

ANALYSE JURIDIQUE DES NOTIONS VOISINES DE LA MÉDIATION : À LA RECHERCHE D'UNE POSSIBLE COHÉRENCE

Le terme de médiateur recouvre aujourd'hui des acceptions très variées. Il existe en effet une certaine tendance à voir dans tout intermédiaire de quelque nature qu'il soit, humain, physique ou même chimique, un médiateur. La neurobiologie décrit ainsi l'existence d'un médiateur dans le cerveau qui transmet les messages entre les neurones ; le guitariste utilise également un médiateur pour gratter ses cordes, et de nouveaux métiers très divers entendent recevoir cette appellation, dont certains sont pour le moins exotiques¹. Comme l'a exprimé Jean-Pierre BONAFE-SCHMITT², chercheur au GLYSI (CNRS - Lyon) : « *On serait tenté de dire que, dans les années soixante-dix, ce fut le règne des animateurs et que depuis les années quatre-vingts, on est passé à celui des médiateurs* ».

La notion de médiation, elle aussi, a été sollicitée de façon variée, parfois confuse. Le droit a tenté de clarifier ce débat en exigeant la présence d'un conflit pour qu'il y ait médiation.

Afin de bien comprendre ce qu'est la médiation, une définition préalable sera tout d'abord proposée avant de tenter de distinguer la médiation des autres modes de règlement des conflits que sont l'arbitrage, l'expertise ou le procès. On la comparera ensuite à deux notions qui sont souvent considérées comme synonymes, la conciliation puis la transaction.

I Définition préalable

La médiation peut se définir selon deux approches différentes : l'une concerne sa finalité, l'autre sa fonctionnalité.

→ Quant à sa finalité, la définition suivante peut être avancée :

La médiation est un mode amiable de règlement des conflits par l'entremise d'un tiers (le médiateur), consistant à restaurer la relation entre deux ou plusieurs parties et à faciliter la recherche d'une solution négociée.

Il est important de distinguer ces deux objectifs de la médiation que sont la restauration d'une relation et la recherche d'une solution négociée. Des études ont montré en effet que des parties en médiation, interrogées quelques années plus tard, se souviennent de la relation qu'elles ont pu renouer avec leur interlocuteur lors de la médiation, alors qu'elles ont plus facilement tendance à oublier le fond du litige et la solution adoptée.

-
1. "Médiateur touristique", c'est-à-dire guide touristique dont les services sont proposés dans un aéroport en Guyane ; "Médiateur en affaires privées", c'est-à-dire écrivain public chargé d'aider à la rédaction de courriers administratifs, de C.V. ou encore de lettres de motivation à Paris.
 2. Lors de son intervention le 28 avril 1998, dans le cadre de la formation des médiateurs du Centre Yvelines Médiation.

L'expression "solution négociée" insiste sur le fait que les parties vont régler leur litige directement entre elles, avec l'aide d'un médiateur. C'est cette assistance d'un tiers, spécialiste des échanges conflictuels, qui distingue la médiation de la pure négociation.

Quant au terme "amiable" que certains opposent à celui de "judiciaire", il est employé ici dans son sens courant qui signifie "d'un commun accord" ou "par consentement mutuel". Le Doyen Gérard CORNU dans son Vocabulaire juridique³, précise bien que amiable « *se dit de certains modes de solutions des litiges, soit parce que le recours à un tel mode est choisi par les parties en litige (...), soit parce que la solution du litige procède, même devant le juge, d'un accord entre parties (ex. transaction in judicio, conciliation)* ». C'est doublement le cas de la médiation qui requiert l'accord des parties à la fois sur sa mise en oeuvre et sur les solutions qui pourraient en résulter. En ce sens, la médiation judiciaire reste un processus amiable, terme apprécié et rassurant pour les parties.

Par ailleurs, deux autres distinctions sont utiles afin de décrire plus précisément la finalité d'une telle médiation.

- * En droit privé, on oppose la médiation judiciaire à la médiation conventionnelle. Dans le premier cas, une action en justice a déjà été intentée et le recours à la médiation sera décidé par le juge avec l'accord des parties. L'initiative de ce recours résultera alors soit d'une proposition des parties au juge, soit inversement du juge aux parties. Dans le second cas, ce sont les parties qui décideront directement entre elles de recourir à la médiation, généralement de façon spontanée, parfois sur la base d'une clause contractuelle le stipulant expressément.
- * Par similitude avec les termes propres à l'arbitrage, on peut également distinguer la médiation "institutionnelle", telle qu'elle est pratiquée dans un centre de médiation, par opposition à la médiation "ad hoc", qui fait référence nominativement à un médiateur isolé et dont les modalités sont régies par la seule volonté des parties et du médiateur.

➔ Quant à sa fonctionnalité, il y a lieu de recourir à la définition de Jacques SALZER, Maître de Conférences à l'Université Paris-Dauphine, pour qui la médiation exercée par un tiers indépendant, neutre et impartial, a pour fonction :

- « - *de coordonner les échanges conflictuels entre les parties,*
- *d'aider à ce qu'elles s'écoulent,*
- *de vérifier qu'elles se comprennent mutuellement,*
- *de déceler et hiérarchiser avec elles leurs besoins respectifs,*
- *de leur faire imaginer le plus grand nombre de solutions possibles,*
- *et de les inviter enfin à déterminer la solution la plus acceptable qui permettra à chacun de sortir satisfait de l'équilibre trouvé en médiation. »*

Cette description du travail du médiateur est comparable à celui d'un catalyseur qui, dans une solution chimique, provoque une réaction par son intervention. Aucun des acteurs en médiation

3. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 3^e édition revue et augmentée.

ne reste passif pour autant ; il s'agit simplement d'un partage des tâches assignées à chacun lors du processus de médiation.

Ces deux définitions permettent déjà une approche relativement complète de la médiation. Il reste cependant à la distinguer des autres modes de règlements des conflits.

II Différences entre médiation, procès, arbitrage et expertise

La médiation n'a pratiquement rien de commun avec les procédures formelles de l'arbitrage ou du procès. On préfère même parler de processus de médiation plutôt que de procédure afin de montrer l'absence de formalisme qui la caractérise, même si elle est dotée de principes intangibles. La médiation est en effet beaucoup plus souple et adaptable aux besoins exprimés par les parties qui, à aucun moment, ne se départissent de leur liberté de décision.

⇒ L'arbitrage, d'après le Professeur Charles JARROSSON⁴, peut se définir comme « *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci* ».

L'arbitre dit le droit ("jurisdictio" symbolisée par la balance) à la manière d'un juge, mais le fondement de son pouvoir est conventionnel. C'est là ce qui le distingue du juge, seul à posséder "l'imperium" (symbolisé par le glaive), qui représente le pouvoir de contraindre au respect de la règle en vigueur et donne au juge la possibilité de recourir à la force publique, en vertu d'une prérogative exclusive de l'Etat.

L'arbitrage et le procès sont donc fondamentalement différents de la médiation, où non seulement le médiateur n'a pas le pouvoir de trancher le litige, mais où la décision émane des parties elles-mêmes.

⇒ L'expertise consiste à rechercher l'avis d'un homme de l'art sur un problème technique. L'expertise peut être judiciaire lorsqu'elle est ordonnée par le juge. Elle fait alors appel à des experts inscrits près la cour d'appel ou la cour de cassation et est réglementée par les articles 232 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC).

Elle peut être aussi conventionnelle lorsqu'elle est régie par la seule volonté des parties. Le titre d'expert est alors une appellation non contrôlée.

En principe les parties ne sont pas liées par les recommandations de l'expert, mais elles peuvent choisir de s'y soumettre afin de fixer définitivement un élément de fait (expertise irrévocable).

Les experts sont souvent tentés par la médiation mais ils ne peuvent le faire à qualité, car leur neutralité sur des questions techniques peut être sujette à caution. C'est en ce sens que l'article 240 du NCPC dispose que « *le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties* ».

Pourtant, il est parfois difficile de délimiter clairement ces différents termes, qui présentent certains traits communs. Certaines procédures de règlement des conflits, notamment anglo-saxonnes, empruntent d'ailleurs à ces diverses notions. Elles sont regroupées sous le vocable d'Alternative

4. Charles JARROSSON, La notion d'arbitrage, Thèse d'Etat, 1986, LGDJ, Préface de Bruno OPPETIT, p. 372.

Dispute Resolution (ADR), traduit en français par l'expression de Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC). Sans entrer dans les détails de leur fonctionnement, on citera simplement à titre d'illustration⁵ le "mini-trial", le "Med/Arb", le "base ball arbitration", le "medaloo", le "early neutral evaluation", le "summary jury trial", le "partnering", le "dispute review board", le "filtering system".

L'imagination des anglo-saxons à ce sujet semble sans limites, mais dans un souci de simplification, il est possible de considérer ces diverses pratiques comme des "agrégats" composés des trois éléments de base que sont l'arbitrage, la médiation et l'expertise.

III Différence entre médiation et conciliation

Les critères retenus pour distinguer la médiation de l'arbitrage, du procès et de l'expertise valent également pour la conciliation. Cependant, à côté de ces distinctions fondamentales, les différences entre médiation et conciliation sont si subtiles et parfois même contradictoires qu'elles peuvent devenir imperceptibles. Ces termes revêtent en effet des significations différentes selon les branches du droit envisagées : droit du travail, droit de la santé, droit du sport, droit civil. Si chacune de ces significations se conçoit dans le contexte où elle prend forme, elle ne présente pourtant qu'un aspect de la réalité plurielle de ces deux notions. Passer en revue le panorama des principaux usages de ces deux termes sera l'occasion de donner une définition générale permettant de les situer l'un par rapport à l'autre.

① La première distinction tient au degré d'intervention du médiateur ou du conciliateur dans la recherche de solutions mettant fin au litige.

☞ La plus généralement retenue par les juristes est celle du Doyen Gérard CORNU⁶ qui définit la médiation, comme un «*mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle (...)*». Ainsi le médiateur est-il conçu comme un conciliateur plus "actif" puisqu'il propose une solution.

Cette définition est profondément inspirée du droit du travail, en matière de conflits collectifs, première branche du droit à opérer véritablement une telle distinction. Ainsi, d'après l'article L. 523-1 du Code du travail : «*tous les conflits collectifs du travail peuvent être soumis aux procédures de conciliation*». La médiation, quant à elle, est également prévue pour le règlement des conflits collectifs depuis le décret du 5 mai 1955, modifié par la loi du 26 juillet 1957. D'après ces textes, le conciliateur s'efforce simplement de rapprocher les parties, à la différence du médiateur qui dispose alors d'un large pouvoir d'investigation afin d'établir des recommandations motivées, tenant compte à la fois de la légitimité des revendications et des possibilités financières de l'entreprise.

☞ Contrairement à cette définition, Jean-Loup VIVIER⁷ écrit : «*La différence entre la médiation et la conciliation est aisée à définir en théorie : le conciliateur élabore une*

5. Voir en ce sens l'étude de Maître Jean-Claude GOLDSMITH, "Les modes de règlement amiable des différends (RAD)", La Revue du Droit des Affaires Internationales, 1996, n° 2, p. 221.

6. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 3^e édition revue et augmentée.

7. Jean-Loup VIVIER, "La réforme de la conciliation et l'introduction de la médiation dans la procédure civile", Les petites affiches, 25 novembre 1996, p. 12.

décision et recueille l'assentiment des plaideurs ; le médiateur aide les parties à élaborer elles-mêmes un accord ».

Cette définition s'inspire peut être du droit de la santé ou du droit du sport, où le conciliateur, à la différence des dispositions du code du travail, a un rôle très actif.

En droit de la santé, selon les termes de l'article 56 du nouveau code de déontologie de 1996, « *un médecin qui a un conflit avec un confrère doit rechercher une conciliation* ». Or, le rapport SESBOUE du Conseil de l'Ordre des médecins, recommande⁸ aux conciliateurs de rédiger un procès-verbal lors de l'achèvement de leur mission, résumant, en cas de non conciliation, les ébauches de solutions proposées par les conciliateurs lorsqu'elles diffèrent de celles des parties.

De même, l'article 19 du Code du sport (loi n° 92-652 du 13 juillet 1992), dispose que « *le conciliateur, après avoir entendu les intéressés, propose une ou des mesures de conciliation. Cette ou ces mesures sont présumées acceptées par les parties sauf opposition notifiée au conciliateur et aux autres parties (...)* ».

Dans ces deux derniers domaines, le rôle du conciliateur est de ce fait considéré comme plus développé que celui du médiateur.

② Par ailleurs, deux autres distinctions entre la conciliation et la médiation sont faites en procédure civile par référence aux textes de loi.

- Une première distinction porte sur le recours ou non à un tiers. L'article 21 du NCPC énonce en effet comme un principe directeur du procès qu'il « *entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Cet article est à mettre en parallèle avec l'article L. 3 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui attribue également ce pouvoir au juge administratif. Son application est cependant bien plus usitée par le juge civil, lorsqu'il exerce lui-même un préalable obligatoire de conciliation, ou encore lorsqu'il recourt à un tiers qu'il peut désigner plus aisément grâce aux textes d'application⁹ venus renforcer sa mission conciliatrice.

C'est ce qui fait dire au Président de la Chambre Sociale de la Cour d'appel de Paris, Gérard PLUYETTE¹⁰, que la différence entre médiation et conciliation réside dans le fait qu'un tiers extérieur intervient nécessairement dans le premier cas, alors que dans le second, c'est le juge lui-même qui procède au rapprochement des parties. Cette distinction est faite par de nombreux magistrats, amenés selon les cas à désigner un médiateur ou à effectuer eux-mêmes la conciliation. Ils estiment dès lors qu'il vaudrait mieux appeler médiation tout recours à un tiers afin de mettre en accord la pratique et les textes.

- Une seconde distinction porte sur le moment où s'opère le recours à la médiation ou à la conciliation avant ou en cours de procès.

8. Michèle HARICHAUX, "Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé", Revue de droit sanitaire et social, avril-juin 1997, p. 271.

9. Loi n° 95-125 du 8 février 1995 et son décret d'application n° 96-652 du 22 juillet 1996.

10. Définition donnée lors de son intervention au sein du "DESS droit et règlement des litiges : contentieux, arbitrage et modes alternatifs", de l'Université de Paris II, en décembre 1997.

Après avoir recueilli l'accord des parties, le juge du fond, le juge des référés ou encore le juge de la mise en état peut décider, en tout état de la procédure qui lui est soumise, de recourir à la médiation judiciaire sur tout ou partie du litige. Le tiers désigné dans ce cadre de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et de son décret d'application n° 96-652 du 22 juillet 1996, porte le titre de médiateur.

En revanche, le conciliateur de justice créé par la loi du 20 mars 1978, est un bénévole nommé par ordonnance du premier président de la Cour d'appel. Il peut intervenir dans de nombreuses matières¹¹ qui relèvent de la compétence du juge d'instance, principalement dans le domaine locatif et celui de la consommation. Il reçoit le plus souvent à la mairie, gratuitement et sans formalités particulières. En cas d'accord, il peut établir un constat d'accord (obligatoire si l'une des parties renonce à un droit), qu'il déposera auprès du Tribunal d'Instance.

Le conciliateur intervient principalement dans deux cas de figure :

1. sur saisine directe des parties avant tout procès ; c'est la procédure usuelle qui existe depuis 20 ans.
2. sur saisine du juge d'instance afin de procéder aux tentatives préalables de conciliation prévues par la loi ; cette mission qui incombait au juge, peut désormais être déléguée depuis l'adoption des textes précités.

Jean-Loup VIVIER¹², estime que les textes réglementaires ne limitent pas l'intervention du conciliateur au Tribunal d'Instance, qui peut s'étendre aux autres juridictions. Madame ROUSSEAU-LUCHAIRE¹³, vice-présidente de l'association nationale des Conciliateurs de France n'hésite pas à soutenir que « *la conciliation est un arrangement avant procès* » alors que « *la médiation est un arrangement en cours de procès* ». Un Conciliateur de Justice, désigné en cours de procès, changerait ainsi d'appellation pour devenir médiateur.

Toutes ces définitions, pour certaines contradictoires, illustrent le flou conceptuel qui entoure ces deux notions. Devant les difficultés à opérer une distinction claire entre conciliation et médiation, on serait tenté de croire que ces deux termes correspondent véritablement à la même chose. Cependant, s'il n'est pas question d'ajouter ici une nouvelle définition à la série de celles déjà existantes, il convient simplement de "concilier" les diverses notions rencontrées afin de les intégrer dans une vue d'ensemble.

Pour ce faire trois constats préliminaires s'imposent :

- * La conciliation et la médiation sont deux modes amiables de règlement des conflits ;
- * La conciliation intervient dans un spectre plus large que celui de la médiation ;

11. "Le conciliateur de Justice", Les fiches de la Justice, publié par le Ministère de la justice en mars 1996.

12. Jean-Loup VIVIER, "Le renforcement du rôle du conciliateur de Justice", Les petites affiches, 28 février 1997.

13. "La Médiation : Quel avenir ?", colloque organisé à l'occasion des 25 ans du Médiateur de la République, les 5 et 6 février 1998.

- * Dans toutes les médiations, il y a intervention d'un tiers, alors que ce n'est pas toujours le cas en conciliation.

Ainsi, la conciliation peut-elle apparaître comme un processus générique de règlement des conflits à l'amiable. Elle se différencie toutefois de la négociation réalisée directement entre les parties, car elle exige nécessairement la présence d'un conflit et le recours à une aide extérieure qui assiste les parties. Cette aide peut émaner des conseils des parties, du juge lui-même, ou d'une tierce personne.

En ce sens, la médiation en tant que processus de règlement amiable des conflits est un sous-ensemble de la conciliation, qui tire sa spécificité de la nécessaire présence d'un tiers, conformément à son étymologie latine "mediare", qui signifie "être au milieu, s'interposer". Ce tiers, à la différence de l'aide extérieure qui peut être de tout ordre pour la conciliation, est nécessairement ici indépendant des parties, neutre, impartial et étranger au litige.

IV Différences entre médiation, conciliation et transaction

Ici, la distinction est plus évidente, car la transaction est précisément définie à l'article 2044 du NCPC, comme un « *contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». L'originalité de ce contrat tient à ce qu'il doit être rédigé par écrit (exigence relative à la preuve et non à la validité du contrat), repose sur des concessions réciproques et possède l'autorité de la chose jugée.

La médiation, en tant que processus de recherche d'un accord et non pas accord lui-même, se distingue ainsi facilement de la transaction qui s'apparente exclusivement à un accord.

Au contraire, la conciliation se conçoit non seulement comme un processus, mais aussi comme un « *accord*¹⁴ *par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci (...)* ».

La conciliation signifie aussi bien l'action de concilier que le résultat de cette action. Elle désigne à la fois un processus générique de règlement des conflits à l'amiable par le recours à une aide extérieure et le résultat de ce processus, c'est-à-dire l'accord lui-même.

Ainsi, la transaction en tant qu'accord est également un sous ensemble de la conciliation.

Mais, que ce soit par simple engagement moral ou par écrit la conciliation englobe également d'autres types d'accords.

14. Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 3^e édition revue et augmentée.

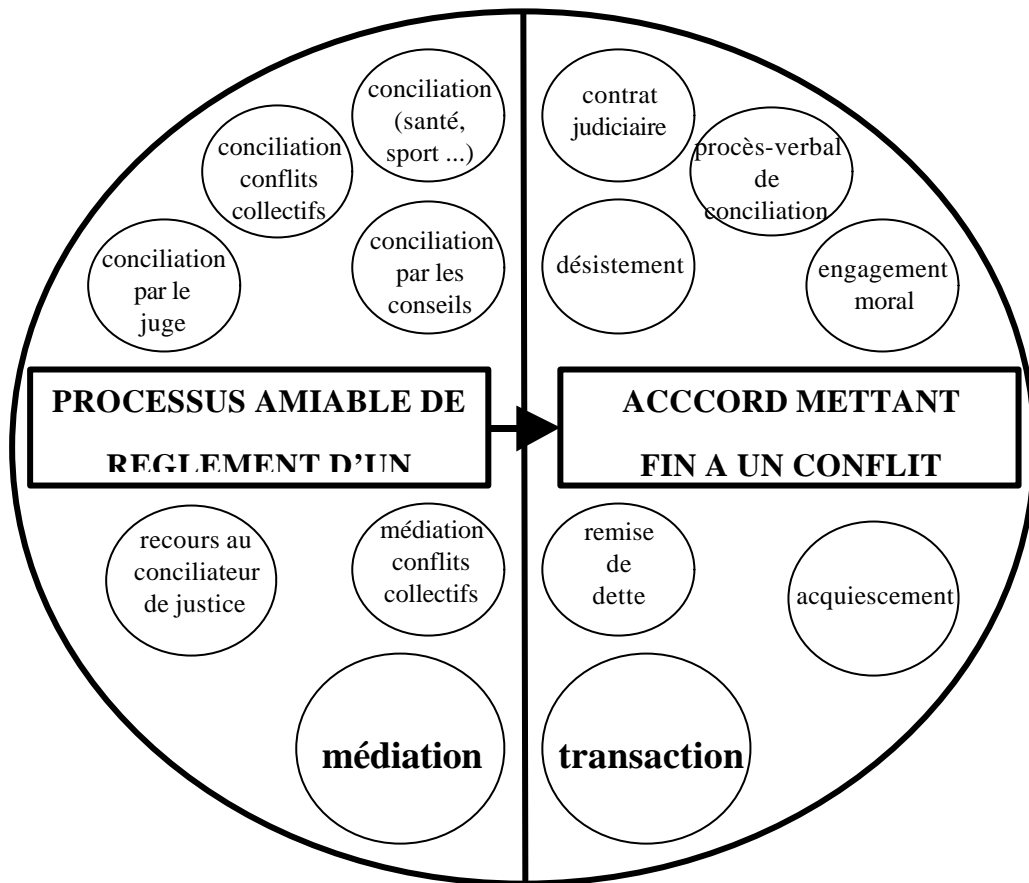
On peut citer des accords unilatéraux tels que la remise de dette, par laquelle un créancier consent une réduction de la dette à son débiteur ; l'acquiescement, qui consiste pour un plaideur à se soumettre aux prétentions de son adversaire et à renoncer à l'action en justice ou aux voies de recours ; le désistement par lequel un plaideur abandonne ses prétentions et renonce à la procédure en cours ou à sa faculté d'agir en justice.

On peut citer aussi le contrat judiciaire qui représente l'accord intervenu entre les parties et qui est homologué par le juge afin de mettre fin à une instance en cours. D'après le Professeur Charles JARROSSON¹⁵, l'homologation, « encore appelée jugement de donné acte (...) confère, dans les conditions du droit commun (...), force exécutoire à l'acte homologué, lequel n'a pas de valeur juridictionnelle ». Le contrat judiciaire relève donc bien du régime des conventions.

En revanche, il faut exclure la sentence d'accord parties prononcée par l'arbitre ou le jugement d'expédient (encore appelé jugement convenu) prononcé par le juge, lesquels représentent tous deux de véritables actes juridictionnels qui s'approprient l'accord des parties et revêtent l'autorité de la chose jugée.

Il en résulte le schéma de synthèse suivant, où l'on voit que la conciliation peut être conçue comme un terme générique englobant à la fois le processus amiable de règlement d'un conflit et l'accord mettant fin à un conflit.

15. Charles 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.



Jean-Edouard GRESY