

## MÉDIATION ET ÉQUITÉ

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 4 DECEMBRE 2000

PAR BERTRAND MOREAU

Ces mots semblent faire la paire, et cependant !

Lors du dernier colloque de l'Institut d'expertise et d'arbitrage, l'un des participants a couplé les deux concepts d'une telle façon qu'il ne faisait aucun doute que, dans son esprit, il s'agissait d'un mariage indissoluble : point de médiation sans équité !

Récemment, lors d'une audience de juge-rapporteur, celui-ci a exprimé le souhait de voir les parties réfléchir à l'éventualité d'une médiation en expliquant qu'il était peut être préférable qu'une solution équitable soit donnée au litige et qu'à défaut « *dura lex, sed lex* ».

Ce sont ces affirmations péremptoires qui sont à l'origine de notre réflexion de ce soir, et non pas de la mienne seulement, car je vous convie à rechercher si la réponse à la question ne réside pas dans l'idée que chacun de nous a de la médiation et de l'équité, en sorte qu'un retour aux sources paraît nécessaire avant d'étudier la relation entre une action, la médiation, et un concept, l'équité, pour finalement se demander si le mariage ne serait pas qu'un concubinage, voire moins encore.

Je vous propose donc et Louis Degos m'a apporté son grand concours, de cheminer ensemble pour voir si, de la prière du juriste « *Dieu nous préserve de l'équité des parlements* », nous pouvons rejoindre Portalis et transposer à la médiation son constat « *l'arbitraire apparent de l'équité vaut mieux que le tumulte des passions* ».

### I. – MÉDIATION ET ÉQUITÉ : DIPTYQUE ANTAGONISTE

#### A. Médiation

La loi du 8 février 1995, accompagnée de son décret d'application du 22 juillet 1996, a introduit un titre VI<sup>e</sup> bis intitulé « La Médiation » dans le nouveau Code de procédure civile. Aux termes de l'article 131-1 du NCPC, la médiation judiciaire est ainsi définie : « *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* ».

Cependant le juge reste toujours présent en filigrane derrière le médiateur judiciaire (art. 131-2 NCPC).

Mais la médiation peut aussi être un mode entièrement contractuel qui n'est d'ailleurs pas uniquement limité à la résolution de litiges (dans le sens juridique du terme).

Ainsi, pour Madame Guillaume-Hofnung, « *Globalement, la médiation se définit avant tout comme : un mode de construction et de gestion de la vie sociale grâce à l'entremise d'un tiers, neutre, indépendant sans autre pouvoir que l'autorité que lui reconnaissent les médiés qui l'auront choisi ou reconnu librement* »<sup>1</sup>.

Une troisième définition, cette fois-ci plus tournée vers la résolution d'un litige, nous est donnée par Monsieur Armand-Prevost, selon lequel la définition de la médiation se

---

1. M. Guillaume-Hofnung, *La Médiation*, Que sais-je ?, PUF, 1995, p. 74.

trouve intimement liée à l'intervention et au rôle du médiateur : « *La médiation est une procédure de règlement des conflits qui consiste dans l'interposition d'une tierce personne (le médiateur) chargée de proposer une solution de conciliation aux parties en litige* »<sup>2</sup>.

Ainsi d'emblée, en tentant de définir la médiation, nous nous trouvons en présence d'un constat, mais aussi d'une question. Le constat : l'intervention d'un tiers est nécessaire. Et la question qui en découle : comment ce tiers intervient-il ?

Pour répondre à cette question, les auteurs ont distingué deux sortes de médiateurs. Tout d'abord, le médiateur qui, comme le disait Monsieur Armand-Prevost, propose une solution. Il s'agit du médiateur « *aviseur* » qui « *inscrit sa démarche dans les habitudes des maîtres du contenu qui "savent" et disent à ceux qui ne savent pas ce qu'il est bon de faire* »<sup>3</sup>. Cette conception du rôle du médiateur est surtout répandue dans les pays latins de culture juridique de droit civil. Mais il existe aussi un autre type de médiateur, plus habituel dans les pays de *Common law* ou dans les pays nordiques, c'est le médiateur « *facilitateur* » ou le médiateur « *accoucheur de solution* ». Celui-ci « *s'inscrit dans la continuité d'une conception du primat de la négociation entre les parties et est prêt à s'effacer à leur profit ; il conçoit son rôle comme facilitateur de la négociation et intervient davantage sur le processus que sur le contenu* »<sup>4</sup>.

Une médiation, et deux médiateurs, la définition se complique un peu, mais est encore compréhensible.

Voyons la définition du médiateur qui est donnée par le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant et dirigé par le Doyen Cornu :

« *Celui auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend, sans cependant être investi du pouvoir de l'imposer, à la différence de l'arbitre. Plus vaguement celui qui, choisi par les intéressés seuls ou par le juge avec leur accord, intervient à toutes fins pacificatrices pour tempérer le conflit si celui-ci ne peut être résolu, et inciter les intéressés, à défaut de règlement global, à chercher au moins à discerner les points d'accord et de désaccord* ».

Mais la médiation, en elle-même, peut être beaucoup plus vaste, et pour certains « *l'assimilation de la médiation à une simple technique de règlement non juridictionnel des conflits est la confusion majeure, la plus attentatoire à l'autonomie de la médiation, et la plus réductrice de sa nature* »<sup>5</sup>. Madame Guillaume-Hofnung distingue même « *les médiations en dehors de tout conflit, des médiations conflictuelles* »<sup>6</sup>, en opposant ainsi ce qu'elle appelle « *les médiations de différences* », aux « *médiations de différends* ».

Il faut toutefois noter que dans certaines de ces médiations, le tiers-médiateur qui intervient, change, non plus seulement de technique ou de façon de procéder, comme le médiateur « *aviseur* » ou le médiateur « *facilitateur* », mais se métamorphose. La médiation sociale ou citoyenne en est un exemple en ce qu'elle oscille entre une forme de justice patriarcale où le médiateur fait plutôt figure d'autorité ou de sage qui donne la solution, et, un mécanisme de régulation de la vie sociale en l'absence même de tout conflit. Le cas de la médiation pénale (art. 41-1, 5°, Code de procédure pénale) est encore plus frappant : un délégué du parquet fait office de médiateur et la dépenalisation de la poursuite requiert l'accord du Parquet.

Enfin, le 17 novembre dernier, lors d'un colloque au Centre français de droit comparé, Charles Jarrosson a parfaitement exposé l'étymologie des mots médiation ou médiateur. Il a ainsi rappelé qu'en latin *mediare* signifie « *s'interposer* ».

Un détour par le *Vocabulaire* de Lalande<sup>7</sup> nous apprend que la signification du terme « médiation » dans la langue allemande (*Vermitteln* : procurer au moyen d'un inter-

2. M. Armand-Prevost, « La pratique de la médiation judiciaire », *Rev. jur. comm.*, nov. 1999 : Colloque Droit et Commerce de Deauville de juin 1999, p. 107.

3. A. Pekar-Lempereur, « La technique de conciliation : les six étapes du processus », *Gaz. Pal.* 4-6 oct. 1998, p. 36.

4. A. Pekar-Lempereur, *ibid.*

5. M. Guillaume-Hofnung, *La Médiation*, PUF, Que sais-je ?, p. 85.

6. M. Guillaume-Hofnung, *La Médiation*, PUF, Que sais-je ?, p. 72.

7. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 5<sup>e</sup> édition, Paris, 1999.

médiaire ; *Vermittlung* : médiation mais aussi arrangement), ou dans la langue anglaise (*to mediate, mediation*, qui vise l'élément intermédiaire lui-même, le moyen) est différente de l'acception française où le mot « médiation » dérive plutôt du terme « médiat », ce qui donne au sens du mot « médiation » une connotation de dépendance ou de condition, non plus rattachée au moyen, mais au résultat. Ceci explique peut-être pourquoi le médiateur anglo-saxon est davantage un facilitateur attaché au moyen, alors que le médiateur aviseur « français » participe plus au résultat.

En approfondissant sa recherche étymologique, Monsieur le Professeur Jarrosson a expliqué de surcroît que le radical « *med* » équivaut à celui du latin « *ius* » en sorte que le *med-dix* ou en latin le *iudex*, renvoient tous deux au magistrat suprême qui, outre la fonction de juge, a charge d'autorité, et qui recherche la « *mesure* » qui s'impose dans tel ou tel litige. Or, comme le remarquait Charles Jarrosson, cette idée de mesure fait immédiatement référence à l'évaluation, à la modération et au juste milieu, la « *médiété* », vertu toute aristotélicienne.

Mais ne sautons pas d'étapes, et reconnaissons déjà que nous avons fait un premier pas dans l'examen du sujet qui nous occupe ce soir. La médiation n'est en effet pas vraiment une auberge espagnole dans laquelle chacun trouve ce qu'il veut bien y apporter, puisqu'il n'y a pas de médiation sans médiateur. C'était la conclusion du Professeur Jarrosson, le 17 novembre dernier : « *toute la richesse de la médiation tient à cet apport extérieur que seul un véritable tiers peut réaliser : ce tiers, c'est le médiateur* ».

De ce fait, reconnaissons aussi qu'il n'y a pas une définition de la médiation, mais autant de définitions que de médiations effectuées ou vécues, et donc autant de définitions que de médiateurs dont les rôles sont toutefois délimités, ou déterminés, par deux extrêmes : la non intervention, c'est-à-dire la conciliation entre les deux parties seules, et l'intervention juridictionnelle qui oblige les parties, c'est-à-dire l'arbitrage.

On en vient alors à se demander si la médiation ne repose pas seulement sur l'interposition d'un tiers, lequel apporte son concours en facilitant le dialogue ou en proposant des solutions.

Les parties recherchent dans l'apport du médiateur ce qu'elles ne peuvent se fournir à elle-même : peut-être de l'équité dans leur relation ? Ou plus d'équité dans la solution ?

Cependant, même si le dialogue est restauré, il semble difficile de dialoguer indéfiniment sur des solutions inacceptables...

Avec une clairvoyance remarquable, Henri Motulsky avait indiqué lors d'une conférence au Comité français de l'arbitrage, en 1957, que « *dépourvue du caractère juridictionnel, la médiation n'est plus un arbitrage, mais seulement un succédané dont le succès est, en principe, fonction du bon vouloir des parties. Pas entièrement cependant : l'ascendant personnel du médiateur peut déterminer les parties à accepter des solutions auxquelles, laissées seules en face l'une de l'autre, elles n'auraient jamais adhéré* »<sup>8</sup>.

Par essence donc, le médiateur a une influence sur les parties ou, à tout le moins, devrait avoir assez d'ascendant sur les parties pour les amener à se concilier, même s'il n'est pas, à leurs yeux, une autorité ou une institution dont les avis ou les recommandations font loi.

Ainsi un auteur a-t-il pu relever que « *contrairement au Médiateur de la République, la pression morale que [le médiateur privé] exerce ne tend pas à faire adhérer les intéressés aux propositions de solution qu'il émet, mais à leur faire effectuer le "travail" de "distanciation" et de réflexion qui, seul, leur permettra d'exprimer leur prétentions respectives quant au règlement du conflit. Mais il est vrai, aussi, que lorsque les propositions de solutions émises par les intéressés lui paraissent inéquitables, le médiateur peut être amené à les orienter en tenant compte de ses propres conceptions et, dès lors, on se rapproche inévitablement, des propositions de solutions, ou recommandations, du Médiateur de la République ou du médiateur social.* »<sup>9</sup>.

8. H. Motulsky, *Écrits, Études et Notes sur l'arbitrage*, « Arbitrage, Expertise, Transaction », Conférence au Comité français de l'arbitrage (13 mars 1957), Dalloz, 1974, p. 36.

9. L. Topor, *La Médiation familiale*, PUF, Que sais-je ?, p.101.

C'est bien là, tout l'intérêt, mais aussi tout le risque de recourir au médiateur. Monsieur le Premier Président Canivet l'avait d'ailleurs relevé au Colloque de Droit et Commerce tenu à Deauville en juin 1999, puisqu'il avait indiqué que pour éviter les dérives, « *il faudra (...) former des médiateurs à la fois sur le plan technique (...) et sur le plan déontologique* »<sup>10</sup>. Ainsi au-delà du processus de rapprochement et de dialogue entre les parties, le médiateur va apporter aux parties sa déontologie... et n'est-ce pas par ce biais que l'équité pourrait faire irruption dans la médiation ?

Les règles d'éthique et de méthode de l'Association des médiateurs du Barreau sont à cet égard intéressantes. On peut y lire, au paragraphe 10, que le médiateur « *aide activement et équitablement les parties à s'écouter, se parler, se comprendre, explorer les voies d'entente possibles, construire leur accord, partiel ou global* », et le paragraphe 13 fait encore allusion à l'équité puisqu'il dispose que le médiateur du Barreau « *met fin en toute conscience à la médiation, quand à ses yeux existe manifestement un rapport de force menant à un accord anormalement déséquilibré* ».

On peut cependant s'interroger sur le point de savoir si l'emploi de l'adverbe « *équitablement* » est approprié, ou si la simple référence à l'égalité de traitement des parties n'était pas suffisante. De même, on peut douter que le médiateur puisse prendre la place des parties pour « *juger* » si l'accord des parties est anormalement déséquilibré ou non, l'essentiel étant qu'elles en soient conscientes.

Mais cette référence à l'équité est-elle réellement inappropriée ?

En effet, le renvoi à l'équité se retrouve dans d'autres types de médiation, telles que les médiations de droit public. Ainsi l'article 9, alinéa 1, de la loi du 3 janvier 1973 modifiée par la loi du 24 décembre 1976, édicte que : « *Lorsqu'il apparaît au médiateur de la République, à l'occasion d'une réclamation dont il a été saisi, que l'application des dispositions législatives ou réglementaires aboutit à une iniquité, il peut recommander à l'organisme mis en cause toute solution permettant de régler en équité la situation du requérant (...)* ». Le site internet du Médiateur de la République contient même un chapitre entier, intitulé « *Le médiateur et l'équité* ».

De même, le médiateur européen semble très sensible à l'équité. Dans le Code de bonne conduite administrative qu'il a élaboré, figure un article 11 intitulé « *Equité* » qui dispose : « *Le fonctionnaire agit de manière équitable et raisonnable* ».

Mais, n'y a-t-il pas là un mélange des genres ? N'est-ce pas mettre le médiateur à la place du juge et, dès lors, franchir le Rubicon pour entrer de plein pied dans l'empire de la *jurisdictio* ?

Écoutons encore le Président Armand-Prevost qui nous avait dit il y a un an et demi au colloque de Deauville : « *Le Président et la secrétaire de la FNUJA écrivent : "la médiation ne pourra acquérir ses lettres de noblesse, et ainsi rendre une justice équitable et de qualité, sans se passer du concours des avocats..."* ». Si, dit-il, l'on peut être d'accord sur le fond, sur le rôle nouveau et important des avocats dans la médiation, on doit être beaucoup plus réservé sur ce qui apparaît comme une confusion de la médiation et de la justice, fût-elle équitable ? *Médiation et justice sont deux concepts autonomes* »<sup>11</sup>.

Monsieur le Premier Président Draï l'avait, lui aussi, parfaitement énoncé : « *(...) Le médiateur se doit d'expliquer et ne jamais chercher à trancher. Le médiateur n'est pas un juge et ne possède aucun pouvoir de juridiction ou d'imperium. Il n'est pas non plus un auxiliaire du juge ; il est indépendant des parties et de leur conseil* »<sup>12</sup>.

Ainsi la médiation est distincte de la justice et du judiciaire, lesquels, *prima facie*, semblent être les terres d'accueil de l'équité. Si la médiation et l'équité n'appartiennent pas au même monde, comment pourrait-on alors les associer, les « concilier » ?

10. G. Canivet, Débats, *Rev. jur. comm.*, nov. 1999 : Colloque Droit et Commerce de Deauville de juin 1999, p. 128.

11. M. Armand-Prevost, « La pratique de la médiation judiciaire », *Rev. jur. comm.*, nov. 1999 : Colloque Droit et Commerce de Deauville de juin 1999, p. 113.

12. P. Draï, « Premières réflexions sur la déontologie du médiateur », in *Actes de la conférence du 5 novembre 1998* : « L'avocat et le chef d'entreprise dans la pratique de la médiation commerciale : vers une résolution alternative des conflits interentreprises », publication du CMAP/CCIP, p. 57.

Mais, Monsieur le Président Draï a aussi déclaré que « Rien de ce qui est judiciaire ne peut être étranger à la médiation, tant il est vrai que l'œuvre de justice impose qu'un peu d'humanité et de compréhension vienne briser - lorsque le juge l'estime opportun ou utile - l'effet mécanique et parfois quasi kafkaïen du déroulement des procédures »<sup>13</sup>.

Est-ce à dire que la médiation s'intègre dans l'œuvre de justice en apportant l'humanité et la compréhension qui parfois lui manquent ? Et lorsque Monsieur le Premier Président Draï nous dit que « Le médiateur ne doit pas pratiquer l'acharnement et savoir s'arrêter à la limite du raisonnable »<sup>14</sup>, n'est-ce pas un « raisonnable » qui, comme l'indique le Code de bonne conduite du Médiateur européen, pourrait nous conduire à l'équité ?

## B. Équité

Mais, la définition de l'équité n'est pas plus aisée.

Bruno Oppetit, dans son dernier ouvrage, a expliqué en quelques mots ce qu'est l'équité : « A priori, le terme d'équité évoque une opposition en droit strict : notion d'ordre moral, l'équité se voit en général reconnaître une fonction correctrice, modératrice, voire supplétive du droit, mais en aucun cas le critère d'une véritable règle de droit : "dans les matières civiles", énonçait le projet de Code civil de l'An VIII, "le juge a défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle aux usages reçus dans la loi positive". Mais si elle crée du droit, il ne peut s'agir que d'une solution individuelle, non d'une règle générale. A la limite, même, l'équité fait redouter l'arbitraire, la subjectivité pure »<sup>15</sup>.

L'équité corrige donc la loi mais ne peut être pour autant une règle de droit, de telle sorte que son existence, ses effets ou son application, paraissent être subordonnés à l'existence préalable d'une loi qu'elle viendrait corriger, ou adapter.

On le voit clairement, Bruno Oppetit est revenu aux sources aristotéliennes pour nous expliquer ce qu'est l'équité. Cependant, si le Stagirite considère effectivement que la nature de l'équitable est « d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité »<sup>16</sup>, il faut aussi rappeler que pour Aristote « L'équitable est juste et qu'il est supérieur à une certaine sorte de juste »<sup>17</sup>. Il s'ensuit ainsi que l'homme équitable est « celui qui a tendance à choisir et à accomplir les actions équitables et ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire, mais qui a tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté »<sup>18</sup>. Or, cela correspond précisément au comportement d'une partie en médiation, qui pour rechercher une solution amiable, sera prête à faire quelques concessions, en faisant table rase de ses droits et des questions de responsabilité juridique au vu des actes passés, pour se tourner résolument vers l'avenir et la recherche d'une solution en fonction de ses intérêts, plutôt qu'une réparation en fonction de ses prétentions juridiques.

On le voit, le champ de l'équité s'étend : il ne se restreint pas à l'appréciation de la loi, car l'équité intervient aussi dans les rapports sociaux, et donc contractuels, en tant que règle de comportement. Les professeurs Malaurie et Aynès ont d'ailleurs mis en exergue ces deux facettes de l'équité. Ils nous disent en effet que « l'équité est difficile à définir : ou bien, un sentiment de justice qui se situe en dehors de règles strictes du droit, afin d'en modérer la rigueur (c'est le sens le plus répandu) ; ou bien, l'égalité de tous devant la loi (c'est le sens étymologique) »<sup>19</sup>. Et c'est bien la définition plus vaste de l'équité, ce « sen-

13. P. Draï, « Libres propos sur la médiation judiciaire », *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 126.

14. P. Draï, « Premières réflexions sur la déontologie du médiateur », in *Actes de la conférence du 5 novembre 1998* : « L'avocat et le chef d'entreprise dans la pratique de la médiation commerciale : vers une résolution alternative des conflits interentreprises », publication du CMAP/CCIP, p. 57.

15. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 105.

16. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, 14, Trad. Tricot, Librairie philosophique J. Vrin, 7<sup>e</sup> tirage, 1990, Paris.

17. Aristote, *ibid.*

18. Aristote, *ibid.*

19. Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Introduction Générale*, Cujas, 1991, n° 38.

*timent sûr et spontané du juste et de l'injuste* » selon le *Vocabulaire* Lalande<sup>20</sup>, ou la « conscience collective de l'équité »<sup>21</sup>, comme le dit le Professeur Loquin, qui étant protéiforme et floue pourrait avoir une incidence sur la médiation.

Le juriconsulte du 17<sup>e</sup> siècle, Jean Domat, qui posa les bases de l'unification du droit français considère même que « *c'est l'équité qui, étant le principe universel de la justice, fait toutes les règles et donne à chacune son usage propre* »<sup>22</sup>. Dans cette conception qui a présidé à l'élaboration du Code civil, l'équité devient même le principe fondateur et unificateur du droit qui donne leur nature et leur sens aux règles de droit. L'équité est considérée comme le droit naturel (lequel correspond pour Domat puis Pothier aux principes rationnels et universels du droit romain<sup>23</sup>), et s'est ainsi dégagé le critère de « l'équité naturelle » qui a marqué toute l'élaboration du Code civil en fondant la réflexion de Pothier, Cambacérès, puis Portalis<sup>24</sup>.

Il convient de se rappeler à cet égard, l'article 1<sup>er</sup> du Titre I<sup>er</sup> du Livre Préliminaire du projet de Code civil qui édictait : « *il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives* », et que ce droit ou cette équité n'est « *que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes* »<sup>25</sup>.

Mais, même dans cette conception très large de l'équité, celle-ci est indéfectiblement liée à la justice : sa nature est d'être juste et son application est réservée au juge, ou au tiers investi du pouvoir juridictionnel, soit parce qu'elle permet de corriger la loi, voire de la suppléer pour les rédacteurs du Code civil qui voulaient abolir la technique déléguée du référé législatif, soit parce que l'équité donne un sens à la loi en fonction de la conjoncture, c'est-à-dire en fonction du sentiment de justice et de la conscience collective d'une société à un moment donné.

Ainsi, c'est à l'aune de l'équité que le magistrat va mesurer son doute et tenter d'y faire face. Monsieur le Conseiller Ancel nous indique d'ailleurs que « *le juge, confronté à une situation périlleuse où la lettre de la loi devient un obstacle à la solution qu'il estime juste, a le devoir de faire preuve d'imagination, voire d'audace, en développant sa réflexion pour parvenir à résoudre la difficulté* »<sup>26</sup>.

Même si on ne va pas jusqu'à dire avec Monsieur le Doyen Carbonnier<sup>27</sup> que les lois « *ne sont pas seulement pernicieuses* » mais aussi qu'elles « *corrompent* » la nature humaine, ou même si l'on ne croit pas avec Michel de Montaigne que les lois sont faites « *par des gens qui, en haine d'égalité ont faute d'équité* »<sup>28</sup>, il est clair que le prescripteur de l'équité est le juge qui résout la difficulté, qui dit le droit et ce faisant dit la solution.

Cependant, à l'heure actuelle, le juge n'est pas enfermé dans son activité juridictionnelle, laquelle n'est pas toujours la panacée pour résoudre tous les maux. Monsieur le Premier Président Draï s'en plaignait d'ailleurs : « *convaincre et commander, c'est ce par quoi, de façon habituelle, le juge met un terme, hélas ! Pas toujours final à cet état pathologique, dans lequel l'homme ou la femme se trouve placé du jour où il entend faire consacrer et reconnaître ce qu'il estime être son droit et, mieux encore, son "bon droit"* »<sup>29</sup>.

20. A. Lalande, *Op. cit.*

21. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies techniques, 1980, p. 347, n° 594.

22. J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Liv. prélim.I, 2, intr., Paris, 1689-1694, rééd. Paris, 1828, cité in R. Sève, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel*, PUF, 1989, p. 135-136.

23. G. Fasso, *Histoire de la Philosophie du droit, XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XX, Paris, p. 7.

24. G. Fasso, *Ibid.*, p. 8.

25. G. Fasso, *Ibid.*, p. 10.

26. J-P Ancel, « Le doute du magistrat », in *Le doute et le droit*, Dalloz, 1994, p. 28.

27. J. Carbonnier, *Essais sur les Lois*, Postface, *Rép. Not Deffrénois*, 1979, p. 292.

28. Montaigne, *Essais*, « Apologie à Raymond Sebon », Livre II, Chap. XII, PUF 1988, vol. 3, p. 1072.

29. P. Draï, « Libres propos sur la médiation judiciaire », *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 124.

De surcroît, « le rôle du juge s'est, en tout domaine, développé bien au-delà de la seule fonction de *jurisdictio* : il est devenu évaluateur de biens, administrateur de patrimoine ; il a vu ses missions augmenter de tous côtés : comme juge des enfants, comme juge des tutelles, comme juge aux affaires matrimoniales, puis familiales, etc. A quoi s'est ajouté un rôle grandissant en tant que juge modérateur »<sup>30</sup>, en sorte que l'on ne peut que constater avec le Professeur Terré que « [le juge] comme [l'arbitre] doivent satisfaire à la vertu de prudence, au sens aristotélicien du mot, ce qui les oblige à chercher le raisonnable plutôt que le rationnel »<sup>31</sup>.

C'est ce recours au raisonnable ou à l'équitable, au détriment du rationnel, c'est-à-dire du raisonnement juridique et de l'application de la loi, qui assigne peu à peu sa place à l'équité. Les auteurs et les praticiens le remarquent, l'équité devient omniprésente. « *Que les conventions librement conclues doivent être finalement respectées ; qu'elles doivent être exécutées de bonne foi, que chacune des parties doit s'efforcer de ne pas causer préjudice à l'autre, que les conventions doivent s'entendre par leur effet utile ; que le juge doit tenir grand compte des situations acquises ; que la partie faible soit protégée contre la partie forte, qu'un contrat ne peut produire d'effet absurde ou inique... on en finirait pas de citer les règles d'équité qui inspirent les décisions judiciaires* »<sup>32</sup>. C'est pourquoi on constate qu'il y a eu « une juridicisation »<sup>33</sup> de l'équité, laquelle peut avoir une valeur normative.

Bruno Oppetit a parfaitement souligné cette consécration de l'équité dans le droit civil en notant que, « dans divers cas, l'équité n'apparaît pas comme une notion supplétive ou auxiliaire destinée à permettre le comblement de lacunes ou une modalité d'assouplissement de la règle de droit concédée au juge, mais bien comme une véritable règle à laquelle la loi civile confère expressément délégation pour se substituer à elle dans la situation juridique considérée : l'équité est bien alors juridicisée »<sup>34</sup>. N'est-ce pas d'ailleurs sur la seule base « du principe d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui » que la théorie de l'enrichissement sans cause a vu le jour, alors que l'action de *in rem verso* « n'a été réglementée par aucun texte de nos lois »...

Présente dans le domaine juridictionnel, l'équité s'étend donc à la fonction déclarative du juge, et s'introduit même dans le domaine contractuel puisque l'équité voudrait que le faible soit protégé et que le contrat produise un effet utile, et non pas d'effet absurde ou inique.

Parallèlement, la juridicisation de l'équité est particulièrement flagrante sur un plan procédural. L'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme édicte expressément que « toute personne a droit que sa cause soit entendue équitablement (...) ». Par ce biais, « une équité objective, dotée d'une valeur générale »<sup>35</sup>, synonyme des garanties fondamentales d'une bonne justice, s'implante irrémédiablement dans tout processus de traitement des litiges qui doit aujourd'hui être « équilibré » et « loyal ».

A ce stade, il convient de faire le point en tenant plus grand compte de la conjonction de coordination que comporte notre sujet : Médiation et équité.

Deux questions se posent alors à nous.

D'un côté, on en vient à se demander si la médiation n'est pas elle-même contrainte de satisfaire à l'exigence de l'équité tant sur le plan procédural qu'au fond du litige, pour donner un sens à la loi des parties. Mais se poser une telle question reviendrait à dire que la médiation fait partie de la justice.

D'un autre côté, la montée en puissance de l'équité, comme règle supérieure de droit ou comme principe de procédure, ne favoriserait-elle pas le recours à la médiation, qui

30. F. Terré, « Justice étatique et justice arbitrale », Discours du 24 septembre 1997 à l'AFA, p. 15.

31. F. Terré, « Justice étatique et justice arbitrale », Discours du 24 septembre 1997 à l'AFA, p. 29.

32. J.-D. Bredin, « La loi du juge », in *Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 15, n° 13.

33. Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Introduction Générale*, Cujas, 1991, n° 41 et note 56.

34. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 106.

35. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 109.

peut être analysé comme un gage de bonne foi <sup>36</sup>, de loyauté et d'égalité, que les parties s'accordent à la conclusion de leur contrat,

Mais cela ne revient-il pas à imposer que la formation des conventions corresponde aux exigences de l'équité ?

## II. – MÉDIATION ET ÉQUITÉ : DYPTIQUE CONCILIABLE ?

### A. La médiation équitable

Monsieur Jean-François Rambaud nous a montré, avec beaucoup de bonheur, lors de la dernière conférence de Droit et Commerce toute la majesté de l'article 1134 du Code civil qui édicte que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Après sa brillante intervention, une question lui a été posée qui était, si ma mémoire est bonne, pourquoi la bonne foi, qui est prise en compte lors de l'exécution des conventions, n'est-elle pas exigée par les textes au moment de la formation du contrat ?

La médiation aboutissant souvent à la formation d'une convention, il est intéressant de reprendre cette question à notre compte, en considérant, pour un moment, que la bonne foi et l'équité sont des notions voisines <sup>37</sup>. Pour y répondre deux thèses diamétralement opposées viennent à l'esprit.

En premier lieu, il convient de noter que, issu du droit romain (solennité) et de la morale chrétienne (foi), le contrat est une simple déclaration de droits et d'obligations que chacune des parties se fait réciproquement mais aussi à elle-même : elle s'engage. Le Code civil n'en dit pas plus : « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs parties s'obligent ...* » (article 1101 du Code civil). C'est donc un état déclaratif des faits et des droits d'où la bonne foi est absente. A cela s'ajoute que, nourris par la littérature juridique française qui, dans sa quasi-unanimité, présente l'autonomie de la volonté comme le principe fondamental du droit des contrats, nous considérons la formation d'un contrat comme un acte de volonté pure dans lequel la bonne foi est étrangère.

La bonne foi n'est donc mesurable qu'après la formation de la convention.

Ainsi, dans cette conception, les parties sont uniquement les législatrices de leur contrat, elles n'en sont jamais les juges. D'ailleurs, si la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, la résolution doit toujours être demandée en justice (article 1184 du Code civil). En conclusion, il ne devrait être tenu aucun compte ni de la bonne foi, ni de la justice, dans la formation des conventions : c'est le tribut à payer à l'autonomie de la volonté.

Mais, en deuxième lieu, il est fondamental de relever, quitte à en offusquer certains, que la théorie de l'autonomie de la volonté était totalement étrangère aux rédacteurs du Code civil. Bruno Oppetit, s'appuyant sur la critique magistrale de Monsieur Rouhette, a admirablement exposé que les rédacteurs du Code civil voyaient « *plutôt dans l'homme un être de passion et de faiblesse, dont la volonté doit être soutenue de toute la puissance de la loi, seule à même d'assurer le respect d'une justice objective, de l'équité naturelle, d'une morale sociale* » <sup>38</sup>.

Force est donc de constater que la doctrine de l'autonomie de la volonté est artificielle et récente : elle « *n'est apparue en réalité que dans la dernière partie du 19<sup>e</sup> siècle, pour acquérir une emprise durable sur les esprits, à la faveur de la vulgarisation du kantisme et de la morale kantienne dans la vie publique, et s'est alors trouvée transposée dans le domaine juridique* » <sup>39</sup>.

36. Cf. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies techniques, 1980, p. 374 : « *La clause d'amiable composition, est en elle-même un gage de bonne foi des parties et de leur volonté de coopérer. Ce gage ne peut être donné qu'au moment de leur fiançailles, au jour de la signature du contrat.* ».

37. Cf. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies techniques, 1980, p. 358 : « *La bonne foi et l'équité sont des notions voisines. La première se met au service de l'autre.* ».

38. B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999, n° 119.

39. B. Oppetit, *ibid.*

« Aussi, conclut Bruno Oppetit, sans récuser en rien l'idéalisme contenu dans le concept de contrat, semble-t-il préférable de se tourner vers les idées de bonne foi, de justice objective, de confiance légitime, d'équilibre des intérêts en présence, pour rendre compte de la philosophie du contrat »<sup>40</sup>.

Voici donc que les notions de bonne foi, de confiance, d'équilibre, et d'équité resurgissent dans le contrat, et y compris au stade de sa formation, si l'on tient compte des idées qui ont fondé la conception de notre droit civil. L'article 1135 du Code civil en est d'ailleurs la preuve, puisqu'il dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

Cette analyse se confirme encore lorsqu'on en vient à considérer un contrat ayant pour objet l'exécution d'un autre contrat, et c'est bien souvent le cas dans une médiation. En effet, lorsque les parties contractent à propos de l'exécution d'un premier contrat qu'elles avaient conclu entre elles, ne vont-elles pas jusqu'à empiéter sur la mission du juge et ne s'investissent-elles pas, dans une certaine mesure, du pouvoir de juger ? D'ailleurs, pourquoi serait-il interdit aux parties de se juger elles-mêmes ?

Quelques années avant la promulgation du Code Napoléon, avec la révolution française, l'arbitrage a été, on le sait, généralisé dans de nombreux domaines, y compris dans le droit civil des personnes ou de la famille. Cela s'explique par une certaine défiance à l'égard des Parlements, mais cela procède aussi d'une philosophie plus profonde. En effet, si les parties peuvent investir un tiers, par contrat, du pouvoir de les juger, c'est que, par application du principe *Nemo plus juris...* elles sont préalablement investies du pouvoir de se juger elles-mêmes.

Ainsi, l'argument tiré de l'article 1184 du Code civil, selon lequel les parties ne pourraient être les juges de l'exécution de leur contrat, ne résiste pas à l'examen, puisque par consentement mutuel, elles ont la liberté et le pouvoir d'investir un tiers d'une mission juridictionnelle.

De surcroît, les parties détiennent toujours le pouvoir de se juger elles-mêmes et de régler leur litige par une « décision », ou plus exactement une déclaration, ayant autorité de la chose jugée : la transaction.

A cet égard, l'incidence d'une solution transactionnelle sur la nature d'une médiation ou d'une conciliation n'est pas négligeable.

Monsieur le Professeur Jarrosson remarque dans sa thèse que « le législateur qui n'a pas réglementé de façon générale la conciliation amiable, a sans doute voulu favoriser un type particulier de conciliation, celui qui lui apparaissait le plus équitable, c'est-à-dire celui dans lequel les deux parties consentent des sacrifices. Seule la conciliation reposant sur des concessions réciproques pourra être qualifiée de transaction et pourra bénéficier des avantages de cette dernière. Les concessions réciproques peuvent donc être considérées comme le tribut que les parties doivent payer pour profiter des avantages de la transaction. Il y aurait donc un lien direct entre l'autorité de la chose jugée de la transaction et les concessions réciproques préalables des parties »<sup>41</sup>.

Le Professeur Jarrosson va même jusqu'à dire que la médiation ou « la conciliation est le mode pacifique par excellence du règlement des conflits, c'est le degré de justice le plus élaboré car les deux parties s'estiment satisfaites »<sup>42</sup>. En ce sens, la médiation, mais seulement en ce qu'elle aboutit à une transaction réglant un litige et ayant donc autorité de la chose jugée, semble se draper de l'aura de la justice, et, partant, doit tenir compte de l'équité.

Comme l'a montré Monsieur Sébastien Neuville dans une récente publication au Dalloz<sup>43</sup>, l'interdiction de la rescision pour cause de lésion, prévue par l'article 2052 alinéa 2 du Code civil, n'empêche pas qu'une transaction puisse être annulée si elle

40. B. Oppetit, *ibid.*

41. Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 186.

42. Ch. Jarrosson, *La Notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, p. 176.

43. S. Neuville, « La transaction suspecte », *D.*, 26 oct. 2000, n° 37, chronique p. 571.

constitue un contrat commutatif déséquilibré. Il s'ensuit que l'équité, et ses idées de loyauté, d'équilibre et de mesure, a une influence en matière de transaction.

En conséquence, il y aurait une « médiation équitable » en ce que son résultat satisfait l'ensemble des parties, et que l'accord ainsi conclu, ayant autorité de la chose jugée, est en adéquation avec le sentiment de justice de chacune des parties, et est donc conforme à l'équité.

Cependant, cette conclusion peut être critiquée.

Tout d'abord, le résultat d'une médiation n'est pas invariablement une transaction, il peut s'agir d'un nouveau contrat ou d'une exécution immédiate. En ce sens, le résultat de la médiation n'a pas toujours autorité de la chose jugée et l'équité, qui pourrait être prise en compte dans le cadre limité des transactions, ne paraît donc pas pouvoir s'appliquer globalement dans toutes les médiations. Pour les autres contrats, en effet, rien n'indique que l'équité ou l'égalité aient une quelconque incidence : « *l'idée de justice est dominée par l'idée d'égalité et (...) le contrat est souvent l'impitoyable reflet de l'inégalité des hommes* »<sup>44</sup>, dit Eric Loquin.

Ensuite, la médiation, ou la conciliation, permet aussi au juge d'éviter d'imposer une décision qui risque d'entériner un affrontement dès lors incurable ou qui n'est pas la panacée pour résoudre tous les litiges. A ce titre, la médiation est plus une solution de commodité qu'une solution de justice.

Comme le dit Jean-Denis Bredin, la médiation ou la conciliation « *débarrasse le juge du procès, [et] n'a souvent que l'apparence de l'équité. Elle peut prolonger ou inventer des rapports de force. Elle peut être sacrifice résigné du faible, capitulation consentie par opportunité, pour des raisons diverses, les frais, les lenteurs de la justice, la réputation de l'arbitre à juger peuvent jouer un rôle. Quand les parties repartent "réconciliées", l'arbitre a apparemment rempli sa mission. Sa tranquillité est satisfaite : non forcément l'équité* »<sup>45</sup>. Eric Loquin en arrive exactement à la même conclusion : lorsque l'arbitre souhaite que sa décision recueille l'accord des parties, « *le but ultime de la sentence ne sera pas la recherche du juste, la volonté d'accorder à chacun ce qui lui revient en droit ou en équité, mais de déterminer l'issue du litige qui sera la plus facilement acceptée par les deux parties* »<sup>46</sup>, et j'ajoute, par les trois arbitres.

Il est vrai que, dans cette hypothèse, nous sommes plutôt dans le domaine de la conciliation et non de la médiation. Même si ces deux notions se confondent bien souvent, il me semble qu'une distinction importante doit être soulignée. En effet, les parties peuvent, d'une part, se concilier sans l'entremise d'un tiers, et d'autre part, la conciliation peut aussi, en application de l'article 21 du NCPC, être proposée à l'initiative d'un « tiers », lequel a une autre fonction, il est juge ou arbitre (l'article 1460 NCPC renvoie expressément à l'article 21), de telle sorte que le conciliateur n'est pas réellement un « tiers » comme l'est le médiateur. Aussi, peut-on considérer que, à raison de cette double investiture, le juge ou l'arbitre abandonne le droit, et même l'équité, pour devenir conciliateur et s'orienter vers la solution la plus acceptable. Commodité oblige, l'obtention de l'accord prime sur le droit, et donc sur l'équité, à condition que celle-ci se limite à être le correctif de la loi, devenue de ce fait inutile.

Mais, telle la marée montante qui change la couleur de la mer, l'équité se propage en recouvrant d'autres significations... en se détachant du droit.

Ainsi, pour Madame Scrivener (médiateur de la Société Générale), « *la médiation fait appel plus au bon sens, voire à la morale, qu'au droit. Le principe d'équité guide son action, pour déterminer, dans un premier temps, les responsabilités des uns et des autres, puis pour proposer une solution tenant compte de cette appréciation* »<sup>47</sup>. Et Monsieur

44. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies techniques, 1980, p. 348.

45. J.-D. Bredin, « La loi du juge », in *Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 15, n° 17.

46. E. Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies techniques, 1980, p. 361.

47. Ch. Scrivener (médiateur de la Société Générale), « La médiation, procédure d'exception », *Banque Magazine*, septembre 2000, n° 617, p. 18.

Ullmo (médiateur ASF) précise que « la médiation a (...) un rôle de conciliation visant à la recherche d'une solution jugée équitable par les deux parties »<sup>48</sup>.

Dans ces propos, il est clair que l'équité n'est pas uniquement comprise comme étant le correctif de la loi : elle a un rôle à jouer dans la médiation alors même qu'on ne fait plus appel au droit. Cependant, le « principe d'équité » dont parle Madame Scrivener s'identifie en réalité au principe d'égalité des parties, à une équité procédurale mais ne fait peut-être pas référence à une équité fondamentale. De même, la solution jugée « équitable » n'est rien d'autre que la solution jugée « acceptable » par les deux parties.

Le constat auquel nous arrivons est donc en demi-teinte : la médiation est, ou devrait être, mais dans certains cas seulement, équitable ; l'équité joue son rôle, sur le plan procédural, dans ce moyen qu'est la médiation, mais inversement, l'équité n'a rien à voir avec la médiation puisque, quelle que soit son issue, après la médiation où *jurisdictio* est absente, Justice n'est pas faite.

Reste qu'un mot peut rapprocher médiation et équité, un seul mot qui les réconcilie et qui fait la médiation entre les deux concepts : c'est l'« harmonie ».

## B. Médiation et équité : la recherche de l'harmonie ?

L'équité, on l'a vu, se développe considérablement tant sur le plan procédural - cela est évident depuis l'avènement de la Convention Européenne des droits de l'homme -, qu'à une échelle plus vaste et à un degré plus fondamental. L'équité, il est vrai, s'est introduite, ou plutôt s'est réintroduite, dans notre droit et prend de plus en plus d'ampleur. Peut-être même l'équité va-t-elle bouleverser nos conceptions juridiques les plus ancrées, telle que l'autonomie de la volonté, pour tendre vers une idéalisation du contrat faisant plutôt référence à la justice objective, à la bonne foi, à la confiance, à la loyauté, à l'équilibre et... à un devoir de renégocier<sup>49</sup>. Et si l'équité prend cette importance aujourd'hui, peut-être est-ce uniquement pour satisfaire au besoin de mettre un peu, ou un peu plus, d'harmonie dans notre droit et notre système juridique, dans le but d'approcher un idéal de Justice. (on y retrouve ici la notion anglaise d'*Equity*).

De même, la médiation se développe, suivant en cela une évolution, pour certains, « sans précédent »<sup>50</sup>. Point n'est besoin d'en dire plus : on constate tous les jours la place grandissante qu'occupe la médiation. La médiation est dans l'ère du temps, et beaucoup se font les oracles du mariage (annoncé) entre la médiation et la modernité : « la net mondialisation sera bientôt le vecteur privilégié de la médiation ; il suffit pour le constater de surfer les sites américains qui proposent en ligne des actions de médiation et l'arbitrage (*eResolution par exemple*) : une médiation virtuelle promise à un avenir bien réel »<sup>51</sup>. Il y a deux mois à peine, le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris ouvrait d'ailleurs son site de cybermédiation.

Outre l'attrait de la modernité, la médiation correspond aussi à un idéal de justice qui explique l'engouement dont elle est l'objet, tout en donnant l'impression de combler le fantasme récurrent des litigants : se faire justice à soi-même. La médiation, c'est aussi et surtout la recherche de l'harmonie dans le désaccord, une harmonie qui se retrouve dans le moyen de la médiation comme dans le résultat, alors que la musique de la justice étatique, souvent contrapuntique, n'est pas toujours mélodieuse.

Tendue vers ce même but qu'est l'harmonie et même si la médiation et l'équité sont deux concepts totalement différents, il y a une interconnexion entre elles lorsqu'on s'attache à leur finalité : un idéal de justice.

48. Y. Ullmo (Médiateur ASF), « La conciliation avant tout », *Banque Magazine*, sept. 2000, n° 617, p. 33.

49. L. Aynès, « Le devoir de renégocier », *Rev. jur. comm.*, nov. 1999 : Colloque Droit et Commerce de Deauville de juin 1999, p. 11.

50. L. Moatti-Neuer, « Anatomie d'un mot : la médiation », *Droit & Économie*, Association Nationale des Docteurs en droit, n° 88, 2000, p. 59.

51. L. Moatti-Neuer, *ibid.*

La finalité de l'équité est l'harmonie du droit ; et la finalité de la médiation est l'harmonie des parties, c'est-à-dire l'acte ou le fait qui va opérer une nouvelle distribution des droits et obligations entre elles.

Or, le Professeur Bruno Oppetit n'a-t-il pas rappelé que, « *dès lors que la justice se définit par ses fins (attribuer à chacun son dû), elle est de nature à englober toutes les voies qui permettent de les atteindre (...)* »<sup>52</sup>, en sorte que la médiation qui est une répartition, ou une réattribution, a nécessairement une dimension ressortissant de la justice. Les parties qui arrivent à s'accorder en fin de médiation sont, *ipso facto*, justes.

Certes, « *le médiateur doit faire preuve de prudence et ne pas apparaître comme le constructeur d'une nouvelle situation juridique* »<sup>53</sup>, car ce n'est pas au médiateur d'être juste, il n'est que le chef d'orchestre, alors que les parties sont les musiciens qui doivent « jouer juste » pour atteindre l'harmonie.

Alors, dans le cadre de l'autonomie que l'Etat reconnaît aux individus, au nom du principe de subsidiarité<sup>54</sup>, pour leur permettre de rechercher un mode de règlement des litiges les concernant, l'équité est-elle une nécessité ?

Dans les thèses de Leibnitz, dont Monsieur le Professeur René Sève<sup>55</sup> a montré qu'elle préfigurait l'utilitarisme des droits de *Common Law*, et donc aussi l'essor de ces modes alternatifs et pragmatiques de règlement des conflits, l'équitable, au même titre que le dû, « *est tout ce qu'il est nécessaire pour l'homme bon d'accomplir* ».

Les fondements philosophiques du droit français sont différents. Ils proviennent en majeure partie, soit du positivisme, où l'équité n'est que le correctif de la loi, s'inscrit dans la nature des hommes et donne un sens à la Justice.

Alors, en médiation, l'équité est-elle une nécessité ?

La solution peut aussi être beaucoup plus simple : dans certains litiges, le recours à l'équité sera un moyen de faire entendre le « raisonnable », sur la forme ou sur le fond, aux interlocuteurs... Son rôle n'est alors pas négligeable.

En outre, les parties en médiation n'ont rien à craindre de l'équité, parce qu'elle est soumise à leur propre arbitraire. En médiation, l'arbitraire de l'équité n'a que l'influence que les parties veulent bien lui donner, et en ce sens il vaut mieux que l'arbitraire du médiateur dont l'ascendant, et parfois l'autorité, peut engendrer des dérives.

En définitive, si ce n'est la Justice qui résulte de la médiation, l'équité dans la médiation permettra toujours aux parties de trouver leur propre justice.

Il me semble que maintenant nous marchons côte à côte avec Portalis puisqu'en effet et à tous égards, en matière de médiation, « *l'arbitraire apparent de l'équité vaut mieux que le tumulte des passions* »<sup>56</sup>.

52. B. Oppetit, « Justice étatique et justice arbitrale », *Mélanges offert à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 416.

53. P. Draï, « Premières réflexions sur la déontologie du médiateur », in *Actes de la conférence du 5 novembre 1998* : « L'avocat et le chef d'entreprise dans la pratique de la médiation commerciale : vers une résolution alternative des conflits interentreprises », publication du CMAP/CCIP, p. 58.

54. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 21.

55. R. Sève, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel*, PUF, 1989, p. 104.

56. B. Oppetit, in Préface à la thèse de Ch. Jarrosson, *L'arbitrage*, LGDJ, 1987 ; *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p. 17.