

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche
UMR 5815

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par **Anne Gibelin**

La médiation en santé

**Contribution à une étude des conflits et des différends
dans la relation de soins**

Soutenue le 9 décembre 2015 devant le jury composé de

Madame Marion GIRER, Maître de conférences, Université Jean Moulin Lyon III	Rapporteur
Monsieur Bruno PY, Professeur, Université de Lorraine	Rapporteur
Madame Caroline BERLAND-BENHAÏM, Maître de conférences, Université Aix-Marseille	Examineur
Madame Anne-Marie SAVARD, Professeur, Université de Sherbrooke, Québec, Canada	Examineur
Monsieur François VIALLA, Professeur, Université de Montpellier	Directeur de recherches



« La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur François Vialla pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant d'encadrer ce travail et pour son accompagnement attentif et rigoureux tout au long de son élaboration.

J'adresse également mes remerciements aux membres du jury qui ont accepté de siéger afin de juger et d'évaluer mes analyses.

Je remercie du fond du cœur mes parents et mon frère, pour leur inconditionnel soutien et leur présence de tous les instants. Je pense tout particulièrement à mon père pour sa relecture méticuleuse et ses commentaires aussi nombreux qu'utiles.

Ma sincère reconnaissance s'adresse aussi à mes proches pour leur présence constante. Je tiens à remercier plus spécialement Yann pour son soutien réconfortant et sa fine connaissance informatique ; Marie pour son écoute permanente et sa relecture attentive ; Camille pour ses encouragements quotidiens et ses précieux conseils ; Roxanne pour avoir vécu ces étapes simultanément.

J'adresse enfin une pensée à l'ensemble des membres du CEERDS parmi lesquels j'ai eu la chance de trouver de véritables amis.

Table des principales abréviations et sigles

A

ADR	Alternative dispute resolution
AJD	Actualité juridique Dalloz
AJDA	Actualité juridique, Droit administratif
AJS	Actualités Jurisanté
al.	Alinéa
ANESM	Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux
APHP	Assistance publique – Hôpitaux de Paris
ARS	Agence régionale de santé
Art.	Article

B

Bull. Acad. Natle Méd.	Bulletin de l'Académie nationale de médecine
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)

C

C.	Code
C. de D.	Cahiers de droit
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ.	Code de procédure civile
C. santé publ. / CSP	Code de la santé publique
CA	Cour d'appel
CADA	Commission d'accès aux dossiers administratifs
CASF	Code de l'action sociale et des familles

CCI	Commission de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
CCNE	Comité consultatif national d'éthique
CDSA	Les cahiers de droit de la santé
CDU	Commission des usagers
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
ch.	Chambre
CHU	Centre hospitalier universitaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CNAF	Caisse nationale des allocations familiales
CNAMed	Commission nationale des accidents médicaux
CNCMF	Conseil national consultatif de la médiation familiale
CNDS	Commission Nationale de la Sécurité
CNEH	Centre national d'expertise hospitalière
CNRLT	Centre national de ressources textuelles et lexicales
CODEOME	Code d'éthique et de déontologie des médiateurs
coll.	Collection
CPMN	Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation
CRCI	Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales
CRUQPC	Commission des relations avec les usagers et de qualité de la prise en charge
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CVS	Conseil de la vie sociale
D	
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction

Dr. & Patr. Droit et patrimoine

E

Ed. Edition

EHPAD Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes

Exp. Cell Res. Experimental cell research

G

Gaz. Pal. La gazette du Palais

GEMME Groupement européen des magistrats pour la médiation

H

HALDE Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité

HAS Haute autorité de santé

I

IGSJ Inspection générale des services judiciaires

in Dans

J

JCP G La semaine juridique Edition générale

JORF Journal officiel de la République française

L

LEH Les études hospitalières

LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA Les petites affiches

M

M. B. Moniteur belge

MARC	Modes alternatifs de règlement/résolution des conflits
MARD	Modes alternatifs de règlement/résolution des différends
MARL	Modes alternatifs de règlement/résolution des litiges
Méd. et droit	Médecine et droit

O

OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONIAM	Office national d'indemnisation des accidents médicaux
ONU	Organisation des Nations Unies
op. cit.	Œuvre précitée
ORM	Observatoire des risques médicaux

P

p.	Page
PUF	Presses universitaires de France

R

rapp.	Rapport
RDS	Revue droit et santé
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil
req.	Requête
Rev. Arb.	Revue de l'arbitrage
RGDA	Revue générale de droit administratif
RGDM	Revue générale de droit médical
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial

S

s.	Suivants
SHAM	Société hospitalière d'assurances mutuelles
SIMC	Singapore international mediation centre
soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation

V

Vol.	Volume
------	--------

Sommaire

Partie 1. La remise en question de la nature juridique de la médiation.....	37
Titre 1. La médiation : un réel mécanisme juridique	39
Chapitre 1. Un mécanisme juridique alternatif à part entière.....	41
Chapitre 2. L'application d'un mécanisme juridique adéquat au domaine de la santé.....	95
Titre 2. La médiation en santé : une nature hybride	145
Chapitre 1. L'étude empirique de la notion de médiation.....	147
Chapitre 2. Une nécessité de requalification ou d'évolution de l'existant	181
Partie 2. Le régime juridique de la médiation en santé : un remaniement inéluctable	209
Titre 1. La délicate recherche d'un juste équilibre entre encadrement juridique et maintien de la souplesse du mécanisme	211
Chapitre 1. L'indispensable délimitation des contours juridiques du statut du médiateur.....	213
Chapitre 2. Médiation et droit processuel : étude prospective d'un lien indispensable....	253
Titre 2. L'extension et le devenir de la médiation	287
Chapitre 1. L'extension éventuelle de la médiation à un domaine plus vaste.....	289
Chapitre 2. Un avenir incertain.....	325

Résumé en français :

La médiation peut se définir comme l'action de celui qui est médiateur et qui s'interpose entre deux ou plusieurs personnes pour résoudre un conflit ou un différend. Dans le domaine de la santé et plus particulièrement dans la relation de soins, des conflits et des différends peuvent survenir. La santé touche en effet à l'état des personnes, à leur intimité, à leur intégrité et les relations qui en découlent avec les professionnels de santé sont nécessairement empreintes d'une certaine sensibilité. C'est pourquoi ce secteur est considéré comme pourvoyeur potentiel de tensions. Il est donc intéressant d'étudier la résolution des conflits ou différends inhérents à la relation de soins, par un mode singulier et alternatif de règlement des différends : la médiation. L'étude de la nature juridique de ce processus est indispensable pour le différencier des autres modes alternatifs et exposer clairement ses forces et ses faiblesses. Ceci permettra ensuite de lui appliquer un régime juridique adéquat. En raison des manquements actuels, particulièrement au regard de l'encadrement du statut de médiateur, le constat d'un inévitable remaniement du régime de la médiation devra être effectué. Celui-ci devra impérativement allier souplesse et encadrement du mécanisme dans le but d'une efficacité optimale.

Titre et résumé en anglais :

Mediation in health, contributing to a study of conflicts and disputes in relation of care.

Mediation may be defined as the action of the mediator who mediates between two or more persons to resolve a conflict or dispute. In the field of health, especially in caring relationships conflicts and disputes may happen actually. Health affects the state of being of the persons, their privacy, their integrity and so relationships which arise from this with health care providers are necessarily influenced with a certain sensitivity. That is why this area is regarded as a potentiel provider of stress. Therefore, it is of interest to study the mediation as an unique alternative to resolve a dispute. To focus on the legal nature of the mediation is essential to differentiate it from other alternatives and to assess strengths and weaknesses of such an approach. This will then allow to apply a suitable legal regime to mediation. Because of the current shortcomings, particularly with regard to the supervision of the mediator, the finding of an inevitable reshuffle mediation scheme should be made. This will necessarily combine flexibility and supervision for an optimal efficiency.

Discipline :

Droit privé et sciences criminelles (section CNU 01).

Mots-clés :

Médiation – relation de soin – médecin – patient – conflit – différend – mode alternatif de règlement des différends

Mediation – caring relationship – doctor – patient – conflict – alternative dispute resolution

Intitulé et adresse de l'U.F.R. ou du Laboratoire :

Dynamiques du droit, UMR 5815, Centre Européen d'Études et de Recherches Droit et Santé 39, rue de l'Université 34090 Montpellier, Cedex 2.

Introduction générale

1. L'affirmation de Monsieur Guy Lesoeurs selon laquelle « *Le contexte de la santé est pourvoyeur de tensions* »¹ permet d'exposer que la santé est un secteur particulier dans lequel peuvent naître des situations de conflits. De tout temps, la médecine a en effet connu des conflits et des différends. Cette discipline y est particulièrement sujette en raison de son intrusion dans l'intimité des personnes, du fait qu'elle touche à leur corps, à leur intégrité, à leur sensibilité, à leur santé.

2. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) définit la santé comme « *un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité* »². Ceci se réfère donc à la personne et à son état de santé. De façon plus large, il est essentiel de s'intéresser au domaine de la santé qui réunit les établissements de santé, les professionnels de santé et les usagers du système de santé. Monsieur François Vialla relève que « *le droit, mécanisme d'encadrement du fait social, selon Durkheim, permet de régir les rapports des hommes en société* »³. Il peut donc être considéré comme un outil de régulation des rapports sociaux. Le droit de la santé quant à lui peut être entendu comme « *l'ensemble des règles juridiques applicables aux actions de santé* »⁴. Le droit a donc vocation à réglementer l'organisation de la santé.

3. Les liens étroits entre droit et médecine ne sont pas toujours aisés à appréhender. Il a ainsi été considéré que le médecin et le juriste étaient « *au confluent de deux humanismes* »⁵. A l'inverse, plus récemment, Monsieur Xavier Labbée a estimé que juristes

¹ G. LESOEURS, « Le règlement des conflits : le médiateur en santé existe-t-il ? Indication et prescription de la médiation », *JuriSanté*, n° 61, 2008, p. 9.

² *Préambule à la Constitution de l'OMS*, 1946.

³ F. VIALLA, « La dignité de la personne en institution », in *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Paris, Dunod, 2012, p. 222.

⁴ J.-M. AUBY, *Le droit de la santé*, PUF, 1981, p. 13.

⁵ R. SAVATIER, « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui », *D.*, n°

et médecins exerçaient une même profession. Il considère en effet que tous deux sont des professionnels ayant pour mission de rétablir un ordre perturbé. L'auteur rapproche ces deux disciplines et s'interroge : *« Peut-on faire justice soi-même ? Peut on se soigner soi-même ? La réponse est dans un cas comme dans l'autre par principe négative. La médecine comme la justice ressortent d'une politique étatique. C'est un devoir d'État que de « rendre » la justice ou de permettre à l'individu de « retrouver » la santé perdue. L'acte juridictionnel comme l'acte médical paraissent bien être l'expression d'une dette de la collectivité envers chaque individu qui la compose »*⁶. Ces interrogations ne sont pas sans rappeler l'affirmation de Monsieur Pierre-Louis-Joseph Prugnon qui estimait que *« rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les conflits est la première »*⁷.

4. Il paraît donc essentiel d'étudier les désaccords pouvant naître de la relation de soins (paragraphe 1) et les mécanismes permettant de résoudre ceux-ci (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Les désaccords naissant de la relation de soins

5. Il est essentiel de définir la relation existant entre le médecin et le patient et d'étudier la spécificité de cette relation de soins (A). Ceci permettra donc de mettre en évidence et de comprendre les différents types de désaccords, d'oppositions qui peuvent en découler (B).

213, 1959. : *« Médecin et juriste incarnent deux humanismes... Toutefois l'être humain est si riche que le médecin et le juriste, le regardant respectivement sous l'angle de leur profession, ne se rencontrent pas immédiatement... Mais, par le sommet, les deux professions se rejoignent. Le médecin, à travers le corps qu'il soigne, noue nécessairement un lien étroit avec cette "personne" qui préoccupe le juriste. Et le juriste... prend nécessairement appui sur les corps humains qui sont l'élément vivant de la personne »*.

⁶ X. LABBÉE, « Juristes et médecins condisciples d'une même loi naturelle », *LPA*, n° 92, mai 2004, p. 67.

⁷ L.-P.-J. PRUGNON, *Archives parlementaires*, t. XVI, 1790, p. 739.

A. La spécificité de la relation de soins

6. L'analyse des liens entre droit et santé impose la nécessité de qualifier la relation de soins, comme ceci est d'ailleurs mis en évidence par Madame Marion Girer: « *la question de la confrontation du droit et de la médecine est alors clairement posée, avec, pour corollaire, le problème de la qualification juridique des relations entre le médecin et ses patients* »⁸.

7. Il faut tout d'abord souligner que la relation entre le médecin et le patient a été analysée par la doctrine et qualifiée de « *colloque singulier* » par Monsieur Georges Duhamel en 1935. Cette relation spécifique était à l'origine considérée comme binaire. Désormais, en raison de la prise en charge d'un patient par de nombreux professionnels, cette relation peut tendre à être multiple, ce qui en complexifie la teneur. Ceci peut également être amplifié par l'intrusion de la famille du patient au sein du processus de soin.

8. Cette difficulté est également liée au fait que la relation entre le médecin et le patient, qualifiée de relations de soins, est considérée comme déséquilibrée entre le « sachant » et l'« ignorant ». La spécificité de la médecine, son langage technique, accentuent cette dimension. C'est pourquoi elle doit nécessairement être fondée sur la dignité et la confiance. Le Traité de droit médical fait d'ailleurs état de cela en précisant : « *La confiance comporte implicitement l'adhésion anticipée du malade aux actes médicaux courants du médecin traitant lorsqu'il n'y apporte pas d'opposition formelle [...] il n'en est pas moins vrai que le contrat médical correspond nécessairement à un acte de confiance double : celui d'un ignorant envers un savant, celui d'un faible envers un protecteur* »⁹. Les droits des patients ont ainsi une place prépondérante de façon à rééquilibrer la relation de soins parfois qualifiée de « *relation asymétrique* »¹⁰.

⁸ M. GIRER, *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux, LEH Edition, 2008, p. 18.

⁹ J.-M. AUBY, H. PÉQUIGNOT, J. SAVATIER[et al.], *Traité de droit médical*, Paris, Libraires techniques, 1956, p. 224.

¹⁰ C. SORSANA, *Psychologie des interactions socio-cognitives*, Armand Collin, Paris, 1999, p. 27.

9. Madame Caroline Berland-Benhaim a également étudié l'évolution de cette relation entre le médecin et le malade¹¹. L'auteur met en valeur le passage relativement récent du paternalisme médical à la notion d'autonomie du patient puisque celui-ci qui était jusqu'alors infantilisé est devenu un véritable acteur de la relation médicale.

10. On aborde la notion de « relation de soins » mais une distinction doit impérativement être effectuée entre l'interaction et la relation comme l'exprime Monsieur Gustave-Nicolas Fischer : « *La notion d'interaction suppose une mise en présence concrète de deux personnes qui vont développer entre elles une succession d'échanges ; la notion de relation est plus abstraite et désigne une dimension de la sociabilité humaine... elle révèle des facteurs cognitifs et émotionnels à l'œuvre* »¹². Il peut y avoir des attentes différentes. On parle invariablement de relation alors que cela pourrait simplement être une interaction.

11. Madame Monique Formarier expose que « *Dans une approche systémique, on ne peut plus avoir une vision unidirectionnelle, statique de la relation et se contenter d'un modèle linéaire basé sur le schéma émetteur-récepteur. Il faut considérer les relations comme des éléments dynamiques qui font sans cesse évoluer les situations, en interdépendance avec l'environnement. Les relations de soins ne relèvent pas du hasard, avec les soins techniques, elles sont l'expression, l'objectivation de la démarche clinique mise en œuvre dans la prise en charge de la personne soignée* »¹³. Elle relève ainsi différents types de relations de soins. L'auteur expose en effet qu'il existe la « *relation de civilité* » correspondant véritablement à une simple interaction. Madame Monique Formarier décrit ensuite la « *relation de soins* » : « *il peut être simple interaction ou relation suivant les interactants, leur connaissance mutuelle, le contexte dans lequel se situe le soins : domicile, service hospitalier, bloc opératoire... Cette relation est la plus fréquente en milieu hospitalier* »¹⁴. Puis, est mise en évidence la « *relation d'empathie* », souvent considérée

¹¹ C. BERLAND-BENHAÏM, *Le consentement et la bienfaisance dans la relation médicale*, Thèse, Aix-Marseille 3, 2007.

¹² G.-N. FISCHER, *Les concepts fondamentaux de la psychologie sociale*, Paris, Dunod, 1996, p. 31.

¹³ M. FORMARIER, « La relation de soin, concepts et finalités », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 2, n° 89, 2007, p. 34.

¹⁴ *Ibidem*, p. 37.

comme la plus appropriée à la relation médicale car elle est en grande partie fondée sur l'écoute. Il existe également la « *relation d'aide psychologique* » : « *la relation d'aide, qui s'appuie sur la confiance et l'empathie, est une relation à visée thérapeutique qui a pour but d'aider, de façon ponctuelle ou prolongée, un patient (et/ou une famille) à gérer une situation qu'il juge dramatique pour lui* »¹⁵. L'auteur décrit ensuite le « *counselling* » qui est issu des pays anglo-saxons, « *elle est décrite comme une méthode de soutien* »¹⁶. Il y a également la « *relation éducative* » lorsque les personnes doivent faire évoluer leur mode de vie ou la relation de soutien social du patient et/ou de sa famille comme par exemple l'éducation thérapeutique du patient et de sa famille dans le cas d'un traitement pour le diabète. Cette typologie des relations permet de mettre en lumière la diversité et la spécificité de cette notion complexe. Cette dernière peut donc engendrer des oppositions, en raison d'incompréhensions, de mécontentements mutuels ou unilatéraux et ceux-ci présentent une gradation spécifique.

B. Une gradation des oppositions

12. Les termes de conflits, différends, litiges et désaccords sont indifféremment utilisés pour caractériser une situation opposant deux parties. Les notions de modes alternatifs de règlement/résolution des conflits (MARC), de modes alternatifs de règlement/résolution des différends (MARD) et de modes alternatifs de règlement/résolution des litiges (MARL) sont en effet souvent confondues. Ces incertitudes terminologiques doivent être prises en considération pour appréhender la médiation.

¹⁵ *Ibidem*, p. 38.

¹⁶ *Ibidem*, p. 39.

13. Le désaccord est considéré comme le « *manque d'accord entre des personnes* »¹⁷. Le préfixe « -dés » permet de désigner le contraire de ce qui suit, en l'occurrence « *accord* ». Ce terme désigne donc bien un affrontement d'opinions, d'intérêts.

14. Le différend est quant à lui parfois désigné comme l'un de ses synonymes mais se définit à part entière comme une « *contestation résultant d'une différence d'opinions, d'intérêts* »¹⁸. Ces deux termes sont donc proches mais le second semble empreint d'un degré supplémentaire lié à la discussion, à la dispute.

15. Le conflit se distingue de ces deux notions et est considéré comme une « *violente opposition de sentiments, d'opinions, d'intérêts* »¹⁹. Monsieur André Lalande expose l'existence du radical international de « *konflikt* » puisque le latin emploie « *conflictus* », l'allemand « *widerstreit* », l'anglais « *conflict* » et l'italien « *conflitto* »²⁰. Chacune de ces expressions est utilisée pour désigner un rapport entre deux principes ou pouvoirs contradictoires.

16. Madame Jocelyne Abraham et Madame Adama Ndiaye ont étudié les conflits dans le secteur sanitaire et social. Elles abordent ainsi quelles sont les théories traditionnelles du conflit et les regroupent en trois catégories : « *pour les tenants du courant mécaniste, « le conflit peut être supprimé et n'a plus lieu d'être ».* Ils prônent diverses alternatives possibles pour mettre fin au conflit à savoir l'omniprésence d'un contrôle, la légitimité du pouvoir et la motivation des individus par l'argent. [...] L'école des relations humaines voit le conflit « *comme une maladie de l'organisation qui doit être guérie pour restaurer un ensemble* ». Les défenseurs de cette école de pensée mettent en avant la nécessité d'un bon climat social, d'une bonne communication et d'une connaissance réciproque. [...] Enfin, pour la théorie systémique, l'élimination du conflit découle de la bonne volonté des acteurs. Une organisation est une communauté d'action dont il faut assurer en permanence la pérennité.

¹⁷ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015. « Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales », [En ligne : <http://www.cnrtl.fr/>].

¹⁸ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ A. LALANDE et R. POIRIER, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010.

*Non figée, elle reste tributaire des acteurs qui possèdent des trajectoires, des objectifs, des ressources, des cultures et des valeurs différents. Le conflit est omniprésent et inévitable dans la plupart des interactions »*²¹. Une étude menée en Pennsylvanie a également permis de mettre en évidence des types de conflits²². Il s'agit du « *task conflict* » qui naît lorsqu'au sein d'un groupe lorsque des personnes ne sont pas d'accord sur le règlement d'un problème, un mode de calcul, une interprétation. Il existe ensuite le « *process conflict* » qui concerne l'organisation et la répartition d'un travail au sein d'une équipe ou d'un groupe. Enfin, le « *relationship conflict* » concerne un affrontement personnel en raison du tempérament de chacun.

17. Le terme de litige désigne une « *contestation donnant lieu à un procès ou un arbitrage* »²³. Il est issu du latin « *litigium* » signifiant « *contestation, querelle, dispute* »²⁴. Le litige se différencie donc plus facilement des trois autres termes étudiés puisqu'il est imprégné de l'idée d'un règlement par la justice et non à l'amiable.

18. Monsieur Antoine Jeammaud a étudié les rapports entre droit, conflit et litige et expose que « *la notion de conflit entretient de multiples relations avec celle de droit. Par l'une de ses composantes majeures - l'organisation d'un service public de la justice et de procédures contentieuses - notre système juridique pourrait s'attacher à la solution des conflits troublant ou émaillant la vie sociale. Mais n'offre t-il pas seulement de régler des litiges? L'interrogation suppose une distinction entre conflit et litige, voire différend, et suggère d'analyser les relations entre ces types de rapports* »²⁵. L'auteur révèle ainsi que l'opposition de prétentions est un litige dès lors qu'elle est portée devant une juridiction, qu'elle soit civile, administrative, pénale ou arbitrale. En revanche, il réserve une définition spécifique au conflit : « *relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre*

²¹ J. ABRAHAM et A. NDIAYE, *Conflits dans le secteur sanitaire et social : entre rupture et culture*, p. 4.

²² K.-A. JEHN, « A multimethod examination of the benefits and detriments of intragroup conflict », *Administrative Science Quarterly*, vol. 40, p. 256-282.

²³ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

²⁴ « Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales », *op. cit.*

²⁵ A. JEAMMAUD, « Conflit/litige », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2010.

deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontement. Il s'agit donc d'une situation qu'il peut être malaisé d'appréhender et décrire dans tous ses éléments »²⁶.

19. Cette distinction permet de mettre en évidence que ces différents termes désignent tous une opposition de forces opposées, donnant lieu ou non à un procès. Ces diverses notions sont toutefois empreintes d'un degré d'affrontement différent. Il y a en effet une gradation entre ces termes. De façon croissante, on considérera le désaccord, le différend, le conflit et enfin le litige. Chacun d'entre eux peut naître de la relation de soins, en raison des parties en présence mais aussi de la source du désaccord. Pour les résoudre, on estime que les modes alternatifs ont vocation à résoudre les désaccords, les différends voire les conflits alors que le procès sert davantage à régler les litiges. Ceci est dû au fait qu'un affrontement de degré moindre ou un conflit pris en charge à son commencement peut être apaisé et résolu par la communication. En revanche, un conflit très ancré ou un litige seront peu fréquemment réglés par les mécanismes alternatifs dans la mesure où ils sont trop avancés et importants. Monsieur Michel Van de Kerchove, Monsieur Philippe Gérard et Monsieur François Ost ont étudié ces notions et considèrent que lorsque les participants situent leur opposition d'intérêts dans un champ uniquement juridique, ils radicalisent leurs prétentions et les focalisent uniquement sur la dimension du droit plutôt que de la traiter dans son ensemble²⁷.

20. Ces études sémantiques permettent de comprendre la progression des différents degrés d'oppositions. Leur résolution suppose toutefois le même mode de fonctionnement, le respect des mêmes principes et c'est la raison pour laquelle ils sont utilisés de façon interchangeable en pratique. Néanmoins, il faudra retenir que les modes alternatifs ont plutôt vocation à résoudre les différends, les désaccords et les conflits de moindre importance bien qu'ils soient en mesure parfois de régler des conflits de degré plus important.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ M. VAN DE KERCHOVE, F. OST et P. GÉRARD, « Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements », *RIDC*, vol. 36, n° 4, 1984, p. 878-879.

Paragraphe 2. La diversité de mécanismes de résolution des conflits

21. L'étude de la diversité des mécanismes de résolution des conflits est indispensable. Elle permet de mettre en lumière que ces oppositions peuvent se régler de façon juridictionnelle ou de façon alternative. Le droit permet en effet l'utilisation de mécanismes qualifiés d'alternatifs qui permettent de résoudre le conflit. Il s'agit notamment de la médiation, la conciliation, l'arbitrage, la transaction et la négociation. Il faut donc dans un premier temps démontrer leur intérêt, de façon générale et dans le domaine de la santé (A), et dans un second temps, s'attarder sur l'un d'entre eux : la médiation (B).

A. L'intérêt des mécanismes alternatifs de règlement des conflits

22. L'interrogation de l'intérêt des mécanismes alternatifs de résolution des différends dans la relation de soins est essentielle. Comme le relève récemment la doctrine, *« dans le cadre du projet « Justice du 21^{ème} siècle », le garde des Sceaux a lancé une mission interministérielle qui s'est réunie pour la première fois le 30 janvier 2015, avec comme objectif de dresser un panorama des modes amiables de règlement des différends et d'identifier les pistes d'évolution pour les développer. La labellisation des médiateurs et de leur formation et la transparence sur leur nomination semblent deux pistes essentielles pour donner confiance aux justiciables dans la médiation, trop confidentielle par rapport aux objectifs affichés »*²⁸.

23. Madame Martine Boitelle-Coussau estime que *« Plusieurs phénomènes concernant l'évolution de notre société expliquent le regain d'intérêt pour les modes alternatifs des différends (MARD) à savoir : le déclin des solidarités communales et familiales qui constituaient des lieux de médiation informelle ; la multiplication des contrats notamment en matière de consommation ; les modes de vie marqués par l'individualisme ; l'exacerbation*

²⁸ M. LASSNER, « Quel médiateur pour quelle médiation.pdf », *Gaz. Pal.*, n° 94, avril 2015, p. 15.

des rapports sociaux consécutive à la crise économique ; l'explosion du contentieux due à la judiciarisation des rapports sociaux qui engendre la durée du procès et le coût ; l'aléa judiciaire. La résolution amiable des différends s'inscrit dans l'idée que tout ce qui favorise un rapprochement des parties et garantit la résolution durable du conflit doit être favorisé. Il est recommandé aux parties d'entreprendre, avant l'introduction de l'instance une démarche amiable pour tenter de procéder à la résolution du différend »²⁹.

24. Ces processus ont émergé relativement récemment en France et à l'étranger et permettent d'aborder un désaccord différemment. Madame Lison Néel explique cet engouement au Canada : *« depuis quelques années, les moyens non judiciaires de résolution des conflits, tels que la conciliation et la médiation, se sont développés et multipliés dans des conditions qui soulèvent de nombreuses questions d'ordre social et juridique. Ils font depuis longtemps partie intégrante de la vie sociale et occidentale et figurent dans la résolution judiciaire des litiges »³⁰.*

25. Le Conseil d'Etat souligne d'ailleurs que leur émergence a ouvert une nouvelle voie puisque *« depuis plus d'un quart de siècle et même davantage, les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) sont regardés aussi bien par l'ordre juridique national que par l'ordre juridique communautaire comme étant susceptibles de constituer une réponse à la judiciarisation toujours croissante des sociétés contemporaines et à l'encombrement des prétoires »³¹.* Monsieur Jacques Hureau classe en deux catégories ces mécanismes en fonction de la présence ou de l'absence d'un tiers entre les parties : *« Les modes binaires n'ont pas l'obligation d'un tiers. Ce n'est qu'une possibilité. Sont classés dans cette catégorie :*

- *l'accord amiable qui débouche sur un règlement amiable mais ces termes sont imprécis,*

²⁹ M. BOITTELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation? », *Gaz. Pal.*, n° 164, juin 2015, p. 9.

³⁰ L. NÉEL, « Le règlement amiable des litiges », *Revue québécoise de droit international*, 1999, p. 215-220.

³¹ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 7.

- *la conciliation dont a traité la loi n° 95-125 du 8 février 1995 même si elle n'en fournit pas une véritable définition,*
- *la transaction qui fait l'objet des articles 2044 à 2058 du Code civil et qui aboutit à la rédaction d'un contrat synallagmatique pour lequel chacune des parties a dû faire des concessions.*

Les modes ternaires pour lesquels le tiers est obligé. Ce sont :

- *la médiation dont a traité également la loi du 8 février 1995 même si, là encore, elle n'en fournit pas une définition aussi précise que celles que nous avons vues,*
- *l'arbitrage qui est un véritable mode juridictionnel codifié non étatique »³².*

26. Ces mécanismes présentent tous des spécificités qui devront faire l'objet de développements mais au sein de ceux-ci, l'un d'entre eux va retenir notre attention : la médiation. D'ailleurs, dans son étude, le Conseil d'Etat dresse plus précisément un état des lieux de la médiation en France et souligne principalement deux axes. Le premier soutient l'idée selon laquelle *« le développement très important du phénomène de la médiation participe de la recherche plus générale d'un règlement amiable des conflits »³³*. Le second axe est le fait que *« l'encadrement législatif et réglementaire de la médiation présente un caractère partiel »³⁴*. L'étude de la médiation et de son développement paraît ainsi indispensable.

27. Comme l'expose Monsieur Jean-Pierre Bonafé-Schmitt : *« depuis quelques années, on constate que la médiation se développe dans tous les domaines de la vie sociale, que ce soit dans le cadre de la famille, du quartier, de l'entreprise, et depuis peu dans le domaine scolaire. Quelles sont les raisons de ce renouveau de la médiation? »³⁵*.

³² J. HUREAU, *Harmonisation de la réparation des préjudices corporels dans l'Union européenne*, Editions Médicales Internationales, 2006.

³³ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, LE CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 11.

³⁴ *Ibidem*, p. 12.

³⁵ J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation », *Droit et Société*, n° 29, 1995, p. 7-10.

28. Il faut souligner que le secteur médical est également touché par cet engouement pour la médiation : « *Aujourd’hui, le besoin de médiation et de solidarité s’est accru du fait des nouveaux enjeux médicaux, notamment en raison des progrès scientifiques, du caractère sophistiqué des traitements et de la révolution biomédicale. [...] Il existe une complémentarité de la médiation et de la médecine. Lors de sa création en 1947, l’OMS donnait la définition suivante : « La possession du meilleur état de santé qu’il est capable d’atteindre constitue l’un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, ses conditions économiques ou sociales ». Cette dimension des soins a été gagnée par une transformation du rapport entre la médecine et l’individu, une approche globale du patient, et la recherche d’un nouvel humanisme médical. Le législateur a, au demeurant, bien compris que le risque médical et le risque juridique s’accroissent symétriquement. Qu’est-on en droit d’attendre aujourd’hui de la médiation en matière médicale ? Réussir dans ce domaine est de l’intérêt du médecin, de l’établissement de santé comme du patient* »³⁶. Madame Elisabet Volckrick a également relevé ceci en Belgique : « *Le développement de la médiation dans le domaine de la santé est à inscrire dans un contexte plus large de développement très important des pratiques de médiation depuis une bonne vingtaine d’années dans de nombreux champs de la vie sociale de nos sociétés* »³⁷.

29. Ces mécanismes alternatifs de règlement des conflits et des différends présentent de nombreux avantages puisqu’ils sont fondés sur le respect des droits du patient, la communication, la rapidité, la souplesse du mécanisme, la quasi absence de formalisme et de coûts. En raison de ceux-ci ils présentent actuellement un intérêt non négligeable et prépondérant dans le domaine de la santé. C’est la raison pour laquelle la médiation doit faire l’objet de plus amples précisions en raison de l’adaptabilité dont elle fait preuve dans ce secteur spécifique.

³⁶ L. AZOUX BACRIE, « Un nouveau droit des malades: la médiation », *Méd. et droit*, n° 62-63, 2003, p. 159-161.

³⁷ E. VOLCKRICK, « Médiation et Santé: L’expérience belge », *Médiation Santé Berna Ed. Weblaw*, 2008, p. 24.

B. L'originalité de la médiation

30. Le terme de médiation est issu de la racine romaine « *medi* » signifiant centre. Il est également issu du latin « *mediare* » qui est un verbe ayant deux significations, d'une part « partager en deux » et d'autre part, « s'interposer, être au milieu ». Le mot « *mediatio* » en latin peut être traduit par la notion d'entremise. Madame Annie Cardinet a mené une étude philologique de ce terme et de celui de médiateur de façon à connaître leur origine et leur utilisation. Cette étude expose que la première utilisation littéraire de ce terme apparaît au XIII^{ème} siècle : « *le nouveau dictionnaire étymologique et historique cite, au XIII^{ème} siècle Jean de Meung, [...] comme premier utilisateur des mots médiation et médiateur dans la littérature française, et donne en même temps, en nommant le bas-latin comme origine, l'assurance qu'il ne s'agissait pas d'une construction nouvelle de l'auteur* »³⁸. Madame Annie Cardinet met également en lumière l'origine grecque de ce terme en relevant que « *Virgile, dans l'Enéide, en 29 avant JC, utilise le mot « medius », et non « mediator », pour désigner celui qui s'offre comme médiateur de paix* »³⁹.

31. La médiation est une notion qui a été utilisée au fil des siècles et fait actuellement l'objet de plusieurs définitions proches. Dans son utilisation courante, le dictionnaire Larousse la définit comme une « *entremise, intervention destinée à amener un accord* »⁴⁰, le dictionnaire Littré expose qu'il s'agit de l'« *action de celui qui est médiateur* »⁴¹, le dictionnaire Le Petit Robert la considère comme « *une entremise destinée à mettre d'accord, à concilier, ou à réconcilier des personnes, des parties* »⁴² et le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) comme le « *fait de servir d'intermédiaire entre deux ou plusieurs choses* »⁴³.

³⁸ A. CARDINET, *École et médiations*, Ramonville Saint-Agne, Érès, 2000, p. 10.

³⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁰ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

⁴¹ « Dictionnaire Littré », [En ligne : <http://www.littre.org/>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

⁴² *Dictionnaire le Petit Robert*, 2009.

⁴³ « Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales », *op. cit.*

32. Madame Laurie Schenique expose qu' « à l'heure de l'engorgement des juridictions françaises et de la défiance de plus en plus croissante des citoyens envers la justice traditionnelle, il est un pan du droit en pleine expansion : celui de la résolution amiable des différends. Parmi les modes amiables de règlement des différends, le plus connu de tous, car le plus médiatisé, est sans conteste la médiation. Aux termes de l'ordonnance du 16 novembre 2011, la médiation s'entend de « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différend, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné avec leur accord par le juge saisi du litige ». Il ressort de la lecture de ce texte que le processus de médiation met deux ou plusieurs parties en position de discuter avec, face à elles, une sorte de garde-fou, de tiers catalyseur, en la personne du médiateur, tiers extérieur au conflit, qui se doit de respecter cinq grands principes »⁴⁴.

33. D'un point de vue juridique, il est juste que la médiation ait fait l'objet de nombreuses définitions. La haute juridiction judiciaire française établit que « la médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, « le médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables »⁴⁵.

34. La Cour de cassation distingue d'ailleurs plusieurs types de médiations : « Les parties, qui peuvent demander au juge de trancher leur litige, restent libres, dans tous les domaines où elles ont la libre disposition de leurs droits, de négocier et de transiger directement entre elles, ou avec l'aide ou par l'intermédiaire de conseils mandatés à cet effet. Elles peuvent donc tout aussi bien tenter une approche amiable avec le concours d'un tiers qualifié librement choisi, neutre et sans pouvoir de décision, c'est-à-dire un médiateur ; c'est ce qu'on appelle la médiation conventionnelle. Le juge peut également, lorsqu'il est saisi, désigner un médiateur avec l'accord des parties, c'est ce qu'on appelle la médiation judiciaire. La médiation judiciaire et la médiation conventionnelle obéissent l'une comme l'autre aux mêmes principes fondamentaux de libre choix des parties à y recourir, de confidentialité, de

⁴⁴ L. SCHENIQUE, « De la confidentialité en médiation », *LPA*, n° 121, juin 2014, p. 6.

⁴⁵ COUR DE CASSATION, « La médiation numéro hors-série ».

*compétence du médiateur soumis à une déontologie, et de bonne foi de tous les participants sans le respect desquels il n’y a pas de médiation »*⁴⁶. Le Conseil d’Etat quant à lui donne une définition plus large de la médiation, qu’elle soit conventionnelle ou extrajudiciaire : « *la médiation est un processus structuré par lequel les parties tentent, avec l’aide d’un médiateur, de parvenir à un accord amiable sur la résolution de leurs différends à caractère individuel »*⁴⁷.

35. La doctrine apporte également des éléments de précision. Madame Michèle Guillaume-Hofnung expose qu’il s’agit d’un système se construisant autour d’un tiers et qu’autrement on parle de conciliation. L’auteur expose que « *la médiation est un processus de communication éthique reposant sur la responsabilité et l’autonomie des participants, dans lequel un tiers – impartial, indépendant, neutre, sans pouvoir décisionnel ou consultatif, avec la seule autorité que lui reconnaissent les médiateurs – favorise par des entretiens confidentiels l’établissement, le rétablissement du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »*⁴⁸. Madame Catherine Bourin reprend cette définition en concluant que « *la médiation est une technique de résolution des conflits organisée par la loi ayant pour but de régler un conflit afin de maintenir une relation personnelle ou commerciale précieuse, et ce de façon rapide et économique »*⁴⁹. Le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) précise que la médiation judiciaire est finalement peu différente puisqu’elle « *consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, le « médiateur », la mission d’entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d’entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables »*⁵⁰.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Développer la médiation dans le cadre de l’Union européenne*, LE CONSEIL D’ETAT, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁸ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 7ème, Paris, PUF, 2015, p. 81.

⁴⁹ C. BOURIN, « La médiation: un outil de prévention des conflits », [En ligne : <http://paperjam.lu/news/la-mediation-un-outil-de-prevention-de-conflits>]. Consulté le : 15 octobre 2015.

⁵⁰ COUR DE CASSATION, *op. cit.*

36. Monsieur Jacques Hureau, met également en évidence cette distinction en se fondant sur les définitions de Madame Guillaume-Hofnung et du GEMME et remarque que : *« ces deux définitions soulignent le caractère non obligatoirement contradictoire du processus, à l'encontre du droit procédural civil, administratif et même pénal qui se doit de respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) »*⁵¹.

37. Le rapport du groupe de travail Magendie a quant à lui défini la médiation de façon plus juridique : *« la médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié, sans pouvoir de décision sur le fond, le médiateur, la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leur point de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables »*⁵².

38. Le droit européen considère qu'il s'agit d'*« un processus structuré [...] dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre »*⁵³. Selon cette directive, la médiation doit répondre à trois critères et présenter tout autant de garanties. Les critères utilisés sont l'existence d'un différend à caractère individuel et qui voit s'opposer deux ou plusieurs parties ; une démarche continue et volontaire des parties de tenter de régler ce différend par la voie amiable : un processus structuré et donc un minimum de formalisme. Quant aux garanties visées par la directive, il s'agit : de la diffusion transparente d'informations par le médiateur à une partie ; la confidentialité des informations ; et la possibilité d'homologuer l'accord issu de la médiation et de le rendre exécutoire.

39. D'un point de vue sociologique, *« la médiation correspond à un découpage et à un arrangement en trois étapes d'une situation, sociale ou intellectuelle, appréciée et positionnée comme conflictuelle. Le terme "situation" renvoie à une généralité pendant que celui de conflit fait référence à une opposition soit concrète, soit abstraite. La médiation*

⁵¹ CNEH, « Médiation et santé: une évidence? », *AJS*, n° 61, 2008, p. 24.

⁵² *Célérité et qualité de la justice*, Rapport remis par J.-C. MAGENDIE, 2004.

⁵³ Dir. n°2008/52/CE, 21 mai 2008, art. 3, JOUE 24 mai 2008, n° L 136/3, directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

répond alors à une volonté qui organise une manière de voir le monde et se propose d'aider à solutionner tout conflit ou d'amoindrir ses conséquences à partir d'elle. La médiation trouve ainsi dans le projet d'une pacification de l'existence son contexte global. La présentation la rend tentante mais ouvre un champ infini à ses applications. C'est humain, toutes les âmes en veulent, tous l'attendent, tous en ont envie »⁵⁴.

40. Ces diverses définitions permettent d'affirmer que la médiation est un processus juridique alternatif permettant de régler un conflit grâce à un tiers : le médiateur et en se fondant sur des principes juridiques essentiels. Appliquée aux conflits découlant de la relation de soins, la médiation présente des particularités. La médiation en santé a fait son apparition plus tardivement que dans d'autres secteurs tels que le droit pénal ou familial. Elle a d'ailleurs été définie par des experts du Conseil de l'Europe, en 2000, comme un « processus de création, de re-crédation du lien social et de gestion de conflits (prévention ou règlement) qui reposent sur l'autonomie des partenaires et dans lequel un tiers, impartial, indépendant et sans pouvoir de trancher : le médiateur favorise par l'organisation d'entretiens confidentiels le rétablissement de la communication ou la solution du conflit ». Il faut mettre en évidence que ce domaine est singulier et qu'« Il existe une configuration spécifique de la médiation médicale qui recouvre plusieurs caractéristiques. D'abord nous avons à faire à une médiation où les médiés se connaissent pas ou peu et n'étant pas conduits à construire des relations durables, contrairement à ce qui est observable dans les champs familial, de voisinage ou encore de l'entreprise. [...] Ensuite, dans ce type de médiation, les sociologues parleraient d'une relation « asymétrique » en termes de statut puisqu'il s'agit le plus souvent de traiter d'un conflit mettant en relation un patient ou sa famille et un médecin. L'un est détenteur d'un savoir technique et d'un statut valorisé socialement. L'autre est une personne insatisfaite de l'offre qui lui a été prodiguée (de soin, d'accueil, d'information...) ne possédant pas le même niveau d'expertise médical (mais un savoir « profane ») et dont le statut ne relève pas forcément du même degré de valorisation sociale. De plus, l'un est dans son environnement professionnel avec lequel s'est forcément

⁵⁴ E. BIGOT, *Une sociologie de la médiation: la stratégie absolutiste de la modération*, Thèse, Besançon, 2006, p. 4.

créé des rapports de proximité professionnelle et l'autre se retrouve dans un espace marqué institutionnellement qui lui est inévitablement étranger »⁵⁵.

41. Il faut également souligner qu'il est possible de rencontrer d'autres types de médiations. A titre d'exemple, Madame Agnès Jacquerye retient deux grandes classes de médiation : *« hors du domaine des conflits, la première classe de médiation est la médiation de différences. Elle est destinée à créer (créatrice) ou restaurer (restauratrice) un lien dans une situation de différences ou indifférences et de liens distendus. Son action est anticipatrice, soutenue, quotidienne et assez discrète. Dans le domaine des conflits, la seconde classe de médiation est la médiation de différends. Elle est destinée à apaiser un conflit soit de façon préventive (prévenir un conflit que le médiateur aura intuitivement détecté à temps), soit de façon curative voire réparatrice (réparer quand la médiation intervient après l'éclatement d'un conflit) »⁵⁶.* Il faut alors différencier la médiation externe, qui nous intéresse dans cette étude, de la médiation interne. On parle de médiation interne lorsqu'elle s'exerce entre plusieurs membres d'un même établissement par exemple alors que la médiation externe concerne un professionnel de santé et un membre extérieur donc le patient ou sa famille. La médiation interne ne sera pas l'objet de ce travail mais son utilité est avérée. Elle peut par exemple être employée pour régler un conflit entre un établissement de santé et des syndicats. Dans un rapport de janvier 2012, l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ANESM) émet plusieurs recommandations afin de promouvoir la médiation telles que : *« Promouvoir les pratiques de médiation en cas de conflits ou de désaccords durables entre les professionnels, pour gérer des situations éducatives, de crise ou de violence »⁵⁷ ou « Aménager des conditions de participation et de médiation pour prévenir et traiter la violence »⁵⁸* et notamment entre résidents.

⁵⁵ F. BEN MRAD, « Médiation médicale et médiation interculturelle socio-sanitaire », *Education permanente*, n° 189, Décembre 2011.

⁵⁶ *Etude exploratoire de la médiation hospitalière*, Rapport remis par A. JACQUERYE, 2007, p. 16.

⁵⁷ *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles*, Rapport remis par L'ANESM, 2012, p. 3.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 6.

42. Lors de cette étude, il faudra s'intéresser à la médiation en tant que mode alternatif de règlement des différends dans le domaine de la santé et la question de la place du tiers médiateur doit nécessairement être posée. Etymologiquement, Madame Annie Cardinet rappelle que *« le choix de la construction « media-tor », celui qui agit au milieu, s'est fait dans un contexte où existaient déjà les notions d'intemuntius, le messenger, de conciliator, celui qui était favorable, médius, le médiateur de paix. Sa naissance doit donc répondre à un besoin que ne couvraient pas ces mots. La racine est claire: elle désigne celui, ou ce, qui est au milieu et/ou partage en deux. L'ancien français garde ces deux pôles: le mediator représente la division et/ou le lien »*⁵⁹. La directive de 2008 définit le médiateur comme *« tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'état membre et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener »*⁶⁰. Quant à lui le Conseil d'Etat considère le médiateur comme suit : *« le médiateur est un tiers impartial, indépendant, compétent et probe qui est sollicité, par les parties d'un commun accord, en vue de mener avec toute la diligence requise, le processus de médiation donc il a été chargé par les parties à un différend. Le recours à un médiateur peut également être ordonné par le juge avec l'accord des parties, dans le cadre du règlement du litige qui lui est soumis. La médiation peut être confiée à plusieurs médiateurs »*⁶¹. Dans le domaine de la santé, le médiateur connaît des caractéristiques spécifiques et son encadrement doit nécessairement être précisé.

43. D'un point de vue législatif et réglementaire, l'apparition de la médiation est récente à l'échelle du droit. Son avènement a principalement été jalonné par la loi du 8 février 1995⁶², la loi du 4 mars 2002⁶³, la directive du 21 mai 2008⁶⁴.

⁵⁹ A. CARDINET, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁰ Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁶¹ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, LE CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 28.

⁶² Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011.

44. Malgré ces avancées considérables, Madame Michèle Guillaume-Hofnung reste prudente : « *l'histoire de la médiation connaît depuis 1999-2000 un pallier bénéfique mais peut-être éphémère, certainement fragile. [...] La suite de l'histoire reste à écrire. Il est heureux que des revues comme celle-ci prennent un temps de réflexion pour se retourner sur le bref passé de l'avatar contemporain de la Médiation. En effet rien n'est gagné, faute de capitalisation des réflexions, les néophytes foncent, avec un souci souvent sincère de bien faire, combiné à une grande immodestie, et aussi la volonté constante de la récupérer, redécouvrent l'eau chaude, sans tenir compte de l'expérience des prédécesseurs c'est à dire de l'histoire* »⁶⁵. Il est possible de s'interroger sur le fait de pouvoir considérer que l'avènement de la médiation est un corollaire de l'affirmation des droits des patients. La réponse tend vers l'affirmative dans la mesure où cela permet de renforcer les droits des patients et de préserver leurs intérêts.

45. L'étude des conflits et des différends au prisme de la relation de soins et leur résolution par la médiation en santé doit donc faire l'objet d'une étude approfondie. Celle-ci doit dans un premier temps s'articuler autour de l'analyse de la nature juridique de ce mécanisme (partie 1). Cette observation est indispensable pour qualifier la médiation de véritable mécanisme alternatif de règlement des différends ainsi que pour étudier ses forces et ses faiblesses. Cet examen permettra également de préciser la qualification juridique de ce processus. A la lumière de cette analyse, des divergences entre la conception théorique de médiation et les diverses pratiques existant actuellement dans le domaine de la santé seront mises en évidence. Une remise en cause de son régime apparaîtra ainsi comme inévitable (partie 2). Au regard des manquements actuels, un remaniement apparaît en effet essentiel au fonctionnement de la médiation pour lui permettre d'être efficace de manière optimale. Cela doit sans conteste être effectué *via* un encadrement du statut du tiers médiateur, élément central et indispensable de ce processus. Il est également essentiel de

⁶³ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p. 4118.

⁶⁴ Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *op. cit.*

⁶⁵ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « Histoire de la médiation en France », *Avocats & Droit*, n° 10, 2004, p. 6-7.

préciser les principes directeurs de la médiation, notamment par une association du mécanisme et du droit processuel. La difficulté principale de cette refonte du régime juridique de la médiation est d'encadrer le mécanisme tout en conservant sa ductilité.

Partie 1. La remise en question de la nature juridique de la médiation

46. La nature juridique d'un mécanisme est essentielle à étudier de façon à le qualifier et lui appliquer le régime juridique adéquat. A ce jour, l'appellation de « médiation » est utilisée dans le domaine de la santé pour désigner des mécanismes qui ne correspondent pas en tout point à la conception théorique de médiation. Ces discordances engendrent inexorablement une remise en question de cette nature du processus. C'est pourquoi une étude approfondie de la nature juridique de la médiation se doit d'être menée de façon à qualifier de façon adéquate le mécanisme utilisé et lui conférer le régime juridique correspondant.

47. Madame Michèle Guillaume-Hofnung s'est très tôt interrogée à ce sujet et considère qu'« *il existe un véritable paradoxe de la médiation. Plus le terme se développe, plus le concept qui lui donne du sens se perd de vue. Pourtant, la médiation est un concept rigoureux, ayant sa place dans tous les dictionnaires de philosophie car il joue un rôle majeur dans de nombreuses doctrines philosophiques, religieuses ou scientifiques. Sa dissémination n'altère pas sa rigueur, la médiation garde un sens incompressible de processus ternaire de création mentale (individuelle ou collective) ou de dépassement d'une situation binaire (d'inertie ou d'opposition) opérant grâce à l'action d'un élément tiers. Elle assume toujours un rôle de moteur d'évolution, de transformation, de réalisation, tenant compte de la complexité des idées, des êtres ou des choses. Sa transposition dans le domaine des relations sociales n'altère ni sa définition ni sa fonction. Globalement la médiation se définit alors comme un processus de création du lien social, « 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* »⁶⁶. Elle expose ainsi que

⁶⁶ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*

ce processus est devenu « *l'otage de la nébuleuse des modes alternatifs de règlement des conflits* »⁶⁷. L'auteur estime que ce concept rigoureux souffre actuellement d'incertitudes terminologiques, notamment dans les textes juridiques la régissant : « *malgré l'affirmation et la consolidation de sa définition et de sa déontologie, elle continue à pâtir d'un faux succès* »⁶⁸. Ceci pose donc indéniablement la question de la nature juridique de la médiation et du régime applicable.

48. Monsieur Jean Timsit s'interroge également au sujet de la nature juridique de la médiation : « *Il appartient donc aux parties d'organiser la résolution de leur différend comme elles l'entendent. La liberté contractuelle leur laisse une souplesse quasi totale, sauf existence d'un régime légal applicable à certains types de médiation spécifiques. Qu'advient-il justement dans ces hypothèses dans lesquelles le législateur est intervenu pour réglementer la médiation? Reste-t-il toujours une place pour la liberté contractuelle ou la médiation ainsi prévue par la loi change-t-elle alors de nature?* »⁶⁹.

49. Cette étude doit donc nécessairement être menée pour clarifier la nature du mécanisme et lui offrir un régime juridique adéquat permettant de la valoriser. Il faut ainsi noter que la médiation peut être qualifiée de réel mécanisme juridique (titre 1) mais connaît actuellement une nature juridique hybride (titre 2).

⁶⁷ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *Gestions hospitalières*, n° 522, janvier 2013, p. 18-21. M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *La Gazette Santé Social*, n° 85, mai 2012.

⁶⁸ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*

⁶⁹ J. TIMSIT, « La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, n° 319, novembre 2001, p. 53.

Titre 1. La médiation : un réel mécanisme juridique

50. La médiation est un concept juridique spécifique dont il faut étudier la nature, notamment en tant que mécanisme juridique alternatif de résolution des différends. Monsieur Loïc Cadiet approfondit cette idée et établit que *« ce que l'on appelle les ADR (Alternative Dispute Resolution) dans la langue anglo-américaine, n'a aucune prétention à l'exhaustivité ; il s'agit simplement de donner quelques indications sur les évolutions en cours. Ainsi limité, l'argument général de mon propos est double : d'une part, que les modes alternatifs de règlement des conflits ne sont pas un phénomène aussi récent qu'on veut bien le dire mais qu'ils me semblent marqués, du point de vue français, du double sceau de la tradition et de la modernité, ce qui n'est pas contradictoire ; d'autre part, qu'ils ne se développent pas en opposition avec les modes de solution juridictionnelle mais s'inscrivent au contraire, avec ces derniers, dans un même système de justice plurielle »*⁷⁰.

51. Plusieurs auteurs ont effectué cette démarche et ont démontré qu'il s'agissait d'un mécanisme juridique appartenant aux modes alternatifs de règlement des différends. Cette démarche repose notamment sur une appréciation des caractéristiques et des principes fondateurs de la médiation.

52. Il faut ainsi étudier la médiation en tant que mécanisme juridique alternatif à part entière (chapitre 1) qui s'applique de façon adéquate au domaine de la santé (chapitre 2).

⁷⁰ L. CADIET, « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *R.L.R.*, n° 28.

Chapitre 1. Un mécanisme juridique alternatif à part entière

53. La médiation est juridiquement qualifiée de mode alternatif de règlement des conflits ou des différends. Cette dénomination se doit néanmoins d'être étudiée pour déterminer avec plus de précision ce qu'est la médiation. A la lumière de cette étude, il faudra constater qu'un certain flou entoure cette notion, dans le droit en général et particulièrement dans le domaine de la santé.

54. C'est la raison pour laquelle il est important d'analyser la médiation en fonction des outils qu'elle utilise. Au regard de la façon dont se déroule la médiation et des outils et disciplines juridiques et extra juridiques nécessaires à son fonctionnement, elle pourra être qualifiée de processus juridique puis, de façon plus précise, de mécanisme juridique (section 1). On remarquera ensuite que ce mécanisme juridique constitue une double alternative, à la justice et à une éventuelle judiciarisation, ce qui permettra de déterminer son caractère alternatif et de la distinguer des autres modes alternatifs de résolution des conflits (section 2).

55. De cette façon, la médiation pourra être érigée en véritable mécanisme juridique alternatif singulier.

Section 1. La fondamentale qualification de mécanisme juridique

56. Pour appréhender la nature juridique de la médiation, il est nécessaire de démontrer qu'il s'agit d'un mécanisme juridique alternatif à part entière. Cette qualification de mécanisme juridique n'est pas aisée et doit prendre en considération l'existence d'un processus juridique (paragraphe 1). La mise en œuvre de ce mécanisme juridique suppose la conciliation de plusieurs disciplines et outils qui peuvent être juridiques ou extra juridiques (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'existence d'un processus juridique

57. La médiation existe et doit être juridiquement qualifiée, cette qualification permet de distinguer en premier lieu un processus juridique singulier (A) et en second lieu de la désigner formellement comme un réel mécanisme juridique (B).

A. La singularité du processus juridique

58. Un processus peut se définir de plusieurs façons. Il peut en effet désigner un enchaînement d'évènements ou de phénomènes répondant à un schéma particulier et aboutissant à un certain résultat. Ce terme peut également désigner une suite d'actions ou d'opérations constituant une manière de faire ou de fabriquer quelque chose ou bien la manière dont une ou plusieurs personnes se comportent afin d'obtenir un résultat spécial⁷¹.

⁷¹ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

Il peut également être précisé que ce terme peut être utilisé dans le sens de développement ou de progrès⁷².

59. Il s'agit donc de s'intéresser à la notion de processus juridique. Un processus juridique utilise des outils juridiques afin d'obtenir un certain résultat, ceux-ci pouvant être des règles de droit, des techniques, des actes ou des faits juridiques. Le droit distingue communément les actes et les faits juridiques. Les faits juridiques se définissant comme un événement pouvant entraîner des effets de droit alors que les actes juridiques sont des manifestations juridiques destinées à produire des effets de droit.

60. Le processus se situe donc aux confins des deux notions. Le processus de médiation est en réalité une succession d'évènements destinée à produire des effets de droit. En ce sens, il semble opportun de définir la médiation comme un processus juridique étant donné qu'elle utilise bien des outils juridiques et peut donc être qualifiée de véritable mécanisme de droit.

61. C'est d'ailleurs cette notion de processus juridique qui est retenue par la doctrine québécoise. Monsieur Jean-François Roberge indique ainsi que la médiation est : « *un processus de décision à la suite d'un dialogue et d'une négociation assistée ou facilité par un tiers impartial, sans pouvoir décisionnel, librement choisi par les parties en vue de régler une situation problématique de façon amiable et mutuellement acceptable et, idéalement, rétablir ou bonifier la relation* »⁷³. Cette définition de la médiation en tant que processus est d'ailleurs confirmée ultérieurement par cet auteur mais aussi par Madame Catherine Régis : « *la médiation est donc un processus. Elle correspond à une méthodologie et amène une idée de mouvement et d'évolution* »⁷⁴.

62. Cette idée est également retenue par la doctrine française puisque madame Mélina Douchy-Oudot précise au sujet de la conciliation et de la médiation que « *la qualification de*

⁷² « Dictionnaire Littré », [En ligne : <http://www.littre.org/>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

⁷³ J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

⁷⁴ C. RÉGIS et J.-F. ROBERGE, « Repenser le régime de plaintes dans le système de santé au Québec à la lumière d'une philosophie de médiation », 2012.

« processus structuré » n'est pas celle de contrat ou de convention. En ce sens, la médiation ou la conciliation conventionnelle ne suppose pas, formellement, un contrat de médiation ou de conciliation. [...] la loi indique expressément que ce processus est défini substantiellement par cette tentative des parties de parvenir à un accord en vue de la résolution de leur litige recourant à un tiers »⁷⁵.

63. La Cour de cassation expose que la médiation est un processus qui comporte trois phases. La première correspond à l'expression des positions des parties et la compréhension de celles-ci par les autres participants. La seconde étape relevée par la haute juridiction de l'ordre judiciaire est la détermination des intérêts en présence, phase durant laquelle le médiateur a un rôle prépondérant ; particulièrement dans la reformulation et la transmission des informations aux parties. La dernière phase permet enfin de convenir d'une solution ménageant les besoins des participants et répondants à leurs divers intérêts. La Cour de cassation expose ainsi que *« le processus permet aux parties de sortir du cercle juridique circonscrit par le litige et de dégager parfois une solution à laquelle le juge n'aurait pu aboutir, compte tenu du champ limité de sa saisine. Le dispositif garantit la stricte confidentialité des propos et des documents échangés pour les besoins de la médiation. Cette confidentialité s'imposant à tous il est important que, dès le début de la médiation, les parties s'engagent expressément à la respecter. Si durant le processus le médiateur acquiert la conviction que l'une ou les parties ne sont pas de bonne foi, ou ont des objectifs non conformes à la loi, il doit les avertir qu'il n'entend pas poursuivre sa mission dans ces conditions et demander au juge d'en être déchargé, sans en donner les raisons pour respecter la confidentialité »⁷⁶*. Ceci permet de relever que ce mécanisme s'inscrit dans une temporalité particulière.

64. D'un point de vue normatif, la Commission européenne définit les modes alternatifs de règlement des différends comme *« les processus extrajudiciaires de résolution des conflits conduits par une partie tierce »*. La définition adoptée en 2008 couvrant la médiation et la

⁷⁵ M. DOUCHY-OUDOT, « Médiation et conciliation », in *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013.

⁷⁶ J. CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Etudes de la Cour de cassation*, 2003, p. 11.

conciliation utilise cette dénomination : « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre* ». Les articles 1530 et 1531 du code de procédure civile définissent ces mécanismes comme « *tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire, en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence, et diligence* »⁷⁷. Ceci permet de démontrer que la médiation présente comme caractéristique essentielle d'être un mécanisme extrajudiciaire.

65. Le législateur français consacre également cette notion de processus puisque « *L'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 définit la médiation dans l'article comme : « un processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige. » Le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 8 qui a codifié cette ordonnance définit : « la médiation et la conciliation conventionnelles » comme un processus « en dehors de toute procédure judiciaire. » »⁷⁸.*

66. Etant établi que la médiation peut être considérée comme un réel processus juridique, il est nécessaire d'exposer qu'elle peut aussi être définie de façon plus précise comme un mécanisme juridique.

⁷⁷ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Rapport remis par L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, 2015.p.14

⁷⁸ M. BOITTELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation? », *Gaz. Pal.*, n° 164, juin 2015, p. 9.

B. La désignation formelle de mécanisme juridique

67. La médiation est donc bien un processus juridique mais, plus précisément, elle peut s'apparenter à un mécanisme juridique. Plusieurs définitions du mécanisme coexistent suivant les disciplines auxquelles elles s'appliquent. Le dictionnaire Larousse en donne l'illustration en distinguant un « *dispositif constitué par des pièces assemblées ou reliées les unes aux autres et remplissant une fonction déterminée (entraînement, freinage, verrouillage, etc.)* », « *enchaînement des opérations propres à une fonction ; processus* » et « *philosophie de la nature qui s'efforce d'expliquer l'ensemble des phénomènes par les seules lois de cause à effet* »⁷⁹. Le CNRTL donne une définition du mécanisme similaire à deuxième définition citée dans le dictionnaire Larousse, à savoir : « *Ensemble d'éléments, de structures dont l'organisation assure une fonction, une activité; ce fonctionnement, ce processus lui-même* »⁸⁰. La médiation, en effet, est bien un ensemble d'éléments juridiques et extra juridiques qui permettent d'assurer une fonction, une activité qui est de dénouer le différend et de résoudre le conflit par la voie amiable.

68. Un mécanisme juridique peut être considéré comme un ensemble d'éléments dont l'organisation assure une activité, une fonction, un processus. Ceci permet de préciser la notion de médiation qui pourrait tout à fait répondre à ces critères puisqu'elle regroupe un ensemble d'éléments juridiques ou extra juridiques afin d'assurer le règlement amiable d'un conflit. La notion de mécanisme juridique est fréquemment utilisée par le droit interne pour désigner par exemple celui de la lettre de change, de la représentation ou de la compensation. En ce qui concerne la médiation, elle peut être dénommée de processus juridique mais il s'avère qu'elle est plus précisément un mécanisme qui par ses rouages permet d'aboutir à un but donné : la résolution du différend. La qualification de mécanisme juridique paraît ainsi plus adéquate.

⁷⁹ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

⁸⁰ « Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales », [En ligne : <http://www.cnrtl.fr/>].

Paragraphe 2. L'impérative conciliation d'outils juridiques et extra juridiques

69. La médiation est un mécanisme juridique utilisant des outils juridiques et extra juridiques. L'utilisation d'outils juridiques est indispensable au bon déroulement de ce processus (A) mais se doit impérativement d'être associée à la mise en œuvre de disciplines s'exerçant en dehors de la matière du droit (B).

A. L'indispensable utilisation d'outils juridiques

70. Pour mener une médiation, il est indispensable d'utiliser les outils juridiques mis à disposition. Pour ce faire, une connaissance approfondie du maniement des normes de droit est nécessaire (1) ainsi qu'une grande malléabilité au regard de la délicate application de ces règles de droit (2).

1. Le maniement nécessaire des normes juridiques

71. La médiation est un mode alternatif de règlement des conflits utilisant nécessairement des outils juridiques. Ce mécanisme se doit effectivement de ne pas aller à l'encontre de la loi et de la respecter. Celui-ci doit nécessairement se conformer aux normes juridiques en présence. C'est pourquoi un mécanisme incitant ou obligeant les parties à outrepasser la loi ne pourrait être appliqué. La médiation dans le domaine de la santé étant encore actuellement peu encadrée juridiquement, il est essentiel de surveiller qu'en pratique, sa mise en application se fasse en conformité avec les règles de droit.

72. Plusieurs principes fondamentaux sont à mettre en exergue et à respecter au cours de ce processus. Les invariants et les contingents de la médiation sont essentiels à étudier et notamment les principes juridiques à respecter, parmi lesquels on retrouve la confidentialité, le secret professionnel, l'impartialité, la neutralité, le contradictoire, le droit processuel, etc.

73. Pour aller plus avant, il est indéniable que des acquis juridiques doivent avoir été obtenus par le médiateur. Ces acquis lui permettent d'expliquer - juridiquement parlant - les conflits aux parties, de poser le cadre du déroulement de la médiation et de les aider à trouver une solution juridiquement envisageable, plus précisément un accord qui sera conforme aux règles de droit en vigueur et pourra donc être appliqué et éventuellement homologué par un juge afin d'avoir une valeur contraignante. Il ne peut être envisagé que l'accord conclu entre deux parties les incitent par exemple à commettre une infraction, sans quoi sa validité en serait entachée.

74. Par ailleurs, une procédure se doit d'être respectée, c'est-à-dire que selon que la médiation est judiciaire, conventionnelle ou autonome, celle-ci recourra aux mêmes principes directeurs mais pas forcément dans les mêmes délais, devoirs d'entretiens, etc. Ainsi, des outils juridiques doivent être connus et utilisés pour mener à bien cette médiation tout en la maintenant dans un cadre légal.

75. Bien entendu, des principes comme l'impartialité, l'indépendance, la neutralité, la confidentialité, doivent impérativement être présents afin de mener à bien la médiation. Ces principes juridiques appartiennent donc aux outils offerts par le droit et sont d'ailleurs utilisés dans d'autres disciplines.

2. La délicate application des règles de droit

76. La mise en œuvre de ces outils juridiques dans un cadre extrajudiciaire est moins aisée que dans le cadre judiciaire qui connaît une utilisation stricte de leur application. Les mécanismes alternatifs de règlement des conflits utilisent ces outils mais leur mise en œuvre est nécessairement plus souple, ce qui peut engendrer certaines interrogations. Par exemple, il faut impérativement se poser la question du contradictoire. Ce principe essentiel en droit processuel, que ce soit au niveau de la procédure pénale, administrative ou civile. Il s'agit du principe en vertu duquel les parties ont la garantie de ne pas être jugées sans

avoir pu être entendue ou pour le moins appelées⁸¹. Ce principe permet de garantir à chaque partie le droit de prendre connaissance des arguments qui feront l'objet de son jugement. Ces arguments peuvent être de droit, de preuve ou de fait. Il découle ainsi de cette garantie le fait que les parties au procès doivent communiquer leurs pièces de manière loyale et diligente. Ceci permet à chaque partie de se préparer au débat sur une pièce, dès lors que celle-ci est produite en justice.

77. Ce principe a été consacré en principe général du droit par les hautes juridictions, la Cour Européenne des Droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel⁸². Il est d'ailleurs considéré comme une traduction concrète de la notion de procès équitable. Ce principe s'applique aux parties mais aussi au juge de façon à ce que les droits de tous soient préservés. Ce concept est présent dans de nombreux textes dont les articles 6 et 13 de la CEDH⁸³, dans le code de procédure civile (articles 14, 15, 16, 132) mais aussi au sein du code

⁸¹ La locution latine « *Audiatur et altera pars* » signifiant « *que soit entendue l'autre partie* » illustre ce principe.

⁸² Conseil constitutionnel, 13 août 1993. CEDH, 22 juin 1993, *Mélin c/ France*. CEDH, 24 février 1995, *Michael c/ Royaume-Uni*.

⁸³ Convention européenne des droit de l'Homme, 4 novembre 1950.

« Article 6 : Droit à un procès équitable. 1-Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

« Article 13 : Droit à un recours effectif. Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance

de déontologie de l'avocat puisqu'il est tenu de respecter les principes directeurs de la procédure tels que le contradictoire.

78. Ce principe juridique s'applique au procès, plus largement aux procédures et il faut donc se demander s'il est applicable ou pas en matière de médiation. Il n'est actuellement pas obligatoire de respecter le contradictoire pour procéder à une médiation dans le domaine de la santé et son non respect n'est pas sanctionné, contrairement à la procédure civile, pénale ou administrative. Pour autant, il s'agit d'un outil juridique fort intéressant qui présente des intérêts certains et notamment au regard de l'équité des parties et de leurs droits. L'appliquer à la médiation permettrait donc d'aboutir à une plus grande sécurité de la procédure et préservation des droits de chacun mais pourrait nuire à la malléabilité du processus. Ce tiraillement récurrent entre la protection procédurale et la préservation de la souplesse du processus entretient cette délicate application des règles de droit en la matière.

B. La mise en œuvre appréciable de disciplines non juridiques

79. Au-delà des aspects juridiques de la médiation, il est indéniable que ce mécanisme utilise également des outils extra-juridiques. Plusieurs disciplines sont à explorer et utiliser tels que la psychologie, la sociologie, la philosophie mais également la gestion des conflits, l'économie ou l'éthique. Certaines de ces disciplines non juridiques sont inhérentes à la recherche rationnelle de la compréhension de l'homme (1) alors que d'autres dépendent davantage de la gestion conflit (2).

nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

1. Des disciplines relatives à la recherche de la compréhension de l'homme

80. Certains des outils non juridiques utilisés dépendent davantage des sciences humaines et sociales. Tel est notamment le cas de la psychologie, de la sociologie, de l'anthropologie et de la communication.

81. La psychologie est sans aucun doute un point primordial de la médiation dans la mesure où il s'agit de mettre en présence deux parties en conflit et de les amener à renouer le dialogue et aboutir à une solution les satisfaisant toutes les deux. Le tiers médiateur se doit ainsi d'avoir de fines bases de psychologie. Selon le dictionnaire Littré, la psychologie est le « *mot employé par Wolff le premier pour désigner l'étude que l'on fait du moral et de l'intelligence, sans prendre en considération les parties qui en sont les organes* »⁸⁴. Cette science peut se définir comme la « *discipline qui vise la connaissance des activités mentales et des comportements en fonction des conditions de l'environnement* ». La doctrine souligne que « *la psychologie, ainsi, a répondu à des besoins épistémologiques qui la dépassaient largement, en s'insérant dans des taxinomies du savoir (abstrait ou empirique) dont bon nombre peuvent nous paraître aujourd'hui obsolètes mais qui avaient leurs ressorts propres. Elle a prospéré dans les marges de la philosophie, de la médecine, de la physique ou de la biologie, mais aussi de l'idéologie théologico-politique, comme le montre Paul Mengal pour la fin du XVIème siècle* »⁸⁵. L'importance de la psychologie n'est plus à démontrer et cette approche qui étudie les comportements et les faits psychiques a, par conséquent, toute sa place au sein du processus de médiation. Celui-ci permet en effet de créer ou recréer un lien, d'exposer le conflit et de tenter de le résoudre et doit donc être mené avec psychologie, à l'égard des parties et par le médiateur. Il faut d'ailleurs noter que les psychologues eux-mêmes encouragent le recours à ce processus en considérant que les outils de médiation permettent d'établir un cadre, « *celui-ci reliant deux ou plusieurs protagonistes à travers la*

⁸⁴ Dictionnaire Littré

⁸⁵ 'Aux origines de la psychologie européenne : XVIème-XIXème siècles', *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2 (2000), 3.

création d'un espace facilitant la mise en jeu du processus de symbolisation et de subjectivation »⁸⁶.

82. La sociologie quant à elle est définie par le CNRTL comme la « *science des faits sociaux humains (considérés comme un objet d'étude spécifique), des groupes sociaux en tant que réalité distincte de la somme des individus qui les composent* »⁸⁷. Il s'agit donc d'une discipline pouvant être un outil utile pour mieux comprendre les individus et mener à bien la médiation. Le corollaire de la sociologie est indéniablement l'anthropologie, « *étude de l'homme et des groupes humains* » ou « *philosophie qui met l'homme au centre de ses préoccupations* »⁸⁸. Plus précisément, il existe une science qui est l'anthropologie juridique et à ce sujet, Monsieur Norbert Rouland nous éclaire : « *l'anthropologie juridique a été nourrie par les expériences des sociétés traditionnelles. [...] Elle se veut aussi réflexion sur notre propre droit. Elle part du principe qu'une connaissance conjointe des systèmes juridiques traditionnels et modernes est indispensable à la constitution d'une authentique science du droit* »⁸⁹. Ces deux disciplines font partie des notions à connaître pour entreprendre une médiation, elles devraient donc faire partie de l'enseignement et de la formation du médiateur.

83. De façon plus concrète, la médiation met en œuvre des outils relatifs à la communication. Cette discipline est un élément primordial de la médiation dans la mesure où celle-ci repose sur le dialogue. Certains conflits sont dus à des incompréhensions et parfois, le simple fait de pouvoir renouer le dialogue, reformuler les choses qui n'ont pas été comprises ou mal interprétées, facilite la communication. Monsieur Jean-Louis Lascoux souligne dans son guide pratique de la médiation professionnelle : « *le médiateur a une pratique d'accompagnement, de facilitateur. Il est un acteur dans une mise en relation, voire*

⁸⁶ P. CONRATH et D. GOETGHELUCK, « La médiation, un espace pour penser », *J. Psychol.*, vol. 319, n° 6, 2014, p. 18.

⁸⁷ CNRTL, « Définition de la sociologie », [En ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/sociologie>].

⁸⁸ Dictionnaire Larousse

⁸⁹ N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1995.

simplement dans une relation existante. Il intervient très concrètement pour établir, préserver ou rétablir la qualité d'une communication »⁹⁰.

2. Des disciplines inhérentes à la gestion du conflit

84. D'autres outils non juridiques faisant partie du panel des outils de la médiation sont considérés comme inhérents à la gestion du conflit à proprement parler. Il s'agit principalement de la gestion du conflit, de l'éthique, de la déontologie et de l'économie.

85. L'apprentissage de la gestion des conflits est considéré comme une discipline à part entière qui fait partie des moyens que la médiation utilise lors de sa mise en œuvre. Il s'agit donc de comprendre la dynamique conflictuelle, que ce soit au stade de la compréhension du désaccord lui-même ou de sa gestion, les mécaniques de ces différends, les rapports de force, etc.

86. D'autres disciplines ne peuvent pas être mises de côté lors d'une médiation : l'éthique et la déontologie. La notion d'éthique provient de plusieurs sources étymologiques : *ethos* en grec qui signifie le caractère d'un individu, *éthos* qui correspond à la coutume, aux mœurs et du latin *ethicus* traduit par la notion de morale. L'éthique est usuellement définie comme la science de la morale, l'art de diriger la conduite. L'éthique doit ainsi être présente dans le déroulement d'une médiation, que ce soit entre les parties, à l'égard du médiateur ou vis-à-vis des parties. De cette éthique découle inévitablement la déontologie du tiers médiateur, outil indispensable au bon déroulement de ce processus. Cette discipline proche de l'éthique, ne doit cependant pas être confondue avec cette notion⁹¹. Concernant la médiation au sujet du cas SFR Cegetel, Madame Alice Le Flanchec estime qu' « *un comportement est jugé éthique s'il est conforme à certaines valeurs, comme la morale ou la justice. L'éthique correspond à l'art de diriger son comportement en respectant des règles morales. On parle de déontologie lorsque l'on met en application ces*

⁹⁰ J.-L. LASCOUX, *Pratique de la médiation professionnelle: une méthode alternative à la gestion des conflits*, Issy-les-Moulineaux, ESF éd., 2015, p. 21.

⁹¹ Voir en ce sens : E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, LEH Edition, 2003.

*principes dans le domaine professionnel. La justice, quant à elle, dans une approche où le salarié, au sein de l'entreprise, recherche un équilibre entre incitations et rétributions, correspond à la perception subjective des individus par rapport à la répartition des ressources »*⁹². Cet auteur met en avant l'importance de l'éthique et donc de la déontologie dans l'exercice d'une profession et notamment dans le métier de médiateur. Didier Sicard souligne également les liens étroits entre éthique et médiation : *« l'éthique est une médiation critique entre les connaissances scientifiques et l'humanité dans ce qu'elle a de plus faible. [...] Sans médiation, il n'y a donc pas d'éthique possible et, inversement, une éthique qui s'accommoderait d'une médiation médiocre serait bien désespérante »*⁹³.

87. Un dernier élément pouvant se révéler particulièrement important lors d'une médiation est l'économie. Cette science de gestion et de régulation des dépenses est essentielle pour régler les conflits qui engendrent de façon générale des enjeux économiques pour les parties, au regard de l'engagement éventuel de frais et de la compensation pouvant être accordée. Monsieur Bruno Deffains a d'ailleurs récemment établi une analyse économique des modes alternatifs de règlement des conflits⁹⁴.

88. Ces éléments sont donc des outils et des disciplines sans lesquelles la médiation ne peut se dérouler, bien qu'il s'agisse d'éléments non juridiques. Pour mener à bien cette mission de médiation, ceux-ci doivent nécessairement être conciliés aux outils juridiques étant donné que la médiation est un mécanisme juridique. Ces éléments exposent l'entremêlement de disciplines auquel est confrontée la médiation, elle ne peut se fonder uniquement sur le droit qui n'est pas une matière isolée.

⁹² A. LE FLANCHEC, « Médiation, autonomie et justice procédurale: Le cas SFR Cegetel », *Négociations*, vol. 6, n° 2, 2006, p. 113.

⁹³ D. SICARD, « Les enjeux éthiques », in *Hôpital & médiation: colloque*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 69-73.

⁹⁴ P. CECCHI-DIMEGLIO, B. BLOHORN-BRENNEUR, G. CANIVET[et al.], *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits = Interdisciplinary handbook of dispute resolution*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 63.

Section 2. La qualification rigoureuse de mécanisme juridique alternatif

89. Les modes de résolution des différends et des conflits sont qualifiés d’alternatifs dans la mesure où ils permettent la résolution d’un conflit sans faire appel au système judiciaire par le biais d’une procédure contentieuse. Le dictionnaire Larousse définit ce terme comme suit : « *qui présente ou propose une alternative, un choix entre deux solutions* »⁹⁵. La médiation peut être qualifiée de mode alternatif étant donné qu’elle permet la résolution d’un conflit ou d’un différend sans faire appel au système judiciaire par le biais d’une procédure. Elle propose donc une autre solution que le procès pour régler un conflit existant, c’est une alternative au juge. Le terme « alternatif » s’entend donc comme une alternative au système judiciaire.

90. La médiation présente des particularités qui permettent de la distinguer des autres modes alternatifs de règlement des conflits (paragraphe 1) mais elle peut tout de même être considérée comme un mécanisme alternatif à part entière (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La distinction nécessaire d’avec les autres modes alternatifs de règlement des différends

91. La Commission européenne définit les modes alternatifs de résolution des conflits comme « *les processus extrajudiciaires de résolution des conflits conduits par une partie tierce* »⁹⁶. Parmi ces différents modes alternatifs, la médiation se différencie relativement aisément de la transaction, de la négociation, de l’arbitrage et du règlement amiable (A) mais beaucoup plus difficilement de la conciliation (B) et ceci se reflète tout particulièrement dans le domaine de la santé.

⁹⁵ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

⁹⁶ *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, Rapport remis par LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 2002, p. 6.

A. Une différenciation aisée d'avec la transaction, l'arbitrage, l'amiable et la négociation

92. Ce mécanisme doit essentiellement se distinguer des autres mécanismes alternatifs tels que la conciliation, l'arbitrage et la transaction. A l'heure actuelle, la médiation existe mais sa mise en œuvre diversifiée engendre en pratique des confusions avec d'autres modes alternatifs de règlement de différends avec lesquels la frontière est mince⁹⁷. Il existe un panel de mécanismes extra juridictionnels permettant d'éviter le recours au contentieux et qui peuvent entraver l'impact de la médiation, mécanisme unique et souple⁹⁸, s'appliquant particulièrement bien au domaine médical. Il est donc intéressant de distinguer la médiation et d'étudier les principaux modes alternatifs de règlement des conflits que sont l'arbitrage, la transaction et le règlement amiable.

93. Tout d'abord, en ce qui concerne l'arbitrage, comme le souligne Monsieur Philippe Fouchard, il se rapproche beaucoup plus des modes juridictionnels étatiques de règlement des litiges que des modes de règlement amiable⁹⁹. Il convient, lors d'un contentieux, de faire appel à un tiers en dehors du système judiciaire. Ce tiers – seul ou composé d'un collège de personnes - est chargé d'instruire l'affaire, d'écouter les parties et de prendre une décision. Monsieur Bertrand Moreau définit l'arbitrage comme « *l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun pour être résolus par des arbitres investis, pour la circonstance, de la mission de juger* »¹⁰⁰. Ce même auteur distingue l'arbitrage répondant à la définition du code de procédure civile, à savoir

⁹⁷ Voir en ce sens A. CUDENNEC, A. GIBELIN et J. FONTANA, « Théorie et pratique de la médiation en santé. L'exemple du Languedoc-Roussillon », *Droit, déontologie et soins*, vol. 14, n° 2, 2014, p. 183-192.

⁹⁸ *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *op. cit.*

⁹⁹ P. FOUCHARD, « L'arbitrage judiciaire », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 168-169.

¹⁰⁰ B. MOREAU, « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2012.

l'arbitrage *ad hoc*, l'arbitrage de qualité, l'arbitrage professionnel et l'arbitrage institutionnel, de celui n'y répondant pas tels que l'arbitrage contractuel, l'arbitrage judiciaire, l'arbitrage disciplinaire ou l'arbitrage forcé. Concernant la nature juridique de l'arbitrage, il précise qu' : « à l'heure actuelle, il semble que le débat doctrinal se soit atténué puisqu'il est désormais largement admis que l'arbitrage a une nature hybride, tenant à la fois du contrat et du jugement. Cette dualité, qui se retrouvait déjà dans les décrets du 14 mai 1980 et du 12 mai 1981, a été réaffirmée par le décret du 13 janvier 2011. Selon le doyen CORNU¹⁰¹, c'est d'ailleurs cette nature duale qui fait l'originalité de l'arbitrage et qui permet son efficacité »¹⁰². Il semblerait pourtant que pour une partie de la doctrine, « L'accord s'est fait pour admettre le caractère juridictionnel de l'arbitrage : « la mission juridictionnelle de l'arbitre ne suscite plus de réelles controverses, du moins quant à son principe. La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine. » (Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, 1987, LGDJ) »¹⁰³. La médiation et l'arbitrage se distinguent donc de façon relativement aisée puisque la décision arbitrale s'impose aux parties alors que le médiateur n'a pas le pouvoir de rendre une décision. Madame Anne Laude souligne à ce titre que la loi n°2001-420 du 15 mai 2001¹⁰⁴ a conduit « à une extension de l'arbitrage en matière médicale puisqu'il est désormais possible d'introduire une clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »¹⁰⁵. Il est vrai que, contrairement au médiateur, l'arbitre a pour rôle de trancher et de donner une solution, il rend une sentence qui sera opposable aux parties¹⁰⁶.

94. Concernant ensuite la transaction, il faut souligner que c'est un mode de règlement amiable à l'initiative des deux parties au litige tout comme la médiation. Pourtant une distinction importante existe puisqu'au titre de l'alinéa premier de l'article 2044 du code civil,

¹⁰¹ Sur la notion d'arbitre, voir : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9ème édition, Paris, PUF, 2011.

¹⁰² B. MOREAU, *op. cit.*

¹⁰³ L. RICHER, « Arbitrage et conciliation », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2013.

¹⁰⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (1), JORF n°113 du 16 mai 2001 p. 7776.

¹⁰⁵ A. LAUDE, « L'arbitrage en matière médicale », *Dr. & Patr.*, n° 104, 2002, p. 80.

¹⁰⁶ T. GRANIER, « Compétence et arbitrage », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 1999.

la transaction est un contrat nommé par lequel les parties « *terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* »¹⁰⁷. Ceci se fait au moyen de concessions réciproques. Il est important de souligner le fait que si une transaction est effectuée entre deux parties, celle-ci a l'autorité de la chose jugée et règle donc définitivement le litige comme le prévoit l'article 2052 du code civil. Médiation et transaction sont donc deux mécanismes qui se distinguent de façon relativement facile mais cela n'empêche pas qu'ils puissent parfois se combiner. A titre d'exemple, si les parties à la médiation prévoient une transaction dans leur accord final, celle-ci pourra avoir lieu une fois la médiation terminée et les deux mécanismes, bien que distincts, pourront se combiner et/ou se succéder.

95. En ce qui concerne le règlement amiable, il s'intéresse principalement au règlement direct avec la personne concernée mais peut aussi intégrer la conciliation. De façon générale, dans le domaine de la santé, ce terme est utilisé pour montrer qu'il s'agit d'un mode de règlement des litiges non contentieux et il s'exerce principalement entre la personne lésée et l'assureur du praticien et/ou de l'établissement en faute, si faute il y a.

96. La négociation consiste quant à elle en la recherche d'un accord par les parties, ce dernier devant être plus ou moins équitable et respectueux des deux parties. Elle peut constituer une simple phase d'un mode alternatif de règlement des conflits sans véritablement en constituer un elle-même.

97. L'intervention du défenseur des droits est également un mécanisme qui doit être expliqué. Ce dernier a une mission de médiation au niveau national et non local et se distingue en ce sens de la médiation en santé telle qu'étudiée dans ce travail. Effectivement, outre la médiation au sein des établissements de santé, la médiation au niveau national reste possible. Ici encore, les évolutions ont été nombreuses. En, 2006 a été créée la Mission pour le développement de la médiation, de l'Information et du dialogue pour la sécurité des soins au sein de la Haute Autorité de Santé. Puis, le 9 janvier 2009, cette mission a été transférée au Médiateur de la République et un pôle santé a alors été mis en place pour renforcer les relations entre les usagers et les professionnels de santé. Le médiateur était une autorité indépendante chargée de s'occuper des réclamations concernant le

¹⁰⁷ Art. 2044 C. civ.

fonctionnement des administrations de l'Etat avec les administrés, des établissements publics avec les usagers et de tout autre organisme ayant une mission de service public. Ayant succédé également au Défenseur des enfants, à la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) et à la Commission Nationale de la Sécurité (CNDS), il est saisi par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public, d'un organisme ayant une mission de service public. Il a aussi la possibilité de s'auto-saisir. La Constitution précise : *« le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences. Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office. La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions. Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique. Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement »*¹⁰⁸. Enfin, une loi organique du 29 mars 2011¹⁰⁹ a dévolu cette mission au défenseur des droits, qui apparaît comme un médiateur unique au service du citoyen. L'article 2 de la loi organique de 2011 le définit comme une autorité constitutionnelle indépendante dont les missions sont la défense et la promotion des droits de l'enfant, la lutte contre les discriminations, la promotion de l'égalité et veille au respect de la déontologie. Il peut ainsi être saisi par toute personne physique ou morale qui s'estime lésée dans l'exercice de ses droits et libertés. Ce terme désigne donc à la fois l'institution concernée et celui qui la préside.

¹⁰⁸ Art. 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 créé par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

¹⁰⁹ Loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits, JORF n°0075 du 30 mars 2011 p.5496.

98. Dans le domaine de la santé, le défenseur des droits est en charge de la défense des droits et libertés des usagers du système de soins et des professionnels de santé. Il peut ainsi être saisi à titre gratuit pour des conflits relatifs à de multiples sujets tels que la sécurité des soins, à la sécurité des patients, les droits des patients, la sécurité des personnes, la déontologie, la bioéthique. Le pôle santé du défenseur des droits a également une mission d'information, de traitement des réclamations et de médiation puisque l'un de ses objectifs est de renforcer le dialogue entre les différentes entités précitées. Ce pôle peut donc être comparé à une structure transversale de médiation, d'aide, d'information et de conseil pour les organismes suivants : établissements publics et privés de santé, établissements médico-sociaux, cabinets libéraux (médecine, dentaire), prisons, etc. La procédure de saisine du défenseur des droits est relativement simple puisque la personne s'estimant lésée dans ses droits ou victime peut le contacter *via* un formulaire pré établi par internet ou par courrier.

99. En ce sens, la médiation par le défenseur des droits peut constituer un mécanisme annexe intéressant se distinguant de la médiation externe telle qu'elle est appliquée à la relation de soins de nos jours. Ces définitions sémantiques ayant été abordées, il est nécessaire de démontrer en quoi la médiation se démarque et se distingue des autres modes alternatifs de règlement des différends. Plusieurs éléments sont ici à mettre en lumière : le statut du tiers, le processus du mécanisme, le recours éventuel à la voie judiciaire, la valeur de la décision diffèrent entre la médiation et ces autres mécanismes alternatifs.

B. Une distinction subtile entre médiation et conciliation

100. Au sujet des modes alternatifs de règlement des différends et de la médiation, le Conseil d'Etat souligne dans son étude de 2010 que « *ces pratiques couvrent des domaines ou des procédures très hétérogènes* »¹¹⁰. Si la médiation se distingue relativement aisément de certains mécanismes, cette différenciation est plus délicate en ce qui concerne la

¹¹⁰ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 12.

conciliation et ce en raison d'incertitudes terminologiques. Madame Michèle Guillaume-Hofnung relève d'ailleurs que « *si le développement de la médiation dans le secteur de la santé est prévisible et souhaitable, son avenir dépend également de la capacité des décideurs à réviser radicalement les dispositifs par des choix terminologiques clairs* »¹¹¹.

101. Ces deux mécanismes ont toujours été complexes à distinguer (1) et, en droit de la santé, la procédure auprès des commissions de conciliation et d'indemnisation est particulièrement révélatrice (2).

1. Au sens général

102. Selon certains auteurs, la conciliation « *fait office de symbole en raison de son ancienneté, mais aussi de son universalité. Dans un sens générique, elle englobe, à elle seule, tous les autres modes de règlement amiable des conflits et, en particulier, la médiation. La déclinaison de la conciliation en des modes alternatifs de règlement des conflits bien distincts s'est faite en plusieurs étapes* »¹¹².

103. De façon plus concise, la conciliation est un mécanisme qui consiste en un recours à un tiers (le conciliateur) qui écoute les parties et leur fait une proposition afin de régler le litige. Ce dernier a donc un rôle de conseil. Les parties sont ensuite libres de suivre ou non cette proposition. La conciliation peut avoir lieu dans le cadre d'une procédure judiciaire ou être conventionnelle/autonome. La médiation et la conciliation sont ainsi deux modes alternatifs très proches pour régler des conflits mais il existe pourtant entre elles des différences substantielles. Madame Béatrice Gorchs met d'ailleurs en avant le fait qu' « *au delà d'une diversité des pratiques que provoquent l'absence de définition légale d'un schéma procédural et la logique interactive des séances de conciliation, pourrait bien exister une* »

¹¹¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *Gestions hospitalières*, n° 522, janvier 2013, p. 18-21. M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *La Gazette Santé Social*, n° 85, mai 2012.

¹¹² M. DOUCHY-LOUDOT, « Médiation et conciliation », in *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013.

façon » de rendre la justice inhérente à la conciliation qu'une littérature riche sur la médiation, dernière née des modes alternatifs, tend à obscurcir en entretenant une certaine confusion entre les deux concepts »¹¹³.

104. Dans ces deux mécanismes voisins, le rôle du tiers conciliateur approche celui du médiateur mais la distinction essentielle entre les deux est l'issue du processus. Il faut expliquer que, contrairement au conciliateur qui propose une solution aux parties – solution que celles-ci auront le loisir d'accepter ou de refuser – le médiateur ne propose rien aux parties mais les guide simplement pour qu'elles aboutissent elles-mêmes à leur propre solution. Il existe donc une différence de degré dans l'implication du tiers^{114,115}. Cette notion est essentielle et conditionne le processus utilisé puisqu'il peut être relativement aisé de passer d'un mécanisme à l'autre si le tiers médiateur ou conciliateur n'est pas respectueux de ces nuances¹¹⁶. Selon cette échelle d'engagement du tiers, celui des parties ne sera pas égal. La médiation impose une implication plus vaste des parties qui devront tout mettre en œuvre pour aboutir à trouver elles-mêmes une solution.

105. En pratique, la nuance est difficilement saisissable et peut être difficile à appréhender mais en théorie, cette distinction est essentielle. Il existe également une différence de degré entre ces deux mécanismes. Madame Mélina Douchy-Oudot relève à ce titre que *« ces deux modes conventionnels et pacifiques de règlement des conflits [...] peuvent être distingués l'un de l'autre par une différence de degré dans l'implication du tiers. Le recours à l'un ou l'autre de ces modes alternatifs de règlement des conflits suppose une organisation procédurale adaptée. Ce sont d'ailleurs les règles applicables à chacune des procédures, en dehors d'un fonds commun, qui permettent en pratique de les distinguer »*¹¹⁷.

106. En droit positif, ces deux notions de médiation et de conciliation sont bien souvent confondues. On remarque par exemple que le code de la santé publique mentionne que le

¹¹³ B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil: sens et contresens », *RTD civ.*, n° 3, 2003, p. 423.

¹¹⁴ M. JARROSSON, « Médiation et conciliation: définition et statut juridique », *Gaz. Pal.*, vol. 2, 1996.

¹¹⁵ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998, p. 35.

¹¹⁶ Voir en ce sens : A. BAUDOIN-MAZAND, « La conciliation et la médiation: deux modes amiables de règlement des différends commerciaux », *LPA*, n° 94, août 1993, p. 31.

¹¹⁷ M. DOUCHY-LOUDOT, *op. cit.*

médiateur peut faire de la conciliation, preuve de la confusion perpétuelle qui est effectuée entre conciliation et médiation¹¹⁸. Dès 1997, Madame Michèle Guillaume-Hofnung souligne que « *les autorités chargées de réfléchir au développement de la médiation se trouvent dans un embarras nettement perceptible dans l'étude adoptée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 4 février 1993. On saluera la prudence du Conseil d'Etat qui préfère l'expression hybride « médiation-conciliation » à une fausse assurance terminologique* »¹¹⁹.

107. De même, la directive européenne précitée du 21 mai 2008 portant sur la médiation en matière civile et commerciale, donne une définition large de cette notion, si large qu'elle peut renvoyer en droit interne aussi bien à de la médiation qu'à de la conciliation. L'exemple est d'ailleurs criant en droit de la santé et Monsieur Laurent Richer relève précisément que « *La distinction entre conciliation et médiation n'a jamais été clairement opérée. Déjà, RABELAIS dans le Tiers Livre (chap. XLI) évoque un « apointeur des procès », autrement dit un conciliateur, qu'il qualifie aussi de « médiateur ». Il n'existe de définitions de la conciliation et de la médiation qu'en droit du travail et encore tout n'est-il pas clair puisque le médiateur en matière de conflits collectifs a aussi une mission de conciliation (C. trav., art. L. 524-4) [...] Il apparaît que la tentative de distinction entre médiation et conciliation d'après le rôle du tiers dans les relations entre parties est vouée à l'échec dès lors qu'il s'agit de procédures informelles dans lesquelles tout est possible. Mais, si l'on tient compte des recherches contemporaines sur la médiation, il apparaît que dans le système du droit public, la médiation existe rarement ; il y a surtout des procédures de conciliation, éventuellement sous le nom de médiation.* »¹²⁰. L'auteur remarque également qu'une institution américaine a tenté de distinguer ces notions (National Institute for Dispute Resolution) et évoque que la conciliation est une : « *procédure informelle dans laquelle un tiers s'efforce d'amener les parties à un accord en apaisant les tensions, en améliorant la communication, en donnant son interprétation sur les points litigieux, en fournissant une assistance technique, en recherchant les voies d'un règlement négocié informel ou à travers une médiation subséquente* » alors même qu'il définit la médiation comme « *procédure structurée dans*

¹¹⁸ Art. L 1142-5 C. santé publ.

¹¹⁹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30.

¹²⁰ L. RICHER, *op. cit.*

laquelle le médiateur assiste les parties en vue de parvenir à un accord négocié. La médiation est habituellement un processus volontaire qui débouche sur la signature d'un accord définissant le comportement futur des parties. Le médiateur recourt à une variété de moyens et techniques pour aider les parties à parvenir à un accord mais il n'a pas le pouvoir de décider »¹²¹.

108. Cette confusion se retrouve également dans le code de la santé publique dans lequel les notions de « médiation » et « médiateur » sont présentes à deux sujets : premièrement concernant les Commissions de relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC) et, deuxièmement, au sujet des Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CCI). L'article R. 1142-23 de ce code est très révélateur puisqu'il énonce la possibilité pour un médiateur d'effectuer une conciliation : *« La commission peut déléguer la conciliation à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs indépendants qui, en raison de leurs qualifications et de leur expérience, présentent des garanties de compétence et d'indépendance. Les personnes mentionnées à l'alinéa précédent mènent la conciliation dans les conditions et formes prévues à l'article R. 1142-22. En cas de conciliation totale ou partielle, ils signent personnellement le document de conciliation dont une copie est communiquée à la commission »¹²².*

109. La doctrine précise que *« la médiation se distingue de la conciliation en ce qu'elle nécessite le recours à un tiers alors que la conciliation judiciaire peut être tentée par le juge lui-même. La conciliation peut également être une étape préalable obligatoire avant toute action contentieuse. L'article R. 4127-56, alinéa 2, du code de la santé publique relatif à la procédure disciplinaire de la profession de médecin dispose ainsi qu'« un médecin qui a un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, aux besoins par l'intermédiaire du conseil départemental de l'Ordre »¹²³.*

¹²¹ Report of the Ad Hoc Panel on Dispute Resolution and Public policy, Rapport remis par LE NATIONAL INSTITUTE FOR DISPUTE RESOLUTION, 1983.

¹²² Article R.1142-23 C. santé publ. modifié par Décret n°2004-775 du 29 juillet 2004 - art. 2 JORF 1er août 2004.

¹²³ Lamy Droit de la santé, Tome 2, Wolters Kluwer France, 2011.

110. Le récent rapport de l'Inspection générale des services judiciaires (IGSJ) relève d'ailleurs que la différenciation entre ces deux mécanismes fait débat et émet trois idées essentielles. La première est que cette distinction entre ces modes résulterait de l'histoire : *« L'existence d'un système de conciliation, tant conventionnelle que judiciaire, distinct du système de médiation, est spécifique au droit français. Elle résulte de son histoire : la conciliation des parties avait d'abord été confiée au juge, et rendue obligatoire devant le juge de paix. Cette tentative préalable a été abrogée, mais les principes généraux du droit impartissent toujours au juge une mission générale de conciliation qu'il peut déléguer. Ainsi, les conciliateurs peuvent intervenir pour régler des différends par délégation du juge, mais également en dehors de toute procédure judiciaire »*¹²⁴. Ceci est toujours juste, ce rôle est par exemple opportun en cas de divorce. Le rapport rappelle également les diverses directives européennes portant sur le sujet et ne faisant pas référence à la conciliation. On remarque que la définition adoptée en 2008 couvre autant le champ de la médiation que celui de la conciliation : *« un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre »*. Et le rapport ajoute : *« Transposant la directive, les articles 1530 et 1531 du code de procédure civile (CPC) donnent une définition unique de la conciliation et de la médiation conventionnelle qui s'entendent de « tout processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire, en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence, et diligence »*¹²⁵.

111. La seconde différenciation mise en avant par ce rapport tient à l'absence de spécificités des régimes respectifs de ces mécanismes puisqu'ils ont un domaine d'application identique au terme de l'article 1529 C. pr. civ., un objectif similaire qui est de

¹²⁴ Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, Rapport remis par L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, 2015.p.14

¹²⁵ Ibidem.p.14

« favoriser le rapprochement des parties pour une solution amiable de leurs différends ». L'IGSJ relève que *« Le [C. pr. civ.] ne donne aucune définition du contenu de la mission du médiateur et du conciliateur. Certains auteurs et certains acteurs suggèrent une différence d'approche dans la résolution des différends par le médiateur et par le conciliateur : le premier tendrait essentiellement à rétablir le dialogue entre les parties et aurait un rôle totalement neutre, tandis que le second rechercherait plus immédiatement le règlement du litige pour lequel sa saisine s'est avérée nécessaire et pourrait avoir un rôle plus directif. Dès lors que le médiateur et le conciliateur considèrent l'un et l'autre avoir pour rôle de rapprocher les parties et de les aider à trouver une solution, la distinction de leur mission semble difficile à caractériser. De même, les missions de conciliation et de médiation ne peuvent se distinguer par la technique mise en œuvre. Les conciliateurs comme les médiateurs affirment la nécessité d'une totale souplesse en la matière et font état de pratiques différentes selon les situations soumises [...] Les qualifications exigées des conciliateurs et médiateurs sont proches. Les médiateurs doivent disposer de « la qualification requise eu égard à la nature du différend ou justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ». S'agissant des conciliateurs, il leur est imposé de justifier d'une part d'une expérience juridique d'au moins trois ans, et d'autre part, d'établir « que leur compétence et leur activité [les] qualifient particulièrement pour l'exercice de ces fonctions ». Les deux missions ne se distinguent pas plus au regard de leurs effets juridiques. Si les parties parviennent à un accord, il est établi un procès-verbal qui n'a force exécutoire que s'il est homologué par le juge »¹²⁶.*

112. Le troisième point de distinction entre conciliation et médiation se fonde principalement sur le statut des intervenants. Le rapport est assez catégorique et précise : *« Il semble important de mettre fin aux discussions sémantiques et doctrinales qui jettent un trouble sur l'offre française en matière de MARD. Les médiateurs et conciliateurs exercent des missions identiques. Leur différence principale réside dans leur statut, les uns sont bénévoles, les autres, rémunérés. Ainsi, la conciliation et la médiation doivent pouvoir être regroupées sous une terminologie unique « médiation » compte tenu de l'identité du*

¹²⁶ Ibidem.p.15

processus »¹²⁷. Ledit rapport propose d'ailleurs que les conciliateurs de justice soient désormais appelés « *médiateurs de justice* ».

113. La comparaison entre conciliation et médiation est intéressante et le recul actuel sur le processus de conciliation permet de poser les jalons de la médiation et de l'aborder avec un œil plus expert. Au sujet des conciliateurs de justice, il est nécessaire de rappeler qu'au terme du code de procédure civile, ils sont nommés par ordonnance du premier président de la cour d'appel, suite à une proposition du magistrat d'instance. Ces conciliateurs sont choisis en raison de leur expérience, de leur compétence. La durée de leur mandat est d'un an, reconductible. Ces protagonistes peuvent faire des conciliations dans le cadre judiciaire ou conventionnel. Tout comme en médiation, l'IGSJ relève que certains types de différends conviennent mieux à la conciliation : « *Il est largement admis que la réussite du processus est favorisée lorsque sont réunies les conditions suivantes :*

- *les parties vont être amenées à poursuivre leurs relations,*
- *le montant est faible,*
- *les parties sont présentes à l'audience (caractère de l'immédiateté de la conciliation),*
- *le contentieux est sans représentation obligatoire »*¹²⁸.

Ce rapport poursuit en affirmant que le succès de la conciliation est avéré malgré quelques insatisfactions persistantes. Il est en effet avancé que ce succès repose principalement sur la gratuité du mécanisme : « *Cette spécificité est une des clés du succès du développement de la conciliation judiciaire en France. La mise à disposition à titre gratuit d'un service de règlement amiable des différends participe à la conception française d'une justice très accessible* »¹²⁹.

114. Il existe cependant des motifs d'insatisfaction relatifs à cette conciliation puisque ce processus souffre de certaines carences. En effet, d'une part La médiation et la conciliation sont très proches et d'autre part on constate actuellement des désavantages de la médiation en santé. Il semble donc opportun de se servir de l'expérience de la conciliation pour éviter

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ *Ibidem.*

que la médiation soit confrontée aux mêmes carences. Le désavantage premier de la conciliation est le problème de recrutement des conciliateurs puisque comme le relève justement l'IGSJ : « *Cette répartition est cependant très inégale sur le territoire et les acteurs déplorent la difficulté à susciter des vocations pour une fonction exigeante en termes de compétences, sans attrait financier, peu connue et manquant à l'évidence de reconnaissance. Aussi, la plupart des candidats, hormis les anciens magistrats, sont recrutés grâce à la mobilisation de réseaux de connaissance des conciliateurs en exercice. Ce mode de recrutement ne favorise pas une mixité des profils, alors même que les contentieux exigent des compétences diversifiées* »¹³⁰. Malheureusement, force est de constater que ce problème existe également en médiation et qu'il est difficile d'attirer des médiateurs alors même qu'aucun statut n'existe, aucune reconnaissance véritable, aucun salaire n'est versé et aucune formation n'est délivrée. De plus, il est noté un âge moyen des médiateurs élevé et croissant puisqu'ils sont en majorité retraités. Tout comme la médiation, la conciliation souffre également d'une hétérogénéité des pratiques.

115. Un autre point intéressant relevé par l'IGSJ est celui de la réticence avancée des avocats à engager leurs clients dans une conciliation et ceci est également précisé pour la médiation. Alors, cette affirmation est-elle fondée et avérée ? Il est fréquemment avancé que les avocats n'ont pas un effet positif sur ces mécanismes et leur bon déroulement dans la mesure où ils n'auraient pas confiance dans les compétences juridiques des tiers médiateurs et conciliateurs mais aussi car cela ne leur serait pas avantageux financièrement puisque les affaires seraient réglées plus vite et sans procès et donc que les avocats seraient moins utiles et ne toucheraient pas les frais de gains de procès (pourcentage négocié en amont en cas de réussite) ou les frais de rédaction de mémoires, etc. De plus, l'IGSJ relève que « *s'agissant des conciliations judiciaires, les avocats déplorent l'absence de prise en charge de ce processus par l'aide juridictionnelle* »¹³¹.

116. En ce qui concerne ce dernier point, il est tout de même nécessaire de mettre en avant que de plus en plus d'avocats se forment à la médiation et notamment au sein du barreau de Paris où son rôle est complémentaire comme le précise Madame Maud Neukirch

¹³⁰ *Ibidem.*

¹³¹ *Ibidem.*

de Maistre : « *En proclamant 2013 Année de la Médiation, le Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris a lancé le mouvement. [...] Inhérent à toute nouvelle pratique, le développement de la médiation appelle à préciser le rôle de l'avocat dans ce processus et notamment sa complémentarité avec le médiateur. En effet, il ne s'agit pas d'une quelconque compétition en vue de conserver une part de marché, bien au contraire : une bonne collaboration entre le médiateur et l'avocat se répartissant les rôles est un facteur de gain substantiel d'affaires pour l'avocat, selon l'adage, « mieux vaut gagner un client qu'un procès ». [...] Il apparaît que le règlement du différend est le plus efficace quand la coopération entre le médiateur et l'avocat est la plus étroite : en effet, l'avocat, dans sa fonction de conseil, apporte sa connaissance et sa relation avec son client ainsi que sa maîtrise juridique du dossier. Le médiateur apporte sa neutralité, son impartialité et sa compréhension des personnes, des enjeux et des intérêts soulevés par chacune des parties. Ainsi à l'issue de la médiation, l'avocat est seul garant de la "légalité" de l'accord. [...] L'Ecole de la Médiation du barreau de Paris en a bien compris les enjeux. Les médiateurs ne peuvent que s'en féliciter : faire des médiations avec des avocats bien formés est un atout* »¹³².

117. Malgré tout, ce succès se confirme par les chiffres suivants : « *le nombre d'affaires conciliées en 2013 a été de 78 616, soit 58,9 % des saisines de conciliateurs de justice. Ce taux élevé se maintient relativement chaque année* »¹³³.

118. En étudiant ces deux mécanismes et la façon dont ils sont organisés par la loi, Martine Boittelle souligne d'ailleurs qu' : « *Il consacre la confusion entre médiation et conciliation* »¹³⁴. Ceci est d'autant plus vrai dans le domaine de la santé avec la mise en place des CCI.

¹³² « Avocat et médiateur : les paramètres d'une collaboration réussie. Par Maud Neukirch de Maistre, Médiateur. », [En ligne : <http://www.village-justice.com/articles/avocat-mediateur-parametres,15630.html>]. Consulté le : 25 mars 2015.

¹³³ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *op. cit.*, p. 26.

¹³⁴ M. BOITTELLE-COUSSAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation? », *Gaz. Pal.*, n° 164, juin 2015, p. 9.

2. Au sens particulier du droit de la santé : les Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales

119. Concernant la confusion fréquente entre la conciliation et la médiation, l'exemple peut être pris des Commissions de conciliation et d'indemnisation qui ont été mises en place par la loi dite Kouchner¹³⁵ et offrent une alternative amiable aux litiges issus de la médecine. Même si ces instances permettent d'aboutir à un résultat satisfaisant, celui-ci n'est pas du tout identique à celui de la médiation. La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 a créé un dispositif spécifique concernant le règlement des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. Cette loi a créé trois institutions : la Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed), l'Organisme national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) et les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI)¹³⁶. Cela permet à une victime d'un accident médical d'être indemnisée et ce même en l'absence de faute du professionnel de santé, dans le respect de certaines conditions.

120. Les CRCI ont été mises en place par le décret du 3 mai 2002 en application des articles L.1142-6 et L.1143-1 du code de la santé publique (C. santé publ.)¹³⁷. Elles sont compétentes pour les accidents fautifs et non fautifs et ont principalement deux missions : l'une de règlement amiable des litiges et l'autre de conciliation. Ces instances sont désormais appelées Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CCI) depuis le décret n° 2012-298

¹³⁵ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p. 4118.

¹³⁶ Voir en ce sens : P. DESIDERI, « La procédure d'indemnisation amiable des dommages médicaux », *LPA*, n° 122, juin 2002, p. 67.

¹³⁷ Décret n°2002-886 du 3 mai 2002 relatif aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévues à l'article L. 1142-5 du code de la santé publique, JORF n°106 du 7 mai 2002 p. 9025.

du 2 mars 2012¹³⁸ modifiant le dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et supprimant le caractère régional de ces commissions en leur conférant ainsi la nomination de CCI.

121. La CNAMed a quant à elle pour rôle d'établir la liste d'experts en accidents médicaux, d'assurer un fonctionnement homogène des CCI et d'évaluer le fonctionnement de l'ensemble du dispositif.

122. L'ONIAM est un « *établissement public administratif sous tutelle du ministère en charge de la santé. Il a été créé par un décret du 29 avril 2002 en application de l'article L. 1142-22 CSP introduit par la loi du 4 mars 2002. L'ONIAM a une durée de vie illimitée* ». Cet organisme intervient au titre de la solidarité nationale conformément aux dispositions de l'article L.1142-17 C. santé publ. Cet organisme a deux rôles principaux. D'une part, il a pour mission de permettre l'organisation effective du dispositif de règlement amiable des accidents médicaux prévu par la loi et l'indemnisation des victimes. Il participe ainsi à la mise en place et la gestion des CCI et indemnise les victimes d'accidents médicaux non fautifs au titre de la solidarité nationale. L'organisme a également la possibilité de se substituer aux compagnies d'assurance en cas de silence ou de refus d'indemnisation de leur part. D'autre part, l'ONIAM a pour mission d'indemniser les victimes de vaccinations obligatoires, pour le compte de l'Etat. Il est cependant essentiel de souligner le fait que, bien que gérées par l'ONIAM, les CCI sont des commissions administratives indépendantes de cet organisme¹³⁹.

123. Ces différentes institutions permettent la mise en place d'une procédure amiable dans des conditions particulières. Il est donc nécessaire d'étudier les différentes étapes de cette procédure d'indemnisation auprès des CCI.

¹³⁸ Décret n°2012-298 du 2 mars 2012 modifiant le dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, JORF n°0054 du 3 mars 2012 p. 4061.

¹³⁹ Sur la nature de ces commissions, voir : B. APOLLIS, « Procédure de règlement amiable des litiges médicaux: la position du Conseil d'Etat », *RDS*, n° 21, 2008, p. 25-31.

124. Il faut tout d'abord exposer que la CCI saisie devra être celle correspondant au lieu de survenue de l'accident médical. Toute personne n'est toutefois pas en mesure de la saisir. La loi prévoit en effet une liste exhaustive de personnes habilitées à saisir la commission, à savoir, la victime d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale, le proche de la victime principale estimant avoir subi des préjudices, l'ayant droit d'une victime décédée, le représentant légal d'une victime ou tout autre ayant droit. Les personnes qui pourront être mises en cause devant les CCI sont, quant à elles, les acteurs de santé privés (établissements de santé privés, professionnels de santé libéraux, ...) et les acteurs de santé publics (établissements publics de santé). Il est alors important de préciser que seules les personnes mises en cause peuvent voir leur responsabilité engagée et donc la possibilité d'indemnisation par les compagnies d'assurance. A cette fin, il est possible de mettre en cause plusieurs acteurs de santé de façon concomitante.

125. Pour que le dossier présenté à la CCI soit recevable, plusieurs critères sont à prendre en considération. Il est ainsi nécessaire que l'accident médical soit postérieur au 5 septembre 2001 et que les dommages soient supérieurs à un seuil de gravité déterminé par décret, à savoir :

- un dommage supérieur à un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique de 24% ;
- un arrêt temporaire des activités professionnelles ou déficit fonctionnel temporaire supérieur à 50% pour une durée au moins égale à six mois consécutifs ou non consécutifs sur une période de 12 mois;
- ou à titre exceptionnel une inaptitude définitive à l'exercice de son activité professionnelle antérieure ou des troubles particulièrement graves dans les conditions d'existence.

Une exigence supplémentaire doit être remplie puisque la commission doit être saisie dans un délai de dix ans à compter de la consolidation du dommage c'est-à-dire la date à partir de laquelle aucun traitement n'est susceptible de faire évoluer significativement l'état de la victime. On remarque que la saisine de la CCI suspend les délais de prescription et de

recours devant les tribunaux jusqu'au terme de la procédure de règlement amiable devant la commission, à l'exception de la juridiction pénale.

126. Une fois le dossier soumis à la CCI, plusieurs issues sont à envisager. Ce dossier peut tout d'abord être rejeté si les critères de recevabilité précités ne sont pas remplis. Aussi, la commission peut décider de demander un avis médical d'expert sur pièces pour l'éclairer sur un point particulier. Cet expert examinera alors le doute sur les conditions d'accès à la commission et se prononcera sur la recevabilité du dossier. Dans l'hypothèse, ensuite, où le dossier est estimé recevable par la commission, elle diligentera une expertise contradictoire à laquelle seront convoquées les parties.

127. L'expertise médicale est gratuite pour le demandeur mais les frais de déplacements et de correspondance du dossier sont à la charge des parties. Cette expertise ne présente cependant aucun caractère judiciaire étant donné qu'il s'agit d'une procédure amiable et non juridictionnelle. Lors de l'expertise, les parties ont la possibilité d'être accompagnées d'un médecin conseil, d'un membre de la famille, d'un responsable d'établissement, ...etc. Il est cependant nécessaire de préciser que l'ONIAM ne peut être convoqué à l'expertise, n'étant pas partie à la procédure. Le rapport de (des) l'expert(s) est ensuite communiqué aux parties avant la réunion de la commission. Il est alors offert aux parties la possibilité de formuler des observations écrites et de demander à être entendues par cette commission mais ceci ne présente aucun caractère obligatoire. Les participants auront également la possibilité de se faire représenter par un avocat, cela étant laissé à la libre appréciation du demandeur. En revanche, le dispositif ne prend pas en charge ce coût supplémentaire de représentation.

128. A compter du moment où le dossier est complet, la commission dispose de six mois pour tenir informées les parties des suites qui seront données à la demande. Elle peut tout d'abord rejeter la demande des parties en estimant que celle-ci est irrecevable. La commission peut ensuite se déclarer incompétente (territorialement ou matériellement) et doit dans ce cas précis proposer une conciliation. Si, enfin, la demande est considérée comme recevable, la commission adressera un avis aux parties.

129. Cet avis peut être un avis de rejet ou un avis d'indemnisation. S'il s'agit d'un avis de rejet, cela peut être dû au fait que le dommage n'est pas imputable à un acte médical ou

que les dommages, sans avoir une origine fautive, ne constituent pas une conséquence anormale au regard de l'état de santé initial du patient comme de l'évolution prévisible de celui-ci. S'il s'agit d'un avis de proposition d'indemnisation, cela signifie que la commission estime que les dommages répondent aux critères de recevabilité du dispositif et qu'ils sont consécutifs à un accident médical fautif ou non fautif mais anormal au regard de l'état de santé. L'avis sera alors transmis aux organismes en charge du paiement de l'indemnisation, c'est-à-dire soit à l'assureur de l'acteur de santé si une faute engageant sa responsabilité a été retenue, soit à l'ONIAM en cas d'aléa thérapeutique ou d'infection nosocomiale grave. Un partage entre l'assureur et l'ONIAM est également envisageable.

130. En cas de responsabilité de l'acteur de santé, l'assureur de celui-ci indemniser la victime en vertu de l'assurance obligatoire de responsabilité civile des acteurs de santé. Cette obligation existait précédemment mais a été étendue aux « *professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes mentionnés à l'article L. 1142-1 CSP, et toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, à l'état de produits finis...* » par la loi du 4 mars 2002. Ladite loi a en effet instauré cette obligation d'assurance en responsabilité pesant sur tous les professionnels de santé, publics ou privés, une dérogation n'étant ouverte, par arrêté ministériel, qu'aux établissements publics justifiant de ressources leur permettant de s'instituer comme étant leur propre assureur ; ainsi qu'une obligation d'assurer pour les assureurs afin de permettre un certain équilibre.

131. Intervient ensuite la phase d'indemnisation par les payeurs. Suite à la réception de l'avis, ces derniers disposent d'un délai de quatre mois pour formuler une offre d'indemnisation à la victime. Celle-ci prend la forme d'un protocole transactionnel proposé aux victimes. Si le protocole est signé, cela signifie que l'offre est acceptée par la victime et les payeurs auront alors un délai d'un mois pour régler les montants dus. Selon l'article 2044 du Code civil (C. civ.), « *l'acceptation de l'offre d'indemnisation par la victime vaut transaction* » et les recours devant le tribunal administratif ou civil sont donc impossibles. Par conséquent, la transaction met fin à toute possibilité de procédure contentieuse ultérieure, civile ou administrative, pour les mêmes chefs de préjudice.

132. Il faut toutefois noter que s'il y a une aggravation de l'état de santé de la victime, elle aura la possibilité de présenter un nouveau dossier devant la CCI. Si la commission est amenée à rendre un nouvel avis en raison de l'état de santé du patient non consolidé lors du premier avis d'indemnisation, le payeur disposera alors d'un délai de deux mois pour présenter une offre d'indemnisation.

133. Il est essentiel de préciser que seuls les préjudices retenus dans l'avis de la CCI font l'objet d'un examen lors de l'élaboration des offres indemnitaires. Dans le cas où l'état de santé de la victime n'est pas consolidé, une offre d'indemnisation provisionnelle lui sera adressée portant sur les préjudices avant consolidation. De même, si le dossier est incomplet, l'offre sera partielle.

134. En cas de refus d'offre de la part de l'assureur ou si le délai de quatre mois est dépassé, la victime aura la possibilité de saisir l'ONIAM. Alors, l'ONIAM se substitue à l'assurance pour lui faire une offre et indemniser lui-même la victime. L'ONIAM pourra effectuer un recours subrogatoire à l'encontre de l'assureur défaillant, de manière amiable ou par la voie judiciaire. Les textes prévoient que lorsque la CCI conclut à la responsabilité de l'établissement ou du praticien, l'assureur propose une offre d'indemnisation à la victime. L'alinéa 5 de l'article L. 1142-15 C. santé publ.¹⁴⁰ prévoit qu'en cas de refus de l'assureur de faire une offre, le juge condamne, le cas échéant, ce dernier au paiement d'une pénalité pouvant aller jusqu'à 15% de la somme allouée. La Cour de cassation a dernièrement précisé dans une de ses décisions qu'aucun motif légitime ne pouvait être invoqué pour refuser de formuler une offre à la victime. Elle précise également que la pénalité de 15% correspond à un plafond et qu'elle peut être appliquée de manière modulée : *« Alors qu'en cas de refus de l'assureur de faire une offre d'indemnisation à la victime, le juge, saisi dans le cadre du recours subrogatoire de l'ONIAM, substitué à l'assureur, a la faculté de condamner ce dernier à lui verser une somme au plus égale à 15% de l'indemnité qu'il alloue, à titre de pénalité ; qu'en décidant néanmoins que l'expression « le cas échéant », à l'article L. 1142-15, alinéa 5*

¹⁴⁰ Art. L 1142-15 al. 5 C. santé publ. : *« En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré, le juge, saisi dans le cadre de la subrogation, condamne, le cas échéant, l'assureur ou le responsable à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue ».*

CSP, ne constitue qu'un rappel du cas de refus de faire une offre, énoncé peu avant, et non pas l'ouverture d'une possibilité pour le juge d'écarter la pénalité, considérant ainsi que l'assureur qui a refusé de présenter une offre d'indemnisation à la victime devrait nécessairement être condamné à payer une pénalité à l'ONIAM, la Cour d'appel a violé l'article L. 1142-15 CSP »¹⁴¹.

135. La victime a également la possibilité de refuser l'offre de l'assurance et de l'ONIAM et particulièrement si elle la juge insuffisante. D'autant plus que la Cour de cassation a rappelé dans son arrêt du 7 juillet 2011 qu'une offre manifestement insuffisante de l'assurance à la victime était considérée comme une absence d'offre et l'assureur est alors considéré comme un assureur défaillant : *« ayant souligné le caractère dérisoire du montant des indemnités proposées à Mme X... et à ses enfants par la société Le Sou médical, la Cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle offre équivalait à une absence d'offre au sens de l'article L. 1142-15 du Code de la santé publique, de sorte que l'ONIAM s'était régulièrement substitué à cet assureur qui encourait dès lors la pénalité égale à 15% des sommes allouées aux intéressés »*¹⁴². Cependant le caractère dérisoire de l'offre est soumis à l'appréciation du juge, laissant présager une difficile harmonisation en pratique. La victime a aussi la possibilité de saisir le tribunal compétent en application des dispositions des articles L 1142-8 et L 1142-20 C. santé publ. mais la CCI doit en être informée. Cette procédure peut donc se faire de manière autonome ou de manière complémentaire au droit commun.

136. Plus particulièrement, concernant le droit médical, il est important de souligner le fait que l'ONIAM ne se substitue ni au règlement amiable avec l'assureur, ni aux recours judiciaires (administratif ou civil). Concernant l'indemnisation, l'ONIAM n'est pas tenu des décisions des CCI et détermine lui seul, selon son barème, le montant des indemnités

¹⁴¹ P. VÉRON, « Procédure CRCI et refus de l'assureur de faire une offre: la pénalité de l'article L. 11142-15 al. 5 s'applique dès lors que l'assuré est déclaré responsable par le juge, sans qu'un motif légitime de refus ne puisse être invoqué », *RDS*, n° 45, janvier 2012, p. 58-61.

¹⁴² Cass. Civ. 1ère, 7 juillet 2011, n°10-19766.

accordées. En revanche, l'ONIAM est tenu par les décisions des juridictions et il peut être condamné à indemniser les victimes d'accidents médicaux¹⁴³.

137. Monsieur Gérard Mémeteau s'interroge sur la valeur et le rôle des CCI vis-à-vis des juridictions notamment : « *Les instances pratiquant l'échevinage participent plus aisément à cette connaissance du fait médical, des praticiens y siégeant. Reparlera-t-on des CCI ? Pour autant que leurs raisonnements soient connus, en l'absence de communication de leurs avis, on peut deviner que les délibérés confrontent des expériences les plus diverses, y incluses celles des assureurs, représentants des usagers du système de santé et médecins (CSP, art. L. 1142-6 § 1). Le juge disciplinaire ignore moins encore la médecine, puisque sa juridiction est composée d'une majorité de professionnels. Sans doute leur demande-t-on d'abord de connaître l'éthique de la médecine, et non sa technique. Mais, il juge l'éthique dans son application aux actes techniques, ces derniers étant pour lui fautifs dès qu'ils portent atteinte à un droit du malade, ce qui couvre tous les actes médicaux potentiellement, sans doute à l'excès. L'ordre des médecins se vit reprocher, naguère, d'exercer au profit de ses membres une justice corporatiste, ce qui était quelque peu exagéré. Cette justice reste rendue par des médecins associés à d'autres juges (CSP, art. R. 4124-4). Ils n'ont pas à nommer des experts (encore que ce ne soit pas prohibé) parce qu'ils sont « experts » plus encore que les membres des CCI. Est-ce souhaiter que le procès médical trouve une unification structurelle dans des instances échevinales ? En contrepartie, le risque serait de sortir du droit commun ; de constituer au profit d'une catégorie de plaideurs – donc à l'encontre d'autres – des juridictions bienveillantes. Les CCI ont été conçues pour mettre en œuvre le jugement de l'aléa médical et, en responsabilité commune pour faute, d'offrir une décision rapide concrètement traduite par les offres de l'ONIAM et des assureurs. Leur office est celui du juge, mot pour mot et l'on ne comprendrait par leur organisation – si ce n'est le discutable rattachement financier à l'ONIAM – si l'on ne discernait pas cette évidence : présidence par un magistrat, audience, application – sous le contrôle de la CNAMed – des principes du procès équitable et contradictoire (ce qui devient surréaliste si la CCI n'est qu'une*

¹⁴³ Voir en ce sens : B. APOLLIS et A. GIBELIN, « Procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales », in *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2014.

commission d'instruction) ! Mais elles demeurent rattachées au droit commun de la responsabilité médicale, dans le cadre général d'une recherche des modes alternatifs de résolution de conflits. Elles connaissent le droit et le paradoxe est que leurs décisions sont camouflées. Elles connaissent aussi la médecine, à cette réserve près que les experts lui sont nécessaires, ce qui peut signifier qu'elles ne connaissent pas toute la médecine »¹⁴⁴.

138. La médiation a en effet du mal à se différencier en pratique de la conciliation et cela est mis en évidence dans le domaine de la santé par la confusion qu'il peut exister entre les différents processus, notamment la CCI. Comme le souligne Madame Michèle Guillaume-Hofnung, il est possible de considérer la médiation comme « *otage* » de la conciliation et des financeurs de l'indemnisation des préjudices liés au soin : « *qu'il s'agisse des médiateurs nommés par les organismes d'assurance-maladie pour régler les litiges avec leurs usagers, des médiateurs indépendants que peuvent déléguer les CRCI, ou des médiateurs des hôpitaux, les textes leur assignent un statut et une fonction de conciliateurs* »¹⁴⁵. Elle souligne ensuite le fait que ces commissions sont supposées concilier et remplacer les anciennes commissions de conciliation mais s'en tiennent la plupart du temps au règlement amiable des accidents médicaux (faute ou non faute). A ce sujet, Monsieur Didier Sicard soutient que « *la médiation n'est pas la conciliation, qui signifie une concession réciproque. Il y a là un abîme entre les deux notions* »¹⁴⁶. Puis il précise : « *la médiation n'est donc pas un arbitrage, elle n'est pas destinée à résoudre un conflit mais à permettre une communication, c'est-à-dire une compréhension entre des identités différentes. En l'absence de médiation, il y a une incompréhension liée à une ignorance pas facile à avouer, et donc une potentialité de violence ou de rupture* »¹⁴⁷. L'imperfection principale en la matière concerne la mise en œuvre de la médiation qui selon les établissements sera appliquée tantôt comme une conciliation, tantôt comme une procédure hybride de négociation.

¹⁴⁴ G. MÉMETEAU, « Le juge ignorant la médecine? », *Gaz. Pal.*, n° 39, février 2014, p. 12.

¹⁴⁵ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30.

¹⁴⁶ D. SICARD, « Les enjeux éthiques », in *Hôpital & médiation: colloque*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 69-73.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

Paragraphe 2. Un mécanisme juridique alternatif à double détente

139. Au sujet de la conciliation, Madame Béatrice Gorchs relève que « *le développement récent de la conciliation en tant que mode alternatif de règlement des conflits pourrait bien caractériser « une autre façon de faire la justice »* »¹⁴⁸. Cette notion est très intéressante et peut être analysée de façon comparative en ce qui concerne le mécanisme de médiation. Deux aspects peuvent ainsi être révélés : le premier concerne une alternative par rapport à la voie judiciaire (A) et le second, une alternative par rapport à une éventuelle judiciarisation (B).

A. Un mécanisme alternatif par rapport à la voie judiciaire

140. Madame Béatrice Gorchs distingue la médiation et le contentieux de la façon suivante : « *la médiation crée l'altérité, le procès fait l'adversité* »¹⁴⁹. Peut-on considérer que ce mécanisme constitue valablement une alternative à la justice ? Pour expliquer en quoi la médiation serait une alternative à la voie judiciaire, il semble important de rappeler l'avènement de la responsabilité médicale au sein des juridictions françaises. Il faut donc poser les jalons de la responsabilité médicale et exposer son avènement en France, par le biais de la jurisprudence et de la loi.

141. La responsabilité peut être définie comme l'ensemble des règles juridiques et jurisprudentielles permettant de substituer à une attribution matérielle du dommage, une attribution juridique. Plus précisément, la responsabilité peut signifier d'une part que le responsable encourt une sanction et, d'autre part, que le responsable est tenu d'indemniser la victime. La recherche de la responsabilité du médecin du fait d'un acte professionnel est assez récente en comparaison à la médecine elle-même. En effet, les premiers procès datent du XIX^{ème} siècle mais se sont vraiment multipliés au cours de la seconde partie du XX^{ème}

¹⁴⁸ B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil: sens et contresens », *RTD civ.*, n° 3, 2003, p. 423.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

siècle. Monsieur Jean-Christophe Careghi a notamment étudié l'évolution de la responsabilité médicale depuis l'Antiquité¹⁵⁰. Auparavant, la médecine était plus aléatoire, moins précise et les risques plus importants. Cela était alors accepté et les actes du médecin étaient peu remis en cause. Monsieur Jean-Christophe Careghi rappelle cependant qu'en Egypte ou en Grèce Antique, les premiers jalons de la responsabilité médicale avaient été posés¹⁵¹. L'évolution de la médecine, de la science et des différentes techniques ont rendu ces disciplines plus précises et de nouveaux risques sont également apparus. La combinaison de ces deux évolutions a conduit à des contestations et recours plus fréquents.

142. Actuellement, le patient qui s'estime victime d'un acte médical a la possibilité de rechercher la responsabilité du praticien ou de l'établissement dans lequel les soins ont été dispensés. Selon le type de responsabilité que l'on souhaitera engager et les parties en présence, le litige sera porté devant une juridiction différente. On distingue couramment la responsabilité recherchée à des fins de sanctions et la responsabilité recherchée à des fins d'indemnisation. En ce qui concerne le premier type de responsabilité, cela renvoie aux responsabilités pénale et disciplinaire, alors que le second type de responsabilité évoque la responsabilité civile ou administrative. Le cadre habituel dans lequel est recherchée la responsabilité d'un médecin est de nature contractuelle et ce depuis l'arrêt Mercier¹⁵². Depuis cette célèbre décision, il est considéré qu'un contrat tacite, oral, *intuitu personae* existe entre le patient et le médecin. Certains auteurs ont pourtant remis en cause ce contrat médical au regard de ses insuffisances et de l'évolution de la discipline¹⁵³.

143. La faute est analysée comme une inexécution ou une mauvaise exécution d'une obligation contractuelle. On distingue alors les obligations de moyens des obligations de

¹⁵⁰ J.-C. CAREGHI, « La responsabilité civile médicale de la fin de l'Ancien Régime jusqu'à l'affaire Thouret-Noroy », *RGDM*, n° 12, 2008, p. 143-194. J.-C. CAREGHI, « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier: un préalable inutile? », *RGDM*, n° 18, 2006, p. 109-152.

¹⁵¹ J.-C. CAREGHI, « La responsabilité médicale au crible de l'histoire », *CDSA*, n° 7, 2007.

¹⁵² Cass. Civ., 20 mai 1936, DP 1936, 1, p. 88.

¹⁵³ M. GIRER, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux, LEH Edition, 2008. M. GIRER, « Relation de soin et lien contractuel », in *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 410-426.

résultat. On retient donc en l'espèce une obligation de moyens car un établissement ou un praticien ne peut pas s'engager à un résultat en raison des éventuels aléas. Certains domaines tels que la chirurgie esthétique ont un résultat très attendu mais pour autant l'obligation reste de moyens. En revanche, on attendra du praticien qu'il délivre une information beaucoup plus exhaustive. Exceptionnellement, on pourra néanmoins retenir une obligation de résultat pour des examens biologiques de routine par exemple car cela suppose que tous les contrôles de qualité sont possibles. Dans le cas où le patient ne serait pas en mesure de former ce contrat (inconscient, mineur, etc), on serait alors dans le cas d'une responsabilité civile délictuelle.

144. Au regard du droit actuel, cela ne fait cependant aucune différence. En droit médical, il existe en effet des dispositions particulières : le fondement en responsabilité médicale est l'article L 1142-1 C. santé publ. (et suivants)¹⁵⁴. La loi du 4 mars 2002 a unifié le régime de

¹⁵⁴ Art. L 1142-1 C. santé publ. : « I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère. II. - Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire. Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte

façon à rechercher la faute, que ce soit devant les juridictions civiles ou administratives. Le délai de prescription a également été unifié (avant il était de 10 ans en matière délictuelle et 30 ans en matière contractuelle). Cet article du code de la santé publique a été mis en place par la loi du 4 mars 2002 mais les juges continuent parfois d'utiliser comme fondement les articles 1147 ou 1382 et suivants C. civ. malgré ces nouvelles dispositions, ce qui crée de nombreux débats doctrinaux. Il faut également noter qu'il existe une responsabilité sans faute par exemple en matière de vaccination obligatoire ou d'infection nosocomiale.

145. Les modes alternatifs de règlement des litiges constituent des « *circuits de dérivation du contentieux* »¹⁵⁵. Ces mécanismes sont considérés comme une « *catégorie très ouverte* »¹⁵⁶ car leur objectif est de régler tout type de conflit, de litige dont la nature n'est pas forcément juridique. Ils ne règlent donc pas uniquement les litiges juridiques, c'est-à-dire les oppositions juridiques susceptibles de fonder des prétentions juridiques. En ce sens, le mécanisme de médiation peut être considéré comme une alternative réelle à la voie judiciaire. La médiation peut aussi être regardée comme une alternative au procès mais étant partie prenante à la voie judiciaire.

146. C'est une distinction qui est essentielle à établir. Dans un premier temps, la médiation, tout comme les autres mécanismes alternatifs est considérée comme offrant une réelle alternative à la procédure judiciaire. Ceci est dit à juste titre puisque par le biais de ce mécanisme, les parties peuvent aboutir elles-mêmes à une décision leur convenant car n'étant pas une solution imposée mais réellement choisie par elles, et ce contrairement à ce que serait la décision d'un juge, solution alors *de facto* imposée. Ces modes alternatifs de règlement des différends tels que les CCI « *peuvent être perçues comme une forme d'« anti-judiciarisation » ou de « déjudiciarisation », concrétisant une évolution souvent jugée positive par les pouvoirs publics* ».

permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret ».

¹⁵⁵ B. OPPETIT, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. Arb.*, n° 307, 1982, p. 322.

¹⁵⁶ C. JARROSSON, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *Justices*, n° 6, 1996, p. 274.

147. Pour, Madame Sylvette Guillemard, de l'Université de Laval, la médiation est une alternative à la justice et elle estime que : « *Pour diverses raisons, les citoyens semblent de plus en plus invités à régler leurs différends non plus par le biais de recours devant les tribunaux étatiques mais par la médiation. Ce processus par lequel ils sont accompagnés par un tiers dans leurs échanges, leur négociation, est utilisé aussi bien en matière familiale que dans le domaine civil et commercial* »¹⁵⁷. La commission du droit du Canada souligne quant à elle que « *l'un des facteurs ayant favorisé l'essor de la justice consensuelle est l'écart entre les besoins des parties impliquées et les solutions que leur offre le système de justice formel* »¹⁵⁸.

148. Par ailleurs, le recours à la médiation peut se faire en dehors de tout procès, c'est en cela que c'est un mode extra-juridictionnel des litiges. Néanmoins, il faut noter que parfois, c'est la voie judiciaire, lors d'un contentieux qui fait appel à la médiation. Dans ce cas, la décision finale issue de la procédure de médiation sera bien alternative à la voie judiciaire mais l'initiative était bien judiciaire, juridictionnelle. Cette nuance est donc importante à apporter pour qualifier ce processus d'alternatif par rapport à la voie judiciaire. C'est une difficulté sémantique et processuelle mais qui doit nécessairement être relevée.

149. Il faut s'interroger sur le fait de savoir si l'on peut réellement considérer la médiation comme alternative à la voie judiciaire lorsqu'elle est initiée par un juge comme c'est le cas pour la médiation pénale ou familiale, par exemple. Certains auteurs tels que Madame Béatrice Gorchs considèrent que la médiation ne peut pas être une alternative à la justice dans la mesure où son objet est non juridique : « *le litige n'est parfois que la traduction en termes juridiques d'un conflit, si bien qu'en tranchant le litige, le juge ne résout pas le conflit. C'est en détachant le conflit (différend non juridique) du litige (différend juridique) que l'on peut donner à la médiation pour objet de résorber le conflit. Parce que la médiation s'exerce sur du non-juridique, elle ne peut pas être une alternative au pouvoir juridictionnel ; à tout le*

¹⁵⁷ S. GUILLEMARD, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », *Cah. Droit*, vol. 53, n° 2, 2012, p. 189.

¹⁵⁸ LAW COMMISSION OF CANADA, *Transforming relationships through participatory justice*, Ottawa, Law Commission of Canada, 2003.

moins peut-elle être perfective de l'exercice du pouvoir juridictionnel ou rendre possible la conciliation des parties sur le litige »¹⁵⁹.

150. Certains auteurs estiment quant à eux que la médiation appartient au système judiciaire : *« Enfin, il est indéniable que « la médiation représente un élément de modernisation de la Justice »¹⁶⁰, alors que d'autres la considèrent comme une véritable alternative : « Il convient d'insister sur l'idée selon laquelle la place primordiale laissée à la liberté des parties dans la médiation empêche d'y voir une forme de justice, fût elle alternative »¹⁶¹. La question se pose également de savoir si cette médiation extrajudiciaire peut être envisagée comme « mode autonome de résolution des conflits et non comme un simple instrument visant à désengorger les tribunaux »¹⁶² ?* Ainsi, les questions de l'alternative à la justice et de l'alternative à une éventuelle judiciarisation sont mêlées et l'idée du Conseil d'Etat est que la médiation soit véritablement promue comme une mode consensuel et pacifié de règlement des litiges et soit à ce titre autonome.

B. Un mécanisme alternatif par rapport à une éventuelle judiciarisation

151. L'idée d'une logique de judiciarisation est actuellement fréquemment avancée. Monsieur Chistian Lestournelle estime que les modes alternatifs de règlements des différends *« apparaissent être une réponse adaptée à la judiciarisation croissante des sociétés contemporaines et à l'encombrement des tribunaux. Ils constituent un ensemble de*

¹⁵⁹ B. GORCHS, *op. cit.*

¹⁶⁰ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation prud'homale », *Projet*, n ° 307, 2008, p. 13.

¹⁶¹ J. TIMSIT, « La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, n° 319, novembre 2001, p. 53.

¹⁶² *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 11.

*dispositifs et de pratiques qui tout à la fois se distinguent des procédures judiciaires classiques et les complètent »*¹⁶³.

152. Au sujet des modes alternatifs de règlement des différends Monsieur Pierre VAYRE considère que *« le but commun est de simplifier l'approche de la solution et de « déjudiciariser » la relation médecin-patient en facilitant la discussion entre prestataires de service et usagers du système de santé pour éviter la « victimisation » et la « vengeance pénaliste ». Il n'y a plus de parties mais des partenaires. Il n'y a plus tort ou raison mais « accord négocié » »*¹⁶⁴. C'est ainsi que ces notions de judiciarisation et juridicisation sont abordées. Il est donc nécessaire de s'interroger et d'étudier si cette judiciarisation existe réellement en France, et plus précisément, si elle est avérée dans le domaine de la santé.

153. La judiciarisation peut se définir comme la *« propension à privilégier le recours aux tribunaux pour trancher des litiges qui pourraient être réglés par d'autres voies (médiation, accord amiable) »*¹⁶⁵. Il s'agit ici de se demander si cette judiciarisation est une réalité concrète ou simplement une affirmation non fondée véhiculée par les médias, entre autres.

154. Plusieurs auteurs se sont intéressés à cette notion de judiciarisation dans le domaine de la santé et à l'étude de sa réalité éventuelle. Bien qu'assez récente, cette question préexistait puisque dès la fin du XIX^{ème} siècle, Monsieur Paul Brouardel l'exprimait : *« autrefois le malade mécontent à tort ou à raison se plaignait à sa famille, à ses voisins : au contraire aujourd'hui, le moindre petit fait de ce genre est aussitôt enregistré par la gazette locale, reproduit par d'autres journaux et le parquet est mis en demeure de poursuivre l'affaire qui lui est indiquée, par les malades, les familles, ou parfois même par un compétiteur peu scrupuleux »*¹⁶⁶. Au-delà de la notion même de judiciarisation, il est intéressant de remarquer que celle-ci est le corollaire d'une évolution de la relation

¹⁶³ C. LESTOURNELLE, « Les nouveaux modes alternatifs de règlement des différends - médiation et procédure participative », *JCP G*, Supplément au n°27, juillet 2013, p. 49.

¹⁶⁴ P. VAYRE, « Transaction extrajudiciaire: règlement amiable des complications des actes médico-chirurgicaux », *Gaz. Pal.*, n° 171, juin 2002, p. 27.

¹⁶⁵ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

¹⁶⁶ P. BROUARDEL, *La responsabilité médicale*, Paris, J.-B. Baillière et Fils, 1898.

médicale. Auparavant, le « colloque singulier » entre le médecin et le patient, entre le « savant » et l' « ignorant », était puissant et non remis en question par le patient. En effet, Monsieur Gui de Chauliac illustre parfaitement cette situation en écrivant que « *Le médecin attend du patient qu'il lui obéisse tel un serf à son seigneur* »¹⁶⁷. Ceci a également été relevé par Madame Johanne Saison : « *Malgré la transcription dans les livres anciens du principe de responsabilité médicale, l'irresponsabilité en cette matière est de rigueur du Moyen Age jusqu'au XVIIIème siècle* »¹⁶⁸.

155. Peu à peu, la relation médicale a pu être remise en question et les premiers procès on vu le jour en la matière. La question est donc désormais de savoir si ces recours devant les juridictions sont véritablement en hausse ou non. Le problème qui se pose en la matière est l'identification d'indicateurs permettant concrètement de « mesurer » cette judiciarisation éventuelle. En 2003, Monsieur Guillaume Rousset met en exergue le fait « *les seuls éléments de réflexion actuellement disponibles sont partiels et épars mais ils tendent globalement à relativiser la réalité de la judiciarisation* »¹⁶⁹. D'un point de vue statistique, une étude a été effectuée par l'Institut Droit et Santé dans le cadre d'une recherche financée par le GIP-Mission de recherche Droit & Justice¹⁷⁰. L'objectif de cette étude est de dresser un état des lieux sur la décennie 1999-2009. « *L'approche statistique menée dans le cadre de cette recherche a pour objet de servir quatre axes prioritaires de recherche, à savoir :*

- *L'évolution du nombre de demandes en réparation contentieuses ou amiables, de décisions rendues et de condamnations dirigées contre des professionnels et établissements de santé.*
- *L'évolution de la « pression conflictuelle » à laquelle sont exposées les professions et équipes techniques au regard des autres professions.*

¹⁶⁷ G. DE CHAULIAC, *Chirurgica Magna*, XIVème siècle.

¹⁶⁸ J. SAISON, *Le risque médical: évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 9.

¹⁶⁹ G. ROUSSET, « Judiciarisation et juridicisation de la santé: entre mythe et réalité », *Carnets Bord En Sci. Hum.*, n° 16, 2009, p. 26.

¹⁷⁰ *La judiciarisation de la santé*, Rapport remis par A. LAUDE, UNIVERSITÉ DE PARIS 5. INSTITUT DROIT ET SANTÉ, J. PARIENTE[et al.], 2012.

- *La nature des spécialités, des actes et des causes de dommages donnant lieu à une indemnisation.*
- *L'évolution du montant des indemnités allouées au titre de la réparation des accidents médicaux »*¹⁷¹.

156. Madame Anne Laude distingue deux notions : la « *pression juridictionnelle* » et la « *pression conflictuelle* ». Cette première notion de « *pression juridictionnelle* » renvoie à « *l'idée d'une tension éprouvée par les professionnels de santé à l'égard des actions en justice et des décisions qui en résultent* »¹⁷². Quant à elle, la notion de « *pression conflictuelle* » s'entend comme « *l'ensemble des demandes en réparation des dommages causés par l'activité médicale et paramédicale, qu'elles soient contentieuses ou amiables* »¹⁷³. Concernant la notion de « *pression juridictionnelle* » et le nombre d'actions en justice, le rapport démontre que celles-ci sont stables, relativement aux nombres d'actes médicaux effectués. En ce qui concerne les actions devant les juridictions pénales, celles-ci ont été largement diminuées : « *Ainsi, par exemple, de manière globale, c'est-à-dire tous contentieux confondus, depuis 2002, le nombre de procès médicaux est présenté comme quasiment stable, les chiffres n'accréditant pas la thèse d'une inflation. Si l'on étudie les statistiques de manière plus précise, les données du Conseil d'Etat nous apprennent que, depuis 2005, le contentieux en responsabilité hospitalière est en baisse significative* »¹⁷⁴.

157. Monsieur Guillaume Rousset met en exergue le fait que « *même si les données statistiques permettent un jour de constater une augmentation forte du nombre de procès, il est nécessaire d'affiner l'analyse en distinguant deux notions fondamentalement différentes : à supposer qu'elle soit établie, une éventuelle augmentation du nombre de recours formés ne signifie en rien qu'existe de manière corrélative une croissance du nombre de condamnations. Ce n'est pas parce que les tentatives d'engagement d'une responsabilité sont éventuellement plus fréquentes que celles-ci sont pour autant fondées et qu'elles réunissent les conditions*

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 2.

¹⁷² A. LAUDE, « La judiciarisation de la santé », *Questions de santé publique*, n° 20, mars 2013, p. 6.

¹⁷³ *Ibidem*.. La judiciarisation de la santé, A. LAUDE[et al.], *op. cit.*

¹⁷⁴ G. ROUSSET, *op. cit.*

légales pour permettre une condamnation. Vouloir engager une responsabilité ne signifie pas forcément que cette responsabilité sera retenue par les juges. Ainsi, même si une augmentation du nombre de recours peut un jour être établie, cela n'aura qu'un impact limité sur la réalité du contentieux et sur sa dimension sociale et financière puisque l'élément réellement important est au contraire le nombre de condamnations effectives. [...] Au-delà de cette nuance, il est aussi intéressant de constater un autre phénomène qui, quant à lui, est indéniable alors qu'il s'inscrit dans une tendance tout à fait contraire à la judiciarisation. C'est la mise en place de modes alternatifs de règlements des litiges qui entendent résoudre les conflits sans avoir recours au juge »¹⁷⁵.

158. Deux questions sont sous-jacentes concernant cette éventuelle judiciarisation de la santé : l'influence de certains pays dits « procéduriers » tels que les Etats-Unis et la question de la judiciarisation de la société française dans son ensemble. Concernant la première, l'idée d'une « *dérive à l'américaine* » est présente et sous-entend que la santé, comme aux Etats-Unis, serait dans une dynamique de responsabilisation de la pratique médicale et plus précisément d'augmentation des litiges en la matière¹⁷⁶. Il est tout de même nécessaire de préciser que « *Les règles relatives à la procédure applicable au contentieux de la responsabilité médicale sont très différentes en France et aux États-Unis. Pourtant, en France la perception d'une judiciarisation importante de la médecine est très prégnante. Les raisons de ce sentiment sont bien évidemment multiples mais résultent pour partie sans doute d'une confusion faite entre le risque collectif et le risque individuel, laquelle confusion est accrue par le constat fait par les médecins de l'augmentation de leurs primes d'assurance* »¹⁷⁷. Ainsi, cette idée est de plus en plus dominante mais « *À dire vrai, le sujet n'est ni nouveau, ni propre au champ médical. La crainte d'une exposition injustifiée des responsables, au sens commun du terme, à la responsabilité, au sens juridique du terme, est une antienne du débat public qui confond, du reste, à cette occasion, responsabilité civile et responsabilité pénale.*

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ V. LAURENT, « Procès médicaux en France: vers une dérive à l'américaine ? », *Médecine et Culture*, n° 4, 2006, p. 23. J. DRUCKER et M. FAESSEL-KAHN, « Justice et santé, l'exemple américain », *Sève-Les tribunes de la santé*, n° 5, 2004, p. 31-38.

¹⁷⁷ A. LAUDE, « La judiciarisation en France, sur la trace des États-Unis? », *Trib. Santé*, n° 1, 2010, p. 49-59.

[...] Qualifiée de « dérive à l'américaine », cette évolution est perçue comme essentiellement négative par les médecins déstabilisés par les coups de boutoir des accusations judiciaires... ou médiatiques. Les « institutions » médicales, du conseil de l'ordre aux principaux syndicats, notamment ceux représentant les spécialistes, comme la presse professionnelle, tel le *Quotidien du médecin*, ont largement fait écho à cette préoccupation »¹⁷⁸.

159. Madame Laurence Helmlinger et Monsieur Dominique Martin concluent sur ce sujet que « Le rapprochement de l'ensemble de ces données éclaire, à nos yeux, l'inquiétude des professionnels de santé d'un jour différent. Comme les élus et responsables publics que nous évoquions en introduction, les médecins, confrontés, au quotidien, à une exigence croissante de transparence et de résultat de la part de leurs patients, subissant effectivement une procédure de réclamation qu'ils n'avaient, pour beaucoup d'entre eux, jamais connue auparavant, s'identifient spontanément à leurs rares confrères « traînés » devant les tribunaux et fortement mis en scène par les médias, alors même que le risque statistique qu'ils soient eux-mêmes confrontés à une telle situation est encore fondamentalement marginal. Cela étant, le renouveau de ce débat sur la judiciarisation de la médecine ne peut pas être découplé des vraies raisons de la crise de l'assurance qui ont progressivement été mises à jour passé l'acmé de l'année 2002. Les raisons de l'augmentation des primes tiennent en effet moins à la croissance des contentieux qu'à la dégradation de l'équilibre financier interne des assurances : pertes techniques non compensées par des produits financiers du fait de la crise boursière, durcissement des conditions de transfert des risques aux réassureurs en raison d'une situation internationale tendue, retard pris par les assureurs pour prendre conscience de cette situation, ce qui les condamne à faire des bénéfices pour compenser les pertes des dernières années. Enfin, le débat sur la judiciarisation de la médecine doit être dépassionné, surtout en matière de responsabilité civile ou administrative. Celles-ci n'ont pas une dimension punitive pour l'auteur des faits, mais seulement une fonction réparatrice pour la victime. La perception de ces affaires devrait être débarrassée de toute connotation infamante pour celui qui en fait l'objet, d'autant que les manquements commis sont alors appréciés par le juge par rapport à un standard optimal de respect des

¹⁷⁸ L. HELMLINGER et D. MARTIN, « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *Trib. Santé*, n° 5, 2004, p. 39-46.

obligations professionnelles et des règles de l'art. Il ne faut pas non plus perdre de vue que le traitement juridictionnel des dossiers médicaux permet un travail d'expertise déterminant dans la compréhension des causes des dommages subis. En cela, il répond, bien sûr, à un élémentaire souci de transparence à l'égard du patient lui-même, mais aussi à un enjeu de santé publique dans l'identification de la réalité des accidents médicaux et la compréhension de leurs causes afin d'en prévenir la répétition »¹⁷⁹.

160. Il est essentiel de souligner le fait qu'actuellement, il n'y a pas d'étude aboutie prouvant une réelle judiciarisation dans le domaine de la santé, or ceci est fréquemment avancé par les assureurs. En effet, au titre de l'article L. 1142-2 C. santé publ.¹⁸⁰, les professionnels et établissements de santé ont une obligation légale de s'assurer. Les assurances¹⁸¹, étant fondées sur un système de mutualisation des risques¹⁸², calculent le montant de la prime d'assurance en fonction du risque tel que la spécialité, un médecin ou établissement ayant déjà eu un contentieux, ... etc. Madame Anne Laude précise ainsi que « *si le sentiment de judiciarisation de la santé ne repose pas sur une augmentation de la pression contentieuse ni même de la pression conflictuelle, il n'en reste pas moins qu'il est*

¹⁷⁹ *Ibidem.*

¹⁸⁰ Art. L1142-2 C. santé publ.

¹⁸¹ C. CAILLÉ, « Assurance de dommages », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2013. : « Les assurances de dommages sont les assurances qui garantissent les risques menaçant le patrimoine de l'assuré. Elles se subdivisent en deux catégories : les assurances de choses, appelées aussi assurances de biens, et les assurances de responsabilité. Les assurances de biens garantissent l'actif du patrimoine, qu'il s'agisse de biens mobiliers ou immobiliers, de biens corporels ou incorporels comme les créances dont l'assuré est titulaire. Les assurances de responsabilité garantissent les conséquences pécuniaires de la responsabilité de l'assuré lorsque celle-ci est engagée par un tiers victime. Les assurances de responsabilité se classent elles-mêmes en deux catégories : les assurances à objet déterminé et les assurances à objet indéterminé ».

¹⁸² La mutualisation est le principe fondateur de l'assurance, basé sur le fait qu'un danger peut survenir. Le principe de la mutualisation consiste à répartir le coût de la réalisation du danger entre les membres d'un groupe soumis potentiellement au même danger et qui pourrait frapper certains d'entre eux.

entretenu par l'augmentation des primes d'assurances professionnelles »¹⁸³. A ce titre, la doctrine a récemment abordé la question des assureurs face au contentieux et de la déjudiciarisation que cela peut représenter : « face à l'encombrement des juridictions, les assureurs ont mis en place de nouvelles méthodes de règlement des conflits, censées éviter le recours au contentieux » et l'exemple est pris du développement de l'assurance de protection juridique pour affirmer qu'un phénomène de déjudiciarisation est amorcé¹⁸⁴.

161. Madame Béatrice Gorchs explique ainsi au sujet de la conciliation : « Face à une crise judiciaire révélant les limites d'un traitement juridictionnel des litiges, le recours à la conciliation pourrait être interprété comme le signe d'une volonté de changement dans le modèle de justice. Or ramener la conciliation à une transaction sur le litige, c'est susciter la méfiance des professionnels du droit et des justiciables attachés à la dimension symbolique de la justice. Tout au contraire, replacée dans les mains du juge, la conciliation autorise une autre approche du conflit. Libéré des figures qu'imposent le droit et le rite judiciaire, le juge peut restituer au conflit son sens premier et aboutir à une solution qui fait sens pour les parties »¹⁸⁵. Ceci serait également applicable à la médiation et aux autres MARC.

162. Sur cette notion de justice alternative et de judiciarisation, Monsieur Jean Timsit soulève plusieurs points intéressants : « L'animal ne semble pas aisé à classifier : s'agit-il de justice, quelles règles lui appliquer? Ceux qui la pratiquent en vantent la grande souplesse, mais des voix s'élèvent pour craindre que cette souplesse ne soit également l'occasion d'abus. Aussi, certains ont-ils déjà dégagé ce qu'ils qualifient de principes fondamentaux auxquels les médiations devraient impérativement se conformer, afin de protéger les victimes potentielles de leur propre liberté. Le débat, déjà entamé, est celui de la place respective à accorder à la volonté des parties et à la règle impérative [...] Véritable alternative à la justice, elle doit conserver sa spécificité par rapport à celle-ci : tournée vers le futur et les solutions pragmatiques, elle se différencie fondamentalement de la justice, qui, elle, est tournée

¹⁸³ A. LAUDE, *op. cit.*

¹⁸⁴ B. CERVEAU, « Les assureurs face au contentieux: un remarquable exemple de la déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, n° 119, avril 2014, p. 7.

¹⁸⁵ B. GORCHS, « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », *Ed. Juridiques Associées*, n° 62, 2006, p. 223-256.

nécessairement vers le passé et la sanction juridique. Trouvant son fondement dans la volonté des parties, la médiation doit rester en grande partie soumise à cette dernière, sauf limites tirées de la loi, au rang desquelles on ne peut pas compter ces « principes fondamentaux d'une bonne justice » qu'il appartient aux parties seules de retenir ou d'écarter. Si davantage de contrôles devaient apparaître opportuns, il appartiendrait au législateur de réformer le droit positif. À ce stade, il serait sage de laisser se développer la médiation et d'attendre que la pratique permette de dégager des enseignements. Ainsi, et sauf dispositions législatives pour l'instant tout à fait marginales, la médiation reste un outil de gestion, qui n'est régi que par le droit des contrats et qui repose sur la liberté des parties»¹⁸⁶.

163. Il faut donc se demander : en quoi la médiation serait une bonne alternative à la judiciarisation ? A ce sujet, le Conseil d'Etat répond en partie : « *Depuis plus d'un quart de siècle et même davantage, les modes alternatifs de règlements des différends sont regardés aussi bien par l'ordre juridique national que par l'ordre juridique communautaire comme étant susceptibles de constituer une réponse à la judiciarisation toujours croissante des sociétés contemporaines et à l'encombrement des prétoires. En France, les deux ordres juridictionnels se sont à plusieurs reprises penchés sur ce sujet* »¹⁸⁷. Ceci est intéressant bien que cette judiciarisation ne soit pas forcément avérée car cela permet de mettre en exergue deux points importants. Le premier point est le fait que la santé intéresse les deux ordres juridictionnels (administratif et judiciaire) et que la médiation permettrait d'éviter les conflits de juridictions et d'unifier le système. Le second point est le fait qu'au-delà d'une nécessité d'unifier le régime en droit interne, cela pourrait également s'étendre au droit communautaire et donc aux pays membres de l'Union européenne *via* une directive comme cela a été le cas pour la matière civile et commerciale.

¹⁸⁶ J. TIMSIT, « La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, n° 319, novembre 2001, p. 53.

¹⁸⁷ *Rapport public 2009: droit au logement, droit du logement*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2009.

Conclusion du chapitre 1

164. La médiation est un mécanisme qui n'est pas aisé à appréhender car il est à la frontière de la voie amiable et de la voie judiciaire pour résoudre un différend. Ce mode alternatif de règlement des conflits appartient néanmoins au droit mais se situe aux confins de diverses disciplines. C'est la raison pour laquelle la médiation utilise des outils juridiques et extra juridiques.

165. La médiation peut être qualifiée, non seulement de processus juridique, mais aussi plus précisément de mécanisme juridique. Ce dernier doit impérativement être distingué des autres mécanismes alternatifs. La différenciation d'avec la conciliation reste cependant la plus délicate en raison des liens étroits qu'elles entretiennent et de la fréquente confusion théorique et pratique existant en la matière. L'application de la médiation aux conflits inhérents à la relation de soins est d'ailleurs une parfaite illustration de cette enchevêtrement récurrent des deux processus.

166. Ce mécanisme juridique est en pleine expansion en raison de l'alternative qu'il offre au règlement juridictionnel et à une éventuelle judiciarisation, si tant est qu'elle soit avérée. La Cour de cassation expose d'ailleurs que « *la médiation est un moyen ouvert aux parties pour leur permettre de parvenir à la meilleure solution possible à leur conflit et, lorsque la justice est déjà saisie, c'est une ressource complémentaire ouverte au juge pour permettre aux parties de trouver elles-mêmes leurs solutions au litige* »¹⁸⁸.

167. Au regard de cette qualification, il est certain que la médiation a vocation à s'appliquer de façon adéquate au domaine de la santé.

¹⁸⁸ COUR DE CASSATION, « La médiation numéro hors-série ».

Chapitre 2. L'application d'un mécanisme juridique adéquat au domaine de la santé

168. La santé est un domaine très spécifique qui peut être à l'origine d'un certain nombre de différends en raison de la sensibilité qu'il représente. La santé touche en effet à l'état des personnes, à leur intimité, à leur intégrité et les relations qui en découlent avec les professionnels de santé sont nécessairement empreintes d'une certaine sensibilité. Madame Michèle Guillaume-Hofnung expose à ce titre que « *des décalages, des incompréhensions résultent nécessairement de la diversité des paroles qui s'entrecroisent dans cet univers si particulier qu'est l'hôpital. Pour les malades en situation de vulnérabilité, le déficit de communication est aujourd'hui mal vécu. La qualité de la communication médicale devient un élément de la qualité des soins. La médiation, quand on la prends dans son sens large de mode de gestion et de création du lien social, est une piste dans la recherche des moyens d'instauration d'un dialogue éthique entre tous les partenaires de la relation de soin* »¹⁸⁹. Ce secteur spécifique présente des particularités qui rendent les relations délicates. Monsieur Guy Lesoeurs expose ainsi lors d'un colloque en 2008 sur ce thème que nous sommes dans une période « *où les mutations profondes du monde de la santé apportent de multiples occasions de tensions génératrices de litiges, de conflits ; toutes situations de rupture du lien social* »¹⁹⁰.

169. La médiation, grâce à sa malléabilité, présente donc un mode de règlement des différends tout à fait adéquat à ce contexte particulier. Les qualités du mécanisme lui permettent en effet de s'adapter à chaque type de conflit, à chaque participant dans le but de parvenir à résoudre le différend. Ce processus présente des caractéristiques spécifiques lorsqu'il s'applique au domaine de la santé, celles-ci méritent donc d'être analysées en comparaison à d'autres secteurs ou lieux d'application de la médiation. Madame Michèle Guillaume-Hofnung relève d'ailleurs que « *les sources françaises sont allées plus loin dans la*

¹⁸⁹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *Hôpital et médiation*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 16.

¹⁹⁰ CNEH, « Médiation et santé : une évidence? », *AJS*, n° 61, 2008.

mise en lumière de la spécificité de la médiation. Dans son rapport n°3696¹⁹¹, la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne déplore ainsi que les lois entretiennent des incertitudes terminologiques en ne distinguant pas la médiation de la conciliation. Elle préconise de retenir la définition ayant inspiré celle du séminaire de Créteil et du Conseil national consultatif de la médiation familiale (CNCMF) : « La médiation est un processus de communication éthique reposant sur l'autonomie et la responsabilité des participants, dans lequel un tiers, impartial, indépendant, sans pouvoir, favorise par des entretiens confidentiels la création, la recréation du lien social, la prévention ou le règlement de la situation en cause »¹⁹². Le code national de déontologie des médiateurs commence d'ailleurs par une définition qui s'inscrit dans cette filiation »¹⁹³.

170. Cette étude permettra ainsi de déterminer que la médiation constitue un mécanisme spécifique présentant des capacités d'adaptation intéressantes pour le secteur de la santé et de révéler ses caractéristiques. Il est ainsi nécessaire d'étudier l'adaptation naturelle et simple de ce mécanisme à ce secteur (section 1), à l'aune de ces forces et de ses faiblesses (section 2).

¹⁹¹ *La médiation, un nouvel espace de justice en France*, Rapport remis par J. FLOCH, 2007.

¹⁹² UNAF, « Travaux et recommandations, décembre 2004 », [En ligne : www.unaf.fr].

¹⁹³ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *Gestions hospitalières*, n° 522, janvier 2013, p. 18-21. M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *La Gazette Santé Social*, n° 85, mai 2012.

Section 1. Un mécanisme adapté à la discipline

171. La médiation est un processus dont la malléabilité et la souplesse permettent une parfaite adaptation au domaine de la santé, secteur sensible par essence. Un réel engouement existe pour l'utilisation de ce mécanisme afin de régler les différends nés de la relation de soins. Ceci est inhérent au fait que la médiation est un mode alternatif de règlement des conflits spécifique (paragraphe 1) et attractif en raison des principes sur lesquels il se fonde (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une médiation spécifique

172. La médiation en santé est très spécifique en raison du domaine auquel elle s'applique. Cette singularité se remarque en la comparant à d'autres domaines (A) et à d'autres exercices de la médiation à l'étranger (B).

A. Une particularité relativement à d'autres domaines

173. La médiation existe en droit de façon générale et s'applique à divers domaines extérieurs à celui de la santé, comme le relève le rapport du Conseil d'Etat qui traite des médiations intervenant dans des domaines particuliers :

- médiation familiale¹⁹⁴
- médiation dans le domaine relevant du droit du travail¹⁹⁵

¹⁹⁴ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 35.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 36.

- médiation relevant du droit de la consommation¹⁹⁶

174. La doctrine fait également état de divers types de médiations en droit fiscal, en droit administratif, en droit du travail bien que ce dernier s'intéresse essentiellement à la médiation conventionnelle¹⁹⁷. Au cours de cette étude, nous nous intéresserons à la médiation pénale (1), à la médiation familiale (2), à la médiation en matière civile et commerciale (3) et la médiation dans le cadre d'une procédure disciplinaire (4).

1. La médiation pénale

175. Concernant tout d'abord la médiation pénale, il s'agit d'une alternative aux poursuites¹⁹⁸, intéressante dans le cas d'infractions de gravité peu importante telles que des dégradations légères par exemple. Plus précisément, il s'agit de conflits relatifs à des faits supposant le dépôt d'une plainte, des faits reconnus par l'auteur, des faits constituant une infraction susceptible de poursuites. L'article 41-1 du code de procédure pénale précise d'ailleurs : « *S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible 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 faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République : [...] Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise ; si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-*

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 38.

¹⁹⁷ Laude, Anne, *Lamy Droit de La Santé Tome 2* (Wolters Kluwer, 2013), pp. 554–1 et s.

¹⁹⁸ <http://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/mediation-penale-poursuite-penale-7608.htm#.VNIqHynE9Gg>

verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile. Lorsque des violences ont été commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, il n'est procédé à la mission de médiation que si la victime en a fait expressément la demande. Dans cette hypothèse, l'auteur des violences fait également l'objet d'un rappel à la loi en application du 1° du présent article. Lorsque, après le déroulement d'une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime, de nouvelles violences sont commises par le conjoint ou l'ancien conjoint de la victime, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son ancien partenaire, son concubin ou son ancien concubin, il ne peut être procédé à une nouvelle mission de médiation. Dans ce cas, sauf circonstances particulières, le procureur de la République met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites ; [...] ».

Cet article indique bien que l'initiative de la médiation appartient au Procureur de la République territorialement compétent dans la mesure où il estime que cette mission peut permettre :

- d'assurer la réparation du dommage subi
- de mettre fin au trouble résultant de l'infraction
- de contribuer au reclassement de l'auteur des faits

176. Bien entendu, pour mener à bien cette médiation dans le domaine pénal, l'accord de la victime est un prérequis. Suite à cet accord, le médiateur pénal met en œuvre ce processus qui pourra se dérouler dans divers lieux tels qu'une association, un tribunal ou une maison de justice. Le tiers intervient donc avant toute décision sur l'action publique, avant de réparer le préjudice de la victime et mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou contribuer au reclassement de l'auteur des faits.

177. En ce qui concerne le déroulement de la médiation¹⁹⁹, celle-ci débute par une convocation des parties par le médiateur à un entretien individuel. Il faut préciser que si la personne mise en cause est mineure, ses parents ou son représentant légal seront présents

¹⁹⁹ Voir en ce sens J.-B. PERRIER, « Médiation pénale », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2014.

lors de cette entrevue. Dans un premier temps, le tiers médiateur expose à chaque partie la procédure, les faits tels qu'ils ont été établis dans les procès verbaux, les textes applicables puis propose une rencontre avec les autres parties au conflit. Si les participants refusent ou ne se rendent pas aux entretiens auxquels ils sont convoqués, le dossier est renvoyé au Procureur de la République. En revanche, si les parties acceptent cette rencontre, elles vont tenter, avec le médiateur pénal, de parvenir à une solution amiable de règlement de leur litige. Si les parties aboutissent à un accord à l'issue de la médiation, un procès verbal indiquant les termes de l'accord est dressé et sera signé par le médiateur et le procureur. Le médiateur devra ensuite vérifier l'exécution des termes de l'accord et adresser un rapport au procureur pour que dossier soit classé sans suite. En cas de désaccord ou de non exécution des engagements pris, le médiateur en référera au procureur par le biais d'un rapport écrit. Il faut noter qu'au cours de cette procédure, les parties ont la possibilité d'être assistées d'un avocat. Il est d'ailleurs possible pour la victime ou la personne mise en cause de demander l'aide juridictionnelle à cet effet.

178. Cette procédure présente des avantages indéniables pour les parties dans le champ pénal puisque, contrairement à une peine prononcée ou homologuée par un tribunal, la médiation n'est pas portée au casier judiciaire d'une personne.

179. Il est également intéressant de connaître le statut du médiateur pénal qui doit être agréé et habilité. Il peut s'agir d'un délégué du procureur, d'une association ou d'un retraité issu de professions spécifiques telles que gendarme, policier, éducation nationale etc. Il doit avoir un casier judiciaire vierge et présenter les garanties nécessaires de compétence, d'impartialité et d'indépendance. Il est bien entendu tenu au secret professionnel et prête serment.

180. Afin d'être habilité, le médiateur pénal doit remplir plusieurs conditions :

- s'il exerce déjà une activité professionnelle en lien avec la justice ou est élu, il doit intervenir en dehors du ressort de la cour d'appel dans laquelle il agit
- n'avoir aucune condamnation inscrite au bulletin n°2 de son casier judiciaire
- présenter des garanties de compétence et donc être un spécialiste du droit, être indépendant et impartial
- posséder un sens de l'écoute et du dialogue

- ne pas avoir de lien familial avec un magistrat ou un fonctionnaire de la juridiction
- être âgé de moins de 75 ans

181. En ce qui concerne la désignation de ce tiers médiateur dans le domaine pénal, il faut préciser que celui-ci doit auparavant présenter une demande d'habilitation auprès du Procureur de la République s'il souhaite exercer ses fonctions dans l'ensemble du ressort du tribunal de grande instance ou auprès du Procureur général s'il souhaite exercer ses fonctions dans l'ensemble du ressort de la cour d'appel. Si aucune incompatibilité n'est retenue, le médiateur est alors habilité pour une durée d'une année et à l'issue de cette année, il sera habilité (ou non) pour une durée de cinq ans. L'avis de l'assemblée générale des magistrats sera alors demandé. S'il s'avère que le médiateur ne remplit pas correctement ses fonctions, l'habilitation pourra lui être retirée à tout moment.

182. En ce qui concerne la rémunération de cette profession, elle est fonction de l'acte et les tarifs sont variables selon la durée de la médiation et sa nature.

183. La déontologie du médiateur en matière pénale est primordiale. Certains principes directeurs de la médiation et de son déroulement ont ainsi été posés et le code pénal incrimine trois infractions pénales du médiateur s'il ne répond pas à ses obligations déontologiques :

- Article 434-9 C. pén. : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par : [...] 4° Une personne chargée par l'autorité judiciaire ou par une juridiction administrative d'une mission de conciliation ou de médiation ; [...]* ».

- Article 435-7 C. pén. : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par : [...] 4° Toute personne chargée d'une mission de conciliation ou de médiation par une telle juridiction ou par une telle cour ; [...]* ».

- Article 435-9 C. pén. : « *Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à : [...] 4° Toute personne chargée d'une mission de conciliation ou de médiation par une telle juridiction ou une telle cour ; [...]* ».

184. La médiation pénale correspond aux canons de la médiation au sens général mais diffère de la médiation en santé principalement parce qu'elle est à l'initiative du Procureur de la République et que le médiateur pénal connaît un statut juridique bien établi au regard, entre autres, de sa nomination et de sa rémunération, ce qui n'est pas le cas dans le secteur de la santé.

2. La médiation familiale

185. La médiation familiale concerne les conflits relatifs rapports familiaux comme les liquidations de régimes matrimoniaux ou les successions. Comme dans toute médiation, certains objectifs sont visés, à savoir : aider les parties à identifier l'origine du conflit et ce qui les oppose ; maintenir ou rétablir la communication entre membres d'un couple ou d'une famille ; faciliter l'organisation ou la construction de l'exercice de l'autorité parentale, etc.

186. Le Conseil national consultatif de la médiation familiale en a donné la définition suivante : *« un processus de construction ou de reconstruction du lien familial axé sur l'autonomie et la responsabilité des personnes concernées par des situations de ruptures ou de séparations dans lequel un tiers impartial, indépendant, qualifié et sans pouvoir de décisions – le médiateur familial – favorise, à travers l'organisation d'entretiens confidentiels, leur communication, la gestion de leur conflit dans le domaine familial entendu dans sa diversité et dans son évolution »*²⁰⁰.

187. D'un point de vue chronologique, la médiation est d'apparition relativement récente. Elle a en effet été institutionnalisée par la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002, la loi sur le divorce du 26 mai 2004 et par la création, en 2003, d'un diplôme d'Etat de médiateur familial²⁰¹. Comme toute médiation, elle a pour objectif de permettre de rétablir le dialogue

²⁰⁰ CONSEIL NATIONAL CONSULTATIF DE LA MÉDIATION FAMILIALE, *Travaux et recommandations*, 2004.

²⁰¹ Arrêté du 19 mars 2012 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial, JORF n°0076 du 29 mars 2012 p. 5709.

entre les parties d'une même famille et de leur permettre d'aboutir à une solution ménageant leurs divers intérêts. Certains buts sont également visés, à savoir : aider les parties à identifier l'origine du conflit et de ce qui les oppose ; maintenir ou rétablir la communication entre membres d'un couple ou d'une famille ; faciliter l'organisation ou la construction de l'exercice de l'autorité parentale, etc. La médiation qui s'exerce dans le domaine du droit de la famille se doit aussi de respecter certains principes tels que la confidentialité des entretiens, le consentement libre et éclairé des parties, la non divulgation aux tiers des accords conclus, l'impartialité du médiateur.

188. En l'espèce, il faut noter que le médiateur familial est un tiers considéré comme un personnel qualifié étant donné qu'il doit être titulaire d'un diplôme d'Etat de médiateur familial. La formation dispensée comprend divers enseignements dont la psychologie, la sociologie et le droit. Si ce médiateur estime néanmoins devoir orienter les parties vers d'autres professionnels, il en a le loisir. Il faut ainsi remarquer que le tiers médiateur est encadré en la matière, contrairement au médiateur en santé dont le statut n'est pas clairement défini.

189. Il est important de mettre en exergue de quelles façons la médiation peut être mise en œuvre puisqu'elle peut intervenir de façon spontanée (elle sera alors appelée conventionnelle) ou bien par la voie judiciaire lors d'un procès.

190. Il faut enfin noter que pour le financement de cette médiation familiale, le premier entretien n'est pas facturé aux parties mais pris en charge par les différents partenaires. Par la suite, une participation financière est demandée aux personnes et est calculée sur la base du barème national pour les services de médiation familiale conventionnés. Si la médiation familiale a lieu lors d'un procès et que la personne a droit à l'aide juridictionnelle, le coût de la médiation est pris en charge par l'Etat.

3. La médiation en matière civile et commerciale

191. La médiation civile et commerciale a été insérée dans le code de procédure civile par la loi du 8 février 1995 aux articles 131-1 à 131-15 qui instaurent la mise en œuvre de la

médiation ordonnée par un juge, avec l'accord préalable des parties. Puis, la directive européenne sur la médiation civile et commerciale a été adoptée et transposée en droit interne par l'ordonnance du 16 novembre 2011 et son décret d'application du 20 janvier 2012. Ceci permet donc de prévoir quelles sont les règles applicables à la médiation conventionnelle initiée par les parties. Concernant justement cette directive européenne transposée en 2012, elle fait suite au livre vert sur les MARC relevant du droit civil et commercial. L'union européenne souhaitait en effet faire évoluer la situation existante en la matière en consultant les secteurs intéressés. La Commission rappelle donc certains points dans son Livre Vert et notamment le fait que cette forme de règlement des conflits « *ne doit pas être vu comme une façon de remédier aux difficultés de fonctionnement des tribunaux, mais comme une forme plus consensuelle de pacification sociale et, dans beaucoup de cas, plus appropriée que le recours au juge ou à l'arbitre* »²⁰². Un des points essentiels de ce document est de trouver des réponses sur l'équilibre fragile entre la conservation de la flexibilité de ces processus et leur articulation harmonieuse avec les procédures judiciaires et leur qualité.

192. La médiation dans le domaine du droit de la consommation s'est illustrée il y a quelques années puisque le 12 mars 2013, le Parlement européen a adopté une directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation²⁰³. La directive visait à réguler et uniformiser la médiation sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne et l'ensemble du secteur de la consommation. Le domaine des assurances était ainsi susceptible d'être touché puisque le médiateur se doit d'être impartial et indépendant, ce qui n'était pas le cas auparavant. Il faut noter qu'avant cette directive, l'assuré avait la possibilité de recourir au médiateur de la fédération et à celui de l'assurance et ceci ne sera plus possible puisqu'un choix devra désormais être effectué.

²⁰² Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Rapport remis par LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 2002.

²⁰³ DIRECTIVE 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC). PARLEMENT EUROPÉEN, *De nouvelles règles de l'UE pour garantir un recours rapide aux acheteurs déçus*, 2013.

4. La médiation au cours des procédures disciplinaires

193. Il existe des domaines où ces mécanismes alternatifs sont utilisés lors de procédures disciplinaires comme la médiation ou la conciliation disciplinaire. La responsabilité disciplinaire auprès de l'Ordre des médecins, par exemple, sanctionne un comportement fautif au sens précisé dans le code de déontologie médicale. Il faut noter que c'est une action indépendante des autres actions précitées. Cependant, si le juge pénal s'est prononcé avant le juge disciplinaire, ce dernier sera tenu par les faits établis lors du procès pénal mais pourra leur donner une qualification différente de celle retenue pénalement. Le comportement ici examiné sera dans le cadre professionnel mais également extra-professionnel si le comportement porte atteinte à la « considération de la profession ».

194. Les sanctions encourues sont :

- avertissement
- blâme
- interdiction temporaire d'exercer (3 ans maximum)
- radiation du tableau de l'ordre

Ces sanctions sont prononcées avant ou sans sursis. La radiation est en principe définitive mais au bout de trois ans, il est possible de demander le « relèvement » de la sanction. Il n'est pas de droit et s'il est refusé, il ne pourra être à nouveau demandé qu'au bout de trois ans.

Les juridictions compétentes sont :

- la chambre disciplinaire du conseil régional de l'ordre
- la chambre disciplinaire du conseil national en appel
- le Conseil d'Etat en cassation

195. La procédure suppose la saisine de la chambre du conseil régional par une plainte. Cette dernière peut émaner d'un conseil départemental de l'ordre, du conseil national, d'un

médecin, du directeur général (DG) de l'Agence régionale de santé (ARS), d'un syndicat de médecins, du préfet, du Procureur de la République, du ministre en charge de la santé. La plainte d'un patient doit nécessairement transiter par le conseil département de l'ordre qui, après une tentative de conciliation obligatoire, la transmettra à la chambre disciplinaire du conseil régional. Il existe une particularité pour les médecins chargés d'une mission de service public (Caisse primaire d'assurance maladie, Centre hospitalier, Centre hospitalier universitaire, etc), puisque seuls le ministre, le préfet, le Procureur de la République et le directeur général de l'ARS peuvent saisir la chambre disciplinaire.

196. Attardons-nous un instant sur le fonctionnement du conseil de l'Ordre des médecins. Le conseil départemental a une mission de conciliation ordinaire qui est considérée comme essentielle dans la mesure où elle permet d'éviter la poursuite d'une procédure. Le conseil départemental peut donc, hors les cas prévus par la loi, proposer l'organisation d'une rencontre chaque fois qu'il considère que cela pourrait être utile ou que l'une des parties au litige le sollicite. Celle-ci peut avoir lieu entre un patient et un médecin au titre de l'article L 4123-2 C. santé publ.²⁰⁴ qui rend obligatoire l'organisation d'une réunion de conciliation

²⁰⁴ « Il est constitué auprès de chaque conseil départemental une commission de conciliation composée d'au moins trois de ses membres. La conciliation peut être réalisée par un ou plusieurs des membres de cette commission, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Lorsqu'une plainte est portée devant le conseil départemental, son président en accuse réception à l'auteur, en informe le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme mis en cause et les convoque dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte en vue d'une conciliation. En cas d'échec de celle-ci, il transmet la plainte à la chambre disciplinaire de première instance avec l'avis motivé du conseil dans un délai de trois mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte, en s'y associant le cas échéant. Lorsque le litige met en cause un de ses membres, le conseil départemental peut demander à un autre conseil de procéder à la conciliation. En cas de carence du conseil départemental, l'auteur de la plainte peut demander au président du conseil national de saisir la chambre disciplinaire de première instance compétente. Le président du conseil national transmet la plainte dans le délai d'un mois ».

par cet organisme chaque fois qu'une plainte est déposée à l'encontre d'un médecin inscrit à son tableau. Ou bien, la conciliation peut avoir lieu entre deux médecins au titre de l'article 56 de déontologie médicale qui précise qu'un médecin ayant un différend avec un confrère doit rechercher une conciliation, au besoin par l'intermédiaire du conseil départemental de l'ordre.

197. Dans tous les cas, la procédure de conciliation est la suivante : la réunion de conciliation organisée par le conseil départemental se déroule en présence de deux conseillers ordinaires, qui ne pourront accepter cette mission que s'ils n'ont aucun lien direct ou indirect avec les faits concernés. Si elle le souhaite, chaque partie conviée à une réunion de conciliation organisée par le conseil départemental peut se faire accompagner d'une tierce personne de son choix. Dans un souci d'équité, le conseil départemental informe toujours l'autre partie à la réunion de la présence éventuelle d'un accompagnant. A l'issue de chaque réunion de conciliation, un compte rendu est établi et signé par les conseillers. Si la conciliation aboutit, ce dernier est envoyé aux parties présentes à la réunion. Le cas échéant, ce document fait partie des pièces transmises au conseil régional dans le dossier de plainte.

198. Il faut aussi s'intéresser, à titre d'exemple, à la procédure auprès de l'Ordre des chirurgiens-dentistes. Si un conflit survient avec un chirurgien-dentiste, le patient a la possibilité de saisir par courrier le président du conseil départemental de l'ordre et ce dernier pourra alors intervenir auprès du praticien directement ou aura la faculté d'organiser une conciliation. Par la suite, le président précédemment saisi désigne un ou plusieurs membres de la commission de conciliation prévue par le code de la santé publique. Celle-ci se déroule de façon assez classique étant donné que le tiers écoute les deux parties, analyse la situation et les membres de la commission proposent ensuite un règlement amiable. Chaque partie a le loisir de se faire accompagner ou représenter par un avocat. Dans le cas où un accord est trouvé, celui-ci est acté par un procès verbal attestant un désistement de toute autre instance ou action se rapportant au différend qui s'éteint. Si aucun accord ne parvient à être trouvé, le procès verbal constate l'impossibilité de rapprocher les points de vue des parties et celles-ci auront alors la possibilité d'ester en

justice ou de demander au président du conseil départemental de l'ordre de transmettre leur plainte à la juridiction disciplinaire, laquelle pourra rendre un avis de rejet, une sanction disciplinaire, une condamnation à des dommages et intérêts ou une amende. En cas de litige avec un chirurgien-dentiste portant sur un aspect technique (insatisfaction quant aux soins dispensés), un patient ou le président du conseil départemental peut également demander au praticien traitant de saisir la compagnie d'assurance couvrant sa responsabilité civile professionnelle : le patient doit alors apporter tous les éléments de preuve du préjudice subi.

199. La compagnie d'assurance pourra étudier, par les moyens dont elle dispose, le bien-fondé de la requête. Elle pourra demander l'avis d'un de ses experts. Le patient a la possibilité :

- de contester les conclusions de la compagnie d'assurance;
- de demander la mise en place d'une médiation ou d'un arbitrage ;
- de déposer une plainte devant le tribunal d'instance ou de grande instance avec demande d'expertise judiciaire.

Il faut donc se demander si cette conciliation en est véritablement une au regard du rôle du tiers, de la procédure et des effets du mécanisme. En l'occurrence, on se rend compte qu'elle n'est pas forcément effectuée par un seul conciliateur mais peut l'être par plusieurs. Cela permet de transposer au le système de médiation et de s'interroger sur l'opportunité de mettre en place un éventuel collège de médiation et dans quels cas ? Un point semble non conforme en pratique à la conciliation théorique dans son issue puisque théoriquement c'est au conciliateur de proposer une solution que les parties valideront ou non. Tel ne semble pas être le cas selon les ordres et les différents types de conciliations. Là aussi il faut se demander quelle est la valeur du protocole si accord il y a ?

200. Quel avantage y aurait-il à remplacer, auprès des ordres, cette conciliation par une médiation ? Nous l'avons étudié, médiation et conciliation sont proches dans la démarche et ce qui les différencie fondamentalement tient au rôle du tiers et à l'issue du processus. En effet, la médiation apporte une solution qui sera décidée par les parties et le tiers permet simplement de guider ces dernières alors que le conciliateur propose lui-même une solution

à laquelle les parties adhéreront ou non. Si la médiation aboutissait à un accord amiable, cela engagerait-il simplement le praticien ou également son assureur ?

B. Une singularité en comparaison à des médiations en santé étrangères

201. La médiation existe dans des pays étrangers et sa mise en œuvre dans le domaine de la santé n'est pas similaire à la nôtre. Des comparaisons seront effectuées tout au long de cette étude mais pour illustrer ces propos, il est opportun d'exposer le fonctionnement de la médiation dans quelques uns des pays dans lesquels la médiation en santé est plus développée qu'en France. Il s'agit principalement du Canada, de la Belgique et du Japon dont nous développerons ultérieurement le système. La médiation au Japon est principalement due à l'état d'esprit sociétal dans ce pays peu propice au conflit et sa publicité.

202. Concernant en premier lieu la médiation en santé au Canada, il est nécessaire de préciser que ce pays et principalement le Québec est bien plus avancé en la matière. Madame Anne Laude et Madame Catherine Régis relèvent qu'entre les systèmes québécois et français, des similitudes existent²⁰⁵. Concernant les établissements de santé, on peut distinguer d'une part les mécanismes de médiation externe et d'autre part ceux de médiation internes²⁰⁶.

203. Au sujet des mécanismes externes aux institutions, le législateur québécois a prévu une procédure devant le Tribunal administratif du Québec et une procédure ordinale. Ce qui nous intéresse davantage concerne donc la médiation au sein d'un établissement de santé dont la procédure est prévue depuis 1991 par la loi sur les services de santé et les services sociaux. Comme l'expliquent ces auteurs, le régime de plaintes permet de formuler des

²⁰⁵ Des similarités importantes peuvent être relevées entre les systèmes français et québécois : A.-M. SAVARD et M. BOURASSA-FORCIER, « Décentralisation, intégration et contractualisation des soins et services de santé: regards croisés entre le Québec et la France », *RGDM*, n° 46, mars 2013, p. 300.

²⁰⁶ P. CECCHI-DIMEGLIO[et al.], *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits = Interdisciplinary handbook of dispute resolution*, Bruxelles, Larcier, 2015. p. 859 et s.

plaintes à l'égard de l'établissement en deux temps. La première étape consiste au traitement de la plainte au sein de l'établissement par le commissaire local aux plaintes nommé par le conseil d'administration de l'institution. Celui-ci aura alors un délai de 45 jours pour fournir une réponse motivée aux parties. Cette étape peut parfois être effectuée auprès de l'agence régionale. La seconde phase consiste à déléguer cette tâche à une institution externe et indépendante au réseau de santé et des services sociaux. Si le plaignant est mécontent de la réponse donnée en premier lieu, il aura la possibilité de faire appel à cette seconde phase auprès du Protecteur du citoyen. Ce dernier est considéré comme un « médiateur neutre et indépendant ».

204. Le Commissaire et le Protecteur ont à leur disposition des éléments permettant de favoriser le bon déroulement de la procédure. Ils ont en effet la possibilité de demander tout document utile au processus et « *ne peuvent être contraints devant une instance judiciaire ou un organisme exerçant des fonctions juridictionnelles de faire une déposition portant sur un renseignement confidentiel obtenu dans l'exercice de leurs fonctions* »²⁰⁷. Cet élément est primordial et n'existe pas de façon aussi explicite en France. A l'issue de ce processus, ces protagonistes disposent d'un pouvoir de recommandation, leur permettant même de faire exécuter leurs décisions. Contrairement à la France, cela ne relève pas de la conciliation, ni même de l'arbitrage, car ces deux mécanismes ne sont pas distingués comme dans notre système. En revanche, la compétence de ces professionnels ne s'étend pas aux professions médicales (médecin, chirurgien-dentiste, pharmacien). Pour ces professionnels, le processus de plaintes peut être utilisé pour régler des conflits avec des usagers mais également avec d'autres professionnels. Ceci présente donc un élargissement du champs de médiation et est particulièrement intéressant.

205. Concernant en second lieu la Belgique, le 17 février 2001, le Conseil National s'est prononcé sur la médiation appliquée au domaine de la santé : « *Par rapport au droit à la médiation en matière de plaintes, il est exact que beaucoup de mécontentement, d'insatisfaction et même de procès pourraient être évités par la médiation d'une instance facilement accessible. Il va sans dire qu'une médiation n'a de sens que si tous les intéressés peuvent parler ouvertement et peuvent aborder non seulement les faits mais aussi les fautes.*

²⁰⁷ Article 75 et suivants LSSSS.

La grande majorité des contrats responsabilité civile des médecins ne le permettent toutefois pas. On peut donc s'interroger sur ce qui attendra les médecins lorsqu'un règlement amiable ne sera pas atteint et qu'ils auront avoué une faute. L'ouverture dans la communication avec le médiateur est un principe auquel il peut être souscrit intégralement, mais ni le médecin ni le patient ne peuvent en devenir les dupes. Le législateur devrait tenir compte de cet aspect dans l'élaboration d'une fonction de médiation ». Suite à plusieurs discussions entre le gouvernement et le Sénat concernant un projet de loi relatif aux droits des patients, la loi relative aux droits du patient est publiée le 26 septembre 2002. L'article 11 de cette loi établit : « *le patient a le droit d'introduire une plainte concernant l'exercice des droits que lui octroie la présente loi, auprès de la fonction de médiation compétente* »²⁰⁸. Concernant la médiation en santé belge à proprement parler, il faut établir qu'elle s'organise autour de la Commission fédérale²⁰⁹ qui s'occupe de l'organisation du processus et du Service de médiation qui l'exerce en pratique. Ce service est composé de deux médiateurs nommés par le ministre sur proposition de la commission. Il existe également des services de médiation locaux qui doivent être agréés (depuis 2003). Comme le souligne Madame Elisabeth Volckrick : « *La médiation dans le domaine de la santé se développe dans de nombreux pays [...] Son développement est à inscrire dans un contexte de profonde mutation des modes de régulation de nos sociétés, et plus précisément dans un changement du rapport à la norme. Les diverses institutions de soins sont elles aussi traversées par ces mutations. Cela implique pour les acteurs de nouveaux apprentissages et, dans bien des cas, un accompagnement. C'est là qu'apparaissent en tiers les médiateurs du champ de la santé* »²¹⁰.

206. La médiation est également très développée dans les pays asiatiques tels que le Japon ou Singapour dans la mesure où ce sont des sociétés dans lesquelles il est mal perçu de mettre à jour les conflits. Ainsi, les MARD permettent de les régler sans passer par la voie judiciaire et plus discrètement. Madame Shusuke Kakiuchi expose ainsi que « *le droit de la*

²⁰⁸ Loi n°2002022737 du 22 août 2002 relative aux droits des patients, M.B. du 26 septembre 2002 p. 43719.

²⁰⁹ <http://www.fbc-cfm.be/fr/mediation>

²¹⁰ E. VOLCKRICK, « Médiation et Santé: L'expérience belge », *Médiation Santé Berna Ed. Weblaw*, 2008, p. 14.

*médiation au Japon pourrait se caractériser, pour ainsi dire, par une bi- polarité. D'un côté, du moins apparemment, il paraît être déjà bien élaboré, tandis que de l'autre côté, il a à peine commencé à se développer. Ces deux aspects correspondent aux deux matières de notre droit de la médiation: la médiation judiciaire et la médiation non-judiciaire »*²¹¹. L'auteur poursuit en expliquant que la médiation judiciaire reflète une véritable tradition de la justice japonaise, les juges tentant dans une grande partie des affaires de concilier les intérêts des parties. De façon infra-judiciaire, les participants ont également la faculté de recourir à une procédure spécifique par une commission d'échevinage. Ce type de procédure se nomme « *chôtei* ». La médiation extrajudiciaire est, quant à elle assez floue et peu encadrée légalement selon Madame Shusuke Kakiuchi. L'intérêt de l'étude de la médiation japonaise réside principalement dans l'initiative des juges pour promouvoir ce mécanisme²¹², ceci étant inexorablement dû à cette société peu propice aux conflits et à la judiciarisation.

207. L'étude de la médiation dans d'autres pays permet d'entrevoir la spécificité de ce mécanisme, principalement lorsqu'il s'applique au domaine de la santé. Cette particularité du processus permet une application d'autant plus adéquate que la médiation prend appui sur des fondements essentiels.

Paragraphe 2. Un mécanisme assis sur des principes fondateurs

208. Cette médiation spécifique s'adapte de façon adéquate au domaine de la santé et ceci est en partie dû aux fondements essentiels de ce mécanisme. Ces derniers résident dans le principe d'autonomie de la volonté (A) et sur le caractère humain du conflit inhérent à la relation de soins (B).

²¹¹ S. KAKIUCHI, « Médiation et droit des contrats: une perspective japonaise », *Z. Für Jpn. Recht*, vol. 9, n° 17, 2004, p. 97–114.

²¹² HERBERT SMITH, « Med-Arb - an Alternative Dispute Resolution practice », *Japan dispute avoidance newsletter*, n° 113, Février 2012. : « *The evaluative approach to meditation is more similar to the settlement meetings that are sometimes convened by judges in some civil law jurisdictions, such as Japan* ».

A. Un mécanisme fondé sur le principe d'autonomie de la volonté

209. La médiation est un mode alternatif de règlement des différends qui présente la caractéristique de se fonder sur le principe juridique d'autonomie de la volonté. Cette théorie se doit d'être étudiée que regard de l'autonomie de la volonté des parties à la médiation (1) et de leur participation au processus (2).

1. Médiation et principe d'autonomie de la volonté

210. L'autonomie de la volonté est une théorie juridique qui érige la volonté en source créatrice de droit et d'obligation. Celle-ci a des racines philosophiques puisqu'elle se fonde sur l'existence de droits naturels de l'homme dans la mesure où l'homme est libre à son état de nature. Ceci a en effet été souligné par de nombreux philosophes parmi lesquels Locke et Rousseau²¹³. De ce concept, naît le principe de la liberté contractuelle. L'hypothèse est que, les hommes naissant libres, ne se soumettent pas entre eux mais aboutissent à un accord leur permettant de constituer une société leur profitant à tous. La doctrine soutient en majorité que cette théorie a largement influencé l'élaboration du code civil et plus principalement le droit des obligations. Concernant la médiation, cette théorie nous intéresse à toutes les étapes du processus : au moment du recours à la médiation, de l'exercice même de la médiation mais également de sa conclusion. A chaque étape, comme dans un contrat, il est intéressant de prendre en considération l'importance de l'accord de la volonté des parties formant le recours à la médiation. On est donc tout à fait dans l'esprit du consensualisme du droit français.

211. Il faut néanmoins souligner le fait que cette théorie de l'autonomie de la volonté connaît aussi des détracteurs qui considèrent, d'une part, qu'en érigeant la volonté en chose

²¹³ J. CÉDRAS, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Etudes de la Cour de cassation*, 2003.

supérieure à la loi, on méconnaît la hiérarchie des normes et, d'autre part, que ce principe peut porter atteinte à l'équité. Dans la mesure où les deux parties n'ont pas la même « force », une partie plus forte pourrait imposer sa volonté à une partie plus faible et donc la léser. La notion de solidarisme contractuel a ainsi été fondée par une partie de la doctrine qui considère que les hommes n'étant pas égaux, les relations contractuelles sont nécessairement déséquilibrées²¹⁴. En ce sens, Monsieur Jean Cédras indique : « *Les hommes naissent-ils et demeurent-ils libres et égaux en droit des contrats ? A cette question, les classiques répondent pour l'essentiel par l'affirmative. Ils tiennent que la formation du contrat est libre et sa force obligatoire implacable. C'est l'Ecole de l'autonomie de la volonté, qui gouverne la quasi-totalité du droit positif des contrats. Mais une doctrine dite du « solidarisme contractuel » adopte une vue opposée. Pour elle, la liberté postule l'égalité des parties, or celles-ci sont bien souvent de facto inégales. Le contrat n'est donc pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible. Entendu comme l'union des cocontractants en vue d'atteindre un but commun, le solidarisme contractuel implique un certain altruisme de l'un, qui doit prendre en considération, voire en charge, les intérêts de l'autre, lui consentant au besoin quelques sacrifices* »²¹⁵.

212. Le mécanisme de médiation est considéré comme étant fondé sur cette autonomie de la volonté étant donné qu'il s'agit d'un processus faisant appel à la volonté des parties à chaque étape du processus, tant pour adhérer à la mise en œuvre du mécanisme que pour aboutir à une solution. Cet accord, ce consensus sont essentiels pour mener à bien ce processus. Or, la théorie de l'autonomie de la volonté sous-tend l'idée de deux parties libres et égales aboutissant à un point d'équilibre entre leurs intérêts antagonistes. Concernant la médiation en santé, la question se pose de savoir si l'on peut réellement considérer qu'un établissement médical ou un professionnel de santé est l'égal d'un patient ? Le traité de droit médical de 1956 a étudié ces relations d'un point de vue juridique. Il en ressort notamment qu'« *un traité de droit médical doit être principalement l'œuvre de juristes. Il*

²¹⁴ C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris, Dalloz, 1999.

²¹⁵ J. CÉDRAS, *op. cit.*

diffère d'un traité de médecine légale qui est principalement celle d'un médecin, car le premier pose des problèmes de droit au regard de la médecine, le second des problèmes de médecine au regard du droit »²¹⁶. Comme le souligne Madame Claudine Esper, cet ouvrage « était orienté sur la profession médicale. Il mettait l'accent sur les questions juridiques posées par l'exercice de la médecine, essentiellement dans le domaine libéral »²¹⁷. Cette question d'égalité entre les parties à la médiation est essentielle et récurrente.

213. Nous savons par exemple que le droit de la consommation vient encadrer ces relations entre professionnel et particulier en vue de protéger le particulier et d'éviter de créer un déséquilibre, une inégalité. On peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle analogie concernant la médiation en santé : « A cela, le solidarisme objecte que la libre volonté et l'égalité sont des mythes, voire des tromperies quand les parties sont inégales en force. Sous une neutralité apparente, le droit classique des contrats sert en réalité le libéralisme économique et s'accommode de son cortège de duretés. L'autonomisme donne l'image, délicate pour lui seul, du renard flânant dans le poulailler, en toute liberté contractuelle. Or, depuis la fin du XIXème siècle, on s'est aperçu que beaucoup de contrats entre puissants et faibles n'étaient pas justes parce qu'ils n'étaient pas négociés »²¹⁸.

214. Comme cela a été vu précédemment, la relation médecin-patient a subi une longue évolution et un rééquilibre entre le « sachant » et l' « ignorant ». Pour autant, de nos jours, cet équilibre n'est pas optimal. Dans le processus de médiation, la recherche de la volonté des parties, de leur adhésion au processus est essentielle mais c'est principalement concernant l'issue du mécanisme et la solution trouvée qu'il faudra faire attention à cet équilibre pour éviter une inégalité importante entre les divers intérêts. Il faut noter qu' « une approche centrée sur le patient n'implique pas la primauté du point de vue du patient. Les points de vue du patient et du soignant ou de la structure de soin peuvent ainsi se heurter, nécessitant une communication et si nécessaire une confrontation de ces points de vue. Dans cette approche centrée sur le patient, la médiation est complémentaire aux autres processus existants. [...] Elle permet un espace supplémentaire de communication et de résolution des

²¹⁶ J.-M. AUBY[et al.], *Traité de droit médical*, Paris, Libraires techniques, 1956.

²¹⁷ C. ESPER, « Le Traité de droit médical et hospitalier aujourd'hui », *RGDM*, n° 20, 2006.

²¹⁸ J. CÉDRAS, *op. cit.*

conflits. En offrant cet espace de communication, la médiation renforce l'autonomie du patient – par ailleurs une des valeurs clé de la Fédération des maisons médicales »²¹⁹.

215. Il est également nécessaire d'aborder le consentement des parties au processus de médiation, tout au long de sa mise en œuvre et qui est le corollaire de l'autonomie de la volonté. En ce sens, le Code d'éthique et de déontologie des médiateurs (CODEOME) émet plusieurs recommandations concernant l'adhésion au processus et le libre consentement :
« 6.17.1. Le médiateur permet aux parties d'identifier leurs intérêts de s'impliquer dans le processus de la médiation. Il s'assure de leur capacité de décider et apporte la garantie de leur libre consentement quant à l'accord de médiation.

6.17.2. Dans le cas d'une médiation ordonnée par un juge, le médiateur s'assure que les parties acceptent la médiation, non par stratégie, ou par crainte de déplaire au magistrat, mais par recherche d'une solution la plus satisfaisante possible.

6.17.3. Le médiateur met en œuvre ses qualités pacificatrices pour permettre aux parties de réfléchir à leurs éventuels positionnements stratégiques.

6.17.4. Le médiateur fait signer un accord d'adhésion au processus de médiation, lequel est confidentiel, ne devant en aucune manière être considéré comme un contrat dont l'objectif serait d'aboutir à un résultat d'accord amiable »²²⁰.

216. Un autre point essentiel quand on aborde cette théorie de l'autonomie de la volonté des parties au prisme de la médiation en santé, est celui de la décision prise par les parties à l'issue du processus. Il est primordial de souligner que cette décision est prise par rapport aux parties et à leurs intérêts et non strictement par rapport à la règle de droit. Bien entendu, il va de soi que la solution trouvée devra être conforme au droit positif en vigueur mais il faut mettre en exergue le fait que cette décision n'est pas prise strictement au regard de la règle de droit comme le sont les décisions de justice mais bien par rapport aux parties, à leurs intérêts, à leurs attentes. Des éléments d'opportunité sont ainsi pris en considération et non uniquement des arguments de nature juridique. Cette souplesse accordée aux parties

²¹⁹ M. FERGUSON, « Améliorer la qualité des soins: quelle place pour la médiation? », *Santé*, n° 68, 2014, p. 81.

²²⁰ Code de déontologie et d'éthique du médiateur (CODEOME).

via ce mécanisme est un des intérêts essentiels de la médiation et une des raisons pour lesquelles on s'applique particulièrement bien au domaine de la santé. Celui-ci en effet touche à l'humain, à son intégrité, à son intimité, domaines difficilement accessibles et compréhensibles pour une personne qui y est extérieure au regard des connaissances requises mais également du vocabulaire employé. C'est pourquoi la participation des parties au processus de médiation est indispensable.

2. Médiation et participation des parties

217. Comme nous venons de l'étudier, le principe d'autonomie de la volonté est essentiel au processus de médiation. La volonté et l'adhésion des parties à chaque étape du processus permettent de garantir son succès. Ceci est d'ailleurs mis en exergue par une étude du Conseil d'Etat qui précise : *« ce qui prime, c'est la volonté des parties de trouver un accord amiable, quelle que soit la dénomination du processus utilisé à cette fin »*²²¹. Monsieur Christian Lestournelle relève également que l' *« on assiste, depuis quelques années, à une demande accrue de justice négociée, préférée à une justice imposée. Nombreux considèrent qu'une solution négociée présente de meilleures garanties d'efficacité et d'exécution, notamment parce qu'elle est librement consentie et qu'elle est justifiée par la réalité des questions appréhendées par les parties qui en mesurent toutes les conséquences »*²²².

218. L'idée de justice participative est d'ailleurs très intéressante à ce sujet et a été davantage développée dans d'autres pays, notamment au Canada. Selon le barreau du Québec, *« la justice participative est une façon différente de faire valoir ses droits et de faciliter l'accès à la justice. La personne, avec l'assistance de son avocat, choisit le mode de prévention et de résolution de son conflit en fonction de ses besoins, de ses intérêts et de ses moyens. La justice participative englobe des modes de prévention et de résolution de conflits*

²²¹ Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 13.

²²² C. LESTOURNELLE, « Les nouveaux modes alternatifs de règlement des différends - médiation et procédure participative », *JCP G*, Supplément au n°27, juillet 2013, p. 49.

*tels que : la négociation, le droit collaboratif, la médiation, le conférence de règlement amiable, l'arbitrage et le procès devant les tribunaux ».*²²³

219. Il est d'ailleurs intéressant de mettre en évidence qu'il existe même un comité sur la justice participative dont l'objet est d'informer le Barreau du Québec sur toute question relative à la justice participative : *« Il développe et promeut des avocats et avocates et du public une offre de justice enrichie qui tient compte du désir de chaque citoyen à une participation accrue dans le choix de la prestation de services que lui fournit son avocat et dans le choix du mode de prévention ou de règlements des conflits le mieux adapté à sa situation particulière »*²²⁴. Il émet ainsi des propositions relatives aux moyens et aux outils permettant de favoriser la connaissance et la prestation de cette justice.

220. La Commission du droit du Canada explique : *« Ces formes de résolution de conflits sont souvent créées en raison des déficiences perçues du processus judiciaire traditionnel : on trouve qu'il est trop long, trop coûteux, trop complexe, trop punitif, inaccessible ou insensible aux préoccupations des collectivités. Ces initiatives comblent les lacunes du modèle contradictoire utilisé dans nos tribunaux, en donnant aux parties et souvent aux collectivités la capacité de participer à l'établissement de la solution au différend. La transformation des rapports humains par la justice participative porte sur les promesses et les défis d'une telle justice participative »*²²⁵. Elle expose ensuite que dès lors qu'une interaction existe entre plusieurs personnes, il est possible qu'un conflit naisse. Face à ce dernier, il est possible de faire appel au système judiciaire mais celui-ci a montré ses limites au cours des dernières décennies, les conflits étant définis en termes juridiques plutôt qu'en fonction de la manière dont les individus les vivent. C'est dans ce contexte que *« la frustration engendrée par le système judiciaire accusatoire a donné lieu à la mise en place de mesures de rechange,*

²²³ « Justice participative (médiation, négociation, arbitrage, etc.) - Accès à la justice - Pour le public », [En ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/public/acces-justice/justice-participative/index.html>]. Consulté le : 30 mars 2015.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ LAW COMMISSION OF CANADA, *Transforming relationships through participatory justice*, Ottawa, Law Commission of Canada, 2003.

*telles que la médiation [...] »*²²⁶. Elle classe en deux catégories ces modes de règlement des différends : la justice réparatrice et la justice consensuelle. En ce sens, la justice consensuelle comprendrait des méthodes innovatrices de résolution des conflits, généralement de nature non pénale. La justice réparatrice quant à elle se rapprocherait d'un processus de résolution des crimes et des conflits qui met l'accent sur la réparation du préjudice causé aux victimes, la responsabilisation des délinquants, la participation de la collectivité au processus. Dans ces deux types de justice, il est essentiel que les parties participent et c'est en ce sens que l'on peut considérer ces deux formes de justice comme appartenant à la justice participative.

221. Il est important de connaître les valeurs véhiculées par cette notion de justice participative, il s'agit de : la collaboration des parties, le respect envers tous les participants, le renforcement de l'autonomie de la collectivité, l'engagement envers les ententes conclues, la souplesse et l'adaptabilité des processus et des ententes. Ces caractères sont indéniablement bien présents dans la médiation afin que celle-ci soit menée correctement à terme et que l'issue en soit véritablement bénéfique. Pour Monsieur Jean-François Roberge, la justice participative repose sur des valeurs fondamentales : la créativité, le respect et la proactivité ; ces valeurs étant liées à trois dimensions : le contenu, l'interaction, le processus²²⁷. Ainsi, « *cette définition suggère d'utiliser la créativité pour concevoir l'impasse autrement, de faire preuve de respect pour générer une meilleure collaboration entre les acteurs et de proactivité afin de trouver la méthode la mieux adaptée à la résolution des conflits considérant les circonstances* »²²⁸.

222. Monsieur Christian Lestournelle expose à son tour que « *la procédure participative offre une voie nouvelle de mode de règlement des différends. La procédure participative est un processus amiable qui présente à la fois une nature contractuelle et une nature procédurale : la procédure participative se déroule selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord par les parties obligatoirement assistées de leurs avocats et se*

²²⁶ *Ibidem.*

²²⁷ J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

²²⁸ « Justice participative (médiation, négociation, arbitrage, etc.) - Accès à la justice - Pour le public », *op. cit.*

*poursuit, le cas échéant, par une procédure aux fins de jugement, soit pour homologuer un accord mettant fin à l'entier différend, soit pour homologuer un accord partiel et statuer sur la partie du litige persistant, ou bien statuer sur l'entier litige »*²²⁹. Cette notion est donc importante puisqu'elle met en exergue le fait que cette justice participative et les modes alternatifs de règlement des différends qui en découlent prennent une part de plus en plus importante à la résolution des litiges et ce parce qu'elle est en adéquation avec l'évolution de la société et de la vision des différends.

223. Un autre point important lorsque l'on parle de justice participative est essentiellement la coopération des parties à proprement parler. Cette notion de collaboration des parties peut paraître simple mais elle ne l'est pas tant que cela puisqu'elle doit être proportionnée et constante, à chaque moment de la procédure. Il ne s'agit pas d'une simple adhésion mais véritablement d'une participation constructive au processus de médiation. Au début du processus, les parties doivent volontairement recourir au mécanisme et vouloir participer à ce mode de règlement du litige. Il faut ensuite que les parties participent avec le médiateur afin de fixer les règles de la médiation et la façon dont elle va se dérouler. En cours de procédure, il faudra que les parties participent activement à l'élaboration du règlement du conflit et de la solution. Dans la médiation, contrairement à la conciliation ou à l'arbitrage, les parties ne se voient pas imposer une solution ou proposer une solution à laquelle elles doivent adhérer mais participent véritablement à l'élaboration de la solution en tout point. Cette participation est également entendue à l'issue du processus pour régler la solution et ce même si l'accord n'a pas forcément de valeur contraignante s'il n'est pas homologué.

224. Or, le problème qui est soulevé dès 2002 par Monsieur Pierre Vayre est celui d'une illusion de conciliation puisque le patient est bien souvent absent lors des débats. A ce titre, cet auteur estime qu' « *on est à l'opposé de la théorie de la conciliation qui vise à faire émerger une solution de la confrontation des parties sans que le conciliateur se manifeste pour imposer des concessions réciproques* »²³⁰. Il est ici intéressant de mettre en avant que la

²²⁹ C. LESTOURNELLE, *op. cit.*, p. 49.

²³⁰ P. VAYRE, « Transaction extrajudiciaire: règlement amiable des complications des actes médico-chirurgicaux », *Gaz. Pal.*, n° 171, juin 2002, p. 27.

confusion est à nouveau effectuée entre conciliation et médiation puisqu'il s'agit d'une conciliation vue par le médecin expert médiateur. Sur ce sujet, Monsieur Martin Hauser soulève un point intéressant : *« Aujourd'hui, fermement convaincus par cette façon « auto-déterminée » des parties de régler leurs conflits, un grand nombre de médiateurs propose aux parties de trouver par cet autre outil une solution à leur litige en travaillant sur leurs intérêts économiques, et non pas sur les positions en droit qu'elles défendent devant une juridiction (étatique ou arbitrale). Ces médiateurs ont fait l'expérience qu'à une situation de « zero-win » - que les parties rencontrent par définition à l'issue d'une décision juridictionnelle - pourrait se substituer une solution « win-win » à l'issue d'un processus de négociation raisonnée dans le cadre d'une médiation. Afin de faire connaître et de faire admettre la médiation dans notre culture de règlement des conflits, certains médiateurs acceptent de travailler gracieusement ou contre une faible rémunération »*²³¹.

B. Un mécanisme fondé sur le caractère humain du conflit

225. La médiation est un mécanisme qui s'applique de façon adéquate aux différends et conflits touchant aux personnes, à leur intégrité, à leur corps. Ceci est dû au fait que ce processus a vocation à s'appliquer à des conflits présentant un caractère humain. La médiation peut en ce sens être considérée comme un véritable vecteur anthropologique (A) et sociologique (2).

1. Un vecteur anthropologique inéluctable

226. L'étude de l'être humain, de ses actes et de ses réactions, est une vaste et complexe discipline. Comme cela a été mentionné, celle-ci prend inévitablement une part au processus de médiation et la médiation peut être considérée comme un vecteur sociologique.

²³¹ M. HAUSER, *La rémunération des médiateurs dans les médiations commerciales - Point de vue d'un avocat*, BHM Avocats, 2013.

227. Dans le manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits, un chapitre est consacré aux aspects anthropologiques des MARC. Madame Soazick Kerneis s'attèle ainsi une étude à l'approche historique et anthropologique, en France et à l'étranger. Cela permet donc de mettre en exergue plusieurs aspects de ce vecteur anthropologique. L'auteur rappelle tout d'abord que ces mécanismes ont été utilisés dès le XIX^{ème} siècle en Amérique du Nord mais également dans le reste du monde et notamment auprès des populations autochtones : « *L'anthropologie avait alors bonne presse et le choix est fait, souvent à l'instigation des peuples autochtones, de renouer avec les formes traditionnelles de résolution des conflits. Les enquêtes sur le terrain ont montré que c'est par la conciliation que se règlent l'essentiel des litiges. Le conflit ne concerne pas seulement les parties, il intéresse la communauté dans son ensemble et c'est la société toute entière qui va s'efforcer de rétablir la paix entre les parties. Il faut les inciter à se rencontrer avec leurs familles, leurs amis, susciter l'intervention de tiers qui aideront à favoriser un consensus acceptable pour tous. L'important est de renouer avec la paix, de raccommorder les solidarités.* »²³². Cette vision anthropologique permet aussi de considérer les faits, les phénomènes de façon empirique en les observant pour aboutir à la règle de droit et non le schéma inverse. Ceci est une parfaite illustration de médiation culturelle et anthropologique qui sera par la suite reconnue par les textes de l'Organisation des Nations Unies (ONU) notamment.

228. Cette première étape de reconnaissance de ces mécanismes alternatifs de règlement des conflits ouvre donc la porte à une totale intégration dans le système judiciaire par le biais de nouvelles solutions offertes aux parties. L'auteur dresse également un bilan critique en se fondant sur les propos de Monsieur Simon Roberts en 1993, arguant que « *les défenseurs des justices alternatives font valoir les avantages d'une justice plus rapide, moins onéreuse, surtout plus proche des parties. Le droit ne peut se comprendre au singulier. [...] La justice doit s'adapter aux besoins des justiciables, prendre en considération la situation concrète du cas, plutôt que d'appliquer une règle abstraite à une situation donnée* »²³³. Ceci permet donc de mettre en avant que ces mécanismes qui offrent un nouveau mode de

²³² S. Kerneis in P. CECCHI-DIMEGLIO[et al.], *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits = Interdisciplinary handbook of dispute resolution*, Bruxelles, Larcier, 2015.

²³³ S. Kerneis in *Ibidem*.

régulation sociale et judiciaire doivent être en adéquation avec l'anthropologie et c'est en ce sens qu'ils peuvent être considérés comme un réel vecteur anthropologique.

229. Monsieur Alain Roy met également en lumière les différences culturelles de règlement des conflits : *« quelqu'un disait : qu'est-ce qu'un conflit qui se termine bien ? En France, un pays de droit romain, un conflit qui se termine bien, c'est un conflit où celui qui a raison gagne et celui qui a tort perd. Dans les pays anglo-saxons, un conflit se termine bien quand la balance des intérêts est respectée. En Asie, c'est tout à fait autre chose, un conflit se termine bien quand personne ne perd la face. Vous voyez donc que la façon de mettre fin à un conflit est, culturellement, complètement différente, d'un endroit à l'autre. En France, la culture ne favorise pas du tout l'introduction de la médiation dans notre façon d'agir au quotidien. Si on ajoute que le monde médical est particulièrement bien immunisé contre l'intrusion des tiers non-médecins, la médiation en santé devient mission impossible »*²³⁴. Ceci reflète donc l'importance de l'anthropologie et de la sociologie lors de la résolution des différends.

2. Un vecteur sociologique immanquable

230. La médiation est également un vecteur sociologique. On peut tout d'abord s'en rendre compte en partant d'un constat empirique selon lequel la médiation s'applique principalement à des domaines où le caractère humain et la sensibilité des parties en présence ressortent. Comme cela a d'ores et déjà été mentionné, la médiation connaît un succès principalement dans les disciplines suivantes : droit pénal, droit familial, droit de la santé. Ceci est vrai dans tous les pays dans lesquels ce mécanisme se développe ; peu importe la vitesse de développement de ce dernier. Ceci peut s'expliquer par le fait que *« dans les dossiers qui présentent un caractère humain, l'application d'une règle de droit rigide ne permet pas toujours de faire disparaître les rancœurs, supprimer les malentendus, et rétablir un dialogue. Appliquer la loi, par définition générale et abstraite, à des cas*

²³⁴ CNEH, « Médiation et santé : une évidence ? », *AJS*, n° 61, 2008, p. 28.

particuliers, revient à faire entrer un homme de 120 kg dans un costume de taille 38 sans faire craquer les coutures ! »²³⁵.

231. Dans ces domaines qui touchent particulièrement les personnes, il y a nécessairement une dimension humaine puisque la confiance, la sensibilité, le corps, la conscience d'une personne sont touchés. Ces situations sont souvent considérées comme des échecs personnels... pour une récidive, une rupture ou une faute médicale. Dans le domaine de la santé, cette dimension est incessamment présente, que cela soit du côté du patient ou du côté du professionnel de santé. Le patient se voit en effet touché dans son intimité, dans son corps alors qu'il venait pour être soigné et voit alors sa situation aggravée et non améliorée. A ce propos, Madame Béatrice Blohorn-Breneur s'interroge sur le fait de savoir comment la justice peut rendre la dignité à une personne qui l'aurait perdue et y répond en disant que cela peut se faire par le biais de la condamnation de l'adversaire ou par la réparation. Elle souligne néanmoins, comme Monsieur Guy Canivet que « *La médiation est un mode équivalent au jugement* » et que « *Le procès met de l'huile sur le feu : l'accent est porté sur les aspects négatifs de la relation et tout ce qui pouvait être positif s'efface en peu de temps. L'avocat prend en charge le dossier de son client et parle à sa place. Les parties sont dépossédées de leur procès [...]* »²³⁶. C'est donc en cela que la médiation est intéressante dans ces domaines où la place de l'humain, de son vécu, de son ressenti, est plus importante.

232. A l'inverse, le soignant ressent souvent cela comme un échec personnel et le prend très à cœur. Les praticiens vivent généralement toutes les réclamations, même si elles sont amiables ou non indemnitaires, comme une remise en cause de leur art et un véritable procès d'intention. A ce sujet, Madame Magali Finon a fait une étude auprès de médecins ayant vécu une procédure judiciaire et relève que les sentiments dominants chez ces praticiens sont tout d'abord la surprise, la déception et le sentiment de trahison du patient (80%), la « vénalité » des patients, l'agression, l'injustice, la honte, la solitude²³⁷. Ces

²³⁵ B. BLOHORN-BRENEUR, « La médiation prud'homale », *Projet*, n° 307, 2008, p. 13.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ M. FINON, *Le médecin face à la justice: entretiens avec 15 généralistes ayant vécu une procédure judiciaire*, Thèse, Paris, 2014.

sentiments avaient aussi été mis en avant dans un ouvrage de Monsieur Eric Galam²³⁸. Elle met également en exergue que ces médecins ont connu un retentissement psychologique (stress, dépression) pendant le procès, parfois après, en poussant même certains à changer de voie professionnelle²³⁹. Madame Constance Robert de Saint Vincent a également mené une étude à ce sujet et précise « *si toute erreur n'est pas suivie de plainte et que toute plainte de patient ne correspond pas toujours à une erreur médicale, à chaque mise en cause, le médecin commence par se remettre en question et à chercher la faille dans le dispositif qu'il a mis en place pour prendre en charge le malade* »²⁴⁰. Cet auteur relève également que selon que le contentieux est attendu ou non, le ressenti du médecin est très variable et son annonce vécue différemment. En effet, « *certaines se remettent en cause : si le patient se plaint et va aussi loin, c'est que forcément quelque part ils ont commis une erreur. Alors ils épluchent le dossier et leur mémoire pour trouver la faille dans leur prise en charge afin de comprendre le pourquoi de la plainte. [...] Dès l'instant où ils se trouvent mis en cause ils ne regardent plus le dossier concerné avec le recul nécessaire et se dévalorisent en ne voyant que ce qu'ils ont raté ou pas fait aussi bien qu'ils auraient pu. Cette perte de confiance apparaît plutôt dans des cas où il est arrivé quelque chose de grave au patient même si souvent le médecin a agi selon les règles scientifiques et déontologiques et n'a, a priori, pas commis d'erreur* »²⁴¹. Il serait intéressant d'étudier la façon dont les patients et leurs familles vivent ces procédures amiables ou judiciaires mais aucune statistique n'existe à ce jour en la matière.

233. La médiation permet ainsi de s'immiscer entre les parties afin de les faire renouer le dialogue et les faire parvenir à une solution commune les amenant, si ce n'est à une réconciliation, au moins à un *statu quo* leur convenant à chacune. En ce sens, elle peut véritablement être considérée comme un vecteur sociologique. Au regard de ces notions et

²³⁸ E. GALAM, *L'erreur médicale, le burn-out et le soignant - De la seconde victime au premier acteur*, Paris; New York, Springer, 2012.

²³⁹ M. FINON, *op. cit.*

²⁴⁰ C. ROBERT DE SAINT VINCENT, *Le vécu par les médecins généralistes d'un contentieux en responsabilité médicale*, Thèse, Paris, 2014.

²⁴¹ *Ibidem.*

des avantages qu'elle présente, la médiation a donc vocation à s'appliquer pleinement dans le domaine de la santé, malgré ses faiblesses.

Section 2. Une application révélatrice des forces et faiblesses du mécanisme

234. L'application de ce mode alternatif de résolution des différends au domaine de la santé révèle ses forces et ses faiblesses. La médiation présente en effet d'indéniables avantages, très compatibles avec les conflits nés de la relation de soins, (paragraphe 1) mais des inconvénients évidents existent encore actuellement (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Des avantages indéniables

235. La médiation offre de nombreux avantages lorsqu'elle est appliquée au domaine de la santé. Monsieur Guy Lesoeurs²⁴² souligne le fait que « *le contexte de la santé est pourvoyeur de tensions* » et il est vrai que la médecine a de tout temps connu des conflits. Ce mode alternatif de règlement des différends permet donc de pallier ces tensions avec des avantages certains, tenant tant aux moyens (A) qu'aux résultats (B).

A. Des avantages tenant aux moyens

236. La Law Commission of Canada aborde clairement cette approche : « *En raison de l'explosion des sources de conflits potentielles dans le système de santé actuel et du constat des limites des modes « traditionnels » de résolution de ces litiges, la médiation présente une*

²⁴² G. LESOEURS, *Le règlement des conflits : le médiateur en santé existe-t-il ? Indication et prescription de la médiation*, JuriSanté n°61, mars 2008, p.9

*alternative intéressante dans la mesure où elle permet une résolution du différend sans faire appel à la voie juridictionnelle »*²⁴³. Ce constat permet de mettre en avant les avantages tenant aux moyens mêmes de la médiation.

237. La médiation étant un mode extra juridictionnel de règlement des conflits, elle présente, comme les autres modes alternatifs de règlement des différends, l'avantage d'être plus rapide qu'une procédure contentieuse. Bien que les chiffres soient rares en la matière, il est néanmoins possible de se fonder sur plusieurs données chiffrées nous permettant d'établir certains constats. Dans le cadre de cette étude, le Service des statistiques et des études du Ministère de la Justice a accepté de nous faire part des chiffres en matière judiciaire. Qu'il s'agisse de demandes en réparation des dommages causés par un produit ou une prestation de services défectueux ou de demandes en réparation des dommages causés par l'activité médicale ou paramédicale, de 2002 à 2014, les chiffres ont été en constante augmentation²⁴⁴.

238. En parallèle de cela et au regard des données du Ministère de la Justice et du défenseur des droits, force est de constater que les recours aux modes alternatifs de règlement des différends sont de plus en plus importants, que ce soit dans le domaine de la santé que dans d'autres branches du droit. Ceci est d'ailleurs mis en exergue par les assureurs puisque la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) relève que depuis

²⁴³ Law Commission of Canada, *Transforming Relationships through Participatory Justice* (Ottawa: Law Commission of Canada, 2003).

²⁴⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SERVICE DES STATISTIQUES ET DES ETUDES, *Responsabilité médicales, données chiffrées*. :

- nombre de demandes en réparation des dommages causés par un produit ou une prestation de services défectueux en 2002 : 431.
- nombre de demandes en réparation des dommages causés par un produit ou une prestation de services défectueux en 2014 : 1925.
- nombre de demandes en réparation des dommages causés par l'activité médicale ou paramédicale en 2002 : 2057.
- nombre de demandes en réparation des dommages causés par l'activité médicale ou paramédicale en 2014 : 4893.

10 ans, les saisines CCI pour les établissements qu'elle assure n'ont fait qu'augmenter²⁴⁵. Il faut également noter que l'évolution de la part des CCI dans les réclamations est en augmentation perpétuelle par rapport aux autres voies de réclamation. Certes, ces chiffres ne sont pas relatifs à la médiation mais permettent de mettre en lumière la fréquence des recours aux modes non juridictionnels de règlement des conflits dont la médiation fait partie. Cet essor est donc indéniable, d'autant plus que son taux de réussite avoisine les 75% toujours d'après la SHAM, ce qui signifie que les cas d'incompétence et d'irrecevabilité sont assez faibles.

239. Une étude de 2009 démontre d'ailleurs que les entreprises françaises sont assez favorables sur le principe du recours aux MARC mais y ont encore peu recours (39%) par rapport aux Etats-Unis (86%)²⁴⁶. Une étude de 2012 retient quant à elle que 28% des entreprises citent en premier la médiation comme méthode de résolution de leurs conflits, puis 67% pour l'arbitrage, 73% pour la négociation et 93% pour la voie judiciaire²⁴⁷. Madame Sophie Henry et Madame Sarah Marniquet constatent qu' « *une évolution des mentalités s'opère aujourd'hui à l'égard de la médiation. Certaines entreprises sont déjà bien conscientes des avantages des MARC [...] mais il semble qu'il y ait encore un important travail de sensibilisation à réaliser* »²⁴⁸. Une étude effectuée par le parlement européen en 2011²⁴⁹ démontre que les modes alternatifs de règlement des différends ont tendance à se développer davantage dans les pays dans lesquels la justice est lente ou lorsque l'accès au juge représente un coût important. Cela met donc bien en avant les avantages de cette procédure rapide et très peu coûteuse²⁵⁰.

²⁴⁵ SHAM, *Synthèse du Panorama*, 2014.

²⁴⁶ FIDAL et AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Etude « Vers un management optimisé des litiges »*, 2009.

²⁴⁷ EIGHTADVISORY, *LJA*, HS 22, Juillet 2012.

²⁴⁸ S. HENRY et S. MARNIQUET, « La médiation et les avocats », *Dalloz Avocats*, n° 1, 2014.

²⁴⁹ *Quantification du coût du non-recours à la médiation - analyse des données*, Rapport remis par LE DÉPARTEMENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET PARLEMENTAIRES DU PARLEMENT EUROPÉEN, 2011.

²⁵⁰ *Ibidem*.

240. D'un point de vue statistique, le récent rapport français de l'IGSJ relève que : « *La médiation conventionnelle est souvent présentée comme un processus permettant d'éviter aux parties le recours au juge et de pacifier les relations entre les parties, sans toutefois parvenir à quantifier ses effets. Cependant, des statistiques produites par des médiateurs sectoriels ont été examinées, et certaines sont reprises ci-dessous à titre d'exemple. Le médiateur des ministères économiques et financiers institué en 2002 a reçu 2197 demandes en 2013, dont 1865 étaient recevables. Elles portent pour l'essentiel sur des différends entre l'administration et les usagers en matière fiscale. Les médiations aboutissent à un résultat favorable aux demandeurs dans 63 % des cas. L'enjeu moyen des dossiers de médiation est de 20 251€ en 2013. [...] La synthèse des rapports annuels 2013 de 19 organismes adhérents fait apparaître qu'ils ont été saisis de 110 853 affaires ayant donné lieu à 46 536 médiations. Le médiateur inter-entreprises, créé en 2010, exerce sa mission avec l'appui de 10 délégués nationaux et 30 délégués régionaux. Il propose aux entreprises des médiations, individuelles ou collectives, lorsque plusieurs entreprises veulent engager une action contre un même client ou fournisseur. En 2013, ce médiateur a traité 850 dossiers et le taux de succès est de 80 %. [...] Le défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, est chargé parmi ses différentes missions d'améliorer les relations entre le citoyen, l'administration et le service public, notamment par la médiation. Dans ce cadre, 400 délégués, tous bénévoles, répartis sur l'ensemble du territoire, peuvent être saisis et selon la nature des demandes pourront traiter les affaires au fond exclusivement par la voie du règlement amiable. Près de 80 % des règlements amiables engagés par cette institution aboutissent favorablement. [...] Les médiations conventionnelles pratiquées en particulier par les médiateurs institutionnels et les médiateurs d'entreprise connaissent ainsi un essor et une réussite incontestables. Mais, aucun élément objectif ne permet d'en mesurer l'impact sur l'activité des juridictions. En effet, ces litiges réglés par une médiation conventionnelle, n'auraient pas nécessairement trouvé une issue devant le juge, en l'absence de médiateur dédié »²⁵¹.*

241. Plus concrètement, regardons les chiffres des établissements de santé qui ont un nombre d'affaires indemnitaires (amiable, CCI, contentieux) globalement stable depuis

²⁵¹ Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, Rapport remis par L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, 2015, p. 24.

plusieurs années mais voient leur nombre de contentieux diminuer au profit du règlement amiable des litiges ou de la CCI. Ceci permet de montrer une évolution des mœurs et une nouvelle logique de règlement des différends dont la médiation est au cœur.

242. La médiation est un mécanisme moins coûteux, ce qui permet une forte réduction des coûts à l'égard des parties mais également à l'égard de la société. Dans la mesure où aucune assistance d'avocat n'est requise et où aucun engagement de frais n'est demandé, la médiation permet, contrairement au contentieux, une forte réduction des coûts. Cette dernière se ressent également d'un point de vue plus large à l'égard de la société dans son ensemble qui n'a pas à supporter de frais de justice étant donné que le tiers médiateur agit bénévolement et que les locaux sont bien souvent ceux de l'établissement impliqué dans le conflit. Ainsi, les moindres coûts, voire la gratuité du mécanisme ne peuvent être éludés et doivent permettre de valoriser ce mécanisme. Le rapport d'activité de l'Observatoire des Risques Médicaux (ORM) de 2014, relève également que : « *De plus, le montant indemnitaire moyen par voie amiable est supérieur de 10% à celui des dossiers réglés par voie juridictionnelle* »²⁵². Cela démontre donc un intérêt très favorable aux victimes quant à leur indemnisation qui serait plus élevée dans les cas de règlements amiables des conflits.

243. Comme le relève justement le rapport du Parlement européen, « *La médiation est un outil peu coûteux qui fournit un accès accru à la justice et allège les charges qui pèsent sur les tribunaux surchargés. Toutefois, les bénéfices de la médiation ne sont pas bien connus. Les ADR sont loin d'être solidement établis en Europe et, malgré la valeur économique et sociale de mieux en mieux documentée de l'utilisation de la médiation, la demande de services ADR et de médiation en Europe ne représente actuellement qu'une petite niche. En conséquence, comme la médiation n'est pas inhérente à la résolution traditionnelle des conflits, elle doit être encouragée et il est important de démontrer ses avantages et ainsi que ceux de la mise en œuvre de la directive de 2008 sur la médiation* »²⁵³.

244. Il est indéniable que ce mécanisme permet aussi une diminution du coût social et en termes d'image puisque le conflit est réglé en amont de tout contentieux et n'est donc pas

²⁵² ORM, *Rapport D'activité de l'Observatoire Des Risques Médicaux*, 2014, p.8.

²⁵³ *Quantification du coût du non-recours à la médiation - analyse des données*, LE DÉPARTEMENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET PARLEMENTAIRES DU PARLEMENT EUROPÉEN, *op. cit.*

médiatisé. Ce point est crucial étant donné que les établissements et les professionnels de santé se doivent d'avoir une image irréprochable et que, même en l'absence de condamnation, la médiatisation d'un conflit inhérent à la relation de soins leur est forcément néfaste. Cette absence de « publicité » des conflits permet donc de préserver une certaine image des professionnels de santé mais également de maintenir l'intimité du patient, ce qui n'est pas négligeable. La médiation peut donc être qualifiée de « *mécanisme qui permet une réduction importante des coûts, tant pour les établissements ou les praticiens que pour les patients puisqu'il donne l'opportunité d'éviter le procès et donc les frais de justice, en particulier lorsqu'une procédure judiciaire est inappropriée et risque d'aboutir à une déconvenue, ou lorsqu'un règlement amiable peut être recherché au bénéfice de tous et notamment du plaignant* »²⁵⁴. Cela reflète un nouveau modèle de régularisation sociale plus décentralisé et mettant en valeur le rôle de la communication et de la négociation.

245. La doctrine relève aussi que « *cette procédure extra-judiciaire permet également d'éviter la lourdeur et la lenteur des procédures contentieuses par une plus grande rapidité et une quasi absence de formalisme, tout en utilisant les outils juridiques qu'offre le droit* »²⁵⁵. Le formalisme se définit comme le « *respect scrupuleux des formes, des formalités* »²⁵⁶ et en droit, le formalisme est le « *principe juridique selon lequel une formalité ou un écrit sont exigés par la loi pour la validité d'un acte, d'un jugement, d'une procédure* »²⁵⁷. Les procédures judiciaires sont donc régies par ce formalisme juridique et les procédures sont lourdes à appliquer. La médiation permet en revanche une alternative intéressante quasiment exempte de formalisme, tant au niveau des conditions, des documents demandés qu'en termes de délais. Ceci est d'ailleurs un des autres avantages de la médiation car aucun délai spécifique n'est requis pour recourir à une médiation et celle-ci peut donc intervenir à tout moment. La médiation constitue ainsi un processus assez simple dans sa mise en œuvre pratique, contrairement à un procès ou même un arbitrage. Cela se reflète également en

²⁵⁴ A. CUDENNEC, A. GIBELIN et J. FONTANA, *op. cit.*

²⁵⁵ *Ibidem.*

²⁵⁶ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

²⁵⁷ *Ibidem.*

raison du recours volontaire à la médiation et non obligatoire, contrairement à d'autres mécanismes tels que l'arbitrage qui peuvent être imposés par des magistrats.

246. Il faut aussi souligner que « *l'intérêt de la médiation se situe au travers de la place du médiateur en santé. Il intervient pour résoudre un éventuel conflit entre le malade et le professionnel de santé, mais peut également intervenir pour préserver et/ou rétablir le lien existant entre le malade et le monde de la santé* »²⁵⁸. Ceci met en lumière le fait que le médiateur et la médiation peuvent intervenir à différents niveaux : en règlement du conflit, ce qui est son objectif principal, mais également en prévention du conflit. Cette notion de prévention n'est pas aisée à saisir. Communément, elle se définit comme « *l'ensemble des dispositions prises pour prévenir un danger, un risque, un mal ; organisation chargée de mettre en place ces dispositions* »²⁵⁹ et dans le domaine de la santé, ce terme trouve un sens spécifique : « *ensemble de moyens médicaux et médico-sociaux mis en œuvre pour empêcher l'apparition, l'aggravation ou l'extension des maladies, ou leurs conséquences à long terme* »²⁶⁰. La médiation pourrait ainsi trouver une utilité en amont de tout conflit ou différend réel pour éviter que celui-ci ne se concrétise. Concrètement, cela peut être difficile à mettre en place mais cela signifie surtout qu'une insatisfaction devrait être gérée dès son origine et que ceci pourrait être une des missions du médiateur dès qu'il en aurait connaissance *via* le service de la qualité d'un établissement par exemple, ou bien par les questionnaires de satisfaction, les commentaires spontanés des patients ou de leurs familles ou encore les remontées des personnels de santé. Malgré une mise en place non évidente, cela donnerait des perspectives intéressantes.

247. Soulignons aussi qu'un des avantages de la médiation est que les parties peuvent à tout moment cesser d'y recourir ou suspendre le processus. Ceci peut émaner du médiateur ou des parties et laisse donc une grande souplesse au mécanisme. Le CODEOME établit d'ailleurs que : « *6.18.1. Chaque partie peut interrompre librement sa participation à la médiation, sans avoir à justifier sa motivation.*

²⁵⁸ *Ibidem.*

²⁵⁹ *Ibidem.*

²⁶⁰ *Ibidem.*

6.18.2. *Le médiateur peut, s'il constate que la présence de tiers (conseils ou autres) fait obstacle à la progression de la médiation, demander que la médiation se poursuive avec les parties concernées seulement. En cas de refus de l'une des parties, le médiateur peut s'en référer aux conditions de suspensions ou d'interruption ci-dessus.*

6.18.3. *Si les médiateurs décident de mettre un terme à la médiation, le motif de leur décision reste strictement confidentiel.*

6.18.4. *Dans le cas d'une décision de poursuite de la médiation, un médiateur est sollicité par le Président de la Chambre professionnelle pour poursuivre la médiation, sans que le médiateur ayant demandé l'interruption puisse prétendre à aucune rétribution ni être informé sur les suites de la médiation »²⁶¹.*

248. Cette procédure est donc attractive pour toutes les parties, dans la mesure où chacun y trouve des avantages. Ces éléments expliquent aisément le développement rapide et accru de la médiation. Pour autant, une atténuation se doit d'être faite puisque la médiation n'est pas forcément un premier recours car elle reste méconnue et présente actuellement encore quelques inconvénients.

B. Des avantages tenant aux résultats

249. Le processus de médiation présente de nombreux avantages tenant à ses résultats. Ce mécanisme permet en effet de renouer le dialogue entre deux parties ayant un conflit et donc nécessairement de rapprocher les points de vue. Comme le soulignent Madame Catherine Régis et Monsieur Jean Poitras²⁶², les patients peuvent avoir un besoin manifeste d'expressions sincères de sympathie qui pourraient finalement aider à débloquer une situation conflictuelle. Les auteurs explorent la médiation comme un mode de gestion du conflit plus propice aux excuses dont les parties ont parfois besoin. Ceci se fait dans la confidentialité puisque le tiers médiateur est tenu de ne pas divulguer les constatations ou

²⁶¹ Code de déontologie et d'éthique du médiateur (CODEOME).

²⁶² C. REGIS et J. POITRAS, « Healthcare Mediation and the Need for Apologies », *Health LJ*, vol. 18, 2010, p. 31.

les informations reçues durant ce moment d'écoute et d'échange. Ce mécanisme repose donc sur l'adhésion et la volonté des parties et c'est principalement ce qui engendre son succès.

250. Au-delà de la compréhension réciproque et des éventuelles excuses ou explications permises par ce dialogue renoué en cours de médiation, il faut aussi s'intéresser à l'issue même du mécanisme : « *L'objet de la médiation en lui-même permet de mettre en exergue l'avantage indéniable de ce dispositif permettant aux parties de prendre part à la définition de l'issue du conflit et de construire leur propre décision, négociée et réfléchie au lieu de subir une décision judiciaire tranchée dont l'issue demeure incertaine* »²⁶³. Il est vrai que la médiation est moins « aléatoire » qu'un mode juridictionnel de résolution des conflits puisque les parties peuvent véritablement prendre part à la décision et à la résolution du différend. Les parties restent donc « maitresses » du contenu de la solution et ne se la voient pas imposer par un juge. Cette façon permet de s'adapter de manière très précise aux différents contextes, en tenant compte des éléments juridiques mais aussi des éléments extra juridiques, d'opportunité pouvant néanmoins avoir de l'importance pour les parties. Il s'agit donc de mettre en avant la culture de la négociation d'intérêts divers et du compromis. Ceci permet par conséquent de préserver voire d'améliorer la qualité des relations entre les parties, éventuellement même de restaurer la confiance et donc d'établir une relation d'autant plus pérenne.

Paragraphe 2. Des inconvénients évidents

251. Ce mécanisme très avantageux présente toute de même des failles. Ces inconvénients sont en partie dû au mécanisme lui-même (A) mais aussi à la manière dont la médiation est actuellement pratiquée dans le domaine de la santé (B).

²⁶³ A. CUDENNEC, A. GIBELIN et J. FONTANA, *op. cit.*

A. Des inconvénients inhérents au mécanisme lui-même

252. Plusieurs inconvénients de ce mécanisme existent et certains sont dus au mécanisme lui-même. Pour ce qui concerne l'initiative de la médiation, elle doit émaner des participants et ces parties en conflit doivent de concert prendre la décision d'y recourir. Cela paraît assez simple mais en pratique, cela peut être complexe que deux ou plusieurs parties qui connaissent un désaccord réussissent à le surmonter pour s'accorder à le régler de façon amiable. Cela est d'autant plus vrai que ce mécanisme reste peu connu du grand public et n'est donc pas à la portée et à l'esprit tous, du moins de prime abord.

253. La médiation nécessite ensuite un investissement en termes de temps car avant d'aboutir à un accord, cela peut prendre plusieurs séances. Cet investissement se ressent d'autant plus que les parties vont devoir concilier leurs intérêts et donc s'investir personnellement au cours de ces diverses séances, tout en affrontant le conflit, chose qui n'est pas forcément évidente.

254. Enfin, à l'issue de la médiation, si un accord est conclu, il faut s'interroger sur la valeur de cet accord et éventuellement sa force contraignante en droit. Or, il s'avère que, sauf le cas où l'accord est homologué par un juge, celui-ci n'a pas de force contraignante. Cela pose donc un problème en cas de non respect de l'accord. Si l'on pousse le mécanisme à son paroxysme, étant donné que cet accord est issu d'un consensus entre les parties ménageant leurs intérêts, elles ont tout intérêt à le respecter pour protéger leurs intérêts et éviter tout autre mode de règlement du conflit tel que la voie judiciaire. Pour autant, il est possible d'imaginer le cas où une ou plusieurs des parties ne respecterait pas l'accord. Dans ce cas, quelle en serait la valeur juridique?

255. Il est également nécessaire d'aborder le cas où les parties ne parviendraient pas à trouver un accord, c'est-à-dire le cas de l'échec de la médiation, faute de solution ménageant les intérêts des parties. Ceci peut arriver et cela reviendrait donc à une perte de temps et un investissement personnel réduit à néant. Ce problème se pose également car la médiation ne suspend pas les délais de prescription et de recours, chose qu'il serait nécessaire de mettre en place afin de développer davantage le recours à ce mécanisme.

256. Un autre inconvénient inhérent au mécanisme de médiation est propre au droit de la santé puisqu'il s'agit du problème de conflit d'intérêts qui est susceptible d'exister lorsque le conflit oppose un patient à un établissement ou un médecin et que le médiateur se trouve être un médecin. Dans ce cas, le médiateur qui est supposé être un tiers indépendant, neutre et impartial est en fait un pair d'une des parties. Cet inconvénient est à souligner dans le domaine de la santé et se devrait d'être réglé dans son régime juridique. Or, actuellement, tel n'est pas le cas. Madame Michèle Guillaume-Hofnung souligne d'ailleurs au sujet des dispositions prévoyant le médiateur en santé : « *dans la logique du médiateur maison, le médiateur médecin et le médiateur non médecin font partie des personnels de santé. Pour échapper au reproche du médiateur maison, certains établissements prennent leur médiateur parmi leurs homologues dans un autre établissement. Mais la consanguinité socioprofessionnelle demeure* »²⁶⁴.

257. Un dernier avantage pouvant être souligné au sujet de la médiation est celui du renforcement de la sécurité juridique. Ceci a d'ailleurs été mis en évidence par une étude du Conseil d'Etat qui précise que la directive européenne de 2008 proposait entre autres que la médiation renforce « *la sécurité juridique des acteurs de la médiation et la qualité de celle-ci* »²⁶⁵. Cette notion de sécurité juridique est essentielle en droit. Il s'agit du principe selon lequel les parties doivent être préservées de l'insécurité juridique c'est-à-dire des effets secondaires négatifs inhérents à la matière juridique. Il peut aussi bien s'agir des incompréhensions ou incohérences normatives que des changements fréquents de textes ou de positions jurisprudentielles. A cette fin, la médiation comme mécanisme simple et fondé sur la volonté des parties peut pallier cette insécurité juridique et donc garantir une meilleure sécurité juridique des différents acteurs du processus.

²⁶⁴ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30.

²⁶⁵ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 11.

B. Des inconvénients tenant à la pratique actuelle de la médiation en santé

258. Telle qu'elle est aujourd'hui appliquée, la médiation peut s'améliorer. Elle présente des inconvénients liés principalement à sa mise en œuvre. Tout d'abord, il faut souligner le fait que ce processus est méconnu du grand public. Il est vrai que le recours à la médiation est loin d'être un automatisme des citoyens français. Contrairement à des pays comme le Japon ou le Canada, la France souhaite recourir à ces mécanismes sans pour autant en faire réellement leur promotion. Outre le domaine pénal ou familial, la médiation est encore assez méconnue et n'est pas présentée comme le premier recours envisageable. Pourtant, comme nous l'avons vu, ce mécanisme est avantageux à divers niveaux et devrait faire l'objet d'une promotion beaucoup plus accrue par le Ministère de la Justice et s'inscrire dans ses objectifs. Ceci est d'ailleurs souligné par Monsieur Alain Roy²⁶⁶ qui expose que la culture française - contrairement à d'autres japonaise ou canadienne - ne favorise pas forcément le recours à la médiation ; elle n'est pas forcément une démarche spontanée pour les parties. Pour autant, cette position tend à évoluer et la médiation se développe aujourd'hui davantage dans les établissements de santé.

259. Par ailleurs, il est important de noter que, le premier réflexe d'une personne mécontente souhaitant obtenir une indemnisation ou une sanction pour la personne qui l'aurait lésée est de consulter un professionnel du droit. Se pose alors la question de savoir quel serait l'intérêt pour un avocat de conseiller une médiation. Les avis sont partagés en la matière. Un nombre croissant d'avocats se forment à la médiation mais d'autres ne souhaitent pas forcément que leurs clients y recourent car cela ne leur serait pas avantageux. Ceci peut en effet être avancé mais les statistiques en la matière peuvent également éclairer.

260. La Chambre professionnelle de la médiation et de la négociation (CPMN), à l'aide du GEMME, a effectué une étude en février 2015 dont l'objet était d'étudier les données

²⁶⁶ A. ROY, *Désenclaver la médiation du juridique*, JuriSanté n°61, mars 2008, p.28

chiffrées des médiateurs professionnels²⁶⁷. Plusieurs éléments sont ainsi mis en évidence et notamment la profession d'origine des médiateurs, à savoir : 47% de consultants, 26% de juristes, 15% de psychologues ou coachs et 12% d'experts. Cette étude relève ainsi qu'au regard de cet « inter-professionnalisme », un enseignement de la médiation a semblé nécessaire et une offre de médiation professionnelle est née. En ce qui concerne le statut des médiateurs, il est intéressant de noter que 67% sont individuels, 27% salariés, 9% associés et 7% retraités. Ce chiffre se combine avec la répartition en classe d'âge des médiateurs : la majorité a entre 45 et 65 ans (74,48%), puis 22% ont entre 25 et 45 ans et 3,5% ont plus de 65 ans. Ceci permet tout de même de révéler que les médiateurs sont dans l'ensemble issus d'une formation antérieure à celle de médiateur et ont une expérience professionnelle et personnelle leur permettant d'avoir les clés en main pour mener à bien la médiation. La répartition hommes/femmes, est quant à elle quasiment équivalente.

261. Malgré les rumeurs tendant à dire que les avocats seraient réticents à la médiation, ce n'est pas ce que montrent les statistiques et la doctrine : « *La médiation a pourtant tous les atouts pour être vue, non pas comme un risque, mais comme une opportunité, par les avocats qui la pratiquent* »²⁶⁸. D'ailleurs, Madame Sophie Henry et Madame Sarah Marniquet ont consacré un article aux rapports entre médiation et avocats et posent des questions pertinentes, à savoir : « *quel est le rôle de l'avocat dans la médiation ? Comment doit-il se positionner ? Comment doit-il agir ? Comment doit-il valoriser sa prestation de négociation ou de médiateur ? Quels sont les litiges auxquels la médiation est adaptée ?* »²⁶⁹. Les auteurs relèvent qu'initialement, les avocats étaient les premiers prescripteurs de ce mécanisme mais qu'aujourd'hui d'autres professions, notamment juridiques, s'y intéressent, les notaires par exemple. Le rôle de l'avocat est précisé et les auteurs estiment que celui-ci intervient à trois niveaux au cours du processus : tout d'abord en tant que prescripteur en évaluant les risques, puis en conseil pour accompagner son client au cours du processus et enfin en coach pour préparer son client et élaborer avec lui une stratégie. Il est important de

²⁶⁷ « La profession de Médiateur : données, chiffres et statistiques - L'Officiel de la Médiation », [En ligne : <http://www.officieldelamediation.fr/2015/02/11/la-profession-de-mediateur-donnees-chiffres-et-statistiques/>]. Consulté le : 13 juillet 2015.

²⁶⁸ S. HENRY et S. MARNIQUET, *op. cit.* p.11

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 13.

noter qu'il existe également des médiateurs avocats. L'avantage pour les parties est principalement qu'il aura des très bonnes connaissances juridiques et en matière de négociation. La confiance pourra ainsi s'établir de façon plus aisée et l'accord auquel les parties seront parvenues pourra valablement être homologué et appliqué.

262. Malgré les avantages que peuvent présenter l'assistance d'un avocat pour les parties ou un médiateur avocat, certains se demandent encore si la médiation peut être considérée comme rentable pour les avocats : *« Certains avocats n'osent pas toujours orienter leur client vers la médiation, d'une part par manque d'expérience en la matière, d'autre part parce que, de façon intuitive, ils pensent qu'elle n'est pas rentable financièrement. Mais, qu'entend-on par rentabilité ? [...] Il est vrai que la durée d'une médiation étant en moyenne inférieure à 15 heures, cela peut paraître dérisoire par rapport au nombre d'heures qui seraient consacrées au même dossier lors d'une procédure judiciaire pouvant s'étendre sur plusieurs années. Il est donc légitime pour un avocat de craindre a priori cette perte de revenu. Cependant, cette vision se révèle en partie erronée. Maître Marion Barnier, associée chez Bird and Bird, rappelle que le rôle de l'avocat est d'orienter son client vers la solution la plus conforme aux intérêts de ce dernier. Proposer la médiation répond selon elle à cette mission du premier du conseil »*²⁷⁰. Ainsi, la proposition de médiation de la part d'un avocat répondrait aux intérêts des parties mais également à la déontologie de sa profession. Bien entendu, c'est à l'avocat de juger si une affaire est éligible à la médiation ou non et si celle-ci sera en mesure d'aboutir plus favorablement qu'un contentieux. La Cour de cassation expose en ce sens le rôle de l'avocat dans le processus de médiation : *« Les avocats sont de plus en plus nombreux à voir dans la médiation un élargissement de leurs prestations. De nombreux barreaux se forment à la médiation et ont leurs centres de médiation. Ces centres ont pour beaucoup passé avec les juridictions auprès desquelles leur barreau est constitué des conventions facilitant la mise en place des médiations ;*

La formation à la médiation permet à l'avocat de mieux remplir son rôle de conseil :

- *pour décider de l'opportunité de recourir à cette mesure,*
- *tout au long du processus de médiation auquel il est associé,*

²⁷⁰ Ibidem, p. 21.

- lors de la conclusion de l'accord »²⁷¹.

263. Ce mécanisme présente cependant des carences inhérentes à sa mise en pratique actuelle dans le domaine médical. Certains auteurs soulignent ainsi que *« la diversité des pratiques de médiation et la confusion qui est parfois faite avec la conciliation ou l'arbitrage ne permet pas une exploitation optimale de ce processus. Il existe effectivement un panel de mécanismes extra juridictionnels permettant d'éviter le recours au contentieux et qui peuvent entraver l'impact de la médiation, mécanisme unique et souple, s'appliquant particulièrement bien au domaine médical. L'exemple peut être pris des Commissions de Conciliation et d'Indemnisation qui ont été mises en place par la loi dite Kouchner²⁷² et offrent une alternative amiable aux litiges issus de la médecine. Pour autant, même si ces instances permettent d'aboutir à un résultat satisfaisant, celui-ci n'est pas du tout identique à celui de la médiation. C'est donc certainement là que réside l'imperfection principale de la mise en œuvre de la médiation qui selon les établissements sera appliquée tantôt comme une conciliation, tantôt comme une procédure hybride de négociation »*²⁷³.

264. Un autre des inconvénients de la médiation appliqué à la relation de soins est le statut du médiateur. Il est évident que ce tiers qui se doit d'être indépendant, impartial, neutre, mais peut être un médecin de l'établissement est sujet à débat. Ce tiers n'ayant pas de statut véritable et pouvant être médecin peut être assez mal perçu des patients, de leurs familles et même de leurs pairs en raison de la naissance possible d'un conflit d'intérêts. Le manque de garantie actuel pour les participants engendre donc des difficultés sur l'efficacité du processus mais aussi à l'égard du médiateur dans l'exercice de ses fonctions : *« Ainsi, dans un domaine aussi délicat que celui de la santé, le fait que le médiateur ne soit pas médecin peut constituer un handicap selon la nature du dossier. A l'inverse, la qualité de médecin peut conduire à assimiler le médiateur au pair de l'une des parties, au risque d'une suspicion de conflit d'intérêts. Ainsi, l'avenir de ce mode alternatif de règlement des différends est prometteur au regard de ses nombreux avantages mais il est certain que des*

²⁷¹ COUR DE CASSATION, « La médiation numéro hors-série », p. 12.

²⁷² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

²⁷³ A. CUDENNEC, A. GIBELIN et J. FONTANA, *op. cit.*

ajustements seront indispensables afin qu'elle devienne un mécanisme incontournable, particulièrement dans le domaine de la santé qui est propice à son développement »²⁷⁴.

²⁷⁴ *Ibidem.*

Conclusion du chapitre 2

265. La médiation appartient aux modes alternatifs de règlement des conflits et en constitue une part entière. Ce mécanisme illustre ses particularités dans le domaine de la santé. Ceci est mis en lumière dès lors qu'on le compare à des médiations dans d'autres secteurs comme la médiation pénale ou familiale. Certains aspects de ce processus sont communs à tous les domaines mais certaines particularités rendent la médiation en santé spécifique. Des illustrations étrangères permettent d'ailleurs d'exposer cette singularité.

266. Concernant la résolution des différends nés de la relation de soins ou de l'exercice de la médecine, la médiation a la faculté de s'adapter de façon adéquate en raison de ses nombreux avantages. Il faut évidemment noter que ce mécanisme représente un important vecteur, tant sociologique qu'anthropologique. Il faut également retenir que le principe de l'autonomie de la volonté fonde la mise en œuvre de la médiation et permet aux parties une participation optimale.

267. La comparaison avec d'autres médiations en santé dans des pays étrangers permet toutefois de constater que des évolutions sont à prévoir en la matière car ce processus connaît encore quelques faiblesses. L'une d'entre elles est la nature juridique de ce mécanisme qui se doit impérativement d'être étudiée et précisée.

Conclusion du titre 1

268. L'étude de la nature de la médiation permet d'établir qu'il s'agit d'un processus juridique et plus précisément d'un mécanisme utilisant des règles de droit et des disciplines extra-juridiques. La médiation est qualifiée de mode alternatif de règlement des différends. Elle présente en effet une alternative intéressante à la justice et à une éventuelle judiciarisation. Ceci rend le mécanisme singulier et permet de le distinguer des autres modes alternatifs de résolution des conflits comme l'arbitrage, la négociation ou la transaction. Sa différenciation de la conciliation est en revanche plus délicate au regard du flou terminologique régnant autour de ces notions.

269. Ceci est d'autant plus éloquent dans le domaine de la santé où ces notions ont souvent été confondues. Madame Michèle Guillaume-Hofnung relève d'ailleurs que « *La médiation est un concept rigoureux, mais qui souffre du flou terminologique des textes juridiques qui pensent la consacrer. Malgré l'affirmation et la consolidation de sa définition et de sa déontologie, elle continue à pâtir d'un faux succès. Les pouvoirs publics ne tiennent compte que par intermittence des définitions qu'ils avaient sollicitées et, sous l'appellation erronée « médiation », ils multiplient des dispositifs de conciliation ou de traitement de masse des réclamations* »²⁷⁵. Il peut ainsi être relevé que « *l'utilisation conjointe de ces concepts suscite une analogie de ces termes, alors qu'à considérer l'origine étymologique de ces deux notions, il apparaît qu'elles sont bien différentes : médiation, vient du latin *mediare*, qui signifie *s'interposer*, alors que la conciliation vient de *conciliare* qui sous-entend l'idée d'assemblage, d'union* »²⁷⁶. Cette distinction se doit impérativement d'être effectuée dès lors que l'on applique ce mécanisme au secteur de la santé. La médiation présente en effet des avantages indéniables qui lui permettent de s'adapter de façon adéquate aux conflits inhérents à la relation de soins, notamment grâce à l'importance des principes d'autonomie de la volonté et de participation des parties.

²⁷⁵ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *Gestions hospitalières*, n° 522, janvier 2013, p. 18-21. M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *La Gazette Santé Social*, n° 85, mai 2012.

²⁷⁶ A. CUDENNEC, A. GIBELIN et J. FONTANA, *op. cit.*

270. La médiation présente malgré tout quelques inconvénients, principalement liés à son application non harmonieuse et aux libertés prises entre sa conception théorique et sa mise en œuvre. C'est pourquoi sa nature juridique peut être considérée comme hybride.

Titre 2. La médiation en santé : une nature hybride

271. La médiation en santé a un rôle prépondérant au regard de l'importante place accordée à la qualité des soins : « *la qualité des soins, au cœur de la grande majorité des plaintes dans les soins de santé est une notion très subjective. Parmi les différentes approches sur la qualité des soins, un point commun: la place centrale accordée à la relation interpersonnelle. Relation, regards différents, divergences, dialogue...* »²⁷⁷. La médiation peut donc permettre de prendre en considération ces éléments importants et sa place au sein de secteur pourrait se révéler d'importance croissante.

272. L'étude de la nature juridique de la médiation appliquée au domaine de la santé révèle toutefois une nature juridique hybride. Ceci peut donc inquiéter : « [...] *la médiation inquiète. Elle inquiète à tort, parce qu'elle a fait son entrée par la mauvaise porte, celle de l'alternative à la justice. Elle a donc, d'une certaine manière, contribué à inquiéter les professionnels du droit et ceux du soin. Aujourd'hui, l'idée est d'avancer ensemble, patients, proches et soignants, dans une légitimation réciproque, respectueuse de l'identité personnelle et professionnelle de chacun des intervenants* »²⁷⁸.

273. La médiation en santé doit donc être étudiée de façon empirique (chapitre 1) pour constater ses forces et ses faiblesses. Il sera ainsi mis en évidence que ce mécanisme présente des principes directeurs forts mais aussi des divergences inhérentes à l'application qui en est faite. C'est pourquoi une requalification ou une évolution de la médiation telle qu'elle existe actuellement sera envisagée (chapitre 2).

²⁷⁷ M. FERGUSON, « Améliorer la qualité des soins: quelle place pour la médiation? », *Santé*, n° 68, 2014, p. 81.

²⁷⁸ CNEH, « Médiation et santé: une évidence? », *AJS*, n° 61, 2008, p. 38.

Chapitre 1. L'étude empirique de la notion de médiation

274. Madame Michèle Guillaume-Hofnung expose au sujet de la médiation en santé qu' « à première vue, c'est-à-dire en se limitant aux textes législatifs et réglementaires, la médiation a fait son entrée par la mauvaise porte, celle qui en fait l'otage de la nébuleuse des modes alternatifs de règlement des conflits. La médiation est un concept rigoureux, mais qui souffre du flou terminologique des textes juridiques qui pensent la consacrer. Malgré l'affirmation et la consolidation de sa définition et de sa déontologie, elle continue à pâtir d'un faux succès. Les pouvoirs publics ne tiennent compte que par intermittence des définitions qu'ils avaient sollicitées et, sous l'appellation erronée « médiation », ils multiplient des dispositifs de conciliation ou de traitement de masse des réclamations »²⁷⁹.

275. L'empirisme est défini comme la « théorie philosophique selon laquelle la connaissance que nous avons des choses dérive de l'expérience » ou comme une « méthode reposant exclusivement sur l'expérience, sur les données et excluant les systèmes a priori »²⁸⁰. Une telle étude semble importante pour comprendre la notion de médiation mise en œuvre au sein du secteur médical.

276. Ce mécanisme étant d'application relativement récente dans ce domaine, il semble nécessaire de l'étudier sous cet angle. De cette façon, il sera possible d'exposer certaines divergences notables. A ce jour, telle qu'elle existe, la médiation présente des discordances entre sa conception théorique et sa mise en œuvre effective. Celles-ci se constatent au regard des modalités de déroulement de médiation mais aussi au sujet du tiers. Ces dissonances sont en partie liées à l'absence d'un cadre législatif ferme et à la façon dont les diverses CRUQPC appliquent ce mécanisme.

277. Malgré la mise en évidence des ces discordances, certains points de convergence entre théorie et pratique peuvent être observés. Il s'agit en premier lieu de la volonté

²⁷⁹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*. M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*

²⁸⁰ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

commune, dans toute médiation, de parvenir à un accord. Celle-ci émane des participants et du tiers médiateur. En second lieu, l'existence de principes directeurs du processus est essentielle et permet d'établir un cadre d'exercice propre à la médiation. Ceux-ci se doivent donc d'être protégés et mis en valeur.

278. Cette analyse empirique de la médiation dans le domaine de la santé portera donc sur le système actuellement imparfait de mise en œuvre de ce processus (section 1) et sur l'existence de principes directeurs du mécanisme (section 2).

Section 1. Un système imparfait

279. En étudiant empiriquement la médiation en santé, les imperfections du système actuel sont mises en lumière. On peut tout d'abord exposer le cadre législatif modeste dans lequel s'exerce la médiation (paragraphe 1) pour ensuite constater les divergences existantes en la matière, qu'elles soient entre la théorie et la pratique ou entre les diverses mises en œuvres par les établissements de santé (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un cadre législatif modeste

280. La médiation en santé s'exerce actuellement dans le cadre de la Commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge (CRUQPC). Cette instance relativement nouvelle permet donc aux établissements « *de concrétiser l'idée selon laquelle la démarche « juridique » doit être suffisamment anticipée au sein des établissements afin que la vision souvent « pathologique » du droit soit remplacé par une démarche préventive* »²⁸¹. Il faut pourtant souligner que l'encadrement juridique de cette procédure est modeste dans la mesure où l'existence de la CRUQPC peut être qualifiée d'insuffisante (A) et où sa mise en œuvre au sein des divers établissements n'est pas homogène (B).

A. L'existence insuffisante de la CRUQPC

281. Dans le code de la santé publique, les termes « médiation » et « médiateurs » reviennent à plusieurs reprises. Cette redondance a deux aspects : celui relatif aux CCI qui a déjà été étudié, et celui relatif aux CRUQPC dans les établissements de santé.

²⁸¹ S. TULIPANI, « La commission des relations avec les usagers et la qualité de la prise en charge », *RDS*, n° 6, 2005, p. 333-338.

282. Pour rappel, dans les établissements de santé, la loi du 4 mars 2002²⁸² relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé dans son article 16 et le décret n°2015-213 du 2 mars 2005, remplacent la commission de conciliation par la commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge, abandonnant ainsi le terme controversé de « conciliation » sans pour autant consacrer celui de médiation. Monsieur Stéphane Tulipani rappelle à ce titre : « *Contrairement à la précédente commission, l'outil mis en place, codifié aux articles R. 1112-79 à R. 1112-94 du Code de la santé publique, n'est pas conçu comme un simple instrument de conciliation mais davantage comme un outil de médiation et dialogue avec les patients et usagers, doublé d'une instance consultative sur la politique d'accueil et de prise en charge. Dans le cadre de la « démocratie sanitaire » mise en place par la loi du 4 mars 2002, la commission nouvelle se positionnerait, alors, comme un instrument de démocratie représentative interne à l'établissement* »²⁸³ Les dispositions désormais relatives à la CRUQPC se retrouvent à l'alinéa 2 de l'article L1112-3 du code de la santé publique, modifié par la loi du 5 juillet 2011. Ceci s'inscrit nécessairement dans la démarche qualité des établissements et permet d'intégrer les représentants des usagers au fonctionnement de ces institutions.

283. Ces commissions sont présentes dans chaque établissement de santé, leurs missions sont de veiller au respect des droits des usagers et de contribuer à l'amélioration de la qualité de l'accueil des personnes malades ainsi que de leurs proches, et de la prise en charge. Madame Audrey Mourgues souligne d'ailleurs que cette commission « *dispose de pouvoirs renforcés avec pour principales vocations : de devenir un véritable outils de médiation entre les usagers et les établissements de santé, [et] de contribuer grandement à l'amélioration des conditions d'accueil et de prise en charge des personnes hospitalisées et de leurs proches* »²⁸⁴.

²⁸² Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p. 4118.

²⁸³ S. TULIPANI, *op. cit.*

²⁸⁴ A. MOURGUES, *La Commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge. Manuel pratique de fonctionnement*, Bordeaux, LEH Edition, 2011, p. 5.

284. Seuls les établissements de santé, les groupements de coopération sanitaire assurant les missions d'un établissement de santé et les syndicats interhospitaliers sont concernés par ces commissions. Par exemple, un Etablissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) ne sera pas concerné par la mise en place d'une CRUQPC sauf s'il est rattaché à un établissement de santé.

285. Il est ensuite nécessaire de détailler la composition de la commission. Celle-ci comprend un président qui est désigné par le représentant légal de l'établissement et peut être lui-même ou une personne qu'il désigne, qui sera plus favorablement un personnel de l'établissement. La commission comprend également des représentants des usagers et leurs suppléants qui sont désignés par le directeur général de l'ARS ainsi que les médiateurs qui sont de deux ordres. Au titre de l'article R 1112-82 C. santé publ., il est établi que : *« le médiateur non médecin et son suppléant sont désignés par le représentant légal de l'établissement parmi le personnel non médecin exerçant dans l'établissement »*. Ce même article précise que le médiateur médecin peut être un médecin en exercice (de l'établissement ou non), un médecin à la retraite (de l'établissement ou non) qui n'a pas arrêté son activité depuis plus de 5 ans.

286. Le rapport Compagnon du 14 février 2014²⁸⁵ émet plusieurs recommandations pour refonder la démocratie sanitaire. La troisième recommandation porte justement sur la CRUQPC et sur l'élargissement de ses missions, le renforcement de sa position dans les établissements de santé avec une triple mission : *« d'une part, garantir, évaluer et développer le respect des droits des usagers ; d'autre part, participer à la politique qualité et de sécurité des soins ; enfin, mettre en œuvre la concertation entre les acteurs professionnels et les représentants des usagers sur tous les grands sujets des établissements »*²⁸⁶. Ceci est dû au fait que la CRUQPC a un rôle central et *« demeure l'instance la plus adaptée pour déployer l'action des représentants des usagers en partie parce qu'elle est le lieu où se déploient les différentes figures de l'utilisateur : le bénéficiaire de soins qui vient se plaindre, le représentant des usagers dans sa fonction de porte-parole des usagers ou de médiateur*

²⁸⁵ Pour l'an II de la démocratie sanitaire, Rapport remis par C. COMPAGNON, 2014.

²⁸⁶ P. VÉRON, « Rapport Compagnon: neuf propositions pour refonder la démocratie sanitaire », RDS, n° 61, 2014, p. 1575-1580.

entre des usagers et des professionnels, les usagers en général au travers de la collecte des données, entre autres sur les événements indésirables ou sur les questionnaires de sortie »²⁸⁷. Cette CRUQPC deviendrait alors la Commission des Usagers (CDU), qui serait une appellation plus lisible et plus accessible pour l'ensemble des acteurs. Le projet de loi relative à la santé d'octobre 2014 abordait également ces modifications à l'article 44 de son quatrième chapitre : « la CRUQPC des établissements de santé dont le nom est rénové en CDU sera notamment informée et consultée sur les questions de politique de l'établissement et donnera son avis sur les actions correctives mises en œuvre pour lutter contre les événements indésirables graves »²⁸⁸.

287. La CRUQPC est informée de l'ensemble des plaintes et des réclamations, et dispose, dans le cadre de cette mission, d'un droit d'accès aux données médicales avec le consentement du plaignant. Les commissions également facilitent les démarches de ces personnes afin qu'elles puissent exprimer leurs griefs et être entendues. Leur fonctionnement est régi par les articles R1112-79 à R1112-91 C. santé publ.

B. La mise en œuvre hétérogène de la médiation dans le cadre de la CRUQPC

288. D'abord, dans sa mission de médiation, la commission est composée de deux médiateurs assortis de suppléants. L'article R1112-82 du code de la santé publique précise que l'un des médiateurs doit être un médecin²⁸⁹ qui exerce ou qui a exercé dans l'établissement, le second est non médecin mais doit faire partie du personnel de l'établissement. Ils sont tous les deux désignés par le représentant légal de l'établissement, pour une durée de 3 ans renouvelables.

²⁸⁷ Pour l'an II de la démocratie sanitaire, C. COMPAGNON, *op. cit.*

²⁸⁸ J.-L. ROMANENS, « Projet de loi relative à la santé: chronique d'une vie annoncée », *RDS*, n° 64, 2015, p. 206.

²⁸⁹ Voir en ce sens : M.-H. BERNARD, « Le médecin médiateur des établissements de santé », *Journal de médecine légale*, 2008, p. 199-202.

289. En principe, les deux médiateurs n'ont pas vocation à exercer de concert puisque le choix de l'un ou de l'autre s'effectue après une appréciation subjective de la plainte ou de la réclamation portée à la CRUQPC. Si la demande porte sur l'organisation des soins ou le fonctionnement médical d'un service, le médiateur médecin sera choisi ; les autres plaintes seront traitées par le médiateur non médecin. Si la plainte ou la réclamation se révèle d'une nature hybride, les deux médiateurs agiront simultanément.

290. La médiation se déroule selon les termes des articles R1112-92 et R1112-93 du code de la santé publique. Concernant la saisine du médiateur, le premier article propose deux opportunités, appartenant au représentant légal de l'établissement qui a eu connaissance de la plainte. Soit il saisit lui-même le médiateur et en informe le patient, soit il informe le patient de la possibilité de saisir le médiateur. Le médiateur saisi devra alors rencontrer les parties dans un délai de huit jours ou avant la sortie du patient si ce dernier est hospitalisé dans l'institution. Suite à cette réunion, le médiateur envoie un compte-rendu au président de la commission qui le transmet ensuite au plaignant et aux autres membres de la commission. Le tiers va alors produire un avis ou une recommandation, motivé pour classer le dossier. Ce dernier sera communiqué au représentant de l'établissement qui devra répondre au plaignant.

291. Même si la présence de ces commissions des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge est une obligation légale, une enquête nationale, menée en 2008 par le Ministère de la santé, révélait que seuls 95% des établissements de santé étaient pourvus de ces commissions. C'est pourquoi Madame Audrey Mourgues souligne qu'« *il ne faut cependant pas se masquer les difficultés évidentes qui seront rencontrées à l'occasion de la mise en place des commissions nouvelles dont toutes ne tiendront pas à une volonté protectionniste et corporatiste émanant des professionnels de santé. La question de la légitimité des représentants des patients reste probablement l'une des plus difficiles à résoudre. [...] Au final, on ne peut conclure que le droit offre aujourd'hui un outil potentiellement performant aux partenaires de santé, son succès sera fonction de la volonté des intervenants d'agir de concert* »²⁹⁰.

²⁹⁰ A. MOURGUES, *op. cit.*

Paragraphe 2. L'impératif constat de divergences

292. Pour mieux comprendre l'utilisation de la médiation pour résoudre des conflits en santé, il est impératif d'établir le constat des divergences qui existent actuellement en la matière. Ces discordances sont de deux ordres, il s'agit tout d'abord de divergences entre la théorie et la façon donc s'applique en pratique la médiation (A) et ensuite de dissonances dans la façon dont est appliquée la médiation dans les divers établissements de santé (B).

A. Des divergences manifestes entre théorie et pratique

293. Les divergences qui peuvent être constatées entre les principes et règles de médiation et leur mise en œuvre sont assez évidentes. Il s'agit d'une part de discordances tenant aux modalités d'application du mécanisme (1) et d'autre part de dissonances inhérentes au tiers médiateur (2).

1. Des discordances relatives aux modalités de médiation

294. Ces discordances entre le principe de médiation et son application en santé peuvent être remarquées au regard de la compétence d'attribution (a) mais aussi de la compétence temporelle (b).

a. *Ratione materiae*

295. La locution latine *ratione materiae*²⁹¹ s'utilise juridiquement pour indiquer une compétence d'attribution, généralement il s'agit d'une compétence d'attribution d'un tribunal. En l'occurrence, s'agissant de la médiation en santé, des divergences sont détectées entre son cadre théorique et sa mise en œuvre. Comme le souligne Madame Marianne Lassner, « *dans la médiation classique, celle que les puristes estiment la seule « vraie », les protagonistes d'un conflit qu'ils soient deux ou plusieurs, sont réunis par et avec un médiateur formé à la technique de médiation, tiers neutre, indépendant et impartial qui les aide, par ses connaissances du processus et des techniques de communication à trouver, par eux-mêmes, une solution amiable satisfaisante pour tous* »²⁹². Les compétences du tiers peuvent néanmoins varier suivant que l'on se place d'un côté théorique ou pratique.

296. S'agissant des différends traités par le médiateur, il devrait s'agir de ceux pouvant se régler assez aisément et non des conflits ou litiges d'un degré de gravité élevé. En revanche on ne se rend compte facilement qu'aucun travail préalable de catégorisation et sélection des dossiers en fonction du type de désaccord n'est effectué avant de saisir le médiateur. La seule approche qualitative distinctive pour saisir le médiateur concerne le choix d'un médiateur médecin ou non médecin selon la nature du litige. De cette façon, un différend ayant trait à la pratique médicale sera traité par un médiateur médecin. Si celui-ci est en dehors de ce champ médical, il sera pris en charge par le médiateur non médecin. Cette répartition peut être jugée quelques peu « simpliste » et fait partie des points sans cesse remis en question au sujet de la médiation.

297. Concernant le déroulement de la médiation, rien n'étant concrètement fixé par le cadre législatif, si ce n'est les principes directeurs du processus, les médiateurs gèrent la médiation selon l'idée qu'ils en ont. La médiation étant un mécanisme qui se caractérise par sa souplesse, il est logique que le médiateur puisse jouir d'une certaine liberté dans l'exercice de son art pour mener à bien le processus. Pour cela, il est nécessaire que ce tiers s'adapte aux parties et au conflit, mais, cette souplesse poussée à l'extrême induit des

²⁹¹ E. PISIER et O. DUHAMEL, *Locutions latines juridiques*, Paris, Dalloz, 2007, p. 78.

²⁹² M. LASSNER, « Quel médiateur pour quelle médiation.pdf », *Gaz. Pal.*, n° 94, avril 2015, p. 15.

pratiques très variées, chaque médiateur exerçant la médiation à son idée, en prenant plus ou moins de liberté avec les principes directeurs de celle-ci.

298. Il faut noter qu'aucune procédure n'est réellement fixée par le code de la santé publique en ce qui concerne le déroulement même de la médiation et ses étapes successives. Concrètement, on se rend ainsi aisément compte des différentes pratiques de médiation qui existent et qui sont aussi nombreuses que le nombre de médiateurs. Cela permet de profiter de la malléabilité du mécanisme et de l'adapter tant aux parties qu'au médiateur mais cela peut être entravé par un certain laxisme et donc des disproportions et des inégalités au regard des différents mécanismes. Le médiateur par exemple est supposé mettre les différentes parties en présence pour leur permettre de renouer le dialogue et régler le conflit par la discussion. Ainsi la mise à jour de leurs intérêts divergents peut permettre d'aboutir à un accord. Or, en pratique et d'après ce que prévoit la loi, il se peut que les participants ne se réunissent jamais et que le médiateur lui-même ne les rencontre pas non plus. En ce qui concerne le professionnel de santé ou l'équipe, il se peut qu'elle ne voit jamais le médiateur et ne communique avec lui que par un rapport circonstancié ou un appel téléphonique. Ce système ne rentre donc pas dans le cadre théorique de la médiation et ne permet pas une mise en place optimale du mécanisme en vue d'aboutir à un accord. Cependant, cela a l'avantage de ne pas faire échec à la médiation si la rencontre des parties n'a pas lieu. Ceci signifie qu'il est possible en pratique qu'une médiation aboutisse positivement alors même que les parties n'auraient pas eu l'opportunité de dialoguer.

299. Un axe de réflexion intéressant peut ainsi être ouvert car s'il est incontestable que la réunion des participants et leur communication est un point fort de la médiation, il s'avère que parfois, un accord peut être trouvé en dehors de cette phase. On peut donc se demander s'il ne serait pas opportun d'élargir le champ de la médiation.

300. Enfin, concernant la formalisation du protocole, les médiateurs n'étant pas nécessairement formés, celui-ci peut prendre des formes bien différentes et ne sera pas forcément homologué par un juge, à moins de subir quelques modifications. Ceci fait également écho à la formation même du médiateur qui devrait en théorie exister mais n'est pas effective en pratique, est n'est même pas imposée par le cadre réglementaire. C'est la raison pour laquelle pour une mise en œuvre de la médiation plus conforme à son cadre

théorique, une modification et un encadrement plus précis du statut du tiers doit être effectuée.

b. Ratione temporis

301. Cette locution utilisée à l'origine par la jurisprudence évoque une compétence temporelle. Ici, ceci permet de s'intéresser à la mise en œuvre temporelle de la médiation qui peut s'avérer distincte entre la théorie et la pratique, et ce à plusieurs niveaux.

302. Au sujet du recours à la médiation, aucun délai spécifique n'est prévu entre la date de l'origine du conflit et le recours à ce mécanisme afin de le régler. Contrairement aux mécanismes classiques de responsabilité, rien n'est prévu à cet effet concernant la médiation. De même, aucun délai de prescription n'est prévu. En pratique cela peut engendrer des cas complexes à traiter pour les médiateurs si ces différends sont très anciens et peu en rapport avec leur formation.

303. Pour les délais de mise en œuvre de la médiation, le code de la santé publique prévoit un délai de huit jours entre la saisine et la rencontre avec le médiateur²⁹³. Or, en pratique ces délais sont extrêmement difficiles à respecter dans la mesure où le médiateur a bien souvent une autre activité rémunérée en parallèle de son activité de médiation. Au-delà de cette considération, il s'agit de réunir au minimum deux parties avec un tiers médiateur et trouver une date en huit jours est quelques peu utopique. Bien que ce mécanisme soit plus rapide que la voie judiciaire, des éléments pratiques restent à prendre en considération par la théorie afin de parvenir à un encadrement cohérent.

304. S'agissant enfin de l'articulation temporelle de la médiation avec d'autres modes alternatifs de résolution des conflits ou avec la voie judiciaire, la loi ne prévoit pas de spécificités. Il pourrait en effet être prévu une suspension des délais de prescription d'une action en justice lors de l'utilisation d'un mécanisme alternatif. En fait rien n'est prévu à cet effet et ce au détriment des parties. Celles-ci risquent donc de voir leur action se prescrire si

²⁹³ Art. R. 1112-93 C. santé publ.

la médiation échoue. Cet échec potentiel menace également le mécanisme lui-même dans la mesure où cela peut entraîner des réticences à y recourir. On peut craindre alors un moindre recours à cette technique alors que celle-ci est performante et pourrait être parfaitement bien adaptée au domaine de la santé. Ainsi, si l'affaire échoue, pour ne pas pénaliser les parties qui aurait eu recours à un tel mode alternatif de règlement des différends, un délai de ré-enrôlement pourrait être prévu comme le souligne justement le rapport d'avril 2015 de l'IGSJ au sujet de la conciliation puisqu'il propose de : « *Prévoir un circuit prioritaire pour le ré enrôlement du dossier devant le juge, lorsque la conciliation a échoué* »²⁹⁴.

2. Des divergences relatives au tiers médiateur

305. Une partie des discordances qui peuvent être constatées entre le concept de médiation et sa mise en œuvre sont liées au tiers médiateur. Il faut en effet étudier le statut de ce dernier (a) et son empreinte personnelle lors de sa démarche (b).

a. L'absence de véritable statut du médiateur

306. Le statut du médiateur n'existe pas vraiment en théorie, seuls les jalons de son activité et de sa profession « principale » sont précisés. En pratique, il existe pourtant une quantité infinie de médiateurs pouvant régler les conflits inhérents à la relation de soins. En fait aucune formation n'est obligatoire ; certains médiateurs en suivent une à l'université en France, d'autres à l'étranger, d'autres dans le privé. Certains sont professionnels de santé, d'autres du droit, d'autres viennent de l'administration, etc. Certains médiateurs ressentent également le besoin de se regrouper pour échanger avec d'autres collègues et faire ainsi évoluer leur pratique. Cette absence de statut véritable provoque inexorablement une différence importante dans le rôle qu'ils vont avoir à jouer. Par voie de conséquence et ce

²⁹⁴ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Rapport remis par L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, 2015, p. 37.

comme corollaire des principes fondamentaux du mécanisme de médiation, ce sont de multiples facettes de ce dernier qui seront appliquées au domaine de la santé.

307. Il faut aussi souligner le fait que le tiers médiateur n'est pas forcément choisi conformément à la législation en vigueur car si cela est relativement aisé dans les établissements de grande taille de saisir un médiateur médecin ou non médecin dans un bref délai, il n'en est pas de même dans ceux plus petits qui n'ont pas forcément à leur disposition de nombreux tiers prêts à intervenir rapidement.

308. De façon plus subsidiaire, il est intéressant de se pencher sur le lieu de déroulement de la médiation. Ce dernier est souvent mis à disposition par l'établissement et, bien que très pratique, cela entache le principe même de neutralité puisque le patient se retrouve dans le lieu du conflit qui appartient à la partie adverse. Ceci peut d'ailleurs être à l'origine des certains conflits d'intérêt et de la méfiance qu'un patient peut ressentir à l'égard d'un tiers supposé neutre et impartial mais appartenant au même corps que le professionnel de santé mis en cause.

b. L'empreinte personnelle du médiateur dans sa démarche

309. Un des points cruciaux de divergences entre théorie et pratique de la médiation tient au médiateur et à son empreinte, son implication personnelle. Comme cela a été souligné, le médiateur, du fait de sa formation, de son expérience aura une approche particulière des cas auxquels il sera confronté et les traitera selon sa méthode personnelle, en respectant les principes directeurs du mécanisme. Ceci marque de façon claire les divergences évidentes entre tous les médiateurs mais aussi entre chaque médiation.

310. Cela peut également être mis en évidence pour ce qui concerne la décision du tiers ou de l'établissement plutôt que des parties. Plus précisément, il faut exposer qu'il est très fréquent que le médiateur n'amène pas les parties à trouver elles-mêmes une solution en accord avec leurs convictions mais au contraire, leur propose ou leur impose une solution. Le fait que le tiers ait simplement un rôle de guide est un point pourtant essentiel de la médiation qui, s'il n'est pas présent, confère au mécanisme utilisé le terme d'arbitrage ou de

conciliation plutôt que de médiation. Ceci est d'autant plus fréquent avec la procédure auprès de la CRUQPC.

311. Le médiateur doit respecter les principes phares de la médiation mais parfois certains d'entre eux ont du mal à l'effectuer en pratique. Tel est notamment le cas de la confidentialité. Dans le cadre de la procédure auprès de la CRUQPC, les rapports des médiateurs sont communiqués à la commission ce qui peut entraver ce principe. L'indépendance, la neutralité et l'impartialité dont doit faire preuve le médiateur dans son exercice peuvent également faire l'objet de difficultés pratiques dès lors que le médiateur est un pair d'une des parties et/ou appartient à l'établissement mis en cause. Ceci pose le problème récurrent en la matière du conflit d'intérêts lorsque le médiateur est médecin.

312. En conclusion, telle qu'appliquée actuellement, la médiation ne correspond pas à sa conception théorique, d'où son manque d'efficacité. Si l'on prenait la définition théorique de la médiation pour l'appliquer tel un calque au droit de la santé, celle-ci serait un outil extrêmement compatible et intéressant. L'efficacité qui est rattachée au mécanisme de « médiation » est donc moindre par rapport à celle espérée si elle était strictement appliquée. Si ce mode alternatif était trop strictement appliqué, il n'offrirait toutefois plus la souplesse qui est considérée comme la clé de voûte de sa réussite. En cela, l'application de la médiation au domaine de la santé et les divergences existant entre la médiation théorique et la médiation pratique sont donc très complexes. Elles se doivent d'être amenuisées tout en permettant à la médiation de conserver ses propriétés, d'où la difficulté d'élaborer un régime adéquat.

B. Constat des divergences entre établissements de santé

313. Des divergences flagrantes existent entre la loi et la définition théorique de la médiation. Ces dissonances sont d'autant plus prégnantes lorsque l'on compare la conception théorique de la médiation, l'encadrement législatif prévu et la mise en œuvre du processus. Ces divergences se remarquent également entre les différents établissements de santé, qu'il s'agisse des moyens (1) ou des résultats (2).

1. Des dissonances tenant aux moyens

314. Certaines divergences entre théorie et pratique sont inhérentes aux moyens pouvant être mis en œuvre dans les établissements de santé. Cela tient tout d'abord au nombre de médiateurs mis en place dans les établissements. Le code de la santé publique précise ce nombre mais en pratique, les petits établissements ne sont pas forcément en mesure de recruter suffisamment de médiateurs, médecins et non médecins. Ceci est corollaire d'une autre difficulté de mise en œuvre du mécanisme : le respect des délais. Ceux imposés en la matière sont en effet très courts et peuvent difficilement être tenus lorsque les médiateurs sont en sous-effectifs ou que ceux-ci exercent une autre activité en parallèle.

315. De grandes discordances existent également entre les différents établissements concernant l'organisation des médiations. Bien que la procédure auprès de la CRUQPC soit établie par le code de la santé publique, le déroulement même de la médiation varie selon les établissements. Normalement, le médiateur rencontre seul le plaignant dans un premier temps et, dans un second temps, demande un avis aux professionnels de santé mis en cause. Enfin, dans un troisième temps, il rend un avis à la commission. Il ne s'agit donc plus de médiation au sens théorique du terme puisque les parties ne sont pas mises en présence ne serait-ce qu'une seule fois et n'ont pas le loisir de trouver une solution correspondant à leurs intérêts respectifs.

316. Il faut également prendre en considération une autre dimension : la partie « adverse » du plaignant est-elle le professionnel de santé ou l'établissement dans lequel le professionnel de santé exerce ses fonctions ? Si ce professionnel est salarié ou titulaire dans l'établissement et n'exerce pas en dehors du cadre fixé, la responsabilité engagée dans le cadre d'un procès serait celle de l'institution et non du professionnel. Etant donné le cadre amiable et non juridictionnel du mécanisme, il n'est pas forcément juste de considérer l'établissement comme partie adverse. Admettons qu'il s'agisse de l'établissement, pour que la médiation soit appliquée conformément à sa définition théorique, il faudrait alors que le représentant légal de l'établissement ou une personne mandatée à cet effet soit présente lors de cette médiation. Or, en pratique, tel n'est pas le cas.

317. De plus, la présence du représentant légal suffirait-elle à apaiser un conflit entre un professionnel en particulier et un plaignant, sous couvert du fait que celui-ci exerce ses fonctions dans le cadre du secteur public ? Plus complexe encore, le médiateur appartenant à l'établissement pourrait-il être considéré comme le représentant de cette partie ? Si oui, cela conduirait à démontrer qu'il s'agit simplement d'une tentative de règlement amiable entre deux parties sans tiers et donc en l'absence de médiation.

318. Ainsi, en raison de l'absence de législation suffisante encadrant le mécanisme, les établissements font leurs propres médiations et les adaptent aux différents cas rencontrés et à leur mode de fonctionnement. Certes, cela leur permet de profiter de la souplesse du mécanisme mais en termes d'équité et d'égalité des droits des usagers, cela n'est pas garant d'uniformité. Les droits des patients peuvent donc être bafoués et la médiation telle qu'elle a été analysée auparavant comme permettant de répondre correctement aux besoins et aux conflits n'est pas utilisée à bon escient et n'est donc pas efficace. Ceci s'applique également aux établissements de santé mais non aux établissements médico-sociaux ou à l'activité libérale d'un professionnel de santé, ce qui accentue ces disparités et les inégalités de recours à la médiation.

2. Des dissonances inhérentes aux résultats

319. Ces constats de divergences entre théorie et application du mécanisme, entre les différentes mises en œuvre de médiation, entre pratique et médiation prévue par la loi ou médiation théorique, sont la preuve d'un dysfonctionnement notoire du principe de médiation et la raison d'une efficacité minimale de celle-ci alors qu'elle pourrait avoir un impact et un apport beaucoup plus importants.

320. Les données statistiques relatives à la médiation se déroulant au sein des établissements de santé sont intégrées aux rapports annuels de la CRUQPC mais ceux-ci ne sont pas tous accessibles. Il est donc difficile d'établir des chiffres concrets en la matière mais il est possible de constater que les résultats sont très variables d'une institution à une

autre. Ceci est sans conteste en partie dû au type d'activité exercé au sein des structures, à leur organisation, mais également à la façon dont sont menées les médiations.

321. On peut ainsi se fonder sur les statistiques des procédures judiciaires ou auprès des CCI pour estimer l'importance de la médiation et la place croissante qui pourrait lui être laissée. A ce titre, le rapport de l'ONIAM²⁹⁵ est éloquent. Cette étude analyse l'activité des commissions et démontre que le nombre de demandes est en augmentation continue avec une hausse de 1,9% en 2014. A titre d'exemple, il y a eu en 2003, 1 719 demandes ; 3 439 en 2007 ; 4 113 en 2010 et 4 479 en 2014. Le cumul de l'ensemble de saisines s'élève ainsi à 42 000 demandes de 2003 à 2014. Ceci démontre donc que la procédure amiable auprès de la CCI connaît un succès croissant. Ces chiffres doivent être complétés par ceux du rapport de la CNAMed qui corroborent le fait que il y a « *un nombre de saisines toujours en augmentation* »²⁹⁶. Ces statistiques permettent de démontrer que l'attrait pour ces modes amiables de résolution des conflits est constant.

322. Il est également intéressant de comparer ces chiffres à ceux des affaires judiciaires relatives à la responsabilité médicale. Le Ministère de la Justice nous a ainsi communiqué que de 2002 à 2014²⁹⁷, le nombre de nouvelles affaires a été croissant, que celles-ci soient relatives à des demandes en réparation des dommages causés par un produit ou une prestation de services défectueux ou des demandes en réparation des dommages causés par l'activité médicale ou paramédicale. Les premières étaient par exemple au nombre de 646 en 2003, 650 en 2007, 1 708 en 2010 et 1 925 en 2014 alors que les secondes s'élevaient à 1 994 en 2003, 1 770 en 2007, 4 273 en 2010 et 4893 en 2014.

323. Ces statistiques permettent de confirmer que les procédures amiables et modes alternatifs de règlement des différends présentent une alternative intéressante et plébiscitée pour les conflits naissant de la relation de soins. Malgré tout, des dissonances entre les structures effectuant des médiations sont à signaler afin d'harmoniser la procédure et de la rendre efficace dans chaque type d'établissement.

²⁹⁵ Rapport annuel d'activité de l'ONIAM 2014, 2015.

²⁹⁶ Rapport au Parlement et au Gouvernement - Année 2013, Rapport remis par LA CNAMED, 2014.

²⁹⁷ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SERVICE DES STATISTIQUES ET DES ETUDES, *Responsabilité médicales, données chiffrées*.

324. Bien que des divergences existent en la matière, il est inévitable de constater que dans tous ces types de médiation ou de mécanismes couverts par ce terme, des principes directeurs existent et ont une importance particulière.

Section 2. L'existence de principes fondamentaux

325. Comme le souligne le Conseil d'Etat dans son étude de 2010 sur le développement de la médiation dans l'Union européenne, la France a toujours été encline à intégrer et définir des principes directeurs de la médiation²⁹⁸. Cette volonté se reflète au niveau national et plus particulièrement dans le domaine de la santé. Ces principes directeurs de la médiation constituent des points de convergence entre la conception théorique de la médiation et sa mise en œuvre (paragraphe 1). Ceux-ci existent mais leur véritable émergence se fait concomitamment à l'expansion de ce mécanisme (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Des principes directeurs constituant des points de convergence

326. Les principes fondamentaux inhérents aux mécanismes de médiation constituent des points de convergence inéluctables. Leur existence permet une certaine harmonisation de la médiation puisqu'ils constituent un point de rencontre entre théorie et application du mécanisme. Ces fondements reposent sur une volonté commune de parvenir à un accord (A) mais se pose encore la question de l'équivalence des résultats en pratique (B).

²⁹⁸ J.-M. SAUVÉ, *Le Conseil d'Etat Les développements de la médiation*, 2011, p. 12.

A. Une volonté commune de parvenir à un accord

327. La volonté commune de parvenir à un accord caractérise les modes alternatifs de règlement des différends, qu'il s'agisse de la médiation, de la négociation ou encore de la conciliation. Ce désir commun doit d'une part émaner des parties, et d'autre part, du médiateur.

328. Le tiers a en effet le rôle crucial d'amener les parties à aboutir à une solution, leur propre accord. Cette résolution est la clé de voûte de la médiation et représente un point de convergence entre toutes les médiations, quel que soit le domaine d'application, le médiateur, le conflit ou l'établissement. A l'inverse, un mécanisme dans lequel le médiateur et/ou les parties n'auraient pas ce désir ne pourrait valablement être qualifié de médiation. Malgré toutes les divergences précitées et ces différents types de médiation existant en pratique, il existe des points de convergence parmi lesquels la volonté d'utiliser ce mécanisme.

329. Ce procédé bien connu des juristes est en plein essor au regard des avantages indéniables qu'il offre. Nous avons ainsi vu que dans le domaine de la santé, ce mécanisme souple et efficace peut particulièrement s'adapter et ouvrir une ère nouvelle de la gestion du conflit. Il est vrai que les acteurs de ce secteur réclament l'utilisation de ce mécanisme et souhaitent l'utiliser. Cet engouement se ressent dans la volonté de mise en place de ces procédures dans les établissements, dans le soutien des assurances pour suivre celles-ci et régler les conflits plutôt de façon amiable mais aussi, et surtout, auprès des professionnels de santé. Ceux-ci peuvent en effet très mal vivre le conflit de façon générale mais encore plus lorsque celui-ci est porté devant une juridiction, n'offrant pas de contact direct, de possibilité d'explications et de dialogue entre les différentes parties au litige.

330. Il faut également souligner que les professionnels de santé ne sont que très peu formés au droit et n'en connaissent que les rudiments qui ne leur permettent pas de comprendre tous les aspects d'un procès. C'est pour cela que le mécanisme de médiation, plus simple et plus accessible, est moins traumatisant.

331. Il est aussi intéressant de noter deux points importants : l'existence de différends pouvant être réglés par ce mécanisme et celle d'une dite médiation même si celle-ci n'en est pas une au sens théorique du terme. Il est vrai que la médiation, comme cela a d'ores et déjà été précisé, règle plutôt les différends voire les petits conflits que les conflits de plus grande envergure. Il s'avère justement que ceux-ci sont nombreux dans le domaine de la santé dans la mesure où les rapports humains peuvent être délicats et sensibles lors de l'annonce d'une maladie, d'un décès, d'un résultat médical mais également lorsque des personnes affaiblies ne sont pas chez elles et font l'objet de longs séjours pouvant nuire à leur moral. Ainsi, dans ces délicates périodes, des heurts, des maux peuvent apparaître et c'est bien parce qu'ils existent que la médiation a un rôle important à jouer et cela est mis en exergue dans tous les établissements.

332. De plus, il faut noter que la médiation existe de façon concrète c'est-à-dire que même si elle est pratiquée de façon non homogène, elle a une réelle fonction et répond à un besoin concret puisqu'elle est bel et bien mise en place dans les établissements. Cette volonté de régler le conflit se doit donc d'être omniprésente pour la bonne réussite de la médiation.

B. La complexe comparaison des résultats

333. Il est très complexe de comparer les résultats des différentes médiations selon les établissements dans la mesure où peu de statistiques existent en la matière et où les cas traités sont très différents. Néanmoins, au-delà du résultat de réussite ou d'échec, d'autres résultats peuvent être mesurés, tels que la réalisation de la médiation, sa mise en œuvre concrète, mais également sa valorisation, l'information de son existence.

334. En la matière, les personnels des établissements deviennent de plus en plus informés sur ces mécanismes afin de régler les conflits et sont à même de proposer ou du moins d'évoquer l'idée avec des patients ou des familles mécontents. C'est d'ailleurs en ce sens que la médiation est réclamée par les professionnels du secteur. Ceci permet de

valoriser la médiation, de donner davantage d'informations à son sujet, sur la possibilité d'y recourir, son déroulement, etc.

335. Au regard de la procédure imposée par la CRUQPC, les médiations doivent être menées de la même façon. Malgré d'importantes disparités selon les établissements, notamment concernant les délais ou les médiateurs saisis, les médiations aboutissent. Ce critère permet donc de savoir que ce processus permet de parvenir à une réponse dans un délai raisonnable, même si aucun accord n'est trouvé.

336. Cependant, les résultats peuvent-ils être considérés comme équivalents selon les établissements ? Peut-on noter un nombre de médiations similaire proportionnellement au nombre de conflits ? Ceci est également très complexe à évaluer dans la mesure où chaque conflit connaît des spécificités et où il est difficile de faire des généralités en la matière. *In fine*, il ne paraît pas évident de conclure qu'autant de médiations réussissent dans les établissements puisque celles-ci ont des objets très différents et qu'il n'est pas aisé de les évaluer. Un recul semble donc nécessaire pour effectuer cette comparaison. Celle-ci pourrait être effectuée grâce à une centralisation des données et l'établissement de critères précis d'évaluation pour comparer ces divers exercices de la médiation et les harmoniser : « *Un examen de l'économie réelle de temps et d'argent réalisée grâce à la médiation est nécessaire; il contribue à la promotion des bienfaits de la médiation* »²⁹⁹.

Paragraphe 2. L'émergence véritable de principes fondamentaux

337. Les principes fondamentaux de la médiation existent, d'un point de vue théorique mais aussi pratique. Ceux-ci émergent de façon concomitante au développement du mécanisme et leur importance est croissante, surtout dans le domaine médical. Certains de ces principes directeurs sont liés à l'organisation de la médiation (A) et d'autres à ses valeurs fondatrices, intrinsèques (B).

²⁹⁹ *Quantification du coût du non-recours à la médiation - analyse des données*, Rapport remis par LE DÉPARTEMENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET PARLEMENTAIRES DU PARLEMENT EUROPÉEN, 2011.

A. Des principes relatifs à l'organisation de la médiation

338. Certains principes considérés comme fondamentaux pour la médiation sont inhérents à l'organisation et la mise en œuvre du processus.

339. Il s'agit tout d'abord de la durée de la médiation qui doit être brève. Certes, cette notion peut paraître très relative compte tenu de la durée variable de la médiation selon le type de conflit, le choix du tiers et surtout selon les personnalités des parties, en particulier leur capacité à trouver un accord ménageant les intérêts de chacun. Il est cependant évident que ce mécanisme permet une alternative intéressante au procès dans la mesure où il permet de régler plus rapidement le litige. Ainsi, la célérité de la médiation sera un principe essentiel devant être appliqué à chaque étape de la procédure.

340. S'agissant ensuite du coût de la médiation, celui-ci est moindre voire inexistant. L'avantage de la médiation par rapport à d'autres mécanismes est justement cette quasi-absence de coût. Pour faire évoluer de façon efficace la médiation, l'évolution du statut du médiateur semble néanmoins indispensable. Cette évolution passant par la rémunération, il faudra prendre en compte cette dimension afin de respecter le coût faible de la médiation tout en permettant une rémunération du médiateur, celle-ci pouvant être à la charge des parties, de l'établissement, de l'Etat, d'un organisme spécialisé. Le rapport du département des affaires juridiques du Parlement européen sur la quantification du coût du non recours au processus de médiation expose que « *la médiation est un outil peu coûteux qui fournit un accès accru à la justice et allège les charges qui pèsent sur les tribunaux surchargés. Toutefois, les bénéfices de la médiation ne sont pas bien connus* »³⁰⁰. Cette étude avait pour objectif de mesurer l'impact de ce processus sur la longueur et le coût du règlement du différend : « *Ce calcul a montré qu'en réalité, au plus le taux de réussite de la médiation est élevé, au plus la durée des procédures de résolution du conflit est courte et au plus le temps économisé est important* »³⁰¹. Ce principe de quasi gratuité reste essentiel au bon

³⁰⁰ *Ibidem.*

³⁰¹ *Ibidem.*

fonctionnement de la médiation et à son attrait. Les acteurs de la médiation en santé sont intéressés par le maintien de ce concept puisqu'il est bénéfique à tous : établissements, professionnels de santé, assureurs, ordres professionnels. Il devra donc être maintenu dans une certaine mesure.

341. Puis, au sujet des délais de recours à la médiation et de prescription, rien n'est précisé à ce jour. En effet, aujourd'hui, aucun délai de prescription de recours à la médiation n'est prévu, ni même de suspension de délai en cas d'échec de la médiation et d'enrôlement tardif de l'affaire. Il serait donc judicieux de prévoir ces délais afin de rendre réellement efficace le mécanisme car bien que rien ne soit prévu, il est sous-jacent que cela pourrait s'ériger en principe essentiel de l'organisation de la médiation.

B. Des principes révélateurs des « valeurs fondatrices » de la médiation

342. Malgré tous ces points de divergences entre la théorie et la pratique et entre les différents modes de médiation, un point essentiel est à mettre en avant : des principes directeurs émergent et sont érigés en valeur fondatrices de la médiation. Le code d'éthique et de déontologie des médiateurs (CODEOME) rappelle d'ailleurs : « 5.1.3. *Ses trois éléments de posture et son engagement garantissent :*

- *L'indépendance vis-à-vis des influences extérieures (détaillée 6.14)*
- *L'impartialité vis-à-vis des parties au conflit (détaillée en 6.15)*
- *La neutralité vis-à-vis de la solution trouvée par les protagonistes (détaillée en 6.16)*
- *Et la confidentialité (détaillée 6.19) »*³⁰².

343. Impartialité, neutralité, indépendance et confidentialité sont des principes inexorables en médiation. S'il est aisé de distinguer la confidentialité de ces notions, les trois autres sont plus sujettes à confusion dans la mesure où elles sont assez proches les unes des

³⁰² Code de déontologie et d'éthique du médiateur (CODEOME).

autres et s'entremêlent parfois. Monsieur Jean-Louis Lascoux souligne d'ailleurs : « *La confusion continue de régner chez beaucoup et certains en font des manquements graves. Ces aspects sont pourtant fondateurs de l'intervention d'un médiateur lors de relations conflictuelles. Clarifiés, ils font partie des invariants de posture d'un médiateur professionnel et sont mentionnées dans le Code d'Ethique et de Déontologie des médiateurs, le CODEOME. Toute entorse est de nature à engager la responsabilité professionnelle. Souvent, par amalgame, la confidentialité est ajoutée aux trois éléments de posture très nettement identifiables chez les médiateurs professionnels. Or, les trois premiers sont des engagements plutôt éthiques, au sens d'attitudes et de comportements, tandis que la confidentialité est rattachée à une garantie qui peut être plus facilement identifiable. [...] Parfois, les notions sont très imbriquées et les nuances peuvent paraître plus subtiles. Par exemple, le fait pour un médiateur de faire partie d'une même association que l'un des protagonistes, d'un même regroupement ou d'une même famille politique fréquentée qui plus est localement, devrait conduire le médiateur professionnel à ne pas intervenir en tant que médiateur* »³⁰³.

344. Concernant tout d'abord la neutralité qui est la traduction pratique du principe d'impartialité. Comme l'expose Monsieur Jean-Louis Lascoux, cette notion est souvent confondue soit avec l'indépendance, soit avec l'impartialité. Il estime qu'une interaction peut exister entre ces différentes valeurs mais qu'il s'agit en réalité d'une neutralité au regard de la décision, du choix et donc ici la capacité du médiateur à rester neutre vis-à-vis de la solution des parties. Cet auteur considère que « *les difficultés de neutralité se font ressentir lorsque l'expertise vient s'opposer à un choix, pour dire ce qui serait mieux, tandis que le choix est fait au regard d'une relation. La neutralité s'apprécie relativement à la solution que les parties d'un différend peuvent adopter* »³⁰⁴. Par exemple, il est possible de prendre le cas de l'Assistance publique – Hôpitaux de Paris (APHP) qui est son propre assureur. Ainsi, l'APHP représente tout à la fois : établissement, professionnels de santé, médiateur, assureur sont concentrés ensemble. Etant donné que l'APHP s'assure seule, elle est plus impliquée dans les transactions et les règlements amiables des litiges en y voyant

³⁰³ J.-L. LASCOUX, « L'indépendance, la neutralité, l'impartialité - L'Officiel de la Médiation », [En ligne : <http://www.officieldelamediation.fr/2012/04/17/independance-neutralite-impartialite/>]. Consulté le : 13 avril 2015.

³⁰⁴ *Ibidem*.

d'avantage son propre intérêt, la neutralité du tiers médiateur dans le règlement d'un conflit peut donc être entachée. Ce cas peut illustrer les problèmes de conflits d'intérêts puisque l'entité de l'APHP représente plusieurs personnes ou instances en même temps.

345. Le CODEOME aborde le devoir de neutralité du médiateur de la façon suivante :
« 6.16. Devoir de neutralité

6.16.1. La neutralité s'entend quant à la solution qui est adoptée par les parties, qu'il s'agisse d'une solution temporaire ou déclarée comme définitive.

6.16.2. Le médiateur n'influence pas les parties pour leur faire adopter une solution, quand bien même cette solution serait celle qui pourrait lui paraître la plus raisonnable ou la plus équitable.

6.16.3. Le médiateur peut donner un avis sur une situation. Dans ce cas, il peut rédiger un "rapport de médiation" dans lequel il prend soin de ne citer aucune personne. Son rapport ne saurait être orienté préalablement vers un type de problématique ou exclure des points qui pourraient interférer dans la situation qu'il a été amenée à écouter, voir articles 6.9.1., 6.12.1. et 6.12.2 »³⁰⁵.

346. Par définition, l'indépendance est quant à elle considérée comme un principe de non subordination d'une personne (ici le médiateur) à l'autorité qui lui confierait sa mission (ici, le juge ou l'établissement ou les parties elles-mêmes). Le tiers se doit d'être indépendant par rapport à toute autorité et ceci est d'autant plus vrai s'il est membre de l'établissement. Cela signifie donc qu'il ne devrait pas être astreint à rendre un avis à la commission sur la façon dont s'est déroulée la médiation. De même auprès d'un juge, la seule chose dont le juge ou l'établissement sont susceptibles d'être informés est la réussite ou non de la médiation. Or actuellement, dans le domaine de la santé, cela ne se passe de cette façon.

347. De plus, dans la médiation en santé, comme mentionné plus haut, le fait que le médiateur soit médecin, si tel est le cas, constitue la cause principale de remise en question de son indépendance. Ceci est retranscrit dans le CODEOME : « 6.14.1. *Le médiateur est indépendant de toute autorité, qu'elle soit étatique, culturelle, économique, idéologique, cultuelle, judiciaire ; 6.14.2. Un médiateur, soucieux de son indépendance culturelle, ne*

³⁰⁵ Code de déontologie et d'éthique du médiateur (CODEOME), *op. cit.*

recherche pas l'aval des pouvoirs publics, lesquels peuvent être impliqués dans des conflits – ou considérés comme tels. 6.14.3. Le médiateur ne saurait recevoir de directive de qui que ce soit. 6.14.4. Si le médiateur est "nommé" par une autorité ou que la médiation est "ordonnée", dans tous les cas, il doit s'assurer que les parties accueillent son intervention dans l'objectif de leur permettre de trouver la solution la plus satisfaisante possible »³⁰⁶.

348. Il en est de même concernant l'impartialité, autre principe directeur de la médiation. L'impartialité est considérée comme l'attitude qui doit permettre d'éliminer toute subjectivité dans un jugement. C'est l'arrêt Piersack³⁰⁷ en date du 1^{er} octobre 1982 qui marque le point de départ sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'impartialité.

349. Il peut d'ailleurs être précisé que l'impartialité peut être objective ou subjective. Elle sera subjective dans la mesure où elle est toujours présumée et relève de l'éthique. Elle sera objective en raison des signes apparents de neutralité permettant d'assurer aux parties que leurs prétentions seront observées de façon objective.

350. En médiation, et de façon plus générale, en ce qui concerne la résolution des conflits, l'impartialité implique une attitude de distanciation. Il s'agit du « *fait de créer une distance entre soi et la réalité* »³⁰⁸. Le médiateur doit être attentif aux sentiments qu'il peut éprouver à l'égard d'une partie, par les phénomènes naturels de sympathie ou d'antipathie. Ainsi, dans le domaine de la médiation, l'impartialité concerne la relation du médiateur avec les parties, tandis que la neutralité est relative à la solution. Le CODEOME précise en l'occurrence : « 6.15. Devoir d'impartialité

6.15.1. Accueil de plusieurs parties

6.15.1.1. Le médiateur est particulièrement attentif aux phénomènes naturels de sympathie qui peuvent se créer dans les interactions humaines.

³⁰⁶ *Ibidem.*

³⁰⁷ CEDH 1er octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, Série A, n° 53.

³⁰⁸ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>].

Consulté le : 10 octobre 2015.

6.15.1.2. *Il est attentif à ne pas faire intervenir ses propres valeurs, ses croyances, ses connaissances, ses certitudes ou ses expériences dans les échanges avec les parties.*

6.15.1.3. *Le cas échéant, il doit demander l'assistance d'un autre médiateur, voire demander à ce qu'un de ses confrères se substitue à lui.*

6.15.1.4. *Le médiateur adopte ce comportement à chaque fois qu'il estime que ses valeurs lui font rencontrer des limites dans la conduite du processus. En aucune façon, il ne fait supporter ses propres limites d'accueil ou d'acceptation aux personnes en médiation.*

6.15.1.5. *Le médiateur ne prend pas de mesure pour arrêter la médiation sans en référer au Comité de Supervision de la Médiation qui, seul, peut être habilité à mettre un terme à un processus de médiation.*

6.15.2. *Accompagnement d'une partie*

6.15.2.1. *Dans le cas du refus de l'une des parties à participer à la médiation, le médiateur peut accompagner l'autre ou les autres parties pour les aider à faire émerger une solution la plus satisfaisante possible »³⁰⁹.*

351. Puis, concernant la confidentialité, autre principe phare de la médiation, la doctrine l'érige en principe directeur : « À cet égard, ce processus doit répondre à une exigence de confidentialité destinée à garantir l'effectivité de la médiation mais aussi à rassurer les parties qui doivent tenter de renouer le dialogue tout en instaurant, à nouveau, la confiance dans leur relation. Si le principe de confidentialité de la médiation fait figure de principe légal, s'imposant à tous les acteurs du processus, il n'en demeure pas moins fragile car incertain et incomplet [...] Alors que l'exigence de confidentialité n'était pas prévue textuellement, elle a semblé prendre toute son importance avec l'ordonnance de 2011 qui est venue l'ériger en véritable principe fondateur de la médiation. Ainsi, l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995, tel qu'il a été modifié en 2011, dispose désormais que « La médiation est soumise au principe de confidentialité, sauf accord contraire des parties. Les constatations du médiateur et déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une action judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties ». Deux idées se dégagent de ce texte légal : le respect de la confidentialité fait figure

³⁰⁹ Code de déontologie et d'éthique du médiateur (CODEOME), *op. cit.*

de principe et semble irradier l'entier processus de médiation. C'est un principe auxquels sont soumis à la fois le médiateur et les parties. Toutefois, le texte contient une limite en ce qu'il prévoit que la confidentialité est liée à l'accord des parties : si ces dernières en décident autrement, toutes les paroles prononcées en médiation pourront faire l'objet d'une publicité. Se pose alors une question inévitable : quelle est donc la portée du principe de confidentialité de la médiation ? Quelle est la force réelle de ce principe s'il peut connaître des atteintes ? Tous les documents produits en médiation sont-ils frappés du sceau de la confidentialité ?»³¹⁰.

352. Ce principe de confidentialité lie nécessairement les parties et le médiateur puisque comme le souligne Madame Laurie Schenique, il s'agit d'un principe essentiel afin de rendre le processus efficace puisque les parties ne seront libres d'échanger que si ce paramètre est présent : *« La confidentialité s'est imposée comme un principe fondamental pour l'efficacité du processus de médiation : les parties ne pourront parler, échanger librement que si elles ont l'assurance que les paroles ou les actes qu'elles pourront révéler auront vocation à rester dans la stricte arène de la médiation. Cette idée impose donc que tous les acteurs de la médiation, qu'ils soient parties au conflit ou médiateur, se trouvent liés au respect de ce principe »*³¹¹.

353. Ce principe s'impose donc nécessairement au médiateur mais également aux parties entre elles pour mener à bien ce processus. De plus, cette règle irrigue tout le mécanisme, du commencement à sa fin et jusqu'après la résolution du litige. En revanche, il faut noter qu'il existe des limites pratiques à ce fondement théorique puisque *« Bien que le principe de l'interdiction de divulgations des éléments avancés en médiation soit doté d'une certaine autorité théorique, il en va différemment en pratique. En effet, l'imprécision des textes régissant le principe de confidentialité participe à sa fragilité pratique. En outre, dans une arène où le dialogue et l'entente devraient être rois, il est des cas dans lesquels tout peut être permis. La confidentialité de la médiation va alors être instrumentalisée par les parties afin de faire valoir au mieux leurs prétentions respectives »*³¹².

³¹⁰ L. SCHENIQUE, « De la confidentialité en médiation », *LPA*, n° 121, juin 2014, p. 6.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibidem*.

354. Il est vrai qu'en pratique, ce principe a du mal à être respecté et notamment au niveau de la CRUQPC puisque le médiateur fournit dans son rapport des éléments confidentiels permettant aux membres de la commission de comprendre le cas et de se positionner. Pour autant, les parties souhaitent-elles et sont-elles informées de ces entraves à la confidentialité ? Rien n'est moins sûr et cela contrarie considérablement la mise en œuvre de ce mécanisme. Ce principe est néanmoins très détaillé par le CODEOME qui rappelle : « 6.19. Confidentialité et confiance

6.19.1. Le médiateur est tenu à la plus stricte confidentialité.

6.19.2. Le médiateur est tenu au secret professionnel, notamment concernant : • les documents qui peuvent lui être présentés et dont il ne conservera en archive ni original ni copie sous quelle forme que ce soit ; il les restitue sur simple demande et au plus tard à la clôture de l'affaire en cours ; • les propos qui peuvent être tenus dans le cadre d'entretien préalable à une médiation ou au cours d'un processus de médiation ; • le nom des personnes ayant eu recours à ses services, associé à la nature du différend.

6.19.3. Le médiateur informe les parties qu'il n'a pas le rôle d'un confesseur et que la confidentialité s'entend au sein du processus, dans le cadre strict de la médiation, vis-à-vis de tout interlocuteur extérieur, non vis-à-vis des parties impliquées dans la médiation.

6.19.4. Néanmoins, le médiateur saura distinguer ce qui relève des propos qui peuvent lui être tenus en entretien privé (le « jardin secret ») et qui sont hors sujets concernant le règlement du différend, des propos qui pourraient lui être tenus, sous couvert d'une confiance, et qui pourraient aider à la résolution du différend.

6.19.5. Le médiateur ne peut pas apporter son témoignage, face à une autorité quelle qu'elle soit, sur le déroulement ou le contenu de la médiation, des entretiens individuels et des négociations qu'il a accompagnés, sauf accord explicite de chacune des parties.

6.19.6. Dans tous les cas, en aucune manière le médiateur ne saurait rapporter les propos qui auraient été tenus devant lui comme des choses ou des événements certains.

6.19.7. S'il est heurté par des « faits » rapportés ou que la solution choisie par les parties va à l'encontre de ses propres valeurs et que de ce fait le médiateur ne se sent pas en mesure de poursuivre la médiation, il doit faire appel au Comité de Supervision de la Médiation seul habilité à décider des suites à donner au processus en cours.

6.19.8. Si le médiateur est amené à écouter des propos dont la réalité pourrait constituer une menace pour la vie ou l'intégrité d'autrui, notamment concernant des enfants ou des personnes en position de faiblesse, il en informe le Comité de Supervision de la Médiation, avec lequel, en toute urgence et prudence, avant toute autre disposition, il convient d'un entretien avec les intéressés.

6.19.9. Dans le cadre de communication sur la médiation, s'il utilise des exemples, il sera attentif à ne pas permettre l'identification des parties.

6.19.10. Si le médiateur est amené à demander le concours d'un autre médiateur, ce dernier est à son tour tenu par le secret professionnel.

6.19.11. Toute personne assistant à la médiation, à la demande ou avec l'accord des parties, doit s'engager à cette stricte confidentialité et à ne pouvoir agir en juge ou arbitre dans l'affaire à laquelle elle a assisté en médiation.

6.19.12. Le médiateur demande aux parties de s'engager à respecter la plus stricte confidentialité de la médiation.

6.19.13. Le médiateur informe les parties que le choix de la médiation les engage à la stricte confidentialité sur les échanges verbaux et qu'en aucun cas elles ne sauraient faire référence à la médiation pour présenter un argument relatif à leur affaire devant une instance quelle qu'elle soit.

6.19.14. Les documents propres à la médiation (tels l'accord préalable, les propositions d'entente et tout autre document) sont frappés de la plus stricte confidentialité.

6.19.15. Les documents émanant des parties ne sauraient être concernés par cette confidentialité, dès lors qu'ils constituent des éléments de dossier dans l'affaire.

6.19.16. Les parties doivent envisager la nature éventuelle de la communication qui sera faite sur leur accord»³¹³. A son tour, le code de procédure civile intègre cette obligation de confidentialité : « Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne

³¹³ Code de déontologie et d'éthique du médiateur (CODEOME), *op. cit.*

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 »³¹⁴.

355. La question du principe du contradictoire se doit également d'être posée. Peut-on considérer que cette règle s'applique à la médiation ? Elle implique la liberté pour chaque partie de faire connaître tout élément de sa demande ou de sa réponse. Ce principe est essentiel concernant la liberté de la défense et doit être appliqué en toutes circonstances par le juge. Il suppose donc que chaque partie puisse discuter les éléments de preuve fournis par la partie adverse ou par le juge pour le convaincre³¹⁵. Comme le relève Monsieur Jean-Louis Mouralis, *« on rattache fréquemment cette règle au concept de neutralité du juge. Ce rapprochement est justifié si l'on nomme « neutralité » l'attitude du juge qui doit se garder de toute prévention à l'égard de l'une des parties. En revanche, il est discutable si l'on prend ce mot dans son acception technique et si l'on entend par obligation de neutralité la règle enlevant au juge toute initiative en matière de preuve, la prohibition faite au juge d'utiliser ses informations personnelles en étant indépendante puisque la solution s'impose aussi bien dans une procédure inquisitoire que dans une procédure accusatoire. On ne respecte les droits de la défense que si l'on permet aux parties de discuter tous les éléments de preuve susceptibles de forger la conviction du juge »³¹⁶.*

356. En ce qui concerne l'application de ce principe à la médiation, les avis sont mitigés et bien que certains souhaitent l'appliquer à la médiation, une majorité de la doctrine et de la profession s'y refuse et notamment l'Ecole professionnelle de médiation et de négociation estime qu' *« en médiation, le médiateur n'est pas là pour décider à la place des parties. Ainsi, contrairement à ce qui est véhiculé dans certains environnements juridiques, le contradictoire n'est pas une notion pertinente en médiation. Dès lors que les parties ont accepté de participer à une médiation, le système du contradictoire ne peut servir de référence. La médiation a pour effet de sortir le différend de la procédure judiciaire. De fait, les parties se donnent la contradiction face au médiateur, mais c'est un non-sens que de confondre les*

³¹⁴ Art. 131-14 C. pr. civ.

³¹⁵ Voir en ce sens : WIEDERKEHR, Le principe du contradictoire, D. 1974. Chron. 95.

³¹⁶ J.-L. MOURALIS, « Respect du principe du contradictoire », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2014.

conséquences de la discorde avec la démarche de la procédure judiciaire »³¹⁷. Monsieur Gérard Pluyette considère d'ailleurs que « La pratique démontre que les médiations qui se déroulent de façon satisfaisantes sont celles pour lesquelles le médiateur a bien posé au départ les " règles du jeu " et a recueilli l'accord des parties et de leurs conseils sur ces règles afin de créer un climat de confiance. C'est ainsi que le médiateur peut entendre les parties et les avocats ensemble, seuls ou séparément et donc s'affranchir du principe du contradictoire »³¹⁸.

357. En conclusion, il faudra bien entendu se demander quel est l'intérêt de mettre en avant ces principes. Il sera essentiel de s'interroger sur leur applicabilité et leur encadrement par le biais d'un régime juridique plus évolué. De cette façon, il sera probablement nécessaire de donner une réelle valeur juridique à ces principes pour les rendre applicables de façon obligatoire puisqu'ils sont garants de la réussite de la médiation mais aussi de la préservation de la nature juridique de celle-ci.

³¹⁷ « Le contradictoire en médiation - Techniques et savoirs faire en médiation professionnelle », [En ligne : <http://www.mediateur-professionnel.fr/idees-recues-et-illusions-en-mediation/mediation-et-droit/le-contradictoire-en-mediation/>]. Consulté le : 3 août 2015.

³¹⁸ G. PLUYETTE, « Les principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et médiation judiciaires », *Revue de l'arbitrage*, n° 4, 1997.

Conclusion du chapitre 1

358. Une étude empirique de la médiation permet de déterminer plusieurs aspects de ce mécanisme. Il s'avère difficile d'observer la mise en œuvre de ce procédé concrètement au regard de l'absence de données statistiques nécessaires. Il est néanmoins possible d'établir plusieurs constats. Le premier pouvant être effectué porte sur l'encadrement législatif insuffisant de la médiation en santé lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre de la CRUQPC. Cela engendre notamment d'importantes discordances entre la conception théorique du mécanisme et sa mise en œuvre. Le second constat pouvant être établi est relatif aux points de rencontre entre la théorie et la pratique de la médiation dans le secteur de la santé. Ceux-ci sont extrêmement importants puisqu'ils concernent, entre autres, la mise en évidence des principes directeurs du processus.

359. Ces analyses permettent de démontrer la nécessité de faire de la médiation en santé un mécanisme singulier et encadré de façon à ce qu'il exprime et permette concrètement ce que prévoit sa conception théorique. De cette façon, la médiation pourra avoir un réel impact dans ce secteur, son efficacité et son efficience seront croissantes et son succès avéré. Ceci implique donc que ce mécanisme fasse l'objet de certaines évolutions.

Chapitre 2. Une nécessité de requalification ou d'évolution de l'existant

360. La difficulté principale de la médiation en santé et d'établir sa nature juridique pour connaître le régime juridique applicable. Il existe actuellement une frontière entre le concept de médiation et sa mise en œuvre dans ce secteur spécifique. A ce jour, la « médiation » est appliquée de diverses manières ne correspondant pas à sa définition théorique. Bien que fonctionnelle, cette diversité engendre un manque d'homogénéité des pratiques et d'efficacité du mécanisme. C'est pourquoi il semble essentiel de requalifier ce mécanisme de façon à lui offrir un régime juridique spécifique ou de faire évoluer l'existant.

361. Dans un premier temps, il semble opportun d'étudier la conservation de la « médiation » existante en la renommant ou en la requalifiant (section 1). Le fait de rebaptiser le processus permettrait une adéquation entre la notion théorique et son application. Cela ne présenterait toutefois que peu d'intérêt pour les parties et le tiers médiateurs. La requalification juridique aurait quant à elle davantage d'intérêt. Celle-ci doit principalement être envisagée sous l'angle de la convention, ce qui permettrait d'offrir certaines garanties aux participants. Le régime juridique en découlant pourrait être intéressant mais une telle modification engendrerait beaucoup de changements.

362. Dans un second temps, il faudra envisager la possibilité de faire évoluer ce mécanisme de manière à le rendre optimal et harmonisé (section 2). Cette évolution présente un bénéfice certain puisque les modifications ne seraient pas d'une ampleur trop importante et permettraient pourtant de donner à la « médiation » pratique les avantages de sa conception théorique. De cette façon, la nature juridique du processus serait clairement identifiée, tout comme le régime juridique applicable qui en découlerait. Ce dernier permettrait une mise en œuvre de la médiation en santé adéquate, harmonisée et pleinement efficace.

Section 1. La possible conservation de l'existant

363. L'insatisfaction actuelle est liée à l'incertitude terminologique de la notion de médiation. Le mécanisme existant diffère en effet des principes théoriques inhérents à ce processus. Celui-ci présente pourtant certains attraits lorsqu'il est appliqué au domaine de la santé et pourrait être conservé. Cette conservation serait cependant sujette au changement de nom du processus (paragraphe A) ou à sa requalification (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une conservation du mécanisme existant conditionnée à une nouvelle terminologie

364. Le mécanisme existant actuellement ne correspond pas réellement à la conception théorique de la médiation en santé. Ce processus présente néanmoins une certaine efficacité et il pourrait être conservé. Si tel est le cas, cette conservation se devrait d'être corrélée à l'emploi d'une nouvelle terminologie. Le fait de renommer ce mécanisme présenterait des intérêts (A) mais aussi des effets particuliers (B).

A. De l'intérêt de renommer le processus

365. Le fait de renommer le mécanisme existant pourrait présenter un intérêt au regard des parties (1) et du processus lui-même (2).

1. Intérêt pour les parties

366. Le simple fait de renommer le mécanisme n'aurait que peu d'effets à l'égard des parties. Le problème qui se pose actuellement est celui de la nature juridique de la médiation qui, comme nous l'avons vu, est hybride et dont les définitions théorique et pratique ne correspondent pas. Rebaptiser le mécanisme pour lui donner un nom correspondant à sa nature juridique n'aurait pas réellement d'effet à l'égard des parties puisque c'est l'identification de la nature juridique et le régime qui en découle qui permettraient de garantir davantage les droits des parties. Ce qui ne serait pas le cas si nous nous contentons simplement de rebaptiser le processus. Cela pourrait en revanche présenter un intérêt pour la médiation en elle-même.

2. Intérêt pour le processus de médiation

367. Tel que cela a été vu précédemment, la médiation est un mécanisme juridique alternatif clairement défini qui se différencie bien des autres modes alternatifs de règlement des conflits et des différends. Or, tel qu'il est appliqué en pratique dans les établissements de santé et plus largement dans le domaine de la santé, il ne correspond pas à la définition théorique de la médiation. Ainsi, il serait possible de le renommer afin que sa dénomination soit en adéquation avec son application. Plusieurs requalifications peuvent être envisagées notamment celles de « med-arb-conciliation » ou « medi-conciliation » ou « concimédiation » démontrant que l'application du processus est un vaste mélange de plusieurs mécanismes (médiation, arbitrage, conciliation).

368. Le rapport de l'IGSJ d'avril 2015 va dans le sens d'une réécriture en considérant que la plupart desdites médiations existantes n'en constituent pas au sens de la directive : *« Il a alors été constaté [...] que le nom de médiation pouvait être utilisé de façon inappropriée et en tout état de cause, ne répondait pas pour beaucoup aux critères de la définition donnée par la directive aujourd'hui transposée en droit interne. Ainsi, peuvent être qualifiés de médiation des processus qui ne visent pas à résoudre des différends entre les parties, mais à*

traiter des plaintes ou des réclamations d'usagers ou des processus conduits par des commissions qui se bornent à émettre un avis aux administrations. Le Conseil d'Etat est parvenu à la conclusion suivante : moins de 10 % des processus recensés étaient des médiations au sens de la directive »³¹⁹. Par conséquent, rebaptiser le processus serait une idée envisageable. Cependant la question de l'intérêt d'un tel artifice se pose car il n'aurait pas d'autre effet que de faire correspondre les définitions théorique et pratique. Ceci aurait donc un intérêt pour la justesse et la rigueur juridiques mais pas pour le régime en lui-même.

B. Des effets de renommer le processus

369. Rebaptiser le processus existant actuellement présenterait certains effets. Ceux-ci seraient à l'égard des parties et du tiers médiateur (1) mais aussi pour le processus lui-même (2).

1. Effets pour les parties et le tiers médiateur

370. Comme cela a été expliqué précédemment, renommer le mécanisme actuel n'aura que peu d'effets à l'égard des parties. En effet, pour les parties en conflit, cela permettra simplement de ne pas les induire en erreur sur la nature du processus utilisé, bien que les subtilités permettant de distinguer ces différents modes ne soient que peu connues du grand public. Cela permettra par contre au tiers médiateur d'envisager son rôle plus concrètement et éventuellement d'uniformiser la pratique. Enfin, pour les parties, le fait d'attribuer un nom correspondant au mécanisme existant permettra de continuer à utiliser le mécanisme actuel qui fonctionne, même s'il n'est pas parfaitement en adéquation avec la théorie et ne bouleversera pas les parties.

³¹⁹ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Rapport remis par L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, 2015.

2. Effets pour le processus en lui-même

371. Comme cela a été vu, la médiation telle qu'elle existe et est appliquée à ce jour dans le domaine de la santé, n'est pas de la médiation au sens théorique du terme. Ainsi, serait-il possible de conserver l'existant simplement en le renommant différemment de façon à éviter tout malentendu entre théorie et pratique ? Les questions qui se posent sont alors de savoir quel serait l'intérêt de le faire et quelle nouvelle appellation pourrait prendre le mécanisme de « médiation » sans en être au sens théorique du terme pour que celle-ci soit juste et conforme tant au plan théorique et que pratique ?

372. Pour ce qui concerne l'intérêt d'une telle manœuvre, cela permettrait simplement d'éviter tout malentendu pour les parties, toute confusion pour les tiers mais également les médiateurs. Actuellement, le mécanisme qui existe emprunte des éléments à différents modes alternatifs de règlement des différends. Il est possible de penser qu'il ne faudrait pas nécessairement faire évoluer l'existant pour obtenir une forme de médiation correspondant véritablement au mécanisme et étant efficace à hauteur de ce qu'il permet puisque ce qui existe actuellement est fonctionnel. Il est en effet possible de se satisfaire de ce qui existe puisqu'une évolution, même si elle a tous les éléments permettant une amélioration, peut aussi être compliquée. En effet, la période de modification du système peut engendrer une adaptation qui ne sera pas forcément immédiate, surtout si l'on touche à l'ensemble du régime encadrant la médiation en santé.

373. Ainsi, il pourrait être opportun, pour éviter de prendre un risque et faire perdurer le système existant – aussi imparfait et peu performant soit-il – de nommer autrement ce système. L'existant ne correspond à aucun MARD ou MARC existant. En effet, il n'est pas de la médiation dans la mesure où les parties ne sont pas mises en présence et n'aboutissent pas à leur propre solution, réfléchie et négociée. L'existant n'est pas non plus de la conciliation puisque le tiers n'est pas conciliateur, ne met pas les parties en présence et rend simplement un avis. Il ne s'agit pas non plus d'une négociation étant donné que les parties n'ont pas la possibilité de négocier un accord en fonction de leurs intérêts. Ce mécanisme existant n'est pas non plus un arbitrage étant donné qu'il n'y a pas d'arbitre et que la solution est *in fine* proposée et non imposée. En pratique, le mécanisme utilisé sous couvert

du terme de « médiation » n'est en fait qu'un mécanisme à la nature hybride dont le nom devrait être inspiré par tous ces modes alternatifs de résolution des conflits. Faut-il alors appeler cela de la « méd-arb-conci-nego » ? Ou au contraire utiliser un nouveau terme avant de qualifier ce genre spécifique ?

Paragraphe 2. L'hypothèse d'une requalification

374. La qualification peut se définir comme « *l'attribution d'un titre, d'une qualité* »³²⁰. En droit, la qualification désigne l'examen d'un acte, d'une situation ou d'un fait. Ce dernier permet alors de lui donner la dénomination adéquate. De cette façon, le régime juridique approprié pourra être appliqué. La conception de la médiation en santé et sa mise en œuvre présentent des divergences et c'est pourquoi la requalification de ce mécanisme pourrait présenter des intérêts (A) et des effets (B) attrayants.

A. De l'intérêt d'une requalification

375. Il faut distinguer les hypothèses dans lesquelles le processus de médiation est simplement un peu plus encadré de celles, rares mais réelles, dans lesquelles l'encadrement est tel qu'il comprime presque totalement la liberté des parties. En ce qui concerne le premier cas, il s'agit principalement de la médiation judiciaire dans laquelle la liberté contractuelle persiste malgré un encadrement du processus : « *Le fait de se placer à la frontière du procès et du contrat doit-il changer l'analyse conduite [...] à propos de la médiation purement conventionnelle? La réponse semble devoir être négative : l'activité du tiers est toujours la même (rétablir la communication et aider à la recherche d'une solution) bien que des règles spécifiques au processus existent* »³²¹. La seconde hypothèse concerne

³²⁰ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

³²¹ J. TIMSIT, « La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, n° 319, novembre 2001, p. 53, p. 4.

plutôt les cas où la liberté contractuelle est paralysée par l'encadrement de la procédure comme par exemple la médiation en droit du travail.

376. Si une requalification devait avoir lieu, il s'agirait d'une requalification en convention et cela pourrait présenter divers intérêts, tant à l'égard des parties (1) que du mécanisme (2).

1. Des intérêts attrayants pour les parties

377. Pour les parties, l'intérêt d'une requalification serait principalement au moment de l'accord initial de recourir à cette procédure et au moment de l'accord final, puisque comme le souligne Madame Shusuke Kakiuchi dans son approche japonaise de la médiation, ce sont les moments où le droit des contrats et la médiation s'entrecroisent. Cet auteur développe en effet deux axes intéressants que sont celui du droit de la médiation contractuelle et celui de la médiation comme moyen d'instaurer une justice par le contrat. Elle rappelle ainsi, concernant l'accord initial des parties, qu'il n'est pas toujours possible que celui-ci soit formalisé et qu'il se formalise souvent au cours du processus. Il faut bien entendu distinguer l'accord initial entre les parties et l'accord initial entre les parties et le médiateur. Il est ainsi exposé que « *sur la base du consensualisme, tout accord de médiation satisfaisant les conditions générales de la convention et ne dérogeant pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs est valable. Les conditions supplémentaires déterminées pour le contrat d'arbitrage ne s'appliquent pas à celui de médiation, puisque les effets de ces deux contrats ne sont pas les mêmes. Un accord de médiation n'entraîne pas d'effet processuel ni de force exécutoire. La seule sanction concevable pour cet accord est le paiement de dommages- intérêts* »³²².

378. Concernant enfin l'accord final issu de la médiation, son rapport avec le droit des contrats concerne principalement son exécution et c'est en ce sens que cela peut présenter un intérêt pour les parties : « *Une telle possibilité pourrait d'une part activer l'usage de médiation. Elle suppose d'autre part un règlement élaboré avec soin à la fois pour justifier la*

³²² Shusuke Kakiuchi, 'Médiation et Droit Des Contrats: Une Perspective Japonaise', *Zeitschrift Für Japanisches Recht*, 9 (2004), 97–114 (p. 111).

distinction entre un accord exécutoire et une simple transaction et pour prévenir les abus concevables »³²³.

379. Ainsi, une requalification du mécanisme en convention pourrait avoir des effets à l'égard des parties et également créer des obligations juridiques entre elles et donc rendre le processus plus contraignant. Par exemple, si la médiation était requalifiée en convention, il pourrait en découler des obligations réciproques entre les parties telles qu'une obligation de loyauté ou une obligation de parvenir à un accord. Ceci pourrait être controversé car cela permettrait des garanties supplémentaires mais ferait de la médiation un mécanisme moins souple et probablement moins attirant pour les protagonistes.

2. Un intérêt relatif pour le mécanisme

380. La question est ici de savoir quel serait l'intérêt de requalifier le mécanisme existant et de quelle façon le requalifier. Une autre requalification qui pourrait être envisagée et intéressante est celle de convention et cela ne manque pas d'avoir été souligné par la doctrine. La possibilité de requalification en convention a été relevée par plusieurs auteurs et notamment Monsieur Jean Timsit. Il affirme en effet que la médiation trouve sa source dans la volonté des parties et qu'ainsi, le droit des contrats a vocation à s'appliquer. Ainsi, il est intéressant de considérer la mise en œuvre de cette volonté des parties qui sont libres d'organiser la médiation comme elles l'entendent. L'auteur relève cependant qu'en pratique, il est extrêmement rare qu'un contrat de médiation soit conclu entre les protagonistes. Il conclut : *« alors qu'avant la conclusion d'un accord, les parties se trouvent dans une phase de négociation pré- contractuelle, il est fréquent que les parties entrent en médiation en vertu d'une source contractuelle (selon une clause de règlement amiable des conflits ou un contrat qui encadre les devoirs respectifs des intervenants à la médiation). Le respect de la bonne foi contractuelle impose donc la recherche d'une solution au litige, mais non la conclusion de l'accord final. En pratique, il est donc de l'intérêt des parties de préciser les méthodes et les règles qu'elles entendent mettre en œuvre dans la recherche de leur*

³²³ *Ibidem*, p. 112.

accord. À défaut, les règles applicables à leur négociation resteront sujettes à discussion et donc source de dangers potentiels »³²⁴.

381. Ce point est important car il permet de faire le lien avec l'obligation de discuter, de négocier avant d'engager un contentieux³²⁵, obligation issue de la jurisprudence en matière des clauses de médiation mais qui est également introduite par le décret du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends. Ce décret favorise le recours aux MARD en « *obligeant les parties à indiquer, dans l'acte de saisine de la juridiction, les démarches de résolution amiable précédemment effectuées* »³²⁶. En effet, les articles 56 et suivant du code de procédure civile imposent d'insérer dans l'acte d'assignation, la requête ou la déclaration saisissant la juridiction de première instance la mention suivante : « *Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* ». Cette obligation ne peut être levée qu'en cas d'urgence ou de motif légitime mais ces notions n'ont pas encore été précisées en la matière. En revanche, la question concernant la sanction du non respect de cette obligation a été précisée et il s'avère qu'il sera possible de retourner à l'étape de conciliation ou de médiation proposée par le juge. Monsieur Jean Timsit souligne également que « *Les parties sont donc libres d'organiser la médiation comme elles l'entendent. Elles peuvent notamment donner au processus de médiation le contenu qu'elles jugent opportun, dans tous ses aspects (nombre de médiateurs, durée de leur mission, méthode employée, confidentialité ou non du processus, etc.) En pratique, il est cependant rare qu'un contrat de médiation soit conclu formellement. Si un tel contrat est néanmoins conclu, il est généralement peu précis. Cette situation, tout à fait banale, laisse le juriste face au double devoir de vérifier si les conditions*

³²⁴ J. TIMSIT, *op. cit.*, p. 3.

³²⁵ M. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale », *RIDC*, vol. 1997-2, 1997, p. 331.

³²⁶ « Décret du 11 mars 2015 : Les nouveautés en matière de communication électronique et de résolution amiable des différends », [En ligne : <http://www.quartdheurededroit.com/2015/03/decret-du-11-mars-2015-les-nouveautes.html?m=1>]. Consulté le : 28 juillet 2015.

de formation d'un contrat sont remplies, puis de déterminer le contenu de cet accord par application des règles générales du droit des obligations. Il n'est pas pour autant utile ou nécessaire d'inventer de nouveaux «principes fondamentaux», qui seraient applicables à tout processus de résolution de conflits quelle que soit la volonté, exprimée ou non, des parties »³²⁷. L'auteur rappelle qu'il est de l'intérêt des parties de préciser dès le début les règles applicables à la médiation car, à défaut, celles-ci resteront des sources de conflit potentielles. Il donne l'exemple du Centre de résolution des conflits qui vérifie de façon automatique la présence d'un accord contractuel explicite avant chaque médiation³²⁸.

382. Concernant véritablement l'intérêt d'une requalification du mécanisme existant en convention, Madame Michèle Guillaume-Hoffnung apporte des éléments de réponse. Elle émet l'hypothèse de la nature conventionnelle de la médiation, qu'elle soit étudiée en tant qu'acte juridique ou qu'activité juridique. L'explication donnée consiste à considérer la médiation comme une prestation, à laquelle il ne serait possible d'accéder que par le service public ou par contrat. C'est cette deuxième solution qui est retenue pour exposer que, tout comme le contrat, la médiation se fonde sur la rencontre des volontés des parties, sur l'offre et la demande. Dans cette optique, le médiateur peut être considéré comme l'équivalent d'une offre et aura la possibilité d'accepter ou de refuser. La deuxième partie de la démarche consensuelle serait alors formalisée par la démarche des parties de recourir au médiateur. Monsieur Jean Timsit relève d'ailleurs que « *dans le cas d'une médiation institutionnelle, les parties s'appuient sur des règles préétablies. Tous les intervenants à la médiation sont donc tenus de respecter le règlement de l'institution choisie, sauf accord de tous pour le modifier. [...] Il appartient donc aux parties d'organiser la résolution de leur différend comme elles l'entendent. La liberté contractuelle leur laisse une souplesse quasi totale, sauf existence d'un régime légal applicable à certains types de médiation spécifiques* »³²⁹.

383. De cette façon, la médiation aurait la possibilité d'être requalifiée en convention et cela aurait divers effets à l'égard du processus et des parties : « *la nature contractuelle*

³²⁷ J. TIMSIT, *op. cit.*

³²⁸ <http://www.crcsolution.org>

³²⁹ J. TIMSIT, *op. cit.*

*correspond bien au dynamisme de la médiation, à son caractère innovant »*³³⁰. Pour autant, il est important de ne pas confondre cette théorie de qualification de la médiation en convention et la notion de médiation conventionnelle qui est tout autre puisqu'il s'agit d'une clause contractuelle prévoyant en premier lieu une médiation si un conflit survient. Ceci étant souvent utilisé dans le droit du travail mais très rarement en droit de la santé.

B. Des effets d'une requalification

384. En pratique, sous-couvert de l'appellation « médiation », on retrouve divers mécanismes qui ne sont pas à proprement parler de la médiation. Il faut donc se demander si l'on conserve l'existant en le clarifiant mais en changeant le terme employé ou si l'on fait évoluer l'existant pour qu'il devienne véritablement de la médiation.

385. Madame Michèle Guillaume-Hofnung³³¹ répond à cette question en établissant que le contrat offre à la médiation un cadre juridique cohérent à tous les niveaux et en abordant la possibilité d'envisager la nature conventionnelle de la médiation. Il semble donc nécessaire d'étudier le processus de médiation en tant qu'acte ou action juridique (par opposition au fait juridique). Ainsi, si la convention se définit comme un accord de volonté entre deux ou plusieurs parties et produisant des effets de droit, la médiation pourrait être considérée comme telle. En effet, le processus de médiation repose sur l'autonomie de la volonté des parties (même du médiateur).

386. On peut considérer la médiation comme une prestation et donc pour y accéder il faudrait une convention. L'existence du médiateur pourrait alors constituer une offre et les parties en conflit la demande. Ainsi il y a bien rencontre de volontés et le processus est consensuel (explication de la médiation et demande d'intervention du médiateur). Ce cadre conventionnel offrirait donc à la médiation un cadre cohérent pour encadrer la médiation car cela permettrait l'autonomie du médiateur, dans les relations entre les parties pour

³³⁰ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30, p. 86.

³³¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *La médiation*, 7ème, Paris, PUF, 2015, p. 81.

recourir à la médiation et entériner le résultat ; surtout dans l'encadrement de l'activité en permettant de fixer le processus et les règles déontologiques.

387. La convention³³² est définie comme un acte de volonté destiné à produire un effet de droit quelconque³³³. Par rapport au contrat, la convention est le genre car ses effets peuvent être autres que ceux qui résultent d'un contrat, lequel n'est qu'une espèce de convention³³⁴. En effet, le contrat est défini comme une convention de nature à faire naître une ou plusieurs obligations ou bien créant ou transférant un droit réel. Ainsi, il faut s'intéresser au type de convention que pourrait être cette médiation : *sui generis* ou de droit public ou de droit privé ?

388. Le droit de la santé est à la frontière entre le droit privé et le droit public du fait des personnes, établissements et organes prenant part au système de santé. Ainsi, il serait difficile de qualifier la médiation en santé comme convention de droit privé ou public en tant que telle. Et si on retient cette qualification, quel serait véritablement l'intérêt ? L'avantage d'une convention est de régler le régime juridique applicable dans la mesure où la convention n'est pas contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Ainsi, pour déterminer l'intérêt et les effets de qualifier la médiation de convention, il faudrait savoir quelles sont les parties à la convention. Le plus probable est qu'il s'agisse d'une convention à l'égard du médiateur. Dans ce cas, cela permettrait de régler les obligations de ce dernier vis-à-vis des parties faisant appel à lui. Ainsi, les principes de neutralité, d'impartialité, d'indépendance pourraient être consignés dans la convention et rendus obligatoires *de facto* à l'égard du médiateur.

389. Il est donc nécessaire d'étudier les effets à l'égard des parties et du tiers (1) et à l'égard du processus de médiation (2).

³³² Art. 1108 C. civ.. Art. 1134 C. civ.

³³³ Voir en ce sens : L. BOYER, « Contrats et conventions », Paris, Dalloz, 2014.

³³⁴ Art. 1101 C. civ.

1. Des effets significatifs à l'égard des parties et du tiers

390. Quel intérêt représenterait cette requalification de la convention à l'égard des tiers ? A l'égard des parties ? A l'égard du tiers médiateur ? Madame Michèle Guillaume-Hofnung relève au sujet des relations entre les parties et le médiateur que le consensualisme permet d'assurer l'effectivité du processus en garantissant l'autonomie des parties et du tiers. En l'absence de cette condition, il ne peut y avoir ni médiation, ni contrat. Le droit des contrats offre également une garantie relative aux parties, tant pour leur recours à la médiation que pour l'accord issu de celle-ci.

391. Le rapport de l'IGSJ d'avril 2015 souligne d'ailleurs le succès de la médiation conventionnelle en exposant tout d'abord son cadre légal en France : « *Le régime de la médiation conventionnelle a été introduit dans le code civil par le décret du 20 janvier 2012. L'article 1528 permet aux parties de tenter de résoudre leur différend de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur. Dans ce cadre, et en dehors de toute intervention du juge, si elles le souhaitent, les parties peuvent avoir recours à un médiateur pour régler leur litige privé. Ce texte fixe les conditions d'honnêteté, de probité, de compétence, diligence et impartialité imposées aux médiateurs conventionnels. Ils doivent également garantir la confidentialité des échanges. De nombreux autres textes de valeur normative différente sont à l'origine d'un développement des médiations dans des domaines publics ou privés, et selon des procédures extrêmement variées, avec un accès au médiateur payant ou gratuit selon les types de médiations choisies. La transposition, avant le 1er juillet 2015, de la directive relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation permettra d'offrir au consommateur un recours à la médiation dans tous les secteurs de la consommation. Elle conduira nécessairement à une réorganisation et une harmonisation des dispositifs existants, et ce sans qu'il soit imposé par le texte de médiateur unique par secteur. Mais les dispositifs de médiation privée, internes aux entreprises, pourront ainsi toujours coexister entre eux, à la condition de respecter les exigences de qualité, de compétence, d'impartialité, de transparence et d'efficacité imposés par la directive* »³³⁵. Le rapport établit également le fait

³³⁵ Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *op. cit.*

que de nombreux médiateurs ont vu le jour selon les domaines : le médiateur de l'eau, de l'énergie, du crédit, etc. Ces derniers sont dénommés « *médiateurs sectoriels* » et le médiateur en santé pourrait être considéré comme tel puisqu'il s'applique exclusivement aux litiges portant sur ce domaine.

392. De plus, il est mis en avant le fait que les médiateurs conventionnels exercent leur mission sous des statuts très différents puisque certains relèvent du pouvoir public alors que d'autres relèvent de l'entreprise qui les emploie. Certains encore ont une formation et d'autres non.

2. Des effets non négligeables à l'égard de la médiation

393. Cette requalification éventuelle en convention est évoquée à plusieurs reprises par la doctrine et notamment par Madame Michèle Guillaume-Hofnung et Monsieur Jean Timsit. Il est intéressant d'étudier ces divers points de vue et d'établir les avantages et les inconvénients qu'une telle qualification entraînerait.

394. Dans un premier temps, Monsieur Jean Timsit met en avant la théorie selon laquelle « *sauf exceptions sur lesquelles nous reviendrons, la médiation n'est finalement qu'une étape vers la conclusion d'un contrat, une étape plus ou moins structurée ou organisée, et qui n'est régie que par les règles du droit des obligations, donc essentiellement par la liberté contractuelle telle qu'organisée ou limitée par notre droit* »³³⁶. Il expose ainsi le fait que si l'on se place hors du cadre judiciaire, les parties ne se trouvent pas dans une zone de non droit dans la mesure où le droit commun des contrats s'applique puisque la médiation trouve sa source dans la volonté des parties. Et le droit commun des contrats a vocation à s'appliquer à toutes les étapes de la procédure selon cet auteur. En effet, dans le processus de médiation, la volonté des parties est un principe essentiel et bien que la liberté

³³⁶ J. TIMSIT, *op. cit.*

contractuelle n'ait pas de valeur constitutionnelle conformément à l'avis du Conseil constitutionnel³³⁷, ce principe reste fondamental.

395. Ainsi, il est possible d'envisager la nature contractuelle de la médiation tant au niveau de son origine qu'à son issue. Sur ce dernier point justement, il est intéressant d'aborder la notion de l'accord de fin de processus qui peut être homologué par le juge pour avoir force exécutoire. Monsieur Jean Timsit évoque donc la soumission de cet accord au droit des contrats : *« Il est en effet important de souligner une fois de plus que la présence du médiateur est totalement neutre, elle n'ajoute ni ne retire rien à ce que les parties peuvent faire seules. Par conséquent l'existence d'une médiation ayant précédé la conclusion d'un contrat qui résout un litige ne doit pas changer l'analyse juridique de ce contrat. D'ailleurs la pratique connaît plusieurs contrats qui sont conclus grâce à l'intervention d'un tiers ou en sa présence. C'est ainsi le cas du contrat de bail ou de vente d'un appartement conclu par l'intermédiaire d'un agent immobilier, des accords passés devant les notaires, des contrats conclus grâce à un agent d'affaires. [...] Pourquoi en irait-il différemment pour le contrat conclu à l'issue d'une médiation ? Dès lors, les conditions de validité de l'accord des parties ne sont ni plus ni moins que celles de tous les contrats, telles qu'énoncées à l'article 1108 du Code civil. Tout particulièrement, il faudra vérifier que le consentement émis par les parties est bien de nature à les lier. Il est en effet important de souligner ici la spécificité de la médiation par rapport aux moyens juridictionnels de trancher les litiges : Cette spécificité réside dans la liberté des parties de signer ou non un accord à l'issue du processus de médiation. Cette liberté sera appréciée à travers la théorie des vices du consentement. Il est en effet logique que le juge, chargé de statuer sur l'accord conclu à la suite de l'intervention d'un médiateur, prenne en considération les circonstances particulières dans lesquelles ce contrat a été conclu. En particulier, il évaluera l'influence de la présence du médiateur lors de la rencontre des volontés. Le comportement de celui-ci ne doit en effet pas être à l'origine d'une erreur, pas plus qu'il ne doit avoir contribué à un dol ou à une menace. À défaut, l'accord final est bien sûr susceptible d'être annulé. Il s'agira bien sûr d'un contrôle à posteriori et soumis à l'initiative des parties, qui ont seules le pouvoir de saisir le juge en cas*

³³⁷ « Conseil constitutionnel, 3 août 1994, J.C.P. 1995. II. 22404, obs. C. Puigelier ; D. 1995, somm. 351, obs. G.A.I.A.; Conseil constitutionnel, 20 mars 1997, J.C.P. 1997. I. 4039, obs. Fabre Magnam. », .

de contestation sur la validité de leur accord. Il ne s'agit là, ni plus ni moins, que d'un renvoi aux règles les plus classiques de validité des contrats. Celles-ci représentent pour les parties les garanties les plus simples et les plus sûres, grâce à leur souplesse et à l'appui d'une jurisprudence abondante »³³⁸.

396. Dans un second temps, à l'égard du mécanisme même de médiation, Madame Michèle Guillaume-Hofnung relève que le droit des contrats permet d'offrir un cadre cohérent et notamment pour ce qui concerne l'encadrement de l'activité : *« le contrat d'association entre les médiateurs qui souscrivent à la même déontologie permet d'ériger un ensemble institutionnel complet (adhésion, formation, disposition de locaux, discipline, réflexion sur la pratique et le concept) »*. L'auteur conclut de la façon suivante : *« La nature contractuelle de la médiation ne la dénature pas puisqu'elle la laisse dans son milieu d'origine, la société civile, tout en donnant des garanties déontologiques. De plus l'article 1108 du Code civil qui pose les quatre conditions de validité des contrats soumet dès le départ la médiation au respect du droit »³³⁹.*

397. Un dernier point important concerne l'accord final conclu par les parties et sa valeur si la médiation est considérée dans un cadre conventionnel : *« en effet, le fait que l'accord final entre les parties ait été facilité par l'intervention d'un tiers n'emporte pas de grandes conséquences sur le régime juridique de cet accord qui reste soumis au droit commun des contrats. Si l'accord final est une transaction - ce qui est le cas le plus fréquent - le corps de règles spécifiques à la transaction se trouve applicable »³⁴⁰*. L'accord final sera en effet nécessairement soumis au droit des contrats dès lors que ses conditions de validité sont les mêmes que pour un contrat et sont celles de l'article 1108 du code civil. Il faudra d'ailleurs particulièrement vérifier le consentement des parties. La spécificité ici de la médiation par rapport au procès réside dans la liberté des parties d'accepter et de signer cet accord et cette liberté se doit d'être appréciée à la lumière de la théorie des vices du consentement. Monsieur Jean Timsit souligne ainsi qu' *« Il est en effet logique que le juge, chargé de statuer sur l'accord conclu à la suite de l'intervention d'un médiateur, prenne en considération les*

³³⁸ J. TIMSIT, *op. cit.*

³³⁹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, *op. cit.*, p. 86.

³⁴⁰ J. TIMSIT, *op. cit.*

circonstances particulières dans lesquelles ce contrat a été conclu. En particulier, il évaluera l'influence de la présence du médiateur lors de la rencontre des volontés. Le comportement de celui-ci ne doit en effet pas être à l'origine d'une erreur, pas plus qu'il ne doit avoir contribué à un dol ou à une menace. À défaut, l'accord final est bien sûr susceptible d'être annulé. Il s'agira bien sûr d'un contrôle à posteriori et soumis à l'initiative des parties, qui ont seules le pouvoir de saisir le juge en cas de contestation sur la validité de leur accord. Il ne s'agit là, ni plus ni moins, que d'un renvoi aux règles les plus classiques de validité des contrats. Celles-ci représentent pour les parties les garanties les plus simples et les plus sûres, grâce à leur souplesse et à l'appui d'une jurisprudence abondante. [...] La transaction résultant d'une médiation sera donc soumise au même régime juridique qu'une transaction qui aurait été conclue par les parties dans un autre contexte. Ce régime juridique, et en particulier le contrôle auquel peut donner lieu une transaction, est connu pour sa souplesse et sa libéralité plus grande encore que le droit commun des contrats »³⁴¹.

398. L'IGSJ conclut à son tour qu' « *il est donc difficile de tirer des conclusions générales sur les effets de la médiation extrajudiciaire, tant les secteurs dans lesquelles elle se développe sont variés et les modalités de son exercice divergent* »³⁴².

Section 2. L'éventualité d'évolution de l'existant

399. Si l'on ne rebaptise pas ou si l'on ne requalifie pas le mécanisme actuel, il est tout de même possible de le faire évoluer. Cela devra nécessairement avoir pour objectif un rapprochement entre la conception théorique et la mise en œuvre du mécanisme (paragraphe 1) de façon à le rendre efficace et efficient (paragraphe 2).

³⁴¹ *Ibidem.*

³⁴² *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *op. cit.*

Paragraphe 1. Un rapprochement primordial entre théorie et pratique

400. Le rapprochement des conceptions théorique et pratique de la médiation en santé se doivent d'être rapprochées afin de faire évoluer ce qui existe à ce jour. Cela est conditionné à la rencontre des parties (A) et à la nécessité d'un cadre procédural (B).

A. Le rencontre essentielle des parties

401. Comme cela a d'ores et déjà été étudié, la mise en œuvre de la médiation en santé diffère de sa conception théorique. Un des points principaux sur lesquels ces deux « versions » de la médiation ne s'accordent pas est la rencontre des parties, clé de voûte de la médiation. Au-delà de la rencontre même en personne, ici c'est la rencontre au sens large qui n'est pas forcément présente en pratique, c'est-à-dire également l'échange, la communication, l'exposition des divers intérêts en présence et la conclusion d'un accord ménageant les idéaux de chacun. Cela pose problème puisque, même si cela peut permettre une résolution du différend, il n'est pas éludé par un mécanisme de médiation. Ainsi, si l'on souhaitait faire évoluer l'existant, il faudrait effectuer un rapprochement entre la théorie – qui pourrait être très efficace- et la pratique – qui peut être efficace mais ne correspond pas à de la véritable médiation. Cette remarque pourrait sembler simpliste mais elle est au cœur des préoccupations existantes. On doit pourtant constater que certains médiateurs ne souhaitent pas un tel rapprochement entre théorie et pratique et considèrent que cette méthode se construit de façon empirique, fonctionne et qu'il n'est pas nécessaire de la faire évoluer.

402. Il est également soulevé que dans une démarche de respect des délais, il est difficile de mettre en présence les parties en fonction de leurs emplois du temps respectifs selon les délais impartis. Il serait peut-être judicieux de modifier ces délais de façon à ce qu'une date de réunion soit convenue dans un laps de temps un peu plus long (un ou deux mois par exemple). De la sorte, cela n'empêcherait pas les parties de rencontrer individuellement le

médiateur auparavant de façon à comprendre la procédure de médiation, les principes applicables, l'organisation et d'exposer leurs points de vue face à un médiateur à l'écoute, neutre, indépendant, confidentiel et impartial. Ceci permettrait de rapprocher les canons théoriques des modalités pratiques inhérentes à cette pratique.

403. De plus, il faut souligner que cette absence de mise en présence est majoritairement choisie de façon arbitraire par les médiateurs pour plus de simplicité, de rapidité etc. Il faut donc se demander si une alternative est envisageable lorsqu'une des parties refuse de rencontrer l'autre. Par ailleurs, qu'en est-il d'une éventuelle sanction du médiateur ne permettant pas aux parties de se rencontrer ? Cela peut-il constituer une perte de chance de régler le conflit ?

404. La notion de perte de chance en droit est essentielle, elle se définit plus précisément comme un « *dommage spécifique issu de la disparition de la probabilité d'un événement favorable* »³⁴³ selon la Cour de cassation. C'est principalement le domaine de la santé qui a fait émerger cette notion mais elle prospère également dans d'autres domaines tels que celui des placements financiers par exemple. Cette notion est donc omniprésente dans la mesure où elle naît potentiellement dès lors qu'une modification substantielle est effectuée au cours d'un événement. Cet événement pourrait donc être assimilé à la médiation dans sa globalité et la non rencontre des parties à une modification substantielle de celle-ci, engendrant alors une perte de chance de régler le litige et/ou d'obtenir des explications, des excuses de la part des parties. Un vice de procédure, dans une médiation ou dans un autre mécanisme pourrait-il engendrer une perte de chance indemnisable pour la victime ? C'est une éventualité intéressante bien que peu probable en pratique, poussant à son paroxysme les obligations contractuelles.

405. Le médiateur pourrait-il en revanche avoir la possibilité de ne pas mettre les parties en présence de façon exceptionnelle lorsque cela peut constituer un risque pour elles ou aggraver le conflit ? Si oui, quels seraient les critères de cette exception ?

³⁴³ COUR DE CASSATION, *Bulletin d'information n°781*, Les éditions des journaux officiels, 2013.

B. Un cadre procédural nécessaire

406. Le rapprochement entre définitions théorique et pratique de la médiation ne peut se passer d'une nécessité d'établir un réel cadre procédural. Cela sera repris et approfondi dans la seconde partie de cette étude mais il nous semble incontournable d'étudier ce point. En effet, le délai de huit jours exigé actuellement correspond à un laps de temps trop court ne permettant pas de mettre les parties en présence. Ainsi, cela permettrait de concilier les exigences théoriques et les impossibilités pratiques.

407. Un autre rapprochement nécessaire est celui de l'organisation de la médiation en termes de chronologie mais aussi des principes fondamentaux et de leur application. Ce rapprochement se faisant par le biais d'un régime juridique, il fait en réalité l'objet de la seconde partie de cette étude mais son objectif d'efficacité et d'efficience est à souligner.

Paragraphe 2. L'objectif principal d'évolution : l'efficience de la médiation

408. L'objectif principal en faisant évoluer ce processus et de le rendre véritablement efficient. Certains résultats seront donc attendus (A) et notamment celui de rendre le mécanisme efficace de façon optimale (B).

A. Un objectif de résultat attendu

409. Dans une perspective d'évolution du mécanisme de médiation en santé, certains résultats sont nécessairement attendus, à l'égard des parties (1) et du tiers (2).

1. A l'égard des parties en conflit

410. L'objectif d'évolution du mécanisme aura bien entendu un résultat attendu à l'égard des parties. Tout d'abord, ce résultat est attendu de façon précise, dans chaque médiation, afin que du commencement à l'issue du processus, l'encadrement permette une mise en œuvre optimale. Cette dernière devra être efficace en termes de coûts, de temps mais elle devra également permettre de garantir les droits des parties et le respect des principes fondamentaux dominant ce mécanisme.

411. Le processus actuel fonctionne mais n'est pas à son efficacité maximale et ne permet pas de mettre en œuvre tous les avantages garantis par la vision théorique de la médiation. Ainsi, des objectifs d'efficacité sont attendus à plusieurs niveaux pour les parties. L'objectif est d'abord de permettre de garantir une uniformité de la pratique de la médiation et donc une équité juridique entre chaque partie à une médiation. De plus, l'efficacité s'entend également en termes de qualité de la médiation et donc de garantie d'application des principes fondamentaux précités. Ensuite, afin de rendre le mécanisme véritablement efficace à l'égard des parties, il faudrait que celui-ci soit davantage connu et que son recours y soit plus automatique et plus proposé. Bien entendu, l'efficacité en terme de résultat s'entend par un nombre croissant de réussite des médiations.

2. A l'égard du médiateur

412. Si la médiation peut aboutir à un résultat satisfaisant telle qu'elle est appliquée à l'heure actuelle, un rapprochement entre sa vision théorique et son application au domaine de la santé permettrait de connaître des résultats plus prometteurs. Le médiateur aurait alors un rôle clairement défini lui permettant de mener à bien sa mission en pouvant éventuellement se référer à d'autres médiateurs ou à une institution spécifique. Cette évolution permettrait d'encadrer et d'épauler le médiateur à plusieurs niveaux. En effet, l'évolution du mécanisme permettrait d'encadrer et d'aider le médiateur dans l'exercice de sa mission.

413. Pour ce faire, le médiateur pourrait être formé initialement et faire l'objet d'une évaluation continue afin de mener son activité de façon la plus efficace possible. Faire évoluer la médiation permettrait également qu'il puisse échanger avec d'autres médiateurs ou professionnels s'il en ressent le besoin. Ceci existe ponctuellement aujourd'hui mais rien n'est clairement établi en ce sens. Ceci permettrait également de répondre aux problèmes relatifs aux éventuels conflits d'intérêts lorsque le médiateur est médecin et/ou exerce ou a exercé au sein de l'établissement partie au conflit.

414. Un tel choix encadrerait le processus de médiation par des étapes incontournables. De ce fait, le médiateur aurait plus de facilité à mener sa mission dans les règles de l'art et de façon plus efficiente.

B. Un objectif d'efficacité optimale du mécanisme

415. Il convient d'établir la différence entre les notions d'efficacité et d'efficience. L'efficacité se définit comme étant le « *fait de produire le maximum de résultats avec le minimum d'efforts* » alors que l'efficience se définit comme étant la « *capacité d'un individu ou d'un système d'obtenir de bonnes performances dans un type de tâches donné* »³⁴⁴. Ainsi, ces notions sont proches mais se différencient par les résultats et les moyens obtenus. On aura ainsi tendance à dire que quelque chose d'efficace parvient au résultat attendu sans forcément une mise en œuvre optimale des moyens. Alors qu'on considère que quelque chose d'efficient parvient à un bon résultat (pas nécessairement attendu) par une mise en œuvre optimale de moyens. Ainsi, dans la médiation, il faut rechercher ces notions car on recherche une optimisation du mécanisme et donc que celui-ci parvienne au résultat escompté (l'accord des parties), tout en mettant en œuvre les moyens de façon optimale. L'objectif est donc de parvenir à une efficacité du mécanisme en tout point (1) et à ce que celle-ci, une fois reconnue, permette un engouement supplémentaire pour ce processus (2).

³⁴⁴ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015. « Dictionnaire Littré », [En ligne : <http://www.littre.org/>]. Consulté le : 10 octobre 2015. *Dictionnaire le Petit Robert*, 2009.

1. Une efficacité concrète du mécanisme en tout point

416. Ce rapprochement se ferait dans un objectif d'efficacité optimale du mécanisme en tout point, c'est-à-dire du début du processus à son issue. De façon plus concrète, cela signifie qu'un tel rapprochement entre théorie et pratique de la médiation permettrait de rendre réellement efficace le mécanisme puisque comme cela a été étudié, si la médiation théorique s'appliquait strictement aux conflits tenant au domaine de la santé, cela la rendrait totalement efficace dans sa globalité. Cela permettrait sans doute de sécuriser le processus en mettant à la charge des parties une obligation de rencontre et de dialogue et à celle du médiateur une obligation de permettre cette rencontre ; obligation qui serait alors une obligation de moyens et non une obligation de résultat.

417. Par ailleurs, ceci permettrait de poser les jalons de l'éthique de la médiation en imposant ses principes fondamentaux tels qu'ils ont précédemment été vus. Puis, en mettant tout en œuvre pour allier les définitions théorique et pratique du mécanisme, une efficacité plus importante s'en dégagerait, entraînant dans son sillon des résultats d'autant plus efficaces.

2. Une efficacité reconnue permettant un succès florissant du mécanisme

418. L'objet de ce rapprochement entre la théorie et la pratique est bien entendu d'obtenir une efficacité optimale du mécanisme mais aussi de permettre un rayonnement supplémentaire pour la médiation. En effet, si la médiation est rendue plus efficace, plus sécurisée et que les résultats sont de plus en plus satisfaisants, cela permettrait de rendre l'outil moins anxiogène et surtout plus accessible.

419. Tout conflit étant générateur d'anxiété et de stress, le fait de savoir que le moyen employé pour le régler est fondé sur des principes et des valeurs fondamentaux, que chaque partie et le tiers ont des rôles à tenir et des obligations à respecter mais aussi que les résultats sont probants en matière de réussite, permet de rendre le processus moins

anxiogène. De même, mettre les parties dans de meilleures dispositions pour régler le conflit, par le recours à ces modes alternatifs, accroît les chances de succès et ceci d'autant plus que la psychologie tient une place importante dans ce type de règlement des différends.

420. Par ailleurs, si l'outil est concrètement efficace et fait ses preuves en matière de résultats, cela permettra de le valoriser et de le rendre plus connu, plus accessible au grand public. Ainsi, les personnes susceptibles de l'utiliser pourront y avoir recours plus facilement et ce type de processus sera « démocratisé ». En effet, à l'heure actuelle, comme le souligne le rapport de l'IGSJ « *Si, depuis 20 ans, les MARD ont donné lieu à une abondante doctrine, leur développement effectif n'a pas été constaté, faute d'une demande forte des acteurs du procès judiciaire* »³⁴⁵.

³⁴⁵ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *op. cit.*, p. 13.

Conclusion du chapitre 2

421. La mise en œuvre actuelle de la médiation dans le domaine de la santé présente de nombreux avantages mais aussi certaines faiblesses. Ces dernières ont été démontrées et sont en partie dues au fait que la conception théorique et l'application de ce mécanisme sont assez éloignées l'une de l'autre. Ces discordances engendrent des difficultés singulières et une efficacité diminuée du processus.

422. Il a été envisagé de renommer le mécanisme existant pour qu'il corresponde à son fonctionnement. Cela présente toutefois peu d'intérêt si ce n'est que le nom soit conforme à la forme de processus mise en œuvre. Pour pallier les insuffisances actuelles, il est aussi possible d'essayer de requalifier le processus, la convention étant la requalification la plus probable. Cela ne présente pourtant pas les avantages escomptés. C'est la raison pour laquelle il semble indispensable de remanier le régime juridique de la médiation.

Conclusion du titre 2

423. Le mécanisme de médiation appliqué au domaine de la santé présente des attraits intéressants mais son étude démontre également les difficultés liées à nature hybride. L'examen empirique de cette notion a permis de constater des divergences importantes entre la définition théorique du mécanisme et sa mise en œuvre en santé. Celles-ci sont particulièrement évidentes concernant la médiation intégrée à la procédure de la CRUQPC. Ces discordances engendrent donc indéniablement un manque d'efficacité et d'harmonie du mécanisme.

424. Malgré ces dissonances, certains principes directeurs émergent et permettent de conserver certaines valeurs fondamentales de ce mécanisme, que ce soit au regard de l'organisation du processus ou de ses valeurs fondatrices.

425. Cette étude nous a donc permis de constater que ce qui existe actuellement est fonctionnel mais ne correspond pas réellement à de la médiation. Pour que la théorie et la pratique du processus soient en adéquation, il faudrait donc faire évoluer l'existant dans la mesure où le simple fait de rebaptiser le mécanisme ou de le requalifier ne présenterait que peu d'intérêt pour le processus ou les parties.

Conclusion de la partie 1

426. Monsieur Jean-Claude Magendie a dirigé le groupe de travail pour élaborer le rapport éponyme³⁴⁶. Le 11 février 2008, il s'y est adressé dans les termes suivants : « *C'est une vraie interrogation que celle du succès mitigé de ce mode alternatif de règlement des conflits qui apporte un peu d'humanité dans un déroulement parfois kafkaïen des procédures alors même que l'ensemble des professionnels de la justice s'accordent à en saluer les mérites. Le temps n'est donc plus à discourir sur les mérites de la médiation, ni à en expliquer la technique. C'est désormais vers l'action concrète que nous devons tendre nos efforts afin que la médiation judiciaire devienne un mode habituel de règlement des conflits* ». Ceci portait sur la médiation judiciaire mais pourrait être transposé à la médiation en santé.

427. L'étude de la nature de la médiation nous a permis de mettre en lumière plusieurs éléments essentiels. En premier lieu, ce mécanisme a pu être qualifié de véritable mode alternatif de règlement des conflits s'appliquant à la santé de façon adéquate en raison de ses spécificités et de sa malléabilité. En second lieu, ce processus efficace en la matière s'est avéré présenter des lacunes ne permettant pas une efficacité optimale et une homogénéité des pratiques. Telle qu'appliquée actuellement, la médiation présente en effet des discordances importantes entre sa conception théorique et sa mise en œuvre.

428. En prenant exemple sur la médiation en santé à l'étranger ou la médiation française dans d'autres domaines, il est possible de faire évoluer ce qui existe, de le rendre plus efficace et de faire en sorte que ses applications soient harmonieuses. Monsieur Paul Rasse résume cette idée au sujet de la médiation culturelle et précise : « *comme toute notion à la mode, le terme « médiation culturelle » devient difficile à cerner. Sa définition oscille entre deux extrêmes : d'un côté, une approche théorique très générale, de l'autre, des descriptions, des comptes rendus d'expérience très pragmatiques, centrées sur les réalisations novatrices du moment. Le risque est que le lien ne se fasse pas, entre le ciel évanescent des idées et le monde concret des praticiens, abandonnés à eux-mêmes, dont la seule quête est celle de l'efficacité, pour laquelle ils mobilisent un appareillage toujours plus sophistiqué en perdant*

³⁴⁶ J.-C. MAGENDIE, « Célérite et qualité de la justice ».

*de vue les enjeux et la finalité profonde de leur travail »*³⁴⁷. Cette difficulté existe également concernant la médiation en santé et c'est la raison pour laquelle un remaniement du régime juridique de la médiation semble à ce jour indispensable.

³⁴⁷ P. RASSE, « La médiation, entre idéal théorique et application pratique », *Recherche en communication*, n° 13/2000, 2000, p. 38-61.

Partie 2. Le régime juridique de la médiation en santé : un remaniement inéluctable

429. L'étude de la nature juridique de la médiation a permis de démontrer qu'il s'agit d'un mode alternatif de règlement des différends qui présente d'indéniables avantages dans son application aux conflits résultant de la relation de soins.

430. Bien que l'accès à la médiation soit de plus en plus facilité, celle-ci est encore assez méconnue du grand public et comme le souligne Monsieur Alain Roy³⁴⁸, la culture française - contrairement à d'autres japonaise ou canadienne - ne favorise pas forcément le recours à la médiation et elle n'est pas forcément une démarche spontanée pour les parties. Pour autant, cette position tend à évoluer et la médiation se développe aujourd'hui davantage dans les établissements de santé. Un remaniement semble toutefois nécessaire en la matière.

431. Il faut noter que de telles modifications, bien qu'essentielles, peuvent mettre beaucoup de temps à être mises en place. L'exemple de la Tunisie est à donner en la matière puisque comme le souligne Monsieur Christian Lestournelle : « *bien que la Tunisie fût le premier État de la rive sud de la Méditerranée à introduire le terme « médiation » dans son arsenal juridique, il demeure aujourd'hui le seul parmi les trois États du Maghreb à ne pas avoir adopté une loi introduisant la médiation, qu'il s'agisse de la médiation judiciaire ou de la médiation conventionnelle, en Tunisie* »³⁴⁹.

432. La complexité de ce remaniement réside principalement dans la recherche d'un juste équilibre entre l'encadrement du mécanisme qui est nécessaire à son efficacité, son bon fonctionnement ainsi que l'harmonisation de ses pratiques et la préservation de sa

³⁴⁸ A. ROY, *Désenclaver la médiation du juridique*, JuriSanté n°61, mars 2008, p.28

³⁴⁹ C. LESTOURNELLE, « Les nouveaux modes alternatifs de règlement des différends - médiation et procédure participative », *JCP G*, Supplément au n°27, juillet 2013, p. 51.

souplesse qui constitue son atout principal (titre 1). Cela doit donc principalement se fonder sur la délimitation du statut juridique du tiers médiateur et sur la procédure de médiation.

433. Il est également intéressant d'envisager une extension de ce processus à l'ensemble du domaine de la santé, particulièrement à l'activité libérale des professionnels de santé et au secteur médico-social. Ces précisions permettraient à la médiation d'être totalement optimisée et d'avoir un succès un accru. Cela semble néanmoins complexe à mettre place dans le contexte actuel, c'est pourquoi des incertitudes existent quant à l'avenir de la médiation (titre 2).

Titre 1. La délicate recherche d'un juste équilibre entre encadrement juridique et maintien de la souplesse du mécanisme

434. Le remaniement du régime juridique de la médiation semble à ce jour inéluctable pour rendre ce mécanisme véritablement efficace et conforme à sa conception théorique. Un encadrement juridique plus strict est donc nécessaire mais celui-ci devra être aménagé de façon à ne pas dénaturer la médiation qui se caractérise par sa malléabilité. Au sujet des modes de règlement des différends non juridictionnels, Monsieur Jean-Marc Sauvé illustre ces propos et relève ainsi que la « *souplesse est une caractéristique intrinsèque de ces processus. [...] Bien entendu, la souplesse des modes alternatifs de règlement des différends, en particulier de la médiation, exclut qu'ils soient soumis à un régime procédural strict et à des contraintes trop étendues sur le fond du droit applicable. Leur développement nécessite néanmoins de définir précisément les principes fondamentaux qui leur sont applicables* »³⁵⁰. Cet équilibre est très complexe à trouver, c'est pourquoi son étude est primordiale.

435. Il est essentiel d'étudier dans un premier temps la délimitation des contours juridiques du statut du médiateur (chapitre 1). Comme cela a été démontré, le dispositif actuel ne permet pas de garantir une véritable efficacité du processus en raison principalement de la non formation du tiers, de sa non professionnalisation et de son appartenance possible au corps médical. La création d'un véritable statut du tiers permettrait ainsi de répondre aux exigences de la profession et de la déontologie. Ces aménagements seraient garants d'une médiation en santé adaptée, spécifique et beaucoup moins sujette aux éventuels conflits d'intérêt.

436. Dans un second temps, l'étude d'un lien entre le mécanisme de médiation et le droit processuel semble opportune (chapitre 2). Cette étude prospective met en évidence la

³⁵⁰ J.-M. SAUVÉ, *Le Conseil d'État Les développements de la médiation*, 2011.

possibilité de mise en place d'un protocole de médiation en santé mais aussi l'association du droit processuel à la médiation. Celle-ci est non dénuée d'intérêt concernant l'organisation du processus et la protection des parties.

437. Toute la difficulté de cette démarche demeure dans la recherche du juste équilibre entre encadrement juridique plus strict, permettant ainsi un mécanisme organisé, efficace et sécurité ; et préservation de la malléabilité de la médiation, caractéristique essentielle étant la clé de sa réussite.

Chapitre 1. L'indispensable délimitation des contours juridiques du statut du médiateur

438. De façon liminaire, il est essentiel de s'interroger sur le statut du médiateur. Il constitue la clé de voûte du mécanisme mais son statut manque d'encadrement, ce qui nuit au processus. Ce tiers peut-il être considéré comme un professionnel, un bénévole, exerçant un métier, une profession, une fonction ?

439. Le dictionnaire Larousse définit la profession comme une « *activité rémunérée et régulière exercée pour gagner sa vie* »³⁵¹. Ce même ouvrage caractérise le métier d'« *activité sociale définie par son objet, ses techniques, etc.* » ; « *Profession caractérisée par une spécificité exigeant un apprentissage, de l'expérience, etc., et entrant dans un cadre légal* » ; « *Habileté technique que procurent la pratique, l'expérience d'une activité professionnelle* » ; « *Fonction permanente possédant certains caractères d'une profession (pratique, expérience, responsabilité, etc.)* »³⁵². En ce sens, actuellement, le médiateur peut être considéré comme un métier mais non encore comme une profession dans la mesure où son activité n'est pas rémunérée et ne peut pas être l'unique source de revenus d'un foyer familial.

440. Madame Claire Tourmen souligne que « *L'émergence des préoccupations de santé publique entraîne des modifications dans l'activité des acteurs du champ de la santé, l'émergence de nouvelles activités, voire de postes ou de nouveaux « métiers »*. Ceci est le reflet d'un phénomène bien connu dans nos sociétés occidentales : la division du travail va croissante, de même que la spécialisation, voire l'hyperspécialisation, ce qui peut favoriser l'émergence de multiples métiers, l'évolution rapide des compétences et des activités. [...] Pourtant, si les activités de travail individuelles évoluent, à partir de quand peut-on dire qu'un « métier » voire une « profession » se constitue ? Quelle différence entre des activités, des tâches, des fonctions, des postes, des emplois, des métiers, des professions ?

³⁵¹ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

³⁵² *Ibidem.*

L'émergence de problématiques de santé publique et des techniques qui permettent de les prendre en compte amène des reconfigurations dans le champ des acteurs de la santé. »³⁵³.

L'auteur expose par la suite quel a été le cheminement de son raisonnement. Dans un premier temps elle a raisonné à partir des réalisations des individus en situation réelle, dans leur activité afin de comprendre dans un second temps, à partir de quel moment une telle réalisation peut être qualifiée de métier, de poste ou de profession. L'auteur distingue ainsi l'activité, la tâche, le poste, le métier et la profession en graduant chaque strate comme une avancée vers la profession et le statut inhérent à celle-ci. Ainsi, si l'activité correspond à « l'exécution d'une série d'actions et les représentations qui l'accompagnent et la guident »³⁵⁴, la tâche est synonyme des conditions de réalisation de l'activité, des moyens, des objectifs. Quant à lui, le poste est celui au sein duquel vont s'inscrire tâches et activités. La distinction principale effectuée et qui nous intéresse particulièrement en l'espèce est celle entre la notion de métier et celle de profession. Madame Claire Tourmen souligne alors : « La notion de métier est plus complexe qu'il n'y paraît à première vue. Ce terme, d'usage courant, peut sembler d'une évidence trompeuse. [...] Pour qu'un métier apparaisse et se développe à partir d'un poste, il faudrait, selon Latreille, que trois paramètres soient réunis : existence d'une formation spécifique, reconnaissance du métier par autrui et regroupement des personnes concernées. Le métier se créerait donc quand des gens d'un même domaine se regroupent pour négocier la définition des rôles, des tâches, des savoir-faire et connaissances que les candidats au métier doivent développer et ce pour sortir de la polyvalence indifférenciée, indistincte (opposition entre polyvalence et métier). En effet, un métier « stabilise une spécificité sur le plan des activités professionnelles ». [...] Enfin, le terme de « profession » pourrait être utilisé comme un cas particulier de métier particulièrement structuré, comme c'est le cas en sociologie des professions »³⁵⁵. Puis, l'auteur s'interroge sur ces problématiques en santé publique : « Concernant le champ de la santé publique, y a-t-il des trajectoires individuelles et collectives de professionnalisation, l'émergence de métiers spécifiques ou de tâches qui restent annexes dans les postes traditionnels ? Observe-t-on

³⁵³ C. TOURMEN, « Activité, tâche, poste, métier, profession : quelques pistes de clarification et de réflexion », *Santé Publique*, vol. 19, n° 0, 2007, p. 15.

³⁵⁴ *Ibidem*.

³⁵⁵ *Ibidem*.

l'émergence de savoir-faire spécifiques, de compétences particulières, d'un sentiment d'identité ? Quelles sont les difficultés et les questionnements qui agitent ce champ ? Comment se reconfigurent les acteurs dans le champ en lien avec les évolutions de la prescription officielle (ministérielle, voire internationale) ? Du coup, quelle reconfiguration des compétences devient nécessaire pour les acteurs ? Existe-t-il de nouveaux savoirs professionnels en « santé publique » ? Autant de pistes à explorer... »³⁵⁶.

441. A ce sujet, le Conseil d'Etat dans une étude de 2010 estime que le médiateur effectue une « *prestation de service* » à l'instar du juge qui « *relève de la sphère régalienn*e »³⁵⁷. Cette notion de prestation de service s'insère bien dans l'idée d'une professionnalisation de la médiation et de la nécessité de rémunérer le médiateur.

442. Le statut du médiateur illustre tout à fait ces diverses interrogations dans la mesure où il s'agirait plus actuellement d'un poste ou d'un métier que d'une profession car comme cela a d'ores et déjà été avancé, il ne bénéficie d'aucune formation obligatoire et rémunération. Pour faire évoluer son statut et permettre à la médiation d'être véritablement un mécanisme à part entière, l'ériger au rang de profession serait indispensable. C'est pour cette raison que ce statut se doit d'être juridiquement encadré. Cette amélioration de l'encadrement juridique du statut du médiateur doit être étudiée au regard de la fonction même du tiers médiateur (section 1) mais aussi de la déontologie s'appliquant à celle-ci (section 2).

³⁵⁶ *Ibidem*.

³⁵⁷ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 7.

Section 1. L'adaptation des exigences inhérentes à la fonction de médiateur

444. Modifier l'encadrement du statut du médiateur permettrait la mise en place d'un cadre plus rigoureux pour le déroulement de la médiation. Ceci présenterait l'avantage d'étendre la garantie des parties, de s'assurer du respect des principes directeurs du processus par le tiers. Bien que cette délimitation précise du statut juridique du tiers soit essentielle, elle ne doit pas empiéter sur la flexibilité du mécanisme.

445. Certaines conditions sont inhérentes à la fonction de médiateur et certaines sont des exigences communes à tous les médiateurs. Dans le domaine de la santé, des obligations spécifiques naissent au regard par exemple de la spécificité de l'information, de la particularité du secret. L'outil de médiation présente donc des caractères propres dans le domaine de la santé et c'est en cela qu'elle s'avère originale. Les conditions inhérentes à la fonction de médiateur sont de deux ordres : celles relatives à l'encadrement de la formation (paragraphe 1) et celles se rapportant à l'exercice de la profession (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'indispensable instauration de conditions relatives à l'encadrement de la formation

446. Il existe de nombreux types de domaine dans lesquels la médiation a une place d'importance croissante. La santé représente une aire privilégiée de recours à la médiation. A ce jour, l'encadrement juridique de la formation de médiateur en santé ne permet pourtant pas pleinement de garantir la réussite du mécanisme. A ce sujet, Madame Michèle Guillaume-Hofnung relève qu' « *une formation spécifique doit être mise en place. La formation préalable constitue une obligation déontologique de nature à créer la confiance* ».

dans le médiateur »³⁵⁸. Pour faire du tiers médiateur le pivot central du processus, certaines exigences de compétences sont requises (A) et la mise en place d'une formation uniformisée et standardisée s'avère nécessaire (B).

A. L'exigence d'un tiers aux multiples compétences

447. Certaines compétences sont exigées pour exercer en tant que médiateur de façon générale et, plus précisément, d'autres compétences sont nécessaires lorsque le médiateur exerce dans le domaine de la santé puisque celui-ci présente des spécificités. Le dictionnaire Larousse précise qu'une compétence est une « *capacité reconnue en telle ou telle matière en raison de connaissances possédées et qui donne le droit d'en juger* »³⁵⁹.

448. Plusieurs compétences sont ainsi requises chez un médiateur parmi lesquelles l'écoute, la communication, l'organisation et la rigueur. Monsieur Jean Timsit souligne que le médiateur n'a pas simplement un rôle de présence passive mais que « *la tâche du médiateur est d'aider la communication et l'échange des informations entre les intervenants* »³⁶⁰. Le médiateur a effectivement une mission active de rétablissement ou d'établissement de la communication. Cette mission est primordiale puisque ce secteur connaît des difficultés de communication et de compréhension en raison de son vocabulaire particulier et de ses spécificités nécessitant des connaissances spéciales. Comme l'expose Monsieur Jean-François Six³⁶¹, une médiation réussie est celle qui produit une communication vraie entre les parties et le médiateur a la mission de les aider à trouver une approche permettant de rétablir la communication. Cette compétence de communication est donc essentielle pour exercer en tant que médiateur.

³⁵⁸ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *Gestions hospitalières*, n° 522, janvier 2013, p. 18-21. M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation dans le domaine de la santé », *La Gazette Santé Social*, n° 85, mai 2012.

³⁵⁹ « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

³⁶⁰ J. TIMSIT, *op. cit.*

³⁶¹ J.F. SIX, *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.

449. En raison de cette présence active, le médiateur est parfois comparé à un catalyseur. A l'instar du catalyseur chimique qui est une « *substance qui augmente la vitesse d'une réaction chimique sans paraître participer à cette réaction* »³⁶², le médiateur correspondrait ainsi à un « *élément qui provoque une réaction par sa seule présence ou son intervention* »³⁶³. Cette aptitude est nécessairement requise chez un médiateur, au même titre que l'écoute. Le mécanisme de médiation ne conférant pas au tiers la capacité de proposer ou d'ordonner une solution au différend, l'écoute lui est indispensable dans l'exercice de sa mission. Il se doit en effet d'être attentif aux demandes des parties afin de leur permettre de les guider jusqu'à leur solution, aboutie et réfléchie.

450. L'organisation est aussi une compétence que doit posséder le médiateur pour agencer les rencontres, dans le temps et dans l'espace, pour poser le cadre dans lequel les parties évolueront et les entretiens se dérouleront. Ceci doit être administré avec une certaine rigueur à l'égard de la procédure et du respect des principes fondamentaux. Bien que ces exigences d'organisation et de rigueur soient importantes, elles ne doivent cependant en aucun cas entraver la malléabilité du mécanisme.

451. Ces caractéristiques requises chez le tiers doivent permettre d'encadrer les contours du mécanisme tout en le laissant s'appliquer selon les cas avec flexibilité. A l'égal du mécanisme, le médiateur doit être rigoureux tout en ayant une grande capacité d'adaptation lui permettant d'ajuster son discours à chaque partie et d'adapter son comportement à chaque type de conflit.

B. L'élaboration fondamentale d'une formation uniformisée et standardisée

452. Dans un objectif d'évolution et de progression de la médiation, la transformation du statut du tiers apparaît comme un point primordial. Ce changement est donc nécessairement associé au besoin de mise en place d'une formation qui se doit d'être standardisée et uniformisée.

³⁶² « Dictionnaire Larousse », *op. cit.*

³⁶³ *Ibidem.*

453. A ce jour, nous constatons qu’aucune formation à la médiation n’est requise pour être nommé médiateur dans le domaine de la santé. Comme en dispose le code de la santé publique, les médiateurs en santé sont médecins ou non médecins, exerçant ou ayant exercé au sein d’un établissement de santé. La formation de ces tiers n’est donc pas en rapport avec le mécanisme étudié. Or, la médiation est un mécanisme qui a trait à des compétences techniques très diversifiées comme la psychologie, la gestion des conflits, le droit, la finance, la médecine et l’éthique. Les médiateurs se doivent donc d’être impérativement des spécialistes de la médiation et d’avoir des connaissances dans les disciplines qui touchent à la médiation, sans pour autant être experts dans tous les domaines. L’idée retenue ici est que le médiateur doit être spécialiste de la médiation, connaître tous les tenants et aboutissants de son cadre légal, de sa procédure, de son fonctionnement et de sa mise en œuvre. Néanmoins, étant donné qu’il existe autant de médiations que de domaines auxquels elles s’appliquent, le médiateur ne peut pas avoir une connaissance aussi complète du domaine pénal que celui des régimes matrimoniaux ou de la santé. Le tiers exerçant dans un domaine spécifique se doit donc d’acquérir les bases communes à tous médiateurs mais aussi de connaître les éléments essentiels du domaine dans lequel il exercera ses fonctions.

454. Pour ce faire, il est essentiel qu’un cursus soit mis en place, au même titre que pour d’autres disciplines, comme cela se fait dans d’autres pays tels que l’Allemagne. En effet, il existe dans ce pays le statut de « médiateur certifié » mis en place par la loi allemande sur la médiation entrée en vigueur le 26 juillet 2012. Ce dernier doit suivre un certain nombre d’heures de formation afin d’obtenir ce statut. Monsieur Martin Hauser retient à ce sujet que : « *En France, si le titre de médiateur n’est également pas protégé, dans la pratique, les magistrats et les entreprises se tournent vers des Centres qui disposent d’un « vivier » de médiateurs agréés par eux (par exemple « médiateur CMAP ») et dont ils ont, en dehors des qualités personnelles et morales exigées d’un médiateur, la connaissance de la formation et de l’expérience professionnelle* »³⁶⁴. Monsieur Thomas Fiutak soutient d’ailleurs cette idée : « *contrairement aux apparences, la médiation est une activité très complexe qui nécessite une formation spécifique. Le médiateur est toujours confronté à l’inconnu, au doute et au*

³⁶⁴ M. HAUSER, *La rémunération des médiateurs dans les médiations commerciales - Point de vue d’un avocat*, BHM Avocats, 2013.

chaos relationnel des personnes en conflit qui le voient souvent comme leur dernier recours. La posture de médiateur est extrêmement délicate à acquérir et à respecter quelle que soit la nature des conflits traités. La bonne volonté et l'improvisation ont des limites. Pour être efficace, le médiateur a besoin de réfléchir à son éthique et à son rôle ; de connaître ses réactions personnelles face au conflit et au pouvoir. Il doit s'entraîner à être à la fois acteur et observateur »³⁶⁵.

455. Ce cursus devrait ainsi idéalement comprendre une formation à la médiation, à la gestion des conflits, à la procédure même de ce mécanisme à titre principal et à titre accessoire, des formations relatives aux différentes matières dont la médiation a besoin pour être efficace : droit, éthique, médecine, ... en fonction de la spécialité choisie par le tiers.

456. La question se pose alors de savoir à qui serait ouvert ce cursus ? Aux formations initiales et/ou continues ? Aux médecins ? Aux juristes ? Directement après le baccalauréat ? Après un diplôme de premier ou de second cycle ? Combien de temps durerait le cursus ? Ces questions sont essentielles à étudier pour permettre de souligner les disparités existantes puisqu'actuellement certains médiateurs sont avocats, d'autres médecins, d'autres juristes.

457. Dans le domaine de la santé, il existe une offre de formation de différents diplômes universitaires de médiation en santé mais ils n'ont pas un contenu similaire et homogène. Il faudrait que cette offre soit régulée tant pour le niveau du programme et le choix des intervenants que pour les institutions qui délivrent ces formations.

458. Le rapport Magendie avait indiqué que le médiateur devait être conscient et comprendre les enjeux relationnels, sociaux, économiques, juridiques et psychologiques auxquels il était confronté. Pour mener à bien sa mission, cela « *exige d'avoir une connaissance minimum de son champ d'intervention* »³⁶⁶. L'exemple peut être pris des médiateurs familiaux puisque le Conseil consultatif de la médiation familiale a créé un

³⁶⁵ T. FIUTAK, G. PLANÈS et Y. COLIN, « Le modèle du cycle de la médiation », in *Le médiateur dans l'arène: réflexion sur l'art de la médiation*, Toulouse, Ed. Erès, 2009.

³⁶⁶ L. DARGENT, « Rapport Magendie sur la médiation », *AJD*, octobre 2008, p. 58.

diplôme d'Etat de médiateur familial offrant une formation pluridisciplinaire. Le rapport considère que cela « *contribue à une meilleure visibilité et une reconnaissance de la profession. Le fait que le diplôme soit attribué sur la base de critères nationaux communs, concernant la durée, la sélection, l'évaluation et le contenu disciplinaire, ne peut que renforcer l'idée de compétence des professionnels et de qualité de leurs interventions* »³⁶⁷.

459. Le Groupement européen des magistrats pour la médiation précise à ce sujet : « *Pour assurer la confiance dans la médiation, condition indispensable à sa réussite, d'aucuns, interpellés par le foisonnement actuel, aspirent à la création d'un Conseil National de la médiation et de la conciliation qui pourrait être composé de représentants de magistrats, auxiliaires de justice, associations de médiateurs, instituts de formation à la médiation, professeurs de droit et élus, représentants de GEMME-France, dont la mission serait d'observer les initiatives en la matière, former des propositions aux pouvoirs publics en vue de labelliser les formations à la médiation et les associations de médiateurs, dresser une liste de médiateurs et élaborer un code national de déontologie de la médiation* »³⁶⁸.

460. Par la suite, ce rapport argue qu' : « *une formation obligatoire théorique et pratique des avocats et des magistrats sur les modes amiables de résolution des différends [devrait avoir lieu]. Cette formation pratique devrait pour les magistrats se retrouver à la formation initiale dispensée à Bordeaux. Des scandales médiatiques auraient pu être évités si les magistrats (y compris les juges d'instruction) avaient été formés aux techniques de communication. Le juge n'est pas seulement un mécanicien du droit. Il doit aussi savoir s'adresser à l'être humain qu'il a devant lui. L'aspect pratique de la formation à la communication et à la médiation devrait être renforcé dans les écoles de magistrats et d'avocats* ».

461. Bien que ces formations existent désormais et que grand nombre des médiateurs y recourent, celles-ci ne sont pas obligatoires pour accéder au statut de médiateur. Ceci se doit donc d'être absolument modifié et la formation doit être davantage encadrée. Cet apprentissage doit en effet être homogénéisé au regard de son contenu pour que les

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Note sur la médiation et la conciliation*, Rapport remis par LE GROUPEMENT EUROPÉEN DES MAGISTRATS POUR LA MÉDIATION, 2014.

formations délivrées soient du même niveau. Des critères d'accessibilité à cette instruction doivent être établis comme par exemple le degré minimum de diplôme requis.

462. Cette formation devrait enfin être rendue obligatoire de façon à s'assurer que chaque médiateur possède bien les qualités et les connaissances nécessaires pour exercer, de surcroît dans un domaine aussi spécifique que la santé. Ceci permettra de garantir l'équité des parties et d'établir de façon plus simple le rapport de confiance entre le tiers et les parties.

Paragraphe 2. Les inévitables précisions relatives à l'exercice de la profession

463. L'exercice de médiateur n'est que très peu encadré par le code de la santé publique. Le médiateur, chef d'orchestre du mécanisme a un rôle prépondérant qui mérite un encadrement plus spécifique. Sa condition et son activité doivent être précisées. C'est pourquoi la désignation et la rémunération du médiateur nécessitent d'être clairement déterminées (A) et ainsi une perspective d'évolution et d'évaluation verra le jour (B).

A. La détermination spécifique de la désignation et de la rémunération du médiateur

464. Plusieurs éléments font actuellement défaut à l'exercice de la fonction de médiateur parmi lesquels la nomination du tiers qu'il est urgent d'encadrer et de restreindre (1) ainsi que sa rémunération qui, dans le champ de la santé en particulier, est inexistante (2).

1. L'urgence de l'établissement d'une procédure de désignation restrictive

465. L'encadrement de l'exercice de la mission du médiateur nécessite de clarifier de quelle façon il est désigné. Actuellement, les articles R 1112-82 et suivants du code de la santé publique encadrent la désignation du tiers médiateur. Le médiateur non médecin et son suppléant sont donc nommés par le représentant légal de l'établissement parmi le personnel non médecin de l'institution. Pour le cas des médecins, le médiateur et son suppléant sont choisis par le représentant légal de l'établissement parmi les médecins exerçant dans un des établissements mentionnés à l'article R 1112-81 C. santé publ. (II à IV) ou un médecin ayant cessé l'exercice de la médecine ou de la médiation depuis moins de cinq ans. Ces nominations se font après avis de la commission médicale d'établissement, de la conférence médicale ou de la commission médicale. Les médiateurs exercent leur mandat pour une durée de trois ans, renouvelable. Il est crucial de préciser que le médiateur médecin et le médiateur non médecin ne doivent pas exercer dans le même service. L'article R 1112-81 C. santé publ. précise également que si le siège du médiateur médecin est vacant pendant une durée supérieure à six mois, le directeur de l'Agence régionale de santé devra en désigner un nouveau sur proposition du conseil départemental de l'Ordre des médecins. Bien qu'un médiateur ait la faculté d'être rattaché à plusieurs établissements, il n'aura pas la possibilité de mener sa mission auprès de plus de trois structures simultanément.

466. Cet encadrement actuel de la désignation du médiateur en santé démontre clairement que les compétences recherchées sont davantage liées à la connaissance du milieu médical qu'à un savoir relatif à la médiation puisque les médiateurs sont choisis en raison de leur appartenance ou non au corps médical. Cette désignation devrait donc être encadrée différemment et présenter des critères plus stricts de façon à garantir l'efficacité du mécanisme. En ce sens, préalablement à sa nomination, il devrait être exigé que le médiateur ait suivi une formation à la médiation et une formation spécifique à la médiation en santé. Un âge minimum pourrait également être fixé en considérant que la médiation nécessite une certaine expérience et maîtrise de soi. La désignation fondée sur la profession de médecin pourrait tout à fait disparaître étant donné que cela ne garantit pas une connaissance approfondie de la médiation et de son art. En revanche, la possibilité pour un médiateur de pouvoir faire appel à un médecin ou à un scientifique, en tant qu'expert, pour

comprendre les subtilités médicales d'un dossier pourrait éventuellement être envisagée. L'ancien médecin médiateur pourrait alors voir son rôle évoluer en tant qu'expert ou sapiteur aidant à la médiation en éclairant le médiateur sur les aspects scientifiques d'un cas. Ceci permettrait d'éviter les conflits d'intérêts fréquemment avancés lorsque les médiateurs sont pairs d'une des parties au différend.

467. Afin d'éviter davantage ces dérives, la désignation du médiateur pourrait prévoir que le médiateur ne doit pas appartenir ou avoir appartenu à l'établissement. Ce détachement du médiateur du corps médical et de l'établissement garantirait une diminution des sources potentielles de conflits d'intérêts.

468. Comme le souligne Monsieur Laurent Samama, « *la non protection du titre de médiateur est une problématique importante car il est difficile pour un justiciable de vérifier la qualité et le professionnalisme d'un médiateur* »³⁶⁹. C'est pour cette raison que les conditions de désignation du médiateur et les conditions d'accès à la profession doivent être revues. Pour une sécurité juridique plus accrue, Monsieur Laurent Samama évoque que les professions réglementées sont plus à même de fournir une médiation de qualité, comme des médiateurs qui seraient agréés suite à une formation spécifique ou des avocats.

469. Le rapport Magendie donne l'exemple du Collège des médiateurs familiaux qui défend une pratique professionnelle de la médiation sur des critères précis. Pour adhérer à ce collège, plusieurs conditions cumulatives doivent être présentes : il faut tout d'abord attester de sa formation à la médiation, puis s'engager formellement sur le code de déontologie, certifier ensuite de la régularité de sa pratique et attester d'une démarche d'analyse de sa pratique ou de supervision³⁷⁰.

470. L'analogie pourrait être effectuée dans le domaine de la santé pour mettre en place des critères plus restrictifs d'accès au statut de médiateur tout en posant une obligation de formation. A titre d'exemple, au Canada, un processus d'évaluation est mis en place pour

³⁶⁹ *Un mode de règlement alternatif des conflits: la médiation*, Rapport remis par L. SAMAMA, 2008.

³⁷⁰ L. DARGENT, *op. cit.*, p. 54.

devenir médiateur agréé³⁷¹. Il faut dans un premier temps une demande de désignation grâce à laquelle le comité régional d'agrément des médiateurs agréés organise une entrevue avec le candidat. Dans un second temps, si le postulant réussit, la demande est transmise au comité national. Cette instance garantissant la « *standardisation au niveau du pays* »³⁷², admet alors le candidat et lui accorde la désignation par un vote unanime. Le cas échéant, la demande devra être étudiée par le conseil d'administration national.

2. Les difficultés liées à la rémunération du tiers

471. Une autre dimension qui doit nécessairement être abordée est celle d'accorder ou non une rémunération au tiers. Pour l'instant, le statut du médiateur souffre de son absence de rémunération, ce qui engendre des difficultés considérables pour le qualifier de véritable professionnel. Dans l'hypothèse où ce tiers serait rémunéré, plusieurs interrogations surgissent : par qui le serait-il ? Par un organisme spécifique sous la tutelle de l'Etat ? Par les parties ? Par l'établissement ?

472. Il faut souligner que pour le moment la médiation en santé ne fait pas l'objet d'une rémunération et que cela se fait à titre gratuit. Néanmoins, le code de la santé publique précise, au sujet de l'indemnisation des médiateurs auprès de la commission de conciliation et d'indemnisation, dans son article R. 1142-8 : « *Le président de la commission, lorsqu'il n'est pas détaché auprès de l'office, et, le cas échéant, son ou ses adjoints perçoivent des indemnités eu égard aux sujétions particulières auxquelles ils sont soumis. Il en va de même des médiateurs indépendants prévus au quatrième alinéa de l'article L. 1142-5. Des indemnités sont attribuées aux autres membres ou à leurs suppléants lorsque leur participation aux séances de la commission entraîne pour eux une perte de revenus. Le montant de ces indemnités est fixé par arrêté des ministres chargés du budget et de la santé.*

³⁷¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, « Ministère de la Justice - Services de prévention et de Règlement des différends », [En ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/04.html>]. Consulté le : 2 septembre 2015.

³⁷² ADR INSTITUTE OF CANADA, [En ligne : www.adrcanada.ca].

Les membres de la commission et leurs suppléants ainsi que les médiateurs bénéficient du remboursement des frais de transport et de séjour qu'ils sont susceptibles d'engager dans le cadre de leur mission dans les conditions fixées par le décret n° 2006-781 du 3 juillet 2006 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements temporaires des personnels civils de l'Etat ». Cela signifie que des indemnités sont accordées. Ceci ne correspond en aucun cas à un salaire mais simplement au remboursement des frais engagés dans le cadre de leur mission tels que des frais de déplacement. La mission de médiation en elle-même consiste donc en du bénévolat. Cette situation est tout à fait transposable aux médiateurs de la CRUQPC puisque l'article R 1112-90 C. santé publ. précise : « *Les membres de la commission sont indemnisés au titre des frais de déplacement engagés dans le cadre de leur mission* ».

473. Les médiateurs peuvent ainsi être indemnisés de leurs frais de déplacements du fait de leur mission mais ne sont pas rémunérés au titre de la médiation à proprement parler. Ceci soulève donc un problème majeur de la médiation telle qu'elle est actuellement pratiquée puisque malgré une professionnalisation de ce mécanisme, il ne paraît pas reconnu et valorisé par une réelle gratification du médiateur. De plus, cette indemnisation des frais inhérents à ce mécanisme alternatif est effectuée, non pas par les deux parties au litige, mais par une seule qui se trouve être l'établissement et accroît de ce fait les risques de conflits d'intérêts. Comme le souligne Monsieur Martin Hauser : « *Si les avocats, les entreprises et les magistrats peuvent s'interroger sur les avantages financiers qu'il y a de recourir à la médiation, les médiateurs ont souvent le sentiment que leur mission n'est pas rémunérée à la hauteur de la prestation qu'ils offrent aux entreprises. [...] Il convient de distinguer la médiation ordonnée dans la cadre d'une instance judiciaire ou en référé par un juge, dite « judiciaire » (article 131-1 CPC), de la médiation « conventionnelle » à laquelle les parties peuvent à tout moment spontanément recourir. Depuis 1995, le Code de procédure civile part du principe qu'un médiateur judiciaire peut prétendre à une rémunération qui sera fixée par le juge à l'expiration de sa mission (article 131-13 CPC). Sa prestation n'est donc pas tarifée mais ses diligences seront évaluées par le magistrat. Cependant, dans l'esprit du Législateur, le montant de la rémunération du médiateur peut être évalué dès sa nomination. En effet, le juge doit fixer le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible (article 131-6*

CPC). Ceci exclut la prise en compte d'un fait aussi aléatoire, au moment de la désignation du médiateur, que celui de l'obtention d'un accord final entre les parties mettant fin à l'instance. En principe, les parties prennent en charge la rémunération du médiateur judiciaire à parts égales. En revanche, les dispositions des articles 1528 et suivants du Code de procédure civile applicables depuis 2012 sur la médiation « conventionnelle » sont muettes sur la rémunération du médiateur. Ceci étant, dans la mesure où médiation « judiciaire » et « conventionnelle » obéissent aux mêmes principes fondamentaux, il ne peut pas être sujet à caution qu'un médiateur conventionnel pourra lui aussi prétendre à une rémunération. On doit également tenir compte du fait qu'un médiateur conventionnel est lié aux parties par un contrat de prestation de services ou par un contrat d'entreprise, dans lequel il ne s'engage pas sur un résultat, à savoir l'obtention d'un accord final entre les parties, mais à déployer ses meilleurs efforts dans l'exécution de sa mission. Fréquemment, les parties qui souhaitent spontanément mettre en place une médiation « conventionnelle » s'adressent à un Centre de médiation (tels que le CMAP à Paris, la CCI à Paris ou l'OMPI à Genève) qui sera en charge d'administrer la procédure. Ce faisant, les parties adhèrent aux Règlements du Centre élu et à ses règles et modalités de rémunération des médiateurs agréés par celui-ci »³⁷³.

474. Afin de déterminer le montant de cette rémunération, cet auteur met en avant que plusieurs points doivent être étudiés, à savoir :

- la base de rémunération en fonction du temps passé ;
- l'éventualité d'une rémunération de la médiation en fonction du litige pris en charge par ce tiers : « Aujourd'hui, ni la rémunération en médiation « judiciaire » ni celle en médiation « conventionnelle » ne semblent être directement fonction du montant en litige. Cela est pourtant le cas en matière d'arbitrage international, sans que cela n'engendre de difficultés quant à l'indépendance et l'impartialité des arbitres. Dans la pratique d'aujourd'hui, le montant en litige est cependant un des facteurs qui contribue à déterminer le niveau du taux horaire retenu. Toutefois, ni l'exigence d'indépendance, de neutralité et d'impartialité du médiateur ne s'opposent à ce que sa rémunération soit directement fonction du montant en litige, comme cela est d'ailleurs pratiqué en

³⁷³ M. HAUSER, *op. cit.*

matière d'arbitrage international »³⁷⁴ ;

- la rémunération en fonction du service rendu qui pourrait être mise en place mais est encore un sujet tabou.

475. Cet auteur ajoute qu' « *en principe, les parties prennent en charge la rémunération du médiateur judiciaire à parts égales (Article 22-2 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative)* »³⁷⁵.

Une comparaison peut être effectuée avec la médiation judiciaire dans laquelle le tiers est rémunéré par les parties. C'est précisément la décision ordonnant la médiation qui établit le montant de la consignation que les parties devront faire au greffe du tribunal dans un délai imparti. En l'absence de celle-ci, la médiation sera considérée comme caduque et l'instance continuera. Si la médiation se déroule correctement, le juge en fixera le montant et la répartition, c'est-à-dire qu'elle peut être égale entre les parties ou répartie proportionnellement en fonction des ressources de chacun si le juge l'estime plus équitable. A l'issue du processus, le médiateur sera rémunéré grâce aux sommes consignées. Il faut toutefois noter que le montant est assez faible puisqu'il est compris entre 200 et 1000 euros. Cette rémunération peut être à la charge de l'Etat lorsqu'une partie bénéficie de l'aide juridictionnelle puisque les frais de médiation sont considérés comme éligibles à cette aide. Monsieur Laurent Samama propose à ce titre que pour bénéficier de l'aide juridictionnelle, le recours à la médiation soit obligatoire³⁷⁶.

476. Dans le domaine de la santé, la médiation n'étant pas judiciaire, elle ne présente pas ces caractéristiques et est actuellement gratuite bien que les parties puissent convenir d'une rémunération spécifique dans le cadre d'une convention de consentement à la médiation³⁷⁷. Au Canada, il est pressenti que cette rémunération soit fixée dans la convention de médiation³⁷⁸. Dans le contexte médical, le médiateur est jusqu'à présent considéré comme bénévole et n'obtient donc aucune gratification financière à l'issue de la médiation. Il ne

³⁷⁴ *Ibidem*.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ *Un mode de règlement alternatif des conflits: la médiation*, L. SAMAMA, *op. cit.*

³⁷⁷ Voir en ce sens ARS Ile de France, 'La Médiation Médicale En Établissements de Santé', 2012, p.24.

³⁷⁸ GOUVERNEMENT DU CANADA, *op. cit.*

peut qu'espérer un dédommagement au regard des frais engagés (déplacement, indemnisation en cas de perte de salaire pour les représentants des usagers). Monsieur Martin Hauser conclut de la façon suivante : *« En résumé, on peut constater que l'activité de médiateur peut aujourd'hui s'avérer rémunératrice, dans certains cas de figure et notamment dans des affaires de grande envergure. Cependant, dans de nombreux cas, l'activité de médiation induit aujourd'hui pour un avocat-médiateur un manque à gagner par rapport aux contraintes budgétaires que lui impose la structure de son cabinet, notamment par la déduction du montant de ses honoraires des frais administratifs du Centre. Dans ces conditions, l'activité de médiateur ne sera essentiellement qu'accessoire pour un avocat-médiateur féru de médiation. Toutefois, bientôt vingt ans après l'introduction de la médiation dans le Code de procédure civile le temps paraît venu de repenser la question de la rémunération. Ainsi, à l'exception peut-être de la médiation « judiciaire », il devrait être envisagé en médiation « conventionnelle » de facturer les frais administratifs séparément des honoraires du médiateur qui en recevra l'intégralité et non plus deux tiers. Ensuite, il importerait de réfléchir à un système de taux horaires variables ce qui permettrait à un Centre, à l'issue de la médiation, en tenant compte du « service rendu » sous tous les aspects de la médiation et de son déroulement, de varier ou « d'arrondir » la rémunération du médiateur, sans pour autant mettre en péril son indépendance et sa neutralité »*³⁷⁹. Cet aspect financier paraît essentiel et devrait être précisément encadré pour permettre au tiers d'être dédommagé financièrement pour son investissement tout en maintenant un tarif peu coûteux puisque la quasi gratuité du mécanisme en fait un de ses atouts principaux. Bien entendu, comme l'affirme la jurisprudence, le montant alloué au médiateur ne peut pas dépendre du fait que les parties sont ou non parvenues à un accord³⁸⁰.

477. Cependant, le penchant inverse de cette nécessité de rémunération est la question de l'absence de rémunération en tant que garant de neutralité, d'indépendance et d'impartialité : *« A force d'éviter de mettre en péril la neutralité et l'indépendance du médiateur par une rémunération qui serait fonction du résultat obtenu en médiation, on aboutit cependant à l'autre extrême qui consiste à ne pas du tout « honorer » un service*

³⁷⁹ M. HAUSER, *op. cit.*

³⁸⁰ Cass. Civ. 2ème, 22 mars 2007, bull. civ. II, n°73.

rendu dont la qualité va au-delà du temps passé, de l'importance et de la difficulté de l'affaire à traiter »³⁸¹. La question se pose de savoir : « *Comment alors réaliser un équilibre entre neutralité, indépendance, service rendu et équité économique ?* »³⁸². La problématique mérite en effet d'être abordée et particulièrement dans le domaine de la santé où l'absence de rémunération est de rigueur. Pour cette raison, une rémunération se devrait d'être fixée mais il ne faudrait pas qu'elle entrave le bon exercice de la médiation et le respect de ses principes directeurs.

B. Une perspective d'évolution de l'organisation et l'évaluation

478. L'exercice de la médiation et ses contours se doivent d'être précisés et une perspective d'amélioration de l'organisation de cette activité est à envisager, notamment par l'émergence d'un ordre professionnel qui semble essentielle (1). Par ailleurs, pour que cette pratique évolue positivement, une évaluation qualitative et quantitative constitue un réel besoin (2).

1. L'instauration impérative d'un ordre professionnel

479. En ce qui concerne l'exercice même de la profession de médiateur, son organisation n'est pas prévue et mériterait pourtant de l'être. De façon empirique, l'émergence de certains réseaux régionaux de médiateurs démontre l'importance de se regrouper pour échanger mais aussi pour organiser la profession. Nombre de professions sont regroupées au sein d'une instance comme le barreau pour les avocats ou les ordres professionnels des professions médicales et paramédicales. La France connaît par exemple la Fédération nationale des centres de médiation, le réseau national de médiation en santé, l'Association nationale des médiateurs, l'Association française des médecins conciliateurs et médiateurs

³⁸¹ M. HAUSER, *op. cit.*

³⁸² *Ibidem.*

hospitaliers. Ces dernières ont pour but d'offrir une formation, de donner la possibilité aux médiateurs de se réunir, de communiquer et de promouvoir une réflexion autour à la médiation en santé. Ces structures visent donc principalement à homogénéiser et coordonner les pratiques. L'apparition récente de ces entités démontre ce besoin afin d'avoir une démarche commune et uniforme.

480. La possibilité de se constituer en ordre professionnel pourrait ainsi présenter de réels avantages. Un ordre professionnel se définit comme un organisme regroupant les membres d'une même profession sur un territoire donné. L'existence d'un ordre professionnel permet d'assurer une régulation de la profession. Un des aspects les plus importants de l'existence d'un tel organe est qu'il ne s'agit pas d'une simple faculté d'y adhérer pour le professionnel mais d'une véritable obligation. En conséquence, la mise en place d'un ordre des médiateurs en santé ou de façon plus générale d'un ordre des médiateurs permettrait d'organiser la médiation sur le territoire français et de réguler l'activité. Pour exercer, le médiateur devrait avoir obtenu un diplôme de médiateur, être inscrit à l'ordre et être désigné.

481. Cette instance offrirait également un cadre pour coordonner les programmes de formations et les centres agréés à la délivrance du diplôme requis. Une plus grande homogénéité et des échanges supplémentaires seraient ainsi permis.

482. Il faut également mettre en avant le fait que la médiation est pensée avec un tiers médiateur unique, la majorité du temps. Pourtant, il est possible d'envisager une médiation menée par un collège de médiateurs. L'ordre professionnel pourrait alors avoir un rôle prépondérant dans l'organisation de ces médiations afin de proposer les différents médiateurs éligibles et d'organiser les modalités pratiques. De cette façon, cela permettrait de pallier les conflits d'intérêts et de garantir l'impartialité et la neutralité. C'est d'ailleurs ce qui est proposé par Monsieur Pierre Vayre qui propose un collège de médiateurs : « *un juriste et un médecin expert* »³⁸³.

483. De plus, la mise en place d'une telle structure permettrait d'instaurer une procédure disciplinaire en cas de manquement du médiateur à une de ses obligations déontologiques.

³⁸³ P. VAYRE, « Transaction extrajudiciaire: règlement amiable des complications des actes médico-chirurgicaux », *Gaz. Pal.*, n° 171, juin 2002, p. 27.

Cet organe pourrait en effet veiller au respect des devoirs du médiateur et être saisi en cas de plainte par un pair, une partie ou un établissement mécontent de la façon dont une médiation a été menée ou ayant constaté un manquement à une obligation ou à la déontologie de la profession.

2. Le besoin d'une évaluation qualitative et quantitative

484. Concernant l'évaluation de la médiation, il est établi qu'actuellement le domaine de la santé connaît une grande diversification de médiations puisqu'aucune homogénéité de médiateur, de procédure, de délai n'est à ce jour arrêtée. De ce fait, la mise en place d'un organe d'évaluation pourrait être intéressante. Cette évaluation pourrait porter sur la quantité et sur la qualité des médiations effectuées. Elle pourrait concerner la mise en œuvre du mécanisme et le tiers médiateur. Il faudrait donc un organe, rattaché à l'ordre professionnel ou extérieur à celui-ci, permettant d'examiner la médiation en santé et le travail du médiateur.

485. D'une part, la médiation se doit d'être évaluée afin de mesurer précisément son impact. Cet examen minutieux doit se faire selon des critères quantitatifs et qualitatifs. Cela permettrait de déterminer des points importants tels que :

- le type de conflit
- le recours spontané ou proposé au mécanisme
- le nombre de médiations en santé par an
- le nombre de médiations selon le type de conflit
- le nombre de médiations selon le type d'établissement
- la durée des médiations
- le nombre d'entretiens
- le taux de réussite de cette pratique
- l'étude du respect de l'accord de médiation
- l'impact de ce mécanisme sur la judiciarisation

486. De cette façon, en observant précisément tous ces critères, cela permettrait de dresser un bilan de la pratique actuelle de la médiation et de la faire évoluer positivement en émettant des recommandations. Cela donnerait également lieu à une prise de conscience démontrant concrètement que ce mécanisme alternatif est efficace, prend une part importante au règlement des conflits et peut encore s'améliorer considérablement. Evaluer en ce sens la médiation permettrait aussi de garantir une médiation de plus grande qualité. Le rapport Magendie rappelle d'ailleurs la préconisation du groupe de travail réuni autour de Monsieur Jacques Floch qui consiste en la création d'un observatoire de la médiation. Celui-ci ne constituerait pas une autorité mais un « *moyen de combler le manque de repères tant quantitatifs que qualitatifs de la médiation en France et à l'étranger* »³⁸⁴. Cet observatoire « *constituerait entre autres une force de proposition éclairée* :

- *-dans le domaine de la définition du concept de médiation, de ses principes éthiques et déontologiques, et de ses pratiques et régimes, des modes d'organisation et de ses dispositifs de formation.*

- *-pour favoriser une meilleure organisation de la médiation et pour promouvoir son développement.*

- *pour préparer les conditions d'ouverture de la médiation à de nouveaux espaces* »³⁸⁵.

487. Cette proposition de création d'un observatoire de la médiation a été initiée par le Groupe d'étude Médiation du Centre Max Weber-CNRS en collaboration avec les Universités de Murcia et du Luxembourg dès 2002. Monsieur Jean-Pierre Bonafé-Schmitt expose clairement l'intérêt de cette structure : « *nous proposons depuis plusieurs années la création d'un Observatoire de la médiation dans le but non seulement de dresser un état des lieux de la médiation, mais aussi d'analyser ce phénomène de la médiation qui ne peut se réduire à*

³⁸⁴ L. DARGENT, *op. cit.*, p. 24.

³⁸⁵ L. DARGENT, *op. cit.* p.24

*une simple technique de gestion des conflits ou à l'apparition de ce nouvel acteur qu'est le médiateur »*³⁸⁶.

488. En revanche, le rapport Magendie rappelle qu'une telle instance devrait être composée de membres de divers secteurs utilisant cet outil afin d'éviter qu'il « *s'atomise* ». Cette diversification permettrait de prendre en considération la médiation au sens large, quel que soit son domaine d'application. L'essentiel serait donc de garantir des normes minimales de qualité. Le livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial précise ainsi que, bien que flexibles, ces mécanismes doivent reposer sur des normes de qualité minimale, dont les principes directeurs de procédure. Il est ainsi énoncé : « *les ADR dans le cadre des procédures judiciaires sont encadrés par les pouvoirs publics, et se déroulent sous le contrôle du juge. Les ADR conventionnels reposent quant à eux sur des principes de procédure que les parties ont librement choisis, adhérant par exemple aux règlements de procédure qui leur sont proposés comme modèles par des associations professionnelles ou bien à travers des codes déontologiques auxquels ils souscrivent* »³⁸⁷. Une appréciation qualitative et quantitative de la mise en œuvre de la médiation permettrait ainsi de garantir des normes minimales de qualité et de réguler plus simplement cette pratique. Cette évaluation pourrait se faire pendant la médiation pour mesurer ses effets mais également après sa réalisation³⁸⁸.

489. D'autre part, il en est de même concernant l'évaluation du médiateur et de sa mise en œuvre du mécanisme. Celle-ci pourrait être prévue dans un délai spécifique et être effectuée soit par un organe particulier, soit par des pairs médiateurs en santé. L'objectif est ici de permettre d'uniformiser la pratique de la médiation et de s'assurer que les médiateurs soient constamment informés et formés aux nouveautés de la discipline. Si un ordre professionnel était créé, cette mission pourrait lui être déléguée de façon régionale. Il serait également possible d'envisager la possibilité pour les agences régionales de santé de créer

³⁸⁶ J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « Évaluation des effets des processus de médiation », *Inf. Soc.*, vol. 170, n° 2, 2012, p. 122.

³⁸⁷ *Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial*, Rapport remis par LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 2002, p. 29.

³⁸⁸ Voir en ce sens : J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *op. cit.*

une mission de contrôle et d'évaluation de la médiation et des médiateurs ou bien de rattacher cet organe aux commissions de conciliation et d'indemnisation. Cette dernière option n'est toutefois pas très opportune car elle conduirait à entretenir la confusion latente entre les notions de conciliation et de médiation.

490. Il est aussi plausible de s'enquérir du rôle des assurances dans cette évaluation dans la mesure où elles y recourent et incitent de plus en plus les parties à transiger à l'amiable ou à faire appel à ces modes alternatifs de règlement des litiges. Il est peu probable qu'un rôle central soit donné aux assurances en matière d'évaluation de la médiation et des médiateurs mais il n'est pas impensable d'imaginer que celles-ci pourraient accompagner des modifications en ce sens étant donné que les assurances, dont la SHAM, font des statistiques assez précises en la matière³⁸⁹.

Section 2. Les transformations liées aux exigences déontologiques de la profession

491. Certaines transformations qui permettraient de faire évoluer le statut du médiateur et de le préciser sont inhérentes aux exigences déontologiques de la profession. Plus précisément, il faut étudier les conditions relatives à la légitimité du médiateur (paragraphe 1) et celles relatives à l'impartialité et à l'indépendance du médiateur (paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'intensification de la légitimité du médiateur

492. La légitimité du médiateur peut être considérée comme la clé de voûte du bon fonctionnement d'une médiation et sa considération se doit d'être intensifiée, accrue. Pour

³⁸⁹ Voir en ce sens : SHAM, *Synthèse du Panorama*, 2014.

que la médiation soit menée correctement, la notion de confiance doit impérativement être présente (A), son pendant étant l'exigence de neutralité du tiers (B).

A. Une exigence de confiance

493. La confiance se définit comme le « *sentiment de quelqu'un qui se fie entièrement à quelqu'un d'autre, à quelque chose* »³⁹⁰. Cette confiance doit être présente à quatre niveaux pour mener à terme la médiation : du médiateur envers les parties, entre les parties, des parties à l'égard du médiateur, de tous envers le mécanisme. Monsieur Guy Canivet expose à ce titre les différentes strates auxquelles la confiance s'applique dans la médiation : « *La médiation exige, c'est évident, la confiance dans le médiateur, la confiance en son indépendance et dans sa neutralité, tout d'abord. [...] La confiance repose aussi sur la déontologie du médiateur, une déontologie qui garantit son indépendance, sa neutralité, le respect de la confidentialité. [...] La confiance repose encore sur le savoir-faire du médiateur, son aptitude à conduire une négociation, à favoriser l'expression des parties, à les conduire à un rapprochement... [...] La médiation exige enfin la confiance dans l'adversaire, la croyance qu'il recherche effectivement une solution négociée, qu'il ne soit pas animé d'intentions frauduleuses ou dilatoires* »³⁹¹. L'étude doit être effectuée de la confiance de la partie et du tiers à l'égard du mécanisme (1) et entre les parties et le médiateur (2).

1. Une confiance indispensable à l'égard du mécanisme

494. C'est dans une dimension de confiance que doit s'exercer la médiation. Recourir à la médiation sous-entend nécessairement que les parties et le médiateur croient en la réussite de la médiation.

³⁹⁰ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

³⁹¹ G. CANIVET, *Confiance et médiation*, Paris, Place de Droit, Paris, Ordre des avocats, 2006.

495. Par exemple, aux Etats-Unis, au Japon et à Singapour^{392, 393}, le « med-arb » (« mediation-arbitration ») a eu tendance à se développer ces dernières années. Ce mécanisme consiste en un règlement initial du conflit par une médiation mais en cas d'échec, il a la possibilité d'évoluer en arbitrage. Le médiateur peut alors s'éclipser pour laisser la place à un arbitre ou assurer lui-même cette nouvelle fonction. Comme le précise Monsieur Patrick Van Leyseele, il s'agit d' « *un mode de résolution des conflits qui combine médiation et arbitrage. Le but est de tenter de résoudre un conflit à l'amiable avec l'aide d'un médiateur, tout en ayant la garantie qu'en cas d'échec de la médiation une solution sera apportée : si la phase de médiation n'aboutit pas à un accord amiable, le médiateur « se transforme » en arbitre et tranche le litige. Autrement dit : on négocie d'abord avec un tiers, et si on ne s'en sort pas, ce tiers médiateur, qui connaît déjà tous les tenants et aboutissants du conflit, statue sur le conflit et décide à la place des parties* »³⁹⁴.

496. La procédure de « med-arb » peut également s'effectuer de façon simultanée, c'est-à-dire que médiation et arbitrage seront entrepris concomitamment. Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris soutient que « *l'originalité de cette procédure réside dans la mise en œuvre simultanée des deux procédures qui se déroulent, toutefois, d'une manière indépendante l'une de l'autre. Le différend est ainsi confié à un médiateur et à un ou trois arbitres qui s'interdisent de communiquer entre eux à propos de cette affaire. L'arbitre ne rend sa sentence que 8 jours après l'expiration du délai fixé par les parties pour le déroulement de la médiation et, seulement, en cas de non conclusion d'un accord à l'issue de la phase de médiation. Ainsi, les entreprises sont assurées d'avoir, dans le temps qu'elles auront fixé, une solution amiable, grâce à la médiation, ou imposée par le prononcé de la sentence arbitrale* »³⁹⁵. Cette possibilité est née d'une demande de célérité et de discrétion

³⁹² Voir en ce sens : SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE, « The Singapore Arb-Med-Arb Clause », [En ligne : <http://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause>].

³⁹³ Voir en ce sens : SINGAPORE INTERNATIONAL MEDIATION CENTRE, « Arb-Med-Arb », [En ligne : <http://simc.com.sg/arb-med-arb/>]. Consulté le : 19 août 2015.

³⁹⁴ P. VAN LEYNSELEE, *La « med-arb » et ses dérivés - Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 834.

³⁹⁵ CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS, *Guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP*, 2006, p. 67.

notamment dans les conflits commerciaux et d'une nécessité absolue de parvenir à une solution, qu'elle soit amiable ou imposée par une sentence arbitrale.

497. Ce processus connaît des détracteurs dans la mesure où il risquerait de transformer la médiation en un simple précurseur de l'arbitrage. Monsieur Patrick Van Leynseele estime à ce titre que : *« Ce procédé paraît de prime abord extrêmement intéressant, puisqu'il favorise en premier lieu la recherche d'une solution amiable (la paix trouvée) tout en offrant la garantie d'une issue au conflit (la paix imposée). Il n'est malheureusement pas sans poser quelques questions juridiques difficiles, qui effraient les spécialistes de l'arbitrage et du droit judiciaire. Ces questions méritent une analyse. J'entends donc ici rompre une lance en faveur de ce procédé. Sans en ignorer les écueils juridiques, mais plaidant pour une recherche sans œillères. En lisant la littérature étrangère, et en particulier celle émanant des arbitragistes, je suis frappé par l'approche timorée (pour ne pas dire résolument hostile) qui règne à l'égard de la « med-arb ». S'agit-il d'un réflexe de type « corporatiste » de la part de la communauté des arbitres qui veut protéger la « pureté » de son institution ? »*³⁹⁶. Malgré ces réticences, ce mécanisme rencontre un certain succès en raison de la forte probabilité d'aboutir à une solution, qu'elle soit consentie à l'amiable ou imposée. En France, ce mécanisme n'est que peu utilisé mais dans certains pays, la jurisprudence a confirmé sa validité, tout en soulignant qu'il était possible que des risques d'impartialité ou d'apparence d'impartialité voient le jour³⁹⁷. Cette menace est également relevée au Japon³⁹⁸.

498. C'est pourquoi la confiance des parties et du tiers envers le processus est primordiale pour que celui-ci n'échoue pas. Cette nécessité est également due au fait qu'une absence de confiance à l'égard du mécanisme peut entraîner un moins grand respect du processus et

³⁹⁶ P. VAN LEYNSEELE, *op. cit.*, p. 834-835.

³⁹⁷ Hong-Kong Court of appeal, 2 décembre 2011, *Gao Haiyan v. Keeneye Holdings*.

³⁹⁸ HERBERT SMITH, « Med-Arb - an Alternative Dispute Resolution practice », *Japan dispute avoidance newsletter*, n° 113, Février 2012, p. 3. : « *There is a risk that an arbitrator's impartiality may be affected by overseeing a facilitative mediation. It may be difficult for an arbitrator not to be influenced by supposedly "without prejudice" disclosures or proposals made by the parties during the course of settlement negotiations* ».

aboutir, *in fine*, à une confusion des mécanismes et une dénaturation de la médiation. Ce sentiment doit pareillement se retrouver entre les parties et le médiateur.

2. Un lien de confiance incontournable entre parties et tiers médiateur

499. L'exigence de confiance fait écho aux principes directeurs de la médiation et doit être respectée par les parties entre elles, à l'égard du tiers et inversement. Cette nécessité constitue le corollaire de la confidentialité et du respect du secret, principalement dans le domaine de la santé.

500. La médiation étant fondée sur la volonté des parties, la confiance s'avère indispensable et le secret sert justement à asseoir cette confiance. Cette notion déontologique est née avec Hippocrate et se doit impérativement d'être respectée dans le cadre de la médiation et plus particulièrement dans le domaine de la santé qui draine des informations très personnelles. Le secret professionnel est apparu dès le début du XIX^{ème} siècle dans le code pénal et faisait référence au médecin, à l'avocat ou au prêtre. Par la suite, d'autres professions ont été intégrées, par exemple les chirurgiens, les pharmaciens, les juges ou les notaires.

501. Le législateur a ensuite considéré que cette liste ne serait pas forcément exhaustive et qu'il serait plus judicieux de modifier la rédaction des articles se rapportant au secret professionnel. La rédaction du nouveau code pénal de 1992 maintient donc le délit de violation du secret professionnel mais supprime la liste des personnes y étant tenues. C'est l'article 226-13 dudit code qui se réfère ainsi à cette notion³⁹⁹. L'article différencie quatre notions : état, profession, fonction et mission temporaire. Si la personne correspond à une de ces quatre catégories, elle sera tenue au respect du secret. L'état correspond à une activité non rémunératrice et l'exemple peut être pris d'un ecclésiastique. La profession est

³⁹⁹ Art. 226-13 C. pén. : " *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende*".

une activité dont est issue une rémunération alors que la fonction est une activité, rémunérée ou non, pour laquelle la personne est désignée par élection, tirage au sort, voie hiérarchique ; c'est par exemple le cas des jurés d'assises. Une mission, quant à elle, correspond à une activité temporaire à objectif précis telle qu'une mission d'accréditation ou d'inspection. Il apparaît donc que le médiateur est bien tenu au secret professionnel, ce qui est confirmé par le code de conduite européen pour les médiateurs : « *Le médiateur est tenu à la confidentialité en ce qui concerne l'ensemble des informations résultant de la médiation ou relatives à celles-ci, et notamment le fait que la médiation doit avoir lieu ou a lieu, sauf obligation légale ou motifs d'ordre public. Sauf obligation légale, aucune information fournie à titre confidentiel au médiateur par une des parties ne peut être communiquée sans son accord aux autres parties* »⁴⁰⁰. Cette obligation incombant au médiateur, cela permet d'établir le lien confiance. Eriger la confidentialité en obligation permet ainsi de respecter l'exigence de confiance qui est une des conditions indispensables de l'encadrement du statut du médiateur. La Cour de cassation rappelle à ce titre que « *Le processus permet aux parties de sortir du cercle juridique circonscrit par le litige et de dégager parfois une solution à laquelle le juge n'aurait pu aboutir, compte tenu du champ limité de sa saisine. Le dispositif garantit la stricte confidentialité des propos et des documents échangés pour les besoins de la médiation. Cette confidentialité s'imposant à tous il est important que, dès le début de la médiation, les parties s'engagent expressément à la respecter. Si durant le processus le médiateur acquiert la conviction que l'une ou les parties ne sont pas de bonne foi, ou ont des objectifs non conformes à la loi, il doit les avertir qu'il n'entend pas poursuivre sa mission dans ces conditions et demander au juge d'en être déchargé, sans en donner les raisons pour respecter la confidentialité* »⁴⁰¹.

B. Un impératif de neutralité

502. L'encadrement du statut du médiateur se doit d'être remanié de façon à ce que les conditions inhérentes à la profession de médiateur puissent être présentes, parmi lesquelles

⁴⁰⁰ Code de conduite européen pour les médiateurs.

⁴⁰¹ COUR DE CASSATION, « La médiation numéro hors-série », p. 11.

la neutralité. Ce principe directeur de la médiation se doit d'être respecté et érigé en véritable nécessité. Sans neutralité de ce tiers, la médiation ne pourra être dirigée correctement et n'aura pas les effets escomptés. Cet axe fondamental de la médiation doit nécessairement être intégré à une obligation du médiateur afin de garantir son statut. La neutralité du médiateur consiste principalement à ce que l'attitude du tiers soit neutre vis-à-vis de la pratique de la médiation, des parties et de la solution. En ce sens, cette conception s'accorde avec le fait que le médiateur doit guider les parties à parvenir à un accord mais ne doit en aucun cas être partie prenante à la décision.

503. Cette notion est toutefois complexe à observer car comme le remarque Madame Hélène Gebhardt : « *La neutralité, c'est-à-dire l'état de celui qui est dépourvu de croyances et qui se veut objectif, n'est-elle pas un leurre ? Nous sommes tous façonnés par nos expériences et nos valeurs. Il est extrêmement difficile de faire abstraction de ce que nous sommes ; en revanche, la neutralité, entendue comme le fait de s'interdire de manifester une préférence ou d'être conscient de ses sympathies ou antipathies, se rapproche de l'impartialité* »⁴⁰². Le rôle du médiateur consiste donc à n'être ni pour l'un ou l'autre des protagonistes mais pour que les deux trouvent une solution. Cet accord ne devra pas porter l'empreinte du tiers dans la mesure où il a vocation à agir en toute neutralité. Le médiateur ne peut donc pas juger de l'accord si les parties estiment qu'il s'agit de la solution la plus satisfaisante. Actuellement, la position du médiateur médecin peut entacher sa neutralité car son cadre de référence peut influencer sur son attitude et son appréciation. A l'occasion d'un conflit d'ordre médical, le médiateur médecin pourrait souhaiter remettre en question ladite décision s'il estime qu'elle entraîne une inégalité ou une injustice. Cette approche peut donc compliquer la mise en œuvre de la neutralité.

504. Cette notion difficilement saisissable devra s'apprécier au regard de la solution optée par les parties. La difficulté en la matière se rapproche de celle de la neutralité de l'expert ou de l'arbitre. Ces tiers doivent maîtriser leur attitude de façon à favoriser la relation entre les parties, leur raisonnement, sans qu'il soit entravé par leur avis.

⁴⁰² H. GEBHARDT, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.*, n° 106, avril 2013, p. 9.

505. Le cadre juridique actuel n'offre pas la possibilité de respecter pleinement ce principe et c'est la raison pour laquelle des modifications devraient encadrer l'activité du tiers de façon à ce que ces exigences soient appliquées en complémentarité de l'impartialité et de l'indépendance du tiers.

Paragraphe 2. La confirmation de l'étendue de l'impartialité et de l'indépendance du médiateur

506. Impartialité et indépendance du médiateur font partie de ses obligations et des principes directeurs de la médiation. La modification du statut juridique du tiers confirmera forcément l'étendue de ces notions puisqu'elles constituent des exigences irréductibles (A) et une réponse efficace aux conflits d'intérêts (B).

A. Des exigences irréductibles

507. Il est évident qu'il est nécessaire d'encadrer les conditions relatives à l'impartialité et à l'indépendance du médiateur. Ces exigences sont irréductibles mais il faut tout d'abord exposer la difficulté de connaissances et de lien entre la médecine et le droit : *« C'est le métier du juriste, auquel il est interdit de se prononcer en médecine. Il doit demeurer aussi prudent devant la science médicale que le médecin devant la science juridique »*⁴⁰³.

508. La difficulté en la matière tient au fait que le champ d'application de la médiation correspond au domaine médical et de façon plus étendue à celui de la santé. Cette sphère étant complexe à appréhender, les médiateurs sont choisis, entre autres, en raison de leur connaissance du secteur. Ceci est toutefois contestable puisqu'allier connaissance du secteur aux principes de neutralité, indépendance et impartialité peut s'avérer ardu. La comparaison est possible avec les experts.

⁴⁰³ G. MÉMETEAU, « Le juge ignorant la médecine? », *Gaz. Pal.*, n° 39, février 2014, p. 12.

509. A titre d'illustration, rappelons l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait conclu à la nullité d'une sentence arbitrale en considérant « *que le conseil de la société N. , Me L. était au temps de l'arbitrage collaboratrice du cabinet F. ; que même à admettre qu'elle représente des intérêts de la société N. en son nom personnel et non comme collaboratrice du cabinet F. et qu'elle n'ait pas eu personnellement de liens avec M X, la circonstance que celui-ci ait ou ait eu des liens d'intérêt avec le cabinet d'avocats dont Me L. est collaboratrice créait une obligation de révélation à laquelle il n'a pas été satisfait ce qui a privé la société T. de l'exercice de son droit de récusation et a été de nature à faire naître dans son esprit un doute raisonnable sur les qualités d'impartialité et d'indépendance de cet arbitre* »⁴⁰⁴. Cette décision avait fait l'objet de vives réactions en raison des conséquences qu'elle impliquait sur le choix des arbitres, d'autant plus qu'il est fréquent que les arbitres et les avocats se rencontrent occasionnellement, leur nombre étant relativement restreint. Cet arrêt a finalement été cassé et annulé par la Cour de cassation qui a considéré que sans étayer les éléments de nature à provoquer chez les parties un doute raisonnable quant à l'impartialité de l'arbitre, la solution retenue initialement ne pouvait être appliquée⁴⁰⁵. Ceci pourrait faire l'objet d'une analyse similaire lorsque des médiateurs rencontrent régulièrement des praticiens de santé.

510. Cela pose également le problème de la récusation. Il s'agit d'une notion non définie par le législateur, qui a été déterminée par la doctrine et la jurisprudence et qui correspond à « *l'institution en vertu de laquelle un plaideur entend faire écarter du tribunal pour le jugement de son affaire l'un [ou plusieurs] juges qui pourraient manquer d'impartialité* »⁴⁰⁶. L'arbitre peut par exemple être récusé. Habituellement, le droit français apprécie les causes de récusation d'un arbitre comme celles affectant un juge étatique⁴⁰⁷. En revanche, au sujet de la médiation, aucune récusation n'est prévue en cas de manquement à l'impartialité, la neutralité et l'indépendance. La jurisprudence précise simplement que l'appréciation du

⁴⁰⁴ CA Paris, 10 mars 2011.

⁴⁰⁵ Cass. Civ. 1ère, 10 octobre 2012, n°11-20.299.

⁴⁰⁶ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, tome 1, Paris, Sirey, 1961, p. 675.

⁴⁰⁷ CA Paris, 1ère ch., sect. suppl., 21 mai 1987.

comportement médical appartient au médecin, seul dans la capacité d'analyser les problèmes relevant de son art⁴⁰⁸.

511. Il n'est donc pas évident de trouver un compromis entre un tiers connaissant la discipline et un tiers totalement impartial et indépendant, par rapport aux parties et à l'accord trouvé. Comme l'expose le code de déontologie du médiateur, le point principal est que ce tiers doit être détaché de toute pression extérieure ou intérieure, même si un lien de subordination existe. Le tiers ne devra pas non plus privilégier l'un des protagonistes.

512. Le médiateur devrait donc s'engager à refuser, suspendre ou mettre fin au processus dès lors qu'il est confronté à un élément empêchant un exercice indépendant et impartial tel que des liens personnels ou professionnels avec l'une des parties. Ce dernier devra s'assurer de n'avoir aucun intérêt financier dans la procédure, ni avoir déjà agi pour l'une ou l'autre des parties. De cette façon, si le médiateur s'engage à respecter ces conditions, la médiation sera arrêtée si l'un des critères n'est pas présent et sera menée par un autre médiateur. Concrètement, le médiateur pourrait formellement s'engager dans le cadre d'une convention écrite, garantissant ces conditions d'impartialité et d'indépendance. Si tel n'est pas le cas, il aurait la possibilité d'être récusé ou de refuser la médiation. Ceci permettrait d'accroître la sécurité juridique. L'exemple qui éclaire particulièrement ce type de situation est celui du médiateur, médecin ou non, de l'établissement qui connaît donc les professionnels de santé et la structure. Dans ce cas précis, le risque de partialité augmente considérablement.

513. Du côté des médiateurs, il s'agit d'une problématique fréquemment avancée mais les avis sont partagés. Certains considèrent que l'appartenance à l'établissement permet d'appréhender correctement les problèmes tout en conservant une certaine objectivité. Ils estiment que leur connaissance des services et de la structure permet de rassurer et d'établir un climat de confiance propice au bon déroulement de la médiation. D'autres allèguent que cela peut présenter une difficulté de partialité. Il serait alors possible d'envisager un corps de médiateurs indépendants, pas nécessairement médecins. Un corps de médiateurs professionnels indépendants, dûment formés, permettrait de pallier ces

⁴⁰⁸ Voir en ce sens : CA Besançon, 16 octobre 1912: DP 1914, p. 88. Cass. Crim., 24 octobre 1973: JCP G 1973, 395. G. MÉMETEAU, *op. cit.*

difficultés. L'organisation au sein d'un ordre permettrait également d'organiser les médiations de façon à ce qu'aucun médiateur appartenant ou ayant appartenu à un établissement ne soit en charge d'une médiation en rapport avec la structure. Ceci est par exemple le cas pour les experts judiciaires et permettrait assez aisément d'éviter ce type de situation. Il sera également envisageable que ces médiations soient menées en binôme par deux médiateurs : un médiateur de l'établissement et un médiateur extérieur, comme cela s'effectue par exemple aux Hospices Civils de Lyon⁴⁰⁹. Cette hypothèse permet donc une garantie supplémentaire dans la mesure où un médiateur externe à l'institution est présent. La survenance d'un conflit d'intérêts semble donc diminuée par l'utilisation de cette technique.

B. Une réponse efficace aux conflits d'intérêts

514. Eriger ces conditions en véritables obligations permettrait sans conteste de lutter contre les conflits d'intérêts qui peuvent s'avérer fréquents en la matière. Cette notion délicate se doit d'être approfondie (1) de façon à considérer des palliatifs opportuns (2).

1. La complexe notion de conflit d'intérêts

515. Cette notion a été abordée mais demeure toutefois délicate à saisir, comme le souligne Monsieur Nicolas Molfessis : « *Rétifs à une approche objective et à tout le moins uniforme, les conflits d'intérêts sont aussi pluriels qu'ils semblent pouvoir embrasser les situations les plus diverses. Plus encore, si on les stigmatise, c'est parce qu'on les présume source d'iniquités, facteurs de détournements de pouvoirs voire de corruption. Comment*

⁴⁰⁹ HOSPICES CIVILS DE LYON, « Voies de réclamations et de recours », [En ligne : <http://www.chu-lyon.fr/>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

circonscrire alors ce qui vient à notre entendement par perception et provoque en nous la suspicion ? »⁴¹⁰.

516. Le Conseil de l'Europe en a donné une définition pour les organismes publics : « *Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles. L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis ou de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujéti* »⁴¹¹. Une personne sujette à une telle situation est donc susceptible d'agir partialement. C'est pour cette raison qu'en 2003, l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a mis en place au niveau international, un outil de gestion des conflits d'intérêts. Cet organisme définit le conflit d'intérêts comme : « *toute situation professionnelle dans laquelle le pouvoir d'appréciation ou de décision d'une personne, d'une entreprise ou d'une organisation, peut être influencé ou altéré, dans son indépendance ou son intégrité, par des considérations d'ordre personnel ou par un pouvoir de pression émanant de tiers* »⁴¹².

517. En France, il n'existait pas de définition légale de cette conception mais uniquement l'article 432-12 du code pénal qui sanctionne la prise illégale d'intérêts⁴¹³. La notion

⁴¹⁰ N. MOLFESSIS, « Conflits d'intérêts: vers un changement de culture », Supplément n°52, décembre 2011, p. 1.

⁴¹¹ Conseil de l'Europe, Recommandation n°R (2000) 10 du Comité des ministres sur les codes de conduites pour les agents publics, 11 mai 2000.

⁴¹² « [Www.oecd.org/document/46/0,3343,fr](http://www.oecd.org/document/46/0,3343,fr) », .

⁴¹³ Art. 432-12 Al. 1er CP: " Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le

« d'intérêts de nature à compromettre l'indépendance » a finalement fait son apparition en 2002 dans le code de la santé publique afin de « garantir l'indépendance de l'activité des commissions administratives et l'impartialité des experts qui formulent des avis pour l'administration »⁴¹⁴.

518. Ceci permet donc d'éclairer les contours relativement flous de la notion. Dans le domaine de la santé, cette idée a par exemple été avancée relativement aux experts, à la recherche et à l'industrie pharmaceutique.

519. Monsieur Denis Lequai expose les conflits d'intérêts pouvant avoir lieu pour les experts et estime qu'une telle situation existe dès lors que l'appréciation de l'expert est susceptible d'être influencée par des avis ou des faits et favoriser ainsi des doutes quant à sa neutralité, son indépendance et son impartialité. Ces principes s'entendent quant aux parties mais également par rapport aux causes. Il estime ainsi que s'il semble que ce tiers soit dans une telle position, les parties ou lui-même doivent en référer de façon à lever toute ambiguïté⁴¹⁵. L'intérêt personnel considéré peut être direct ou indirect. Cela signifie qu'il peut concerner l'intérêt propre de la personne seule, l'intérêt d'un de ses proches ou bien un intérêt professionnel, politique, économique. Jusqu'en 2002, le non respect par l'expert de ses devoirs d'indépendance et de probité permettait d'identifier les conflits d'intérêts et de les sanctionner, jusqu'à ce que cette notion voit le jour dans le code de la santé publique.

520. Comme le souligne Madame Anne-Marie Duguet, ces conflits d'intérêts peuvent aussi exister dans la recherche médicale⁴¹⁶ puisque « les chercheurs qui présentent leurs travaux

paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction".

⁴¹⁴ A.-M. DUGUET, « Conflits d'intérêts et expertises dans le domaine de la santé : l'annulation par le Conseil d'État d'une recommandation de l'HAS », *Méd Droit*, vol. 2012, n° 112, janvier 2012, p. 10-15.

⁴¹⁵ D. LEQUAI, *Guide de bonnes pratiques de l'expertise judiciaire - Recommandations sur les articles 275 et 276 du Code de procédure civile*, 2011.

⁴¹⁶ Voir en ce sens : A.-M. SAVARD, « Les conflits d'intérêts en recherche au Canada au sens de l'Enoncé de politiques des trois Conseils », in *Les conflits d'intérêts à l'hôpital public*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2015, p. 161-188.

dans les congrès internationaux ou les soumettent à des revues scientifiques sont sollicités pour faire préalablement une déclaration de conflits d'intérêts, notamment vis-à-vis des firmes pharmaceutiques qui participent au financement de la recherche »⁴¹⁷.

521. Les interrogations en la matière sont toutefois applicables aux médiateurs en santé au regard de leur statut actuel. Celui-ci n'étant pas encadré de façon suffisamment stricte, il ne permet pas d'empêcher de telles situations et pourrait même en favoriser certaines. Le médiateur en santé, médecin ou non, appartient ou a appartenu à l'établissement partie à la procédure et/ou appartient aux pairs professionnels de santé. De cette façon, il peut arriver que son appréciation et son attitude soient influencées par des convictions ou des considérations d'ordre personnel. Il est fréquemment avancé par les patients ou leurs familles qu'un médiateur médecin prend davantage partie pour les professionnels de santé, appartenant lui-même à cette catégorie professionnelle, même si cela est inconscient. Il peut également être argué du fait que le médiateur appartenant ou ayant appartenu à un établissement sera sujet à des pressions d'ordre hiérarchique et pourrait donc être influencé dans sa manière de guider le processus de médiation. Il est extrêmement difficile d'évaluer ces conflits d'intérêts potentiels lorsqu'ils ne sont pas d'ordre économique car ils font appel à des notions abstraites et bien souvent inconscientes.

522. Néanmoins, il est possible de mettre en place un certain nombre d'outils permettant de prévenir ce risque pouvant toucher la médiation dans le domaine médical.

2. Les palliatifs des conflits d'intérêts

523. En médiation, le tiers se doit d'être indépendant, impartial, neutre et de respecter la confidentialité. Cependant, l'impartialité du médiateur est une question récurrente en France puisqu'il peut être médecin ou non médecin et n'a pas de statut à proprement parler. En effet, il n'existe pas de « corps » des médiateurs en santé ayant une formation, un statut et un salaire appropriés. Ainsi, dans un domaine aussi délicat que celui de la santé, le fait

⁴¹⁷ A.-M. DUGUET, *op. cit.*

que le médiateur ne soit pas médecin peut constituer un handicap selon la nature du dossier. A l'inverse, la qualité de médecin peut conduire à assimiler le médiateur au pair de l'une des parties, au risque d'une suspicion de conflit d'intérêts. Plusieurs outils peuvent permettre de pallier ce type de situation.

524. La première étape consiste à identifier les domaines sujets à ces risques. Ce conflit d'intérêts peut donc survenir si le médiateur est professionnel de santé, s'il a exercé ou exerce dans l'établissement, s'il connaît l'une des parties. La déontologie permet la prévention de ces situations en fixant des règles strictes et des principes fondamentaux à appliquer. Comme le souligne Monsieur Jean-Marc Sauvé : « *La prévention des conflits d'intérêts [...] implique de retenir une approche concrète et pragmatique, qui tienne compte de la réalité des fonctions exercées, des intérêts en cause, de leur intensité et de leurs effets potentiels, plutôt qu'une approche abstraite et désincarnée, dont la mécanique implacable serait source de rigidité et d'incompréhensions* »⁴¹⁸.

525. Il pourrait également être mis en place un système d'incompatibilité de fonctions en encadrant strictement le cumul de fonctions ou d'activités. Il serait possible d'exiger qu'un médiateur exerçant dans un établissement, ne puisse être médiateur que pour un autre établissement ou qu'il mène les médiations de concert avec un tiers extérieur à la structure. L'éventualité de signer une déclaration d'intérêts peut aussi s'avérer intéressante, d'autant plus qu'il s'agit d'une pratique courante dans le domaine de la santé. La Haute Autorité de Santé a d'ailleurs établi un guide de déclarations d'intérêts et de gestion de ce type de conflits⁴¹⁹.

526. L'éventualité de mise en place d'un ordre avec des professionnels formés et rémunérés comme de véritables professionnels permettrait aisément de pallier ces conflits d'intérêts puisque le respect de l'impartialité, de la neutralité et de l'indépendance serait beaucoup plus aisée, n'appartenant ni à l'établissement, ni au corps médical ou paramédical. C'est en cela que l'établissement d'un ordre professionnel serait indispensable.

⁴¹⁸ Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique - Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport remis par J.-M. SAUVÉ, 2011.

⁴¹⁹ HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Guide des déclarations d'intérêts et de la gestion des conflits d'intérêts*, 2013.

527. Des mesures de prévention sont également nécessaires de façon à sensibiliser les différents acteurs et accentuer la transparence de leurs actes. Ceci confirme donc la nécessité de mettre en place un véritable statut du médiateur avec des conditions strictes d'accès et de nomination. Il faut aussi ériger les principes directeurs de la médiation en obligations de façon à éviter ces dérives et une mise en œuvre du mécanisme faussée au regard d'intérêts personnels.

Conclusion du chapitre 1

528. La délimitation du statut du médiateur en santé apparaît, à ce jour, indispensable puisque le constat a été effectué que certaines des défaillances du mécanisme de médiation étaient directement liées à cette absence de véritable statut du tiers. Le remaniement qui doit être effectué a deux aspects : les exigences liées à la fonction de médiateur et celles liées à la déontologie du tiers.

529. Concernant les premières, il semble essentiel de mettre en place une formation spécifique à la profession de médiateur de façon à ce que celui-ci acquiert des compétences relatives spécifiquement à la médiation et, plus largement, à des disciplines telles que la sociologie, la psychologie ou la médecine. L'établissement d'une telle formation obligatoire permettra une uniformisation des compétences et connaissances des médiateurs. De ce fait, une fois formés et agréés, les tiers auront la possibilité d'être désignés. Il pourrait également être prévu que les tiers soient organisés en un ordre professionnel, rémunérés et régulièrement évalués. Cet encadrement du statut du médiateur érigerait donc le tiers en véritable professionnel et permettrait de garantir sa neutralité, son indépendance et son impartialité.

530. Les secondes transformations envisagées sont liées aux exigences déontologiques de la profession et tendent à intensifier la légitimité du médiateur et confirmer l'étendue de son indépendance. Il est en effet indispensable que la confiance ait une place croissante au cours de la médiation, celle-ci devant exister des parties envers le tiers, des parties et du tiers envers le mécanisme et entre les parties. Ces précisions du statut du médiateur mettront en évidence les indispensables principes de confiance, de neutralité, d'impartialité et d'indépendance du tiers médiateur et permettront de les garantir effectivement. Ceci pourra donc permettre de répondre efficacement à l'éventuelle survenance de conflits d'intérêt et de rendre le mécanisme plus efficace en augmentant de façon croissante son taux de réussite.

531. L'émergence d'un véritable statut juridique clairement défini du médiateur semble donc être l'élément central du remaniement du régime de médiation. Elle permettra de

garantir ses principes directeurs et de rendre le mécanisme véritablement efficace et efficient.

Chapitre 2. Médiation et droit processuel : étude prospective d'un lien indispensable

532. Au sujet du déroulement du processus de médiation, le Conseil d'Etat dans une étude portant sur les développements de la médiation dresse un panorama des critères relatifs au bon déroulement de ce processus⁴²⁰.

Ces éléments sont les suivants :

- la qualité de la médiation
- le recours à la médiation
- le caractère exécutoire des accords issus de la médiation
- la confidentialité de la médiation
- les effets de la médiation sur les délais de prescription

533. Ces caractéristiques sont essentielles, c'est pourquoi le droit processuel a un rôle important à jouer pour garantir l'efficacité de la médiation, tout en maintenant ses principaux attributs. Celui-ci permettrait en effet de fixer les formalités de la procédure de médiation de façon à la rendre efficace et harmonisée dans les multiples applications au sein du domaine médical.

534. L'étude de la médiation dans le domaine de la santé est nécessairement prospective dans la mesure où elle est sujette à des évolutions. Elle peut se faire à la lumière de l'éventuel établissement d'un protocole de médiation en santé (section 1) et par l'encadrement du processus (section 2).

⁴²⁰ J.-M. SAUVÉ, *Le Conseil d'Etat Les développements de la médiation*, 2011.

Section 1. L'établissement éventuel d'un protocole de médiation en santé

535. Au regard de l'utilisation contemporaine de la médiation dans le domaine de la santé, la question de l'établissement éventuel d'un protocole de médiation peut apparaître mais il faut s'interroger sur son véritable intérêt et sur la nature du lien inévitable pouvant être effectivement réalisé entre le droit processuel et la médiation (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La remise en question de l'intérêt de « protocoliser » la médiation

536. « Protocoliser » signifie établir un protocole. En raison des disparités existantes entre les différents types de médiations et les différentes façons d'appliquer ce processus dans les établissements de santé, la question de la « protocolisation » de la médiation mérite d'être traitée. Il faut donc s'intéresser aux avantages que cela représenterait (A) mais également aux dérives sous-jacentes à ces transformations (B).

A. Des avantages certains

537. La mise en place d'un protocole préétabli de médiation présenterait plusieurs atouts. Un des indéniables bénéfices de la mise en œuvre d'un tel accord est tout d'abord celui de l'uniformisation des techniques de médiation pour que ce mécanisme soit appliqué de façon homogène selon les établissements. Cela signifie que le déroulement du processus se ferait selon des étapes successives clairement identifiées, dans un ordre précis, en respectant des délais fixés.

538. Un tel aménagement permettrait également d'intégrer les principes directeurs de la médiation et ses valeurs telles que la neutralité, l'impartialité, l'indépendance du tiers médiateur, la confidentialité des données abordées durant la médiation, la formalisation de l'accord ; et de les ériger en véritables obligations pour le tiers et les parties. Bien que ces principes soient reconnus, prévus par la déontologie, l'existence d'un protocole leur donnerait une valeur juridique supérieure et éventuellement une force contraignante.

539. La question se pose ensuite de savoir si un seul protocole de médiation pourrait être appliqué à toute médiation ? En l'espèce, la réponse est plus délicate dans la mesure où le domaine de la santé est très vaste et confronté à des problèmes extrêmement divers voire totalement différents. Ainsi, un seul protocole de médiation pourrait-il être appliqué à toute situation conflictuelle ? La comparaison peut être prise avec les protocoles médicaux qui, eux, sont adaptés à chaque type de chirurgie, de maladie, etc. Il faudrait donc que la procédure envisagée soit suffisamment précise pour encadrer la médiation mais aussi suffisamment large pour englober toutes sortes de médiations. Ceci est le leitmotiv du remaniement du régime juridique de la médiation puisqu'il faut l'encadrer pour la rendre valable et efficace tout en lui permettant de conserver sa ductilité caractérisant ce mode alternatif de règlement des différends. Ainsi, la mise en place d'un tel protocole de médiation pourrait permettre une meilleure garantie de certains principes et droits mais il faudrait également envisager des « sous-protocoles » de façon à l'appliquer correctement à chaque situation puisque la souplesse de ce mécanisme en fait la clé de voûte de sa réussite.

540. Se pose alors la question de la forme que pourrait prendre ce protocole. L'hypothèse la plus probable est qu'il s'agisse d'une convention conclue entre les parties et le médiateur. Celle-ci établirait donc les étapes à suivre et surtout les principes à respecter tout au long du mécanisme et même *a posteriori*. Un tel protocole devrait bien entendu être adapté au cas par cas, d'où la difficulté de mise en place de cet encadrement. D'autant plus qu'un autre problème devant être soulevé est celui de la garantie du respect du protocole et de son éventuelle sanction en cas de non-respect. La sanction pourrait être de faire échec au processus en ce qui concerne les parties et pour ce qui concerne le médiateur, elle pourrait être d'ordre disciplinaire.

541. Afin que cette procédure permette un recours plus systématique à la médiation et donc une efficacité supplémentaire du mécanisme, le Groupement européen des magistrats pour la médiation propose que les juges aient le pouvoir d'enjoindre les parties de s'informer sur la médiation. Ce groupement soumet l'idée d'une incitation financière en modifiant l'article 700 du code de procédure civile comme suit : « *la partie à l'instance qui refuse de s'informer sur la médiation lorsqu'elle est proposée par le magistrat ne pourra pas prétendre au bénéfice de cet article* » ou « *la partie à l'instance qui refuse de s'informer sur la médiation lorsqu'elle est proposée par le magistrat pourra être privée par ce dernier du bénéfice de cet article* »⁴²¹. Cette inspiration n'est pas directement liée à la médiation en santé mais peut s'avérer intéressante en émettant la possibilité d'établir une obligation de recourir à la médiation en amont du contentieux. Ceci aurait l'avantage de démocratiser ce mécanisme et de le rendre connu du grand public. Cette hypothèse pourrait permettre d'éviter un certain nombre de procès en désamorçant des conflits avant que ceux-ci débutent. L'impact pourrait être réel en termes de désengorgement des juridictions et de valorisation du mécanisme. Toutefois une telle modification entraînerait du surcroît une augmentation considérable du nombre de recours auprès des médiateurs, qui auraient du mal à faire face à une augmentation si subite. C'est la raison pour laquelle une mise en place obligatoire si systématique est peu probable dans l'immédiat mais une incitation à la médiation avant le procès serait fort appréciable.

542. Il est également impératif de distinguer un protocole de déroulement de la médiation de ce que l'on appelle parfois le « protocole de médiation » et qui a en fait la valeur de l'accord de fin de médiation. En effet, ce protocole de médiation peut désigner ce qui formalise l'accord des parties et leur solution qui pourra être homologuée par le juge. En l'occurrence, le protocole de déroulement de la médiation servirait à encadrer la procédure de façon adaptée aux parties. Cela est très prospectif mais permettrait notamment de définir les obligations de chacun, c'est-à-dire l'obligation de respect des principes fondamentaux par le médiateur, l'obligation de présence aux séances et de confidentialité pour les parties. Une telle convention permettrait même de circonscrire le processus à un

⁴²¹ *Note sur la médiation et la conciliation*, Rapport remis par LE GROUPEMENT EUROPÉEN DES MAGISTRATS POUR LA MÉDIATION, 2014, p. 3.

différend clairement défini. Il est également important que le processus volontaire, point essentiel en la matière, soit souligné dans ce protocole. De façon plus pratique, il devra également préciser la durée prévue pour cette procédure et les éventuels honoraires.

543. Par conséquent, la mise en place d'un tel protocole de médiation entre le tiers et les parties permettrait de garantir la sécurité juridique et d'appliquer le régime de médiation de manière adaptée à chaque type de conflit.

B. Des dérives sous-jacentes

544. Malgré les indéniables avantages que présenterait la mise en œuvre d'un protocole de médiation, des dérives sont à envisager. Tout d'abord, la seule mise en œuvre d'un protocole de médiation entre les parties n'est pas suffisante, il faut qu'une modification du régime juridique de ce mécanisme la précède. Dans l'hypothèse où le statut du médiateur serait modifié de façon à respecter les principes fondamentaux et les valeurs de la médiation, l'encadrement de ce mécanisme sera amené à évoluer. Le protocole de médiation pourrait ainsi avoir un rôle d'adaptation du régime au cas par cas. Ce document servirait à garantir le cadre légal du régime tout en offrant une adaptabilité selon les parties et le type de conflit. Or, à l'évidence, le protocole seul ne peut suffire à encadrer correctement le processus et surtout à uniformiser la médiation.

545. Il faut également souligner le fait qu'une protocolisation trop stricte de la médiation reviendrait à enrayer le processus puisque celui-ci tire sa force de sa malléabilité. Si la médiation devient trop encadrée, elle perdra en souplesse. Or, ce mode alternatif de règlement des différends se caractérise par sa ductilité ; sans cette dimension, son intérêt est moindre. C'est cette caractéristique principale qui permet de l'employer aisément pour résoudre tout type de conflit et de faire du champ médical un parfait terrain d'application. Cette recherche du juste équilibre entre l'encadrement de ce mode alternatif pour qu'il devienne plus efficace et adapté à la santé et sa non dénaturation est très complexe et fragile.

546. Un autre écueil qui pourrait être rencontré dans la mise en place systématique d'un protocole de médiation serait d'entraîner des confusions supplémentaires avec d'autres mécanismes qui sont plus encadrés et font déjà l'objet d'un tel protocole, comme la conciliation par exemple. L'objectif de réhabilitation et revalorisation de la médiation en santé, n'aurait ainsi pas la certitude d'être atteint.

547. Une interrogation intéressante consiste à prendre en considération les conflits qui mettent en présence de nombreuses parties. Tel est par exemple le cas lorsqu'un patient a été pris en charge dans plusieurs établissements ou dans plusieurs services d'une structure ou auprès d'établissements et de professionnels exerçant une activité libérale. Ce problème est connu des juridictions qui acceptent la mise en cause de plusieurs parties ayant été des maillons du parcours de soins mais en terme de médiation, ceci n'est pas prévu. Une telle perspective serait envisageable si les médiateurs étaient constitués en ordre professionnel puisque cette instance aurait la possibilité d'ordonner une médiation par un ou plusieurs médiateurs extérieurs aux établissements ou professionnels faisant l'objet d'une réclamation. Ceci serait opportun pour dénouer totalement le conflit plutôt que de mener plusieurs médiations concomitamment avec différents médiateurs. Une telle idée réaffirme le besoin de modification du statut du médiateur pour que celui-ci puisse être un tiers extérieur désigné à cet effet ou qu'il s'agisse d'un collège de médiateurs. C'est pourquoi le droit processuel et la médiation doivent être associés.

Paragraphe 2. L'inévitable association du droit processuel et de la médiation

548. Le remaniement du régime juridique de la médiation, du statut du médiateur et de sa procédure, implique nécessairement une étroite association entre le mécanisme et le droit processuel puisque cette branche du droit régit les diverses procédures. Ceci devrait permettre de garantir les principes directeurs de la médiation (A) et d'éventuellement mettre en place un véritable guide de ce mode alternatif de règlement des différends dans le domaine de la santé (B).

A. La garantie de l'application adéquate des principes directeurs

549. Des principes fondamentaux inhérents à la médiation existent et peuvent être considérés comme le point commun à toute médiation, même si ces mécanismes ne sont pas appliqués de façon uniforme actuellement dans le domaine de la santé. Leur garantie et leur respect sont essentiels et le droit processuel peut permettre de leur donner une réelle valeur juridique. La doctrine souligne en effet que « *dès lors que les règlements amiables s'institutionnalisent et tendent à devenir un mode normal de règlement des différends, ils se procéduralisent et appellent naturellement l'application d'un minimum de principes* »⁴²².

550. Un parallèle peut être effectué avec la médiation judiciaire au sujet de laquelle Monsieur Loïc Cadiet considère que la déontologie peut permettre d'assurer l'équité des négociations : « *Les modes de solution dits amiables posent en effet la question centrale du respect des droits fondamentaux des parties [...]. Les parties en litige ne sont pas forcément égales, n'ont pas forcément la même compétence technique ou la même puissance économique. Comme pour n'importe quel autre contrat, ce rapport inégal des forces peut conduire à un résultat injuste, l'une des parties imposant en fait sa solution du différend à l'autre. [...] Des garanties sont donc nécessaires pour prévenir les déséquilibres possibles* »⁴²³. Comme l'expose Madame Julie Joly-Hurard, « *s'interroger sur les garanties déontologiques susceptibles d'assurer l'équité des procédures de conciliation et de médiation judiciaires revient à s'interroger sur les principes directeurs qui leurs sont applicables* »⁴²⁴.

551. A l'heure actuelle, ces principes existent et sont appliqués mais il est nécessaire de s'interroger sur leur valeur juridique et leur force contraignante ou non. Ces notions sont

⁴²² S. GUINCHARD, M. BRANDAC, X. LAGARDE[et al.], *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2003.

⁴²³ L. CADIET, « Une justice contractuelle, l'autre », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 177-199.

⁴²⁴ J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

appliquées au regard de la déontologie mais n'ont pas réellement de force contraignante. Cette idée de force contraignante ou de force obligatoire est issue du droit des contrats. Il s'agit d'un principe issu de l'article 1134 du code civil qui dispose : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cette notion d'apparence simple a pourtant connu des interprétations différentes au fil du temps. Il est essentiel de distinguer la force obligatoire du contrat et le contenu obligationnel du contrat. Ce qui nous intéresse en l'espèce est davantage la valeur juridique des principes contenus dans la convention que celle du protocole lui-même. Le protocole, s'il est établi, devra nécessairement répondre au droit des contrats et les principes qu'il contient s'érigeront alors en obligations contractuelles devant être respectées par les parties.

B. La mise en place plébiscitée d'un guide

552. La mise en place d'un véritable guide de médiation est très plébiscitée par les médiateurs en santé. Deux instants doivent retenir notre attention : le déroulement même de la médiation (1) et la finalité de celle-ci, à savoir l'accord de médiation (2).

1. Une chronologie spécifique

553. Le droit processuel fixe l'ensemble des formalités devant être observées dans le déroulement d'une procédure. Cette branche du droit est donc essentielle en considérant le remaniement nécessaire pour revaloriser la médiation en santé. Il permettrait ainsi d'établir des règles de droit précises concernant le déroulement de la procédure ou, tout au moins, la mise en place d'un guide de médiation en santé.

554. Dans son rapport de 2010, le Conseil d'Etat donne des critères processuels inhérents aux concepts de médiateur et de médiation. Après les avoir redéfinis, il énonce que la médiation doit satisfaire à trois critères et présenter trois garanties. Ces critères sont « *l'existence d'un différend à caractère individuel, qui oppose deux ou davantage de parties ; [...] une démarche volontaire et continue des parties pour tenter de régler à l'amiable ce*

différend, ce qui implique la possibilité pour celles-ci d'y mettre fin à tout moment et sans avoir à en justifier et l'absence d'obligation de résultat du processus de médiation. [...] un processus « structuré » ce qui signifie un minimum de formalisme dans le déroulement de la médiation et de garanties apportées aux parties quand au déroulement de ce processus »⁴²⁵. Ces garanties sont « la diffusion transparente d'informations par le médiateur à une partie, au nom de « l'égalité des armes », et ce avec l'accord de l'autre partie ; [...] la confidentialité des informations résultant de la médiation ; [...] la possibilité, pour l'accord issu de la médiation, d'être homologué et rendu exécutoire par un juge national et, par suite, d'être reconnu comme tel dans les autres Etats membres de l'Union européenne »⁴²⁶. Bien que ce rapport ne se rapporte pas de façon spécifique à la médiation en santé, il fait apparaître la nécessité de mise en place d'éléments processuels permettant de garantir l'efficacité du mécanisme et la sécurité juridique des parties.

555. Il serait ainsi essentiel de fixer les différentes phases de la médiation. En ce sens, la Cour de cassation établit qu'il existe trois étapes dans ce processus : la première consiste en l'expression des positions de chaque partie puis de l'assurance qu'elles se sont bien comprises mutuellement. La seconde correspond à la détermination des intérêts et des besoins de chacun et la compréhension de ceux-ci par la partie adverse. La troisième et dernière permet de dégager une solution pouvant satisfaire les parties. La Haute juridiction précise que tout au long de ce processus, le médiateur a un rôle central : « *le médiateur, en plein accord avec les participants, mène ces phases en présence de toutes les parties ou séparément ; il s'accorde avec les parties entendues séparément sur ce qu'il peut rapporter aux autres ; il doit apporter un soin tout particulier à transmettre avec la plus stricte objectivité ce qu'il a été autorisé à relater* »⁴²⁷. Quant à elle l'Agence régionale de santé d'Ile de France propose un guide de médiation en exposant son déroulement. Celle-ci doit être précédée d'une phase de préparation qui consiste en la prise de contact du médiateur et des parties et de la fixation du lieu et du moment de la rencontre. Le médiateur devra ainsi étudier préalablement la réclamation de façon à trouver un lieu adapté aux échanges

⁴²⁵ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 22.

⁴²⁶ *Ibidem*.

⁴²⁷ COUR DE CASSATION, « La médiation numéro hors-série », p. 11.

confidentiels car « *le cadre dans lequel se déroule la médiation joue un rôle essentiel pour instaurer la confiance. Le lieu de la rencontre doit être connu et visible et de préférence dédié à la médiation, pour bien signifier l'impartialité du médiateur et souligner aux usagers l'importance reconnue de sa missions* »⁴²⁸. L'agence met ainsi en avant l'importance du lieu de médiation qui a une part prépondérante dans le processus, pour démontrer sa neutralité, il pourrait être envisagé que des lieux spécifiques soient mis à disposition notamment dans les ARS, de façon à éviter que ces salles se situent dans les établissements où les conflits sont nés. Vient ensuite la rencontre qui scelle le commencement de la médiation. Fréquemment, dans le champ étudié, cette rencontre ne se fait pas et le tiers rencontre séparément les parties alors que cette confrontation est essentielle pour qualifier le processus de médiation et pour mener correctement la procédure. Il est également possible, si la situation se révèle extrêmement conflictuelle, d'organiser un système de navettes entre le médiateur et chaque partie mais ceci est extrêmement difficile à mettre en place au regard du statut du médiateur qui ne doit pas proposer de solution mais amener les parties à en trouver une elles-mêmes.

556. Notons que le législateur n'a rien précisé en ce qui concerne la présence de membres extérieurs aux parties comme le médecin traitant ou un membre de la famille et il n'est pas utile de s'y opposer. Cependant, le patient doit être informé que des éléments médicaux et personnels pourront être divulgués lors des entretiens de médiation. Cette présence d'un accompagnant semble donc possible mais doit être acceptée par toutes les parties et par le médiateur et celle-ci sera également soumise à la confidentialité. Il faut souligner que cette présence d'un accompagnant est souvent requise par les parties mais peut aussi l'être par un professionnel de santé ou par un médiateur qui souhaiterait mener de concert la médiation. Rien n'interdit ces présences mais il est essentiel qu'elles soient acceptées par tous.

557. L'ARS dans son guide énumère précisément comment doit se dérouler la rencontre et explique que le médiateur doit accueillir les parties, se présenter, les présenter, rappeler le cadre éthique de la médiation et les divers principes à respecter, préciser la procédure auprès de la CRUQPC, puis à écouter les requêtes des parties, il doit reformuler, clarifier de

⁴²⁸ ARS ILE DE FRANCE, *La médiation médicale en établissements de santé*, 2012, p. 13.

façon à « *renforcer la compréhension réciproque* »⁴²⁹ puisque l'objectif est d'aboutir à une solution convenant aux protagonistes. La nécessité de structurer ce processus est unanime et ces différentes étapes permettent d'entrevoir la procédure applicable en la matière. Madame Michèle Pekar, Monsieur Alain Lempereur et Madame Paola Cecchi-Dimeglio ont étudié la négociation et la médiation et retiennent trois temps : commencer, continuer et conclure : « *qu'une négociation ou qu'une médiation ne comporte qu'une session ou s'articule au contraire sur plusieurs, voire de si nombreuses qu'il est difficile d'en prédire le terme, là encore, il faudra articuler trois moments de manière générale, mais également particulière, lors de chaque réunion* »⁴³⁰. Ces auteurs expriment tout d'abord la nécessité d'organiser le processus pratiquement c'est-à-dire le lieu, le moment, les réunions etc. Puis, ils exposent le cheminement à suivre, à savoir l'identification des problèmes, l'invention des solutions, l'évaluation des solutions et enfin la décision.

558. Le Ministère de la Justice du Canada a établi une « check-list » comportant plusieurs étapes permettant de guider le processus de médiation. Il est ainsi proposé un manuel de préparation à la médiation. Pour ce faire, les parties doivent nécessairement accepter d'y assister et choisir ensemble un médiateur. Avec ce tiers, les protagonistes pourront établir une convention de médiation précisant les modalités de la procédure. Concernant précisément le déroulement de la médiation, douze étapes sont proposées. Le ministère précise que : « *Bien que le processus effectif de médiation puisse varier selon la fermeté des positions adoptées, la personnalité des personnes en cause et la complexité des questions, à la base, toutes les médiations réussies comportent cinq éléments obligatoires :*

- *une entente pour aller en médiation;*
- *la compréhension du (ou des) problème(s);*
- *la création d'options;*
- *la conclusion d'une convention;*

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 16.

⁴³⁰ M. PEKAR, A. LEMPEREUR et P. CECCHI-DIMEGLIO, « La valse à trois temps de toute session de négociation ou de médiation: commencer, continuer et conclure », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 387.

- *la mise en œuvre de la convention* »⁴³¹.

559. Les étapes proposées comportent douze phases. Premièrement, la phase de contacts initiaux avec les parties en cause permet entre autres d'établir la crédibilité, d'informer les parties sur la procédure, de raffermir l'engagement envers la procédure. Deuxièmement, le choix d'une stratégie pour guider la médiation de façon à pouvoir appliquer une méthode spécifique. Troisièmement, la collecte et l'analyse d'informations générales permet de comprendre le conflit, les personnalités en présence, le contexte. Quatrièmement, intervient ensuite le stade de la conception d'un plan détaillé de médiation qui aura vocation à établir les tactiques permettant les parties à s'accorder. Cinquièmement, c'est l'étape cruciale de l'établissement de la confiance et de la collaboration doit apparaître pour faciliter la communication. La sixième phase consiste véritablement au début de la médiation c'est-à-dire des négociations ouvertes. Lors de cette étape, il est impératif que le médiateur établisse des règles de conduite strictes pour éviter les débordements, tout en facilitant un dialogue constructif. La septième phase de ce parcours est constituée par la définition des problèmes, les centres d'intérêts des parties, les points à discuter et la fixation de l'ordre du jour. Huitièmement, le déroulement de la procédure est la mise en évidence d'intérêts cachés des parties en cause. Neuvièmement, suit la phase de création d'option de règlement. Cela signifie que les parties vont devoir trouver des solutions, en envisager certaines en abandonner d'autres. La dixième étape consiste quant à elle en l'évaluation des options en vue du règlement, cette évaluation porte sur la faisabilité des engagements, leur respect futur et leurs éventuels coûts. L'avant dernière phase est la négociation finale, suivie du règlement final et donc de l'accord et des étapes permettant de rendre ce règlement opérationnel.

⁴³¹ GOUVERNEMENT DU CANADA, « Ministère de la Justice - Services de prévention et de Règlement des différends », [En ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/04.html>]. Consulté le : 2 septembre 2015.

2. Les contours de l'accord de médiation

560. Concernant la décision, il est important de s'intéresser à l'accord final de médiation et à son homologation éventuelle. Monsieur Jean-Marc Sauvé souligne à ce titre que « *la sécurité juridique des accords conclus au terme d'une procédure amiable doit être préservée* »⁴³². A l'issue de la médiation, si les parties aboutissent à une solution conciliant leurs intérêts mutuels, il est possible d'établir un protocole d'accord. Ce document aura ainsi vocation à formaliser la solution élaborée et à être signé par les deux parties. Il est essentiel de se demander si le médiateur a vocation à rédiger ce protocole ou si son rôle consiste simplement à guider les parties dans cette rédaction. Les textes ne sont pas clairs en la matière et il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que le médiateur peut épauler les parties dans les termes utilisés dans l'accord mais pas en ce qui concerne la teneur même du terrain d'entente trouvé. Une fois rédigé et signé, il faut étudier la valeur du protocole.

561. Le Conseil d'Etat s'est intéressé à l'homologation de l'accord de médiation dans son rapport de 2010. Il dresse un état des lieux des juridictions compétentes pour rendre exécutoire le contenu d'un accord issu d'une médiation. C'est ainsi qu'il expose que le juge judiciaire a la faculté d'homologuer ces accords aux termes de la loi du 8 février 1995⁴³³ et de l'article 131-12 du code de procédure civile⁴³⁴. Quant au juge administratif, le rapport de la haute juridiction administrative explicite la nouveauté de cette interrogation en la matière.

562. De façon générale, le Conseil d'Etat admet l'homologation d'un accord issu d'une transaction mais en ce qui concerne la conciliation ou la médiation, rien n'est prévu à cet effet et c'est la raison pour laquelle il propose « *en matière d'homologation par le juge administratif d'un titre ayant vocation à rendre exécutoire un accord issu d'une médiation en*

⁴³² J.-M. SAUVÉ, *La médiation et la conciliation devant les juridictions administratives*, Colloque organisé par le Conseil d'Etat, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), Maison du Barreau de Paris, 2015, p. 7.

⁴³³ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011.

⁴³⁴ Art. 131-12 C. pr. civ.

matière administrative, d'insérer des dispositions nouvelles et spécifiques à la médiation et à l'accord qui en est issu, dans le code de justice administrative »⁴³⁵.

563. Monsieur Jean-Marc Sauvé souligne à ce sujet que *« la médiation n'a fait son entrée dans la partie législative du code de justice administrative qu'en novembre 2011, à la faveur de l'ordonnance de transposition d'une directive européenne. Mais, selon l'article L. 771-3 du code de justice administrative, cette procédure ne s'applique qu'aux seuls cas, rares par construction, de différends transfrontaliers et elle ne régit pas le traitement des litiges internes, contrairement aux recommandations du Conseil d'Etat [dans son rapport de 2010 précité] et à la différence de ce qui a été fait en matière civile. Pour résumer, dans le code de justice administrative, la conciliation est un instrument peu opérationnel, tandis que la médiation a un champ d'application proche de la tête d'épingle. Par conséquent, le développement de ces deux procédures n'a pu se faire dans la proximité immédiate du juge. Tout au plus ont-elles pu se frayer un chemin au sein des administrations ou par voie conventionnelle, ce qui est certes utile d'un point de vue social, mais ne répond pas au cœur de nos préoccupations »⁴³⁶.* Ceci reflète donc le manque d'encadrement juridique de cette discipline, et particulièrement dans notre domaine qui utilise des outils de droit privé et de droit public, d'où la difficulté de mettre en place un guide processuel bien que cela soit indispensable.

Section 2. Des précisions processuelles à apporter à la médiation en santé

564. Actuellement, la médiation en santé n'a pas de procédure spécifique et des précisions se doivent d'y être apportées afin de protéger les droits des parties et les informations transmises au cours de ses différentes étapes (paragraphe 1) mais aussi des précisions concernant les formalités d'organisation (paragraphe 2).

⁴³⁵ Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, LE CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 40.

⁴³⁶ J.-M. SAUVÉ, *op. cit.*, p. 4.

Paragraphe 1. La protection obligatoire des droits des parties

565. La protection des droits des parties est indispensable au bon fonctionnement de la médiation. Cette notion est primordiale judiciairement mais les modes alternatifs de résolution des différends en font également une priorité. Ce garde-fou doit être établi au regard des informations transmises au cours du processus (A) mais aussi par rapport à la l'utilisation de ces éléments (B).

A. L'étendue confuse du secret

566. Monsieur Bruno Py expose que *« tout secret est, par nature, un obstacle à la libre circulation de l'information et donc à la curiosité. Le mot « secret », nom masculin, issu du latin secretum, pensée ou fait qui ne doit pas être révélé, a désigné dès l'origine un ensemble de connaissances réservées à quelques-uns »*⁴³⁷. Cette notion est bien connue du domaine de la santé et du droit. Pourtant, l'étendue du secret au prisme de la médiation en santé est confuse. C'est la raison pour laquelle il est essentiel de déterminer les informations à caractère secret (1) de façon à renforcer leur protection (2).

1. La détermination des informations à caractère secret

567. Il faut s'interroger sur l'étendue de cette obligation et sur les informations à caractère secret. Certaines professions ne peuvent s'exercer correctement qu'en ayant accès à des informations touchant à l'intimité des personnes. C'est notamment le cas de la profession de notaire, d'avocat ou de médecin. Ces informations sont nécessaires à la bonne prise en charge du client ou du patient. Le secret médical ou bancaire sont souvent pris à

⁴³⁷ B. PY, « Secret professionnel: le syndrome des assignats? », *AJ Pénal*, 2004, p. 133.

titre d'exemple pour illustrer le refus de production d'une pièce ou d'une information pouvant s'avérer utile dans un litige.

568. En médecine, cette notion de respect du secret médical est ancienne. En effet, depuis Hippocrate, les médecins s'y engagent pas serment : « *Les choses que dans l'exercice de mon art, je pourrai voir ou entendre sur l'existence des hommes et qui ne doivent pas être divulguées au dehors, je les tairai, estimant que ces choses-là ont droit au secret des mystères* »⁴³⁸. Les raisons qui justifient ce secret médical sont assez évidentes : pour être soigné, le malade doit pouvoir se confier ; pour se confier, il doit être en confiance ; et pour être en confiance, il doit être certain qu'il ne sera pas trahi. Ceci est mis en évidence par Monsieur Louis Portes qui écrivait en 1954 : « *Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence, de confidence sans secret* ». La relation entre le médecin et le patient est une relation de confiance qui induit inévitablement un devoir de secret. Mais, de nos jours, la médecine s'exerce en établissements, en équipes et non plus de façon solitaire. Ainsi, les informations concernant la santé du patient circulent et cela multiplie les risques de divulgation.

569. Ce secret médical connaît plusieurs fondements juridiques dont l'article 9 du code civil⁴³⁹, l'article L 1110-4 du code de la santé publique⁴⁴⁰, l'article 4 du code de déontologie médicale⁴⁴¹, l'article R 4217-4 C. santé publ.⁴⁴² et l'article 226-13 du code pénal⁴⁴³.

⁴³⁸ « Serment d'Hippocrate - traduction française », [En ligne : <http://www.conseil-national.medecin.fr/le-serment-d-hippocrate-1311>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

⁴³⁹ Art. 9 C. civ.

⁴⁴⁰ Art. L 1110-4 C. santé publ.

⁴⁴¹ « *Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* ».

⁴⁴² Art. R 4217-4 C. santé publ.

⁴⁴³ Art. 226-13 C. pén.. B. PY, « Secret professionnel », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2012.

570. Ces références permettent de préciser que le secret est un droit du patient mais également un devoir du médecin et de tous les professionnels, établissements ou organismes intervenant dans le système de santé. Le médiateur doit ainsi être sujet au respect de ce secret.

571. Le secret professionnel couvre ainsi toute information concernant le patient, qu'il s'agisse d'informations d'ordre médical ou personnel. Si ce secret est violé, le patient pourra s'estimer préjudicié du fait de la divulgation. Il sera alors nécessaire de rapporter la preuve du caractère secret de l'information et la preuve de sa divulgation. C'est la raison pour laquelle le secret doit être protégé, principalement au cours du processus de médiation.

572. Il existe toutefois des dérogations au secret médical, en cas notamment d'ordre public et de protection des citoyens, de respect des droits de la défense, de santé publique. Par exemple, il est arrivé que la Cour de cassation fasse prévaloir le droit au procès équitable par rapport au secret médical⁴⁴⁴.

573. A la lumière de l'étendue du secret médical, il s'agit de s'interroger sur celle de l'obligation de secret du médiateur. Comme cela a été exposé, la confidentialité est un des principes essentiels de la médiation et le tiers, comme les parties, se doivent ainsi de respecter le secret des informations divulguées. En 2001, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question. Les faits étaient les suivants : une mère avait été déclarée coupable de non présentation d'enfant, les juges ayant retenu que : « *le centre de médiation familiale, saisi par le procureur de la République à la suite d'une plainte déposée par le père des enfants, a relevé dans son rapport que la mère avait une attitude manipulatrice incompatible avec un processus de médiation* »⁴⁴⁵. Monsieur Jean Hauser explique qu' « *il est reproché à la cour d'avoir permis l'utilisation « sans avoir constaté l'accord des parties » mais le texte ci-dessus reproduit paraît bien limiter l'effet de l'accord des parties à l'utilisation dans la même procédure et exclure « en tout état de cause » l'utilisation dans une autre procédure. Or on se trouvait bien dans ce dernier cas car la médiation avait eu lieu dans le cadre de l'exercice du droit de visite et d'hébergement du père et de la procédure de divorce. Donc, accord des parties ou pas, les déclarations ne pouvaient être produites dans une*

⁴⁴⁴ Cass. Com., 15 mai 2007, n°06-10.606.

⁴⁴⁵ Cass. Crim., 28 février 2001, n°00-83365.

*procédure pénale qui était bien une autre instance »*⁴⁴⁶. Cette décision, bien que relative à la médiation familiale, n'est pas sans rappeler l'article 131-24 du code de procédure civile qui dispose : « *Les constatations 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* ».

574. Madame Hélène Gebhardt souligne ainsi le cœur de l'intérêt de cette question de secret et de confidentialité en médiation en exposant : « *L'une des forces de la médiation, c'est la confidentialité des échanges qui permet de divulguer des éléments et de « parler vrai » en toute confiance que ce qui est dit ne sera pas utilisé. La discrétion protège aussi la réputation. C'est à l'opposé du principe dit du contradictoire (le médiateur n'y est pas soumis contrairement à l'expert) où devant le tribunal, tout argument doit être communiqué en temps utile pour pouvoir être contré. Tant entre le médiateur et chacune des personnes qu'entre tous les acteurs de la médiation et l'extérieur, le secret est la règle, étant précisé qu'à la fin d'une séance les protagonistes peuvent définir les informations pouvant être dévoilées. Toutefois, même s'il est tenu au secret professionnel, le médiateur a – comme tout citoyen – l'obligation de dénoncer certains crimes et délits, obligation reprise par la directive européenne n° 2008/52/CE* »⁴⁴⁷.

575. Le médiateur est soumis à une obligation de confidentialité en vertu des principes directeurs de la médiation. L'étendue de cette obligation et les informations qu'elle couvre ne sont pas précisées. Par analogie au secret médical, il est possible de considérer que les informations à caractère secret seront toutes celles divulguées pendant la médiation, durant sa préparation et même après. Ces données devront nécessairement être protégées, qu'elles soient d'ordre personnel, médical ou qu'elles soient en rapport avec des tiers.

⁴⁴⁶ J. HAUSER, « Le secret du médiateur », *RTD civ.*, 2001, p. 579.

⁴⁴⁷ H. GEBHARDT, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.*, n° 106, avril 2013, p. 9.

2. L'affermissement de la protection des éléments secrets

576. Dans la mesure où les informations secrètes ne sont pas encore expressément déterminées, il est difficile d'en mesurer l'étendue. Cependant, la confidentialité étant un principe essentiel de ce processus, il est évident qu'il faut affermir cette protection des éléments secrets.

577. Actuellement, lors de la médiation, si la nature du différend impose la consultation du dossier médical du patient, le médiateur médecin va être désigné et pourra accéder à ces éléments protégés par le secret médical sous couvert de l'obtention d'un accord écrit du patient ou de ses ayants droits s'il est décédé. Le médiateur médecin a donc la possibilité d'accéder aux données médicales d'un patient pour accomplir correctement sa mission. Il est donc soumis au secret médical en raison de sa profession principale de médecin et non de celle de médiateur. La Commission d'Accès aux Dossiers Administratifs (CADA) a précisé que dans le cas où un patient serait hors d'état d'exprimer sa volonté, des informations peuvent être transmises à la personne de confiance, aux proches, à la famille dans l'unique objectif de lui apporter un soutien direct. Cela signifie donc que seul le médiateur médecin peut avoir accès aux informations d'ordre médical et qu'elles seront protégées au titre du secret médical. Ceci peut être fortement critiqué puisque le médiateur devrait être astreint à ce secret en raison de sa fonction de médiateur et non de médecin. Cela prouve que le système actuel employant des médecins en tant que médiateurs est biaisé et ne permet pas d'effectuer une médiation conformément aux règles de l'art. C'est pourquoi il est proposé de remanier le statut juridique du médiateur et l'encadrement juridique du processus de façon à élaborer un secret professionnel du médiateur en santé. Ce secret professionnel devrait couvrir les informations tenant à la santé du patient mais également à tous les éléments échangés en amont, pendant et en aval de la médiation. Cela devrait être étendu aux informations médicales mais aussi aux informations d'ordre personnel.

578. Une consolidation de cette notion doit impérativement être effectuée pour garantir la mise en œuvre et la réussite du mécanisme. Il faut noter que la communication ne pourra être rétablie et le dialogue se nouer que dans une atmosphère confiante, sentiment qui sera renforcé si le tiers est soumis au secret pour l'ensemble des éléments échangés tout au long

du processus. Ceci doit également être appliqué aux parties pour éviter toute divulgation d'informations postérieurement à la médiation.

579. A ce jour, cette notion de respect des informations échangées lors de la médiation est toute relative puisque celles-ci n'ont pas vocation à rester uniquement entre les parties et le médiateur. En effet, comme le requiert la procédure auprès de la CRUQPC, à l'issue de la médiation, le tiers communique un rapport à la commission de façon à ce que celle-ci se positionne. Ceci reflète aisément le manquement à la protection d'informations confidentielles mais également l'incertitude terminologique résidant dans l'utilisation du terme de médiation appliqué au mécanisme actuel puisque des membres extérieurs au processus émettent une solution.

B. Les précisions relatives à l'utilisation des informations échangées

580. Il est nécessaire d'apporter des précisions concernant l'utilisation des informations échangées au cours de la médiation. En effet, ces informations se doivent impérativement d'être protégées et leur utilisation doit être permise dans un cadre très strict (1). Des incertitudes persistent cependant concernant la procédure prévoyant la transmission du compte-rendu du médiateur aux membres de la CRUQPC (2).

1. La nécessité de protection des informations au titre du secret et de la confidentialité

581. Une inquiétude survient dès lors que l'on imagine possible la divulgation des informations fournies pendant la médiation lors d'un procès futur, après échec du règlement amiable. Dans cette hypothèse, plusieurs risques peuvent survenir.

582. D'une part, si les éléments divulgués lors du processus ne sont pas suffisamment protégés, il est évident que les parties seront moins enclines à communiquer, renouer le dialogue, s'expliquer et éventuellement admettre leurs éventuelles fautes. Pourtant, comme

le soulignent très justement Madame Catherine Régis et Monsieur Jean Poitras, le besoin d'excuses et d'explications est indispensable à l'aboutissement de la médiation⁴⁴⁸. Les auteurs expliquent le rôle que jouent les excuses dans la résolution des conflits entre médecins et patients. Ils exposent ainsi qu'elles peuvent aider à débloquent une situation conflictuelle et même conduire à une meilleure réparation du préjudice causé. Grâce aux excuses, le conflit peut être désamorcé alors que le déni ou la minimisation de la douleur peuvent au contraire entraîner une intensification du différend.

583. Lorsque ce concept est appliqué à la gestion du conflit entre un patient et un médecin, il est très évocateur puisque dans ce domaine si particulier une expression sincère de sympathie peut être au cœur du différend et résoudre le problème. Cette notion apparaît aux auteurs comme plus pertinente dans les domaines dans lesquels les répercussions émotionnelles sont importantes. C'est notamment le cas du domaine de la santé qui connaît des sentiments forts lorsqu'ils touchent la dignité de la personne, son intégrité, une douleur morale ou physique. C'est pourquoi dans la médiation en santé, le rôle des excuses peut s'avérer important car, bien que certains dommages ne soient pas forcément réparables, cela signifie que la douleur est reconnue. Le fait de s'excuser peut aussi permettre d'assurer à la victime d'une erreur que l'accident ne se répètera pas.

584. Une telle reconnaissance de faute peut pourtant entraîner une certaine réticence d'excuses de la part des professionnels de santé, de peur que cela corresponde à une reconnaissance de responsabilité. Malgré le bénéfice que ce comportement peut aussi avoir pour un médecin, la crainte d'un procès futur et d'une condamnation pèse sur ces professionnels de santé. En théorie, la médiation offre un cadre sécurisé pour présenter des regrets puisque la confidentialité est de rigueur. Madame Catherine Régis et Monsieur Jean Poitras relèvent cependant que des limites existent en la matière puisque malgré le cadre propice à la réalisation d'une réparation morale, de fortes peurs de conflits médico-légaux combinées à une protection perçue comme incertaine de la confidentialité, font obstacle aux excuses. Ils relèvent à ce titre que bien qu'il ne soit pas certain qu'une telle attitude puisse être interprétée comme une admission de responsabilité, les professionnels peuvent

⁴⁴⁸ C. REGIS et J. POITRAS, « Healthcare Mediation and the Need for Apologies », *Health LJ*, vol. 18, 2010, p. 31.

avoir peur qu'elle soit utilisée comme preuve de responsabilité. C'est pourquoi, les médecins sont réticents à la formulation d'excuses qui pourrait éventuellement compromettre leur défense dans le cadre d'un contentieux ultérieur. Les assureurs incitent d'ailleurs, par précaution, les professionnels de santé à ne pas adopter cette attitude. Au Canada, certaines décisions judiciaires ont confirmé l'exigence de confidentialité mais comme le relèvent lesdits auteurs, il est possible que celle-ci ne soit pas respectée en toutes circonstances. En vue de pallier cette incertitude et la peur des procédures judiciaires, ils proposent de créer des solutions permettant une plus grande sécurité pour les parties prêtes à s'excuser, notamment par la voie contractuelle. Cela signifie qu'une clause d'excuses devrait être intégrée à l'accord de médiation. Une telle clause pourrait porter sur le contenu des excuses et la portée des garanties de confidentialité dans la médiation. Cette hypothèse est tout à fait intéressante et permettrait de concilier des éléments de réussite de la médiation avec le respect de ses principes fondamentaux.

585. La santé étant un domaine délicat à appréhender, avec un vocabulaire et un raisonnement spécifiques, il est pourvoyeur d'incompréhensions et de tensions. Si la communication et les explications ne sont pas facilitées, cela remet considérablement le mécanisme en question. C'est pour cette raison que la confidentialité, entre les parties et par le tiers est inéluctable et marque la clé de voûte de la médiation. La protection doit être assurée avant, pendant et après la médiation. Ainsi, si la résolution amiable du différend échoue, il est essentiel de prévoir que ces informations ne soient pas divulguées, même dans le cas d'un procès futur.

586. L'idée de l'insertion d'une clause de confidentialité peut ainsi être intéressante : *« Par sa nature même de mesure tendant à favoriser la négociation amiable d'un litige, la médiation judiciaire ou conventionnelle implique que chaque partie puisse se confier librement au médiateur et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci ; Spécialement, la clause de confidentialité insérée au compromis de médiation, qui se borne à reprendre ce principe fondamental de toute médiation, par la généralité de ses termes, s'applique nécessairement non seulement aux informations purement techniques communiquées par les parties au*

médiateur, mais aussi à toutes les offres faites par chacune d'elles en vue de l'élaboration de la transaction recherchée »⁴⁴⁹.

587. Des exceptions sont toutefois à prévoir, tout comme pour le secret médical, pour permettre une communication d'éléments de nature à compromettre l'ordre public ou d'éléments constitutifs d'une infraction pénale.

588. D'autre part, si les échanges ayant lieu pendant la médiation pouvaient être utilisés par la suite lors d'un contentieux, cela pourrait engendrer une pratique déviante consistant à utiliser la médiation comme simple moyen d'obtenir des informations à caractère secret et non dans le but de régler le litige. Ceci est fort déstabilisant et il est nécessaire de modifier le régime existant pour le rendre compatible à la médiation proprement dite et pour qu'il respecte le principe du secret et de la non divulgation d'éléments secrets pour permettre à la médiation d'avoir une dimension plus importante et de mettre en place un véritable climat de confiance.

2. Les incertitudes nées de la transmission du compte-rendu de médiation

589. Il faut étudier cette question à la lumière du régime actuel de la médiation en santé et particulièrement de la procédure en vigueur auprès de la CRUQPC. Il est prévu que suite à la médiation, le tiers communique aux membres de la commission un rapport de médiation pour que cette instance puisse se prononcer sur la suite à donner à la réclamation. L'article L 1112-3 du code de la santé publique dispose en effet que les membres de la commission peuvent *« avoir accès aux données médicales relatives à ces plaintes ou réclamations, sous réserve de l'obtention préalable de l'accord écrit de la personne concernée ou de ses ayants droit si elle est décédée. Les membres de la commission sont astreints au secret professionnel [...] »*.

⁴⁴⁹ « Etendue de la clause de confidentialité insérée dans un compromis de médiation », *D.*, janvier 1999, p. 102.

590. Le médiateur a ainsi pour mission d'élaborer un compte rendu de la médiation, de le faire parvenir à la commission dans les huit jours suivant la rencontre et de veiller à ce que la médiation et les éventuelles actions d'amélioration soient prises en considération dans le rapport annuel de la CRUQPC⁴⁵⁰. Ce rapport rédigé par le médiateur à la fin de la rencontre précise les motifs du différend, le déroulement de la rencontre de façon factuelle, la reformulation des requêtes de chacun, les points de dialogue lors de la médiation et l'issue du processus. Comme l'expose l'ARS d'Ile de France dans son guide de médiation, *« l'obligation d'un compte-rendu écrit interroge la question de la confidentialité. En effet, la confidentialité est une condition essentielle de la médiation, autorisant la liberté de parole et une expression des émotions parfois intenses. La meilleure manière de respecter la parole et la place des médiés, patient ou professionnel, est de les faire participer à la rédaction du compte-rendu »*⁴⁵¹.

591. Il appartient donc au médiateur d'informer les parties et que celles-ci aient la possibilité de valider le compte-rendu avant sa diffusion car une formulation inadéquate pourrait par exemple raviver le conflit. Cette procédure présente l'avantage de permettre à l'établissement d'avoir connaissance des plaintes et de mettre en œuvre des actions d'amélioration. Les recommandations formulées par la commission sont intéressantes pour éviter que des différends du même type surviennent ultérieurement et pour améliorer la prise en charge des patients ; du point de vue du seul conflit, cela dépasse les limites de la médiation et de son intérêt. Cette procédure ne permet pas de respecter les principes fondamentaux de la médiation puisque l'établissement, structure extérieure aux parties, s'immisce dans le processus et prend part à l'issue du litige, ce qui pourrait être considéré comme source de conflit d'intérêts.

592. Cela peut également être considéré comme une entrave au principe même de confidentialité, essentiel en la matière. Il faut impérativement s'interroger sur la possibilité de communiquer ce rapport lors d'un procès. L'ARS Ile de France explique ainsi que *« La plus grande prudence s'impose dans la rédaction du compte rendu dans la mesure où ce*

⁴⁵⁰ Art. R. 1112-94 C. santé publ.

⁴⁵¹ ARS ILE DE FRANCE, *La médiation médicale en établissements de santé*, 2012, p. 16.

document peut être produit dans le cadre d'une procédure amiable ou contentieuse »⁴⁵². Malgré cette affirmation, la manière de procéder en la matière est peu claire et ce compte-rendu n'a pas initialement vocation à être communiqué lors d'une procédure contentieuse. Se pose alors la question de la confrontation entre le secret des informations échangées pendant la médiation et le principe du contradictoire.

593. Le principe du contradictoire est essentiel en matière d'action judiciaire puisqu'il offre à chaque partie la possibilité de discuter les éléments de preuve fournis par la partie adverse ou par le juge afin de le convaincre⁴⁵³. En l'espèce, concernant la médiation en santé, l'étude du principe du contradictoire n'a que peu d'intérêt puisqu'en acceptant la médiation, les parties ont accepté de régler le différend extrajudiciairement. Lorsque la médiation a échoué et que les parties décident de régler le conflit auprès d'une juridiction, ce principe s'applique nécessairement et il faut se demander s'il prédomine sur celui de la confidentialité et du secret de la médiation et si cela peut entraîner la communication du compte rendu du médiateur à l'instance. Aucune disposition ne vise à interdire la communication de ce rapport mais le respect du secret et de la confidentialité des échanges ayant eu lieu au cours de la médiation tend à refuser cette communication si les parties et le tiers n'acceptent pas que cette pièce soit divulguée. Ce document devrait avoir une protection bien plus vaste en raison des informations qu'il contient. C'est pourquoi les principes directeurs de la médiation ont un rôle primordial.

Paragraphe 2. Des exigences d'organisation

594. Des précisions d'ordre processuel doivent être apportées à la médiation en santé actuelle et notamment au niveau de son organisation. Plusieurs éléments sont à prendre en considération, notamment l'articulation des procédures judiciaires et extrajudiciaires (A), le coût du mécanisme étudié (B) et la place qui pourrait être laissée à l'expert dans le cadre d'une médiation (C).

⁴⁵² *Ibidem*.

⁴⁵³ Voir en ce sens : A. BÉNABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP*, I, 1997.

A. L'articulation imprécise de la médiation avec les procédures judiciaires

595. Il est nécessaire de promouvoir la médiation comme mode autonome de résolution des conflits mais également d'« *assurer une articulation satisfaisante entre la médiation extrajudiciaire et les procédures judiciaires* »⁴⁵⁴. Même si le Conseil d'Etat aborde en l'occurrence la question de la médiation civile et commerciale, ceci doit se transposer en droit de la santé. Monsieur Jean-Marc Sauvé souligne ainsi que « *les procédures alternatives doivent être mieux articulées avec les procédures juridictionnelles* ».

596. L'articulation entre la voie judiciaire et la voie alternative de la médiation doit être correctement repensée et encadrée, notamment en termes de prescription et de délais : « *définir un cadre juridique lisible et prévisible suppose en outre de préciser l'articulation entre eux des différents modes de règlement alternatif des différends et l'articulation de ceux-ci avec les procédures juridictionnelles. [...] Quant à l'articulation des modes alternatifs de règlement des différends avec les procédures juridictionnelles, elle pourrait bénéficier, ainsi que la directive y invite dans le domaine de la médiation, de la généralisation de dispositions expresses suspendant les délais de prescription et les délais de recours pendant le déroulement du processus alternatif, ainsi que d'une meilleure distinction entre, d'une part, les processus ordonnés ou conduits par le juge et, d'autre part les processus conduits à la seule initiative des parties* ».

597. Monsieur Eric Camous relève que « *l'expansion des modes alternatifs de règlement des conflits est souvent présentée comme un facteur de progrès du droit et de la justice. Le phénomène est cependant source de perturbations dans un système juridique dont les règles d'organisation et de fonctionnement du contentieux ont été élaborées sur le modèle juridictionnel. En témoignent les effets pervers qu'il produit lorsqu'il se trouve confronté au droit des délais. Le problème vient de ce que les techniques conventionnelles de règlement des conflits n'ont, par principe, aucune incidence sur l'écoulement du temps judiciaire. Il en résulte qu'à vouloir négocier, les parties courent le risque de se voir fermer un accès à la*

⁴⁵⁴ Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, LE CONSEIL D'ETAT, *op. cit.*, p. 15.

*justice pourtant élevé au plus haut de notre hiérarchie des normes. Il est donc impératif que des réformes interviennent. Celles-ci pourraient être entreprises par voie législative. Les propositions tardent cependant à venir. C'est donc vers la jurisprudence qu'il convient de se tourner d'autant qu'elle a su, par le passé, élaborer des solutions qu'il serait intéressant de redécouvrir »*⁴⁵⁵.

598. Le Conseil d'Etat dans son étude de 2010⁴⁵⁶ aborde la question des effets de la médiation sur les délais de prescription et relève que l'article 8 de la directive de 2008 imposait aux Etats membres de veiller « *à ce que les parties choisissent la médiation pour tenter de résoudre un litige ne soient pas empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation* ». A ce titre, la haute juridiction de l'ordre administratif rappelle que dans notre droit interne, l'article 2238 du code civil dispose déjà que : « *la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation./ Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée* ».

599. Ainsi, le Conseil d'Etat propose notamment d'instituer une suspension des délais de recours contentieux, en cas de mise en œuvre d'une procédure de médiation. A ce jour, la médiation ne suspend pas les délais de prescription et, bien qu'une de ses caractéristiques soit la rapidité, elle pourrait être assimilée à une perte de temps en cas d'échec. Il faut également mettre en évidence que les recours peuvent intervenir en fin de délai de prescription et que les parties peuvent être réticentes à utiliser la médiation dès lors qu'elle ne suspend pas ce délai.

600. L'Observatoire des risques médicaux relève dans son rapport d'activité de 2014 les délais entre les actes, les réclamations et les règlements :

⁴⁵⁵ E. CAMOUS, « Droit des délais et modes alternatifs de règlement des conflits », *Gaz. Pal.*, n° 287, octobre 2003, p. 8.

⁴⁵⁶ Conseil d'Etat, p. 43 et s.

« Ecart entre année de réalisation et année de réclamation : 62% des réclamations sont déposées durant l'année de l'acte mis en cause. En cumul, près de 76% des réclamations sont déposées dans les 2 ans qui suivent l'accident. Il reste cependant environ 10% de dossiers pour lesquels la réclamation a lieu 5 ans ou plus après l'acte.

Ecart entre année de réclamation et année de règlement : 24% des dossiers sont réglés en deux ans ou moins. A noter que 35% des dossiers clos ont été traités en plus de 5 ans sur l'ensemble des années 2008- 2013, contre 36% pour le cumul des années 2007-2012 et 37% sur 2006-2011. Concernant l'ONIAM spécifiquement, 47% des dossiers ont été traités en moins de 2 ans, et 5% en plus de 5 ans.

Ecart entre année de réalisation et année de règlement : Le nombre de dossiers suit globalement la même tendance que l'écart entre l'année de réclamation et l'année de règlement, décalée du délai entre acte et réclamation. Il est à noter que cet écart entre l'année de l'acte et l'année de paiement des dernières indemnités peut être très long. Ainsi environ 16% des dossiers présentent un écart supérieur à 10 ans »⁴⁵⁷.

601. Une articulation plus précise permettant de valoriser les modes alternatifs de règlement des différends devrait être mise en place. Cette dernière devrait d'une part permettre de suspendre les délais de prescription de l'action judiciaire en cas d'utilisation d'un tel mécanisme et, d'autre part, empêcher de déclencher de façon concomitante ces deux types de procédures. En effet, il est fréquent en la matière qu'une partie mécontente recourt simultanément à la procédure amiable, à celle auprès de la commission de conciliation et d'indemnisation et à la voie judiciaire. Ceci permet à la partie qui s'estime victime d'un préjudice d'entamer toutes les procédures et ne pas être confrontée à une action prescrite mais participe à l'encombrement des rôles des tribunaux. Il serait appréciable de prévoir l'articulation de ces procédures en permettant par exemple d'y recourir dans un ordre précis ou de préenregistrer une affaire auprès d'une juridiction sans qu'elle ne soit traitée avant l'issue du processus alternatif.

⁴⁵⁷ Rapport d'activité de l'Observatoire des Risques Médicaux, 2014.

602. Cette question s'est d'ailleurs posée au sujet de la procédure auprès de la commission régionale de conciliation et d'indemnisation⁴⁵⁸ puisque comme le relève Monsieur Benoît Apollis, « *puisque la procédure de règlement amiable ne revêt aucun caractère obligatoire, la question de son articulation avec les procédures engagées devant les juridictions tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif s'est posée dès son instauration, qu'il s'agisse de procédures juridictionnelles au fond ou en référé* »⁴⁵⁹.

603. Par ailleurs, aucun délai de prescription n'est prévu pour recourir à une médiation et il pourrait être opportun de l'instituer en le calquant sur celui de l'action judiciaire.

B. L'étude du coût de la médiation

604. La médiation constitue actuellement un mécanisme très peu coûteux puisque les médiateurs en santé exercent bénévolement. Dans l'hypothèse où une modification du statut du médiateur serait effectuée et où les médiateurs seraient considérés comme de véritables professionnels, une rémunération devrait être fixée, comme c'est le cas dans d'autres domaines tels que la médiation familiale. Plusieurs éléments devraient alors être étudiés dont le calcul du coût de la médiation et la prise en charge de ces frais.

605. Une comparaison avec la médiation familiale conventionnée peut permettre de déterminer de quelle façon ce prix pourrait être calculé. Plusieurs critères sont pris en considération. Le montant dépend tout d'abord du niveau de revenus des participants. Lorsque le médiateur est titulaire d'un diplôme d'Etat et exerce au sein d'une association conventionnée, le coût de sa médiation est réglementé par un barème national. La Caisse nationale des affaires familiales (CNAF) établit par ce document un coût spécifique au regard du revenu mensuel net de chaque partie et du nombre de séances. Le second critère

⁴⁵⁸ Voir en ce sens : G. MÉMETEAU, « Les commissions régionales, interférences avec les procédures juridictionnelles », in *Manuel des CRCI*, Bordeaux, LEH Edition, 2004, p. 211.

⁴⁵⁹ B. APOLLIS et A. GIBELIN, « Procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales », in *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 803.

permettant de calculer le montant de la médiation concerne l'origine de la médiation, c'est-à-dire que si la médiation est un acte volontaire, aucune prise en charge étatique ne peut avoir lieu alors que dans le cadre d'une médiation ordonnée par un juge, l'aide juridictionnelle est applicable. Le dernier élément permettant de déterminer ce coût est la durée de la médiation, le nombre d'heures et de séances qu'elle nécessitera pour régler le conflit. En revanche, les médiateurs libéraux fixent eux-mêmes le coût de la médiation.

606. A titre d'illustration, l'exemple peut aussi être pris de la médiation inter-entreprises. Celle-ci peut être judiciaire ou conventionnelle. Dans ce dernier cas, le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris ne fixe pas immédiatement le montant total de la médiation mais exige des droits d'ouverture qui vont être fonction du montant en cause.

607. Concernant la médiation judiciaire en matière civile⁴⁶⁰, c'est le juge qui fixe le montant de la médiation et la rémunération du tiers. Son montant peut être réparti à parts égales ou proportionnellement aux revenus des parties.

608. Plusieurs éléments peuvent donc être utilisés pour déterminer le coût de la médiation. En santé, si la médiation n'était plus gratuite, il faudrait établir ces critères. Il semble que la prise en compte de la durée de la médiation et du nombre de rencontres qu'elle suscite est nécessairement à prendre en considération, tout comme le sont les revenus des participants. Cette procédure devrait néanmoins rester peu coûteuse pour conserver son caractère attractif et il serait nécessaire d'appliquer un barème comportant des plafonds.

609. L'étude de la prise en charge de coût est primordiale puisqu'en cas de modification du régime de la médiation en santé, il faudrait s'interroger sur son financement. Il est possible d'envisager que seules les parties au différend contribuent à la rémunération du médiateur ou que cela soit effectué sous la tutelle de l'Etat.

610. Le GEMME soulevait en 2014 la question des taxes relatives à un accord de médiation et proposait ainsi de « *supprimer les taxes qui frappent les accords issus de médiation et de conciliation. L'accord issu de médiation et de conciliation supporte des taxes qui n'affectent pas les décisions de justice (CSG et CRDS). C'est un frein à la médiation, les*

⁴⁶⁰ Voir en ce sens : MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La médiation judiciaire en matière civile*, 2012.

parties préférant parfois obtenir la même somme d'une décision de justice pour échapper à ces taxes ».

C. L'éventualité d'un recours à un expert

611. Au cours d'un procès ou d'un arbitrage, le recours à un expert est possible. Dans le domaine de la santé, les spécificités de la matière entraînent quasi-automatiquement l'appel à un expert lors des procédures contentieuses. Cela n'est pourtant pas prévu dans le cadre de la médiation. A ce jour, le système se fonde sur la présence d'un médiateur médecin pour pallier les incompréhensions relatives au champ médical. Or, comme cela a été précisé, en raison de l'absence de formation à la médiation de ces tiers médecins et de leur appartenance à un corps pouvant être mis en cause, il est peu opportun de conserver ce mode de fonctionnement. De façon très prospective et en prenant exemple sur des pays étrangers, si le statut du médiateur, sa formation, sa désignation, sont modifiés, il pourrait être envisageable de recourir à un expert au cours d'une médiation. Ceci se fait d'ailleurs dans le cadre de la procédure auprès de la commission de conciliation et d'indemnisation où une expertise est systématiquement diligentée dès lors que le dossier a été accepté.

612. Cette ouverture intéressante permettrait au médiateur de se positionner véritablement comme un tiers neutre, indépendant et impartial et de faciliter la relation de confiance qu'il entretient avec les parties. L'expert aurait ainsi un rôle de facilitateur donnant des explications d'ordre médical pour parvenir à comprendre l'origine du conflit, les décisions médicales qui ont été prises, les accidents médicaux, fautifs ou non.

613. L'expertise permettrait ainsi de mesurer les conséquences d'un dommage, de déterminer son étendue et de chiffrer les préjudices. Ceci serait effectué par un technicien neutre, impartial et indépendant et pourrait permettre un éclairage particulier dans le cadre de la médiation. Cela aiderait les parties à déterminer l'origine du conflit, les doléances des participants, évaluer leurs préjudices et pourrait donc participer au bon déroulement du processus. La possibilité de recourir à un expert permettrait également au médiateur d'obtenir des informations utiles pour mener à terme sa mission. Cette éventualité serait

intéressante dans l'optique d'une modification du statut du médiateur et permettrait d'éviter les conflits d'intérêts puisqu'ils remplaceraient l'expertise médicale des médiateurs médecins.

Conclusion du chapitre 2

614. L'étude du lien entre le mécanisme de médiation en santé et le droit processuel est nécessairement prospective. Celle-ci participe à la volonté de remanier le régime du processus tout en préservant sa malléabilité. C'est pourquoi la possibilité d'établir un protocole de médiation a été envisagée dans un premier temps. Ce dernier présente des avantages certains mais également des dérives éventuelles. Bien que l'association du droit processuel et de la médiation semble indispensable, d'autres options peuvent être envisagées afin de garantir l'application adéquate des principes directeurs du mécanisme, tel qu'un guide de médiation.

615. Certaines précisions se doivent donc d'être apportées pour pouvoir associer le droit processuel à la médiation de façon correcte. Deux aspects doivent ainsi être pris en considération, à savoir la protection obligatoire des parties et l'organisation concrète du mécanisme. Concernant le premier aspect, les contours du secret et de sa protection au cours du processus doivent être précisés ainsi que les informations à caractère confidentiel et leur éventuelle transmission. Pour ce qui concerne les exigences d'organisation de la médiation, il semble opportun de préciser l'articulation de ce mécanisme avec les procédures judiciaires, en termes de délais, de coûts et de recours à un expert.

616. Ces apports du droit processuel à la médiation en santé permettront donc de la rendre plus efficace dans la mesure où elle sera davantage guidée et encadrée. Ceci participera indéniablement à une harmonisation des pratiques de médiation et une meilleure garantie de ses principes fondamentaux. La médiation pourra ainsi être véritablement valorisée.

Conclusion du titre 1

617. L'encadrement du régime de la médiation semble indispensable pour faire évoluer le mécanisme. Cela permettrait en effet de rendre le mécanisme plus efficace, plus fiable et de le valoriser afin de le faire davantage connaître et que l'on y recourt de façon plus systématique.

618. Cet encadrement sous-entend des modifications du statut du médiateur en santé de façon à en faire un véritable professionnel. L'organisation de cette profession sera garante d'une formation adaptée, d'une désignation spécifique, d'une rémunération et du respect des règles déontologiques de confidentialité, neutralité, indépendance et impartialité. Ceci permettra également d'éviter les conflits d'intérêts pouvant survenir actuellement lorsque le médiateur est pair d'un professionnel de santé.

619. Des précisions devront aussi être apportées au processus de médiation. Pour ce faire, une association du droit processuel et du mécanisme sera indispensable. Ceci permettra d'établir une procédure spécifique et donc une uniformisation des diverses pratiques existantes. Une certaine marge de manœuvre devra toutefois être laissée au tiers pour mener à bien la médiation puisque l'adaptabilité du processus en fait la clé de sa réussite.

620. Bien que le parfait équilibre entre encadrement juridique du processus et maintien de sa malléabilité soit ardu à trouver, les éléments de réponse apportés devraient permettre son optimisation. Ceci aura pour effet de protéger les parties, de garantir le statut du tiers et les principes fondamentaux de la médiation, tout en laissant aux parties et au tiers la possibilité de gérer la médiation de façon appropriée au différend.

621. La nécessité de remaniement du régime apparaît comme essentielle et les modifications possibles qui pourront y être apportées permettront éventuellement d'envisager une extension de la médiation.

Titre 2. L'extension et le devenir de la médiation

622. Selon les constats effectués, un remaniement du régime de la médiation apparaît comme inéluctable, notamment au regard du statut du tiers, de la procédure, des principes directeurs et de l'organisation même du mécanisme. Ceux-ci seront donc garants de l'avenir de la médiation.

623. Il semble tout d'abord essentiel d'étendre le champ d'application du processus à l'ensemble du domaine de la santé et particulièrement au secteur médico-social et à l'activité libérale (chapitre 1). Cela permettrait de rendre la médiation véritablement efficace et d'harmoniser ses pratiques dans l'ensemble des secteurs de la santé. Ceci impliquerait donc nécessairement un succès plus important, une promotion du mécanisme et un recours plus systématique en cas de conflit ou de différend naissant de la relation de soins.

624. L'avenir de la médiation peut néanmoins paraître incertain au regard du caractère circonscrit de ce processus et de l'extrême difficulté de trouver un équilibre entre maintien de la malléabilité de la médiation et encadrement de celle-ci (chapitre 2).

625. Monsieur Guy Canivet s'interroge au sujet de la médiation : *« Qu'y a-t-il de plus respectueux des rapports sociaux que la médiation ? Elle se fonde sur le lien social de préférence à sa rupture. Qu'y a-t-il de plus respectueux que la médiation de l'égalité des hommes ? Il n'y a dans la discussion ni faible ni fort, mais la recherche de l'équilibre. Quoi de plus valorisant que la médiation du lien qui unit les hommes ? La médiation parie sur leur aptitude à triompher de leurs divisions. Quoi de plus porteur d'espoir en l'avenir ? La médiation s'appuie sur la volonté de continuer à vivre, travailler, commercer, construire ensemble. La médiation est finalement la confiance en l'avenir, et l'avenir dans la confiance »*⁴⁶¹.

⁴⁶¹ G. CANIVET, *Confiance et médiation*, Paris, Place de Droit, Paris, Ordre des avocats, 2006.

626. Il semble donc essentiel d'étudier ces éléments de façon à rendre offrir à la médiation un avenir moins incertain et un plus grand succès.

Chapitre 1. L'extension éventuelle de la médiation à un domaine plus vaste

627. La médiation s'est d'abord développée, en France, dans des domaines autres que la santé tels que le droit pénal et le droit familial. Il n'est donc pas impensable que la médiation en santé puisse poursuivre cette extension et s'appliquer à un secteur bien plus vaste. Il arrive relativement fréquemment que le parcours de soins d'un patient soit jalonné par des prises en charge par divers professionnels de santé – exerçant une activité libérale ou salariée – et établissements sanitaires, médico-sociaux ou sociaux.

628. La HAS relevait d'ailleurs en 2012 que « *plus de 15 millions de personnes souffrent d'une maladie chronique, et plus de 9 millions sont en ALD (affections de longue durée). Pour améliorer la prise en charge de chacun de ces malades, une meilleure coordination des professionnels entre eux devient un objectif majeur, sans renoncer aux exigences prioritaires de bonnes pratiques. Face à ces enjeux, la Haute Autorité de Santé (HAS) entend promouvoir les parcours de soins permettant un accompagnement personnalisé et coordonné du malade* »⁴⁶². Le constat de cette prise en charge diversifiée permet de mesurer l'importance d'une extension de la médiation à un domaine plus étendu.

629. Il semble en effet essentiel que la médiation soit appliquée au secteur médico-social (section 1). Bien que certaines dispositions soient mises en place dans ces structures, elles restent insuffisantes et la médiation offrirait une nouvelle dimension de règlement des conflits, que ceux-ci soient internes ou externes.

630. Une extension du champ d'application de ce mécanisme à l'activité libérale des professionnels de santé paraît également opportune (section 2). Il est surprenant de noter

⁴⁶² HAS, « Promouvoir les parcours de soins personnalisés pour les malades chroniques », [En ligne : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1247611/fr/promouvoir-les-parcours-de-soins-personnalises-pour-les-malades-chroniques]. Consulté le : 10 octobre 2015.

que des besoins se font ressentir en la matière et que ce processus n'est pourtant pas appliqué actuellement.

Section 1. Une ouverture opportune au secteur médico-social

631. Une ouverture de la médiation en santé au secteur médico-social semble indispensable puisque le système actuel est insuffisant (paragraphe 1) et qu'il s'agit d'un secteur propice à l'utilisation de ce mécanisme (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un système actuellement insuffisant

632. Actuellement, dans les structures du secteur médico-social, les différends sont réglés à deux niveaux : tout d'abord par le recours à la personne qualifiée (A) et ensuite par le conseil de vie sociale (CVS) (B). Ceux-ci sont fonctionnels mais il est indéniable qu'une modification du régime et une extension de la médiation permettraient de pallier leurs insuffisances.

A. L'existence de la personne qualifiée

633. La personne qualifiée a un rôle prépondérant et central dans les établissements médico-sociaux. Sa désignation et son rôle sont strictement encadrés (1) mais des similitudes entre sa mission et celle de médiateur sont à mettre en évidence (2).

1. Une désignation spécifique

634. La loi du 2 janvier 2002⁴⁶³ a mis en place la personne qualifiée dans les structures médico-sociales. A ce jour, elle a un rôle prépondérant dans les établissements médico-sociaux puisqu'elle a pour mission d'aider les usagers à faire valoir leurs droits lorsqu'un conflit survient ainsi que de promouvoir leur autonomie et leur protection. Elle est donc garante du respect de la dignité, de la vie privée, de l'intimité et de la sécurité du résident, elle lui permet d'accéder à l'information, de l'aider dans le choix de sa prise en charge. Comme le précise Madame Joëlle Le Gall : « *pour reconnaître et garantir l'effectivité des droits de l'usager, la loi instaure sept outils :*

- *le livret d'accueil ;*
- *la charte des droits et libertés de l'usager ;*
- *le contrat de séjour ;*
- *le recours à une personne qualifiée en cas de conflit ;*
- *le conseil de la vie sociale ;*
- *le règlement de fonctionnement ;*
- *le projet d'établissement ou de service »*⁴⁶⁴.

635. L'auteur regrette cependant que ces outils se soient mis en place très lentement en raison d'un manque de financements et de moyens. Cela peut poser problème puisque « *Le recours à une personne qualifiée en cas de conflit ne peut s'exercer faute de personne qualifiée à l'exception de quelques départements* »⁴⁶⁵.

636. Cette personne est nommée par le directeur général de l'Agence régionale de santé, le président du Conseil général et le préfet du département. Pour être désignée, elle doit répondre à plusieurs conditions : ne pas présenter d'intérêts directs ou indirects ou être

⁴⁶³ Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF du 3 janvier 2002 p. 124.

⁴⁶⁴ J. LE GALL, « Les personnes âgées en institution: Le droit du citoyen est-il respecté ? », *Gérontologie Société*, vol. 120, n° 1, 2007, p. 143.

⁴⁶⁵ *Ibidem*.

salariée dans les structures dans lesquelles elle exerce son rôle de médiateur, présenter des garanties de neutralité et de moralité, disposer de connaissances juridiques et du secteur médico-social. Il est nécessaire de ne pas occuper un poste pouvant entraîner un conflit d'intérêts lors de l'exercice de la mission tel qu'arbitre, juge, médiateur, assistante sociale ou autorité de contrôle.

637. Le choix de la personne qualifiée s'effectue à partir d'une liste départementale. L'utilisateur sollicitant son aide est libre de choisir qui il souhaite au sein de ces propositions. Cette saisine se fait par courrier recommandé avec accusé de réception auprès de l'ARS ou du Conseil général. En revanche, il n'est pas possible que la personne qualifiée s'autosaisisse. Ce recours est prévu par les articles L 311-5, R 311-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles.

638. Cette tâche est gratuite mais peut néanmoins impliquer des frais, notamment dus aux déplacements, qui seront pris en charge par le Conseil général ou l'Etat. Sa mission correspond davantage à celle d'un défenseur, d'un conseil, d'une aide à la personne accueillie dans un établissement que d'un véritable médiateur ou d'un conciliateur.

2. Une mission proche de celle du médiateur

639. L'article L 311-5 du code de l'action sociale et des familles énonce : « *toute personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social ou son représentant légal peut faire appel, en vue de l'aider à faire valoir ses droits, à une personne qualifiée qu'elle choisit sur une liste établie conjointement par le représentant de l'Etat dans le département, le directeur général de l'agence régionale de santé et le président du conseil général. La personne qualifiée rend compte de ses interventions aux autorités chargées du contrôle des établissements ou services concernés, à l'intéressé ou à son représentant légal dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

640. La mission de cet individu consiste donc à accompagner et informer les usagers sur leurs droits et démarches ; solliciter les autorités compétentes en cas de problème lié à l'organisation de la structure, la tarification ou une situation conflictuelle avec un membre

de l'équipe soignante ; assurer un rôle de communication entre le résident et l'établissement. L'étendue de cette tâche est donc très importante et la procédure en vigueur en précise les contours. L'article R 311-1 du code de l'action sociale et des familles dispose : *« en temps utile et, en tout état de cause, dès la fin de son intervention, la personne qualifiée, mentionnée à l'article L. 311-5, informe le demandeur d'aide ou son représentant légal par lettre recommandée avec avis de réception des suites données à sa demande et, le cas échéant, des mesures qu'elle peut être amenée à suggérer, et des démarches qu'elle a entreprises. Elle en rend compte à l'autorité chargée du contrôle de l'établissement, du service ou du lieu de vie et d'accueil et, en tant que de besoin, à l'autorité judiciaire. Elle peut également tenir informé la personne ou l'organisme gestionnaire ».*

641. Tout au long de cet accomplissement, la personne qualifiée a une obligation de discrétion. Celle-ci se prolonge même après la mission et en cas de manquement à cette obligation, le président du Conseil général ou le préfet a la possibilité de mettre fin à son mandat. Concernant le déroulement de la procédure, la personne qualifiée fixera un rendez-vous dans un délai n'excédant pas deux mois pour clarifier les points litigieux. Cet acteur va ensuite mener son enquête de façon à pouvoir rendre compte de son intervention au bout de deux mois. Ce compte rendu sera adressé au demandeur ou à son représentant légal, à l'autorité de contrôle, à l'autorité judiciaire si elle estime cela utile. La personne qualifiée a le devoir de respecter tous les droits du patient, y compris la confidentialité et la dignité. Dans l'hypothèse où la personne qualifiée échouerait dans l'exercice de sa mission, l'usager aurait la possibilité de recourir au défenseur des droits.

642. Il faut noter que, contrairement au médiateur en santé, la personne qualifiée connaît une procédure stricte de désignation, comportant le respect de certaines exigences. Cette dernière doit notamment connaître le secteur médico-social sans pour autant nécessairement y appartenir, ceci permettant donc d'éviter les éventuels conflits d'intérêts. L'exemple pourrait être suivi concernant le médiateur en santé pour lequel la désignation ne se fait actuellement qu'en tenant compte de son activité professionnelle principale. Concernant la mission de ce protagoniste, elle s'avère finalement proche de celle du médiateur puisqu'il a, entre autres, vocation à dénouer les conflits latents entre un usager et une structure. Monsieur Christian Cavalière relève pourtant : *« elle a pour but de porter et d'accompagner la parole de l'usager et/ou de son représentant légal. Il faudra donc être,*

tout au cours du déroulement de la mission, très attentif à ce qu'elle ne se transforme ni en médiation ni en défense absolue de l'utilisateur »⁴⁶⁶.

643. En ce sens, ces missions proches ne doivent pas être confondues mais il serait possible d'envisager d'étendre le rôle du médiateur en santé et de lui confier cette mission. Cela permettrait de centraliser l'action de médiation en santé à tout type d'établissement et d'amplifier l'importance du rôle de médiateur, ce qui permettrait de l'ériger en véritable professionnel de la médiation dans le domaine de la santé plutôt que de circonscrire son activité au seul champ sanitaire, d'autant plus que le secteur médico-social est susceptible d'être un acteur privilégié en la matière. La personne qualifiée, tout comme le médiateur, exerce à titre bénévole cette mission. Ceci pourrait être critiqué et une exigence de formation, de professionnalisation de cette personne pourrait être exigée. Ce statut pourrait également corroborer la nécessité d'étendre les missions du médiateur en santé à ces types de structures médico-sociales, en raison de la proximité de statut et de mission de ces deux « professions ».

B. L'existence du Conseil de la Vie Sociale (CVS)

644. Le CVS est un organe désormais important au sein des établissements médico-sociaux. Sa mise en place a été attendue (1) mais des difficultés d'application existent encore (2).

1. Une mise en place opportune

645. Le conseil de la vie sociale est l'illustration du besoin de communication dans les établissements médico-sociaux. Il a vu le jour avec la loi de 2002 précitée⁴⁶⁷ et le décret du

⁴⁶⁶ C. CAVALIÈRE, « La fonction de la personne qualifiée », *RGDM*, n° 32, septembre 2009, p. 97.

⁴⁶⁷ Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF du 3 janvier 2002 p. 124, *op. cit.*

25 mars 2004⁴⁶⁸ précisant les types de services et d'établissements devant mettre en œuvre le CVS, sa composition et son fonctionnement. Il s'est substitué au conseil d'établissement et doit impérativement être mis en place dans les structures et services qui assurent un accueil de jour continu ou un hébergement, ainsi que dans celles permettant une activité d'aide par le travail.

646. La composition de ce conseil est variée puisqu'il compte au minimum : deux représentants des personnes accueillies ou de leurs familles, un représentant du personnel, un représentant de l'organisme gestionnaire et un représentant des familles ou représentants légaux. Son organisation démontre une volonté d'associer les usagers et leurs familles au fonctionnement de ces structures. L'article D 311-8 du code de l'action sociale et des familles précise que les membres sont élus pour une durée de un à trois ans, sachant que les mineurs ne peuvent avoir un mandat qu'à compter de l'âge de 11 ans. Si la personne ne séjourne plus dans l'établissement, elle-même ou le membre de sa famille démissionnera d'office dans la mesure où l'appartenance au CVS est liée à la présence dans la structure médico-sociale.

647. La mission du CVS est de formuler des avis et des recommandations sur le fonctionnement de l'établissement. Ces propositions ont des objets variés tels que la vie quotidienne, les activités, l'organisation intérieure, etc. Ce comité doit également être consulté sur le règlement de fonctionnement et le projet d'établissement ou de service. Le CVS gère les questions liées à la vie de la structure et notamment, il peut donner son avis sur le projet d'établissement et le règlement de fonctionnement, les projets de travaux ou d'équipements, les dates de fermeture de l'établissement, l'organisation interne relative à l'animation ou à la vie quotidienne, l'affectation des fonds de solidarité, etc. En revanche, le CVS n'aura pas vocation à traiter les questions d'ordre individuel, relatives à une seule personne, les questions de gestion financière de l'institution, les différends personnels. Il a ainsi pour rôle de favoriser l'expression et la participation des personnes accueillies et de les associer au fonctionnement de l'institution.

⁴⁶⁸ Décret n° 2004-287 du 25 mars 2004 relatif au conseil de la vie sociale et aux autres formes de participation institués à l'article L. 311-6 du code de l'action sociale et des familles, JORF n°74 27 mars 2004 p. 5909.

648. Dès la première réunion du conseil, le règlement intérieur doit être arrêté. Par la suite, il se réunira sur convocation du président, au moins trois fois dans l'année. Il peut être réuni dans le cas où deux tiers de ses membres le demandent ou si cela est réclamé par l'organisme gestionnaire. Un ordre du jour est établi avec les questions à prendre en considération. Dans l'hypothèse où le CVS apporte des avis ou propositions à ces interrogations, ils ne seront valables qu'à la condition que le nombre de représentants des usagers et familles soit supérieur à la moitié des membres. A défaut, la question sera traitée lors de la séance prochaine. Le secrétaire a pour mission de relever les conclusions de chaque réunion et peut être assisté par l'administration de la structure. Ce conseil se réunit au moins trois fois par an.

649. Comme le souligne Madame Audrey Mourgues, ce conseil est proche de l'ancien conseil d'établissement en plusieurs points mais s'en différencie néanmoins. L'auteur expose que le positionnement du CVS est plus marqué, « *renforcé par sa consultation obligatoire sur l'élaboration et la modification du règlement de fonctionnement et du projet d'établissement* »⁴⁶⁹.

2. Des difficultés de mise en œuvre

650. Il faut noter que le CVS a dû être mis en place dans un nombre de structures plus large qu'auparavant, ce qui lui donne une importance croissante. Madame Joëlle Le Gall fait pourtant part des difficultés liées au CVS, principalement en lien avec le manque d'informations à son sujet. Elle estime qu'il est impératif d'informer les familles et les résidents dès leur entrée dans l'établissement et que ceci est le rôle du directeur de la structure bien qu'il ne soit qu'invité au CVS. Cet auteur souligne aussi que l'élection du président du conseil au sein des résidents peut poser problème lorsqu'il n'a pas réellement souhaité accéder à ce poste et n'a pas conscience de l'ampleur de ses fonctions.

⁴⁶⁹ A. MOURGUES, « La mise en place du conseil de la vie sociale », *RDS*, n° 2, novembre 2004, p. 160-161.

651. Une autre difficulté qui peut être soulevée relativement à cet organe est le surcroît de travail pouvant être engendré par le CVS. Le conseil a en effet une mission étendue puisqu'il gère les questions d'organisation, d'animation, de financement. Madame Joëlle Le Gall conclue qu'« *il paraît aussi compliqué aux directeurs qu'aux familles de s'investir réellement dans ce CVS. Si nous faisons le parallèle avec les familles dans le milieu scolaire, c'est tout aussi compliqué. Un représentant doit pouvoir élever le débat pour être entendu et être ensuite une force de propositions ça n'est pas forcément une question de culture mais souvent de bon sens et de courage. Fort heureusement il existe des Conseils de Vie Sociale qui fonctionnent ; Pourquoi ? Le directeur s'est investi et l'a fortement souhaité. Il a réuni autour de lui quelques familles qui avaient la volonté de s'investir avec lui. Ont été mises en place des commissions réunissant familles, personnels, résidents afin de mettre à jour ce qui n'allait pas et de réfléchir ensemble sur les améliorations souhaitées ainsi que sur le projet de vie. Il faut aussi que le Conseil d'Administration de l'établissement assume la totalité de ses responsabilités et soit un soutien pour le Directeur dans les améliorations qu'il souhaite apporter quand il s'agit de la vie de nos aînés* »⁴⁷⁰.

652. Ces difficultés sont aussi liées à la multiplication des instances de participation des usagers. L'ANESM a d'ailleurs récemment élaboré une analyse de la participation des usagers dans les établissements sociaux et médico-sociaux qui a fait l'objet d'un rapport⁴⁷¹. Cette étude a été menée dans tous les types de structure, de façon à avoir une vision objective et globale de cette participation. Il est ainsi exposé que « *Si la participation est actée dans son principe, elle se heurte néanmoins aux réalités de terrain. Il n'y a pas d'opposition de principe à la participation des usagers, mais certains professionnels l'estiment impossible ou très difficile à mettre en place au sein de leur établissement* »⁴⁷². Ceci reflète la difficulté de mise en place du CVS selon le type de structure. A titre d'exemple, les résidents, notamment les jeunes adolescents ou enfants, ne sont pas toujours prêts à s'investir de cette façon. L'ANESM met également en lumière le fait qu'il existe de nombreuses instances de participation des usagers, complétant le CVS : « *Presque tous les*

⁴⁷⁰ J. LE GALL, *op. cit.*

⁴⁷¹ *La participation des usagers au fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux*, Rapport remis par L'ANESM, 2014.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 15.

établissements du panel, y compris ceux ayant mis en place un CVS, créent des formes et des espaces de participation divers. Même lorsque le CVS est mis en place, celui-ci ne semble pas suffisant à beaucoup de professionnels rencontrés pour favoriser une vraie participation des usagers [...] Nombreux sont les exemples rencontrés d'instances diversifiées et adaptées au public accueilli : une plénière avec tous les résidents et deux commissions (vie quotidienne et droits) et un questionnaire de satisfaction dans cet établissement du secteur de l'inclusion, un CVS, une assemblée d'usagers annuelle et un questionnaire de satisfaction (secteur handicap) »⁴⁷³. Ces diverses instances et lieux de participation concourent à la confusion collective dans la mesure où les liens sont hétérogènes. Parfois, le CVS est utilisé comme coordonnateur de ces différents organes. C'est pourquoi l'intégration du médiateur en santé à ces procédures pourrait être tout à fait bénéfique.

Paragraphe 2. Un secteur propice à la médiation

653. Le secteur médico-social regroupe des institutions diverses relatives à la médecine sociale. Ce secteur serait tout à fait propice à la médiation de par son contexte particulier (A) et la proximité de la personne de qualité avec le médiateur en santé (B). Des extensions des missions du médiateur pourraient ainsi être envisagées.

A. L'existence d'un contexte unique

654. En mai 2012, le Ministère des affaires sociales et de la santé a étudié le champ social et médico-social⁴⁷⁴. Il est ainsi exposé que depuis les années quatre-vingt, ce secteur a connu d'importantes mutations, une diversification des métiers et une croissance de ses

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁷⁴ MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ, « Le champ social et médico-social: une activité en forte croissance, des métiers qui se développent et se diversifient », *Repères & Analyses*, n° 44, Mai 2012.

activités. Le rapport précise que ce secteur « *a connu un développement très important au cours des dernières décennies : forts d'une progression de plus d'un million d'emplois depuis le début des années 1980, les métiers sanitaires et sociaux sont ceux qui ont le plus contribué à la croissance des professions du tertiaire en France. En outre, même si elle était appelée à se ralentir, cette progression devrait se poursuivre dans les années à venir* »⁴⁷⁵. En 2013, KPMG a mené une étude sur les enjeux et les perspectives auxquels doivent répondre les organismes privés non lucratifs œuvrant dans le secteur social et médico-social. Bien que non exhaustive, cette analyse permet d'appréhender ce secteur, ses valeurs et son importance croissante : « *les profondes mutations qui touchent notre société questionnent le monde social et médico-social. L'indispensable nécessité d'adapter les pratiques à un monde qui change fait partie des défis qui impactent fortement le secteur social. Dans ce contexte, l'étude réalisée par KPMG dégage les enjeux et perspectives majeurs pour l'ensemble des parties prenantes. L'accélération des changements pose en permanence la question de la capacité d'adaptation : anticipation, coordination et qualité du pilotage sont les clefs d'une maîtrise du processus d'innovation et d'une bonne gestion des risques. La mise en œuvre d'une démarche qualité effective, appropriée à chacune des structures, accroît l'utilité sociale, la crédibilité et l'image du secteur vis-à-vis des financeurs et des partenaires. Ainsi, les sphères politiques, économiques et sociales s'interpénètrent en profondeur. La nécessité de co-construction s'impose et la gouvernance de l'intérêt général est mise en débat. Cette situation transforme en profondeur la nature même des relations. Elle impose de nouvelles règles de dialogue, de mise en œuvre des politiques d'action et d'évaluation des performances* »⁴⁷⁶. Ceci permet d'appréhender le contexte particulier dans lequel évoluent les établissements médico-sociaux, leurs professionnels et leurs résidents.

655. Madame Jocelyne Abraham et Monsieur Adama Ndiaye ont étudié les conflits dans le secteur sanitaire et social. Ils notent la spécificité du secteur qui permet d'expliquer la permanence ou la récurrence des conflits puisqu'il se trouve « *positionné dans des logiques complexes, voire contradictoires telles que les missions publiques, les politiques associatives,*

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁷⁶ KPMG, *Secteur social et médico-social: regards croisés, enjeux et perspectives*, 2013.

*des services destinés aux bénéficiaires, une faible maîtrise de l'avenir, etc »*⁴⁷⁷. Il est juste que ce domaine est pourvoyeur de conflits de plusieurs ordres : ceux relatifs à l'organisation de la structure, ceux concernant les relations entre usagers ou résidents et ceux inhérents aux liens créés entre ces derniers et les professionnels. C'est la raison pour laquelle la participation de chacun est essentielle pour désamorcer les conflits et mettre en place une dynamique de médiation.

656. En 2010, l'Agence nationale de l'évaluation et de la qualité des établissements et services sociaux et médico-sociaux a effectué des recommandations de bonnes pratiques professionnelles concernant le questionnement éthique dans ces structures. Elle relève ainsi que trois éléments permettent de caractériser le travail dans ces institutions et expliquent ces interrogations d'ordre éthique. Ces facteurs sont la vulnérabilité des personnes accueillies ou accompagnées, le caractère évolutif de ces missions et l'articulation entre les dimensions individuelles et collectives de cet accompagnement. En ce qui concerne cette dernière condition d'articulation des composantes éthiques personnelles, professionnelles et institutionnelles, l'agence relève que ce type de démarche peut exister même sous une autre appellation, *« à partir du moment où l'on entreprend une action collective qui vise à restaurer l'espace du questionnement et de la pensée »*⁴⁷⁸. Un risque d'instrumentalisation est tout de même mis en évidence car l'éthique pourrait être utilisée dans un but d'affichage et de communication tout en restant un cadre vide. Cet aléa pourrait également être présent en utilisant l'éthique comme forme de prévention des conflits : *« la façon dont le questionnement éthique est identifié et posé peut être révélatrice d'une forme d'instrumentalisation de la démarche. La réflexion peut en effet être mobilisée dans le but de cautionner une décision déjà prise, plutôt que d'interroger la pratique. Et ce, dans le but plus général de prévenir les conflits pouvant porter atteinte à l'institution »*⁴⁷⁹. La communication et la participation de tous à la vie de ces établissements est donc un leitmotiv évident. La médiation pourrait ainsi permettre d'unifier ces échanges, ces avis de façon à aboutir à des

⁴⁷⁷ J. ABRAHAM et A. NDIAYE, *Conflits dans le secteur sanitaire et social : entre rupture et culture*, p. 2.

⁴⁷⁸ ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles - Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 2010, p. 8.

⁴⁷⁹ *Ibidem*.

recommandations satisfaisant toutes les parties dans un objectif d'amélioration constante des structures, de la prise en charge des usagers et de l'encadrement des professionnels de santé. Ce secteur est par essence propice à la médiation par la nature des différends qu'il connaît puisque la plupart sont des différends légers tenant principalement à l'organisation de l'établissement, les relations entre résidents et avec le personnel. Bien que la personne qualifiée et le CVS aient été mis en place, il s'avère que leurs bilans respectifs ne sont pas à la hauteur des espérances de la loi du 2 janvier 2002 et que le médiateur en santé pourrait trouver un rôle répondant aux exigences du domaine et permettant une uniformisation du régime à l'ensemble des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux.

657. En 2014, l'ANESM a établi un rapport concernant la participation des usagers au fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux. Ce dernier souligne que depuis la promulgation de la loi du 2 janvier 2002, une réelle dynamique de participation des usagers, de leurs proches et des professionnels a été instituée. L'étude de l'agence a pour objet de se questionner sur la mise en place de ces instances de participation au sein des structures sociales et médico-sociales, en s'appuyant sur 33 institutions prises en considération. L'ANESM fait ressortir six modalités pratiques principales de ces recommandations dont certaines concernent le CVS et exposent que selon les structures étudiées, la représentativité des élus varie et peut engendrer un sentiment d'inégalité. Un autre aspect important est celui de la diversité des instances de participation et du manque de clareté inhérent au CVS. L'agence relève qu'il existe plusieurs instances ayant des buts différents : *« au cours de cette enquête ont été recensés différents types d'instances, de réunions, et de formes de participation. Mais si elles réunissent les usagers pour aborder le fonctionnement de l'établissement, toutes ne se situent pas au même niveau sur une échelle de participation : certains permettent une prise de parole et une consultation des usagers tandis que d'autres ont essentiellement un objectif d'information, voire de rappel des règles »*⁴⁸⁰. A titre d'exemple, *« les instances de participation, et notamment les CVS, sont perçus par certains élus comme des temps de transmission d'informations, sans forcément de débats sur les informations en question. Sur certains points techniques, il s'agit surtout pour*

⁴⁸⁰ La participation des usagers au fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux, L'ANESM, *op. cit.*, p. 24.

la direction de transmettre aux usagers des informations, comme par exemple sur la conduite des travaux en cours, des réponses à des appels à projet, etc »⁴⁸¹.

658. Cette participation des usagers, des gestionnaires et du personnel apparaît comme essentielle dans le secteur pour l'organisation et le bon fonctionnement des établissements. Il faut néanmoins noter la pluralité des instances existantes et les difficultés de mise en place de façon optimale. En ce sens, le médiateur en santé pourrait avoir une place prépondérante permettant de centraliser ce besoin d'échange et de communication. De plus, il pourrait mener la résolution des problèmes sous forme de médiation, de façon à ce que chaque partie soit réellement entendue et que la solution puisse convenir à tous les participants. Ceci représenterait un intérêt certain mais pourrait aussi engendrer quelques points de crispation.

659. Dans son rapport, l'agence conclut à un bilan mitigé en exposant divers constats : *« le premier est positif : la participation existe et elle est vivante. Elle est fortement portée par les directions, qui en font parfois un élément stratégique de leur management, et par les organismes gestionnaires. [...] La place des professionnels reste à construire dans la participation : elle est souvent initiée par la direction à destination des usagers, et les professionnels peuvent avoir du mal à trouver leur place. [...] il reste néanmoins un point d'achoppement pour ce qui relève du changement de regard, de la prise en compte complète de la parole, de l'expertise de la personne accueillie. Il ressort donc de cette étude que les outils « techniques » de la participation sont mis en place, la réflexion sur ceux-ci est là »⁴⁸².* En ce sens, la médiation pourrait permettre une amélioration de la prise en charge des conflits dans ce secteur, d'autant plus que les rôles de ces différentes instances sont proches des missions du médiateur.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 86.

B. La proximité avec les missions du médiateur en santé

660. La mise en place du CVS a marqué un tournant dans la vie des institutions médico-sociales, donnant un rôle primordial aux résidents et à leurs familles, les érigeant au statut de portes-paroles, décideurs. Il est vrai que « *les politiques d'action sociale, médico-sociale et de santé se sont fixées pour objectif, depuis plus de vingt ans, de placer la personne ou sa famille dans une position décisionnelle sur tous les projets et les dispositifs qui la concernent, afin d'en faire les sujets plutôt que les objets des interventions sociales et médicales* »⁴⁸³.

661. Grâce à cet organe, les membres d'une telle structure ont la possibilité de poser toute question relative à l'établissement, son organisation, l'animation. La participation des usagers est donc particulièrement accrue et ceci marque une réelle évolution. Cela est également vrai pour le recours à la personne qualifiée qui est là dans l'objectif d'aider les résidents et leurs familles à faire valoir leurs droits.

662. Il faut observer que les missions de la personne qualifiée et du CVS sont relativement récentes et dénotent d'un changement de mentalité. Ces tâches sont néanmoins assez similaires à celles d'un médiateur dans la mesure où l'objectif est une conciliation d'intérêts, par le dialogue et la compréhension mutuelle. En ce sens, le médiateur en santé pourrait avoir un rôle intéressant à jouer puisqu'il serait spécialiste du secteur sans appartenir particulièrement à l'une des professions médicale, paramédicale ou de direction. Le médiateur en santé est en revanche un spécialiste de la gestion des différends et pourrait permettre de renouer le dialogue et résoudre éventuellement certains conflits ou différends en la matière.

663. En raison de ce contexte et de la proximité entre les missions des diverses instances mises en place dans les établissements et celles de médiateur, l'éventualité d'étendre le rôle du médiateur en santé au secteur médico-social est possible. Ceci est d'autant plus envisageable que les organes sont très diversifiés et appliqués différemment selon les

⁴⁸³ ASSOCIATION NATIONALE DES ÉQUIPES ET DES CENTRES D'ACTION MÉDICO-SOCIALE PRÉCOCE, *Les relations parents-professionnels*, Toulouse, Erès, 2013.

structures. Cette participation peut prendre la forme du CVS, du recours à la personne de confiance ou encore d'un simple groupe d'expression, d'enquête de satisfaction, etc.

664. La spécificité des missions dévolues à ces instances pourrait être déléguée au médiateur en santé. Il s'agit principalement du règlement des conflits inhérents à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement et des différends d'ordre personnel avec les divers protagonistes. En ce sens, le médiateur pourrait être très utile puisqu'il réglerait ces conflits par le mécanisme de médiation, permettant ainsi un rétablissement de la communication et un accord mutuel. L'intégration d'un tiers spécialisé dans ces situations aboutirait à dénouer un grand nombre de litiges. Ce tiers aurait également la possibilité en tant qu'expert de donner des recommandations ou avis permettant aux établissements de mieux fonctionner.

665. Certains points de crispation seront néanmoins à retenir puisque l'extension des missions du médiateur impliquerait préalablement la modification de son régime juridique comme indiqué précédemment. Il faut également expliquer que certaines contraintes budgétaires et organisationnelles ne permettent pas de régler tous les conflits et que cela pourrait entraver considérablement les missions du tiers.

Section 2. Une extension attendue à l'activité libérale

666. En matière de conflits avec des praticiens exerçant une activité libérale, une extension de la médiation en santé est clairement attendue et pourrait s'avérer extrêmement utile. Il faudra dans un premier temps noter l'absence surprenante d'application de ce mécanisme en la matière (paragraphe 1) pour, dans un second temps, envisager cet élargissement en prenant en considération les exigences inhérentes à ce secteur.

Paragraphe 1. L'absence surprenante d'application actuelle

667. Actuellement, la médiation n'est que peu pratiquée pour le traitement des différends nés avec un professionnel de santé exerçant une activité libérale. Cette absence est surprenante, notamment au regard des besoins constatés en la matière (A) et des manquements actuels (B).

A. Constat des besoins en la matière

668. Il est évident que des besoins existent concernant l'utilisation de la médiation pour régler les différends entre professionnels de santé en libéral et patients ou familles mécontents, et ce à plusieurs niveaux : en raison des différends pouvant naître de cet exercice (1) et en raison de la façon dont les professionnels vivent ces conflits (2).

1. Un exercice de la pratique médicale et paramédicale à l'origine de conflits

669. Il faut souligner que depuis plusieurs années, la responsabilité médicale est une notion qui touche aussi le secteur libéral. Comme le souligne Monsieur Cédric Riot, « *il est ainsi devenu classique d'établir une distinction entre praticiens libéraux et hospitaliers afin de déterminer l'étendue de leur responsabilité, tant civile qu'administrative. A cet égard, la responsabilité du médecin est appréciée différemment selon qu'il exerce au sein d'une structure organisée ou à titre personnel* »⁴⁸⁴. Une distinction existe nécessairement entre une activité salariée et une activité libérale, cette dernière créant des besoins spécifiques. La santé est une discipline touchant à l'intégrité des personnes, ce qui en fait un domaine particulièrement sujet aux tensions et éventuels différends. L'activité libérale se distingue de

⁴⁸⁴ C. RIOT, « De la responsabilité disciplinaire des professionnels de santé », *RDS*, n° 3, janvier 2005, p. 17-26.

l'activité salariée en ce qu'elle s'exerce de façon solitaire. Un professionnel de santé libéral est confronté à une solitude constante, ce qui peut être à l'origine de difficultés, tant matérielles, qu'humaines. A titre d'exemple, dans une situation d'urgence, un praticien seul ne sera pas forcément apte à effectuer un acte spécifique sans le matériel adéquat et/ou l'aide d'un autre professionnel. Dans un cas de mésentente ou de doute sur un traitement, l'accès à un spécialiste sera moins évident. Ces difficultés inhérentes au type d'exercice de la profession peuvent ainsi entraîner des différends supplémentaires par rapport à ceux qui découlent naturellement de la pratique médicale. Il faut nuancer ces propos puisque certaines spécialités sont plus susceptibles d'être des sources de conflits que d'autres. Peuvent être pris en exemple l'obstétrique, la cardiologie ou l'oncologie. Les statistiques françaises récentes démontrent que ces secteurs sont particulièrement touchés par les réclamations. La MACSF-Le Sou Médical⁴⁸⁵ retient pour ses 47 409 médecins généralistes libéraux sociétaires en 2013, une sinistralité de 1,2%. Ces plaintes comprennent les réclamations amiables, civiles, pénales, ordinales et CCI. La même année, cette sinistralité est de 0,06% pour les sages femmes, 41,2% pour les chirurgiens libéraux, 5,1% pour les chirurgiens exerçant une activité libérale en secteur hospitalier, 19,1% pour les anesthésistes réanimateurs libéraux, 3,2% pour les cardiologues, 0,03% pour les infirmiers et 6% pour les chirurgiens-dentistes. Ces chiffres sont corroborés par ceux de la SHAM⁴⁸⁶ en 2014 plaçant en tête des disciplines mises en cause les spécialités chirurgicales (66%), suivies des services médicaux d'urgence et de réanimation (15%). Ceci permet d'établir le constat que toutes les professions médicales et paramédicales sont touchées par ces hypothèses de façon générale et plus encore dans le cadre d'une activité libérale ou dans des secteurs jugés « à risques ». Ceci est bien évidemment à nuancer en fonction du risque qui peut être médical, infectieux, matériel, d'organisation etc.

670. Un cas particulier est à exposer en ce qui concerne les praticiens libéraux au sein d'établissements publics de santé. Ce type d'activité concerne principalement les médecins qui ont la possibilité d'exercer au titre du secteur privé dans un établissement public de

⁴⁸⁵ MACSF-LE SOU MÉDICAL, *Syntèse Panorama des risques professionnels en santé*, 2014.

⁴⁸⁶ SHAM, « Management des risques dans les établissements de soins - Point de vue et apports de l'assureur SHAM », *Revue hospitalière de France*, n° 558, Juin 2014, p. 48-51.

santé. Ceci est encadré mais fait l'objet de peu de cas proportionnellement à l'activité de ces structures. Ce sujet a néanmoins fait l'objet d'un rapport en 2013 qui donne les chiffres suivants : « *l'activité libérale dans les EPS concerne en France (en 2011) 4581 médecins hospitaliers, soit seulement 10 % des 45 900 praticiens hospitaliers exerçant à temps plein qui sont éligibles à cette activité. [...] Le nombre de 4581 médecins est à rapporter également à celui des médecins libéraux non hospitaliers qui sont environ 113 000 : l'activité libérale à l'hôpital concerne donc moins de 4% du total des praticiens libéraux, hospitaliers compris, [...] »*⁴⁸⁷. Madame Dominique Laurent explique dans cette analyse que ce secteur est singulier, emblématique mais a été fort discuté en raison de sa spécificité, de son application réduite et de la question récente des dépassements d'honoraires. Il faut exposer que des commissions d'activité libérale existent et ont pour mission de surveiller ce type d'activité au sein des hôpitaux⁴⁸⁸. Il faut noter que les réclamations existent dans le milieu médical, que l'activité soit libérale, en ville ou dans un établissement public de santé, ou qu'elle soit salariée.

671. C'est pourquoi la notion de plainte est essentielle à étudier. Monsieur Fabrizio Cantelli s'est interrogé sur la possibilité de considérer la plainte en tant que droit du patient. Cet examen porte sur le cas belge et plus particulièrement sur la plainte dans le cadre de la loi de 2002 sur le droit des patients⁴⁸⁹. Cet auteur relève que la plainte du patient est liée à trois éléments : « *la plainte comme opérateur de justice car portant sur des droits bafoués et la possibilité de leur assurer un caractère opérationnel; la plainte comme innovation sociale car traitée et gérée par des nouveaux professionnels incarnés par les médiateurs droit des patients ; la plainte comme instrument d'évaluation de la loi et de la médiation car faisant l'objet d'un rapport annuel (par institution) opérant une mise en commun des plaintes [...] »*⁴⁹⁰. La réclamation peut donc exprimer un besoin de réparer un préjudice, de

⁴⁸⁷ Rapport à Madame Marisol Touraine Ministre des affaires sociales et de la santé - *L'activité libérale dans les établissements publics*, Rapport remis par D. LAURENT, 2013, p. 9.

⁴⁸⁸ Art. R 6154-18 C. santé publ.

⁴⁸⁹ Loi n°2002022737 du 22 août 2002 relative aux droits des patients, M.B. du 26 septembre 2002 p. 43719.

⁴⁹⁰ F. CANTELLI, « La plainte comme un droit? Médiation, politiques publiques et droits des patients », *Quad. Commun. Technol. Pouvoir*, n° 76, 2011, p. 103.

sanctionner un praticien, d'innovation sociale ou d'évaluation. Ceci permet d'exprimer de réels besoins en la matière, dont certains pourraient être traités par la voie amiable de médiation.

2. Le difficile vécu des soignants

672. Il faut également noter que les professionnels de santé développent fréquemment un sentiment d'incompréhension et d'injustice à l'égard des plaintes qui sont formulées à leur encontre. L'isolement qu'ils peuvent ressentir dans ces circonstances est inévitablement amplifié lorsqu'ils exercent seuls et non dans une structure leur offrant un certain encadrement. Le vécu d'une situation conflictuelle est douloureux pour le praticien pour lequel la confusion entre erreur et faute est fréquente.

673. Monsieur Eric Galam a étudié l'impact de l'erreur médicale chez le soignant en compilant plusieurs études. Il expose par exemple que les sentiments mentionnés après une erreur sont davantage de l'ordre de l'émotionnel tels que la culpabilité, la peur, la honte⁴⁹¹. Ceci ressort aussi de l'étude de Madame Constance Robert de Saint Vincent au sujet du vécu par les médecins généralistes d'un contentieux en responsabilité médicale. L'auteur soutient que l'impact est très important lors d'une mise en cause et tend à s'estomper avec le temps mais que « *ceci a bien évidemment un retentissement personnel qui envahit, parfois totalement, la sphère privée* »⁴⁹². Ce problème récurrent fait notamment des médecins une population sujette aux « burn-out » ou épisodes de dépression. Ces syndromes d'épuisement professionnel et d'isolement ont été étudiés, faisant des médecins une population avec un fort taux de suicide par exemple⁴⁹³. Une étude menée aux Etats-Unis et

⁴⁹¹ E. GALAM, *L'erreur médicale, le burn-out et le soignant - De la seconde victime au premier acteur*, Paris; New York, Springer, 2012.

⁴⁹² C. ROBERT DE SAINT VINCENT, *Le vécu par les médecins généralistes d'un contentieux en responsabilité médicale*, Thèse, Paris, 2014, p. 128.

⁴⁹³ Médecins et chirurgiens-dentistes font partie des dix professions les plus touchées par le suicide : S. STACK, « Occupation and Suicide », *Soc. Sci. Q.*, vol. 82, n° 2, juin 2001, p. 384-396.

au Canada⁴⁹⁴ a rapporté une augmentation de l'anxiété sur les erreurs futures de 61%, une perte de confiance de 44%, des problèmes de sommeil à hauteur de 42%, une satisfaction réduite du travail (42%) suite à une erreur. Cette analyse retient également une forte augmentation du stress du professionnel et uniquement 10% d'entre eux s'estiment avoir été soutenus de façon adéquate par les organisations de santé, ce qui démontre un important sentiment de solitude.

674. Cela est exacerbé par une idée de solitude et de honte dans le traitement des plaintes. La crainte fait également partie des émotions ressenties par ces professionnels de santé et ceci est rapporté par Madame Magali Finon⁴⁹⁵ qui a mené une étude auprès de médecins généralistes visant à déterminer l'impact des procédures judiciaires. L'auteur relève tout au long de son analyse la présence d'émotions fortes telles que la peur, la honte, la culpabilité pour ces praticiens dès lors qu'ils sont mis en cause, bien qu'une condamnation ne soit pas forcément prononcée *in fine*. Cette perspective de la plainte comme souffrance est aussi révélée par des travaux doctrinaux à l'étranger⁴⁹⁶, ce qui démontre un vécu difficile pour tous les praticiens, français ou étrangers, lors d'une plainte. Que la réclamation soit justifiée ou non, elle est appréhendée difficilement par les professionnels de santé, d'autant plus s'ils sont isolés.

675. Cet aspect est fort important et peut être accentué en cas de procédure disciplinaire puisque si une plainte est déposée au conseil de l'ordre professionnel, l'exercice de son art

⁴⁹⁴ A.D. WATERMAN, J. GARBUTT, W.C. DUNAGAN[et al.], « The emotionel impact of medical errors on practicing physicians in the United States and Canada », *The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety*, vol. 33, n° 8, août 2007, p. 467-476.

⁴⁹⁵ M. FINON, *Le médecin face à la justice: entretiens avec 15 généralistes ayant vécu une procédure judiciaire*, Thèse, Paris, 2014.

⁴⁹⁶ Voir en ce sens : R. YAJIMA et K. TAKAYANAGI, « The Japanese Health Care System: Citizen Complaints and Citizen Possibilities. », *Public administration et public policy*, vol. 96, 2002, p. 457-486. L. MULCAHY, *Disputing doctors. The socio- legal dynamics of complaints about medical care*, Maidenhead, Open University Press, 2003. L. DUMOULIN et J.-F. LAÉ, « L'instance de la plainte. Une histoire politique et juridique de la souffrance. », *Droit et Société*, vol. 34, n° 1, 1996, p. 715-718.

va être scrupuleusement étudié par ses pairs. Monsieur Eliot Freidson⁴⁹⁷ explique à ce titre que le métier de médecin est devenu une profession s'autoréglant et que la relation entre le praticien et le patient découle de cette professionnalisation de la médecine. Madame Constance Robert de Saint Vincent estime qu'« *il apparaît donc que chaque médecin se construit à travers cette autonomie de la profession, et ceci est particulièrement vrai pour les médecins généralistes qui travaillent souvent seuls pour leurs malades. La plupart du temps, leurs décisions ne sont pas contestées et sont prises en relation avec le patient. Ils sont libres de décider de ce qu'ils jugent bon pour leur patient, pourvu qu'ils sachent convaincre ce dernier du bien-fondé de cette décision* »⁴⁹⁸. L'auteur expose ainsi que ces praticiens exerçant en libéral assoient leurs décisions sur leurs connaissances acquises par leur formation mais également en raison de leurs expériences cliniques et empiriques. Ceci apparaît d'autant plus juste lorsque ces professionnels de santé exercent seuls, à l'abri de tout regard extérieur.

676. Bien que peu de statistiques existent en la matière, il est essentiel de noter que les professionnels exerçant une activité libérale ne sont pas moins touchés par les conflits que ceux exerçant dans des établissements de santé. Ils sont même susceptibles de l'être davantage en raison de l'absence de proximité des services d'urgences, comparativement à un praticien exerçant dans un établissement bénéficiant d'un tel service. Les moyens matériels et humains à disposition de ces professionnels de santé libéraux sont également beaucoup plus réduits que dans une institution et ne permettent pas les mêmes soins. Cet isolement peut donc être une pénalité, principalement dans les situations d'urgence et engendrer éventuellement comme conséquence des conflits avec un patient ou sa famille.

B. Le constat des manquements actuels

677. Certaines spécialités ou aspects des activités des professionnels de santé libéraux sont considérés comme risqués par les compagnies d'assurance, c'est notamment le cas de

⁴⁹⁷ E. FREIDSON, *La profession médicale*, Paris, Payot, 1984.

⁴⁹⁸ C. ROBERT DE SAINT VINCENT, *op. cit.*, p. 125.

l'oncologie, la cardiologie, l'obstétrique, la chirurgie. Lorsque des conflits surviennent, les patients ou leurs familles n'ont que peu de recours qui s'offrent à eux : le contentieux, la procédure auprès de la commission de conciliation et d'indemnisation ou la voie amiable. Cette dernière hypothèse est celle qui nous intéresse tout particulièrement. Il s'avère qu'il est seulement possible de mener cette procédure auprès de l'ordre professionnel dont le mis en cause dépend (2) ou de l'assureur (1).

1. Une procédure amiable auprès de l'assureur peu performante

678. Le recours amiable auprès de l'assureur s'exerce de la même façon que pour un établissement de santé. Cela signifie que ce dernier examine le dossier à l'aide de son « médecin conseil ». S'il le juge utile, une expertise amiable peut être diligentée de façon à évaluer le préjudice supposé et éventuellement faire une offre transactionnelle par la suite. A l'issue de cette procédure, l'assureur a la possibilité d'adresser au demandeur une fin de non recevoir s'il estime ne pas souhaiter transiger à l'amiable, ou une proposition de transaction qui pourra être acceptée ou refusée par ce dernier.

679. Madame Cristina Corgas-Bernard⁴⁹⁹ a étudié l'histoire de l'assurance et de la responsabilité civile des professionnels de santé libéraux. L'auteur relève ainsi qu'au titre des articles L 1142-2 du code de la santé publique et L 251-1 du code des assurances, ces praticiens exerçant en libéral sont tenus de souscrire une assurance visant à garantir les dommages corporels qu'ils causeraient aux tiers dans le cadre de leur activité et que ces médecins encourent des sanctions qui peuvent, entre autres, être d'ordre disciplinaire. L'auteur relève tout d'abord des lacunes dans le régime de l'assurance de responsabilité civile de ces professionnels en contestant le compromis adopté visant à mettre en place une obligation d'assurer les risques liés à l'activité médicale, tout en veillant aux intérêts des assureurs. Madame Cristina Corgas-Bernard examine aussi la rigueur de ce régime en estimant qu'il serait utile de le réformer.

⁴⁹⁹ C. CORGAS-BERNARDS, « L'assurance de responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé », *RDSS*, 2010, p. 75.

2. La procédure disciplinaire auprès de l'ordre harmonisée mais incomplète

680. Le recours auprès de l'ordre professionnel concerné est plus spécifique et consiste en une plainte au conseil de l'ordre en raison d'un manquement du praticien à une obligation déontologique. Plusieurs étapes jalonnent ce processus, en commençant par l'étude de la réclamation au niveau départemental puis régional. Si cela est jugé nécessaire, il est possible de recourir à une médiation ou à une conciliation. Les modalités de ces dernières sont souvent confondues, entraînant inévitablement des points de crispation du mécanisme utilisé.

681. A ce jour, le constat des manquements en la matière s'impose puisque la véritable médiation entre professionnel de santé exerçant une activité libérale et patient n'existe pas. Pour autant, un réel besoin existe en la matière. Madame Constance Robert de Saint Vincent explique que l'autonomie de la profession médicale est importante et que « *bien qu'elle tende à diminuer avec l'évolution de la loi et de la jurisprudence, la profession médicale reste pour l'essentiel contrôlée par elle-même à travers l'Ordre des médecins qui est constitué de médecins élus par les médecins* ». Ces médecins appartenant à l'Ordre sont en effet chargés du respect de la déontologie de la profession et de la sanction d'un praticien en cas de manquement à celle-ci. [...] Bien que cette autonomie tende donc à diminuer, les médecins se forgent une idée de leur propre autonomie qui serait étendue à toute la prise en charge de leurs patients, pourvu que leurs soins soient attentifs et aillent vers le bien du malade »⁵⁰⁰.

682. L'organisation en ordres professionnels des praticiens a été harmonisée et précisée par le décret du 25 mars 2007⁵⁰¹. Ces précisions permettent notamment d'exposer deux

⁵⁰⁰ C. ROBERT DE SAINT VINCENT, *op. cit.*, p. 124-125.

⁵⁰¹ Décret n°2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs kinésithérapeutes et des pédicures-podologues, JORF n°73 du 27 mars 2007 p. 5654. Ce décret abrogea celui du 26 octobre 1948 organisant la procédure disciplinaire auprès des ordres des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes.

rôles essentiels de ces ordres. Le premier est administratif en ce que l'organe dispose d'un pouvoir réglementaire, lui permettant par exemple de tenir le tableau. Le second est juridictionnel puisque comme le souligne Madame Virginie Rivière : « *l'Ordre dispose de la faculté de juger et éventuellement sanctionner les professionnels qu'il représente* »⁵⁰². Cette mission est ainsi assortie d'une procédure spécifique.

683. Monsieur Jean-Paul Markus a également étudié la refonte de la procédure disciplinaire des professionnels de santé suite au décret de 2007⁵⁰³. Il expose que des ordres professionnels existent pour les médecins, les infirmiers, les chirurgiens-dentistes, les masseurs-kinésithérapeutes, les sages-femmes, les pharmaciens, les pédicures-podologues et que chaque ordre connaît une procédure disciplinaire. C'est pourquoi une harmonisation des procédures disciplinaires ordinales était nécessaire « *afin de rationaliser un contentieux épars et méconnu des professionnels eux-mêmes. Il fallait aussi professionnaliser le contentieux ordinal afin de répondre aux critiques qu'il suscitait. Cela explique la généralisation par la loi de 2002 de l'échevinage, avec la présence de magistrats administratifs (ou judiciaires pour certains conseils centraux de pharmaciens) à la tête des juridictions ordinales, à la seule exception des juridictions de l'ordre des sages-femmes. Il était enfin nécessaire d'armer les juridictions ordinales sur le plan procédural, pour leur permettre d'assumer l'augmentation du contentieux à laquelle elles feront face avec les droits accrus des patients* »⁵⁰⁴. Cette nouvelle procédure a donc permis au patient de ne plus être exclu et de lui conférer un rôle plus dynamique, tout en évitant un amoncellement de plaintes abusives. Le patient mécontent et s'estimant victime d'un manquement du praticien à une ou plusieurs de ses obligations déontologiques, aura la possibilité de déposer une plainte auprès du conseil départemental de l'ordre concerné.

684. A cet échelon, une tentative de conciliation doit être effectuée. Or, celle-ci est effectuée par un pair appartenant à l'ordre et pose la question du conflit d'intérêts, tout

⁵⁰² V. RIVIÈRE, « Actualisation et harmonisation du fonctionnement et de la procédure disciplinaire des Conseils de l'Ordre », *RDS*, n° 18, Juillet 2007, p. 561-562.

⁵⁰³ J.-P. MARKUS, « La refonte de la procédure disciplinaire devant les ordres des professions de santé », *RDSS*, 2007, p. 651.

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

autant que lorsque le médiateur est médecin. L'intérêt d'intégrer à ce moment le médiateur en santé serait évident. Ce professionnel du secteur, sans être pair d'une de ces professions, pourrait tenter de faire parvenir les parties à un accord, en toute neutralité, impartialité et indépendance. Le médiateur en santé deviendrait un élément central du règlement des différends dans tout le domaine de la santé, irriguant ainsi le secteur. Si cette résolution amiable échoue, la chambre disciplinaire de première instance sera saisie. Puis éventuellement la juridiction d'appel et le Conseil d'Etat en cassation.

685. Bien que la procédure disciplinaire reste effectuée par les pairs, ces juridictions tendent à se professionnaliser et à mettre en place des magistrats. Il est intéressant de noter que la procédure disciplinaire se rapproche du procès pénal pour comprendre les sentiments de crainte et de peur développés par les praticiens. Comme l'explique Monsieur Jean-Paul Markus, malgré cette idée d'imprégnation du droit pénal, il s'agit plutôt d'une « administratisation » de ce processus : *« Le contentieux disciplinaire revêt une forte coloration pénale, du fait du déclenchement de l'action par une plainte et d'une logique d'incriminations assorties de sanctions. Il ne s'agit pour autant pas d'un contentieux pénal. Le décret de 2007 affermit au contraire l'ancrage des juridictions ordinales dans l'ordre juridictionnel administratif, en procédant à des renvois purs et simples à nombre de dispositions du CJA. Il en va ainsi pour les règles de communication des mémoires et pièces, les règles d'information quant aux moyens susceptibles d'être soulevés d'office, celles relatives aux expertises, celles relatives aux enquêtes, ou encore celles relatives aux productions, aux mandataires et à l'enregistrement des pièces »*⁵⁰⁵.

686. Cette procédure particulière revêt tout de même l'avantage de la malléabilité. L'arrêt du Conseil d'Etat du 23 février 2004⁵⁰⁶ permet d'exposer la souplesse de la procédure ordinale. En l'espèce, un litige entre deux praticiens était né du fait de la communication au patient d'une lettre personnelle d'un médecin à un autre par le destinataire de cet échange. En première instance, le praticien à l'origine de cette transmission avait été sanctionné pour manquement aux règles de confraternité. Cette décision avait été confirmée par la suite et une faute professionnelle avait été caractérisée. Le Conseil d'Etat statuant en cassation avait

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ CE, 23 février 2004, req. N° 204851, Inédit.

admis la possibilité de fonder une sanction sur des motifs non énoncés dans la plainte, principe admis depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence^{507,508}. Il conditionne cependant cette notion au respect de règles élémentaires de procédure et aux droits de la défense, notamment le contradictoire. Monsieur Emmanuel Terrier expose au sujet de cette décision qu' « *il existe une grande souplesse dans la procédure ordinale, ce qui en fait, entre autre l'une de ses spécialités. [...] Ainsi, la règle de déontologie, n'est-elle pas encadrée par le principe de légalité. Il est, par conséquent, tout à fait possible pour les juridictions ordinales de sanctionner un comportement fautif d'un professionnel de santé sur des motifs qui n'auraient pas été soulevés dans la plainte initiale, ou même sur des règles qui ne seraient pas contenues dans le Code de déontologie* »⁵⁰⁹.

687. Cette procédure disciplinaire, bien que récemment harmonisée et encadrée, présente quelques manquements, notamment dus au non approfondissement de la procédure amiable de conciliation. Le terme et le mécanisme choisis en l'espèce ne sont pas forcément les plus adéquats mais surtout leur application est peu réussie. C'est la raison pour laquelle la médiation en santé remaniée pourrait présenter une alternative satisfaisante permettant de régler un certain nombre de différends à l'amiable grâce à un tiers présentant les valeurs requises et connaissant le domaine de la santé, sans pour autant être l'un de ces professionnels.

Paragraphe 2. Les exigences liées à cet élargissement

688. Si une des missions du médiateur en santé s'élargit à l'activité libérale des praticiens, certaines exigences devront être respectées. Ces contraintes tiennent principalement à l'organisation (A) mais doivent aussi laisser un rôle prépondérant à l'ordre professionnel (B).

⁵⁰⁷ CE, 19 octobre 1956, *Princeteau*, Rec. p. 378.

⁵⁰⁸ CE, 11 juillet 2001, *Bonnel*, n°214060.

⁵⁰⁹ J. MORET-BAILLY et E. TERRIER, « Le respect du droit du contradictoire et des droits de la défense du médecin », *RDS*, n° 1, septembre 2004, p. 51-52.

A. Des exigences d'organisation persistantes

689. L'organisation de la médiation pour les professions médicales et paramédicales libérales doit faire l'objet d'une mise en place attentive (1) et son aspect financier doit être absolument étudié (2).

1. Une mise en place minutieuse

690. L'opportunité d'appliquer la médiation aux conflits touchant les professionnels de santé exerçant en libéral présente les mêmes intérêts que lorsqu'il s'agit d'un conflit entre un professionnel de santé et un patient au sein même d'un établissement, c'est-à-dire renouer le dialogue, exposer les divers intérêts en présence et tenter de trouver une solution adéquate au litige, en ne lésant aucune des parties. Cette éventualité de règlement des différends a d'ailleurs fait l'objet d'un examen par l'Académie de Médecine. Madame Emilie Aron propose « *avec la Médiation , (mediate = s'interposer) une procédure permettant de résoudre à l'amiable les conflits entre le public, les médecins ou la médecine* »⁵¹⁰, ceci pouvant être effectué au sein de ces instances ordinaires. Cet auteur estime que le système actuel comporte de multiples fossés qu'il faudrait combler en innovant et notamment grâce à un traitement des plaintes plus adapté. La médiation présenterait ainsi un moyen efficace de règlement amiable des litiges. Ceci ne pourrait en revanche se faire sans une organisation particulière et un encadrement adéquat.

691. Plusieurs interrogations doivent nécessairement être étudiées. Les ordres professionnels connaissent actuellement des conciliateurs mais leur légitimité peut être remise en question étant donné qu'ils sont eux-mêmes pairs des professionnels mis en cause, cela posant ainsi le problème des conflits d'intérêt. L'opportunité d'un tel mécanisme

⁵¹⁰ E. ARON, « La médiation pour les conflits médicaux », *Bull. Acad. Natle Méd.*, vol. 189, n° 4, Séance du avril 2005, p. 729-737.

dans les conflits inhérents à la relation de soins est démontrée. L'existence de la conciliation préalable à la procédure ordinale démontre également que ces processus sont pertinents en la matière. Les incertitudes terminologiques relatives à la confusion entre les mécanismes de conciliation et de médiation ne permettent pas de déterminer si la conciliation est en l'espèce plus adaptée que la médiation. Cet amalgame récurrent avait déjà été soulevé en 1997 par Madame Michèle Guillaume-Hofnung au sujet des conciliateurs et médiateurs d'assurance: « *La médiation dans le domaine des difficultés contractuelles s'étend régulièrement. La création de cette fonction dans le domaine des assurances résulte de l'incitation des pouvoirs publics. Pour tenir compte des recommandations de la Commission consultative de l'assurance, les compagnies ont rebaptisé leurs conciliateurs pour les appeler médiateurs sans changer le contenu de leur activité* »⁵¹¹.

692. Dans l'optique de la mise en place d'un véritable médiateur en santé pouvant traiter les différends de tout le secteur sanitaire et médico-social, la médiation semble correspondre à un mode alternatif efficace et s'appliquant correctement au secteur. Une médiation serait, en effet, opportune en l'espèce en tant que mode amiable de résolution des conflits, d'autant plus si elle est effectuée par un médiateur en santé. Ce tiers pourrait être le médiateur en santé doté d'un statut lui permettant d'être considéré comme un professionnel, sans pour autant appartenir à une profession médicale ou paramédicale. Les modifications envisagées du statut et du régime du médiateur pourraient ainsi être étendues aux procédures ordinales et plus largement aux praticiens libéraux connaissant des différends. La procédure en la matière se devrait d'être revue et harmonisée en ce sens.

693. Se pose également la question de la place de l'assureur en responsabilité civile professionnelle au sein de ce processus. Ce dernier, ayant une place prépondérante dans les recours amiables à l'encontre des professionnels de santé exerçant en libéral, aurait-il un rôle central dans la médiation ? Il faut envisager la possibilité pour l'assureur d'indemniser la victime en cas d'accord de médiation et par conséquent sa position au sein du processus est à envisager. En ce qui concerne le rôle de l'assureur, celui-ci assure le professionnel de santé en responsabilité civile professionnelle et son intérêt serait très important dans la procédure dans la mesure où il est l'« indemniseur ». Pour l'assurance, cela représente un avantage

⁵¹¹ M. GUILLAUME-HOFNUNG, « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30.

non négligeable qui est de régler le litige plus simplement, plus rapidement, de façon moins coûteuse et permet d'aboutir à un accord satisfaisant pour son assuré. En revanche, le risque serait qu'il ne soit pas en adéquation avec l'accord de médiation. Il faut s'interroger sur les parties signataires du protocole de médiation et l'éventuelle intégration de l'assureur ou l'exclusion du praticien. Se pose nécessairement la question du refus d'indemniser de l'assureur en lieu et place de l'assuré s'il n'est pas partie à la procédure de médiation.

694. Ces interrogations se doivent d'être traitées car il n'est pas possible d'éluder l'assurance du processus de médiation dans la mesure où si un accord amiable est signé, c'est elle qui indemnise au titre de la responsabilité civile professionnelle du professionnel de santé. Monsieur Fabrizio Castelli prend l'exemple de la situation belge avec notamment les mutualités qui s'imposent en garantes des droits des patients : *« Elles défendent les intérêts des patients dans plusieurs organismes de sécurité sociale en Belgique. Et disposent d'un service juridique et médical, capable d'informer le patient notamment sur les problèmes de facturation et d'évaluation de la responsabilité lors d'accidents médicaux. Le caractère structurellement inabouti de la plainte et symétriquement celui de la médiation [...] relié à l'institutionnalisation des Mutualités en tant que défenseur des patients. Les dispositifs autour des « plaintes de basse intensité » telles que visées par la loi sur le droit des patients paraissent faiblement équipés et institutionnalisés voire sous-investis au profit du traitement des plaintes plus lourdes relatives à des litiges et accidents (impliquant assurances, Mutualités et tribunaux) »*⁵¹².

2. La prise en charge financière

695. En termes d'organisation, l'aspect financier de la médiation est incontournable. Si aujourd'hui la médiation en établissement de santé est bénévole, les frais inhérents au mécanisme sont tout de même pris en charge par les structures. Si la médiation était appliquée aux conflits avec les praticiens libéraux, il faudrait déterminer qui en serait en

⁵¹² F. CANTELLI, « La plainte comme un droit? Médiation, politiques publiques et droits des patients », *Quad. Commun. Technol. Pouvoir*, n° 76, 2011, p. 101–109, p. 107.

charge, d'autant plus si celle-ci évolue et devient rémunératrice pour le tiers. Il s'agirait ainsi de fixer son tarif dès le commencement de la médiation et de déterminer la répartition incombant à chaque partie. Peut-on considérer que l'assureur prendra ces frais en charge au même titre que des frais de justice ? L'exemple peut être pris ici des frais irrépétibles en justice et des frais relatifs à une procédure ordinaire. L'article L 761-1 du code de justice administrative dispose que : « *dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ». Cette disposition législative a fait l'objet d'avis controversés jusqu'à ce que la loi du 4 mars 2002 et le décret du 25 mars 2007 précisent que le plaignant et la partie attaquée sont devenues des parties pouvant bénéficier de cet article concernant le paiement des frais irrépétibles devant la chambre disciplinaire. Cette prise en charge financière est conditionnée à une demande explicite précisant le montant demandé, intégrée au sein du mémoire à tout moment de la procédure. L'indemnité n'est accordée qu'à la partie « gagnante » au détriment de la partie « perdante », mais sous certaines conditions tenant à l'équité et à la situation économique des parties. Cela signifie que si la partie devant payer en est économiquement incapable, la condamnation n'aura pas lieu. En l'espèce, le plus probable est que l'assureur soit en charge des frais de médiation, que celle-ci ait lieu dans le cadre d'une procédure ordinaire ou non. Ce mode de règlement amiable de résolution des conflits, même si son coût devient plus important, reste un mécanisme très avantageux financièrement et devrait permettre d'entrer dans les garanties assurantielles.

696. Ces questions sont des interrogations qui ont une place fort importante dans le domaine de la santé et ne peuvent plus être laissées sans réponse, d'une part pour l'équité des justiciables et d'autres part pour la protection des professionnels de santé. C'est pourquoi les ordres professionnels ont un rôle d'une grande importance.

B. Le rôle prépondérant de l'ordre professionnel

697. L'ordre professionnel pourrait avoir un rôle de relais permettant d'organiser les modalités pratiques de la médiation avec le médiateur en santé pour les professionnels de santé en général ou spécifiquement pour ceux exerçant à titre libéral. Les ordres professionnels ont d'ores et déjà un rôle prépondérant concernant le respect de la déontologie de la profession, l'information, la procédure disciplinaire. Octroyer à l'ordre la possibilité de travailler de concert avec le médiateur en santé de façon à régler amiablement les litiges est une perspective intéressante.

698. L'ordre professionnel pourrait avoir vocation à mettre en place des médiations dès la réception d'une plainte, s'il estime qu'un tel mode alternatif de règlement des différends pourrait permettre de régler le conflit. Ce rôle de modérateur serait particulièrement intéressant et l'ordre, en raison de son positionnement central et déontologique, en aurait la capacité nécessaire.

699. Il pourrait avoir une mission de relais entre les différentes instances, établir des statistiques qualitatives et quantitatives. Dans l'hypothèse d'un recours à un expert pour éclairer les parties et épauler le médiateur, il serait intéressant que cette expertise soit diligentée *via* l'ordre professionnel pour une procédure centralisée.

700. Il est possible d'imaginer qu'il puisse également avoir vocation à prendre en charge une partie des frais de ces médiations ou participe de façon matérielle en mettant par exemple des locaux à disposition.

701. Cette mise en œuvre serait très intéressante et permettrait de faire de la médiation un mécanisme performant et connu des professionnels, contrairement à aujourd'hui où il reste un mode alternatif assez méconnu. Malgré tout, cette approche reste extrêmement prospective et bien que sa mise en place ne demande que peu de modifications concrètes, elle est à conditionner à une modification du régime et du statut de médiateur en santé pour que son activité soit étendue à l'activité libérale, au secteur médico-social et aux procédures ordinales disciplinaires.

702. Ces modifications du régime de la médiation en santé et cette extension des missions du médiateur au secteur médico-social et à l'activité libérale pourraient être extrêmement bénéfiques au domaine. Ces mutations de grandes ampleurs restent toutefois prospectives et leur mise en place n'est pas nécessairement envisagée positivement dans l'immédiat.

Conclusion du chapitre 1

703. Le champs d'application actuel de la médiation en santé est assez restreint. Le constat est toutefois effectué de la nécessité de développer la médiation et de l'étendre à un domaine plus vaste.

704. Cette nécessité d'extension du mécanisme dans le domaine de la santé s'explique au regard des prises en charge des patients qui sont désormais jalonnées par des consultations et des séjours par plusieurs professionnels de santé et dans plusieurs types d'établissements. Or, à ce jour, les institutions médico-sociales ne disposent pas de mécanismes de règlements des différends suffisants. Les professionnels de santé exerçant en libéral, quant à eux, n'appliquent pas ce mécanisme.

705. De réels besoins existent en la matière et c'est la raison pour laquelle l'application de la médiation à un secteur plus large permettrait de régler de façon opportune les conflits qui y surgissent. En l'absence de telles modifications, l'avenir de la médiation en santé paraît incertain voire compromis.

Chapitre 2. Un avenir incertain

706. La médiation est un mode alternatif de règlement des différends qui connaît un certain succès et pourrait être davantage développée et connue dans le secteur de la santé. Le constat de ses manquements en la matière a été effectué et c'est la raison pour laquelle plusieurs propositions de remaniement ont été faites pour pallier les incohérences actuelles.

707. Au regard des difficultés de mise en œuvre unifiée dans le domaine de la santé et de l'indispensable remaniement de son régime juridique, la médiation peut paraître promise à un avenir incertain.

708. Ce processus présente un désavantage certain qui est dû au caractère circonscrit actuel de la médiation (section 1). Elle peut en effet être comparée à la médiation judiciaire afin d'illustrer ce propos. La restriction est inhérente au fonctionnement actuel, hormis pour le défenseur des droits. C'est pourquoi un remaniement du régime juridique de ce mécanisme est indispensable sans quoi son avenir sera extrêmement incertain.

709. La difficulté suprême est la recherche permanente du juste équilibre entre l'encadrement du mécanisme et la conservation de sa souplesse (section 2). Celui-ci sera garant de l'efficacité et de l'efficience du mécanisme mais aussi de la préservation de la médiation sans en changer la nature juridique.

Section 1. Le constat du caractère circonscrit actuel de la médiation

710. Le caractère circonscrit actuel de la médiation permet de douter de son avenir. Il est en effet intéressant d'étudier la médiation en santé par rapport à la médiation judiciaire officiant dans d'autres domaines (paragraphe 1) et de noter que le défenseur des droits offre une exception à cette délimitation spécifique (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Par rapport à la médiation judiciaire

711. Le constat du caractère circonscrit de la médiation en santé peut être effectué en comparaison à la médiation judiciaire. Pour ce faire, dresser un état des lieux de cette pratique est essentiel (A) afin de comprendre en quoi son application à la santé apparaît complexe (B).

A. Etat des lieux de la médiation judiciaire

712. Une analyse de la médiation judiciaire conduit à exposer que ce mécanisme est correctement encadré (1) mais que le bilan de son application reste mitigé selon ses différents domaines d'application (2).

1. Un mécanisme correctement encadré

713. La médiation judiciaire, à l'inverse de la médiation conventionnelle ou autonome, est ordonnée par le juge, avec l'accord de parties. Elle se définit comme « *tout processus*

*structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leur différends avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elle ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige »*⁵¹³.

Madame Mélina Douchy-Oudot indique que ce mécanisme est « *un mode conventionnel de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire, par lequel le juge, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son contrôle et contre rémunération, de confronter leurs points de vue respectifs et de les aider à trouver une solution au litige qui les oppose »*⁵¹⁴. Il s'agit donc bien d'un mode processuel de résolution des conflits suite à une réorientation par le juge.

714. Elle existe en France principalement dans le domaine pénal et dans le domaine des conflits familiaux bien que son champ d'application soit bien plus large. La loi de 1995 a institutionnalisé ce mécanisme qui est désormais organisé par les article 131-1 et suivants du code de procédure civile. Plusieurs points particuliers sont à souligner concernant le déroulement de la médiation judiciaire.

715. Le mode alternatif de règlement des conflits peut être mis en œuvre à tout moment de la procédure, même en référé, et devant chaque juridiction de l'ordre judiciaire. Pour ce faire, il est nécessaire que le magistrat ait d'ores et déjà été saisi de l'affaire aux fins de jugement. Dans le cas d'un échec du processus, le jugement pourra ainsi avoir lieu : « *Il s'agit donc d'une mesure ordonnée dans le cadre d'une instance judiciaire contentieuse, mais mise en œuvre par une tierce personne, physique ou morale (C. pr. civ., art. 131-4, al. 1^{er}), sous le contrôle du juge »*⁵¹⁵.

716. Cet encadrement juridique permet donc de mener à terme la médiation de façon organisée mais peut nuire aussi à sa malléabilité. La médiation peut ainsi être ordonnée par le juge, qu'il soit juge des référés, d'instruction ou du fond. Ceci rend la médiation très

⁵¹³ Article 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011.

⁵¹⁴ M. DOUCHY-LOUDOT, « Médiation et conciliation », in *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

attractive dans la mesure où elle peut avoir lieu dès la saisine, en cours d'instance, à tout moment de la procédure. Le bilan de ce mécanisme est toutefois en demi-teinte au regard des analyses effectuées récemment en la matière.

2. Un mécanisme au bilan mitigé

717. Le rapport de l'IGSJ d'avril 2015 qualifie d'insuccès cette médiation judiciaire. Ce travail met en exergue plusieurs points et tout d'abord le fait qu'en matière civile, commerciale et sociale, peu d'affaires sont traitées par le biais de ce mécanisme. Il souligne en effet le fait que « *depuis 20 ans, les dispositions de la loi de 1995 n'ont pas rencontré le succès escompté dans les juridictions, et la médiation judiciaire s'est très peu développée* »⁵¹⁶ et se fonde sur les statistiques du Ministère de la Justice pour démontrer que moins de trois cents affaires font l'objet d'une médiation ces dernières années ; ceci est légèrement supérieur dans le domaine administratif mais reste relativement faible. D'ailleurs, cette étude fait état du fait que la médiation en matière familiale ne concerne qu'une part peu importante du contentieux.

718. De plus, le rapport relève qu'au niveau local, les dispositions n'ont pas permis d'accéder aux résultats escomptés. Bien que la médiation judiciaire tende à se développer et que quelques juridictions aient développé des pratiques favorables à celle-ci, les résultats restent encore peu probants. Le rapport souligne à ce titre : « *Quelle que soit la nature du contentieux, la mise œuvre de ces pratiques nécessite un investissement significatif de la part des acteurs qui y participent, magistrats, greffes, avocats, médiateurs. Elle repose souvent sur leur engagement individuel, sans parvenir à s'inscrire durablement dans la politique de la juridiction concernée au moment de leur départ* »⁵¹⁷.

719. Puis, le rapport cherche à établir un bilan de ce qui a été réalisé jusqu'à présent et considère que les résultats des médiations dans le domaine familial sont mitigés bien que

⁵¹⁶ *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, Rapport remis par L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, 2015.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

concrètement, les effets de ces expérimentations soient complexes à évaluer : « *Le bilan quantitatif des expériences menées en matière civile dans les juridictions révèle d'abord la faible part des accords de médiation au regard du volume du contentieux. Ensuite, le temps consacré par le greffe et les magistrats à la mise en place de ces processus n'est pas mesuré au regard du temps estimé pour un jugement. Enfin, la mission ne dispose pas de données précises pour comparer le coût d'une affaire terminée par une médiation avec celui d'un dossier clôturé par une décision de justice. En effet, les éléments disponibles à ce jour n'ont pas permis à la mission, dans les délais qui lui étaient impartis, d'engager une étude comparative sérieuse entre le coût d'une action en justice et le coût d'une médiation* »⁵¹⁸.

720. Ce rapport se fonde entre autres sur l'étude menée par le département des affaires juridiques et parlementaires du Parlement européen en 2011 qui ne mentionne pas les éléments français concernant le coût du non-recours à la médiation. Le rapport relève ainsi : « *Cependant, les résultats de cette étude ne sont pas suffisamment précis pour être utilisés à des fins de comparaison avec la situation en France. En effet, d'une part, le périmètre pris en compte pour procéder à l'étude européenne des coûts est peu explicite, d'autre part, certaines des données mentionnées dans l'étude ne sont pas disponibles au sein du ministère de la justice français. Il est aussi difficile d'apprécier les effets qualitatifs de la médiation tant sur le comportement des parties à l'audience, que sur la pacification de leurs relations, sauf à s'appuyer sur des données subjectives résultant du ressenti des acteurs* ».

721. Ainsi, en ce qui concerne la médiation judiciaire, son apport est mitigé au regard de ces différents rapports car il est complexe d'obtenir les statistiques exactes du nombre de recours à la médiation comparativement au nombre de contentieux, ainsi que le taux de réussite et les domaines de compétence dans lesquels elle est plus ou moins efficace⁵¹⁹.

722. Malgré tout, il est important de noter que le processus de promotion de la médiation est en marche puisque l'intérêt porté à ce mécanisme ainsi qu'aux autres modes alternatifs de règlement des différends est indéniable. De plus, même si comparativement au nombre de contentieux, le recours à la médiation semble faible, il faut prendre en considération que l'objet de ces deux procédures n'est pas le même ; elles n'ont pas vocation à régler le même

⁵¹⁸ *Ibidem.*

⁵¹⁹ Voir en ce sens : T. CLAY, « La face cachée de la médiation », *D.*, 2004, p. 3188.

type de litige. Et le nombre d'envois en médiation judiciaire est croissant depuis 2011 alors que cela ne prend ni en compte les médiation autonomes, ni les médiations conventionnelles, ni les autres modes de règlement des conflits.

723. Par ailleurs, il serait intéressant d'obtenir les statistiques en se référant à un indice de satisfaction des parties, c'est-à-dire, sont-elles plus satisfaites par l'issue de la médiation ou du procès, en termes d'accord, de dépenses, de satisfaction personnelle, etc. ?

724. En 2011, Monsieur Fabrice Vert a effectué un état des lieux de la médiation judiciaire et a envisagé son avenir. Il dresse un bilan mitigé de ce mécanisme en exposant que ce processus est peu développé en France bien que son intérêt soit pris en considération par les professionnels du droit. C'est pourquoi il expose que « *la confiance des acteurs judiciaires et des justiciables dans la médiation est la condition première de son succès. L'intérêt pour la médiation, même si elle se développe dans des univers très divers, ne pourra conduire à son développement que dans la mesure où un certain nombre de questions seront traitées préalablement. Ces questions recouvrent la définition de la médiation, l'information, les incitations financières, la qualité et la formation requises, la déontologie des médiateurs ainsi que l'organisation de la médiation dans les juridictions* »⁵²⁰. Cet auteur cerne le problème dans sa globalité et expose clairement l'impasse dans laquelle se trouve actuellement la médiation judiciaire et les efforts attendus pour la promouvoir et l'ériger en mécanisme efficace. La nécessité de prise en considération de ces interrogations et de définir de façon légale ce mécanisme est clairement exposée par l'auteur. Ce dernier explique également qu'une sensibilisation et une formation des différents acteurs est nécessaire. Ce sont d'ailleurs les raisons pour lesquelles l'application de la médiation judiciaire au domaine de la santé fait l'objet d'une controverse.

B. Une application controversée au domaine de la santé

725. La médiation telle qu'elle est appliquée au domaine de la santé ne présente pas les caractéristiques de la médiation judiciaire ou conventionnelle. Le champ d'application d'un

⁵²⁰ F. VERT, « La médiation judiciaire: bilan et perspectives », *ICC France*, 2011, p. 40.

tel mécanisme est beaucoup moins vaste que celui de la médiation judiciaire par exemple. C'est ainsi que s'explique son caractère circonscrit à la discipline.

726. Il serait possible d'appliquer la médiation judiciaire à la santé mais pourtant cette dernière reste controversée. L'avantage indéniable d'adapter la médiation judiciaire au domaine de la santé serait que l'encadrement juridique de ce mécanisme existe d'ores et déjà alors que le cadre de la médiation en santé reste à préciser pour une efficacité optimale.

727. En revanche, plusieurs inconvénients surviendraient si la médiation judiciaire était appliquée au secteur de la santé et remplaçait en tout point le fonctionnement existant. Le mécanisme de médiation en lui-même permet aux parties de renouer le dialogue, de communiquer et éventuellement de trouver un accord au différend. Il est cependant essentiel de noter que la médiation judiciaire implique que le conflit soit porté devant le juge puisque c'est lui qui est à l'initiative du recours au tiers médiateur. Bien que cette possibilité de recourir à une médiation à tout moment du procès, sur proposition du juge, soit un aspect tout à fait intéressant, il ne semble pas suffisant dans le domaine de la santé.

728. La médiation en tant que mode alternatif de règlement des différends est intéressante en la matière puisqu'elle permet un règlement du litige en amont du contentieux. Cette possibilité de recourir à un tiers médiateur avant même la saisine d'un juge, le recours à un avocat, la constitution d'un dossier spécifique offre des garanties de rapidité, de simplicité et de procédure moins onéreuse qui sont non négligeables.

729. L'éventualité de mettre en place un mécanisme de liaison de la médiation « classique » en santé et de la médiation judiciaire pourrait toutefois être bénéfique. Ceci permettrait en effet de recourir à la médiation en dehors de tout procès mais d'avoir la faculté d'y recourir également en cours de procédure.

730. Le point crucial de la réalisation de la médiation est sa réussite, peu importe le moment d'intervention de la médiation. Ce recours en deux temps à ce mécanisme peut toutefois être critiqué. Faire en sorte que ces deux types de médiation soient reliés et effectués auprès du même médiateur semble opportun mais en dehors de ce point spécifique, la controverse de l'application de la médiation judiciaire au domaine de la santé est présente.

Paragraphe 2. Une délimitation au domaine de la santé

731. Le caractère circonscrit de la médiation au domaine de la santé est principalement dû au fait qu'il est délimité exclusivement à ce secteur. Cette restriction est inhérente au fonctionnement actuel de ce processus (A), exception faite du défenseur des droits qui connaît de vastes missions (B).

A. La restriction inhérente au fonctionnement actuel

732. Le fonctionnement actuel de la médiation dans le domaine de la santé engendre un caractère très circonscrit du mécanisme. Ce processus a pourtant vocation à se développer davantage au regard de ses nombreux atouts et de son adaptabilité au secteur, notamment en raison de son éventuelle extension à l'activité libérale des professionnels de santé et au secteur médico-social. Cette mise en œuvre actuelle limite pourtant la promotion de la médiation et son avenir immédiat.

733. Il faut constater que le régime actuel de la médiation en santé ne permet pas un développement adéquat et exponentiel de ce mécanisme car plusieurs paramètres sont à prendre en considération.

734. Madame Elisabeth Volckrick a étudié la médiation dans le domaine de la santé en Belgique et expose que celle-ci s'inscrit dans un domaine beaucoup plus vaste : « *Le développement de la médiation dans le domaine de la santé est à inscrire dans un contexte plus large de développement très important des pratiques de médiation depuis une bonne vingtaine d'années dans de nombreux champs de la vie sociale de nos sociétés* »⁵²¹. L'auteur expose l'hypothèse selon laquelle ce processus s'inscrirait dans un mouvement plus général de « *dispositifs de régulation sociale* ». Cela signifie que « *nos sociétés sont devenues si*

⁵²¹ E. VOLCKRICK, « Médiation et Santé: L'expérience belge », *Médiation Santé Berna Ed. Weblaw*, 2008, p. 24.

*complexes et plurielles que la norme d'une situation ne peut plus être posée a priori, elle apparaît comme la rencontre de plusieurs registres de normativité. Des conflits peuvent surgir de ces rencontres. Ce qui est désormais vécu, c'est la nécessité de prendre en compte la pluralité des modèles culturels et la pluralité des registres normatifs dans nos manières de vivre ensemble. La médiation se présente comme un dispositif qui ne pose pas a priori un modèle de pertinence normative. Elle convoque différents registres normatifs et cognitifs et ouvre l'espace non pas à une objectivation mais à une co-construction interprétative »*⁵²². Madame Elisabeth Volckrick poursuit son analyse en expliquant que l'implantation de la médiation dans le secteur de la santé s'effectue dans un cadre spécifique de transformations et de mutations sociétales.

735. Cette idée d'ériger la médiation en nouveau mode de régulation sociale a été évoquée à plusieurs reprises et tend à démontrer un changement des mentalités et de réelles évolutions de la société. Le fonctionnement actuel de la médiation en santé ne permet pourtant pas de répondre correctement à ces besoins et limite son champ d'application. Il faut s'interroger sur le fait que ces transformations, la mise en place et l'importance de la médiation puissent être considérées comme représentatives de ces mutations de la société. Madame Nancy Fraser s'est ainsi interrogée et a distingué l'idée d'une « *justice de « distribution » des biens d'une idée de justice de « reconnaissance »* »⁵²³.

736. Monsieur Jean-Marc Sauvé, quant à lui, expose que les modes alternatifs de règlement des conflits sont insuffisamment développés de façon générale. Cet auteur considère que plusieurs éléments sont à l'origine de ce manquement et que « *le premier de ces facteurs tient à l'évolution des modes de régulation sociale. L'emprise contemporaine du droit dans l'organisation des relations sociales a placé le juge et, notamment, le juge administratif au cœur des transformations démocratiques. Pour autant, si ces dernières mettent le juge en leur centre, « elles obligent à penser les moyens de se substituer à lui pour régler les litiges, de façon à en faire non plus une première ligne, mais (...) un recours »* (A.

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ N. FRASER, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et distribution*, Paris, Editions la découverte, 2005.

Garapon, S. Perdrille, B. Bernabé, *La Prudence et l'Autorité, juges et procureurs du XXIème siècle*, O. Jacob, 2014, p. 27)⁵²⁴.

737. Ces évolutions peuvent également se ressentir dans la nature de la réparation pouvant être obtenue suite à un préjudice. La réparation est fréquemment pensée dans nos sociétés en termes financiers mais les aspects psychologique et sociologique de celle-ci peuvent être très importants. En cela, la médiation est un mécanisme permettant d'obtenir cette réparation psychologique par le biais d'explications et éventuellement d'excuses. Cette mutation de la société est représentative de la théorie selon laquelle la médiation représenterait un nouveau mode de régulation sociale. Il s'avère cependant que l'encadrement juridique actuel de la médiation en santé ne permet pas à ce processus de s'épanouir en ce sens. Si le cadre légal de ce mode alternatif de règlement des différends n'évolue pas de façon concomitante aux transformations de la société, son avenir risque d'être menacé. C'est la raison pour laquelle le caractère actuellement trop circonscrit de la médiation se doit d'être corrigé et élargi.

738. Monsieur Jean-Marc Sauvé a d'ailleurs relevé que « *Les modes alternatifs de règlement des différends (MARD) sont pertinents, mais ils peinent à se développer pour régler les litiges en France et, en particulier, en matière administrative. Cet insuccès ne doit pas être attribué à une forme de désaveu. Car ces procédures répondent à de profondes aspirations de la société et elles sont l'une des réponses possibles à la forte croissance de la demande de justice. Cet insuccès doit aussi être nuancé. Les procédures « extra-juridictionnelles », qu'elles soient institutionnelles ou conventionnelles, se sont davantage développées que les procédures « para-juridictionnelles », c'est-à-dire celles qui font intervenir un juge. [...] Par conséquent, il est temps aujourd'hui de s'engager plus activement dans la mise en œuvre de mesures concrètes et concertées de développement des procédures alternatives* »⁵²⁵.

⁵²⁴ J.-M. SAUVÉ, *La médiation et la conciliation devant les juridictions administratives*, Colloque organisé par le Conseil d'Etat, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), Maison du Barreau de Paris, 2015, p. 2.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 1-2.

739. Le fonctionnement actuel ne permet pas un recours systématique à la médiation en première intention. Bien que ce mécanisme présente d'indéniables avantages et s'applique particulièrement bien au règlement des différends relatifs à la relation de soins, il est pour l'instant assez méconnu et présente un caractère circonscrit. Ceci peut être illustré par un cas récemment médiatisé : l'affaire Lambert. Cette dernière a fait l'objet d'une procédure complexe auprès des juridictions française et européenne et les parties évoquent aujourd'hui l'idée d'une médiation⁵²⁶. Si celle-ci avait été initiée en amont, elle aurait probablement été plus efficace, la communication plus facile à rétablir et le conflit d'un degré moindre.

B. L'exception du défenseur des droits

740. Le défenseur des droits constitue une exception au caractère circonscrit de la médiation appliquée de façon délimitée au domaine de la santé. Cette institution étatique indépendante a pour principales missions de permettre l'égalité de tous dans l'accès aux droits et de défendre ceux dont les droits ne seraient pas respectés. Monsieur Dominique Baudis a été interviewé en 2013 concernant les saisines de cette institution. Il expose ainsi que *« les critères discriminatoires pour lesquels nous sommes le plus souvent saisis sont l'origine (22 %) et l'état de santé-handicap (25,9 %). Mais tandis que le critère de l'origine diminue, le critère fondé sur la santé et le handicap connaît une hausse sensible depuis quelques années et arrive pour la première fois au premier rang en 2012 »*⁵²⁷. Ceci démontre

⁵²⁶ J.-F. MATTÉI, P. AUFIERE, A. BABU[et al.], « Une médiation pour Vincent Lambert ? », [En ligne : http://www.libération.fr/debats/2015/09/13/une-mediation-pour-vincent-lambert_1381694].

Consulté le : 10 octobre 2015. D. POUPEAU, « Affaire Lambert: le recours à une procédure collégiale validé », *AJDA*, octobre 2015. T. COUSTET, « CEDH: l'aide à mourir et les droit de l'homme », *AJDA*, juillet 2015. F. VIALLA, « Affaire Lambert: la position de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDS*, n° 66, 2015, p. 605-606. F. VIALLA, « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, 5 juin 2015, Lambert et autres c/ France », *Méd. et droit*, août 2015.

⁵²⁷ INTERVIEW DE DOMINIQUE BAUDIS, PROPOS RECUEILLIS PAR EMMANUEL DREYER, « Le défenseur des droits et le parquet », *Gaz. Pal.*, n° 131, mai 2013, p. 21.

que le défenseur des droits est souvent saisi pour des problèmes relatifs à la santé. C'est pourquoi un pôle santé a spécialement été mis en place. Les missions de cet organe sont très larges, à l'inverse de la médiation qui est circonscrite en matière de santé.

741. Le défenseur des droits, dans le domaine de la santé, a un vaste champ d'application et cette diversité devrait être liée aux missions du médiateur en santé. Un état des lieux des inégalités en santé a permis de mettre en lumière « *de fortes disparités géographiques en matière d'offre de soins, des difficultés de prise en charge des personnes âgées, une méconnaissance des droits des patients, un faible impact des campagnes de prévention et une forte concentration de certaines pathologies chez les personnes migrantes* »⁵²⁸. Face à ce constat, le défenseur des droits agit de façon très étendue puisqu' « *en 2014, 30% des dossiers traités par le pôle santé du Défenseur des droits relèvent de la sécurité des soins, 50% sont relatifs à des affaires liées au non-respect des droits des patients et 20% pour des faits de maltraitance sur des personnes vulnérables* »⁵²⁹.

742. A titre d'illustration de cet investissement, il faut noter que le pôle santé du défenseur des droits a élaboré un guide pour les usagers de la santé⁵³⁰. Ce dernier a vocation à aider et soutenir les personnes malades. De très nombreux thèmes sont abordés et des réponses précises sont apportées pour chaque type de situation. Ces sujets sont liés à l'accès aux soins, aux droits du patient, à la qualité des soins, aux éventuelles procédures etc. L'aspect relatif à la médiation est abordé mais uniquement en ce qui concerne sa mise en œuvre dans les établissements de santé. Ceci renforce d'ailleurs la nécessité d'étendre la médiation aux autres types d'activités libérales ou médico-sociales.

743. Le défenseur des droits constitue donc l'exception en la matière puisqu'il présente un champ d'application très vaste et qu'il couvre la quasi totalité des problèmes pouvant survenir dans le domaine de la santé.

⁵²⁸ « Les inégalités de santé », [En ligne : <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/publications/fiches-thematiques/les-inegalites-de-sante>]. Consulté le : 21 septembre 2015.

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ et DÉFENSEUR DES DROITS, *Usagers de la santé - Votre santé vos droits*, 2014.

744. Il est important de souligner que toute personne, s'estimant lésée dans l'exercice de ses droits, a la faculté de recourir à cette institution et qu'en l'espèce, cela peut souvent avoir lieu suite à une médiation et une réponse négative de la CRUQPC.

Section 2. La recherche permanente du juste équilibre : la difficulté majeure

745. L'encadrement de la médiation semble aujourd'hui inéluctable de façon à rendre ce mécanisme pleinement efficace. La mise en œuvre d'un tel cadre juridique suppose néanmoins le maintien d'une certaine souplesse puisque la ductilité du mécanisme le caractérise et en constitue son principal atout.

746. Une analogie peut d'ailleurs être effectuée avec la conciliation au sujet de laquelle l'Inspection générale des services judiciaires expose : « *D'autres facteurs qualitatifs contribuent également à ce succès : la souplesse de l'intervention des conciliateurs en matière conventionnelle. Saisis sans forme, les conciliateurs de justice peuvent s'installer en tous lieux qui leur semblent adaptés et procéder par tous moyens pour favoriser la conciliation* ».

747. Il peut s'avérer délicat de trouver ce juste équilibre entre encadrement et maintien de la malléabilité du processus. Cette difficulté suprême suppose qu'un encadrement trop strict de la médiation la dénaturerait ou la rendrait incompatible à sa propre définition. La subtilité consiste donc à trouver un cadre permettant de rendre ce mode alternatif de résolution des différends efficace (paragraphe 1) tout en maintenant une certaine adaptabilité (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un encadrement nécessaire pour rendre la médiation efficace

748. A l'heure actuelle, il paraît inéluctable d'encadrer plus strictement la médiation en santé pour la rendre efficace. Cela permettra de répondre à un double objectif de qualité (A) et d'efficience (B).

A. Un objectif de qualité et de succès

749. L'objectif pour la médiation est de pouvoir la promouvoir et améliorer sa qualité. L'encadrement juridique de ce mécanisme sera indéniablement garant de ce succès puisqu'à ce jour ce manque de cadre du processus est à l'origine de ses déviations et de son manque d'efficience.

750. Ce désir d'amélioration de la qualité de la médiation a pour but de garantir une meilleure efficacité de celle-ci. Si le régime de la médiation en santé est davantage précisé, cela permettra de créer une alternative optimale au contentieux et par voie de conséquence un recours plus systématique à ces processus alternatifs. Actuellement, ce mode alternatif est assez méconnu du grand public et se doit d'être mis en avant. A ce sujet, le Conseil d'Etat consacre une partie de son étude de 2010 à la nécessité d'une meilleure information du public et émet plusieurs recommandations, à savoir : « *L'Etat devrait mettre à disposition du public, sur un site internet public, les informations relatives aux organismes de médiation et associations de médiateurs ayant adhéré au « code de déontologie des médiateurs ». Les sites internet de ces organismes et associations comportent, pour la plupart, les coordonnées des médiateurs qui y adhèrent. Si le système proposé d'adhésion volontaire à des associations de médiateurs agréées était retenu, l'Etat pourrait mettre à la disposition du public la liste des organismes agréés* »⁵³¹. Il semble ainsi impératif de mettre en place un

⁵³¹ *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010, p. 69.

cadre juridique permettant une qualité optimale de la médiation. Cet encadrement permettrait de donner une réelle valeur juridique aux principes fondamentaux de la médiation et de garantir la sécurité juridique des parties. De cette façon, la qualité de la médiation serait garantie voire améliorée.

751. Un des objectifs de ce cadre juridique modifié et transformé est aussi de rendre la médiation plus facile d'accès. Cela signifie que la médiation sera simplifiée et plus compréhensible puisqu'elle sera harmonisée. Le flou régnant actuellement autour des diverses pratiques de médiation dans le domaine de la santé engendre indéniablement des difficultés d'harmonisation et donc de compréhension du mécanisme. Avec un cadre plus précis, la médiation, la façon d'y recourir, son déroulement seront plus simples et donc plus accessibles. C'est pourquoi l'encadrement et la modification du régime juridique de médiation semblent essentiels pour garantir sa qualité et son succès.

752. Un comparatif peut être effectué avec l'analyse de la conciliation effectuée par l'Inspection générale des services judiciaires. Ce rapport établit que la conciliation est un mécanisme dont le succès est avéré, notamment en raison de sa gratuité : « *cette spécificité est une des clés du succès du développement de la conciliation judiciaire en France. La mise à disposition à titre gratuit d'un service de règlement amiable des différends participe à la conception française d'une justice très accessible* »⁵³². Cette étude expose que cet engouement est aussi lié à la souplesse de l'intervention du tiers, à l'organisation que les tiers ont mis en place par le biais de fédérations ou d'associations et à la possible homologation du protocole de conciliation.

⁵³² *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, *op. cit.*, p. 24-25.

B. Un objectif d'efficience

753. Le dictionnaire Larousse définit l'efficience comme « *la capacité d'un individu ou d'un système de travail d'obtenir de bonnes performances dans un type de tâche donné* »⁵³³. L'efficacité est donc considérée comme le fait de donner la preuve de son efficience. Ce qui nous intéresse en l'espèce est davantage la notion d'efficience puisqu'il est attendu de la médiation en tant que mode alternatif de règlement des différends qu'il soit performant dans la résolution des conflits. Cette performance n'est actuellement pas optimale, principalement en raison des diverses pratiques de ce mécanisme qui existent.

754. Ce manque d'homogénéité et d'harmonisation est sans cesse relevé et est inhérent à l'absence de régime juridique précis. La nécessité d'un encadrement n'est plus à démontrer mais l'intérêt qu'il représenterait est essentiel car cela rendrait la médiation beaucoup plus efficiente.

755. Cet objectif doit toutefois être pris en considération tout en maintenant la sécurité juridique : « *Dans un souci de sécurité juridique, de nombreux législateurs de la zone euro-méditerranéenne ont ainsi adopté, ou envisagent d'adopter, des dispositions législatives et réglementaires permettant l'instauration d'un droit cohérent, offrant une plus grande efficacité de ces nouveaux modes de règlements des différends et une information accrue du public. Dans ce même souci de sécurité juridique, ces textes se sont en général accompagnés de dispositifs relatifs à la formation des médiateurs, au contrôle de la qualité de la médiation et au rôle essentiel de l'avocat* »⁵³⁴.

756. L'efficience du mécanisme se ressent à différents niveaux : la gratuité, la souplesse du processus et la rapidité. Ces points essentiels pourraient être précisément entérinés par un cadre juridique précis permettant de garantir ces caractéristiques et donc de rendre le mécanisme et sa pratique bien plus efficaces que ceux qu'ils le sont actuellement.

⁵³³ « Dictionnaire Larousse », [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

⁵³⁴ C. LESTOURNELLE, « Les nouveaux modes alternatifs de règlement des différends - médiation et procédure participative », *JCP G*, Supplément au n°27, juillet 2013.

757. Il est également important de souligner le fait que l'efficacité du mécanisme est inhérente à son large champ d'application et la capacité de ce mode alternatif de règlement des conflits de traiter tout type de différends, entre tout type de personnes, physiques ou morales, et de tout degré. Cette capacité d'extensibilité du mécanisme à des participants très divers, des litiges d'importance différentes et des domaines très diversifiés engendre sans conteste une plus grande efficacité. C'est pourquoi préciser le régime juridique de la médiation permettra de l'étendre tout en l'encadrant et offrira ainsi une possibilité d'une plus grande efficacité. La mesure de cette efficacité n'est pas aisée en pratique mais peut être effectuée par l'évaluation du pourcentage de conflits résolus par la médiation comparativement aux autres mécanismes et aussi par le pourcentage de réussite.

Paragraphe 2. Le maintien d'une certaine souplesse

758. Le maintien de la ductilité de la médiation est l'essence même de la réussite du mécanisme de médiation. D'une part, ce caractère permet de garantir la non dénaturation du mécanisme (A) et d'autre part, cela évite que celui-ci ne soit utilisé qu'à des fins pré-contentieuses et ne soit transformé en ce sens (B).

A. Une souplesse garantissant la non dénaturation du mécanisme

759. La médiation est caractérisée par le Ministère de la Justice du Canada comme volontaire dans la mesure où aucun participant n'est contraint à employer ce mécanisme. Elle est également non coercitive : « *le médiateur ne décide pas à la place des parties, mais les aide à prendre leur propre décision* »⁵³⁵. Ce processus est aussi qualifié d'informel puisque « *la procédure de médiation est plus souple et plus informelle que celle du procès ou*

⁵³⁵ GOUVERNEMENT DU CANADA, « Ministère de la Justice - Services de prévention et de Règlement des différends », [En ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/04.html>]. Consulté le : 2 septembre 2015.

de l'arbitrage. Il n'existe pas de règles fixes de procédure et seulement quelques consignes à respecter, si ce n'est la politesse et l'écoute de l'autre partie »⁵³⁶. Ces critères singuliers sont relevés par l'ensemble de la doctrine française et étrangère. Ils constituent le point d'orgue du bon fonctionnement de ce mode alternatif de règlement des conflits.

760. Le Conseil d'Etat expose ainsi que « *la souplesse des modes alternatifs de règlement des différends, en particulier de la médiation, exclut qu'ils soient soumis à un régime procédural strict et à des contraintes trop étendues sur le fond du droit applicable. Leur développement nécessite néanmoins de définir précisément les principes fondamentaux qui leur sont applicables* »⁵³⁷. Il n'est donc pas évident de pondérer la malléabilité du mécanisme et son encadrement juridique.

761. Cette difficile harmonie est d'ailleurs soulevée par Monsieur Jean Timsit : « *Aussi, certains ont-ils déjà dégagé ce qu'ils qualifient de principes fondamentaux auxquels les médiations devraient impérativement se conformer, afin de protéger les victimes potentielles de leur propre liberté. Le débat, déjà entamé, est celui de la place respective à accorder à la volonté des parties et à la règle impérative* »⁵³⁸. Les règles procédurales qui viendraient modifier le régime de la médiation, le statut du médiateur doivent permettre d'élaborer un cadre à la médiation, lequel sera garant de l'harmonisation des diverses médiations en santé, sans pour autant altérer leur souplesse.

762. La nature juridique de la médiation est complexe, d'autant plus lorsqu'elle est appliquée au domaine de la santé. Cette ductilité permet cependant de maintenir l'intérêt de la médiation et son efficacité. Monsieur Jacques Faget explique ceci en prenant appui sur l'idée que « *l'objectif essentiel de la médiation est de travailler le lien social et qu'il n'est dès lors pas opportun de dénaturer son âme et d'altérer sa puissance sociale d'action pour les dérisoires bénéfices qu'en retire l'institution judiciaire* »⁵³⁹.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ J.-M. SAUVÉ, *Le Conseil d'État Les développements de la médiation*, 2011, p. 2.

⁵³⁸ J. TIMSIT, « La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, n° 319, novembre 2001, p. 53.

⁵³⁹ J. FAGET, « La double vie de la médiation », *Droit et Société*, n° 29, 1995, p. 30.

763. C'est pourquoi un encadrement trop sévère pourrait y nuire et dénaturer la médiation. Madame Louise Lalonde expose ainsi : « *l'informalisme et la souplesse de la médiation, valeurs intrinsèques du processus, représentent de grands avantages par rapport au système de justice civile publique. Son encadrement ne doit pas en dénaturer l'essence, sous prétexte d'instituer des protections légales que la loi offre déjà en partie dans ses dispositions concernant les contrats et les obligations* »⁵⁴⁰. Il est juste de dire que la quasi absence de formalisme et l'adaptation du processus à chaque conflit et chaque participant sont des avantages attractifs de la médiation. Des règles de droit trop coercitives ne seraient pas opportunes en la matière et présenteraient certains dangers.

764. Madame Sylvette Guillemard explique ainsi les risques de la mise en place trop restrictive de règles de droit encadrant la médiation : « *il nous semble que toute tentative de légiférer en matière de médiation, que ce soit dans le cadre d'un code ou d'une loi, met en péril la souplesse et la nature intrinsèquement privée de ce mode de résolution des différends. La médiation ne peut être que souple puisqu'elle fait fondamentalement partie de la famille de la négociation, soit des échanges de vues, des entretiens, des communications entre individus. En somme, la médiation est un dialogue. Quoi de plus libre, de plus souple que cela ? Et personne ne peut s'opposer à ce que le dialogue entre deux personnes puisse relever de la sphère privée, s'y insérer. [...] Puissent ceux qui exercent une influence sur la médiation, sa pratique, sa promotion, ne pas perdre de vue ces différences fondamentales, au risque de dénaturer ce mode amiable de règlement des différends* »⁵⁴¹. Il est juste de souligner que les modes alternatifs de résolution des conflits sont malléables et fonctionnent grâce à cette qualité. Celle-ci est inhérente au mécanisme et au tiers et ne doit pas être retirée par un encadrement juridique trop strict sous peine de dénaturer la médiation. Ladite souplesse du processus a aussi pour objectif de ne pas utiliser la médiation en simple marche pied au contentieux.

⁵⁴⁰ L. LALONDE, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Thèse, Sherbrooke, 2011, p. 5.

⁵⁴¹ S. GUILLEMARD, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », *Cah. Droit*, vol. 53, n° 2, 2012, p. 189, p. 211.

B. Une souplesse permettant d'éviter une utilisation de la médiation à des fins de mécanisme pré contentieux

765. Le caractère malléable de la médiation permet une adaptation optimale aux différends litiges, à tout participant et s'applique parfaitement en matière de santé, domaine particulièrement sensible. L'encadrement de ce mécanisme suppose la conservation de ce critère caractéristique, notamment en vue de préserver ce mode alternatif de règlement des différends comme processus unique. Cette adaptabilité si spécifique au mécanisme permet d'éviter d'instrumentaliser la médiation et d'en faire un simple précurseur au procès. Il faut en effet souligner que ce processus doit impérativement rester un mécanisme alternatif pour être efficace et ne pas être transformé en partie de la procédure judiciaire.

766. Concernant le rapprochement pouvant être effectué entre la procédure devant les juridictions françaises et les règles juridiques applicables à la procédure de médiation, Monsieur Charles Jarrosson expose que *« la question de l'application de certains des principes du procès à la médiation est parfois posée. C'est le cas pour le principe de la contradiction; en réalité, la médiation n'étant pas le procès, les règles du procès ne s'y appliquent pas. Toutefois, des règles voisines, reposant sur les mêmes fondements, comme celui du traitement loyal et égal des parties suffisent à assurer la valeur de la médiation, sans recours artificiel à la catégorie des règles processuelles »*⁵⁴².

767. L'objectif en l'espèce consiste à éviter de faire de la médiation un marchepied au contentieux. Ce risque est fortement présent en ce qui concerne par exemple la médiation conventionnelle ou le mécanisme de « med-arb ». Ces deux processus prévoient prioritairement le recours à la médiation mais envisagent qu'en cas d'échec, le litige sera porté respectivement devant une juridiction ou un arbitre. Ces procédés sont fonctionnels mais font perdre à la médiation une de ses principales caractéristiques qui est la recherche absolue d'une solution convenant aux intérêts de toutes les parties. Le danger est ainsi d'instrumentaliser la médiation et d'en faire un simple précurseur à d'autres modes

⁵⁴² C. JARROSSON, D. ALLAND (DIR.) et D. RIALS (DIR.), « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1009.

alternatifs de règlement des différends ou au contentieux, ce qui en ferait perdre tout l'intérêt.

768. A titre d'illustration, l'exemple de la procédure auprès de la commission de conciliation peut être pris. A l'issue du processus, suite à l'expertise et aux observations des participants, la commission doit rendre un avis motivé concluant à la responsabilité ou l'irresponsabilité des mis en cause et organisant l'éventuelle indemnisation de la victime. Il faut cependant souligner le fait qu'en cas de procédure judiciaire ultérieure à cet avis, le juge n'est pas lié par ce dernier. Monsieur Benoit Apollis expose ainsi : *« puisque la procédure de règlement amiable ne revêt aucun caractère obligatoire, la question de son articulation avec les procédures engagées devant les juridictions tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif s'est posée dès son instauration »*⁵⁴³.

769. La doctrine s'est en effet interrogée sur la valeur des avis de la commission vis-à-vis des juges⁵⁴⁴. Le Conseil d'Etat retient que la victime a la possibilité de recourir au juge et *« faire valoir devant celui-ci tous éléments de nature à établir, selon elle, la consistance, l'étendue, les causes et les modalités de son préjudice, quelles qu'aient été les appréciations portées sur ces questions par la CRCI lorsqu'elle a été saisie »*⁵⁴⁵. Par cette décision, la haute juridiction administrative entérine le fait que le juge n'est pas lié par l'avis de la commission. Cela peut être considéré comme un avantage à l'égard des parties puisqu'elles n'ont pas de crainte à recourir à ce mode alternatif de règlement des conflits sachant que, si celui-ci échoue ou ne leur apporte pas une solution adéquate, elles auront la faculté d'ester en justice. En revanche, cela peut également présenter un inconvénient pour le mécanisme en question étant donné qu'il ne serait qu'un mécanisme précontentieux s'il ne donnait pas de solution satisfaisante. Cela inciterait donc à concevoir le recours à la CCI en envisageant son échec, ce qui n'est pas valorisant.

⁵⁴³ B. APOLLIS et A. GIBELIN, « Procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales », in *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 803.

⁵⁴⁴ G. MÉMETEAU, « Les commissions régionales, interférences avec les procédures juridictionnelles », in *Manuel des CRCI*, Bordeaux, LEH Edition, 2004, p. 211.

⁵⁴⁵ CE, Avis, 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590.

770. Il en est de même pour les expertises car si une expertise a été effectuée dans le cadre d'une procédure CCI, les tribunaux ont la possibilité d'en diligenter une nouvelle et les conclusions de celles-ci peuvent différer quelque peu de la première et cela pose donc la question de la légitimité des experts, de la valeur des expertises mais aussi du coût des procédures CCI si celles-ci échouent alors qu'elles procurent ces « services » gratuitement. Cela constitue tout le vice du système. L'ORM relève d'ailleurs : « *Pour les dossiers réglés en juridictionnel, un peu plus de 20% ont emprunté préalablement la voie des CCI. Ce taux est en augmentation depuis le précédent rapport (18%, et 13% dans le rapport 2012). Cette augmentation est comparable à la baisse enregistrée pour la voie amiable* »⁵⁴⁶.

771. Le Département des affaires juridiques et parlementaires du Parlement Européen a mené une étude dont la question principale était : « *Quel est le coût du non-recours à une procédure en deux étapes, d'abord la médiation, puis l'action en justice, en Europe?* »⁵⁴⁷. Des experts juridiques de 26 pays différents avaient été auditionnés. Il est ainsi retenu que « *l'approche en deux étapes considère la médiation comme une partie intégrante de la résolution des conflits puisque les parties en conflit doivent d'abord s'adresser à un médiateur ou une organisation de médiation (étape un), et ensuite, seulement, en cas d'échec de la médiation, aller en justice (étape deux). Cette approche peut être juridiquement obligatoire, requise par un programme judiciaire ou requise par un contrat si une partie a fait une demande de médiation pendant la durée du conflit. L'approche en deux étapes du conflit – une tentative ratée de médiation suivie d'une action judiciaire – débute le jour où une partie demande une médiation. En conséquence, le nombre de jours économisés grâce à l'approche en deux étapes est calculé en moyenne pondérée de la durée estimée du processus de médiation et de la durée de l'action en justice qui s'ensuit lorsque la médiation a échoué. L'étude a calculé l'impact de la médiation sur la longueur et le coût de la résolution du conflit en relation avec le taux estimé de réussite de la médiation. Ce calcul a montré qu'en réalité, au plus le taux de réussite de la médiation est élevé, au plus la durée des procédures de résolution du conflit est courte et au plus le temps économisé est*

⁵⁴⁶ Rapport d'activité de l'Observatoire des Risques Médicaux, 2014.

⁵⁴⁷ Quantification du coût du non-recours à la médiation - analyse des données, Rapport remis par LE DÉPARTEMENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET PARLEMENTAIRES DU PARLEMENT EUROPÉEN, 2011.

important »⁵⁴⁸. Ceci démontre l'importance de conserver la médiation en tant que véritable mode de résolution des différends à part entière.

772. Le GEMME propose quant à lui d'institutionnaliser un service de médiation dans les juridictions de façon à ce que les magistrats soient davantage impliqués dans le développement de ce processus. Ce groupement considère en effet que c'est par le biais des juges que seront initiées les réformes car *« l'expérience démontre que les pratiques de médiation sont menées avec succès dans des juridictions qui ont mis en place des audiences de proposition de médiations où les parties sont présentes. Ces audiences sont tenues, en juge unique, par des magistrats des chambres concernées par l'affaire, formés à la médiation. Les magistrats sont assistés d'un service de fonctionnaires du greffe et d'assistants de justice chargés de sélectionner les dossiers et de convoquer les parties. Ces audiences se tiennent en présence de médiateurs, dans des locaux adaptés pour leur permettre de recevoir les parties qui le demanderaient »*⁵⁴⁹.

773. L'exemple de la chambre sociale de Grenoble est pris car plus de 1 000 médiations ont été ordonnées au sein de cette juridiction entre 1996 et 2003. Cette hypothèse permettrait de créer une chambre de médiation au sein des juridictions. Dans ce cas, l'affaire serait examinée et le juge estimerait la meilleure solution pour régler le litige. Cela permettrait ainsi de confirmer le rôle de la médiation et de la promouvoir au sein des juridictions sans en faire un mécanisme précontentieux puisqu'il s'agit du principal risque en la matière.

⁵⁴⁸ *Ibidem*.

⁵⁴⁹ *Note sur la médiation et la conciliation*, Rapport remis par LE GROUPEMENT EUROPÉEN DES MAGISTRATS POUR LA MÉDIATION, 2014.

Conclusion du chapitre 2

774. L'avenir de la médiation au regard de son application actuelle au domaine de la santé peut paraître compromis. Ce mécanisme présente en effet un caractère très circonscrit, notamment si on le compare à la médiation judiciaire. Ceci est dû à son régime juridique restrictif, d'où la nécessité d'étendre la médiation en santé également aux institutions médico-sociales et à l'activité libérale. C'est pourquoi plusieurs modifications substantielles ont été proposées pour que la médiation puisse connaître un avenir florissant. Si un remaniement est effectué, la médiation pourra être appliquée à l'ensemble du secteur de façon harmonisée, ce qui sera garant de son succès. A l'inverse, une stagnation pourrait être synonyme de perte d'efficacité et donc d'intérêt pour le mécanisme de médiation en santé.

775. La difficulté principale de ce remaniement réside dans une nécessité de mettre en place un encadrement plus strict sans pour autant dénaturer la médiation et lui enlever sa souplesse. Cette recherche du juste équilibre est cruciale mais difficile à trouver. C'est en ce sens que l'avenir de la médiation en santé peut sembler incertain.

776. Madame Barbara Lucas s'est interrogée à ce sujet et il en ressort que : « *La médiation santé en Europe est encore circonscrite à la gestion des conflits. Pourtant, en se basant sur le cas de la prise en charge des personnes dépendantes (care), l'auteure soutient que la médiation peut permettre une participation des individus à la définition de leurs besoins et un ajustement des attentes mutuelles, ce que la focalisation actuelle sur la cure contribue à occulter* »⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ B. LUCAS, « La médiation pour promouvoir la santé: l'exemple de la maladie d'Alzheimer », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 21, n° 2, 2009, p. 109-123.

Conclusion du titre 2

778. L'avenir de la médiation est essentiel à étudier bien que cela soit assez prospectif. Le constat a été fait que la façon d'appliquer actuellement la médiation au domaine de la santé n'est pas satisfaisante dans la mesure où les pratiques sont trop diversifiées, les risques de conflits d'intérêt trop présents et les garanties accordées aux parties trop peu fiables. C'est pourquoi un remaniement du régime juridique de ce mécanisme est proposé pour pallier ces manquements.

779. Une extension du champ d'application du processus à l'ensemble du domaine de la santé et particulièrement au secteur médico-social et à l'activité libérale permettrait une uniformisation des pratiques et donc une plus grande efficience du processus. Ceci permettrait de promouvoir la médiation et d'inciter son recours plus fréquemment. Cette idée a d'ailleurs été mise en lumière par la doctrine qui préconise : « *tant pour la France que pour le Québec, la nécessité d'inclure le secteur privé des soins et services de santé ainsi que le secteur médico-social dans le développement d'options de la médiation a été mise en exergue. [Cela] contribuera[t] sans doute à promouvoir ce mode de résolution des différends* »⁵⁵¹.

780. L'avenir de la médiation peut toutefois paraître hésitant puisque ces mesures n'ont pas encore été prises et que l'équilibre est fragile entre encadrement et souplesse du processus. Pour que la médiation en santé soit considérée comme un mécanisme efficace, des précisions devront donc nécessairement être apportées à son régime, sans pour autant la dénaturer.

⁵⁵¹ A. LAUDE et C. RÉGIS, « La médiation dans le secteur de la santé: regards croisés France-Québec », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 894.

Conclusion de la partie 2

782. Il a été démontré qu'un remaniement était inéluctable pour que la médiation en santé soit efficace et appliquée de façon uniforme par tous les médiateurs. Celui-ci implique nécessairement un encadrement plus strict du statut du médiateur, personnage central et primordial de la médiation qui se doit d'être considéré comme un véritable professionnel formé, nommé et rémunéré. Cet aménagement nécessite également qu'un lien plus important soit effectué entre la médiation et le droit processuel, cela permettra de sécuriser le processus et d'en garantir ses principes directeurs.

783. Dans le domaine de la santé, une extension du champ d'application de la médiation doit être effectuée pour permettre une mise en œuvre lorsque les conflits naissent d'une activité libérale ou dans le secteur médico-social. Ceci doit être effectué en préservant la malléabilité du mécanisme qui en constitue la clé de voûte.

784. La doctrine s'interroge aussi sur l'avenir quelque peu incertain de ce mécanisme : *« Quel avenir pour cette « activité » ? La médiation prend sans doute ses racines dans la nuit des temps et nous assistons à son renouvellement. [...] Malgré l'engouement actuel, la médiation est-elle une simple mode sans avenir ? La médiation est-elle un nouveau processus de gestion des conflits qui pourrait petit à petit remplacer le modèle de l'adversaire en modèle de partenaire ? La médiation serait-elle un passage permettant l'apprentissage d'un nouveau mode de relation où chacun apprend à écouter l'autre dans le respect de sa différence et en construisant une décision, ensemble ? »*⁵⁵².

⁵⁵² J.-P. BONAFAÉ-SCHMITT, J. DAHAN, J. SALZER[et al.], *La médiation, les médiations*, Ramonville Saint-Agne, Ed. Erès, 2003, p. 297.

Conclusion générale

785. La doctrine s'est interrogée sur la résolution des désaccords et la notion de paix : *« Paix ? Pacification ! Peut-il y avoir paix sans êtres humains différents, fabriquant du différend, du désaccord et parfois du conflit ? La paix est alors conçue ou peut être ici conçue comme acceptation des différends avec un savoir et un « rituel » pour les gérer. Des formes de médiation existent, ne serait-ce que par le système du langage, qui permet de « passer » un message et d'en recevoir de l'autre »*⁵⁵³. Cette citation permet de mettre en évidence que des relations humaines, découlent naturellement des oppositions qui peuvent se révéler être des désaccord, des différends ou des conflits.

786. La relation de soins constitue un domaine propice à leur développement car elle est teintée de sensibilité et d'intimité. Elle peut aussi être source d'incompréhensions en raison de la spécificité de la discipline médicale, des difficultés de compréhension et de communication entre les professionnels de santé et les patients et/ou leurs famille. L'impact psychologique de ces oppositions peut se révéler important pour le corps médical ou les usagers. La médiation offre alors la possibilité d'une réparation psychologique et non plus pécuniaire. C'est pourquoi ce mécanisme a été considéré comme un nouveau mode de régulation sociale. Madame Elisabeth Volckrick expose ainsi que *« les recherches sur la médiation font l'hypothèse que le recours actuel à la médiation s'inscrit dans un vaste mouvement de transformation des dispositifs de régulation sociale, affectant toute une série de domaines, notamment le droit, les politiques sociales mais aussi le fonctionnement et la nature des administrations et des organisations »*⁵⁵⁴.

787. Il était donc intéressant d'étudier ce mécanisme au prisme de la relation de soins. Ceci nous a permis de qualifier la médiation de mécanisme alternatif de règlement des conflits et des différends. En raison de ses avantages tels que la rapidité, la quasi absence de formalisme, les coûts réduits voire inexistants, ce processus s'applique particulièrement bien

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ E. VOLCKRICK, « Médiation et Santé: L'expérience belge », *Médiation Santé Berna Ed. Weblaw*, 2008, p. 24.

au domaine de la santé. La malléabilité du mécanisme permet au médiateur de mener sa mission en s'adaptant au type de désaccord et aux parties. Le processus présente toutefois certains désavantages.

788. A ce jour, un flou terminologique réside dans l'utilisation des termes de « conciliation », « médiation », « négociation » etc. La médiation est souvent confondue avec d'autres mécanismes alternatifs, ce qui nuit à la détermination de sa nature et à son efficience. Il a donc semblé nécessaire de rapprocher la conception théorique de ce mécanisme de sa mise en œuvre.

789. Plusieurs hypothèses ont été envisagées à cet effet et il a été mis en lumière qu'un remaniement du régime juridique de la médiation était opportun. Des clarifications doivent en effet être apportées, notamment au sujet du statut du médiateur pour que celui-ci devienne un professionnel, formé, rémunéré, évalué correctement. L'association d'un véritable statut juridique du tiers et du droit processuel de la médiation permettront aussi de lutter activement contre les conflits d'intérêt et d'harmoniser les pratiques qui sont actuellement hétérogènes.

790. Si de telles modifications sont effectuées, la médiation pourra ensuite être étendue à d'autres secteurs de la santé pourvoyeurs de tensions que sont l'activité libérale et le secteur médico-social. Il faut toutefois mettre en évidence que ce remaniement devra maintenir une certaine souplesse du mécanisme sans quoi il ne sera plus efficace en raison de sa dénaturation.

791. Au regard des difficultés inhérentes au remaniement de ce processus, l'avenir de la médiation peut paraître incertain mais si de telles précisions sont apportées à son régime juridique, elle pourra devenir véritablement efficace, appliquée de façon harmonisée et avoir un réel succès.

792. Madame Anne Laude et Madame Catherine Régis ont étudié la médiation en santé en France et au Québec et concluent également en ce sens : « *si des mécanismes de médiation existent aussi bien en France qu'au Québec, ils méritent d'être développés. [...]* Des

évolutions de la pratique sont souhaitables mais aussi des textes en vigueur »⁵⁵⁵. Ceci illustre tout à fait la teneur de la démonstration effectuée au cours de cette étude.

⁵⁵⁵ A. LAUDE et C. RÉGIS, *op. cit.*, p. 893.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

ASSOCIATION NATIONALE DES ÉQUIPES ET DES CENTRES D'ACTION MÉDICO-SOCIALE PRÉCOCE, *Les relations parents-professionnels*, Toulouse, Erès, 2013.

AUBY, J.-M., *Le droit de la santé*, PUF, 1981.

AUBY, J.-M., PÉQUIGNOT, H., SAVATIER, J.[et al.], *Traité de droit médical*, Paris, Libraires techniques, 1956.

BONAFE-SCHMITT, J.-P., DAHAN, J., SALZER, J.[et al.], *La médiation, les médiations*, Ramonville Saint-Agne, Ed. Erès, 2003.

BROUARDEL, P., *La responsabilité médicale*, Paris, J.-B. Baillière et Fils, 1898.

CARDINET, A., *École et médiations*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 2000.

CECCHI-DIMEGLIO, P., BLOHORN-BRENNEUR, B., CANIVET, G.[et al.], *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits = Interdisciplinary handbook of dispute resolution*, Bruxelles, Larcier, 2015.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9ème édition, Paris, PUF, 2011.

DE CHAULIAC, G., *Chirurgica Magna*, XIVème siècle.

Dictionnaire le Petit Robert, 2009.

FISCHER, G.-N., *Les concepts fondamentaux de la psychologie sociale*, Paris, Dunod, 1996.

FRASER, N., *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et distribution*, Paris, Editions la découverte, 2005.

FREIDSON, E., *La profession médicale*, Paris, Payot, 1984.

GALAM, E., *L'erreur médicale, le burn-out et le soignant - De la seconde victime au premier acteur*, Paris; New York, Springer, 2012.

GIRER, M., *Contribution à une analyse renouvelée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Bordeaux, LEH Edition, 2008.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., *Hôpital et médiation*, Paris, L'Harmattan, 2001.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., *La médiation*, 7ème, Paris, PUF, 2015.

GUINCHARD, S., BRANDAC, M., LAGARDE, X.[et al.], *Droit processuel: droit commun et droit comparé du procès*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2003.

JOLY-HURARD, J., *Conciliation et médiation judiciaires*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

LALANDE, A. et POIRIER, R., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2010.

Lamy Droit de la santé, Tome 2, Wolters Kluwer France, 2011.

LASCOUX, J.-L., *Pratique de la médiation professionnelle: une méthode alternative à la gestion des conflits*, Issy-les-Moulineaux, ESF éd., 2015.

LAUDE, ANNE, *Lamy Droit de la santé Tome 2*, Paris, Wolters Kluwer, 2013.

LAW COMMISSION OF CANADA, *Transforming relationships through participatory justice*, Ottawa, Law Commission of Canada, 2003.

MOURGUES, A., *La Commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge. Manuel pratique de fonctionnement*, Bordeaux, LEH Edition, 2011.

MULCAHY, L., *Disputing doctors. The socio- legal dynamics of complaints about medical care*, Maidenhead, Open University Press, 2003.

OPPETIT, B., *Théorie de l'arbitrage*, Paris, PUF, 1998.

PISIER, E. et DUHAMEL, O., *Locutions latines juridiques*, Paris, Dalloz, 2007.

PRUGNON, L.-P.-J., *Archives parlementaires*, t. XVI, 1790.

ROBERGE, J.-F., *La justice participative. Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Cowansville, Yvon Blais, 2011.

ROULAND, N., *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1995.

SAISON, J., *Le risque médical: évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, Paris, L'Harmattan, 1999.

SIX, J.F., *Dynamique de la médiation*, Paris, Desclée de Brouwer, 1995.

SOLUS, H. et PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, tome 1, Paris, Sirey, 1961.

SORSANA, C., *Psychologie des interactions socio-cognitives*, Armand Collin, Paris, 1999, .

TERRIER, E., *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, LEH Edition, 2003.

VAN LEYNSEELE, P., *La « med-arb » et ses dérivés - Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace*, Bruxelles, Larcier, 2013.

II. Ouvrages spéciaux, études

ABRAHAM, J. et NDIAYE, A., *Conflits dans le secteur sanitaire et social : entre rupture et culture*.

ANESM, *Recommandations de bonnes pratiques professionnelles - Le questionnement éthique dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, 2010.

ARS ILE DE FRANCE, *La médiation médicale en établissements de santé*, 2012.

CENTRE DE MÉDIATION ET D'ARBITRAGE DE PARIS, *Guide de la médiation et de l'arbitrage du CMAP*, 2006.

CONSEIL NATIONAL CONSULTATIF DE LA MÉDIATION FAMILIALE, *Travaux et recommandations*, 2004.

COUR DE CASSATION, *Bulletin d'information n°781*, Les éditions des journaux officiels, 2013.

FIDAL et AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Etude « Vers un management optimisé des litiges »*, 2009.

HAUSER, M., *La rémunération des médiateurs dans les médiations commerciales - Point de vue d'un avocat*, BHM Avocats, 2013.

HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Guide des déclarations d'intérêts et de la gestion des conflits d'intérêts*, 2013.

HUREAU, J., *Harmonisation de la réparation des préjudices corporels dans l'Union européenne*, Editions Médicales Internationales, 2006.

KPMG, *Secteur social et médico-social: regards croisés, enjeux et perspectives*, 2013.

LEQUAI, D., *Guide de bonnes pratiques de l'expertise judiciaire - Recommandations sur les articles 275 et 276 du Code de procédure civile*, 2011.

MACSF-LE SOU MÉDICAL, *Synthèse Panorama des risques professionnels en santé*, 2014.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *La médiation judiciaire en matière civile*, 2012.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, SERVICE DES STATISTIQUES ET DES ETUDES, *Responsabilité médicales, données chiffrées*.

MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ et DÉFENSEUR DES DROITS, *Usagers de la santé - Votre santé vos droits*, 2014.

PARLEMENT EUROPÉEN, *De nouvelles règles de l'UE pour garantir un recours rapide aux acheteurs déçus*, 2013.

Préambule à la Constitution de l'OMS, 1946.

SAUVÉ, J.-M., *Le Conseil d'État Les développements de la médiation*, 2011.

SHAM, *Synthèse du Panorama*, 2014.

III. Rapports

Pour l'an II de la démocratie sanitaire, Rapport remis par COMPAGNON, C., 2014.

La médiation, un nouvel espace de justice en France, Rapport remis par FLOCH, J., 2007.

Etude exploratoire de la médiation hospitalière, Rapport remis par JACQUERYE, A., 2007.

Rapport au Parlement et au Gouvernement - Année 2013, Rapport remis par LA CNAMED, 2014.

Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Rapport remis par LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, 2002.

La participation des usagers au fonctionnement des établissements et services sociaux et médico-sociaux, Rapport remis par L'ANESM, 2014.

Recommandations de bonnes pratiques professionnelles, Rapport remis par L'ANESM, 2012.

La judiciarisation de la santé, Rapport remis par LAUDE, A., UNIVERSITÉ DE PARIS 5. INSTITUT DROIT ET SANTÉ, PARIENTE, J.[et al.], 2012.

Rapport à Madame Marisol Touraine Ministre des affaires sociales et de la santé - L'activité libérale dans les établissements publics, Rapport remis par LAURENT, D., 2013.

Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2010.

Rapport public 2009: droit au logement, droit du logement, Rapport remis par LE CONSEIL D'ETAT, 2009.

Quantification du coût du non-recours à la médiation - analyse des données, Rapport remis par LE DÉPARTEMENT DES AFFAIRES JURIDIQUES ET PARLEMENTAIRES DU PARLEMENT EUROPÉEN, 2011.

Note sur la médiation et la conciliation, Rapport remis par LE GROUPEMENT EUROPÉEN DES MAGISTRATS POUR LA MÉDIATION, 2014.

Report of the Ad Hoc Panel on Dispute Resolution and Public policy, Rapport remis par LE NATIONAL INSTITUTE FOR DISPUTE RESOLUTION, 1983.

Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends, Rapport remis par L'INSPECTION GÉNÉRALE DES SERVICES JUDICIAIRES, 2015.

Célérité et qualité de la justice, Rapport remis par MAGENDIE, J.-C., 2004.

Rapport annuel d'activité de l'ONIAM 2014, 2015.

Rapport d'activité de l'Observatoire des Risques Médicaux, 2014.

Un mode de règlement alternatif des conflits: la médiation, Rapport remis par SAMAMA, L., 2008.

Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt dans la vie publique - Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapport remis par SAUVÉ, J.-M., 2011.

IV. Ouvrages collectifs, actes de colloques

APOLLIS, B. et GIBELIN, A., « Procédure de règlement amiable en cas d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales », in *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2014.

CADIET, L., « Une justice contractuelle, l'autre », in *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 177-199.

CANIVET, G., *Confiance et médiation*, Paris, Place de Droit, Paris, Ordre des avocats, 2006.

FIUTAK, T., PLANÈS, G. et COLIN, Y., « Le modèle du cycle de la médiation », in *Le médiateur dans l'arène: réflexion sur l'art de la médiation*, Toulouse, Ed. Erès, 2009.

FOUCHARD, P., « L'arbitrage judiciaire », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 168-169.

GIRER, M., « Relation de soin et lien contractuel », in *Les grandes décisions du droit médical*, 2ème, Paris, LGDJ-Lextenso éd., 2014, p. 410-426.

JAMIN, C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001.

JARROSSON, C., ALLAND (DIR.), D. et RIALS (DIR.), D., « Médiation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1009.

JEAMMAUD, A., « Conflit/litige », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2010.

LAUDE, A. et RÉGIS, C., « La médiation dans le secteur de la santé: regards croisés France-Québec », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Bruxelles, Larcier, 2015.

MAZEAUD, D., « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle? », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, Paris, Dalloz, 1999.

MÉMETEAU, G., « Les commissions régionales, interférences avec les procédures juridictionnelles », in *Manuel des CRCI*, Bordeaux, LEH Edition, 2004, p. 211.

PEKAR, M., LEMPEREUR, A. et CECCHI-DIMEGLIO, P., « La valse à trois temps de toute session de négociation ou de médiation: commencer, continuer et conclure », in *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, Bruxelles, Larcier, 2015.

PY, B., « Secret professionnel », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2012.

SAUVÉ, J.-M., *La médiation et la conciliation devant les juridictions administratives*, Colloque organisé par le Conseil d'Etat, en partenariat avec l'Ordre des avocats de Paris et le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME – France), Maison du Barreau de Paris, 2015.

SAVARD, A.-M., « Les conflits d'intérêts en recherche au Canada au sens de l'Enoncé de politiques des trois Conseils », in *Les conflits d'intérêts à l'hôpital public*, Rennes, Presses de l'EHESP, 2015, p. 161-188.

SICARD, D., « Les enjeux éthiques », in *Hôpital & médiation: colloque*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 69-73.

VIALLA, F., « La dignité de la personne en institution », in *Jurisprudences du secteur social et médico-social*, Paris, Dunod, 2012.

V. Thèses

BERLAND-BENHAÏM, C., *Le consentement et la bienfaisance dans la relation médicale*, Thèse, Aix-Marseille 3, 2007.

BIGOT, E., *Une sociologie de la médiation: la stratégie absolutiste de la modération*, Thèse, Besançon, 2006.

FINON, M., *Le médecin face à la justice: entretiens avec 15 généralistes ayant vécu une procédure judiciaire*, Thèse, Paris, 2014.

LALONDE, L., *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, Thèse, Sherbrooke, 2011.

ROBERT DE SAINT VINCENT, C., *Le vécu par les médecins généralistes d'un contentieux en responsabilité médicale*, Thèse, Paris, 2014.

VI. Articles, notes, observations

APOLLIS, B., « Procédure de règlement amiable des litiges médicaux: la position du Conseil d'Etat », *RDS*, n° 21, 2008, p. 25-31.

ARON, E., « La médiation pour les conflits médicaux », *Bull. Acad. Natle Méd.*, vol. 189, n° 4, Séance du avril 2005, p. 729-737.

« Aux origines de la psychologie européenne : XVIème-XIXème siècles », *Rev. Hist. Sci. Hum.*,

vol. 2, n° 1, 2000, p. 3.

AZOUX BACRIE, L., « Un nouveau droit des malades: la médiation », *Méd. et droit*, n° 62-63, 2003, p. 159-161.

BAUDOIN-MAZAND, A., « La conciliation et la médiation: deux modes amiables de règlement des différends commerciaux », *LPA*, n° 94, août 1993, p. 31.

BÉNABENT, A., « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP*, I, 1997.

BEN MRAD, F., « Médiation médicale et médiation interculturelle socio-sanitaire », *Education permanente*, n° 189, Décembre 2011.

BERNARD, M.-H., « Le médecin médiateur des établissements de santé », *Journal de médecine légale*, 2008, p. 199-202.

BLOHORN-BRENNEUR, B., « La médiation prud'homale », *Projet*, n° 307, 2008, p. 13.

BOITTELLE-COUSSAU, M., « Comment choisir entre la conciliation et la médiation? », *Gaz. Pal.*, n° 164, juin 2015, p. 9.

BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., « Évaluation des effets des processus de médiation », *Inf. Soc.*, vol. 170, n° 2, 2012, p. 122-129.

BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., « La médiation », *Droit et Société*, n° 29, 1995, p. 7-10.

BOYER, L., « Contrats et conventions », Paris, Dalloz, 2014.

CADIET, L., « Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *R.L.R.*, n° 28.

CAILLÉ, C., « Assurance de dommages », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2013.

CAMOUS, E., « Droit des délais et modes alternatifs de règlement des conflits », *Gaz. Pal.*, n° 287, octobre 2003, p. 8.

CANTELLI, F., « La plainte comme un droit? Médiation, politiques publiques et droits des patients », *Quad. Commun. Technol. Pouvoir*, n° 76, 2011, p. 101-109.

CAREGHI, J.-C., « La responsabilité civile médicale avant l'arrêt Mercier: un préalable inutile? », *RGDM*, n° 18, 2006, p. 109-152.

CAREGHI, J.-C., « La responsabilité civile médicale de la fin de l'Ancien Régime jusqu'à l'affaire Thouret-Noroy », *RGDM*, n° 12, 2008, p. 143-194.

CAREGHI, J.-C., « La responsabilité médicale au crible de l'histoire », *CDSA*, n° 7, 2007.

CAVALIÈRE, C., « La fonction de la personne qualifiée », *RGDM*, n° 32, septembre 2009, p. 97-100.

CÉDRAS, J., « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Etudes de la Cour de cassation*, 2003.

CERVEAU, B., « Les assureurs face au contentieux: un remarquable exemple de la déjudiciarisation », *Gaz. Pal.*, n° 119, avril 2014, p. 7.

CLAY, T., « La face cachée de la médiation », *D.*, 2004, p. 3188.

CNEH, « Médiation et santé: une évidence? », *AJS*, n° 61, 2008.

CONRATH, P. et GOETGHELUCK, D., « La médiation, un espace pour penser », *J. Psychol.*, vol. 319, n° 6, 2014, p. 18.

« Conseil constitutionnel, 3 août 1994, J.C.P. 1995. II. 22404, obs. C. Puigelier ; D. 1995, somm. 351, obs. G.A.I.A.; Conseil constitutionnel, 20 mars 1997, J.C.P. 1997. I. 4039, obs. Fabre Magnan. », .

CORGAS-BERNARDS, C., « L'assurance de responsabilité civile des professionnels libéraux de la santé », *RDSS*, 2010, p. 75.

COUR DE CASSATION, « La médiation numéro hors-série ».

COUSTET, T., « CEDH: l'aide à mourir et les droit de l'homme », *AJDA*, juillet 2015.

CUDENNEC, A., GIBELIN, A. et FONTANA, J., « Théorie et pratique de la médiation en santé. L'exemple du Languedoc-Roussillon », *Droit, déontologie et soins*, vol. 14, n° 2, 2014, p. 183-192.

DARGENT, L., « Rapport Magendie sur la médiation », *AJD*, octobre 2008.

DESIDERI, P., « La procédure d'indemnisation amiable des dommages médicaux », *LPA*, n° 122, juin 2002, p. 67.

DOUCHY-OUDOT, M., « Médiation et conciliation », in *Répertoire de procédure civile*, Paris, Dalloz, 2013.

DRUCKER, J. et FAESSEL-KAHN, M., « Justice et santé, l'exemple américain », *Sève-Les tribunes de la santé*, n° 5, 2004, p. 31-38.

DUGUET, A.-M., « Conflits d'intérêts et expertises dans le domaine de la santé : l'annulation par le Conseil d'État d'une recommandation de l'HAS », *Méd Droit*, vol. 2012, n° 112, janvier 2012, p. 10-15.

DUMOULIN, L. et LAÉ, J.-F., « L'instance de la plainte. Une histoire politique et juridique de la souffrance. », *Droit et Société*, vol. 34, n° 1, 1996, p. 715-718.

EIGHTADVISORY, *LJA*, HS 22, Juillet 2012.

ESPER, C., « Le Traité de droit médical et hospitalier aujourd'hui », *RGDM*, n° 20, 2006.

« Etendue de la clause de confidentialité insérée dans un compromis de médiation », *D.*, janvier 1999, p. 102.

FAGET, J., « La double vie de la médiation », *Droit et Société*, n° 29, 1995, p. 25-38.

FERGUSON, M., « Améliorer la qualité des soins: quelle place pour la médiation? », *Santé*, n° 68, 2014, p. 81.

FORMARIER, M., « La relation de soin, concepts et finalités », *Recherche en soins infirmiers*, vol. 2, n° 89, 2007, p. 33-42.

GEBHARDT, H., « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.*, n° 106, avril 2013, p. 9.

GORCHS, B., « La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire », *Ed. Juridiques Associées*, n° 62, 2006, p. 223-256.

GORCHS, B., « La médiation dans le procès civil: sens et contresens », *RTD civ.*, n° 3, 2003,

p. 423.

GRANIER, T., « Compétence et arbitrage », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 1999.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., « Histoire de la médiation en France », *Avocats & Droit*, n° 10, 2004, p. 6-7.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., « La médiation », *AJDA*, 1997, p. 30.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., « La médiation dans le domaine de la santé », *La Gazette Santé Social*, n° 85, mai 2012.

GUILLAUME-HOFNUNG, M., « La médiation dans le domaine de la santé », *Gestions hospitalières*, n° 522, janvier 2013, p. 18-21.

GUILLEMARD, S., « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », *Cah. Droit*, vol. 53, n° 2, 2012, p. 189.

HAUSER, J., « Le secret du médiateur », *RTD civ.*, 2001, p. 579.

HEMLINGER, L. et MARTIN, D., « La judiciarisation de la médecine, mythe et réalité », *Trib. Santé*, n° 5, 2004, p. 39-46.

HENRY, S. et MARNIQUET, S., « La médiation et les avocats », *Dalloz Avocats*, n° 1, 2014.

HERBERT SMITH, « Med-Arb - an Alternative Dispute Resolution practice », *Japan dispute avoidance newsletter*, n° 113, Février 2012.

INTERVIEW DE DOMINIQUE BAUDIS, PROPOS RECUEILLIS PAR EMMANUEL DREYER, « Le défenseur des droits et le parquet », *Gaz. Pal.*, n° 131, mai 2013, p. 21.

JARROSSON, C., « Modes alternatifs de règlement des conflits », *Justices*, n° 6, 1996, p. 274.

JARROSSON, M., « Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale », *RIDC*, vol. 1997-2, 1997, p. 331.

JARROSSON, M., « Médiation et conciliation: définition et statut juridique », *Gaz. Pal.*, vol. 2, 1996.

JEHN, K.-A., « A multimethod examination of the benefits and detriments of intragroup

conflict », *Administrative Science Quarterly*, vol. 40, p. 256-282.

KAKIUCHI, S., « Médiation et droit des contrats: une perspective japonaise », *Z. Für Jpn. Recht*, vol. 9, n° 17, 2004, p. 97–114.

LABBÉE, X., « Juristes et médecins condisciples d’une même loi naturelle », *LPA*, n° 92, mai 2004, p. 67.

LASSNER, M., « Quel médiateur pour quelle médiation.pdf », *Gaz. Pal.*, n° 94, avril 2015, p. 15.

LAUDE, A., « La judiciarisation de la santé », *Questions de santé publique*, n° 20, mars 2013, p. 6.

LAUDE, A., « La judiciarisation en France, sur la trace des États-Unis? », *Trib. Santé*, n° 1, 2010, p. 49–59.

LAUDE, A., « L’arbitrage en matière médicale », *Dr. & Patr.*, n° 104, 2002, p. 80.

LAURENT, V., « Procès médicaux en France: vers une dérive à l’américaine ? », *Médecine et Culture*, n° 4, 2006, p. 23.

LE FLANCHEC, A., « Médiation, autonomie et justice procédurale: Le cas SFR Cegetel », *Négociations*, vol. 6, n° 2, 2006, p. 113.

LE GALL, J., « Les personnes âgées en institution: Le droit du citoyen est-il respecté ? », *Gérontologie Société*, vol. 120, n° 1, 2007, p. 143.

LESOEURS, G., « Le règlement des conflits : le médiateur en santé existe-t-il ? Indication et prescription de la médiation », *JuriSanté*, n° 61, 2008, p. 9.

LESTOURNELLE, C., « Les nouveaux modes alternatifs de règlement des différends - médiation et procédure participative », *JCP G*, Supplément au n°27, juillet 2013.

LUCAS, B., « La médiation pour promouvoir la santé: l’exemple de la maladie d’Alzheimer », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 21, n° 2, 2009, p. 109-123.

MAGENDIE, J.-C., « Célérite et qualité de la justice ».

MARKUS, J.-P., « La refonte de la procédure disciplinaire devant les ordres des professions de santé », *RDSS*, 2007, p. 651.

MÉMETEAU, G., « Le juge ignorant la médecine? », *Gaz. Pal.*, n° 39, février 2014, p. 12.

MINISTÈRE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTÉ, « Le champ social et médico-social: une activité en forte croissance, des métiers qui se développent et se diversifient », *Repères & Analyses*, n° 44, Mai 2012.

MOLFESSIS, N., « Conflits d'intérêts: vers un changement de culture », Supplément n°52, décembre 2011, p. 1.

MOREAU, B., « Arbitrage en droit interne », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2012.

MORET-BAILLY, J. et TERRIER, E., « Le respect du droit du contradictoire et des droits de la défense du médecin », *RDS*, n° 1, septembre 2004, p. 51-52.

MOURALIS, J.-L., « Respect du principe du contradictoire », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2014.

MOURGUES, A., « La mise en place du conseil de la vie sociale », *RDS*, n° 2, novembre 2004, p. 160-161.

NÉEL, L., « Le règlement amiable des litiges », *Revue québécoise de droit international*, 1999, p. 215-220.

OPPETIT, B., « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. Arb.*, n° 307, 1982, p. 322.

PERRIER, J.-B., « Médiation pénale », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2014.

PLUYETTE, G., « Les principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et médiation judiciaires », *Revue de l'arbitrage*, n° 4, 1997.

POUPEAU, D., « Affaire Lambert: le recours à une procédure collégiale validé », *AJDA*, octobre 2015.

PY, B., « Secret professionnel: le syndrome des assignats? », *AJ Pénal*, 2004, p. 133.

RASSE, P., « La médiation, entre idéal théorique et application pratique », *Recherche en communication*, n° 13/2000, 2000, p. 38-61.

REGIS, C. et POITRAS, J., « Healthcare Mediation and the Need for Apologies », *Health LJ*, vol. 18, 2010, p. 31.

RÉGIS, C. et ROBERGE, J.-F., « Repenser le régime de plaintes dans le système de santé au Québec à la lumière d'une philosophie de médiation », 2012.

RICHER, L., « Arbitrage et conciliation », in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2013.

RIOT, C., « De la responsabilité disciplinaire des professionnels de santé », *RDS*, n° 3, janvier 2005, p. 17-26.

RIVIÈRE, V., « Actualisation et harmonisation du fonctionnement et de la procédure disciplinaire des Conseils de l'Ordre », *RDS*, n° 18, Juillet 2007, p. 561-562.

ROMANENS, J.-L., « Projet de loi relative à la santé: chronique d'une vie annoncée », *RDS*, n° 64, 2015, p. 201-202.

ROUSSET, G., « Judiciarisation et juridicisation de la santé: entre mythe et réalité », *Carnets Bord En Sci. Hum.*, n° 16, 2009.

SAVARD, A.-M. et BOURASSA-FORCIER, M., « Décentralisation, intégration et contractualisation des soins et services de santé: regards croisés entre le Québec et la France », *RGDM*, n° 46, mars 2013, p. 300.

SAVATIER, R., « Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui », *D.*, n° 213, 1959.

SCHENIQUE, L., « De la confidentialité en médiation », *LPA*, n° 121, juin 2014, p. 6.

SHAM, « Management des risques dans les établissements de soins - Point de vue et apports de l'assureur SHAM », *Revue hospitalière de France*, n° 558, Juin 2014, p. 48-51.

STACK, S., « Occupation and Suicide », *Soc. Sci. Q.*, vol. 82, n° 2, juin 2001, p. 384-396.

TIMSIT, J., « La médiation: une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz.*

Pal., n° 319, novembre 2001, p. 53.

TOURMEN, C., « Activité, tâche, poste, métier, profession : quelques pistes de clarification et de réflexion », *Santé Publique*, vol. 19, n° 0, 2007, p. 15.

TULIPANI, S., « La commission des relations avec les usagers et la qualité de la prise en charge », *RDS*, n° 6, 2005, p. 333-338.

VAN DE KERCHOVE, M., OST, F. et GÉRARD, P., « Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements », *RIDC*, vol. 36, n° 4, 1984, p. 878-879.

VAYRE, P., « Transaction extrajudiciaire: règlement amiable des complications des actes médico-chirurgicaux », *Gaz. Pal.*, n° 171, juin 2002, p. 27.

VÉRON, P., « Procédure CRCI et refus de l'assureur de faire une offre: la pénalité de l'article L. 11142-15 al. 5 s'applique dès lors que l'assuré est déclaré responsable par le juge, sans qu'un motif légitime de refus ne puisse être invoqué », *RDS*, n° 45, janvier 2012, p. 58-61.

VÉRON, P., « Rapport Compagnon: neuf propositions pour refonder la démocratie sanitaire », *RDS*, n° 61, 2014, p. 1575-1580.

VERT, F., « La médiation judiciaire: bilan et perspectives », *ICC France*, 2011, p. 40-42.

VIALLA, F., « Affaire Lambert: la position de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RDS*, n° 66, 2015, p. 605-606.

VIALLA, F., « Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, Grande Chambre, 5 juin 2015, Lambert et autres c/ France », *Méd. et droit*, août 2015.

VOLCKRICK, E., « Médiation et Santé: L'expérience belge », *Médiation Santé Berna Ed. Weblaw*, 2008.

WATERMAN, A.D., GARBUTT, J., DUNAGAN, W.C.[et al.], « The emotional impact of medical errors on practicing physicians in the United States and Canada », *The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety*, vol. 33, n° 8, août 2007, p. 467-476.

YAJIMA, R. et TAKAYANAGI, K., « The Japanese Health Care System: Citizen Complaints and

Citizen Possibilities. », *Public administration et public policy*, vol. 96, 2002, p. 457-486.

VII. Décisions

VII.1 Juridictions françaises

CA Besançon, 16 octobre 1912: DP 1914, p. 88.

CA Paris, 1ère ch., sect. suppl., 21 mai 1987.

CA Paris, 10 mars 2011.

Cass. Civ. 1ère, 7 juillet 2011, n°10-19766.

Cass. Civ. 1ère, 10 octobre 2012, n°11-20.299.

Cass. Civ. 2ème, 22 mars 2007, bull. civ. II, n°73.

Cass. Civ., 20 mai 1936, DP 1936, 1, p. 88.

Cass. Com., 15 mai 2007, n°06-10.606.

Cass. Crim., 24 octobre 1973: JCP G 1973, 395.

Cass. Crim., 28 février 2001, n°00-83365.

CE, 11 juillet 2001, *Bonnel*, n°214060.

CE, 19 octobre 1956, *Princeteau*, Rec. p. 378.

CE, 23 février 2004, req. N° 204851, Inédit.

CE, Avis, 10 octobre 2007, *Sachot*, n°306590.

Conseil constitutionnel, 13 août 1993.

VII.2 Juridictions européennes et internationales

CEDH 1er octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, Série A, n° 53.

CEDH, 22 juin 1993, *Mélin c/ France*.

CEDH, 24 février 1995, *Michael c/ Royaume-Uni*.

Hong-Kong Court of appeal, 2 décembre 2011, *Gao Haiyan v. Keeneye Holdings*.

VIII. Textes

VIII.1 Droit interne

Arrêté du 19 mars 2012 relatif au diplôme d'Etat de médiateur familial, JORF n°0076 du 29 mars 2012 p. 5709

Art. 9 C. civ.

Art. 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 créé par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République

Art. 131-12 C. pr. civ.

Art. 131-14 C. pr. civ.

Art. 226-13 C. pén.

Art. 432-12 al. 1er C. pén.

Art. 1101 C. civ.

Art. 1108 C. civ.

Art. 1134 C. civ.

Art. 2044 C. civ.

Art. 21 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011

Art. R.1142-23 C. santé publ. modifié par Décret n°2004-775 du 29 juillet 2004 - art. 2 JORF 1er août 2004

Art. L 1110-4 C. santé publ.

Art. L 1142-1 C. santé publ.

Art. L1142-2 C. santé publ.

Art. L 1142-5 C. santé publ.

Art. L 1142-15 al. 5 C. santé publ.

Art. R. 1112-93 C. santé publ.

Art. R. 1112-94 C. santé publ.

Art. R 4217-4 C. santé publ.

Art. R 6154-18 C. santé publ.

Code de déontologie et d'éthique du médiateur (CODEOME)

Décret n°2002-886 du 3 mai 2002 relatif aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévues à l'article L. 1142-5 du code de la santé publique, JORF n°106 du 7 mai 2002 p. 9025

Décret n° 2004-287 du 25 mars 2004 relatif au conseil de la vie sociale et aux autres formes de participation institués à l'article L. 311-6 du code de l'action sociale et des familles, JORF n°74 27 mars 2004 p. 5909

Décret n°2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des

pharmaciens, des masseurs kinésithérapeutes et des pédicures-podologues, JORF n°73 du 27 mars 2007 p. 5654

Décret n°2012-298 du 2 mars 2012 modifiant le dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, JORF n°0054 du 3 mars 2012 p. 4061

Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011

Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (1), JORF n°113 du 16 mai 2011 p. 7776

Loi n°2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JORF du 3 janvier 2002 p. 124

Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002 p. 4118

Loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits, JORF n°0075 du 30 mars 2011 p.5496

VIII.2 Droit européen et international

Code de conduite européen pour les médiateurs

Conseil de l'Europe, Recommandation n°R (2000) 10 du Comité des ministres sur les codes de conduites pour les agents publics, 11 mai 2000

Convention européenne des droit de l'Homme, 4 novembre 1950

Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

Loi n°2002022737 du 22 août 2002 relative aux droits des patients, M.B. du 26 septembre

IX. Pages internet

ADR INSTITUTE OF CANADA, [En ligne : www.adrcanada.ca].

« Avocat et médiateur : les paramètres d'une collaboration réussie. Par Maud Neukirch de Maistre, Médiateur. » [En ligne : <http://www.village-justice.com/articles/avocat-mediateur-parametres,15630.html>]. Consulté le : 25 mars 2015.

BOURIN, C., « La médiation: un outil de prévention des conflits », [En ligne : <http://paperjam.lu/news/la-mediation-un-outil-de-prevention-de-conflits>]. Consulté le : 15 octobre 2015.

« Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales » [En ligne : <http://www.cnrtl.fr/>].

CNRTL, « Définition de la sociologie », [En ligne : <http://www.cnrtl.fr/definition/sociologie>].

« Décret du 11 mars 2015 : Les nouveautés en matière de communication électronique et de résolution amiable des différends », [En ligne : <http://www.quartdheurededroit.com/2015/03/decret-du-11-mars-2015-les-nouveautes.html?m=1>]. Consulté le : 28 juillet 2015.

« Dictionnaire Larousse » [En ligne : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

« Dictionnaire Littré » [En ligne : <http://www.littre.org/>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

GOUVERNEMENT DU CANADA, « Ministère de la Justice - Services de prévention et de Règlement des différends », [En ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/04.html>]. Consulté le : 2 septembre 2015.

HAS, « Promouvoir les parcours de soins personnalisés pour les malades chroniques », [En ligne : http://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1247611/fr/promouvoir-les-parcours-de-soins-personnalises-pour-les-malades-chroniques]. Consulté le : 10 octobre 2015.

HOSPICES CIVILS DE LYON, « Voies de réclamations et de recours », [En ligne : <http://www.chu-lyon.fr/>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

« Justice participative (médiation, négociation, arbitrage, etc.) - Accès à la justice - Pour le public » [En ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/public/acces-justice/justice-participative/index.html>]. Consulté le : 30 mars 2015.

« La profession de Médiateur : données, chiffres et statistiques - L'Officiel de la Médiation », [En ligne : <http://www.officieldelamediation.fr/2015/02/11/la-profession-de-mediateur-donnees-chiffres-et-statistiques/>]. Consulté le : 13 juillet 2015.

LASCOUX, J.-L., « L'indépendance, la neutralité, l'impartialité - L'Officiel de la Médiation », [En ligne : <http://www.officieldelamediation.fr/2012/04/17/independance-neutralite-impartialite/>]. Consulté le : 13 avril 2015.

« Le contradictoire en médiation - Techniques et savoirs faire en médiation professionnelle », [En ligne : <http://www.mediateur-professionnel.fr/idees-recues-et-illusions-en-mediation/mediation-et-droit/le-contradictoire-en-mediation/>]. Consulté le : 3 août 2015.

« Les inégalités de santé » [En ligne : <http://www.defenseurdesdroits.fr/fr/publications/fiches-thematiques/les-inegalites-de-sante>]. Consulté le : 21 septembre 2015.

MATTÉI, J.-F., AUFIERE, P., BABU, A.[et al.], « Une médiation pour Vincent Lambert ? », [En ligne : http://www.liberation.fr/debats/2015/09/13/une-mediation-pour-vincent-lambert_1381694]. Consulté le : 10 octobre 2015.

« Serment d'Hippocrate - traduction française » [En ligne : <http://www.conseil-national.medecin.fr/le-serment-d-hippocrate-1311>]. Consulté le : 10 octobre 2015.

SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE, « The Singapore Arb-Med-Arb Clause », [En ligne : <http://www.siac.org.sg/model-clauses/the-singapore-arb-med-arb-clause>].

SINGAPORE INTERNATIONAL MEDIATION CENTRE, « Arb-Med-Arb », [En ligne : <http://simc.com.sg/arb-med-arb/>]. Consulté le : 19 août 2015.

UNAF, « Travaux et recommandations, décembre 2004 », [En ligne : www.unaf.fr].

DIRECTIVE 2013/11/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) no 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC)

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Anthropologie : 82, 226 et s.

Arbitrage : 93, 239.

Autonomie de la volonté (principe d') :
209 et s.

C

CCI/CRCI : 119 et s., 768 et s.

Communication : 83, 186, 448 et s.

Conciliation : 100 et s.

Confiance : 8, 493 et s.

Confidentialité : 343 et s.

Conflit d'intérêts : 264 et s., 311, 515 et s.

Contradictoire (principe du) : 355, 593.

Coût : 239 et s., 340 et s., 604 et s.

CRUQPC : 281 et s., 310 et s.

CVS : 644 et s.

D

Défenseur des droits : 97 et s., 740 et s.

Déontologie : 86 et s., 489 et s.

E

Ethique : 86, 656.

Expert/expertise : 126, 260, 466, 611, 679,
770.

Evaluation : 484 et s.

F

Formation (du tiers) : 446 et s.

H

Homologation : 560 et s.

I

Indépendance (principe d') : 346 et s., 477,
506 et s.

Impartialité (principe d') : 343 et s., 477, 497, 506 et s.

J

Judiciarisation : 151 et s.

L

Libérale (activité) : 666 et s.

M

Med-arb : 495 et s.

Médiation conventionnelle : 174, 240, 391.

Médiation familiale : 185 et s.

Médiation judiciaire : 711 et s.

Médiation pénale : 175 et s.

Médico-social (secteur/établissement) : 631 et s.

N

Négociation : 96, 239.

Neutralité (principe de) : 344 et s., 502 et s.

O

ONIAM : 122 et s.

Ordre professionnel : 479 et s.

P

Personne qualifiée : 633 et s.

Procédure disciplinaire : 680 et S.

Processuel (droit) : 532 et s.

Protocole d'accord : 535 et s.

Psychologie : 81 et s.

R

Relation de soins : 6 et S.

Rémunération (du tiers) : 464 et s.

S

Secret professionnel : 566 et s.

Sociologie : 82, 188 et s.

T

Transaction amiable : 94, 131, 678.

Table des matières

Remerciements.....	5
Table des principales abréviations et sigles	7
Sommaire.....	13
Introduction générale	15
Paragraphe 1. Les désaccords naissant de la relation de soins.....	16
A. La spécificité de la relation de soins	17
B. Une gradation des oppositions	19
Paragraphe 2. La diversité de mécanismes de résolution des conflits	23
A. L'intérêt des mécanismes alternatifs de règlement des conflits	23
B. L'originalité de la médiation	27
Partie 1. La remise en question de la nature juridique de la médiation.....	37
Titre 1. La médiation : un réel mécanisme juridique	39
Chapitre 1. Un mécanisme juridique alternatif à part entière.....	41
Section 1. La fondamentale qualification de mécanisme juridique.....	42
Paragraphe 1. L'existence d'un processus juridique	42
A. La singularité du processus juridique.....	42
B. La désignation formelle de mécanisme juridique	46
Paragraphe 2. L'impérative conciliation d'outils juridiques et extra juridiques ..	47
A. L'indispensable utilisation d'outils juridiques	47

1. Le maniement nécessaire des normes juridiques	47
2. La délicate application des règles de droit.....	48
B. La mise en œuvre appréciable de disciplines non juridiques	50
1. Des disciplines relatives à la recherche de la compréhension de l'homme... ..	51
2. Des disciplines inhérentes à la gestion du conflit	53
Section 2. La qualification rigoureuse de mécanisme juridique alternatif	55
Paragraphe 1. La distinction nécessaire d'avec les autres modes alternatifs de règlement des différends.....	55
A. Un différenciation aisée d'avec la transaction, l'arbitrage, l'amiable et la négociation.....	56
B. Une distinction subtile entre médiation et conciliation	60
1. Au sens général.....	61
2. Au sens particulier du droit de la santé : les Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.....	70
Paragraphe 2. Un mécanisme juridique alternatif à double détente	79
A. Un mécanisme alternatif par rapport à la voie judiciaire	79
B. Un mécanisme alternatif par rapport à une éventuelle judiciarisation	84
Conclusion du chapitre 1	93
Chapitre 2. L'application d'un mécanisme juridique adéquat au domaine de la santé	95
Section 1. Un mécanisme adapté à la discipline	97
Paragraphe 1. Une médiation spécifique.....	97
A. Une particularité relativement à d'autres domaines.....	97

1. La médiation pénale.....	98
2. La médiation familiale.....	102
3. La médiation en matière civile et commerciale	103
4. La médiation au cours des procédures disciplinaires.....	105
B. Une singularité en comparaison à des médiations en santé étrangères ...	109
Paragraphe 2. Un mécanisme assis sur des principes fondateurs	112
A. Un mécanisme fondé sur le principe d'autonomie de la volonté	113
1. Médiation et principe d'autonomie de la volonté	113
2. Médiation et participation des parties.....	117
B. Un mécanisme fondé sur le caractère humain du conflit	121
1. Un vecteur anthropologique inéluctable	121
2. Un vecteur sociologique immanquable	123
Section 2. Une application révélatrice des forces et faiblesses du mécanisme.....	126
Paragraphe 1. Des avantages indéniables	126
A. Des avantages tenant aux moyens	126
B. Des avantages tenant aux résultats	133
Paragraphe 2. Des inconvénients évidents	134
A. Des inconvénients inhérents au mécanisme lui-même	135
B. Des inconvénients tenant à la pratique actuelle de la médiation en santé.....	137
Conclusion du chapitre 2	142
Conclusion du titre 1.....	143

Titre 2. La médiation en santé : une nature hybride	145
Chapitre 1. L'étude empirique de la notion de médiation.....	147
Section 1. Un système imparfait.....	149
Paragraphe 1. Un cadre législatif modeste	149
A. L'existence insuffisante de la CRUQPC.....	149
B. La mise en œuvre hétérogène de la médiation dans le cadre de la CRUQPC.....	152
Paragraphe 2. L'impératif constat de divergences.....	154
A. Des divergences manifestes entre théorie et pratique.....	154
1. Des discordances relatives aux modalités de médiation	154
a. <i>Ratione materiae</i>	155
b. <i>Ratione temporis</i>	157
2. Des divergences relatives au tiers médiateur	158
a. L'absence de véritable statut du médiateur	158
b. L'empreinte personnelle du médiateur dans sa démarche	159
B. Constat des divergences entre établissements de santé.....	160
1. Des dissonances tenant aux moyens	161
2. Des dissonances inhérentes aux résultats	162
Section 2. L'existence de principes fondamentaux.....	164
Paragraphe 1. Des principes directeurs constituant des points de convergence.....	164
A. Une volonté commune de parvenir à un accord	165
B. La complexe comparaison des résultats	166

Paragraphe 2. L'émergence véritable de principes fondamentaux	167
A. Des principes relatifs à l'organisation de la médiation	168
B. Des principes révélateurs des « valeurs fondatrices » de la médiation	169
Conclusion du chapitre 1	179
Chapitre 2. Une nécessité de requalification ou d'évolution de l'existant	181
Section 1. La possible conservation de l'existant.....	182
Paragraphe 1. Une conservation du mécanisme existant conditionnée à une nouvelle terminologie	182
A. De l'intérêt de renommer le processus	182
1. Intérêt pour les parties	183
2. Intérêt pour le processus de médiation	183
B. Des effets de renommer le processus	184
1. Effets pour les parties et le tiers médiateur.....	184
2. Effets pour le processus en lui-même	185
Paragraphe 2. L'hypothèse d'une requalification	186
A. De l'intérêt d'une requalification.....	186
1. Des intérêts attrayants pour les parties.....	187
2. Un intérêt relatif pour le mécanisme	188
B. Des effets d'une requalification	191
1. Des effets significatifs à l'égard des parties et du tiers.....	193
2. Des effets non négligeables à l'égard de la médiation.....	194
Section 2. L'éventualité d'évolution de l'existant.....	197

Paragraphe 1. Un rapprochement primordial entre théorie et pratique	198
A. Le rencontre essentielle des parties	198
B. Un cadre procédural nécessaire	200
Paragraphe 2. L'objectif principal d'évolution : l'efficience de la médiation.....	200
A. Un objectif de résultat attendu.....	200
1. A l'égard des parties en conflit.....	201
2. A l'égard du médiateur	201
B. Un objectif d'efficacité optimale du mécanisme	202
1. Une efficacité concrète du mécanisme en tout point.....	203
2. Une efficacité reconnue permettant un succès florissant du mécanisme.....	203
Conclusion du chapitre 2	205
Conclusion du titre 2	206
Conclusion de la partie 1.....	207
Partie 2. Le régime juridique de la médiation en santé : un remaniement inéluctable	209
Titre 1. La délicate recherche d'un juste équilibre entre encadrement juridique et maintien de la souplesse du mécanisme	211
Chapitre 1. L'indispensable délimitation des contours juridiques du statut du médiateur.....	213
Section 1. L'adaptation des exigences inhérentes à la fonction de médiateur	216
Paragraphe 1. L'indispensable instauration de conditions relatives à l'encadrement de la formation	216
A. L'exigence d'un tiers aux multiples compétences	217

B. L'élaboration fondamentale d'une formation uniformisée et standardisée.....	218
Paragraphe 2. Les inévitables précisions relatives à l'exercice de la profession	222
A. La détermination spécifique de la désignation et de la rémunération du médiateur.....	222
1. L'urgence de l'établissement d'une procédure de désignation restrictive.....	223
2. Les difficultés liées à la rémunération du tiers	225
B. Une perspective d'évolution de l'organisation et l'évaluation	230
1. L'instauration impérative d'un ordre professionnel	230
2. Le besoin d'une évaluation qualitative et quantitative.....	232
Section 2. Les transformations liées aux exigences déontologiques de la profession.....	235
Paragraphe 1. L'intensification de la légitimité du médiateur.....	235
A. Une exigence de confiance	236
1. Une confiance indispensable à l'égard du mécanisme	236
2. Un lien de confiance incontournable entre parties et tiers médiateur .	239
B. Un impératif de neutralité	240
Paragraphe 2. La confirmation de l'étendue de l'impartialité et de l'indépendance du médiateur.....	242
A. Des exigences irréductibles.....	242
B. Une réponse efficace aux conflits d'intérêts	245
1. La complexe notion de conflit d'intérêts	245
2. Les palliatifs des conflits d'intérêts	248

Conclusion du chapitre 1	251
Chapitre 2. Médiation et droit processuel : étude prospective d'un lien indispensable.....	253
Section 1. L'établissement éventuel d'un protocole de médiation en santé	254
Paragraphe 1. La remise en question de l'intérêt de « protocoliser » la médiation.....	254
A. Des avantages certains	254
B. Des dérives sous-jacentes	257
Paragraphe 2. L'inévitable association du droit processuel et de la médiation.	258
A. La garantie de l'application adéquate des principes directeurs	259
B. La mise en place plébiscitée d'un guide.....	260
1. Une chronologie spécifique	260
2. Les contours de l'accord de médiation	265
Section 2. Des précisions processuelles à apporter à la médiation en santé	266
Paragraphe 1. La protection obligatoire des droits des parties	267
A. L'étendue confuse du secret.....	267
1. La détermination des informations à caractère secret	267
2. L'affermissement de la protection des éléments secrets	271
B. Les précisions relatives à l'utilisation des informations échangées.....	272
1. La nécessité de protection des informations au titre du secret et de la confidentialité	272
2. Les incertitudes nées de la transmission du compte-rendu de médiation.....	275

Paragraphe 2. Des exigences d'organisation	277
A. L'articulation imprécise de la médiation avec les procédures judiciaires..	278
B. L'étude du coût de la médiation	281
C. L'éventualité d'un recours à un expert	283
Conclusion du chapitre 2	285
Conclusion du titre 1	286
Titre 2. L'extension et le devenir de la médiation	287
Chapitre 1. L'extension éventuelle de la médiation à un domaine plus vaste.....	289
Section 1. Une ouverture opportune au secteur médico-social	291
Paragraphe 1. Un système actuellement insuffisant	291
A. L'existence de la personne qualifiée	291
1. Une désignation spécifique	292
2. Une mission proche de celle du médiateur	293
B. L'existence du Conseil de la Vie Sociale (CVS).....	295
1. Une mise en place opportune	295
2. Des difficultés de mise en œuvre	297
Paragraphe 2. Un secteur propice à la médiation.....	299
A. L'existence d'un contexte unique	299
B. La proximité avec les missions du médiateur en santé.....	304
Section 2. Une extension attendue à l'activité libérale	305
Paragraphe 1. L'absence surprenante d'application actuelle	306
A. Constat des besoins en la matière	306

1. Un exercice de la pratique médicale et paramédicale à l'origine de conflits.....	306
2. Le difficile vécu des soignants	309
B. Le constat des manquements actuels.....	311
1. Une procédure amiable auprès de l'assureur peu performante.....	312
2. La procédure disciplinaire auprès de l'ordre harmonisée mais incomplète... ..	313
Paragraphe 2. Les exigences liées à cet élargissement.....	316
A. Des exigences d'organisation persistantes	317
1. Une mise en place minutieuse	317
2. La prise en charge financière	319
B. Le rôle prépondérant de l'ordre professionnel.....	321
Conclusion du chapitre 1	323
Chapitre 2. Un avenir incertain	325
Section 1. Le constat du caractère circonscrit actuel de la médiation.....	326
Paragraphe 1. Par rapport à la médiation judiciaire	326
A. Etat des lieux de la médiation judiciaire	326
1. Un mécanisme correctement encadré.....	326
2. Un mécanisme au bilan mitigé.....	328
B. Une application controversée au domaine de la santé	330
Paragraphe 2. Une délimitation au domaine de la santé.....	332
A. La restriction inhérente au fonctionnement actuel	332
B. L'exception du défenseur des droits.....	335

Section 2. La recherche permanente du juste équilibre : la difficulté majeure	337
Paragraphe 1. Un encadrement nécessaire pour rendre la médiation efficace	338
A. Un objectif de qualité et de succès	338
B. Un objectif d'efficience	340
Paragraphe 2. Le maintien d'une certaine souplesse	341
A. Une souplesse garantissant la non dénaturation du mécanisme	341
B. Une souplesse permettant d'éviter une utilisation de la médiation à des fins de mécanisme pré contentieux.....	344
Conclusion du chapitre 2	348
Conclusion du titre 2	349
Conclusion de la partie 2.....	350
Conclusion générale.....	351
Bibliographie.....	355
Index alphabétique... ..	379
Table des matières... ..	383