale, elle aurait le pouvoir de suspendre toute poursuite contre le débiteur, afin de permettre un sauvetage de l'entreprise en dehors de toute pression de créanciers peu soucieux du devenir de cette dernière. Le fonctionnement de cette Commission devrait être pris en charge par l'Etat, en effet la rémunération du conciliateur sur les fonds de l'entreprise est une dépense supplémentaire que doit supporter un débiteur qui a déjà des difficultés financières. Le contrôle de ces données chiffrées serait alors du ressort de la Commission.

Cette Commission doit disposer d'un pouvoir de décision autonome (par rapport au juge), voire autoritaire (eu égard aux créanciers et au débiteur). En ce sens elle disposerait de pouvoirs de contraintes à l'égard de créanciers qui ne participeraient pas à l'accord.

CONCLUSION

La loi de 1994 a fait du juge le « chef d'orchestre » du règlement amiable. Le caractère confidentiel de la procédure rend difficile toute approche statistique, de plus, on connaît plus facilement les préventions qui ont échoué que celles qui ont réussi. Cependant, il semble difficile d'espérer résoudre des problèmes qui relèvent de l'économie et de la gestion par des voies exclusivement juridiques.

L'accès au juge doit être maintenu, mais uniquement dans les cas où l'action de la Commission serait vouée à l'échec ou si le débiteur est en état de cessation des paiements. En effet, les actions de prévention se heurtent bien souvent à la réticence des dirigeants de confier leurs difficultés à un magistrat. La voie amiable est la solution par excellence des divergences entre acteurs économiques⁶⁸², ceci sans pour autant occulter la nécessité de garantir les droits des justiciables qui doit rester l'apanage du législateur. « *L'accord amiable doit être ainsi considéré comme un réel montage juridico-financier, indépendamment du caractère souvent peu*

⁶⁸¹ DUFOUR, Olivia. Prévention : les professionnels comptables s'associent aux tribunaux de commerce. *LPA* 31 mai 1999, n° 107, p. 3.

⁶⁸² OPPETIT, Bruno. Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique. *Justices* n° 1, janvier/juin 1995, p. 53.

original des mesures contenues »⁶⁸³. Une nouvelle définition de la cessation de paiement avait été proposée : « *impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible et situation durablement compromise* »⁶⁸⁴, plus dynamique, ses conditions cumulatives auraient permis une extension du règlement amiable. Le dernier projet n'en a pas voulu ainsi, ce qui nous semble regrettable.

Enfin, tous ces changements ne sont envisageables que si l'information nécessaire arrive en temps utile, d'une difficulté passagère à l'état de cessation des paiements, le pas est vite franchi...

⁶⁸³ DUMOULIN-MAUDUIT, Lisa. Les relations de l'ingénierie et du droit dans les procédures amiables de redressement de l'entreprise en difficulté. *Dalloz Affaires*, n° 153, 18 mars 1999 pp. 442-446 et *Dalloz Affaires*, n° 154 du 25 mars 1999, pp. 502-504, p. 445.

⁶⁸⁴ Document d'orientation préparatoire à la réforme, 1^{er} décembre 1998, *op. cit.* p. 15.

La conciliation sportive obligatoire devant le Comité National Olympique et Sportif Français (C.N.O.S.F.).

Mai-Anh NGO
Doctorante en droit

CREDECO
Université de Nice Sophia-Antipolis

1. « À l'origine plaisir de riches, puis plus démocratiquement simple jeu, le sport est longtemps resté en marge du droit. Puis les temps ont changé. Professionnalisation, médiatisation, commercialisation sont autant de phénomènes qui ont transformé l'amusement en une véritable activité économique aux enjeux commerciaux souvent substantiels. Activité économique et commerciale, le sport perdait son immunité juridique, n'échappant plus au droit et à la justice. »⁶⁸⁵

2. La situation actuelle n'apparaît, pourtant, que comme le résultat d'une lente évolution. Même si au départ l'activité sportive est profondément juridique dans la mesure où les deux techniques majeures du droit, la règle de droit et le recours au juge y jouent un rôle essentiel⁶⁸⁶, elle est restée longtemps enfermée dans la « citadelle d'un droit sui generis »⁶⁸⁷. Ce n'est qu'avec l'accroissement des enjeux et du nombre de litiges que les requérants se sont peu à peu tournés vers les juridictions étatiques. Le sport est, par conséquent, passé d'une justice fermée à une justice étatique relevant, en grande partie, de la compétence du juge administratif. Le juge judiciaire ne conservant qu'une partie résiduelle des litiges, et notamment, ceux relatifs aux actes pris par les groupements non délégataires et ceux relevant du fonctionnement interne des associations.

3. La gestion des litiges sportifs par les juridictions étatiques se révéla, rapidement, être une solution inadaptée⁶⁸⁸. C'est la raison pour laquelle le recours aux modes de règlement alternatifs des différends fut envisagé.

4. Dès 1975 une procédure d'arbitrage fut instituée. Celle-ci fut confiée au Comité national olympique et sportif français⁶⁸⁹. Elle concernait les litiges opposant les licenciés, groupements et fédérations lorsque les parties en cause en faisaient la demande⁶⁹⁰. L'abandon de cette formule s'explique autant par une raison théorique

* Je souhaiterais remercier l'ensemble du mouvement sportif et plus particulièrement les assistants de conciliation du CNOSF pour m'avoir fourni les informations et les documents nécessaires à la réalisation de cette étude.

⁶⁸⁵ G. Kaufmann-Kohler, « L'arbitrage des litiges liés au sport, introduction », *Bull ASA* n° 11, nov 1998, p 9.

⁶⁸⁶ P. Collomb, « Justice d'Etat et résolution des litiges sportifs par les institutions sportives », in *Séminaire sur le sport et le droit*, Rapport final du Conseil de l'Europe, Paris 1995, p 11.

⁶⁸⁷ M. Taupier et Ph. Lafarge, « Droit du sport, éditorial », *GP* 10/6/93 p 760.

⁶⁸⁸ Voir *infra* n° 11 à 17.

⁶⁸⁹ Le CNOSF occupe une place prépondérante dans les milieux sportifs puisque cette association est une instance représentative à la fois du Comité International Olympique et du sport français dans la mesure où il regroupe en son sein 89 fédérations.

⁶⁹⁰ Article 14 de la loi du 25 octobre 1975 dite loi Mazeaud.

que par des raisons pratiques. La décision du Conseil Constitutionnel du 23 janvier 1987⁶⁹¹ limite considérablement le recours à l'arbitrage en matière sportive. Toutefois les difficultés pratiques ont joué un rôle tout aussi important. Les problèmes concernaient majoritairement la saisine du Comité national olympique et sportif français. Celle-ci ne pouvait résulter que d'un accord préalable entre les parties et ne suspendait pas les délais de recours contentieux. Pour des raisons évidentes, les fédérations refusaient cet arbitrage et quand ce n'était pas le cas les saisines parallèles étaient systématiques. De ce fait, les parties recherchaient plus l'aval du Comité national olympique et sportif français qu'une véritable solution. A ces insuffisances relatives à la saisine s'ajoutait le fait que le décret d'application nécessaire à l'organisation de la procédure ne fut jamais pris.

La conciliation de la loi Avice succéda à l'arbitrage de la loi Mazeaud. Ayant tiré des leçons du passé, la nouvelle loi instaurait une conciliation dirigée par le Comité national olympique et sportif français⁶⁹². Malgré les divers progrès recensés, le succès ne fut pas au rendez-vous. Divers facteurs peuvent expliquer cela. La conciliation, tout comme l'arbitrage de 1975, ne suspendait pas les délais de recours, ce qui empêchait l'instauration d'un véritable débat. Le fait que la conciliation puisse être mise en œuvre à la demande d'une seule des parties n'augmentait pas réellement l'efficacité de cette dernière, qui avait toujours aussi peu de chances d'aboutir lorsque l'autre partie n'avait pas la volonté de résoudre le litige.

5. Après ces échecs successifs, différents projets furent élaborés mais aucun d'entre eux n'aboutit.

Le Conseil d'Etat proposa de créer une juridiction administrative spécialisée dans le contentieux disciplinaire sportif⁶⁹³ : « Le Conseil supérieur de la discipline sportive ». Cette nouvelle voie, inexploitée antérieurement, était attractive à plusieurs égards⁶⁹⁴. Les pouvoirs publics ont, toutefois, rejeté ce projet continuant à refuser l'instauration d'un « circuit judiciaire d'exception »⁶⁹⁵ qui présentait, en outre, l'inconvénient d'avoir un domaine de compétence trop limité.

À la suite du rapport du Conseil d'Etat, un projet de réforme de la loi du 16 juillet 1984 a même envisagé de confier au ministre des sports le pouvoir de suspendre, voire d'annuler, de sa propre initiative les décisions fédérales suspectées d'illégalité. Cette proposition n'a pas abouti, à l'instar de la précédente, l'assemblée générale du Comité national olympique et sportif français ayant exprimé à son encontre une opposition unanime⁶⁹⁶.

6. C'est la loi du 13 juillet 1992 qui, après une multitude de tentatives infructueuses, instaure la conciliation sportive contemporaine, récemment modifiée

⁶⁹¹ La décision du Conseil Constitutionnel prévoit la compétence exclusive du juge administratif pour les contentieux de l'annulation et de la réformation c'est-à-dire essentiellement le contentieux de l'excès de pouvoir. En matière sportive, ceci implique qu'à chaque fois qu'il s'agira d'une contestation portant sur une décision fédérale prise en vertu de prérogatives de puissance publique, les parties ne pourront pas recourir à l'arbitrage. Conseil Constitutionnel 23 janvier 1987, *D* 1988 page 117, note F. Luchaire ; *RFDA* 1987 p 287 note B. Genevois.

⁶⁹² Article 19 de la loi du 7 juillet 1984.

⁶⁹³ Voir Conseil d'Etat, *Sports : pouvoir et discipline*, La documentation Française 1991.

⁶⁹⁴ C. Chaussard, , *L'obligation de conciliation un mode original de règlement des différends*, Mémoire DEA Droit public, université de Bourgogne, 1999 p 19 à 21.

⁶⁹⁵ F. Alaphilippe, « Requiem pour une mission d'arbitrage ». Cité par C. Chaussard, *ibid*, p 22.

⁶⁹⁶ F. Alaphilippe, « Le préliminaire de conciliation : relance d'une justice sportive ou renaissance d'une utopie ? », in *droit du sport : la loi n°92-652 du 13 juillet 1992* (sous la direction de E. Bournazel), collec. thèmes et commentaires, Dalloz 1994, p 28.

par l'article 13 de la loi du 6 juillet 2000. Ce dernier dispose : « le Comité national olympique et sportif français est chargé d'une mission de conciliation dans les conflits opposant les licenciés, les groupements sportifs et les fédérations agréées, à l'exception des conflits mettant en cause des faits de dopage »⁶⁹⁷. Il constitue une conférence des conciliateurs dont il nomme les membres. Tout conciliateur doit garder le secret sur les affaires dont il a connaissance, sous peine des sanctions prévues par l'article 226 - 13 du code pénal⁶⁹⁸. La saisine du comité à des fins de conciliation constitue un préalable obligatoire à tout recours contentieux lorsque le conflit résulte d'une décision, susceptible ou non de recours interne, prise par une fédération dans l'exercice de prérogatives de puissance publique ou en application de ses statuts. Lorsque la décision contestée est susceptible de recours contentieux, la saisine du Comité national olympique et sportif français à fin de conciliation interrompt le délai de recours. Le président de la conférence des conciliateurs, ou l'un de ses délégués à cette fin, rejette les demandes de conciliation qui ne sont pas au nombre de celles mentionnées au premier alinéa du présent paragraphe, ainsi que celles qui lui apparaissent manifestement dénuées de fondement. S'il n'est pas fait application de l'alinéa précédent, le président de la conférence, ou l'un de ses délégués à cette fin, désigne un conciliateur dont le nom est notifié aux parties. Dans le délai d'un mois suivant la saisine, le conciliateur, après avoir entendu les intéressés, propose une ou plusieurs mesures de conciliation. Cette ou ces mesures sont présumées acceptées par les parties, sauf opposition notifiée aux conciliateurs et aux parties, dans un nouveau délai d'un mois à compter de la formulation des propositions du conciliateur. Lorsque le conflit résulte de l'intervention d'une décision individuelle, l'exécution de cette décision est suspendue à compter de la notification à l'auteur de la décision de l'acte désignant un conciliateur. Toutefois, le président de la conférence des conciliateurs, ou l'un de ses délégués à cette fin, peut lever ladite de suspension dans le cas où la décision contestée est motivée par des actes de violence caractérisée. La juridiction compétente pour statuer sur les recours contentieux dirigés contre les décisions individuelles prises par les fédérations dans l'exercice de prérogatives de puissance publique est le tribunal administratif dans le ressort duquel se situe la résidence ou le siège social du requérant à la date de ladite décision.

7. Ce mode alternatif de règlement des différends, contrairement à ses prédécesseurs, connaît un franc succès tant qualitatif que quantitatif puisqu'en huit ans d'existence plus de mille requêtes ont été traitées avec un taux de résolution des litiges d'environ 73%⁶⁹⁹. L'actualité récente confirme cette tendance dans la mesure où 12 sportifs ont mis en œuvre le préalable obligatoire de conciliation afin de contester leurs non-sélections pour les Jeux Olympiques et Paralympiques de Sydney. Cette réussite suffirait, sans doute, à elle seule à justifier que ce mécanisme fasse l'objet de l'étude qui va suivre. Mais, en réalité, se sont les intérêts théoriques, bien plus que ce simple constat, qui motivent cette recherche. En effet, la conciliation sportive, tout en présentant des points communs avec les autres modes de

⁶⁹⁷ Depuis la loi du 23 mars 1999 le conseil de prévention et de lutte contre le dopage dispose d'une compétence exclusive en cette matière. L'article 25 alinéa 5 de ladite loi exclut, expressément, le recours à la conciliation à propos de ces sanctions.

⁶⁹⁸ L'article 226 - 13 du code pénal prévoit un an d'emprisonnement et 100 000 francs d'amende.

⁶⁹⁹ Statistiques fournies lors du colloque organisé par le Comité National Olympique et Sportif Français concernant les requêtes faites depuis la création de la conférence des conciliateurs jusqu'au 20 octobre 1999.

règlement amiable des conflits, demeure très atypique de par son caractère obligatoire.

8. Avant de débiter l'analyse détaillée de la conciliation obligatoire, il convient de définir clairement les termes et le mode de traitement du sujet.

La première précision est fondamentale puisqu'elle concerne le maintien de cet article dans ce programme de recherche sur les modes alternatifs de résolution des litiges. Le fait que la conciliation sportive soit obligatoire, dans certaines hypothèses, peut faire douter du caractère véritablement alternatif de ce mécanisme. Effectivement, par définition, les modes alternatifs de résolution des conflits sont purement volontaires du début à la fin. À première vue et à la lumière de cette définition, le préalable obligatoire ne peut pas être considéré comme un mode de résolution alternatif de règlement des différends. Cette première impression est, toutefois, démentie par une analyse plus poussée de la procédure instituée par la loi du 13 juillet 1992 et récemment modifiée. La conciliation sportive se présente, en effet, à la fois comme une alternative à la justice étatique et à l'intervention d'un tiers détenant un pouvoir juridictionnel. Ceci d'une part, parce que la loi ne fait qu'envisager un éventuel recours au juge après l'échec de la conciliation. D'autre part, en dépit de la présomption d'acceptation des propositions du conciliateur, les parties conservent la possibilité d'accepter ou de refuser ces dernières et de mettre ou non un terme au litige. Le conciliateur ne possède, par conséquent, pas de pouvoir juridictionnel.

La seconde précision est relative à certains développements de cet article qui seront consacrés à l'arbitrage en matière sportive, contrairement à ce qui est prévu par le programme de recherche sur les modes alternatifs de résolution des conflits qui a choisi d'exclure l'arbitrage de son champ d'analyse. Cette position s'appuie, d'abord, sur le constat que l'arbitrage est utilisé par un certain nombre de pays, dont la France, pour résoudre les litiges sportifs dans diverses disciplines⁷⁰⁰, ce qui traduit l'intérêt d'un tel procédé dans ce domaine particulier. Ce choix est ensuite conforté par le fait que l'arbitrage n'est abordé que de manière accessoire et à titre comparatif afin de mettre en exergue les caractéristiques et les atouts de la conciliation, qui reste le sujet principal de l'étude.

9. Il convient, à présent, de s'intéresser aux diverses questions que soulève le préalable obligatoire de conciliation en matière sportive quant à la place du droit et de la procédure et à l'issue du mécanisme. Ces problèmes ne sont pas propres au domaine sportif, ils se posent dans l'ensemble des modes alternatifs de règlement des différends. La différence vient du fait qu'en matière sportive, leur intérêt est décuplé par le caractère obligatoire de la conciliation. Pour répondre aux interrogations soulevées précédemment, il paraît utile d'articuler cette étude en deux parties. Dans la première nous nous interrogerons sur le fait de savoir si la conciliation sportive obligatoire est un mode de règlement des différends banal (I), avant de conclure dans la deuxième, qu'en réalité, elle est une procédure originale (II).

⁷⁰⁰ Voir C. Jarrosson, « les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC* n° 2, page 327. « Using alternative dispute resolution to settle sports disputes », http://www.adr.org/adr_for_sports_disputes.html (le 3/6/99). Article XXX du règlement intérieur du CNOSF.

I. La conciliation sportive obligatoire, un mode alternatif de règlement des différends banal ?

10. La conciliation, comme son nom l'indique, et malgré le fait qu'elle soit obligatoire, reste un mode alternatif de règlement des différends. À ce titre, elle possède un certain nombre de caractéristiques communes avec les modes amiables de règlement des conflits. Ces similitudes se révèlent à la fois dans la genèse et dans le fonctionnement de ce mécanisme. D'une part, la conciliation sportive, à l'instar des autres modes alternatifs de règlement des différends, est née d'une déception suscitée par les systèmes classiques de résolution des litiges (A). D'autre part, à l'image de l'ensemble des modes alternatifs de règlement des différends, le préalable obligatoire de conciliation est conforme à l'état d'esprit du monde sportif (B).

A. Une naissance justifiée par l'inadaptation des solutions étatiques.

11. Un certain nombre d'arguments d'inégale valeur ont été avancés pour justifier la création d'un mode de règlement des différends propre au milieu sportif. Parmi les raisons invoquées, certaines apparaissent véritablement déterminantes(2), alors que d'autres peuvent être remises en cause (1).

1. Les arguments contestables justifiant la mise en place d'un mode spécifique de règlement des litiges sportifs.

12. Une partie de la doctrine considère que le droit du sport est une branche spécifique du droit qui ne doit être traitée que par des spécialistes⁷⁰¹. Les juges du droit commun ne connaîtraient pas assez ce domaine pour pouvoir apporter des solutions adéquates aux litiges sportifs. Toutefois, il n'est pas certain que pour rendre une bonne justice il faille forcément être un spécialiste dans le domaine en question. Au contraire, une spécialisation trop poussée pourrait amener le juge à perdre la vision généraliste qu'il se doit d'avoir sur la société. A cela, il faut ajouter le fait que les lacunes que peut avoir le juge au sujet de certains détails techniques peuvent aisément être comblées par l'appel à un expert qui pourrait éclairer ce dernier sans toutefois le lier. Sur ce point, il convient d'ailleurs de noter que la conciliation peut parfois jouer ce rôle⁷⁰².

Il faut, tout de même, reconnaître que les juridictions ordinaires n'ont, parfois, pas su prendre en compte la spécificité sportive et ont rendu des jugements paraissant inopportuns sur le plan sportif. Ce fut le cas, par exemple, dans l'affaire Andrew Broadie⁷⁰³. Le fait que les juges du droit commun ne connaissent pas parfaitement le milieu sportif n'apparaît, donc, pas comme un élément décisif permettant de justifier la création d'un mode alternatif des différends spécifique.

Cette critique des juridictions de droit commun méritait, pourtant, de ne pas être négligée. La conciliation sportive a donc tenu à résoudre ce problème accroissant, par la même occasion, son efficacité. C'est la raison pour laquelle les membres de la conférence des conciliateurs ont été choisis en fonction de leur qualité juridique et de leur connaissance du monde sportif. L'actuelle liste des

⁷⁰¹ D.Oswald, « Par quels tribunaux les sportifs doivent-ils être jugés ? », *RJES* n° spé juin 1994, p 15 .

⁷⁰² Voir *infra* n° 57.

⁷⁰³ CE 16 mars 1984, *Rec*, p 118; J-P Karaquillo (sous la direction de) *L'activité sportive dans les balances de la justice*, Tome II, Dalloz 1991 p 239 à 243.

conciliateurs comprend ainsi des personnalités issues d'une discipline sportive particulière, souvent le football, qui exercent toutes des professions juridiques⁷⁰⁴.

13. A côté du manque de connaissance des juges de droit commun du milieu sportif d'autres arguments sont avancés pour justifier la mise en place d'un mode alternatif de règlement des différends spécifique aux litiges sportifs. L'un d'entre eux concerne la volonté de désengorger les tribunaux⁷⁰⁵.

Sur ce point, comme sur le précédent, il est possible d'émettre des réserves quant à la pertinence du raisonnement. S'il est vrai que la conciliation sportive permet d'éviter que les tribunaux aient à résoudre les litiges sportifs, cet objectif est atteint uniquement parce que le taux de réussite de cette dernière est intéressant. Il est évident que ce mécanisme ne permet pas en soit la diminution du contentieux sportif qu'ont à connaître les tribunaux de droit commun. En effet, la conciliation sportive est un préalable obligatoire, l'échec de la procédure donne aux requérants la possibilité d'agir en justice. Le nombre relativement faible d'instances engagées devant les tribunaux étatiques conforte l'idée selon laquelle cette procédure n'est pas fondée sur une volonté de désengorger les tribunaux. Il est même probable que la lenteur de la justice soit la cause du faible nombre du contentieux sportif arrivant devant les juridictions de droit commun⁷⁰⁶.

Des arguments plus pertinents permettent de mettre en lumière de véritables dysfonctionnements pouvant expliquer l'instauration d'un mode de règlement des différends propre au milieu sportif.

2. Les arguments pertinents justifiant la mise en place d'un mode spécifique de règlement des litiges sportifs.

14. Chacune des raisons invoquées, à présent, permet d'expliquer la création d'un mode spécifique de règlement des litiges sportifs. Dans certains cas, malheureusement, force est de constater que la conciliation, au même titre que les juridictions étatiques, ne peut pas offrir de réponse adaptée aux besoins spécifiques du mouvement sportif, surtout lorsqu'ils sont liés à la dimension internationale de celui-ci. Il s'avère, par exemple, extrêmement difficile pour le conciliateur d'apporter une solution au litige dans lequel une fédération nationale se met en contradiction avec le droit interne en cherchant à respecter les règlements internationaux⁷⁰⁷.

Etant une procédure nationale, la conciliation sportive s'est révélée, de par sa nature même, inapte à répondre aux besoins formulés précédemment. En revanche, elle a su résoudre efficacement les autres problèmes que posaient les litiges sportifs aux juridictions de droit commun, justifiant de cette façon pleinement son existence.

15. De fait, la conciliation a vaincu les réticences qu'éprouvaient les fédérations vis-à-vis des recours juridictionnels. La majorité des fédérations semble,

⁷⁰⁴ Sur quatorze conciliateurs, on dénombre quatre professeurs de droit, un conseiller d'état, trois magistrats de l'ordre judiciaire, un magistrat de l'ordre administratif, quatre avocats et un conseiller juridique et fiscal.

⁷⁰⁵ D.Oswald, *op cit*, p 16.

⁷⁰⁶ J-C Breillat, *La conciliation, un regard neuf sur le contentieux sportif*, Mémoire DEA droit public, Tours 1993, p 106 et F. Alaphilippe, « Conciliation : bilan d'une procédure au service du sport. Introduction des débats », Colloque du CNOSF, 1^{er} décembre 1999, inédit.

⁷⁰⁷ Voir l'échec du conciliateur au sujet d'un athlète des Caraïbes résident régulièrement en France et qui s'est vu interdire de pratiquer sa discipline sur le territoire français par la fédération française qui ne faisait qu'appliquer un règlement international.

maintenant, favorable à la résolution de leurs litiges par le biais de la conciliation. Ceci a été possible grâce aux garanties de compétences⁷⁰⁸, d'impartialité et d'indépendance qu'offre la procédure, à l'autorité morale dont dispose le Comité national olympique et sportif français sur l'ensemble du mouvement sportif et à l'impressionnant taux de réussite du mécanisme⁷⁰⁹.

16. La crédibilité de la conciliation a également permis d'améliorer l'effectivité des décisions prises. Les hypothèses de non-exécution des propositions de conciliation acceptées sont rarissimes. L'acceptabilité sociale des propositions de conciliation est, par conséquent nettement supérieure à celle des décisions rendues par les juridictions étatiques. L'ineffectivité des solutions étatiques peut être illustrée de façon flagrante par l'exemple des naturalisés en basket-ball⁷¹⁰ où les clubs d'élite n'ont cessé d'appliquer qu'en 1995 une réglementation, pourtant, annulée dès le 23 juin 1989 par le Conseil d'Etat.

17. La raison déterminante justifiant la création de la procédure de conciliation réside, sans aucun doute, dans le caractère éphémère de la carrière sportive. La brièveté de la vie sportive associée à la lenteur de la justice peuvent conférer un caractère quasiment irrémédiable à certaines décisions. Il arrive, fréquemment, en sport, qu'une non participation à une compétition majeure anéantisse les efforts consentis pendant plusieurs années d'entraînement. La nécessité d'une procédure rapide est encore accentuée par le fait qu'un sportif plaide, généralement, plutôt pour obtenir une reconnaissance sportive que pour des dommages-intérêts.

Au regard de ces développements sur l'organisation sportive des compétitions, il apparaît, clairement, que la rapidité de la conciliation conditionne l'efficacité de cette dernière. C'est la raison pour laquelle le législateur a strictement encadré le temps imparti au conciliateur pour effectuer sa mission. La loi du 6 juillet 2000 dispose, en effet, que : « dans le délai d'un mois suivant la saisine, le conciliateur, après avoir entendu les intéressés, propose une ou des mesures de conciliation ». En matière sportive, ce délai peut, tout de même, s'avérer trop long. Ceci explique la possibilité de mettre en œuvre une procédure d'urgence⁷¹¹ et l'acuité du débat concernant la réduction du délai d'acceptation.

La complexité et les contraintes du contentieux sportif, développées auparavant, permettent aisément à la fois de comprendre pour quelles raisons les solutions étatiques sont inadaptées et de justifier la création d'un mode de règlement alternatif des différends spécifique. Les études de droit comparé confirment cette analyse au niveau européen⁷¹². Si l'instauration d'une nouvelle procédure est fondée sur les dysfonctionnements du système classique, son maintien s'explique par le fait qu'elle soit conforme à l'état d'esprit du monde sportif et réponde parfaitement à ses besoins.

⁷⁰⁸ Voir *infra* n° 31.

⁷⁰⁹ Voir *infra* n° 32.

⁷¹⁰ Voir, notamment, J-P Karaquillo, *Le droit du sport*, 2^{ème} édition, collec. connaissance du droit, Dalloz 1997 p 65 et 66.

⁷¹¹ Voir *infra* n° 57.

⁷¹² G. Real-Ferrer, « L'aménagement du recours à la résolution des litiges par les institutions sportives », in *séminaire sur le sport et le droit*, Rapport final du Conseil de l'Europe, Paris 1995, p 43.

B. Une procédure répondant à l'état d'esprit du monde sportif.

18. Avant d'analyser en détail le fonctionnement de la conciliation sportive obligatoire, afin de mettre en lumière les caractéristiques communes qu'elle possède avec les règlements alternatifs des différends (2), il faut délimiter son champ d'application (1). En effet, la procédure définie par la loi du 6 juillet 2000 ne s'applique pas à l'ensemble des litiges sportifs.

1. Le champ d'application de la conciliation sportive.

19. Cette question est d'importance dans la mesure où elle a été modifiée récemment par le législateur qui continue à définir très strictement les hypothèses dans lesquelles la conciliation est obligatoire. Le préalable obligatoire de conciliation demeure l'exception (a) et bon nombre de litiges sportifs ne peuvent pas en bénéficier (b).

a. Les litiges soumis à l'obligation de conciliation.

20. Aux termes de la loi du 13 juillet 1992 l'obligation de conciliation ne concernait que les conflits opposant les licenciés, les groupements sportifs et les fédérations titulaires de la délégation du ministre chargé des sports. L'article 13 de la loi du 6 juillet 2000 a, suite à des critiques doctrinales⁷¹³, élargi le champ d'application de la conciliation sportive obligatoire en disposant qu'elle s'applique « aux conflits opposant les licenciés, les groupements sportifs et les fédérations agréées ».

21. Le législateur n'a pas uniquement apporté des précisions quant à la qualité des fédérations, il a aussi réservé cette nouvelle procédure aux litiges opposant les fédérations agréées à un licencié ou à un club affilié. Lorsque cette condition n'est pas remplie, ces litiges ne relèvent d'aucune forme de conciliation car ils ne concernent pas directement le sport⁷¹⁴.

22. Le fait que le litige implique une fédération agréée est un élément nécessaire mais insuffisant pour déclencher une procédure de conciliation obligatoire. Celle-ci ne concerne, en effet, que deux types précis de décisions : celles prises dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique et celles relatives à l'application des statuts fédéraux.

Si, sous l'empire de la loi de 1992, cette précision ne présentait qu'un intérêt mineur dans la mesure où ces deux hypothèses théoriquement distinctes se rejoignaient dans la pratique, au vu de l'évolution de la notion de prérogatives de puissance publique⁷¹⁵, cette distinction connaît un regain d'importance depuis les modifications intervenues le 6 juillet 2000. La nouvelle loi oblige, en effet à distinguer

⁷¹³ F. Alaphilippe, « Le préliminaire de conciliation : relance d'une justice sportive ou renaissance d'une utopie ? », *op cit*, p 36 ; J-P Karaquillo, « Un pluralisme judiciaire complémentaire original : la résolution par les institutions sportives et par les juridictions d'Etat de certains litiges sportifs », *D* 1996, chron p 90.

⁷¹⁴ La qualité de licencié étant, toutefois, appréciée largement par les conciliateurs.

⁷¹⁵ L'évolution de la notion de prérogatives de puissance publique implique que la majorité des décisions prises en application des statuts entre dans sa définition étant donné que la quasi totalité des décisions sont en rapport avec l'organisation des compétitions. Les seuls litiges faisant exception à cette règle sont relatifs au fonctionnement démocratique des clubs.

deux hypothèses selon que le conflit concerne une fédération délégataire ou une fédération agréée. Dans le premier cas, le Comité olympique national et sportif français pourra être saisi suite à des litiges concernant soit des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, soit des décisions prises en application des statuts fédéraux. Dans le second cas, la conciliation ne pourra, semble-t-il, être mise en œuvre que pour une décision résultant de l'application des statuts fédéraux dans la mesure où une fédération agréée ne dispose pas de prérogatives de puissance publique⁷¹⁶.

La définition positive du champ d'application de la conciliation obligatoire qu'offre la loi du 6 juillet 2000 ne permet pas de saisir l'étendue réelle du domaine couvert par le préalable obligatoire de conciliation. C'est la raison pour laquelle il faut, également, énumérer les litiges n'entrant pas dans le cadre légal.

b. Les litiges exclus du domaine de la conciliation sportive obligatoire.

23. De fait, sont exclus de la conciliation obligatoire des décisions prises par les fédérations qui ne sont pas envisagées dans les dispositions de la loi Bredin modifiée et les décisions prises par les fédérations en vertu de procédures particulières de droit commun telles que les décisions d'amnistie ou de communication de documents administratifs.

24. Concernant la seconde catégorie la question a été, aisément et clairement, réglée par la jurisprudence administrative. Deux jugements du tribunal administratif de Paris ont affirmé sans ambiguïté que les litiges portant exclusivement sur des décisions relatives au bénéfice de l'amnistie après une sanction disciplinaire ou sur la communication d'un document administratif à un licencié ne sont pas de la compétence du conciliateur.⁷¹⁷

25. Contrairement à ce qui s'est passé pour la catégorie précédente, dans certains litiges il est plus délicat de déterminer si la conciliation est obligatoire. Parfois, il est compliqué de qualifier la décision prise par la fédération. Ainsi par exemple, d'après un principe constant, ni le juge étatique⁷¹⁸, ni le conciliateur⁷¹⁹, ne se prononce lorsqu'il s'agit de règles du jeu. Alors même que la théorie ne présente aucune ambiguïté, il demeure complexe de déterminer si telle décision, dans ce litige particulier, doit être considérée ou non comme une décision arbitrale purement technique. Le conflit portant sur le classement d'une compétition automobile⁷²⁰ illustre parfaitement cette difficulté.

⁷¹⁶ CE 16 décembre 1988, Mlle Pascau, *AJDA* 1989, p 270, obs J. Moreau.

⁷¹⁷ TA Paris 24 février 1994, *RFDA* 1997 p 370 à 372 et TA Paris 9 avril 1996, *RFDA* 1997 p 372.

⁷¹⁸ L'exclusion des règles techniques du jeu de la compétence des juridictions étatiques est un principe constamment affirmé en droit français mais également à l'étranger. Voir, par exemple, CE 26 juillet 1985, *D* 1988, SC, p 386 obs Hecquart-Théron ou les décisions des tribunaux américains citées par G. Auneau, « L'influence des normes sportives internationales sur la recherche en droit du sport », *GP* 17/8/95 doct p 1009.

⁷¹⁹ Les conciliateurs ont souhaité accepter uniquement les requêtes qui pourraient être prise en compte par la suite par les tribunaux étatiques afin de respecter le choix du législateur de faire de la conciliation un préalable obligatoire avant tout recours juridictionnel. Voir *infra* n° 65.

⁷²⁰ Voir les analyses contraires faites par la proposition de conciliation du 22 septembre 1994 et par l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 mars 1998, *JCP G* 1998, n° 2636, obs C. Rouault.

26. Parfois le problème provient non pas de la qualification de la décision fédérale, mais de l'influence de celle-ci sur d'autres actes. C'est le cas, notamment, pour les contrats de travail. En principe cette catégorie n'entre pas dans le champ d'application de la conciliation obligatoire. Ces contrats demeurent régis par le droit commun. Dans certains cas il est difficile de délimiter la compétence exacte du conciliateur. Il arrive, en effet, que certaines décisions fédérales aient une incidence sur les contrats de travail⁷²¹. Une affaire, opposant une fédération et un club à la suite d'un refus de suspension d'une autorisation de mutation pour deux joueurs stagiaires, illustre parfaitement ce type de problème. En l'espèce, les joueurs demandaient leur mutation. Une stipulation contractuelle obligeait les jeunes footballeurs à verser une certaine somme au club en cas de rupture anticipée. La somme prévue n'ayant pas été versée, le club demanda à la fédération de suspendre l'autorisation de mutation. Celle-ci refusa et le club saisit le Comité national olympique et sportif français et le conciliateur estima la requête recevable. Dans le but de se prononcer sur la légalité de la décision de la fédération, le conciliateur examina en détail la légalité des clauses du contrat et dépassa, de la sorte, les limites de sa compétence⁷²². Même si cela n'a pas eu de conséquence pratique en l'espèce, ce litige démontre à quel point il est délicat de définir le domaine de la conciliation obligatoire.

27. Les exemples précédents ont illustré la difficulté de délimiter, en pratique, le champ d'application de la conciliation, l'exemple suivant montre que parfois le principe même de l'exclusion de certains litiges du domaine du préalable obligatoire de conciliation est sujet à discussion. Le fait de refuser de mettre en œuvre la conciliation obligatoire, lorsque le conflit, est de nature contractuelle a, par exemple, provoqué de vives réactions au sein de la doctrine⁷²³. La place prépondérante de l'aspect commercial de l'activité sportive est, actuellement, incontestable. Le fait de ne pas soumettre à une conciliation obligatoire des litiges de nature commerciale paraît, dans ce contexte, difficilement compréhensible. Le seul argument valablement avancé pour justifier une telle solution, dans l'hypothèse où une fédération et un licencié sont impliqués, réside dans le niveau de compétences disparate des conciliateurs qui rend délicate l'appréciation de critères économiques naturellement présents dans ce type de litiges⁷²⁴. Sans remettre en cause l'exclusion des contrats commerciaux du domaine d'application de la conciliation, le conciliateur pourrait, au regard de l'évolution jurisprudentielle récente⁷²⁵, être déclaré compétent concernant certains aspects de ces litiges. Cela pourrait se produire dans l'hypothèse où une fédération modifierait ses règlements sportifs afin de respecter un contrat signé avec une société commerciale. Dans ce cas de figure, la jurisprudence a estimé que le contrat devait être considéré comme détachable des dispositions du règlement sportif. Le conciliateur pourrait, alors, être amené à apprécier les décisions qui relèvent des prérogatives de puissance publique prises suite à ces contrats. Il demeurerait, toutefois, incompétent pour examiner les contestations relatives à la conclusion ou à l'exécution desdits contrats.

⁷²¹ Proposition de conciliation du 29 septembre 1997.

⁷²² C. Chaussard, *op cit*, p 60.

⁷²³ Dans ce sens voir J-P Karaquillo, « Un pluralisme judiciaire complémentaire original : la résolution par les institutions sportives et par les juridictions d'Etat de certains litiges sportifs », *op cit*, p 90. Contra C. Chaussard, *op cit*, p 62 et 63.

⁷²⁴ C. Chaussard, *ibid*, p 62.

⁷²⁵ G. Simon, « la nature juridique des règlements sportifs à objet commercial (à propos de l'affaire Adidas contre ligue nationale de football) », *Dalloz* 1999, chronique, p 174s.

Après avoir consacré de substantiels développements au domaine d'application du préalable obligatoire de conciliation, il faut, à présent, détailler le fonctionnement de ce dernier en insistant sur les points communs que possède celui-ci avec les autres modes de règlement des différends et qui lui permettent de résoudre de façon adaptée les litiges sportifs.

2. Les caractéristiques communes à la conciliation sportive et aux autres modes alternatifs de règlement des différends.

28. La diversité des modes alternatifs de règlement des différends oblige à subdiviser cette étude en deux parties. La première partie démontrant que la conciliation sportive est animée par un « état d'esprit »⁷²⁶ identique à celui de l'ensemble des règlements alternatifs des différends (a). La seconde partie, affinant l'analyse en détaillant les points communs que la conciliation sportive obligatoire possède avec la conciliation classique, la médiation et l'arbitrage en matière sportive, en démontrant ainsi qu'en réalité la conciliation sportive est une procédure hybride (b).

a. Les traits communs à l'ensemble des règlements alternatifs des différends.

29. La conciliation obligatoire présente, de par sa genèse⁷²⁷ et son fonctionnement, un certain nombre de caractéristiques qu'il est possible de retrouver dans la majorité des règlements alternatifs des différends. Ces points communs se situent tant au niveau du fonctionnement de la procédure (a1), qu'au niveau des pouvoirs du conciliateur (a2) et permettent à la conciliation d'apporter des réponses concrètes et efficaces aux difficultés tel que le désire le mouvement sportif.

a1. Les caractéristiques communes aux différentes procédures.

30. L'existence de moyens garantissant la compétence, l'indépendance et l'impartialité des tiers, la rapidité, l'adaptabilité et la confidentialité de la procédure sont des traits constants dans la plupart des autres modes de résolution alternatifs des conflits. La gestion du préalable obligatoire de conciliation a été confiée au Comité national olympique et sportif français. C'est la conférence des conciliateurs qui est chargée, au quotidien, de la conciliation. Cette dernière est juridiquement une commission du Comité national olympique et sportif français. Toutefois, c'est une commission de type particulier dans la mesure où elle est totalement indépendante de ce dernier. Le processus de nomination du président de la conférence des conciliateurs en atteste. En effet, si juridiquement le président des conciliateurs demeure désigné par le président du Comité national olympique et sportif français, ce dernier se contente, en réalité, d'entériner le choix fait à l'unanimité par l'ensemble des conciliateurs⁷²⁸.

Au vu de l'autorité morale que possède le Comité national olympique et sportif français sur la totalité du sport dans notre territoire, le fait de lui confier la mission de

⁷²⁶ L. Cadiet, *Découvrir la justice*, Dalloz 1997 p 67.

⁷²⁷ Voir *supra* n° 11 à 17.

⁷²⁸ J-P Karaquillo, « Conciliation : bilan d'une procédure au service du sport. Expérience de la pratique de la conciliation », *op cit.*

conciliation sportive obligatoire a, sans nul doute, accru la crédibilité de la procédure aux yeux des fédérations⁷²⁹.

31. La compétence des conciliateurs a, également, augmenté la confiance des requérants dans ce nouveau mécanisme. Tout comme pour les arbitres du tribunal arbitral du sport⁷³⁰, la liste des conciliateurs est le résultat d'un choix mûrement réfléchi. Ainsi, les personnes ont été désignées en fonction de leur qualité juridique et de leur connaissance du monde sportif. Même le contexte global dans lequel est né le préalable obligatoire de conciliation a été pris en compte lors de la composition de la conférence des conciliateurs. Le nombre important de conciliateurs issus du domaine du football n'est pas le fruit du hasard mais un choix conscient, qui avait pour objectif de vaincre la réticence particulièrement grande qu'éprouvait le football professionnel vis-à-vis du mécanisme institué par la loi du 13 juillet 1992⁷³¹.

32. La conciliation sportive, toute comme la médiation ou l'arbitrage dans le même domaine, est conduite par un tiers compétent, indépendant et impartial.

Ces questions d'impartialité et d'indépendance revêtent en matière sportive une importance particulière dans la mesure où les arbitres, les médiateurs et les conciliateurs sont tous issus du monde sportif. Cette implication dans le mouvement sportif engendre un risque institutionnel réel de partialité. C'est la raison pour laquelle un certain nombre de textes réaffirment et organisent l'impartialité des modes de règlement alternatifs des conflits en matière sportive⁷³². Certaines dispositions vont même jusqu'à permettre la récusation de l'arbitre⁷³³ ou du conciliateur dans certaines hypothèses. Ainsi, l'article 4 du règlement de conciliation envisage limitativement, les causes de récusation des conciliateurs qui sont la parenté ou l'alliance du conciliateur avec l'une des parties, l'intéressement du conciliateur à la solution du conflit, de la communauté ou de l'opposition d'intérêt entre le conciliateur et l'une des parties et le fait que le conciliateur soit déjà intervenu à un titre quelconque dans le différend.

La pratique confirme la volonté d'impartialité révélée par les textes. En matière de conciliation, par exemple, la création et la reconnaissance de la conférence des conciliateurs par le règlement de conciliation, puis par l'article 13 de la loi du 6 juillet 2000 ont renforcé l'indépendance⁷³⁴ des conciliateurs.

Dans le même sens, la désignation du conciliateur dans une affaire précise présente un certain nombre de garanties comme c'est le cas lors de la médiation devant le tribunal arbitral du sport. En effet, en matière de conciliation sportive et de médiation, le tiers chargé de la procédure est désigné par le président⁷³⁵. Il est certain que les présidents successifs de la conférence des conciliateurs ont veillé, et

⁷²⁹ Entretien avec Monsieur Laurent Allard, responsable juridique de la FFH, le 30 novembre 1999, Paris.

⁷³⁰ S'agissant de l'établissement de la liste des membres du tribunal arbitral du sport voir article S 24 Code de l'arbitrage en matière de sport et K. Mbaye, « Contribution du CIO à la solution des différends à l'occasion de la pratique du sport », *RJES* n° spé juin 1994, p 20.

⁷³¹ J-P Karaquillo, « Conciliation : bilan d'une procédure au service du sport. Expérience de la pratique de la conciliation », *op cit.*

⁷³² Voir, par exemple, l'article 6 du règlement de conciliation et l'article R 33 al 1 du Code de l'arbitrage et J-P Rochat, « Tribunal arbitral du sport : quelle procédure pour quel litige ? », *Bull ASA* n° 11, nov 1998, p 20.

⁷³³ Voir l'article S 21 du Code de l'arbitrage énumère les causes de récusation de l'arbitre.

⁷³⁴ J-P Karaquillo, « La procédure de conciliation : quand ? comment ? », *RJES* n° spé juin 1994, p 87 et 88.

⁷³⁵ Article 6 du règlement de médiation et alinéa 6 de l'article 19 de la loi du 13 juillet 2000.

veillent encore particulièrement, à ce qu'aucun lien unisse le conciliateur avec l'affaire ou la discipline concernée⁷³⁶. Pour preuve, jusqu'à présent, il n'y a pas eu de récusation d'un conciliateur à la demande de l'une des parties. Par contre dans deux espèces, les conciliateurs ont choisi de se récuser eux-mêmes. Suite à une requête, un conciliateur fut nommé, or sa profession pouvait l'amener à connaître le litige ultérieurement. Au vu de ces circonstances, il a refusé de concilier dans cette affaire. Cet exemple renforçant l'idée d'impartialité apparue auparavant.

33. La procédure de conciliation sportive, pour résoudre au mieux les litiges, est dirigée par un tiers compétent de façon impartiale et indépendante, mais également rapide⁷³⁷, ce qui est caractéristique des modes de règlement alternatif des différends. Cela permet aux requérants d'éviter une démarche devant les tribunaux étatiques toujours longue et coûteuse. La procédure de conciliation sportive apparaît encore plus rapide que l'arbitrage en matière sportive. D'après les statistiques, la sentence du tribunal arbitral du sport est rendue six mois après sa saisine⁷³⁸. La proposition du conciliateur, quant à elle, doit être rendue, d'après la loi, au plus tard, un mois après la saisine du Comité national olympique et sportif français. En pratique il est vrai qu'à ce délai s'ajoute celui d'un mois pendant lequel les parties se prononcent sur l'acceptation ou le refus de cette proposition. La durée maximale de l'ensemble de la procédure est, toutefois, limitée à deux mois. En réalité, la plupart des propositions de conciliation sont transmises avant le délai d'un mois prévu par l'article 19 alinéa 6 de la loi du 16 juillet 1984 modifié par l'article 13 de la loi du 6 juillet 2000⁷³⁹. Le préalable de conciliation peut même être mis en œuvre encore plus rapidement. En effet, les délais évoqués précédemment sont ceux d'une procédure normale. Dans le cadre de la procédure d'urgence, ces derniers diminuent sensiblement. De sorte qu'il est arrivé au Comité national olympique et sportif français d'être saisi le mercredi sur une question relative à un championnat commençant le jeudi et devant l'urgence, l'audience a eu lieu mercredi dans l'après-midi et la proposition a été rendue le mercredi soir.

34. La confidentialité de la conciliation sportive est un autre élément caractéristique à l'ensemble des modes de règlement alternatif des différends. Elle apparaît, ici plus qu'ailleurs, l'unique moyen permettant aux parties et au conciliateur de trouver en toute liberté et de bonne foi une solution au litige. Il faut tout de même reconnaître qu'en matière sportive la « médiatisation est excessive et la publicité de la procédure risque d'être un moyen de capter le soutien du public pour faire pression sur les consciences en faveur d'une cause douteuse »⁷⁴⁰. Tous les modes de règlement alternatifs des conflits dans ce domaine prévoient, par conséquent, des dispositions concernant la confidentialité de la procédure⁷⁴¹. Ainsi, l'article 6 du règlement de conciliation dispose que l'audience n'est pas publique. Il est aussi

⁷³⁶ J-P Karaquillo, « Conciliation : bilan d'une procédure au service du sport. Expérience de la pratique de la conciliation », *op cit*.

⁷³⁷ Sur l'importance de la rapidité de la conciliation voir *supra* p 8.

⁷³⁸ D. Hahn, « Présentation de la jurisprudence du TAS », *RJES* n° spé juin 1994, p 32.

⁷³⁹ J-P Karaquillo, « La procédure de conciliation : quand ? comment ? », *op cit*, p 91.

⁷⁴⁰ F. Alaphilippe, « Conflits sportifs et accès à la justice », *op cit*, p 10.

⁷⁴¹ Voir par exemple l'article 10 du règlement de conciliation et l'article R 43 du Code de l'arbitrage. La seule exception concerne la procédure d'appel devant le tribunal arbitral du sport. L'article 67 du règlement du tribunal arbitral du sport prévoit en effet qu'une sentence peut être publiée si l'intérêt public le commande. Dans la majorité des cas il s'agit des sentences rendues en matière de sanctions disciplinaires suite à une affaire de dopage.

précisé que les propositions de conciliation ne sont transmises qu'aux parties et enfin le conciliateur est tenu au secret sous peine des sanctions prévues à l'article 226 - 13 du code pénal⁷⁴².

La confidentialité avait toutefois jusqu'en 1992 une portée limitée par deux facteurs. D'une part, seul le conciliateur avait l'obligation de ne pas divulguer d'information, il n'en était pas de même pour les parties. À l'ouverture de l'audience, le conciliateur se contentait de leur rappeler qu'il était souhaitable que les débats demeurent confidentiels. Les parties, par ailleurs, conservaient la liberté de divulguer le contenu des propositions de conciliation. D'autre part, ces propositions étaient transmises au juge lorsque le litige était porté devant les tribunaux⁷⁴³. Celui-ci, de fait, avait connaissance des solutions envisagées par le conciliateur, mais pas des débats nés au cours de l'audience.

À l'heure actuelle, il est difficile d'évaluer l'étendue de l'obligation de confidentialité puisqu'un débat persiste sur l'interprétation de la loi du 6 juillet 2000. En effet, la suppression de la transmission de la proposition aux juridictions compétentes et l'alourdissement de l'obligation de confidentialité à l'égard du conciliateur peuvent laisser présager une volonté de soumettre au secret des parties. À l'inverse, le silence des textes sur ce point peut-être considéré comme allant dans le sens du maintien des règles antérieures. Sur cette question, les conciliateurs n'ont pas encore tranché. Seule l'évolution à venir permettra de se définir en faveur d'une solution.

35. Le caractère évolutif est le dernier trait commun que possède la conciliation sportive obligatoire avec l'ensemble des règlements alternatifs des différends. Le conciliateur peut apporter au dispositif initial les correctifs et les compléments indispensables pour parer à toutes les difficultés et répondre au mieux aux besoins actuels et futurs exprimés par le monde sportif. Cette adaptabilité de la procédure est possible par le biais du règlement de conciliation⁷⁴⁴. Il a déjà permis de clarifier les conditions de saisine de compte du conciliateur, les règles relatives à la recevabilité des demandes de conciliation, le mode de désignation des personnalités procédant à la conciliation, les règles relatives à l'audience et la formulation des propositions de conciliation, d'instaurer la conférence des conciliateurs et une procédure d'urgence. La récente modification de la procédure de conciliation grâce à la loi du 6 juillet 2000 confirme le caractère évolutif du système.

Les développements précédents ont mis en lumière un certain nombre de traits communs que possèdent la conciliation sportive avec l'ensemble des modes de règlement alternatifs des différends au niveau de leur procédure. Il convient, à présent, de mettre en exergue les pouvoirs très similaires dont dispose le tiers chargé de la procédure pour rapprocher les parties.

a2. Identité des pouvoirs des tiers chargés de la procédure.

36. La conciliation sportive est, comme tous les modes non juridictionnels de résolution des conflits, une justice consensuelle. De ce fait, le conciliateur dispose de plus ou moins de pouvoirs par rapport au juge.

⁷⁴² Alinéa 2 de la loi du 16 juillet 1984 modifié par la loi du 6 juillet 2000.

⁷⁴³ Dernier alinéa de la loi du 16 juillet 1984 modifié par la loi du 13 juillet 1992.

⁷⁴⁴ Ce texte fut intégré le 4 mai 1993 dans le règlement intérieur du Comité national olympique et sportif français, après son adoption par le conseil d'administration, et son approbation par l'assemblée générale.

37. Contrairement au juge, le conciliateur a la possibilité de recourir à des moyens non juridiques. Lors de l'audience, il peut proposer des aménagements ou des solutions médianes par rapport au droit, l'objectif final étant de trouver une solution acceptée par les parties à la suite d'une négociation. Cet accord entre les parties est primordial dans la mesure où c'est de cela que les recommandations de conciliation tirent leur force. Toutefois cette marge de manœuvre demeure limitée au regard du caractère obligatoire de la procédure.

38. Le conciliateur, il est vrai, peut obtenir l'adhésion des parties à une proposition respectant parfaitement les dispositions légales⁷⁴⁵.

39. Mais le tiers chargé de la procédure peut arriver à une solution en proposant de modérer la stricte application du droit car il ne faut pas oublier que les rôles du juge et du conciliateur sont bien différents. « Il faut se garder de rechercher une adéquation systématique entre la solution du juge et celle du conciliateur »⁷⁴⁶. Le juge doit trancher le litige en se fondant sur la stricte application du droit, alors que le conciliateur peut prendre en compte l'équité pour obtenir un accord entre les parties. C'est ainsi que dans un litige, malgré la saisine du Comité national olympique et sportif français permettant au joueur de prendre part au match, ce dernier n'a participé à aucune rencontre de championnat. Au vu de la bonne volonté manifestée par le joueur et le club, le conciliateur proposa que la sanction soit décomptée en ne prenant pas en considération l'effet suspensif de la conciliation⁷⁴⁷.

40. Dans certaines circonstances, le conciliateur s'est purement et simplement écarté de la solution juridique du litige pour rédiger une proposition uniquement fondée sur l'équité. L'exemple le plus pertinent dans ce domaine concerne un conflit qui opposait un club et la fédération de Sport Boule au sujet de la composition des poules du championnat. Le club se situait dans la région parisienne et les poules avaient été constituées de façon à ce que ce dernier soit dans l'obligation de se rendre en province pour participer au championnat. Or l'importance des déplacements aurait à long terme entraîné des difficultés financières importantes pour le club qui aurait été amené à disparaître. Devant ce cas de figure, le conciliateur a opté pour une solution d'équité. Sa proposition comprend deux volets distincts. Dans un premier temps, il affirme qu'il n'y a pas d'erreur de droit faite par la fédération qui dispose dans la constitution des poules d'un pouvoir discrétionnaire. Dans un second temps, toutefois, il considère que l'équité commande de revoir la composition des poules pour pouvoir permettre à ce club de participer au championnat sans mettre en péril sa situation financière.

Cette proposition a été, finalement, suivie d'un recours devant le Conseil d'Etat. L'arrêt de la haute juridiction constate, qu'en droit il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation et rejette la demande estimant qu'il y a aucune raison de revenir sur la composition des poules.

Cet exemple illustre parfaitement la marge de manœuvre limitée dont dispose le conciliateur lors de la formulation de ses propositions. Il ne faut pas oublier, en effet, que la conciliation est un préalable obligatoire avant toute requête devant les

⁷⁴⁵ Proposition de conciliation du 9 novembre 1994.

⁷⁴⁶ A. Lacabarats et B. Foucher, « L'opinion du magistrat sur la conciliation », *RJES* n° spé juin 1994, p. 104.

⁷⁴⁷ Proposition de conciliation du 23 juin 1993.

tribunaux. En ce sens, le conciliateur se doit de faire des propositions motivées et juridiquement réalistes. Les propositions conformes au droit et juridiquement inattaquables demeurent le principe et les propositions en équité restent l'exception. Le conciliateur ne prend, en réalité qu'en de rares hypothèses, des libertés par rapport au droit, justifiant son attitude par des raisons d'efficacité. L'autonomie de l'ordre sportif semble, par conséquent apparemment, restreinte.

41. L'éventuelle prise en compte de l'équité permet de conclure que, dans certains cas, le conciliateur a des pouvoirs plus étendus que le juge, par contre, dans d'autres hypothèses sa compétence est limitée. L'analyse de la démarche du conciliateur, dans les litiges courants, permet de mesurer la limite de ses pouvoirs.

42. En matière disciplinaire, le conciliateur s'assure, d'une part, que la décision a été prise par l'instance fédérale compétente⁷⁴⁸ en respectant les droits de la défense⁷⁴⁹, conformément au règlement disciplinaire type du 3 septembre 1993 avant de constater l'existence d'une faute de nature disciplinaire⁷⁵⁰ et de contrôler la proportionnalité de la sanction, avec la faute commise. S'agissant de l'adéquation de la sanction, le conciliateur émet lui-même des réserves quant à sa compétence⁷⁵¹. Toutefois lorsqu'une disproportion est relevée, il la signale aux parties⁷⁵².

43. Cette idée de compétences restreintes du conciliateur se retrouve également dans le contentieux électoral. Dans cette matière le conciliateur examine si la décision prise l'a été conformément aux statuts, sans pouvoir donner son avis sur la conformité de ces derniers. Le conciliateur peut uniquement proposer aux parties de reprendre le processus si les irrégularités sont importantes⁷⁵³.

44. Le conciliateur estime, aussi, disposer de pouvoirs limités dans les conflits concernant les accessions et rétrogradations des clubs. En effet, lorsque la décision fédérale dépend de l'appréciation de la situation financière d'un club, le conciliateur indique « qu'il ne saurait refaire l'analyse comptable et financière des éléments produits par le club », ni « substituer son appréciation à celle portée par l'instance compétente »⁷⁵⁴, mais seulement « vérifier que la procédure d'intervention de cette instance spécialisée a été respectée »⁷⁵⁵.

45. De la même façon, le conciliateur considère qu'il n'est pas compétent pour estimer l'étendue du préjudice subi par une décision prise par une fédération dans le cadre de sa mission de service public⁷⁵⁶.

46. Si les exemples précédents ont démontré que le conciliateur n'a parfois pas autant de pouvoir que le juge, dans le cas particulier des sélections, les compétences du tiers chargé de la procédure, quelle que soit sa fonction, sont limitées.

⁷⁴⁸ Proposition de conciliation du 17 juillet 1994.

⁷⁴⁹ Proposition de conciliation du 24 mars 1994.

⁷⁵⁰ Proposition de conciliation du 11 septembre 1998.

⁷⁵¹ Proposition de conciliation du 9 octobre 1998.

⁷⁵² Proposition de conciliation du 6 février 1998.

⁷⁵³ C. Chaussard, *op cit*, p 41.

⁷⁵⁴ Proposition de conciliation du 29 juillet 1998.

⁷⁵⁵ Proposition de conciliation du 9 juillet 1997.

⁷⁵⁶ Proposition de conciliation du 6 mai 1996.

Il convient, toutefois, de distinguer deux hypothèses. Soit les fédérations ont mis en place des critères de sélection préétablis, soit les fédérations disposent d'une totale liberté pour effectuer leur choix. Dans le premier cas, le Comité national olympique et sportif français vérifie que la fédération a respecté la procédure instaurée. Dans le second, en revanche, le conciliateur se contente de vérifier que la décision est motivée et qu'elle n'est pas fondée sur des considérations étrangères à l'appréciation de la valeur sportive des athlètes⁷⁵⁷. Le pouvoir discrétionnaire de la fédération fonde le pouvoir limité du conciliateur et du juge dans ce type de litiges.

Après avoir mis en avant un certain nombre de traits caractéristiques à l'ensemble des règlements alternatifs des différends, il convient de pousser plus avant l'analyse en comparant la conciliation sportive avec la conciliation classique et l'arbitrage en matière sportive afin de démontrer que la conciliation sportive possède avec chaque catégorie de règlements alternatifs des différends un certain nombre de points communs. Ce qui permet de conclure que celle-ci est un mode de règlement des différends hybride.

b. La réunion des traits propres à chacun des règlements alternatifs des différends à l'origine d'une procédure d'hybride.

47. Dans le domaine sportif, il existe un certain nombre de procédures de conciliation qui répondent parfaitement aux définitions de la conciliation classique⁷⁵⁸. À l'heure actuelle, il faut noter que toutes ces formes de conciliation sont relativement rares.

48. A côté de cela, le préalable de conciliation obligatoire dans sa nouvelle version se transforme dans environ 28% des cas⁷⁵⁹ en une conciliation de type classique. Ceci dans l'hypothèse où les parties s'entendent pendant l'audience, sans que le conciliateur formule une proposition. L'article 9 du règlement de conciliation prévoit alors qu'un procès-verbal est établi par l'assistant de conciliation et signé par le conciliateur et les parties, comme lors d'une conciliation classique.

48 bis. Sous certains aspects, en revanche, la conciliation sportive présente un certain nombre de similitudes avec la médiation⁷⁶⁰. Ainsi l'article 19 de la loi du 16 juillet 1984 modifié oblige le conciliateur à proposer des mesures de conciliation.

49. La conciliation sportive ne possède pas seulement des points communs avec la conciliation de type classique et la médiation. Elle partage, aussi, avec l'arbitrage certains traits spécifiques. L'autorité conférée aux propositions de conciliation par le biais de la présomption d'acceptation formulée par l'article 19 de la loi du 16 juillet 1984 modifié rapproche sensiblement la procédure de conciliation sportive d'un arbitrage qui a vocation à trancher définitivement le litige. Il faut tout de

⁷⁵⁷ B. Foucher, *op cit.* Voir également la proposition de conciliation du 28 juin 1996.

⁷⁵⁸ Il s'agit, par exemple, des conciliations internes prévues par les fédérations, de la conciliation instaurée par l'article R42 du règlement du TAS et de la conciliation facultative qui peut être mise en œuvre devant le CNOSF pour les litiges n'entrant pas dans le cadre de la conciliation obligatoire.

⁷⁵⁹ 221 procédures sur les 800 mises en œuvre ont fait l'objet d'un accord préalablement à l'audience de conciliation au terme de celle-ci. Statistiques fournies lors du colloque organisé par le CNOSF. Voir note 15.

⁷⁶⁰ Si nous estimons que le médiateur doit faire des propositions. Voir en ce sens B. Oppetit, « les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *justices n° 1*, janvier 1995, page 56. *Contra* Ch Jarrosson, *op cit*, p 343.

même remarquer que lors d'un préalable obligatoire de conciliation les parties conservent la possibilité de choisir ou de refuser la proposition de conciliation et ainsi donc de mettre un terme ou non au litige.

50. Les développements précédents ont démontré que la conciliation sportive possède un certain nombre de points communs avec les règlements alternatifs des différends que ce soit au niveau de sa création ou de son fonctionnement. La conciliation sportive, tout en paraissant très proche des autres modes alternatifs de règlement des conflits, est en réalité originale. En effet, elle partage avec chacun d'eux un certain nombre de traits caractéristiques, au départ propre à une seule catégorie, apparaissant ainsi comme un véritable « mélange des genres »⁷⁶¹. L'originalité de la procédure ne se limite pas à cela. De par son caractère obligatoire, la conciliation en matière sportive « s'affirme véritablement comme une troisième voie entre les recours contentieux et les mécanismes traditionnels de règlement amiable des conflits » et c'est là sa véritable spécificité. Le caractère novateur de cette question nous conduit tout naturellement à lui consacrer la totalité de la deuxième partie de cette étude.

II. La conciliation sportive obligatoire, une procédure originale par rapport aux autres règlements alternatifs des différends.

51. Le fait que la conciliation soit une condition indispensable à toute action en justice en matière sportive a nécessité la mise en place d'un véritable « pluralisme judiciaire complémentaire original »⁷⁶². Celui-ci implique, évidemment, l'existence d'une coordination étroite entre la conciliation et les juridictions étatiques (A). Mais cela confère également, au préalable obligatoire une place délicate au sein du système juridique (B) puisqu'il se situe à la fois dans l'ordre sportif et dans l'ordre étatique.

A. Un préalable obligatoire bénéficiant d'une coordination étroite avec les juridictions étatiques.

52. Le préalable obligatoire de conciliation est une condition supplémentaire de l'action en justice qui a été créée par le législateur afin d'abrégé le contentieux. Cette nouvelle procédure n'a de raison d'être qu'à la condition d'être particulièrement efficace. C'est la raison pour laquelle, la loi a prévu un certain nombre de dispositifs de coordination permettant de s'assurer que l'objectif initial soit atteint (1). Si le texte de loi fournit les clés d'une telle efficacité, il n'aborde pas les conséquences liées au caractère obligatoire de la procédure (2). Celles doivent, pourtant, être envisagées étant donné leur intérêt pratique.

1. Une coordination renforçant l'efficacité de la conciliation sportive.

53. Afin de garantir l'efficacité de la procédure, le législateur a mis en place ce qu'il est possible d'appeler une véritable « procédure pré-contentieuse obligatoire »

⁷⁶¹ F. Alaphilippe, « Le préliminaire de conciliation : relance d'une justice sportive ou renaissance d'une utopie ? », *op. cit.*, p 29.

⁷⁶² J-P Karaquillo, « Un pluralisme judiciaire complémentaire original : la résolution par les institutions sportives et par les juridictions d'Etat de certains litiges sportifs », *op cit.*

dans le domaine sportif⁷⁶³. Ceci peut, à première vue, surprendre car dans l'ensemble des autres domaines où la conciliation est utilisée, elle se caractérise par la volonté commune des deux parties d'utiliser ce mode de règlement des différends. En matière sportive, la procédure est obligatoire. Ce choix particulier est justifié par des raisons théoriques et conforté par la pratique. L'organisation particulière du milieu sportif, à la fois pyramidale et monopolistique, confère aux fédérations une position de force par rapport aux licenciés⁷⁶⁴ qui empêche le mode alternatif de fonctionner si l'accord des deux parties est nécessaire. Cette analyse est confirmée par les échecs successifs des lois Mazeaud et Avice⁷⁶⁵ et par le fait qu'au quotidien la saisine du Comité national olympique et sportif français résulte quasi exclusivement de l'initiative des particuliers et des clubs. Ceci s'explique aisément dans la mesure où l'acte litigieux dont il est question est le plus souvent l'œuvre de la fédération. Le refus quasi systématique des fédérations d'assister à une conciliation non obligatoire devient, dès lors, facilement compréhensible. Le choix d'une conciliation obligatoire apparaît, par conséquent, véritablement opportun dans le milieu sportif afin de favoriser la recherche d'une solution amiable. À présent, discuter est une obligation de résultat pour les parties et s'entendre une obligation de moyens qui pèse sur elles.

A côté du caractère obligatoire de la procédure qui demeure l'aspect fondamental, d'autres dispositions ont été prises par le législateur afin de rendre plus efficace encore ce nouveau mode alternatif des différends. Il s'agit de l'abandon du principe d'épuisement des procédures de recours internes, de l'existence d'un effet suspensif attaché à la saisine du Comité national olympique et sportif français et de la présomption d'acceptation accordée aux propositions du conciliateur.

54. L'abandon du principe de non-épuisement des voies de recours internes, normalement consacré par les juridictions administratives, est attractif à plusieurs égards. Il évite tout ralentissement de la procédure et participe ainsi au succès de celle-ci en diminuant, entre autre, le risque de voir le requérant se décourager à l'idée de devoir défendre sa cause lors de six étapes fédérales. Mais le non-épuisement des voies de recours internes facilite le dialogue, surtout, en évitant à la fédération de désavouer ses organes fédéraux d'appel.

55. L'effet suspensif du recours devant le Comité national olympique et sportif français favorise, lui aussi sans nul doute, l'instauration d'un climat propice au débat. Il présente, en effet, de nombreux avantages. Il incite, tout d'abord les fédérations à plus de rigueur juridique, dans la mesure où celles-ci souhaitent éviter la suspension de leurs décisions. Il remet, ensuite, les parties à égalité, en enlevant aux fédérations des moyens de pression durant toute la conciliation. Il garantit, enfin, la possibilité de trouver une solution adéquate aux litiges en permettant de maintenir, aisément, le requérant dans ses droits sans devoir tenter de recréer artificiellement la situation juridique antérieure. En ce sens, cette disposition apparaît fondamentale pour l'efficacité du préalable obligatoire de conciliation. Cette analyse est, d'ailleurs, confirmée par l'histoire et les échecs successifs des autres modes alternatifs de règlement des litiges en matière sportive⁷⁶⁶. Malgré le caractère bénéfique de cette

⁷⁶³ C. Chaussard, *op cit*, p 3.

⁷⁶⁴ En pratique une personne exclue par la fédération ne peut exercer son activité au sein d'un autre groupement.

⁷⁶⁵ Voir *supra* n° 4.

⁷⁶⁶ Voir *supra* n°4.

solution un doute persiste quant à son application entre le premier et le deuxième degré de juridictions disciplinaires internes aux fédérations. Le débat au sein de la conférence des conciliateurs n'est pas clos pour savoir si la saisine du Comité national olympique et sportif français suspend les délais devant la commission disciplinaire d'appel⁷⁶⁷. Hormis cette hypothèse particulière, une réticence existe à l'égard de l'effet suspensif, en général, au vu des risques d'abus. Dès le départ, cette disposition, d'origine sénatoriale, ne fit pas l'unanimité. Elle ne fut acceptée qu'à la suite d'un rapport de la commission paritaire après d'âpres débats. De nombreuses fédérations ont fait du lobbying pour la suppression de cette disposition soutenue dans cette voie par une partie de la doctrine⁷⁶⁸. La loi du 6 juillet 2000 a, d'ailleurs, tenu compte de cette revendication. Ainsi, la nouvelle rédaction de l'article 19 précise, d'une part, à l'alinéa 4 que le président de la conférence des conciliateurs peut rejeter les demandes « manifestement dénuées de fondement » qui de fait ne bénéficieront pas de l'effet suspensif. D'autre part, de façon plus explicite encore, l'avant-dernier alinéa de l'article 19 modifié par la loi du 6 juillet 2000 dispose que le président de la conférence des conciliateurs peut supprimer l'effet suspensif dans le cas où la décision contestée est motivée par des actes de violence caractérisée. Ce nouveau dispositif a déjà été utilisé par le Comité national olympique et sportif français dans un litige concernant des violences envers un arbitre de la fédération française de basket-ball. De toute façon, même si les risques d'abus sont réels et ne peuvent pas être négligés, la pratique démontre que les saisines abusives⁷⁶⁹ sont rarissimes. Les conciliateurs ont, en effet, instauré très rapidement certains mécanismes permettant d'éviter les détournements de la procédure de conciliation. Certains d'entre eux ont d'ailleurs été repris dans la nouvelle rédaction de l'article 19 de la loi du 16 juillet 1984 modifié. Ainsi l'article 13 de la loi du 6 juillet 2000 dispose que « l'exécution de la décision est suspendue à compter de la notification à l'auteur de la décision de l'acte désignant un conciliateur ». Ce laps de temps dont dispose le président de la conférence des conciliateurs lui permet de reporter les saisines dilatoires formulées juste avant le début d'une compétition car l'effet suspensif ne démarre qu'à la notification de la saisine aux parties. La procédure d'urgence est le second rempart dont disposent les conciliateurs pour parer aux saisines abusives. L'article 19 de la loi du 16 juillet 1984 dans sa version la plus récente ne la prévoit toujours pas. C'est l'article 3-II-b du règlement de conciliation qui l'a instaurée afin de s'adapter aux besoins. Ce mécanisme est extrêmement souple, le règlement de conciliation précisant, uniquement, « qu'il incombe au conciliateur de prendre toutes les mesures pour que soit respecté le principe d'un débat équitable entre les parties ». Cette formule lapidaire est source d'interrogations quant aux aspects formels de la procédure d'urgence. De sorte que des divergences doctrinales sont apparues⁷⁷⁰ entre Christophe Drouvroy et Jean-Christophe Breillat : le premier estime que l'accord fédéral est nécessaire pour déclencher cette procédure, alors que le second considère que le Comité national olympique et sportif français a seul le pouvoir de constater l'urgence.

⁷⁶⁷ Entretien avec Jean-Philippe GAUDICHAU, assistant de conciliation, Paris le 2 décembre 1999.

⁷⁶⁸ F. Alaphilippe, « Le préliminaire de conciliation : relance d'une justice sportive ou renaissance d'une utopie ? », *op cit*, p 38.

⁷⁶⁹ Un exemple d'abus concerne des saisines successives du CNOSF faites par le président et les joueurs du même club au rythme d'une par jour afin de bénéficier de l'effet suspensif jusqu'au jour du début de la compétition.

⁷⁷⁰ C. Drouvroy, *op cit*, p 14 et J.C Breillat, *op cit*, p 50.

56. La présomption d'acceptation des propositions de conciliation, prévue par l'alinéa 6 de l'article 19 de la loi du 16 juillet 1984 modifié, améliore l'efficacité de la procédure, non pas comme dans les hypothèses précédentes en facilitant la discussion, mais en la rendant plus rapide. La réalité révèle, toutefois, que ce principe a une portée limitée. D'une part, la présomption d'acceptation n'est véritablement effective qu'après le délai d'un mois de réflexion dont disposent les parties pour se prononcer sur le refus ou l'acceptation de la proposition. D'autre part, en pratique, la majorité des oppositions sont tardives et dans ce cas, le conciliateur ne dispose d'aucun pouvoir pour sanctionner le non respect du délai d'opposition. En raison de ces difficultés, il est envisagé de réduire le délai de réflexion à quinze jours afin d'augmenter la rapidité de la conciliation tout en conservant un consentement éclairé des parties⁷⁷¹.

57. Il convient de remarquer que l'obligation de porter des propositions de conciliation à la connaissance du juge qui existait dans la version de 1992 de la conciliation sportive participait aussi à l'efficacité de la procédure. Tout d'abord, cette disposition, tout comme le caractère obligatoire de la conciliation, permettait de rétablir l'équilibre des forces pendant toute la durée de la procédure. Il est, en effet, évident qu'un tel mécanisme représentait le dernier moyen de pression sur la fédération pour arriver à un règlement amiable du litige. La mauvaise volonté de la fédération pendant la procédure risquait, en effet, d'influencer négativement le juge. Ensuite, à défaut de faciliter un accord entre les parties, la communication des propositions du conciliateur permettait, de tout façon, au juge de bénéficier d'une véritable expertise du litige faite par une personne connaissant parfaitement à la fois le monde sportif et les règles de droit. Cette analyse est confirmée par les faits puisqu'environ 80 % des propositions du conciliateur ont été suivies par le juge⁷⁷². La suppression de l'obligation de porter les propositions de conciliation à la connaissance du juge intervenue le 6 juillet 2000 pourrait laisser croire que les requérants ne pourront plus bénéficier des avantages que procurait cette précision légale. Pourtant, il est tout aussi probable que le juge ait malgré tout connaissance de la proposition de conciliation par le biais de la partie ayant obtenu gain de cause auprès du Comité national olympique et sportif français, à condition que cette dernière conserve cette possibilité⁷⁷³, et qu'ainsi certains effets perdurent.

Après avoir envisagé les moyens utilisés par le conciliateur et le législateur pour accroître l'efficacité de la conciliation il convient, à présent, de considérer les conséquences du caractère obligatoire de cette procédure.

2. Les conséquences liées au caractère obligatoire de la conciliation sportive.

58. Le fait que la conciliation sportive soit une condition indispensable à l'action en justice a des retentissements à la fois sur l'attitude du conciliateur (a) et sur la procédure elle-même (b).

a. Les conséquences du caractère obligatoire sur l'attitude du conciliateur.

59. La conciliation est une condition indispensable à une action en justice pour les litiges sportifs. A ce titre, elle se doit de respecter un certain nombre de principes

⁷⁷¹ Sur les oppositions tardives et la réduction du délai de réflexion voir C. Drouvroy, *ibid*, p 19.

⁷⁷² Entretien avec Jean-Philippe GAUDICHAU, assistant de conciliation, Paris le 2 décembre 1999.

⁷⁷³ Voir *supra* n° 34.

généraux du droit et de maintenir une certaine juridicité du raisonnement. Ceci pourrait être encore conforté si les propositions de conciliation restent portées à la connaissance du juge.

60. Il n'est pas surprenant dès lors, que le principe du contradictoire soit érigé au rang de règle fondamentale de la procédure⁷⁷⁴, sans pour autant être formalisé dans les détails. Les professions juridiques exercées par les conciliateurs permettent de garantir que, sur le terrain, chacune des parties a la liberté d'attaquer et de se défendre, la possibilité de connaître et de discuter les documents produits.

61. Le caractère obligatoire de la conciliation justifie, également, que dans la majorité de ses propositions le conciliateur adopte une démarche similaire à celle du juge. Toutefois la conciliation sportive reste un mode alternatif et non juridictionnel de résolution des conflits, ce qui permet au tiers chargé de la procédure de prendre en compte l'équité⁷⁷⁵.

Les conséquences liées au fait que la conciliation soit une condition indispensable à l'action en justice ne se limitent pas, uniquement, à l'attitude du conciliateur, des implications plus précises existent concernant la procédure.

b. Les conséquences du caractère obligatoire sur la procédure de conciliation sportive.

62. Le caractère obligatoire de la conciliation sportive justifie des conditions particulières encadrant la recevabilité de la saisine devant le Comité national olympique et sportif français (b1) et les contraintes existantes à l'issue de la procédure (b2).

b1. La recevabilité de la requête devant le Comité national olympique et sportif français.

63. En vertu de l'article 3 du règlement de conciliation, c'est le président de la conférence des conciliateurs qui se prononce sur la recevabilité de la requête. En pratique, toutefois, le président ne rejette la requête qu'en cas d'irrecevabilité manifeste. En cas d'incertitude, il laisse le soin au conciliateur de décider après une analyse détaillée des faits de l'espèce⁷⁷⁶.

64. D'après un principe constant énoncé par la conférence des conciliateurs, la procédure de conciliation, en tant que préalable obligatoire, doit être subordonnée au respect des règles de recevabilité qui seraient applicables lors d'une saisine ultérieure de la juridiction compétente. Ceci est valable tant en ce qui concerne la qualité des parties, l'objet de la requête ou les délais de la saisine. Sur certains de ces aspects, pourtant, la conciliation a évolué vers une appréciation plus souple des critères « conformément à l'esprit qui l'anime »⁷⁷⁷.

65. Ainsi, si la capacité à agir devant le conciliateur reste appréciée selon les règles de droit classique et ne pose pas de problème particulier, s'agissant de la

⁷⁷⁴ Article 7 du règlement de conciliation.

⁷⁷⁵ Voir *supra* n° 40.

⁷⁷⁶ Proposition de conciliation du 22 décembre 1999.

⁷⁷⁷ Proposition de conciliation du 27 juin 1996.

qualité des parties, et notamment celle de licencié, les conciliateurs se sont peu à peu détachés des principes formulés par la jurisprudence administrative⁷⁷⁸ déclarant recevables les requêtes qui contestent le retrait ou le refus d'attribution d'une licence ou d'une affiliation⁷⁷⁹. L'intérêt à agir, quant à lui, est apprécié de façon particulièrement large par les conciliateurs et les juridictions étatiques⁷⁸⁰ en raison notamment de la dimension collective du sport.

66. L'étude concernant les critères de recevabilité relatifs à l'objet de la requête présente nettement moins d'intérêts que celle concernant la qualité des requérants. En effet, les divergences existantes dans ce domaine sont liées à l'appréciation des faits d'espèces et non à une différence de démarche du conciliateur et du juge. C'est la raison pour laquelle nous passerons directement aux questions concernant les délais de saisine du conciliateur.

67. En vertu du principe énoncé par la conférence des conciliateurs et devant le silence de la loi, il convient de conclure que la saisine du conciliateur est effective uniquement si elle est effectuée dans les délais que supposerait l'éventuelle saisine ultérieure d'une juridiction. Ce délai varie selon le type de litiges en cause. Il est de deux mois lorsque le conflit porte sur des décisions prises dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique⁷⁸¹. Lorsqu'il s'agit de litiges concernant l'interprétation des statuts fédéraux, les requêtes sont recevables dans un délai de cinq ans, conformément à l'article 1304 du Code civil relatif à la prescription des nullités relatives. Une dispense de délai s'applique aux décisions implicites de rejet émanant d'une autorité collégiale⁷⁸² ou à celles relatives aux demandes de dommages-intérêts⁷⁸³.

68. Les principes relatifs à la saisine du conciliateur sont clairement établis, pourtant leur mise en œuvre s'avère délicate. La date du déclenchement de la saisine du conciliateur est souvent difficile à établir dans la mesure où très peu de fédérations mentionnent les délais et voies de recours dans leurs décisions. En l'absence de telles précisions les délais ne sont pas opposables et les requêtes sont toujours recevables⁷⁸⁴. L'adoption d'une telle position risque d'engendrer la paralysie du système, toutefois elle est maintenue car c'est la seule conforme aux règles de droit.

Si l'analyse des critères de recevabilité d'une requête devant le Comité national olympique et sportif français révèle une coordination en amont entre la conciliation et les juridictions étatiques, une coordination en aval apparaît à travers les issues de la conciliation sportive.

b2. L'issue de la procédure de conciliation sportive obligatoire.

69. Lors de cette phase de la procédure, il convient toutefois de préciser que les dispositions prises ne sont pas les mêmes lorsque la conciliation aboutit à un

⁷⁷⁸ CE 4 novembre 1983, Noulard, *Rec* p 452.

⁷⁷⁹ B. Foucher, *op cit*.

⁷⁸⁰ Voir dans le même sens la proposition de conciliation du 29 juillet 1998 et TA Dijon 18 mars 1997.

⁷⁸¹ Conformément au délai de prescription des recours contentieux administratif, art R 102 du Code TA-CAA.

⁷⁸² CE 26 janvier 1990, Munos, *Rec* p 915.

⁷⁸³ C. Drouvroy, *op cit*, p 50.

⁷⁸⁴ Proposition de conciliation du 22 décembre 1999.

succès ou à un échec de la conciliation. Il est, par conséquent, indispensable de distinguer clairement ces deux hypothèses.

- L'accord des parties.

70. À première vue, lorsqu'il existe un accord entre les parties à l'issue de la conciliation, le conflit est définitivement résolu. La signature du procès-verbal de conciliation ou l'acceptation des propositions du conciliateur est censée mettre un terme au litige et vider de son sens tout recours devant les tribunaux étatiques.

Quelques hypothèses particulières concernant des propositions acceptées révèlent, toutefois, la portée restreinte de l'accord et la nécessité d'une coordination plus poussée à l'issue de la conciliation. Il s'agit des conflits concernant les mesures disciplinaires, les litiges dans lesquels le conciliateur ne dispose pas des pouvoirs pour proposer la solution adéquate et des hypothèses de non exécution de propositions acceptées.

71. La question relative à la détermination du détenteur du pouvoir d'acceptation des propositions formulées par le conciliateur se pose fréquemment en matière disciplinaire, limitant sensiblement la portée de l'accord conclu. Dans ce domaine, les textes ont posé le principe de l'autonomie des instances disciplinaires, ce qui implique que toute modification d'une décision prise par cet organe collégial n'est effective qu'avec son accord. Or la pratique montre que c'est souvent le président de la fédération qui décide d'accepter ou de refuser la proposition de conciliation. Mais, il n'est pas certain que le président ait la possibilité de s'arroger un tel pouvoir. Cette question ne connaît pas encore de réponse claire et unanime de la part des conciliateurs. Sur le plan pratique, pour l'instant, cette incertitude relative au pouvoir d'acceptation n'a pas de conséquence perceptible dans la mesure où la fédération dispose d'un mois pour accepter ou refuser la proposition. Ce délai permettant, en général, au président et à la commission disciplinaire d'adopter une position commune au sujet de la proposition de conciliation⁷⁸⁵.

72. La portée limitée d'un accord de conciliation s'explique, parfois, par la compétence restreinte du conciliateur sur certaines données du litige. Dans certaines hypothèses comme, par exemple, l'évaluation du préjudice subi à la suite d'une décision fédérale ou l'irrégularité des réglementations fédérales, le législateur ne peut que s'en remettre aux juridictions étatiques ou au bon vouloir des parties⁷⁸⁶.

73. L'efficacité d'un accord de conciliation se trouve, également, extrêmement limitée par le fait que la mission du conciliateur est terminée lorsque sa proposition est notifiée aux parties. Le conciliateur ne dispose plus alors d'aucune compétence pour intervenir sur l'application pratique ou le contrôle effectif de sa proposition. Dès lors, dans les hypothèses rarissimes de non exécution des propositions acceptées, le requérant peut, en principe, uniquement saisir la juridiction étatique pour que ses droits soient reconnus⁷⁸⁷. Il semblerait qu'il n'obtienne, souvent, que des dommages-

⁷⁸⁵ Voir les débats ayant suivis le colloque du CNOSF du 1^{er} décembre 1999 « Conciliation : bilan d'une procédure au service du sport. Expérience de la pratique de la conciliation », inédit.

⁷⁸⁶ Sur l'évaluation du préjudice : voir la proposition de conciliation du 6 mai 1996. Sur la légalité des réglementations fédérales : voir la proposition de conciliation du 26 décembre 1995. Il faut ajouter aux exemples ci-dessus, le pouvoir limité du conciliateur en matière de contentieux électoral développé précédemment. Voir *supra* n°43.

⁷⁸⁷ C. Drouvroy, *op cit*, p 21 à 23 et C. Chaussard, *op cit*, 140 à 143.

intérêts. Mais cette solution est susceptible d'évoluer dans la mesure où la nature juridique de la proposition de conciliation reste incertaine et ne fait pas l'unanimité⁷⁸⁸. Concernant la non exécution des propositions acceptées, la pratique s'est éloignée de la théorie. En réalité, dans la majorité des cas, la partie lésée saisit à nouveau le Comité national olympique et sportif français en se fondant sur une nouvelle décision.

De par sa nature même, le préalable obligatoire de conciliation envisage l'éventualité d'un recours contentieux en cas d'échec de la conciliation. Les hypothèses où les parties ne sont pas arrivées à un accord permettent, donc, elles aussi de mettre en lumière le dispositif mis en place par le législateur pour coordonner la conciliation et les recours devant les tribunaux étatiques.

- L'échec de la conciliation sportive obligatoire.

74. Le silence de la loi et du règlement de conciliation sur la poursuite de l'action devant les voies de recours internes de la fédération après l'échec de la conciliation permettent de déduire que la mise en œuvre de la conciliation ne vaut pas épuisement des voies de recours internes. Cette démarche théoriquement possible apparaît pratiquement inutile voire même défavorable au requérant. Ceci pour deux raisons : d'une part, il est fort improbable que la fédération revienne sur sa décision, et d'autre part, le requérant risque d'être forclo car les délais de recours contentieux recommencent à courir dès la fin de la procédure.

75. Devant l'intérêt limité de poursuivre le contentieux au sein de la fédération, il ne reste a priori à la partie lésée que la possibilité de poursuivre devant les tribunaux étatiques. Pourtant, statistiquement seulement environ 32% des litiges non résolus ont fait l'objet d'un recours devant les juridictions compétentes⁷⁸⁹. Le reste du temps les parties n'ont pas manifesté la volonté de poursuivre la contestation de la décision fédérale devant les tribunaux de droit commun. Il est, dès lors, possible de supposer que même dans l'hypothèse où la proposition n'a pas reçu l'assentiment total des parties, l'avis émis par le conciliateur a incité ces dernières à ne pas donner de suite contentieuse au conflit.

75 bis. Lorsque le requérant a décidé de saisir les tribunaux étatiques à l'issue de la conciliation un certain nombre de problèmes juridiques se posent.

76. Tout d'abord, il est nécessaire d'être sûr de pouvoir porter le litige à la connaissance du juge. Il existe, en effet, des hypothèses d'irrecevabilité du recours en justice fondées soit sur l'objet de la demande, soit sur le défaut de saisine du Comité national olympique et sportif français. S'agissant du premier cas de figure un exemple patent concerne le refus de la proposition de conciliation dans lequel l'action en justice est impossible. Ceci s'explique aisément par le fait que le préalable obligatoire de conciliation « a pour objet de prévenir le contentieux, et non de le nourrir en créant une catégorie parasitaire de décision susceptible de faire l'objet d'un recours »⁷⁹⁰. Concernant la deuxième hypothèse, la majorité de la doctrine considère que l'irrecevabilité due au défaut de saisine préalable du Comité national

⁷⁸⁸ Voir les débats ayant suivis le colloque du CNOSF du 1^{er} décembre 1999, *op cit.*

⁷⁸⁹ Pourcentage obtenu grâce à statistiques fournies par le CNOSF. Voir note 15.

⁷⁹⁰ P. Couzinet, « Un exemple de procédure de conciliation préalable obligatoire : la conciliation sportive précontentieuse », *RFDA* 1997, p 367.

olympique et sportif français est un moyen d'ordre public⁷⁹¹. Ceci se vérifie tant devant les juridictions administratives⁷⁹² que judiciaires⁷⁹³. Les auteurs se sont interrogés concernant l'application de ce principe au recours contre les décisions prises à la suite d'une conciliation. Si Philippe Couzinet estimait en 1997 que dans cette hypothèse, la décision pouvait faire l'objet d'un recours contentieux sans conciliation préalable⁷⁹⁴, une jurisprudence récente a tranché le problème en affirmant que la conciliation est obligatoire alors même qu'il s'agit d'une décision nouvelle prise à l'issue de la procédure de conciliation⁷⁹⁵.

77. Il faut, ensuite, déterminer quelle est la juridiction compétente, en évitant de créer un incident de compétence. Ce qui n'est pas toujours évident puisque le contentieux traité par la conciliation relève à la fois du droit privé et du droit public⁷⁹⁶. De surcroît le dernier alinéa de l'article 19 de la loi du 6 juillet 2000 déroge à la répartition habituelle des compétences en matière administrative⁷⁹⁷ en déclarant les tribunaux administratifs compétents pour le contentieux des décisions fédérales individuelles prises par un organisme collégial à compétence nationale.

78. Par la suite, la partie lésée devra choisir le type de recours qu'elle souhaite mettre en œuvre. Devant le juge administratif, il existe une option entre le recours pour excès de pouvoir et le recours en plein contentieux. Devant le juge judiciaire, il pourra obtenir la nullité des élections ou des assemblées générales ou des dommages-intérêts.

79. Enfin l'article 10-3-1 du règlement de conciliation précise que le requérant devra saisir le tribunal compétent dans les délais prévus par la loi. Ce qui rappelle l'importance capitale des délais, au sujet desquels, pourtant, ni le règlement de conciliation, ni la loi ne sont véritablement clairs.

Devant le silence des textes, la doctrine s'est posée différentes questions. La première consistait à savoir si les délais étaient suspendus ou prorogés. En cas de suspension, il y a une simple interruption du délai qui recommence à courir seulement pour le temps restant. À l'inverse si le délai est prorogé, celui-ci recommence à courir pour la totalité de la durée légale. Actuellement, il semblerait qu'il faille considérer que l'exercice du recours contentieux proroge le délai⁷⁹⁸. La deuxième question concernait la date à laquelle les délais recommencent à courir. Sur ce point, il semblerait d'après la jurisprudence récente⁷⁹⁹ que le délai commence à courir uniquement à la notification de l'opposition à la proposition de conciliation dans la mesure où la décision avant cette date est encore suspendue.

⁷⁹¹ A. Lacabarats, *op cit*, p 110, A. Lacabarats et B. Foucher, *op cit*, p102 et J-P Karaquillo, « Un pluralisme judiciaire complémentaire original : la résolution par les institutions sportives et par les juridictions d'Etat de certains litiges sportifs », *op cit*, p 367 et 368. *Contra* C. Chaussard, *op cit*, p 146 à 152.

⁷⁹² A. Lacabarats et B. Foucher, *ibid* et TA Marseille, ordonnance du 27 novembre 1997, SC Montredon c/ FFF et TA Paris 7 mai 1996, La Berrichonne de Châteauroux c/ LNF, *RFDA* 1997 p 372.

⁷⁹³ A. Lacabarats, « Le préalable de conciliation », *RJES* n° spé juin 1994, p 109 et TGI Paris, ordonnance de référé du 13 décembre 1996 Ceccon c/FFR.

⁷⁹⁴ P. Couzinet, *op cit*, p 367 à 368.

⁷⁹⁵ TA Toulouse 1^{er} juin 1999, Lapeyre c/ fédération française de judo.

⁷⁹⁶ Voir *supra* n°2.

⁷⁹⁷ Décret du 26 août 1975.

⁷⁹⁸ Voir en ce sens F. Alaphilippe, « Le préliminaire de conciliation : relance d'une justice sportive ou renaissance d'une utopie ? », *op cit*, p 37 et C. Chaussard, *op cit*, p 166.

⁷⁹⁹ CE 16 mars 1998, Fédération française de sport automobile, *op cit*.

Les développements précédents ont permis de montrer comment le législateur et les conciliateurs avaient coordonné et rendu efficace la procédure de conciliation et les éventuels recours devant les juridictions étatiques. Il n'en demeure pas moins que de par son caractère obligatoire la conciliation sportive occupe une place délicate au sein de notre système juridique.

B. Un préalable obligatoire occupant une place délicate au sein du système juridique.

80. Dans le but d'obtenir une analyse la plus complète possible du préalable obligatoire de conciliation, il est indispensable de replacer ce procédé dans un cadre plus général. Ceci en étudiant ses rapports avec les dispositifs propres au monde sportif (1) et l'application du droit commun (2).

1. La conciliation et les dispositifs spécifiques au monde sportif.

81. La France, comme beaucoup d'autres pays dans le monde, a pris conscience d'une certaine spécificité du sport et a, par conséquent, consacré un certain nombre de dispositifs propres au milieu sportif qui peuvent avoir une incidence sur la conciliation. La pratique démontre, même, que l'articulation des différentes procédures est délicate. Trois exemples illustrent parfaitement cette difficulté : il s'agit du déféré ministériel en matière sportive, du règlement de type disciplinaire et des sanctions pour dopage.

82. La première contradiction trouve sa source dans deux articles différents de la loi Bredin. L'article 17-1 de ladite loi prévoit que le ministre chargé des sports peut déférer les actes administratifs des fédérations délégataires qu'il estime contraires à la légalité devant le juge administratif, en assortissant s'il le souhaite sa requête d'un sursis à exécution. L'article 19 de cette même loi institue le préalable obligatoire de conciliation avant tout recours contentieux. La comparaison de ces deux textes permet de déduire qu'une personne pourrait s'adresser au ministre afin que celui-ci défère un acte d'une fédération devant les juridictions administratives sans même saisir le Comité national olympique et sportif français. Il en serait de même si le ministre se saisissait lui-même du litige. Ce cas de figure ne s'est encore jamais produit, pourtant il met en exergue, de façon éclatante, les contradictions existantes.

83. La conciliation sportive pourrait également influencer l'efficacité du décret du 3 septembre 1993 qui a défini le règlement disciplinaire type⁸⁰⁰. Ce texte impose aux fédérations participant à l'exécution d'une mission de service public d'avoir mis en place un double degré de juridiction en matière disciplinaire. Or, la conciliation peut être mise en œuvre avant l'épuisement des voies de recours internes. La contradiction entre ces deux textes apparaît de façon flagrante.

84. Une dernière source de difficultés pouvait être recensée concernant les saisines du Comité national olympique et sportif français suite aux sanctions pour dopage prises sous l'empire de la loi Bambuck du 28 juin 1989⁸⁰¹. Ce risque paraît

⁸⁰⁰ Sur ce point voir J-P Karaquillo, « Le règlement type disciplinaire du décret n° 93-1059 du 3 septembre 1993 : quelles obligations pour les fédérations sportives ? Quelques réflexions » », in *droit du sport : la loi n°92-652 du 13 juillet 1992* (sous la direction de E. Bournazel), collec. thèmes et commentaires, Dalloz 1994, p 45s.

⁸⁰¹ Voir C. Chaussard, *op cit*, p 74 .

dorénavant être écarté par l'alinéa 1er de la loi du 6 juillet 2000 qui exclut explicitement les faits de dopage du domaine d'application de la conciliation.

S'il n'a pas été facile de définir la place de la conciliation par rapport aux dispositifs spécifiques au sport, il est encore plus délicat d'analyser l'attitude des conciliateurs par rapport au droit commun.

2. La conciliation et l'application du droit commun.

85. La conciliation sportive obligatoire de par sa nature se situe à la fois dans l'ordre sportif et dans l'ordre juridique étatique. Cette place particulière conduit tout naturellement les conciliateurs à se demander si le cadre classique du droit commun est adapté à une activité spécifique telle que le sport et à envisager les diverses relations entre le sport et le droit. Cette question théorique a des implications importantes dans la pratique quotidienne de la conciliation. C'est la raison pour laquelle ce problème est abordé à présent. L'ampleur et l'acuité de la question⁸⁰² empêchent une étude exhaustive de cette dernière et justifient de limiter cette analyse à l'évocation de quelques exemples pertinents. Ainsi seuls seront abordés les problèmes liés à la liberté de circulation des travailleurs et à la liberté d'accès aux compétitions.

Les conciliateurs, pour résoudre les problèmes concrets, qui se posent dans ces cas d'espèces relatifs aux relations entre le sport le droit, disposent de différents choix. Ils peuvent considérer qu'il n'y a pas de spécificité sportive et que le droit commun doit être d'application stricte⁸⁰³. De sorte que toutes les règles et les pratiques sportives dérogeant au droit doivent être sanctionnées. Au contraire, ils peuvent également estimer que le droit doit s'adapter aux particularismes sportifs dans la mesure où « aucune organisation juridique ne peut être valablement faite s'il n'est pas tenu compte des différentes contraintes que rencontrent l'organisation de telle situation, de telle activité ou de tel organisme »⁸⁰⁴. Une troisième, et dernière position peut être envisagée, pourtant il est fort improbable qu'elle soit adoptée par les conciliateurs. Elle consiste à considérer que le sport est un domaine à part où les organisations sportives doivent décider elles-mêmes des règles et des sanctions à tous les niveaux de la vie sportive même pour les affaires relevant du droit commun.

86. La majorité du temps le conciliateur adopte la même position que le juge étatique en l'assortissant de quelques tempéraments, lorsque cela s'avère nécessaire, comme le lui permet sa fonction.

87. Le conciliateur, lorsqu'il est chargé de se prononcer sur la légalité des réglementations fédérales relatives aux transferts, ne dispose pas de pouvoir pour sanctionner l'irrégularité de ces textes. Il doit se contenter de proposer à la fédération de revenir sur sa décision et d'édicter une nouvelle réglementation conforme aux

⁸⁰² Voir en ce sens l'abondante doctrine relative à cette question. Voir, notamment, J-P Karaquillo, *Le droit du sport, op cit*, et « Les normes des communautés sportives et le droit étatique », *D* 1990, chron p 83s ; F. Alaphilippe, « Sport et droit », *RJES* 1987 n°1 p 1s ; M. Gros et P-Y Verkindt, « L'autonomie du droit du sport », *AJDA* 1985, doct p 699s ; D. Rémy, « Les droit du sport », *GP* 1993, doct p 790s ; M. Taupier et C. Bouquin, « De l'autonomie au légalisme : libres réflexions sur le devenir juridique du sport professionnel », *GP* 12/2/94, doct p 235s.

⁸⁰³ Voir en ce sens arrêt Bosman, *op cit* ; J-P Cot, « Jean-Marc Bosman : travailleur ou marchandise ? », *GP* I doct p 498 et J-C Seche, « Quand les juges tirent au but : l'arrêt Bosman du 15 décembre 1995 », *Cah.dr.eur* 1996 p 355.

⁸⁰⁴ J. Paillusseau, « Le droit est aussi une science d'organisation », *RTDCo* 1989 p 1.

exigences du traité de Rome⁸⁰⁵. Il rappelle aux fédérations que l'article 39 du traité de Rome s'oppose à l'existence d'indemnités de transfert en fin de contrat et à l'application des règles limitant le nombre de joueurs ressortissants d'autres Etats admis à participer aux rencontres entre équipes de clubs dans le cadre des compétitions. L'interdiction de tout obstacle à la libre circulation dans le sport professionnel est, par conséquent, consacrée à la fois par le juge et le conciliateur⁸⁰⁶. Ce qui est étonnant c'est qu'une proposition de conciliation allait, déjà, en ce sens avant même que la Cour de justice des communautés européennes ne rende l'arrêt Bosman.

88. Si le juge et le conciliateur n'admettent pas de spécificité sportive en matière de libre circulation des travailleurs, il n'en est pas de même en ce qui concerne le libre accès aux compétitions sportives. D'une part le sportif amateur, qui ne perçoit pas d'argent ou seulement des avantages mineurs correspondant à un défraiement, ne peut pas invoquer l'article 39 du traité de Rome et bénéficier de la jurisprudence Bosman⁸⁰⁷. D'autre part, le conciliateur lorsqu'il se retrouve face à un litige relatif à la limitation d'accès à la compétition sportive aux étrangers dans le sport amateur, se réfère à l'arrêt Broadie⁸⁰⁸ qui affirme que les fédérations ne peuvent porter atteinte au principe de libre accès aux activités sportives que dans la mesure où ces atteintes ne sont pas excessives au regard du but poursuivi. De sorte, il estime légal le principe d'une mutation pour les amateurs à condition qu'elle ne limite pas trop l'accès à la compétition et qu'elle soit justifiée par l'organisation et le bon déroulement de la compétition. La mesure doit être proportionnée au but recherché. Lors de son analyse des faits de l'espèce, le conciliateur doit garder à l'esprit les deux intérêts en présence. Il doit, d'un côté, saisir les difficultés des clubs qui luttent pour conserver leurs effectifs contre des recrutements « sauvages » de courte durée dictés par des motifs purement économiques. Cependant, de l'autre côté, il doit préserver les droits des individus résidents régulièrement sur le territoire français qui doivent avoir accès à la pratique sportive de leur choix. Le fait que la proportionnalité soit une condition de validité de la mesure fédérale est la pierre angulaire du raisonnement du conciliateur. Ceci est particulièrement bien illustrée par une contestation portant sur un règlement qui autorisait les non français à participer aux épreuves par équipes de championnat de France seulement s'ils étaient en mesure d'attester d'une activité en France, d'une domiciliation en France et d'une non participation dans le championnat de leurs pays d'origine. Le conciliateur considère dans sa proposition que les deux premières limitations relatives à l'activité et à la domiciliation en France sont contraires à la liberté d'accès à une activité sportive et ne peuvent pas être justifiées par les buts poursuivis par la fédération. En revanche, l'exigence de non participation dans le championnat de leurs pays d'origine peut-être fondée sur le respect de l'éthique sportive qui interdit qu'un athlète participe la même année à plusieurs championnats nationaux dans la même discipline.

L'attitude adoptée par le conciliateur vis-à-vis des problèmes concernant la libre circulation des travailleurs ou le libre accès aux compétitions sportives révèle

⁸⁰⁵ Proposition de conciliation du 26 décembre 1995.

⁸⁰⁶ Malgré la réticence d'une partie de la doctrine, voir par exemple, G. Auneau et P. Jacq, « Les particularismes des contentieux sportifs », *JCPG* 1996, I, n°3947 n°3 ; D. Antoine, *Le fonds de compétition sportive*, Thèse, Nice 1999 p 174 à 178.

⁸⁰⁷ Voir pour plus de détails : A. Husting, *L'union européenne et le sport, l'impact de la construction européenne sur l'activité sportive*, édition juris service européenne, 1998, p 67 à 71.

⁸⁰⁸ C.Drouvroy, *op cit*, p 34 .

qu'il a su prendre en compte les divers intérêts en présence pour aboutir à la solution adéquate pour le système juridique dans son entier .

89. Si lors de son instauration, François Alaphilippe pouvait légitimement se demander si la conciliation sportive obligatoire était une utopie⁸⁰⁹, suivi dans cette voie par de nombreux sceptiques, l'analyse de ce mécanisme, huit ans après sa création, ne laisse persister aucun doute quant à son efficacité. Malgré cette réussite éclatante, il est possible d'imaginer un taux de réussite encore meilleur dans la mesure où certaines interrogations demeurent, laissant présager le fait que le mécanisme reste encore perfectible.

⁸⁰⁹ F. Alaphilippe, « Le préliminaire de conciliation : relance d'une justice sportive ou renaissance d'une utopie ? », *op cit.*

La médiation pénale bilan d'application et perspectives d'évolution (Etude pratique dans les ressorts de Toulon et de Draguignan)

Geneviève DORVAUX, Maître de Conférences,
Université de Toulon et du Var

Carole LEVEEL, titulaire d'un DEA

Samah BENMAAD, titulaire d'un DEA

La problématique sous-jacente à notre réflexion est résolument pragmatique. Il s'agit d'étudier le fonctionnement de la médiation pénale dans le département du Var. La mise en place de ce mode alternatif de résolution des conflits dès 1993 permet de disposer à l'heure actuelle d'un recul suffisant pour pouvoir apprécier l'application locale effective de ce nouveau mécanisme. Dans cette perspective, les aspects tant qualitatifs que quantitatifs des pratiques toulonnaises et dracenoises seront analysés. Au terme de ce bilan d'application, nous envisagerons les possibilités d'évolution de la médiation pénale. Cette approche prospective sera nourrie de propositions de réformes fondées sur l'observation empirique des dysfonctionnements de la mesure. Préalable à toute interprétation, la question de la fréquence du recours à la médiation paraît déterminante.

I - Bilan d'application : analyse du fonctionnement de l'institution

A - Aspects quantitatifs :

Les statistiques recueillies proviennent de deux sources : l'association AVENIR pour laquelle la médiation pénale des majeurs ne constitue qu'une activité marginale et l'Association d'Aide aux Victimes d'Infractions du Var (A.A.V.I.V.) qui centralise davantage de procédures. Notons que cette dernière traite non seulement des dossiers transmis par le Parquet de Toulon, mais également par celui de Draguignan à 90%.

Il faut tout d'abord relever un certain nombre de problèmes méthodologiques que nous avons rencontrés. Tout d'abord, l'activité des services de médiation ne sera retracée qu'imparfaitement pour l'année 1999 puisque les données chiffrées s'arrêtent au 15 novembre pour l'association AVENIR et au 1^{er} décembre pour l'A.A.V.I.V. En second lieu, l'étude des caractéristiques des procédures entreprises n'apparaît possible que pour la période allant de 1996 à juin 1999. En effet, les données n'ont pas été collectées systématiquement par l'A.A.V.I.V. avant cette date et ne nous ont été communiquées par AVENIR que pour l'année 1998. En outre, le fait qu'un certain nombre de dossiers restent en cours de règlement d'une année sur

l'autre fausse de multiples résultats. L'obtention de sources si lacunaires et hétérogènes condamne l'exploitation d'axes de recherches fondamentaux à l'établissement d'un véritable bilan de la pratique de médiation. C'est ainsi que l'étude de l'évolution des infractions orientées vers les médiateurs depuis 1994 ou encore l'examen approfondi des causes d'échec de la procédure depuis sa création ne pourront être mis en exergue. En dépit de cet inconvénient majeur, nous tenterons de traiter ces deux problématiques sur la base des données recueillies en en relativisant la portée.

Avant de procéder à l'examen de cet aspect structurel, il convient de tenter de quantifier le nombre de dossiers soumis à la médiation depuis 1994, et d'apprécier l'efficacité de la mesure en s'interrogeant sur le nombre de protocoles d'accords signés par les parties à l'issue de la procédure.

1 - Un contentieux croissant :

L'analyse des données chiffrées laisse apparaître globalement une augmentation continue du nombre de médiations entreprises.

a - Données statistiques :

147 dossiers ont, en effet, été traités en 1994 par l'A.A.V.I.V.. Ce nombre s'élève à 508 en 1998 et passe à 548 au 1^{er} décembre 1999. L'association AVENIR voit également se développer son activité de manière notable : de 92 médiations effectuées en 1995, elle passe à 200 en 1998 et à 215 courant 1999. Notons que si le contentieux confié à cette association progresse de façon parfaitement linéaire⁸¹⁰, l'accroissement global des cas traités par l'A.A.V.I.V. connaît, en revanche, de fortes fluctuations. L'engouement pour la toute nouvelle procédure explique peut-être son succès en 1994⁸¹¹. L'année suivante, le volume d'affaires chute de 15,6%⁸¹². 1996 voit pratiquement tripler le nombre de médiations⁸¹³. On constate l'existence d'un infléchissement important en 1997 (- 16%)⁸¹⁴, une progression massive en 1998 (+ 74%)⁸¹⁵ qui semble être corroborée par les résultats provisoires de 1999⁸¹⁶. Soulignons que, depuis 1996, les services de l'A.A.V.I.V. sont plus sollicités à Draguignan qu'à Toulon⁸¹⁷. Il semble que ces fluctuations s'expliquent essentiellement par la personnalité des parquetiers en poste. Elles paraissent coïncider avec les mutations de magistrats favorables ou, à l'inverse, réticents au recours à la médiation pénale. De telles amplitudes sont éloquentes et révélatrices des pratiques divergentes du Parquet sur ce point. Au sein de ces clivages catégoriques qui s'apparentent à de véritables réflexes, l'incidence de l'efficacité du mécanisme paraît dérisoire ; les tenants de la médiation étant par hypothèse convaincus de ses vertus, les autres magistrats ne s'y intéressant pas ou en minimisant systématiquement l'impact.

⁸¹⁰ 92 dossiers en 1995 ; 104 en 1996 ; 181 en 1997 ; 200 en 1998 ; 215 courant 1999.

⁸¹¹ 122 dossiers traités à Toulon ; 25 à Draguignan.

⁸¹² 124 dossiers traités à Toulon et Draguignan contre 147 en 1994.

⁸¹³ 348 au total : 130 à Toulon, 218 à Draguignan.

⁸¹⁴ 292 au total : 113 à Toulon, 179 à Draguignan.

⁸¹⁵ 508 au total : 248 à Toulon, 260 à Draguignan.

⁸¹⁶ Soit + 7,9%.

⁸¹⁷ 218 dossiers pour 130 en 1996 ; 179 pour 113 en 1997 ; 260 pour 248 en 1998 et 299 pour 235 en 1999.

b - L'efficacité de la médiation :

Elle est révélée par le taux de réussite des procédures, c'est-à-dire la proportion de protocoles d'accords signés et respectés par les parties par rapport au nombre total de dossiers présentés. Ce taux est éminemment variable suivant que l'on comptabilise les conventions sur la base du volume des médiations ordonnées par le Parquet ou sur celui des procédures véritablement engagées par les intéressés. Les associations insistent d'ailleurs avec véhémence sur les distorsions induites par une présentation trop schématique des résultats obtenus. Elles dénoncent à cet effet la dichotomie fallacieuse qui consiste à opposer les échecs aux réussites sans en détailler les causes. Dès lors, AVENIR annonce un taux de réussite de 73% en 1998 en précisant qu'environ la moitié des dossiers entrepris est éliminée du processus de traitement. Cette évaluation est corroborée par les résultats d'activité de l'A.A.V.I.V. Par conséquent, les associations signalent les situations de non-engagement de la médiation. Trois facteurs sont répertoriés à ce titre par AVENIR : le refus de la médiation par les parties, le défaut de réponse aux convocations et de résidence à l'adresse indiquée. L'A.A.V.I.V. affine davantage l'analyse en distinguant cinq situations définies : l'absence de présentation de l'intéressé, le retrait de plainte, l'absence de reconnaissance des faits, l'existence d'un jugement en cours ou déjà rendu et l'intervention d'une demande de poursuite. Une sixième situation indéfinie regroupe tout autre cas de figure sous l'intitulé fourre-tout « Autres ». On peut déplorer que cette cause d'absence d'aboutissement n'ait pas été détaillée, d'autant qu'elle représente parfois une part importante de médiations avortées⁸¹⁸.

En réalité, tout dépend de l'objectif assigné au calcul opéré. Il est certain que si l'on tend à évaluer non pas le nombre de protocoles effectivement conclus, mais le taux d'efficacité des services de médiation, une telle précaution méthodologique apparaît précieuse - voire fondamentale. Cependant, il est permis de s'interroger sur la pertinence de certains facteurs présentés comme neutralisant l'intervention du médiateur. L'existence d'une demande de poursuite notamment semble concrétiser un échec patent de la mesure envisagée. Mais dans cette perspective, le taux d'échec annoncé de 10% passe à 40% en moyenne⁸¹⁹. La même observation s'impose concernant le défaut de présentation de l'intéressé. Comment interpréter cette défaillance autrement que comme un rejet manifeste d'adhésion à la médiation ? Ici encore, le phénomène n'est pas marginal : évalué à environ 17% des cas au minimum⁸²⁰, il correspond en moyenne à un tiers des situations d'évitement et atteint parfois plus de 50% des cas⁸²¹. L'hypothèse la plus dirimante reste cependant le refus de reconnaissance des faits par leur auteur « présumé ». Faute de préalable,

⁸¹⁸ Si en 1996, cette rubrique ne recense aucun cas à Toulon et à Draguignan et que ce constat reste valable pour cette dernière ville en 1999, il n'en demeure par moins vrai que plus de 3% des dossiers sont concernés à Toulon selon les dernières statistiques obtenues.

L'année précédente, ce chiffre représentait environ 2% alors qu'il était de 9% en 1997 pour Toulon et Draguignan confondus.

⁸¹⁹ Ce taux avoisine les 30% à Toulon en 1996 et 25% à Draguignan. Il est pratiquement de 24% en 1997 à Toulon et 23% à Draguignan.

En 1998, environ 32% à Toulon et plus de 40% à Draguignan.

En 1999, presque 13% à Toulon et 43% à Draguignan.

⁸²⁰ Toulon en 1996.

⁸²¹ Toulon en 1999, environ 52%. Draguignan en 1999, environ 54%.

la recherche d'un accord tourne court⁸²². L'amalgame effectué entre des situations si différentes les unes des autres est pour le moins contestable. Il ne peut s'inscrire que dans une logique de démonstration forcenée de l'efficacité des services de médiation. On aboutit ainsi à des taux de réussite spectaculaires avoisinant les 75%⁸²³, voir 90%⁸²⁴, calculés sur des bases floues et, par-là même, suspects.

Ne serait-il pas plus judicieux de s'interroger sur les causes réelles de la désaffection des justiciables ? Comment expliquer leur réticence à amorcer la démarche proposée par le Parquet ? La fréquence de l'évitement de la mesure semble avérée par l'ensemble des données recueillies et mérite certainement réflexion. Mépris d'une convocation parajudiciaire (ou judiciaire, lorsqu'elle est faite « en temps réel »), défaut de solennité du lieu de médiation, incompréhension de la procédure envisagée sont autant de facteurs explicatifs éventuellement de ce phénomène caractérisé. Une plus ample information du public conditionne certainement l'avenir de l'institution. Sa relative nouveauté, alliée à son originalité, concourt indubitablement à sa large méconnaissance. Pourtant, l'évolution du nombre des incivilités destine probablement bon nombre des justiciables à expérimenter, un jour ou l'autre, la médiation pénale.

2 - Un contentieux spécifique :

Le particularisme de la médiation découle tant de ses modalités que de son objet.

a - Typologie :

Les violences constituent les délits les plus fréquents. Elles semblent intervenir tant dans le cadre conjugal que dans celui du voisinage et représentent 46% des dossiers en 1996 et 49% en 1999. Notons l'apparition du traitement de troubles du voisinage en 1998⁸²⁵, notamment sous forme de tapage nocturne. Les contentieux liés à la famille occupent une place prépondérante au sein des infractions concernées. Il s'agit du non-paiement de pension alimentaire⁸²⁶, du non-respect du droit de visite ou de la non-représentation d'enfant⁸²⁷. La même observation s'impose concernant les atteintes à l'honneur et à la considération de la personne. En effet, les menaces, injures, diffamations apparaissent massivement dès 1997⁸²⁸ et leur nombre ne connaît qu'un léger infléchissement ultérieurement⁸²⁹. Le nombre des dossiers relatifs aux dégradations augmente régulièrement⁸³⁰. La part représentée par les autres atteintes aux biens fluctue énormément d'une année à l'autre. C'est ainsi que 13 vols ont été traités en 1996 contre 36 en 1997, 8 en 1998 et 18 en 1999. Les escroqueries et abus de confiance sont sur-représentés en 1997 (17 cas), alors que l'on ne dénombre que 4 dossiers en 1998 et 7 en 1999. En marge de ces grandes tendances, on relève des infractions extrêmement variées dont le caractère

⁸²² En 1997, environ 10% des cas à Toulon ; 6% à Draguignan. Plus de 7% à Toulon en 1998 et 17% à Draguignan. Plus de 3% à Toulon en 1999 et environ 12% à Draguignan.

⁸²³ Plus de 75% en 1998 et 76% en 1999.

⁸²⁴ 89% en 1997.

⁸²⁵ 36 cas contre 13 en 1999.

⁸²⁶ 13,8% en 1996 (soit 48 cas) et 4,6% en 1999 (soit 25 cas).

⁸²⁷ 23 cas en 1996 et 31 en 1999.

⁸²⁸ 43 cas.

⁸²⁹ 39 cas en 1998, 37 en 1999.

⁸³⁰ Hormis en 1997, 28 contre 39 en 1996, 47 en 1998 et 48 en 1999.

marginal interdit toute exploitation statistique. Il s'agit des délits de fuite, de morsures, de divagations d'animaux ou de mauvais traitements, d'atteintes à la vie privée, de violations de domicile, d'émissions frauduleuses de chèques, de filouterie d'hôtels, de détournements, d'abus de faiblesse ou de harcèlements téléphoniques. Rompant avec cet inventaire à la Prévert, des infractions au code de l'urbanisme sont signalées dès 1998. Une telle extension du contentieux soumis à la médiation correspond aux souhaits du magistrat chargé du traitement de ce type de litiges à Toulon. En l'espace de 2 ans, le nombre des affaires est passé de 24 à 37.

Les statistiques fournies ne permettent pas d'établir l'existence d'une spécificité dracenoise quant au contentieux traité évoqué par certains médiateurs. Des infractions étroitement liées au mode de vie rural de certaines parties à la procédure⁸³¹ semblent totalement ignorées de certains parquetiers locaux. On notera pourtant que le Président du Tribunal de Grande Instance de Draguignan a souhaité, en 1998, l'élargissement de l'application de la médiation aux litiges concernant la chasse. Le particularisme géographique résulterait, selon ces mêmes magistrats, de l'absence de délinquance urbaine à Draguignan alliée à une forte délinquance estivale. Cette dernière serait liée au tourisme pratiqué dans le très vaste ressort du Tribunal de Grande Instance. Il reste, cependant, une marge d'incertitude importante quant aux types d'infractions véritablement traitées respectivement à Toulon et à Draguignan, puisque la rubrique « autres infractions » n'est explicitée par l'A.A.V.I.V. qu'en 1998 et détaillée seulement en 1999. Il est donc parfaitement concevable qu'antérieurement, des infractions foncièrement atypiques y aient été englobées - d'autant que le volume de ces délits est loin d'être négligeable⁸³².

C'est finalement l'impression de disparité qui domine cet aspect de l'étude. Sont envoyés en médiation des litiges très hétéroclites. Contentieux de masse ou à l'inverse contentieux extrêmement marginal, c'est apparemment le critère de faible gravité de l'infraction qui commande son traitement par la voie de la médiation. Cependant, ce critère de sélection est emprunt d'une subjectivité telle qu'il conduit à des appréciations excessivement variables. Par conséquent, si d'aucuns⁸³³ préconisent l'extension de la procédure à d'autres domaines que les siens pourvu qu'il s'agisse de contentieux de masse, d'autres cantonneront l'application de la médiation à la primo-délinquance mineure⁸³⁴. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que les contentieux de prédilection actuels de la médiation soient remis en cause, et l'on peut, dès lors, penser que ses applications ne peuvent que s'enrichir au gré de la sensibilité des praticiens. Atteinte minimale à l'ordre public, le litige soumis au médiateur a fréquemment un lien direct avec un proche (voisin, parent). Ce second paramètre de proximité est peut-être le plus opérationnel et impose une réponse judiciaire consentie et rapide.

b - Durée :

Il convient ici de souligner que l'ensemble des procédures transmises par le Parquet a donné lieu à une évaluation du temps nécessité par le traitement de l'affaire. C'est

⁸³¹ Telles la divagation de troupeaux ou les conflits de bornage.

⁸³² 53 dossiers en 1996, 52 en 1997.

⁸³³ Selon M. GUILLOUZIC, responsable de l'association AVENIR, on pourrait étendre la médiation aux infractions au code de la route, aux blessures involontaires ou aux dégâts purement matériels.

⁸³⁴ Mme IMBERT, parquetier dracenois.

dire que, curieusement, on ne tient plus compte ici de l'opposition procédures engagées - procédures évitées. Par conséquent, il semble que les hypothèses de défaut de présentation des intéressés devant le médiateur soient caractérisées à l'issue d'un trimestre. Rappelons que trois types de délais sont susceptibles d'être accordés au médiateur. Celui-ci peut exercer sa mission en un, trois ou six mois suivant les difficultés rencontrées dans chaque situation. Bien que la prudence s'impose eu égard à notre remarque préliminaire, il semble que la durée médiane trimestrielle ait été la plus usitée. Le phénomène apparaît très nettement en 1998⁸³⁵ et en 1999 tant à Toulon qu'à Draguignan. Au cours de l'année passée, la proportion des dossiers traités suivant cette modalité est d'environ 80% à Draguignan et de 83% à Toulon. Les cas imposant un règlement mensuel sont nettement moins nombreux ; ils représentent entre 11%⁸³⁶ à Toulon et 20%⁸³⁷ à Draguignan en 1999 et de 18%⁸³⁸ à 20%⁸³⁹ pour 1998. On constate que ce type de dossiers a été beaucoup plus fréquent en 1997. La répartition entre les médiations de trois et un mois était alors beaucoup plus équilibrée⁸⁴⁰. Se profile donc un phénomène d'allongement du temps de traitement des dossiers. L'interprétation d'une telle évolution n'est pas aisée. Traduit-elle une efficacité accrue des services de médiation en 1997 ou reflète-t-elle un accroissement des dossiers simples ? La nomenclature des infractions concernées ne nous permet pas de répondre à cette interrogation puisque de nombreux facteurs conditionnent l'aboutissement de la mesure bien au-delà de la seule qualification pénale de l'infraction traitée. La personnalité des parties, celle du médiateur, la nature des relations entretenues par les intéressés, l'ancienneté du litige, l'adhésion à la procédure, la perception du rôle du médiateur et la qualité de sa prestation sont notamment des paramètres explicatifs de la longueur de la médiation. Il reste qu'un traitement mensuel ou trimestriel semble plus adapté qu'un règlement semestriel. Les médiations longues sont rarissimes : aucun dossier de ce type n'a été traité à Draguignan en 1999 contre 4 à Toulon⁸⁴¹. En 1997, le phénomène représentait 8% à Toulon et 15% à Draguignan. Cette proportion relativement élevée se retrouve l'année suivante⁸⁴² alors que l'augmentation constatée à Toulon est minime⁸⁴³. On peut, dès lors, conclure à une stabilité importante de la durée des procédures en 1997 et 1998, ainsi qu'à une accélération des procédures en 1999 tant à Draguignan qu'à Toulon. L'ensemble de ces données chiffrées traduit des réalités humaines complexes. Pour tenter de mieux les comprendre, il semble nécessaire de s'interroger sur la place assignée au médiateur dans le cadre d'une approche qualitative des pratiques locales.

⁸³⁵ 73,5% à Toulon et 64,25% à Draguignan.

⁸³⁶ 10,76% exactement.

⁸³⁷ 19,73%.

⁸³⁸ 18,39%.

⁸³⁹ 20,28%.

⁸⁴⁰ A Toulon : 50,68% dossiers d'un mois,
41,09% dossiers de trois mois.

A Draguignan : 49,65% dossiers d'un mois,
35,86% dossiers de trois mois.

⁸⁴¹ Ce chiffre représente 6% de l'ensemble des dossiers traités.

⁸⁴² 15,5%.

⁸⁴³ 8%.

B - Aspects qualitatifs :

Maître d'œuvre de l'élaboration d'une solution consensuelle, ce tiers pacificateur est investi d'une délicate mission aux contours incertains. Dès lors, il nous a paru utile de connaître la façon dont le médiateur perçoit son rôle (2). Mais avant d'aborder cette question éminemment subjective, il semble nécessaire de dresser le profil des médiateurs actuellement en activité (1).

1 - Le profil du médiateur :

L'enquête effectuée révèle que les critères de sélection des médiateurs sont très variables suivant l'association considérée. AVENIR privilégie la maturité des intervenants. Selon le responsable de cette structure, l'expérience est un gage d'aptitude à la compréhension et à la résolution des litiges. Par conséquent, l'accès à ces fonctions de personnes jeunes lui paraît constituer un véritable non-sens. Conçue comme une activité exigeant une importante solidité psychologique et une entière disponibilité, le médiateur-type est une personne à la retraite déterminée à se rendre utile. L'intérêt pour la fonction doit d'ailleurs se manifester par l'adhésion au bénévolat⁸⁴⁴, considéré comme relevant de l'essence même de la mission impartie. A l'heure actuelle, huit médiateurs exercent au sein de cette association. Ces intervenants ont des cursus très diversifiés : beaucoup sont retraités de l'Education nationale, mais l'on trouve parmi eux un ancien huissier du Trésor. Si la formation à la mission est assurée par le CLCJ⁸⁴⁵, la pratique semble considérée comme le gage suprême d'efficacité. L'A.A.V.I.V. recourt, quant à elle, à six médiateurs. L'hétérogénéité des formations initiales est ici moins marquée puisque tous les intervenants ont une formation juridique de base : il s'agit, au minimum, d'un diplôme d'université délivré à Toulon, de maîtrise en droit privé, voire de D.E.A. de droit pénal. Il semble intéressant de souligner que les intéressés considèrent ces connaissances en droit comme étant indispensables à l'exercice de leur mission ; l'activité de conseil aux victimes leur paraîtrait menacée par une ignorance des grands principes procéduraux. Pourtant, le dernier médiateur recruté est titulaire d'un diplôme de droit public et n'a aucune connaissance en matière pénale, autre que celle que les autres médiateurs ont pu lui inculquer en quelques jours de formation « sur le terrain ». Il convient de noter que l'approche de l'A.A.V.I.V. est différente de celle d'AVENIR. En effet, en premier lieu, la moyenne d'âge de l'équipe des médiateurs doit être d'une trentaine d'années. Ce sont, pour certaines, des personnes qui ont une expérience ou un vécu relativement limité dans la mesure où elles ont commencé leur activité dès la sortie de la faculté de droit. De fait, l'activité de médiation est leur « métier », ce que certains magistrats critiquent. En effet, la médiation n'a jamais été considérée par le législateur et les praticiens comme une profession. L'A.A.V.I.V. a contourné la difficulté en salariant les médiateurs, mais une telle position est critiquable dans la mesure où le médiateur doit rester libre dans la conduite de son travail. Ce qui se concilie nécessairement difficilement avec la subordination que suppose le salariat. De ce point de vue également, la différence de vision avec AVENIR est frappante. Enfin, si les médiateurs de AVENIR sont formés par une instance qui a déjà des liens étroits avec le monde judiciaire, le personnel de l'A.A.V.I.V. est formé par l'INAVEM. Cela s'explique par le fait que l'activité centrale de l'association est l'aide aux victimes. Mais l'INAVEM est-il pour

⁸⁴⁴ Seul le responsable d'AVENIR a un statut de salarié.

⁸⁴⁵ Comité de Liaison des Contrôles Judiciaires.

autant le meilleur formateur en la matière, dans la mesure où la médiation ne doit pas stigmatiser la position de la victime et de l'auteur, faute de quoi la médiation risque d'échouer ? Ces différences sont importantes car elles révèlent l'appréhension que chacune des associations a de la médiation pénale et du rôle du médiateur.

2 - L'appréhension du médiateur de son rôle :

Il convient, en premier lieu, de remarquer l'opposition nette entre les magistrats et les médiateurs sur l'appréhension de leur activité, nous l'avons déjà signalé. En second lieu, du point de vue des médiateurs, notamment ceux de l'A.A.V.I.V., la difficulté tient à leur position par rapport à l'institution judiciaire, d'une part, et à leurs pouvoirs, d'autre part. La première gageure est de situer la médiation par rapport à la Justice pénale. Cette question sera étudiée dans la dernière partie sur les améliorations possibles de la médiation. La fonction d'auxiliaire de Justice est une évidence. Mais il faudrait aller plus loin, comme nous l'y incite la dénomination « mode alternatif de résolution des conflits ». La médiation doit remplacer le recours au juge. Dès lors, cela répond à l'interrogation sur les pouvoirs des médiateurs. Dans la mesure où leur rôle est de se substituer au magistrat pour apporter une solution au conflit, les médiateurs peuvent utiliser de nombreux moyens et dans des limites que ne connaît pas le juge.

Trois remarques doivent être faites.

Premièrement, le juge en question est nécessairement celui qui statue sur les intérêts civils. En effet, on imagine mal une condamnation pénale prononcée par un médiateur.

Deuxièmement, quant aux pouvoirs, ils consistent uniquement en l'incitation à faire ou ne pas faire. Il est inconcevable que les médiateurs disposent de pouvoirs coercitifs sur les parties. Par ailleurs, cela serait contraire au principe même de la médiation qui suppose une reprise du dialogue et des concessions. Pour arriver à ces fins, le médiateur dispose de toute sa force de persuasion.

Troisièmement, et cela n'est pas perçu par les médiateurs, ils ont une plus grande latitude que le juge sur deux points : la non-application de la règle de droit et la prise en compte de la situation globale. Le médiateur n'a pas pour mission d'appliquer la règle de droit, à l'inverse du magistrat qui statue. En effet, il n'est pas tenu par un raisonnement fondé sur le syllogisme judiciaire. Cette idée n'a, pourtant, pas été appréhendée par les médiateurs rencontrés et c'est une des difficultés qu'ils rapportent.

La seconde question est formulée, de manière inappropriée, comme une question de pouvoir. Quelles sont les limites à l'action dans la mesure où la médiation permet de découvrir des éléments que la procédure initiale ne comprenait pas ? L'exemple-type est un dossier de médiation pénale familiale. Outre l'infraction commise, le médiateur se trouve face à une situation concrète qu'il doit saisir dans son ensemble. Ainsi, un parent prévenu de non-représentation d'enfant est orienté vers la médiation pénale afin que le dossier soit réglé en évitant les traumatismes de l'instance pénale. Le médiateur va écouter toutes les personnes concernées, au premier rang desquelles l'enfant. Or ce peut être l'enfant qui refuse d'aller chez son autre parent, quelle que soit la situation réelle (le parent chez qui il a sa résidence en a profité pour lui inculquer des contre-vérités, ou celui chez qui il doit se rendre a eu des gestes déplacés, ...). Le médiateur dispose alors d'éléments qu'il doit prendre en

considération. En cela, il a un champ d'action plus large que celui du juge qui ne doit pas statuer *extra* ou *ultra petita*, règle d'autant plus draconienne en droit pénal. Par ailleurs, dans ces hypothèses, la médiation est la meilleure solution car elle est consensuelle et organisée dans l'intérêt de toutes les parties. Ce qui se rapproche le plus de la conception idéale de la Justice. Tout ce qui a précédé permet de mettre en valeur certains avantages et inconvénients de la médiation pénale comme mode de résolution des conflits. Il en existe d'autres. Nous en avons choisi quelques-uns parmi ceux qui semblaient les plus significatifs. Des propositions d'amélioration en découlaient naturellement.

II - Perspectives d'évolution :

Après avoir étudié quantitativement et qualitativement la médiation pénale telle qu'elle est pratiquée à Toulon et à Draguignan, il convient d'apprécier l'institution (A) afin d'envisager les améliorations possibles (B).

A - Appréciation critique de l'institution :

L'appréciation d'une institution comprend logiquement une double approche : les points négatifs et les points positifs. Nous ne dérogerons pas à cette perspective. Quiconque s'interroge sur la médiation pénale, n'envisage que ces défauts. La première critique, récurrente pour toutes les alternatives au traitement traditionnel de la délinquance, est l'idée de Justice à deux vitesses. Ensuite, les critiques se répartissent en deux catégories : celles tenant aux personnes et celles tenant à la procédure (1). Mais une réflexion approfondie laisse apparaître les avantages que procurent à tous les intervenants la médiation : pour le Parquet, la victime, le délinquant et peut-être aussi la société (2).

1 - Les aspects négatifs de la médiation pénale :

Le risque d'une Justice à deux vitesses ne correspond pas à la critique habituelle d'une Justice de riches et d'une Justice de pauvres. Le recours à la médiation permet de cacher les dysfonctionnements du système judiciaire, pense Gérard DEMORY. C'est, par ailleurs, un recul de la Justice, ajoute-t-il. En effet, les particuliers font appel à des magistrats pour qu'ils résolvent leurs problèmes. Avant même que le différend aboutisse devant le Tribunal, le Parquet a la possibilité d'écarter le traitement judiciaire traditionnel. Non seulement le choix est subjectif et ne se base sur aucun critère logique, mais en plus, cela pourrait être ressenti légitimement par les victimes comme une façon de les déconsidérer un peu plus. Elles ont appelé au secours, elles n'ont pas été entendues. De plus, la commission d'une infraction peut être révélatrice d'une situation de danger. Ainsi, une personne qui a subi des violences, conjugales ou non, peut saisir la Justice afin qu'elle la protège. Le fait de recourir à la médiation alors qu'il faudrait une réponse autoritaire peut être interprété par l'auteur comme une minimisation implicite de ses agissements. Cette situation se rencontre souvent en matière de minorité où l'attitude provocante du jeune peut viser à « tester » les limites à ne pas dépasser. Cette alternative aux poursuites, comme les autres, pourrait laisser croire qu'il vaut mieux être victime d'un crime que d'un délit. Les gens vont difficilement déposer plainte dans certains cas. Lorsqu'ils surmontent les obstacles psychologiques et matériels (le commissariat ou la gendarmerie ne sont pas nécessairement à quelques pas),

lorsque le policier ou la gendarme ne refuse pas de prendre leur plainte, ils se voient annoncer qu'ils seront convoqués pour une médiation avec l'auteur de l'infraction dont ils ont été victimes. En premier lieu, ils sont « convoqués » par un officier ou un agent de police judiciaire. Le terme peut paraître choquant s'agissant de la victime. En second lieu, on ne leur demande pas s'ils sont d'accord ou non avec la démarche de médiation : ils doivent y déférer. En effet, les médiations échouées du fait du non-déplacement de la victime sont très souvent suivies d'un classement sans suite, car le magistrat en déduit que la victime est indifférente. Or il peut être légitime pour une personne de préférer voir l'auteur de l'infraction poursuivi dans le cadre d'une procédure classique. Cette légitimité vient du fait qu'elle est dans son bon droit. En effet, elle a subi un événement qui lui a causé un préjudice (si ce n'est matériel ou physique, au moins moral) et on exige d'elle qu'elle fasse des concessions. C'est ici que se situe la critique la plus sérieuse de la pratique de la médiation. Alors que la loi prévoit la recherche du consentement de toutes les parties, cette condition n'est pas respectée en fait. La conséquence est grave autant pour la victime que pour l'auteur : le classement sans suite sera perçu comme une nouvelle preuve d'impunité. Et la seule solution pour que le dommage soit indemnisé sera de se constituer partie civile ou d'introduire une instance devant la juridiction civile, ce qui signifie recourir aux services d'un avocat, ce que certaines personnes renoncent à faire.

Il est aisé de répondre que tout est actuellement mis en œuvre pour que la Justice, y compris lorsqu'elle nécessite un conseil juridique, soit à la portée de tous. Mais que dire à la personne qui a été agressée, qui avait réussi à surmonter les premières difficultés énoncées précédemment, à laquelle on refuse une reconnaissance judiciaire du statut de victime ? Qu'elle a droit à un avocat pris en charge partiellement ou totalement par l'Etat, mais qu'elle doit pour cela remplir des dossiers, faire de nouvelles demandes, exposer à nouveau son cas, ... c'est ici que se trouve la « double vitesse ». Il ne s'agit plus d'être riche ou pauvre, il s'agit d'être fort ou faible. Or est-il besoin de rappeler que la Justice est un service public ?

Une fois la médiation choisie, les magistrats du Parquet n'ont plus aucun moyen de contrôle sur les affaires. Ils reçoivent tout au plus un compte-rendu d'échec ou de réussite dont le contenu, si possible détaillé, leur servira pour fonder leur décision (comportement que la loi proscrit !). Le règlement de l'affaire n'est plus judiciaire. Cette déjudiciarisation est critiquable dans la mesure où les parquetiers n'ont aucune prise sur les médiateurs, que ce soit sur leur formation ou sur leur façon de travailler. En effet, par manque de temps, les médiateurs sont recrutés par l'association agréée sans que le Parquet ne donne son avis sur les candidats. De plus, le fonctionnement de l'association et l'absence de spécialisation des médiateurs font que les magistrats n'ont quasiment aucun contact avec les médiateurs.

L'absence de collaboration engendre un nécessaire rapport de domination parce que les médiateurs doivent satisfaire les parquetiers. Cela transparaît dans les rapports d'activité annuels et lors des conseils d'administrations de l'association. Tout est mis en œuvre pour que les magistrats ne puissent pas envisager de modifier la situation et que le quasi-monopole actuel continue d'exister. Mais ce système comporte un vice majeur : les magistrats sont devenus dépendants de l'activité de l'association et cette dernière demande des augmentations de moyens. Ainsi, elle procède à des recrutements alors que les anciens médiateurs sont sous-employés, par exemple.

De la même manière, le mandat octroyé par le Parquet aux associations chargées de mettre en œuvre les médiations ressemble parfois à celui donné à l'expert judiciaire. Le magistrat le désigne en fonction des caractéristiques positives qu'il représente à ses yeux. D'une part, c'est une activité de moins à gérer et à exercer pour les magistrats. D'autre part, le médiateur anticipe sur les attentes du magistrat, cela se démontre par le contenu des comptes-rendus qui contiennent souvent des appréciations sur les faits et le droit. Ainsi, de nombreuses associations de médiation se comportent en exécutantes du Parquet et ne débattent jamais de l'opportunité des envois en médiation, ne proposent jamais d'évaluation critique de leur pratique. Pourtant, leurs idées pourraient s'avérer judicieuses dans la mesure où ce sont les médiateurs qui traitent les dossiers et, au-delà, rencontrent les personnes. Certains substituts avaient devancé la critique en participant aux médiations. Ainsi, Monsieur SANESI DE GENTILE était présent pour les médiations qu'il prescrivait en matière d'urbanisme. Cependant, par manque de temps, il a dû arrêter. Pour autant le médiateur n'était pas seul, puisqu'un suivi des dossiers et des discussions sur les mesures à prendre avaient lieu de façon périodique. Mais cette pratique est, de loin, une exception à la règle.

Il convient, en outre, de souligner l'existence d'une situation dangereuse. Il arrive parfois que ce soient des avocats qui jouent le rôle de médiateur, ce qui pourrait être perçu comme un non-sens⁸⁴⁶ dans la mesure où cet auxiliaire de Justice a pour habitude professionnelle de prendre parti. Cet état d'esprit demeure incompatible avec la médiation pénale. Par ailleurs, cette situation instaure des relations ambiguës avec les parquetiers dans la mesure où, lorsqu'ils sont à l'audience ou dans un débat contradictoire, ils défendent des intérêts opposés. On imagine aisément, également, l'incompréhension de la personne qui a pour médiateur l'avocat qui défend habituellement ses droits.

Ainsi, contrairement à ce que l'on pense, la médiation pénale n'est pas une Justice négociée, parce qu'elle n'est pas une Justice. Les médiateurs n'ont pas à dire qui a raison et qui est en faute, ils n'ont pas à analyser juridiquement la situation mais seulement à proposer une méthode de régulation du conflit. Dès lors, faire rentrer la médiation dans une logique de traitement judiciaire, comme cela a été présentée et comme cela est mis en œuvre, c'est courir le risque d'instaurer une confusion dans l'esprit de chacun. C'est comme cela que certains auteurs réclament que la médiation pénale soit soumise aux principes qui gouvernent notre Justice pénale : l'obligation du contradictoire, les droits de la défense, la possibilité d'appel de la décision et l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme en matière de procès équitable.

Mais si l'on trouve tant d'attraits à la médiation, c'est qu'elle doit néanmoins présenter quelques avantages.

2 - les points positifs :

Ils résident dans le fait qu'elle permet de désengorger les juridictions ; qu'elle est relativement peu coûteuse (comparée aux frais qu'engendre le traitement judiciaire

⁸⁴⁶ A Toulon, l'ordre des avocats se prépare à ouvrir un Centre de médiation et d'arbitrage dans lequel il exercerait les rôles indiqués dans l'appellation.

d'une demande) ; qu'elle permet une réponse plus rapide et plus adaptée à certaines affaires ; qu'elle favorise, dans certains cas, la reprise d'un dialogue interrompu. Toutes ces raisons militent en faveur de la médiation pénale.

Mais d'autres considérations sont à prendre en considération. Tout d'abord, la responsabilisation du délinquant est un atout majeur pour la médiation, à condition que ce dernier ait la volonté de réparer le dommage qu'il a causé. La médiation-réparation est considérée actuellement comme l'une des mesures les plus utiles à l'éducation des mineurs qui ne sont pas encore ancrés dans la délinquance. C'est d'une façon générale, un excellent moyen pour faire passer un message de manière pédagogique et approprié à une population qui n'a pas toujours la connaissance de la Justice ou qui n'est pas accessible à la répression, pense André VIANGALLI, Procureur de la République de Toulon. Pour Pierre CORTES, Procureur de la République Adjoint à Toulon, il s'agit là d'un « mode intelligent de résolution des conflits » car il est mieux adapté que la sanction pénale. Mais de quels conflits est-il question ? Ce ne sont pas ceux qui intéressent l'ordre public et la société civile, mais plutôt ceux relatifs à des particuliers. N'y aurait-il pas là une démarche plus civiliste que pénaliste ? C'est une façon de déjudiciariser les conflits, en octroyant un minimum de garanties aux parties.

Un autre aspect non négligeable est que la médiation pénale peut être une alternative au classement sans suite qui est démoralisant, autant pour le magistrat que pour la victime. Ainsi, Mademoiselle MARS, substitut chargé de la délinquance dite « astucieuse⁸⁴⁷ », avoue non sans gêne, qu'elle recourt à la médiation pour éviter de classer les dossiers dans lesquels le montant du préjudice est peu élevé, à condition toutefois que l'auteur ne soit pas organisé dans cette délinquance.

Enfin, la médiation pénale peut permettre la prise en compte de certains éléments du dossier qui apparaissent plus facilement lors d'une discussion ouverte. On pense aux dossiers de médiation pénale familiale dans lesquels il est impératif de prendre l'intérêt de l'enfant en considération afin que la situation ne dégénère pas plus.

Une limite doit être énoncée. Les alternatives aux poursuites répondent à une volonté politique de ne pas augmenter les moyens de la Justice. Il en découle une situation dangereuse : le Parquet prend ainsi des décisions au fond, ce qui a pour effet de désencombrer de quelques affaires les Tribunaux et de déjudiciariser une partie des infractions, mais cela aboutit également à une Justice sans intervention des juges du siège alors que les décisions prises sont proches de la condamnation.

Cette étude critique permet de proposer des perfectionnements à une pratique qui peut être encore améliorée.

B - Perfectionnement de la médiation :

Après avoir étudié les points positifs et les points négatifs de la médiation, il convient de réfléchir à des améliorations de la pratique. Dans un premier temps, elles concerneront les systèmes toulonnais et dracénois qui sont très proches. Dans un second temps, nous tenterons d'envisager des propositions plus générales.

⁸⁴⁷ escroquerie, abus de confiance, abus de faiblesse, filouterie, ...

1 - Les propositions d'amélioration pour Toulon et Draguignan :

Nous traiterons distinctement, car les logiques sont différentes, de la médiation que nous appellerons traditionnelle et de la « médiation en temps réel ». La médiation peut être qualifiée de traditionnelle lorsqu'elle prend les modalités utilisées depuis 1995. Les procédures sont transmises au Parquet et traitées par courrier. Elles sont enregistrées par le tribunal et, une fois le dossier étudié et le choix opéré, elles sont envoyées accompagnées d'une lettre de saisine pour médiation. Cette manière de faire est toujours la plus utilisée à l'heure actuelle. Dès lors que les magistrats bénéficient d'un certain temps de réflexion, deux améliorations peuvent être imaginées : d'une part, quant aux domaines et, d'autre part, quant aux relations mandant-mandataire.

La médiation est une technique qui peut être appliquée à tous contentieux du moment que le litige peut se résoudre par une réparation. C'est pourquoi on y a déjà recours à Toulon et Draguignan pour les contentieux de masse que l'on pourrait qualifier de classiques : les violences, les conflits de voisinage, les conflits familiaux dans une certaine mesure, les vols, ...⁸⁴⁸ Mais il est des domaines où l'expérience pourrait être tentée sans risque. Ainsi, la médiation a été récemment étendue, à Toulon, aux chèques volés, aux escroqueries lorsqu'elles ne relèvent pas d'une personnalité ancrée dans la délinquance. Ce recours est une bonne chose dès lors qu'il est réellement une alternative au classement. Le magistrat qui s'occupe de ces contentieux, Mademoiselle MARS, nous expliquait que, par manque de moyen, elle classait souvent cette catégorie de dossier. La médiation est utilisée, ici, conformément aux choix de la Chancellerie.

Par ailleurs, Monsieur SANESI DE GENTILE remarquait judicieusement que la médiation est un outil inestimable pour les primo-délinquants. Recourir à la médiation pour ces personnes permet, en effet, de limiter les risques engendrés par la procédure classique qui « fabrique de l'exclusion », précisait-il. Les conséquences d'une stigmatisation, voire d'une détention, sont dommageables et désormais reconnues. L'utilisation de la « troisième voie » pourrait éviter de mettre en œuvre cet engrenage irrémédiable⁸⁴⁹.

Se pose alors la question de la visibilité de la réponse pénale. Le public aime savoir lorsqu'une personne a fauté, qu'elle a payé son tribut à la société. Cette marque doit être très visible, du moins tant qu'elle ne concerne pas personnellement. Or la médiation ne permet pas cela. Sauf à obtenir une réparation en nature et en plein air, on pense à la repeinte d'un mur par exemple, l'accord de médiation ne fait l'objet d'aucune publicité. Cette remarque peut apparaître comme très secondaire. En réalité, lors des discussions relatives à la Politique de la Ville, notamment pour les Contrats locaux de Sécurité, cette critique d'opacité est souvent faite à la Justice. Pourtant, c'est une situation insoluble car il est évident que l'on ne peut pas soumettre la médiation au principe de publicité de la Justice pénale, ni communiquer des informations nominatives concernant des procédures pénales ! Mais dans tous les cas, une extension des recours doit relever d'une politique criminelle globale au niveau de Parquet, mais également du Parquet général. Localement, une impulsion est nécessaire, car le recours à la médiation n'est pas encore un « réflexe » pour

⁸⁴⁸ Voir la première partie.

⁸⁴⁹ Avis de Mme IMBERT (voir note de bas de page n° 25)

tous les magistrats qui n'en sont pas toujours adeptes. Monsieur VIANGALLI, Procureur de Toulon, a donc prescrit aux membres de son Parquet d'utiliser autant que possible cette alternative. Et son impulsion a été suivie d'effet, puisque depuis son arrivée en 1996, le recours à la médiation a grandement augmenté⁸⁵⁰. Dans le ressort des Cours d'appel également, il est nécessaire d'unifier les pratiques, car de trop grandes différences nuisent inévitablement au principe d'égalité devant la loi.

Toutefois, une limite importante vient freiner les élans de bonne volonté. Ces dossiers sont payés aux médiateurs par le biais des frais de Justice. Or il est bien connu que les budgets ministériels ne sont pas extensibles. Pour autant, faudrait-il diminuer le montant de ces frais ? Nous ne le pensons pas, contrairement à certains magistrats qui trouvent cette activité trop lucrative.

Si cette remarque est fondée, elle en appelle une autre. Les médiateurs remplissent un office que les magistrats ne peuvent pas ou plus remplir. Comme le reconnaît Isabelle IMBERT, substitut dracénois, les magistrats n'ont pas de temps à consacrer pour recevoir les personnes, pour procéder à la démarche de médiation. Par ailleurs, ils ne sont pas formés pour le faire. Dès lors les médiateurs sont utiles. Quant à savoir si leurs services sont trop grassement payés, il ne faut pas oublier que faire de la médiation pénale suppose la mise en place d'une infrastructure. De plus, les médiateurs ne perçoivent pas ce que l'association habilitée encaisse.

C'est cela qu'il faut apprécier pour répondre à la question, car les associations habilitées ne reversent jamais intégralement le montant. Ainsi, pour le département du Var, une note interne à l'association A.A.V.I.V. a été diffusée, fixant les sommes reversées à 140 francs pour une médiation d'un mois, 280 francs pour une médiation de 3 mois et 560 francs pour une médiation de 6 mois⁸⁵¹. La différence entre le montant perçu et les sommes reversées est considérable. A tel point que l'on pourrait se demander si elle est justifiée.

Pour autant, nous ne pensons pas qu'il faille réglementer. En effet, chaque association de médiateurs est dans une situation différente. Ce qui pourrait être choquant à Toulon et Draguignan, c'est que la même association cumule des activités pour lesquelles elle détient un quasi-monopole. Si la médiation pénale n'est pas une profession, comme le rappelle utilement le Procureur de la République Adjoint Pierre CORTES, certaines personnes ont pris le parti, pendant un laps de temps, de donner leur énergie à aider les autres. Ce civisme doit être reconnu dans une société où c'est une qualité trop rare. L'amélioration de la médiation doit également passer par la possibilité de multiplier les rencontres entre les médiateurs et les parquetiers. C'est un élément important car on peut constater une véritable ignorance, de part et d'autre, de la manière dont est perçue et vécue la pratique. Ce qui peut être dommageable dès lors que la médiation pénale s'exerce sur mandat du Parquet. Les magistrats considèrent les médiateurs comme des auxiliaires, très utiles et efficaces. D'ailleurs, pour le Var, ils sont très satisfaits des performances de leurs médiateurs. Pour autant, ils considèrent ce travail comme secondaire, d'une part, parce que ce n'est pas une profession et, d'autre part, parce que le nombre de

⁸⁵⁰ Les statistiques fournies par les associations de médiation le démontrent, avec un essor considérable depuis 1996, date d'entrée en fonction de l'actuel Procureur de la République.

⁸⁵¹ L'association perçoit respectivement 500, 1000 et 2000 francs. Elle reverse donc moins du tiers de ce qu'elle reçoit.

dossiers de médiation est relativement peu élevé compte tenu du nombre de transmissions au Parquet. En revanche, les médiateurs ont du mal à se situer par rapport à la Justice pénale. Cette interrogation apparaît notamment lorsqu'ils recherchent les limites de leurs actions. Ils ignorent ce qu'ils peuvent faire et ce que l'on attend d'eux. Cela n'est pas nécessairement une mauvaise chose. Ainsi, ils ne cherchent pas à rentrer dans les bonnes grâces des magistrats qui les mandatent.

En réalité, comme souvent, il s'agit là d'un manque de communication évident. Le rôle des médiateurs, en l'absence de tout autre texte que l'article 41-1 du code de procédure pénale, est de rétablir le dialogue entre les personnes visées dans la procédure et d'arriver à un accord qui concrétisera ce retour à des relations civilisées. Dans ce cadre, leur liberté est totale. Ils peuvent, à la lumière du dossier, favoriser une présentation d'excuses verbales ou écrites, un règlement financier ou en nature, ... Dans tous les cas, ce que les juristes appellent une réparation civile. Mais il faut leur reconnaître également l'obligation de se présenter comme mandataire du Parquet et de préciser à leurs interlocuteurs qu'il s'agit pour eux de leur ultime chance avant un classement sans suite ou une poursuite. Pour autant, la mission du médiateur ne peut pas s'inscrire dans une perspective de procédure pénale, ce qui n'est pas évident pour tous. Mais nous y reviendrons ultérieurement. Une rencontre annuelle, ou plusieurs plus rapprochées dans le temps, permettrait de répondre aux interrogations que se posent les médiateurs et de faire des évaluations critiques périodiques, par exemple. Ce qui serait bénéfique pour tous.

Le développement de la médiation, et notamment de la « médiation en temps réel », ne tend pas à modifier la pratique dans ce sens. Le traitement en temps réel a été mis en place le 4 octobre 1999 par le Parquet de Toulon, et il existe depuis un petit peu plus longtemps à Draguignan. Il s'agit d'accélérer le déroulement de la procédure en faisant des comptes-rendus téléphoniques au magistrat qui décide sur-le-champ de la suite à donner. S'agissant de la médiation, l'intérêt est indéniable. En effet, les personnes en cause sont immédiatement averties que leur procédure est prise en charge et qu'elles devront se présenter à une heure et un jour donnés devant le médiateur⁸⁵². Le magistrat fixe ces coordonnées en remplissant des permanences convenues avec l'association. Elles sont au nombre de 4 pour Toulon.

La diminution des délais est, cependant, limitée à ce qui vient d'être exposé, puisque les dossiers écrits sont ensuite transmis au Parquet pour être enregistrés par le bureau d'ordre, comme décrit plus haut. Ce n'est qu'après cette formalité, qui peut s'avérer longue, que les dossiers sont envoyés aux médiateurs. La « médiation en temps réel » ne fonctionne donc pas parfaitement car seul le premier rendez-vous est donné dans un laps de temps très court. La limite est évidente. Les lenteurs administratives peuvent retarder le dossier qui n'arrivera pas à temps pour que le médiateur l'étudie avant de commencer son travail. A la lumière de son expérience strasbourgeoise, Mademoiselle ROQUE, nouvellement arrivée à Toulon, propose de mettre en place une transmission directe des procédures au médiateur. Mais tous les magistrats ne sont pas favorables à une telle amélioration. Ainsi, Madame IMBERT est contre, arguant du fait que seul le Parquet peut délivrer des copies de procédure. Sauf le respect que nous devons à ce magistrat, les procédures sont transmises en double exemplaire au Tribunal et c'est sur ordre du Parquet que l'envoi en médiation a lieu. Dès lors nous ne voyons aucun obstacle à une transmission directe. En

⁸⁵² Le délai est, en général, de 10 jours et il a été imposé par le Parquet de Toulon.

revanche, une difficulté pourrait survenir pour ce qui est du paiement des médiations au terme de celles-ci. En réalité, une simple mention sur la procédure transmise au magistrat, destinée à être enregistrée, et une déclaration mensuelle du nombre des médiations terminées, comme il est fait actuellement avec les retours de médiation, écarteraient le problème et permettraient un contrôle. Globalement, les systèmes toulonnais et dracénois fonctionnent correctement comme le prouvent les statistiques annuelles. Pour autant, certains changements devront être envisagés pour pérenniser la médiation pénale et en faire un outil de politique pénal performant.

2 - Les perspectives plus générales :

Les manières de procéder à une médiation sont très différentes d'un médiateur à l'autre. De la même façon, il existe des divergences entre les centres de médiation qui nuisent à l'efficacité globale du système, y compris lorsque, dans un département, il y a plusieurs centres dépendant de plusieurs parquets⁸⁵³. Pourtant, lorsque l'on demande aux magistrats et aux médiateurs si une codification serait nécessaire, ils répondent à l'unanimité par la négative. La raison principale qu'ils avancent est que la médiation est une pratique et qu'elle doit le rester car c'est ce qui lui permet d'être améliorée avec toute la souplesse nécessaire. En revanche, ils réclament tous le décret d'application annoncé. Le contenu pourrait s'inspirer des conventions passées entre les parquets et les associations ou personnes physiques qui sont mandatées pour faire les médiations. Il devrait, en toute hypothèse, préciser le statut de ces nouveaux personnels de Justice. Et la même démarche sera nécessaire pour les délégués du Procureur qui non seulement n'ont pas de statut, mais ne savent pas sur quelle base ils doivent être rémunérés⁸⁵⁴. De telles imprécisions permettent inévitablement à des personnes peu scrupuleuses d'en tirer profit. Il faut ainsi garantir leur crédibilité par leur indépendance, leur impartialité, leur compétence et leur autorité par un mélange de souplesse et de fermeté. Or, par manque de temps souvent, les Parquets délèguent le recrutement des médiateurs aux associations habilitées. Ce qui est source de dérives. Ainsi, à Toulon, le Parquet ne connaît pas les médiateurs. Pire, l'association a dernièrement recruté un médiateur sans en aviser le Parquet qui en a eu connaissance de manière fortuite !

Par ailleurs, l'association A.A.V.I.V. ayant été instituée à l'origine pour favoriser l'aide aux victimes d'infractions pénales, fait former ses médiateurs par le biais de l'INAVEM, ce qui signifie que les magistrats ignorent également comment sont formées les personnes à qui ils délèguent leurs dossiers. En 1995, la faculté de droit de Toulon avait été sollicitée pour mettre en place un diplôme universitaire pour former des médiateurs⁸⁵⁵. Mais cette formation n'a donné lieu qu'à une seule session, le professeur responsable ayant été dissuadé de renouveler l'expérience.

⁸⁵³ Une telle remarque ne s'applique pas pour le département du Var dès lors que l'association qui est mandatée pour la médiation pénale et le rappel à la loi, détient le monopole de ces activités. Ce qui ne manque pas de créer des confusions puisque les mêmes personnes cumulent ces différentes fonctions.

⁸⁵⁴ Pour le Var, les rappels à la loi sont payés sur la même base que les médiations d'un mois, soit 500 francs l'unité.

⁸⁵⁵ Pour ce diplôme, était dispensé un enseignement de 200 heures. Il comprenait des disciplines juridiques (droit pénal général, criminologie, procédure pénale, droit pénal spécial, sociologie de la Justice pénale) et des sciences humaines (psychologie de la médiation pénale, techniques de communication : sensibilisation à l'analyse transactionnelle, sensibilisation à la programmation neurolinguistique (PNL)).

La solution n'était pourtant pas mauvaise. Les médiateurs bénéficiaient ainsi d'une formation comprenant les enseignements utiles. Cela aurait également participé du mouvement d'harmonisation des pratiques. De plus, le Ministère de la Justice avait annoncé en septembre 1999 que les délégués du Procureur de la République seraient formés au plan national avec le concours de l'ENM. Afin d'assurer une unité de vue sur le rôle de ces mandataires du Parquet, il serait peut être utile que contact soit pris entre ces deux centres de formation. Une telle proposition d'harmonisation n'est pas anodine. En effet, par la force des choses, les médiateurs non seulement tentent d'aboutir à des accords de médiation, mais ils en assurent également le suivi lorsque cet accord consiste, par exemple, en un échéancier. En cela, la médiation est une véritable alternative à la poursuite parce que le dossier est réglé définitivement par le médiateur. Laisser cette responsabilité à une personne extérieure au système judiciaire n'exclut pas celle du magistrat mandant. Mais de façon quasi-systématique, le magistrat à qui l'on présente une médiation réussie, ne poursuivra pas l'auteur de l'infraction. Dès lors les seuls contacts que le délinquant et la victime auront eus avec la Justice seront la police et le médiateur. Si le second leur dit des choses erronées, par manque de connaissances notamment, cela peut avoir des conséquences graves et la Justice n'en sort pas grandie. Par exemple, la médiation peut être présentée à la victime comme la seule chance pour elle d'être dédommée de son préjudice, alors qu'elle est en droit de se constituer partie civile devant le juge pénal ou de saisir le juge civil. Ou encore on peut laisser entendre à l'auteur que l'accord de médiation fera disparaître l'infraction, voire que la médiation sera le premier élément d'une récidive légale !

Il serait bon, afin que la médiation soit perçue correctement par les personnes en cause, que la médiation commence par un rappel à la loi et se déroule dans un lieu symbolique. Les Tribunaux ne disposent pas toujours de salle supplémentaire, mais la mise en place des Conseils départementaux d'Accès au Droit devrait pallier ce manque de place. D'une façon générale, il serait possible, voire préférable, de rattacher les activités parajudiciaires, exercées sous mandat des parquets, aux Maisons de Justice et du droit. Cependant, une précaution importante doit être prise. L'exemple de Toulon est ici significatif. L'association habilitée pour la médiation pénale et le rappel à la loi, par souci de simplification et de facilité, centralise ces activités auxquelles il faut ajouter l'aide aux victimes, la consultation juridique et le fonctionnement de la Maison et de l'Antenne de Justice et du droit. Pour une personne qui ne connaît pas le monde judiciaire, il y a des risques de confusion, entretenue par le fait que les mêmes personnes sont tour à tour médiateur, délégué du Procureur, consultant, accompagnant de victimes et tiennent des permanences à divers titres au sein de la Maison et de l'Antenne de Justice.

La Justice est difficilement compréhensible pour le justiciable, elle ne gagne pas en clarté avec le genre de pratique monopolistique qui s'entretient et s'étend aisément puisque à tous ces titres, l'association reçoit des subventions publiques qui lui permettent un essor pratiquement incontrôlable. Nous ne sommes pas convaincus que cela ne se fasse pas au dépens de l'institution judiciaire et des justiciables.

La dernière question qu'il convient d'aborder est relative à la place de la médiation dans le système judiciaire. La médiation est-elle « retenue », « déléguée », appartient-elle seulement à la procédure pénale ? Les avis sont pour le moins partagés. Certains magistrats et les médiateurs en général affirment que la médiation

est un élément de procédure pénale, au même titre que la comparution immédiate ou le classement sans suite. Plusieurs séries d'arguments viennent appuyer leur position. La médiation pénale a été introduite dans le code de procédure pénale et notamment la dernière réforme comportait dans son titre, les termes même de « procédure pénale ». Elle se déroule sur délégation du Parquet. Elle met en œuvre des moyens qui sont attentatoires aux libertés. Et depuis juin 1999⁸⁵⁶, elle suspend la prescription. Pour ces partisans, des modifications du code de procédure pénale sont encore nécessaires. D'une part, il faut imposer des dates butoirs lorsque les procédures sont envoyées en médiation. C'est déjà en partie le cas puisque les mandats sont limités dans le principe à 6 mois. D'autre part, il est nécessaire de légiférer sur la question de l'avocat. Sa présence est souhaitable, mais sa fonction ne doit pas s'apparenter à celle qu'il a devant une juridiction. Il a ici un rôle de conseil et ne doit ni plaider, ni défendre des intérêts qui dans une médiation sont nécessairement secondaires. En effet, la victime est dans son droit mais elle doit faire des concessions. En revanche, le délinquant devrait voir ses droits diminués et ses obligations renforcées. Pourtant, on lui permet de négocier. Deux mesures ont été avancées par des magistrats pour améliorer ce point. Ce sont la formation des avocats et l'incitation financière que pourrait représenter une augmentation des honoraires dans ces hypothèses. Mais ce raisonnement n'est pas celui de tous. Certains magistrats comme certains avocats, et nous sommes de cet avis, excluent la médiation pénale du champ judiciaire répressif. En effet, la nature de la médiation est de trouver un arrangement sur les intérêts civils et de renouer un dialogue rompu. En aucune façon elle n'entre dans le contentieux pénal, bien qu'elle soit issue d'une infraction. Par ailleurs, elle ne suit pas la même logique puisque c'est une recherche consensuelle, qui ne débouche pas sur une sanction et qui n'a pas pour but de stigmatiser l'auteur de l'infraction qui disparaît d'ailleurs au profit de la personne socialement positionnée. Enfin, elle appartient au domaine de la Justice négociée qui met en avant une responsabilisation, technique de droit civil.

⁸⁵⁶ Sur la réforme du 23 juin 1999, V., J. Leblois-Happe, « De la transaction pénale à la composition pénale », *JCP éd. G* 2000, I, 198 ; J. Pradel, « Une consécration du « plea bargaining » à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 », *D.* 1999, chr, p. 379. V. le décret du 29 janvier 2001 sur la médiation pénale et la composition pénale.

Les modes alternatifs de résolution des conflits

Synthèse

Laurence BOY

Professeur à la Faculté de droit de Nice Sophia Antipolis
Directrice du Centre de recherche en droit économique (CREDECO)

Jean-Jacques SUEUR

Professeur à l'Université de Toulon et du Var
Directeur du centre d'étude et de recherche des contentieux (CERC)

« La doctrine s'interroge » : cette locution apparaît dans la plupart des contributions de cet ouvrage parce que la doctrine française (elle n'est sans doute pas la seule), en effet, a le plus grand mal à cerner et à théoriser ce phénomène « émergent » que sont les modes alternatifs de règlement des conflits alors pourtant que celui-ci tend à se généraliser, y compris dans les secteurs du système juridique où on l'attend le moins⁸⁵⁷. Témoignent de ces difficultés les imprécisions du vocabulaire. Seul point d'accord, le caractère « alternatif ». Mais s'agit-il de modes de « règlement », de modes de « résolution » ? S'agit-il de « conflits », de « différends » ? Le juriste, habitué à l'usage d'une terminologie précise, éprouve une certaine gêne devant ces flous qui sont le signe de la grande variété des mécanismes que recouvrent les modes alternatifs (La seconde partie du rapport – intitulée partie spéciale - le montre amplement alors pourtant que la recherche n'est pas exhaustive)

Bien entendu, le caractère... alternatif c'est-à-dire marginal (mais il l'est de moins en moins) du phénomène y est pour beaucoup : la justice d'Etat impose encore sa loi - la justice n'est-elle pas l'une des fonctions régaliennes de l'Etat, y compris chez les plus libéraux ? – c'est-à-dire en l'occurrence un modèle, une référence qui semble donner un cadre au chercheur. C'est ainsi que les questions posées (le médiateur statue-t-il en droit ou en équité ? Y-a-t-il lieu d'appliquer le principe du contradictoire ? etc.) sont très largement empreintes de cette logique mimétique du tout ou rien : ou les droits fondamentaux du procès⁸⁵⁸ ou les principes directeurs⁸⁵⁹ trouvent ici à s'appliquer ou alors nous nous trouvons bien dans l'ordre de l'alternatif ou de l'ailleurs et tout est à inventer ou à réinventer⁸⁶⁰. Et cet ailleurs

⁸⁵⁷ S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE, M. DOUCHY, *Droit processuel, Droit commun du procès*, Dalloz, 1^{ère} éd. 2001, n°586 et s.

⁸⁵⁸ Selon la formule d'E. GIRARDOT-ROUHETTE.

⁸⁵⁹ V. J.B. RACINE « Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de résolution des conflits ».

⁸⁶⁰ I. THERY va jusqu'à parler de « l'opposition entre deux mondes ». *Le démariage. Justice et vie privée*. O. Jacob, 1993, 304.

est-il ou non de la « justice » ? A la vérité, la question ne se pose pas exactement en ces termes comme le montrent bien les deux rapports généraux : la médiation, la conciliation doivent être considérées pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire des procédés éprouvés (en train d'être éprouvés) instaurant ou permettant de sauvegarder un minimum de communication entre les deux protagonistes d'un conflit – « un agir communicationnel à trois pôles ... (qui) implique une dynamique ternaire où chacun des trois participe autant que les autres »⁸⁶¹. On sait depuis longtemps que le droit n'est qu'un mode parmi d'autres de communication entre les éléments sociaux dissociés⁸⁶². Le sorcier, la monnaie notamment, la psychologie... peuvent aussi être des éléments de communication et d'échanges. C'est l'analyse de ce « tiers intercesseur » et subsidiairement aussi celle de son profil-type (mais peut-on dresser un profil-type ?), comme en matière pénale, qui « permettra, le cas échéant, de retrouver un certain nombre de principes ou standards communs à toute opération de justice (indépendance, impartialité, loyauté)⁸⁶³. Ce mot – tiers intercesseur – a cependant quelque chose de trompeur en ce qu'il paraît suggérer l'idée d'une intervention extérieure, venant « mettre en ordre » un conflit plus ou moins ouvert. Il n'en est rien bien entendu et le tiers en question agit le plus souvent sur la structure du conflit sur lequel il est appelé à intervenir. J. Freund rappelle à ce sujet l'importance des analyses de G. SIMMEL⁸⁶⁴. A la figure classique du « tiers impartial » peu ou pas impliqué dans le conflit (mais peut-il ne pas l'être du tout ?), SIMMEL oppose ainsi celle des « tertius gaudens » - le troisième larron qui, sans être directement impliqué dans le conflit, en tire profit pour lui-même - et celle du « divide et impera » - le tiers intervient cette fois directement dans le conflit et l'attise « parce qu'il y trouve son intérêt ou pour acquérir une position dominante »⁸⁶⁵ (Les MARC en droit des affaires ?...). SIMMEL décrit là des types idéaux, ce qui signifie que le tiers intercesseur, quel que soit le conflit en cause, est toujours un peu tout cela à la fois. Il rompt aussi avec l'image stéréotypée du conciliateur ou du médiateur, simple substitut de la justice d'Etat : l'un et l'autre, en effet, parce qu'ils participent de la logique du compromis autant que de celle de l'institution, ont davantage pris sur le conflit et peuvent déployer des stratégies du type de celles que décrit SIMMEL.

Il se pourrait même que ce type d'analyse conduise aussi à renouveler le regard porté sur la fonction de juger : s'il est clair, en effet, que le défaut de « pouvoir juridictionnel » constitue l'essence même de la médiation et de la conciliation comme le rappelle G. CORNU⁸⁶⁶, il n'est pas moins vrai que le conciliateur, le médiateur même jouissent d'un « réel pouvoir d'influence sur les parties »⁸⁶⁷, ce qui revient à dire qu'il y a du pouvoir dans les deux cas mais pas le pouvoir du juge⁸⁶⁸. Mais celui-ci - le pouvoir du juge - caractérisé comme le rappelle E. GIRARDOT-ROUHETTE, par la faculté qui lui est reconnue d'imposer sa solution n'a lui-même quelque chance d'aboutir que si les deux parties en cause sont au moins d'accord sur le principe de son existence et de la légitimité de son intervention afin de résoudre le différend qui

⁸⁶¹ E. GIRARDOT-ROUHETTE.

⁸⁶² E. PACHOUKANIS, *Théorie générale du droit et marxisme*, EDI, 1970.

⁸⁶³ Cf. J.B. RACINE.

⁸⁶⁴ J. FREUND, *Sociologie du conflit*, PUF, La politique éclatée, 1986, 287 et s..

⁸⁶⁵ *Op. cit.*, 289

⁸⁶⁶ Cité par E. GIRARDOT-ROUHETTE.

⁸⁶⁷ E. GIRARDOT-ROUHETTE.

⁸⁶⁸ On peut se référer ici aux analyses de S. GUILLAUME-HOFFNUNG.

les oppose⁸⁶⁹. La liquidation d'un conflit par quelque moyen que ce soit suppose résolues un certain nombre de questions fondamentales et que des solutions aient été apportées par les différents protagonistes à ces questions sous forme de normes d'acceptation formant consensus (« selon quelles règles voulons-nous vivre ensemble ? » ou « quelles fins souhaitons-nous réaliser et par quels moyens ? »⁸⁷⁰. La fonction de juger, en d'autres termes, n'est pas étrangère, elle non plus, à cette logique d'un fonctionnement « à trois pôles » caractéristique des modes alternatifs de règlement des conflits - ou de la plus grande partie d'entre eux⁸⁷¹. A l'idéologie juridique traditionnelle fondée sur l'image d'un juge régulateur de l'ordre normatif, se substitue et/ou on tente de substituer l'idéologie des MARC qui fait largement appel au « conventionnel » au sens très large du terme qui rappelle les analyses des économistes conventionnalistes⁸⁷².

La recherche ici présentée s'interroge légitimement sur la nature juridique spécifique du lien qui s'instaure entre les parties et le médiateur par exemple. La question n'est pas purement théorique. Elle a même, comme le relève E. GIRARDOT-ROUHETTE, des implications pratiques évidentes en ce qui concerne une éventuelle mise en cause de la responsabilité du tiers intervenant. Cette question des responsabilités nous paraît essentielle⁸⁷³. Elle pourrait bien être une clef de lecture des MARC. En effet, ces derniers s'inscrivent sur une ligne qui va du contrat à l'institutionnalisation, ligne sur laquelle, on peut faire évoluer le curseur. Dans certaines hypothèses très contractualisées des modes alternatifs de règlement des différends (les « litiges d'affaire »), les responsabilités semblent relever du droit de la responsabilité contractuelle (et responsabilité, il doit y avoir, même si ce ne sont que des obligations de moyens qui sont à la charge du tiers). Dans d'autres hypothèses, semble-t-il, la médiation est plus institutionnalisée (la « médiation pénale), les obligations qui pèsent sur le tiers, ne sont pas des obligations contractuelles mais des obligations professionnelles, du type « devoir » (qui peut en demander le respect ?). Il semble que les incertitudes terminologiques qui existent en la matière peuvent être éclairées par l'étude des MARC. Le Doyen CARBONNIER a ainsi mis l'accent sur l'ambiguïté du mot obligation. Dans un sens un peu vague, on parle d'obligation pour désigner un devoir qui doit être exécuté sans qu'existe aucun lien de droit entre deux personnes (rouler à droite, déclarer un enfant naturel). La véritable obligation juridique suppose, elle, un lien de droit entre un débiteur et un créancier. Reste que si ce devoir est transgressé, il peut se transformer en véritable obligation juridique. Les responsabilités des médiateurs et des conciliateurs devraient être examinées à l'aune de cette distinction en même temps qu'elles devraient permettre de l'éclairer. En effet, les textes ne permettent pas d'apporter à cette question une réponse satisfaisante, valable dans tous les cas de figure⁸⁷⁴. Il faut

⁸⁶⁹ HAURIOU parlait naguère de l'acceptation de l'instance pour en faire un des éléments caractéristiques de la fonction juridictionnelle. Une instance, écrivait-il, ne peut se dérouler qu'avec le concours actif de deux plaideurs, moyennant une sorte d'accord, ce qui d'ailleurs a fait comparer l'instance à un « quasi-contrat » (Les éléments du contentieux, *Rec. De législation de Toulouse*, 1905, 47).

⁸⁷⁰ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, NRF, Essais, GALLIMARD, 1997, 157.

⁸⁷¹ Ce qui justifie le choix fait, dans la présente étude, de concentrer l'attention sur la médiation et la conciliation.

⁸⁷² O. FAVOREAU et P. PICARDI, E. SERVERIN, in Contrats et pratiques contractuelles : approches pluridisciplinaires, *Sociologie du travail*, 1996, n°4.

⁸⁷³ Voir les travaux sur la responsabilité du juge étatique.

⁸⁷⁴ Ainsi par exemple en matière de médiation judiciaire, peut-on parler de contrat si le juge est en droit de refuser la médiation à ceux qui en font la demande ? E. GIRARDOT-ROUHETTE.

donc très vraisemblablement s'en remettre à l'analyse de la structure et de la nature des obligations qui s'imposent aux deux parties comme au tiers intervenant : « l'opposition des intérêts entre les parties » écrit à ce sujet J.B. Racine, « n'est pas fondamentalement différente de celle qui existe dans un contrat »⁸⁷⁵. Cette analyse s'impose dans toutes les hypothèses où la médiation et la conciliation se terminent par la signature d'un accord⁸⁷⁶. Y aurait-il deux contrats en un, ce qui autoriserait à envisager en la matière « l'application des règles relatives à la bonne foi dans la formation d'un contrat »⁸⁷⁷ ? Sans doute pour ce qui concerne les « parties » à la médiation de type contractuel. L'hypothèse du double contrat est peut-être moins topique dans les médiations institutionnalisées où le tiers n'entretient aucune relation contractuelle avec les personnes en conflit.

Ces considérations générales ne doivent pas faire illusion cependant. Il existe bien des types différents de conciliation et de médiation qui répondent à des logiques distinctes parce qu'elles s'inscrivent dans des milieux socioculturels qui ne sont pas de même nature. Les anthropologues du droit le savent depuis longtemps⁸⁷⁸ et les juristes de droit économique aussi, la médiation se développe le plus souvent dans un milieu professionnel ou homogène, partageant la même culture et les mêmes valeurs etc⁸⁷⁹ et dans lequel la poursuite de relations « normales » importe bien davantage, à un moment donné, que la satisfaction d'un intérêt particulier⁸⁸⁰. Il y a donc bien, dans ce cas de figure, une rationalité de la médiation, expression d'un calcul de minimisation des coûts de la part des acteurs concernés. La médiation comme la conciliation peuvent alors être constitutives de droits, génératrices de règles privées ainsi que le relève E. GIRARDOT-ROUHETTE, autrement dit génératrices d'ordre(s). Mais il se peut aussi qu'elles participent elles-mêmes d'un phénomène plus général de régulation intervenant à l'intérieur d'un groupe ou d'une communauté préexistante ; elles sont alors l'expression de la cohésion de ce groupe ou de cette communauté plus restreinte (famille, profession)⁸⁸¹. Il n'y a plus dans ce second cas de figure, production d'ordre mais bien plutôt consolidation ou mise en cohérence. C'est ce que montrent aussi certaines contributions ici rassemblées.

I

L'inégalité, les phénomènes de domination en tous genres sont bien « au cœur du conflit » pour paraphraser F. TERRE et de tous les conflits. Par l'institutionnalisation

⁸⁷⁵ Rapport J.B. RACINE.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ *Ibid.*

⁸⁷⁸ Voir sur ce point, les très riches développements de N. ROULAND : *Anthropologie juridique*, PUF, Droit fondamental, 1988, n° 184. L'auteur rappelle en particulier qu'il y a similitude entre le type de régulation globale des sociétés et les modes de règlement des différends des conflits qui y ont cours. C'est ainsi que la médiation prévaut dans les sociétés dites élémentaires dans lesquelles le pouvoir est assuré dans ce cadre de la seule organisation parentale.

⁸⁷⁹ B. OPPETIT, Les modes alternatifs de règlement des différends et la vie économique, *Justices*, n° 1, 58.

⁸⁸⁰ G. FLECHEUX et PH. LAFARGE, « La médiation », in *Mélanges P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 301, spéc., p. 305.

⁸⁸¹ Le médiateur bénéficie « de la double investiture d'une structure supérieure d'autorité et d'un consensus communautaire » écrit en ce sens L. ASSIER-ANDRIEU. Il lui sera possible de « solliciter alternativement ou cumulativement le registre normatif le plus approprié à l'éluclidation et à la résolution du cas » (*Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan 1996, 178).

(procès, arbitrage), il peut être remédié, symboliquement et matériellement à cette inégalité originelle⁸⁸² alors que les procédés « alternatifs » de résolution des litiges encourent, au contraire, le risque de les reproduire en les amplifiant. Les « justices alternatives » écrit par exemple L. ASSIER-ANDRIEU (qui se réfère à de nombreux travaux anglo-saxons) « refroidissent » les conflits au lieu de déterminer qui est dans son bon droit. Elles atomisent les différends en focalisant à l'extrême sur le particulier. Elles découragent aussi les tentatives d'organisation collective des groupes d'intérêt, confortent l'enfermement des populations dans les zones défavorisées, substituent le maintien de l'ordre à la justice sociale et à la justice tout court »⁸⁸³.

C. RUSSO montre, par exemple, comment, dans le domaine des assurances, le recours à la médiation procède souvent d'une stratégie délibérée d'évitement de la règle de droit. L'équité intervient à la limite comme un alibi permettant de « réécrire le contrat »⁸⁸⁴. L'accès au médiateur étant, d'autre part, subordonné dans certains cas à l'appréciation de l'assureur⁸⁸⁵, on peut assez facilement en déduire que tout – le procédé et les principes qu'il permet de mettre en œuvre – est largement instrumentalisé au profit de ces derniers. Il faut donc des règles, des procédures, bref un minimum d'institutionnalisation pour compenser ou limiter l'inégalité consubstantielle au conflit⁸⁸⁶. E. GIRARDOT-ROUHETTE et V GOMEZ-BASSAC en appellent, pour leur part, à un renforcement des garanties existantes en matière commerciale.

Sur le thème de l'inégalité, les rapports mettent l'accent sur la question essentielle que se cache derrière le développement des MARC. Ceux-ci sont-ils une alternative au juge ou une alternative au droit, ce qui peut être grave⁸⁸⁷ ? La question se pose fondamentalement du point de vue tant du droit substantiel que du point de vue du droit formel.

Substantiellement⁸⁸⁸, l'alternative au « droit », au système juridique et à ses valeurs consacrées démocratiquement dans nos systèmes juridiques, se traduit par le fait que le médiateur ou le conciliateur ne sont pas tenus par la règle de droit et qu'ils peuvent donc statuer en équité. En soi, la chose n'a rien pour choquer et mériter, au contraire, d'être mise en perspective avec un certain nombre de travaux menés notamment en Allemagne⁸⁸⁹. C'est ainsi que J. HABERMAS s'est interrogé sur le point de savoir si dans la foulée de l'Etat social, l'Etat n'a pas été amené à intervenir sans doute de façon excessive, dans des domaines liés au « monde vécu » et régulés traditionnellement par le médium du langage et de la discussion.

⁸⁸² Cf. encore HAURIOU : « la lutte juridictionnelle, avec ses garanties accoutumées, ses péripéties et ses frais, a le don d'apaiser les plaideurs, quelle qu'en soit l'issue... », *Précis de droit administratif*, 942.

⁸⁸³ Le droit dans les sociétés, *op. cit.*, 194.

⁸⁸⁴ C. RUSSO.

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ Voir la conclusion d'E. GIRARDOT-ROUHETTE.

⁸⁸⁷ E. CAMOUS, *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation (Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlement des conflits)*, Thèse Nice 2000.

⁸⁸⁸ La question du droit substantiel est rarement abordée si ce n'est sous l'angle classique de la renonciation à l'ordre public de protection, ce qui ne nous semble pas satisfaisant. Cf. S. GUINCHARD et *alii*, *op. cit.* n° 591 et s.

⁸⁸⁹ HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, éd. CERF, coll. Passages 1992 ; *Droit Et démocratie*, NRF, Essais, Gallimard, 1997.

L'utilisation du droit et du juge dans ce type de contentieux lui paraissait inopportune et constitutive d'une menace pour les libertés. Les MARC posent donc une question principale au juriste : celle de la définition du monde vécu qui devrait (pourrait) échapper par nature à la formulation juridique et celle du monde juridique. Les réponses ne sont pas aisées. L'essor des modes alternatifs de règlement des différends en droit de la famille et en droit pénal témoigne sans doute de cette reconquête du monde du vécu par le médium du langage et de la discussion. Pour autant, le droit et son juge doivent-ils être exclus définitivement du règlement de ce type de conflits ? Il n'est pas certain qu'un règlement psychologique, voire médicalisé des conflits soit moins attentatoire à la liberté qu'un mode de règlement juridique⁸⁹⁰. Un certain ordre public peut aussi imposer une intervention du juge dans ces « conflits ».

Du point de vue substantiel encore, les MARC dans les domaines « économiques » posent la question du renvoi, via l'équité, aux pratiques et coutumes auxquels vont se référer les tiers. Une seule question nous semble devoir être légitimement posée : celle de la nature véritablement « conventionnelle » des usages dans la mesure où souvent, derrière l'usage conventionnel, se dissimule, en réalité une pratique unilatérale d'un professionnel par exemple une banque ou une compagnie d'assurance. Les questions tant débattues de l'inégalité des parties dans la production du droit se retrouvent nécessairement dans la réalisation contentieuse ou alternative du droit. De ce point de vue, les modes de règlement des différends sur l'Internet méritent une attention toute particulière : ils s'adressent généralement à l'heure actuelle à des partenaires de poids économique équivalent ; ils posent la question d'un « norme » même non juridique commune de référence. Et si l'Internet pouvait ouvrir des pistes nouvelles aux MARC ?⁸⁹¹

S'agissant à nouveau des conflits purement économiques, la médiation et la conciliation ne semblent se justifier que si formellement l'inégalité des parties ne conduit pas à l'éviction du droit. A cet égard, certaines contributions mettent l'accent sur le défaut majeur des procédés alternatifs actuels de règlement des différends – que ce soit en positif⁸⁹² ou en négatif⁸⁹³ -. Celui-ci tient en effet à l'absence totale de coordination entre ces procédures et les procédures juridictionnelles que l'on peut circonscrire autour de l'idée de « temps ». Les auteurs s'entendent sur la nécessité de la célérité dans les procédures de règlement amiable⁸⁹⁴. La question est cependant envisagée le plus souvent que sous le seul angle du devoir de diligence imposé aux parties. Or, elle mériterait d'être posée en termes plus généraux, notamment au regard du tiers intercesseur qui de par son attitude risque bien de mener à l'éviction du droit. Il existe, en effet, toujours des délais de prescription ou de forclusion à l'action en justice. Faute d'une articulation entre les MARC et le traitement juridictionnel des conflits, la voie d'un mode négocié du règlement des différends conduit parfois, à défaut d'une solution non contentieuse trouvée rapidement, à l'impossibilité pour la partie faible de saisir le juge, les délais étant écoulés. Les modes de règlement des différends dans le domaine sportif sont apparemment les seuls à avoir pris en considération ce qui semble un aspect majeur

⁸⁹⁰ On pense aux thèses de la nouvelle défense sociale en droit pénal.

⁸⁹¹ V. F. SIIRIAINEN.

⁸⁹² M.A. NGO.

⁸⁹³ C. RUSSO.

⁸⁹⁴ S. GUINCHARD et *alii*, op. cit., n° 597.

du succès légitime de ces procédés⁸⁹⁵. Les pouvoirs publics ont ici une responsabilité essentielle. Les MARC ne seront légitimés que lorsque cette difficulté essentielle sera résolue.

II

Etudiant les formes de médiation ou de conciliation existant à l'intérieur des sociétés industrielles, M. WEBER proposait d'appeler « inclusives » les procédures qui, loin de tendre vers une « égalisation » des rôles, visent au contraire à confirmer et à légitimer l'existence d'un ordre, d'une communauté quelconque⁸⁹⁶. Il y a alors, explique-t-il, connivence, complicité entre le médiateur et les parties comme « membres d'une communauté sociale ». Ces parties se reconnaissent dans ce médiateur ; elles s'identifient à lui. On retrouve ici une typologie possible fondée sur les travaux de J. HABERMAS. Toute la question est alors de savoir de quel ordre il s'agit. Le thème du pluralisme juridique ou sociologique est évoqué à plusieurs reprises par les différents rapporteurs, en particulier en matière sportive, domaine dans lequel les fédérations nationales (dont le comité national olympique est l'émanation) exercent une véritable fonction de consolidation du groupe. F. ALAPHILIPPE parle à ce sujet d'un véritable « ordre sportif » dont l'autorité repose toute entière sur « le volontariat de ceux qui s'y soumettent »⁸⁹⁷. M.A. NGO confirme ce diagnostic et explique ainsi le succès de cette formule qui s'impose, d'autre part, en raison de la spécificité des contentieux en cause (nécessité de statuer rapidement sur des questions qui n'ont pas nécessairement une finalité indemnitaire. Il s'agit de la carrière des joueurs !). Mais l'idéal de justice n'était-il pas la rapidité ? L'indemnisation, même lorsqu'elle reste la seule issue à la rupture du lien social, ne doit jamais être trop tardive.

Il ne semble pas en aller différemment, toutes choses égales d'ailleurs, dans le secteur des rapports de personne à personne à l'intérieur de la structure familiale : intervenant dans un domaine où les conflits sont d'une autre nature, la médiation apparaît plus comme une fonction (pouvant être assurée aussi bien par les services de l'aide sociale à l'enfance que par le juge des enfants) que comme une institution à proprement parler. La médiation ne connaît d'autres règles semble-t-il que « celles qui se donnent les parties en présence » et « c'est l'absence même de toute position d'autorité, revendiquée par le médiateur, qui constitue la garantie de l'efficacité de la médiation »⁸⁹⁸. Nous sommes semble-t-il incontestablement dans une médiation institutionnalisée. Mais la médiation peut-être aussi, dans le domaine de l'adoption, un moyen de réduire de trop fortes disparités interdépartementales. La question fondamentale qui se pose ici est celle de la place du droit au regard du « monde vécu » évoque par J. HABERMAS.

La médiation pénale paraît répondre manifestement à une autre logique de fonctionnement parce qu'elle s'inscrit à l'intérieur d'un ordre unitaire par nature, *a priori*. Elle apparaît classiquement comme un régulateur de certains « dysfonctionnements » de l'ordre en question (désengorgement des prétoires), mais

⁸⁹⁵ M.A. NGO.

⁸⁹⁶ Sur ces thèses de Weber : L. ASSIER-ANDRIEU, *op. cit.*, 179 ; E. SERVERIN.

⁸⁹⁷ PH. ALAPHILIPPE, *Le pouvoir fédéral*, *Pouvoirs*, n° 61, 1992, 71.

⁸⁹⁸ B. BASTARD et L. CARDIA-VOLNECHE, *Divorcer autrement : la médiation familiale*, Syros, 1990, 42.

sa fonction principale est ailleurs, selon G. DORVAUX, C. LEVEEL et S. BENMAAD, si le médiateur est bien ce personnage type investi d'une compétence et d'une expérience reconnue par les parties⁸⁹⁹. Son rôle relève alors de la pratique ou de l'usage : celui-ci intervient en marge du contentieux répressif⁹⁰⁰. Mais il est vrai qu'une réflexion reste à mener sur cette notion de contentieux répressif qui mériterait réflexion (On ne peut analyser avec les mêmes critères les contentieux répressif/famille et répressif/affaires)⁹⁰¹. Le médiateur en matière pénale doit sans doute conserver ce statut marginal, à la lisière du système pénal, ce qui explique en partie le caractère hétéroclite des questions dont il est saisi.

Cette partie du rapport mériterait sans doute un approfondissement, notamment en ce qui concerne une classification des MARC selon les finalités ou les fonctions qui leurs sont attribuées de façon implicite ou explicite par les pouvoirs publics et les acteurs eux-mêmes. Un tel travail ne pouvait être mené sans l'apport essentiel de sociologues.

⁸⁹⁹ « Une personne à la retraite, déterminée à se rendre utile ».

⁹⁰⁰ G. DORVAUX, C. LEVEEL, S. BENMAAD.

⁹⁰¹ Le droit pénal ne semble plus avoir aucune homogénéité.