

Médiation et droit des contrats: une perspective japonaise

Shusuke Kakiuchi *

- I. Introduction
- II. Le droit de la médiation contractuelle
 - 1. Accord des parties fondant la procédure de médiation
 - 2. L'accord intervenant au terme de la médiation
- III. La médiation, moyen d'instaurer une justice par le contrat
 - 1. Légitimité de la privatisation de la justice
 - 2. Processualisation du contrat ?
- IV. Conclusion

I. INTRODUCTION

Le droit de la médiation au Japon pourrait se caractériser, pour ainsi dire, par une bipolarité. 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.

Depuis près d'un siècle¹, la médiation judiciaire est une tradition dans notre justice. En cours de procès même, le juge est autorisé à tenter la conciliation en tout état de cause (Art. 89, Code de procédure civile). N'hésitant pas à user de cette possibilité, les juges essaient de concilier les parties dans presque toutes les affaires. Un tiers de celles-ci se terminent par une conciliation proposée et guidée par eux. En outre, les parties peuvent recourir à une procédure uniquement destinée à la médiation par une commission d'échevinage composée d'un juge et de deux non-professionnels, évitant ainsi le procès. Cette institution (*chôtei*²) est ouverte à toutes les affaires civiles (*minji chôtei*).³

* La version originale a été écrite comme rapport national sur le thème « Médiation et droit des contrats » pour le Congrès de l'Association internationale de droit judiciaire à Paris, Université de la Sorbonne, le mercredi 22 septembre 2004. L'auteur tient à exprimer ses remerciements à *Mme Marika Philippe* pour ses conseils linguistiques. Toutes les fautes qui subsisteraient malgré tout doivent être attribuées à l'auteur.

1 C'est en 1922 que l'institution de *chôtei* a été créée pour la première fois en matière de baux de terrain et de maison. Cependant, sous l'influence du droit allemand (art. 269, *Civil-prozeßordnung* de 1877), notre ancien Code de procédure civile de 1889 contenait déjà un article permettant la tentative de conciliation par le juge. Voir N. KOYAMA et I. KITAMURA, La conciliation en matière civile et commerciale au Japon: Rev. int. dr. comp., numéro spécial vol. 10, 1988, p. 259.

2 On peut l'appeler aussi la conciliation *infra-judiciaire* de manière à la distinguer de la conciliation judiciaire. Voir KOYAMA et KITAMURA, *op. cit.*, p. 257.

3 De plus, nous avons la procédure de médiation spécialisée pour les affaires familiales [*kaji chôtei*], qui s'effectue au tribunal de la famille [*kaji saibansho*].

Les nombres des affaires reçues selon cette procédure montre qu'elle reste toujours à la portée des justiciables.⁴

En matière de médiation judiciaire ou infra-judiciaire, il existe déjà certaines règles de loi la régissant, puisque ces institutions sont établies exprès par la loi.⁵

Par contre, le domaine de médiation non-judiciaire reste plutôt dans l'obscurité. Concernant cette matière, on ne trouve que deux articles déterminant la définition et l'effet du contrat de transaction (art. 695 et 696, Code civil). La plupart des questions qui doivent être traitées dans cet article ne sont pas soumises à une réglementation. Par conséquent, les remarques et les considérations qui vont suivre devront s'appuyer sur une base incertaine et feront appel à quelques développements relativement récents, notamment au rapport publié en 2003 par la Commission d'étude des modes alternatifs de règlement de conflits (MARC) (« *Rapport* »).⁶

4 Sur les chiffres des années quatre-vingts, voir KOYAMA et KITAMURA, *op. cit.*, pp. 277 et s. Quant à l'état actuel, 71 301 affaires ont été reçues en *chôtei* civil devant les tribunaux de l'instance sommaire [*kan'i saibansho*] en 2002, à part les affaires de *chôtei* particulier [*tokutei chôtei*] (416 642 affaires) introduit par la loi n° 158 du 17 déc. 1999 qui sont en fait des affaires du règlement amiable de surendettement. La même année, 128 554 affaires ont été reçues en *chôtei* familial, par rapport à 544 008 affaires en procès. D'autre part, parmi 71 402 affaires terminées en *chôtei* civil (toujours à part *tokutei chôtei*), 23 506 se sont terminées par la conciliation des parties (taux de succès: 32,9 %). Quant au *chôtei* familial, le taux de succès était de 46,8 % (59 227/126 680).

5 Code de procédure civile; loi sur la médiation judiciaire en matière civile [*Minji chôtei-hô*: loi n° 222 du 9 fév. 1951]; loi sur la délibération en matière familiale [*Kaji shinpan-hô*: loi n° 152 du 6 déc. 1947], etc. Sur le détail de ces lois, voir KOYAMA et KITAMURA, *op. cit.*, pp. 262 et s.

Il faut cependant admettre que malgré ces législations, il reste encore quelques questions fondamentales à examiner ou à réexaminer. Par exemple, que signifie « l'impartialité » du juge en tant que médiateur, quelle est la limite de ses activités etc. Voir A.YAMADA, L'idée de la *Privatautonomie* dans le *chôtei* et le rôle du conciliateur: *Minji Soshô Zasshi* [Journal de procédure civile], vol. 47, 2000, pp. 232 et s.; S.KAKIUCHI, Réglementation de la tentative de conciliation par le juge: *Hôgaku Kyôkai Zasshi* [Journal de l'association de jurisprudence], vol. 117-6, 2000, pp. 751 et s.

6 Dans le mouvement de la réforme du système judiciaire qui est en cours au Japon depuis 1999, on discute aussi de la nécessité d'une nouvelle législation sur les MARC. La Commission d'étude des MARC [*ADR kentô kai*] a été créée en 2002 à côté du Centre d'administration pour la promotion de la réforme du système judiciaire [*Shihô Seido Kaikaku Suishin Honbu*] organisé sous l'égide du Cabinet. Après vingt réunions de séance (procès-verbaux: <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/adr>>), elle a publié en juillet 2003 un rapport intitulé « Sur l'aménagement des bases générales de l'institution de MARC » [*Sôgôteki na ADR no seido kiban no seibi ni tsuite*]; ci-dessus nommé « *Rapport* ». Ce rapport a été publié sur le site internet du gouvernement pour sonder l'opinion publique (<<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/pc/0729adr/seibi.html>>). Les opinions reçues sont analysées dans un autre rapport, « Vue d'ensemble sur les opinions reçues » [*Iken boshû ni yoserareta iken no gaiyô*]; ci-dessus nommé « *Opinions* » (<<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/adr/dai23/23siryous3.pdf>>).

Cette Commission a pour but d'établir les bases solides pour une nouvelle loi relative aux MARC. Mais il nous semble incertain qu'une telle législation soit réalisable dans un proche

Cet article sera donc un essai de reconstitution du droit de la médiation au Japon plutôt qu'une description de celle-ci.

II. LE DROIT DE LA MEDIATION CONTRACTUELLE

1. *Accord des parties comme fondement à la procédure de médiation*

A. *Remarques préliminaires*

a) Nécessité d'un accord ?

Avant de traiter en détail certains aspects concrets de l'accord des parties fondant la procédure de médiation, il est convenable d'apporter quelques remarques sur certaines questions préliminaires. La première question est la suivante: la procédure de médiation doit-elle toujours supposer un accord des parties? Il est clair qu'une procédure de médiation ne peut avoir de succès, si l'on n'aboutit pas à un accord quelconque résolvant le conflit. On peut pourtant se demander si l'on a besoin d'accord préliminaire pour la procédure même de la médiation.

Nous pouvons décrire la procédure de médiation comme l'ensemble des activités tendant à la résolution d'un conflit. Elle prend la forme de l'intervention d'un tiers et des réactions des parties vis-à-vis de ce tiers ainsi qu'entre elles. Un triangle servirait à saisir ce processus. Or, ce dont il est question ici, c'est quand et à quelles conditions une telle intervention du tiers peut être considérée comme légitime. Là, trois cas de figure se présentent:

- (1) les deux parties sont d'accord pour demander cette intervention;
- (2) l'une des parties demande au tiers son intervention, l'autre partie refusant, négligeant ou acceptant cette intervention sans consentement explicite;
- (3) le tiers intervient dans le litige sans aucun accord préalable des parties.

La situation est claire dans le premier cas: l'intervention du tiers est justifiée par cet accord. La procédure sera également réglée par le même accord. Par contre, la situation diffère dans les deux autres cas. Là, l'intervention ne peut être justifiée par un consentement explicite des parties. Pourtant, cela ne signifie pas forcément qu'elle soit illégale ou illicite, à moins qu'elle ne constitue un délit⁷: elle reste seulement *de facto*.⁸

En ce sens, nous pouvons dire que l'accord des parties n'est point une condition nécessaire pour l'intervention d'un tiers, donc pour la médiation.

avenir. La Commission n'est pas non plus optimiste sur ce point. Voir le procès-verbal de la séance du 29 janvier 2004.

En traitant de nombreuses questions concernant les MARC, le *Rapport* dessine l'esquisse d'une législation espérée pour activer l'usage des MARC. Nous le citerons fréquemment pour indiquer l'état actuel de la discussion sur la médiation au Japon.

7 Art. 709 et s., Code civil.

8 C'est un des traits caractéristiques qui différencient la médiation de l'arbitrage.

En réalité, quand le tiers est une institution, on peut s'attendre à un accord préliminaire des parties remettant la résolution des litiges nés entre elles à la médiation de cette institution. Même si la procédure est demandée par une seule partie, l'institution-tiers s'efforcera d'obtenir un accord ultérieur au cours de la médiation.⁹ Dans ce dernier cas, on pourrait voir la situation se développer de (2) à (1). Par opposition, quand le tiers est un individu intervenant dans le litige par occasion (une médiation *ad hoc*), on ne pourrait guère espérer y trouver un accord explicite consacré uniquement à la procédure.

Ainsi, en parlant de l'*accord* fondant la procédure de médiation, nous en venons à limiter l'objet de nos études à certaines parties de tout processus s'effectuant dans notre société et pouvant être considérées comme médiation.

b) Étapes et parties de l'accord de médiation

L'analyse ci-dessus nous mène à quelques remarques concernant les étapes et les parties de cet accord.

Supposons que X demande à Y la construction d'une maison et que, dans ce contrat d'entreprise, ils soient d'accord pour que tous les litiges nés de ce contrat soient confiés à la médiation du Comité départemental d'examen des conflits nés du contrat d'entreprises de construction¹⁰ (étape I). La construction effectuée, X croit y trouver un vice et refuse de payer la somme qu'il doit. Y demande la médiation au Comité¹¹ et la commission de médiation de celui-ci en avertit X en l'invitant à la séance (II). Bien que se présentant à la séance, X nie la validité de la clause de médiation et veut intenter un procès. Malgré cette attitude d'X, les efforts de la commission de médiation aboutissent en ce sens qu'il accepte de se présenter à la séance suivante (III). Persuadé par les arguments de la commission, X finit par accepter la proposition offerte dans la deuxième séance (IV).

À l'étape I, il n'existe qu'un accord plutôt vague entre X et Y. On peut seulement supposer l'intention des parties de suivre le règlement de la procédure établie par le Comité, s'il en existe un comme c'est souvent le cas. En tout cas, il n'est pas ici possible de considérer le Comité comme une partie d'un accord quelconque. Il n'existe encore aucune relation contractuelle entre le Comité et les parties.

À l'étape II, le médiateur (la commission de la médiation) apparaît pour la première fois. S'il est possible de supposer un accord entre celui-ci et Y, c'est un contrat similaire au mandat.¹² Mais il manque toujours la relation directe entre X et le médiateur.

9 Sinon, celle-là perdrait la possibilité de recevoir les frais de procédure.

10 « *To dô fu ken kensetsu kôji funsô shinsa kai* » créé par art. 25 et suivants de la loi relative à l'entreprise de bâtiment [*Kensetsu gyô-hô*: loi n° 100 du 24 mai 1949].

11 Le demandeur doit payer d'avance les frais nécessaires en fonction de la valeur du litige (art. 25-21, al. 2, loi précitée).

12 Quand il s'agit d'une institution, on peut aussi se demander qui est, en fait, la partie de ce contrat: l'institution, ou les individus effectuant la procédure comme médiateurs? Cette question doit être considérée selon le caractère de chaque obligation (le paiement des frais, la confidentialité etc.).

À l'étape III, on peut trouver deux éléments favorables pour affirmer un début d'existence d'un accord entre le médiateur et les parties du litige: la présence d'X à la procédure et son consentement à la séance suivante. Mais il est difficile de dire si cela peut être considéré comme le consentement d'X de suivre toute la procédure sous l'autorité du Comité.

Pour conclure, nous pouvons dire que, dans la médiation, on ne peut toujours s'attendre à un accord préliminaire comme fondement à la procédure; que même s'il existe un accord entre les deux parties, ce n'est pas toujours le cas pour la relation entre le médiateur et les parties; que l'accord sur la procédure se concrétise souvent au fur et à mesure de son déroulement, lequel dépend largement de l'attitudes des parties. Bien qu'on puisse imaginer des cas où toute la procédure est régie par des accords explicites soit entre les deux parties, soit entre le médiateur et les autres parties, il faut admettre qu'en dehors de ces cas plutôt exceptionnels, le rôle des accords peut être très limité dans la procédure de médiation.

B. Conditions de validité de l'accord de médiation

Bien qu'on puisse trouver facilement des clauses de « délibération sincère » (*seijitsu kyôgi jôkô*) dans la pratique contractuelle,¹³ de même que des clauses d'arbitrage accompagnées d'une clause de médiation, une clause de médiation indépendante de celle d'arbitrage nous paraît peu répandue. C'est normal qu'on perçoive peu le besoin d'une telle clause, puisque son importance est souvent limitée, comme nous venons de le voir plus haut. De là, vient que nous trouvons actuellement peu de discussions sur ce sujet et pas de jurisprudence le concernant. Il n'existe, a fortiori, pas de disposition légale à cet effet.¹⁴

Ainsi, nous devons revenir sur les principes de droit commun. Sur la base du consensualisme, notre Code civil admet généreusement la validité de toute convention satisfaisant les conditions générales du contrat¹⁵ et ne dérogeant pas à l'ordre public et aux bonnes mœurs.¹⁶ La seule question est de savoir s'il existe des restrictions spéciales selon la nature de l'accord.

Il conviendrait ici de porter le regard sur notre législation récente sur l'arbitrage. Notre nouveau Code d'arbitrage¹⁷ détermine deux conditions supplémentaires pour la validité de la convention d'arbitrage: qu'elle ait pour objet les litiges susceptibles de

13 Une étude empirique rapporte que quelques 85 % des entreprises interrogées connaissent l'usage courant d'une telle clause (S. KITAYAMA, *Relation durable de commerce: comparaison entre le Japon et les USA*: NBL, vol. 627, 1997, p. 15). Voir aussi H. ISHIKAWA, *La structure et les bases théoriques de la Neuverhandlungspflicht*: Hôgaku Kyôkai Zasshi, vol. 118-2, pp. 245-246.

14 Le *Rapport* n'examine point la question de validité d'un tel accord.

15 Capacité, consentement, etc.

16 Art. 90, Code civil.

17 Loi n° 138 du 1^{er} août 2003.

contrat de transaction (art. 13, al. 1) et qu'elle soit stipulée par écrit (art. 13, al. 2). Par ailleurs, quand une convention d'arbitrage est passée entre un consommateur et un professionnel,¹⁸ le premier se réserve le droit de résiliation (dispositions annexes, art. 3).¹⁹ N'oublions pas que le code admet aussi l'autonomie de la clause d'arbitrage (art. 13, al. 4).

Quant à la jurisprudence, la validité de la clause d'arbitrage est soulevée le plus souvent dans les cas où elle fait partie d'un document annexé auquel la convention principale se réfère. Tout en soulignant la nécessité de l'intention précise ou de la connaissance suffisante des parties,²⁰ la plupart des jugements admettent la validité d'une telle clause.

Bien que les différences de nature et d'effet entre la clause d'arbitrage et celle de la médiation ne nous permettent pas une simple analogie, ces dispositions nous serviraient comme point de départ pour chercher les solutions justes à l'égard de la médiation.

D'abord, la médiation a pour but d'arriver au règlement de conflits par un accord des parties. Il serait ainsi naturel de penser qu'elle suppose, de même que l'arbitrage, libre disposition des droits litigieux et que son objet doit donc être susceptible de contrat de transaction. Toutefois, il est douteux qu'un accord soumettant un litige dont les parties n'ont pas la libre disposition à une certaine procédure de « médiation » doive être toujours considéré comme nul. Si, par exemple, la procédure prévue a pour but de réconcilier les parties plutôt psychologiquement que juridiquement, l'essentiel est le processus de coopération en lui-même. En d'autres termes, il n'en est pas question si les parties peuvent finalement régler le litige par un contrat de transaction. Étant donné que la notion de médiation implique diverses activités du tiers au cours du litige, il faut laisser place aux cas exceptionnels.²¹

Acceptant largement, pour ainsi dire radicalement, le consensualisme comme nous l'avons déjà remarqué, notre Code civil connaît à peine l'exigence de la forme écrite. Ainsi, l'exigence de la stipulation par écrit en cas d'arbitrage reste une exception prévue par la loi en raison de l'effet important de ce contrat touchant le droit d'agir. La question de la formalité doit donc être considérée par rapport à l'effet de l'accord de médiation. Il en est de même du droit de résiliation du consommateur, partie contractant. Nous considérons que ces règles spéciales ne s'appliquent pas à l'accord de

18 Selon art. 2, al. 2 de la loi sur les contrats conclus entre consommateur et professionnel [*Shôhisha keiyaku-hô*: loi n° 61 du 12 mai 2000], un professionnel est une personne morale ou encore un individu, qui intervient dans le contrat dans l'exercice de sa profession. Un consommateur est défini comme un individu qui n'est pas professionnel (*ibid.* art. 2, al. 1).

19 C'est une des plus grandes nouveautés apportées par le code.

20 Voir notamment l'opinion du Juge *Jirô Nakamura* dans un arrêt de la Cour suprême (Cour supr. 26 juin 1980: Hanrei Jihô, vol. 979, p. 53), qui signale qu'en réalité l'arbitrage (*chûsai*) et la médiation (*chôtei*) sont souvent même confondus chez les justiciables.

21 Une autre solution est d'exclure de la notion de médiation toutes les procédures ayant pour objet un litige sur lequel les parties n'ont pas la disponibilité. Cependant une telle distinction présenterait peu d'intérêt au niveau de l'effet.

médiation qui n'entraîne point, comme nous verrons plus bas, d'effet processuel (voir *infra* D).

Quant à l'autonomie de la clause d'arbitrage, les mêmes considérations s'appliqueraient aussi à l'accord de médiation.

C. Contenu de l'accord de médiation

Une fois admises la validité d'un accord de médiation, il reste une question à étudier: Dans quelle mesure l'aménagement de la procédure est-il laissé à la disposition des parties?

Quand une médiation est prévue par la loi,²² sa procédure est normalement réglée également par les dispositions de la loi. Puisque ces dispositions concernent plus ou moins l'ordre public au point de vue de l'économie procédurale,²³ les parties ne peuvent en principe pas déroger à ces dispositions, à moins que la loi même n'accorde un champ d'aménagement conventionnel.²⁴

Il est évident cependant que les parties disposent d'une certaine marge pour aménager conventionnellement la procédure sur les points non réglés par la loi. Par exemple, la loi de 1951 *précitée* laisse un champ large pour le déroulement de la procédure. Par conséquent, les médiateurs (ici, la commission d'échevinage) disposent d'un large pouvoir discrétionnaire. Mais nous considérons que ce pouvoir des médiateurs ne doit pas être utilisé contrairement à l'intention commune des parties.²⁵

En matière de médiation privée, il est courant de trouver un règlement déjà formulé par l'institution.²⁶ D'une part, les parties ont théoriquement la libre disposition concernant la procédure, d'autre part, l'institution se réserverait le droit de refuser de recevoir

22 Théoriquement, une procédure de médiation pourrait aussi être ordonnée par le juge. Cependant, en l'état actuel du droit japonais, le juge ne dispose pas de l'autorité d'ordonner une médiation en dehors du tribunal à part l'envoi d'affaires à la procédure de *chôtei* (art. 20, loi de 1951 *précitée*). À ce propos, le *Rapport* propose une disposition permettant au juge de conseiller aux parties de faire usage d'une médiation hors du tribunal (p. 59). Toutefois, même si cette proposition est réalisée, le juge n'aura pas par exemple l'autorité pour désigner le médiateur, alors qu'il pourra en conseiller un.

23 Il faut noter qu'en l'état actuel, toutes les institutions de médiation recevant des affaires par une disposition de la loi sont gérées par l'État.

24 Un exemple typique est la compétence territoriale du tribunal pour connaître une affaire de *chôtei* (art. 3, loi de 1951 *précitée*).

25 Par exemple, dans la procédure de *wakai* ou de *chôtei*, les parties sont souvent entendues séparément par le juge, en l'absence de l'autre partie (voir KOYAMA et KITAMURA, *op. cit.*, p. 268). Bien que cette méthode ait quelque utilité, nous considérons qu'elle ne doit pas être imposée contre la volonté des parties. Toutefois, les avis semblent toujours partagés sur cette question. Voir Y. KUSANO, Sur les techniques et la réglementation du *wakai*: *Minji soshô-hô riron no arata na kôchiku* [La nouvelle vague de théories de la procédure civile] – Mélanges *Kôji Shindo* (*Yûhikaku*, 2001) pp. 491 et s.

26 À part un tel règlement privé, il est aussi concevable d'établir quelques dispositions légales comme lois dispositives ou supplétives. Voir *infra* III 2.

une affaire demandant un traitement différent de ce qui est prévu par son règlement. Les parties devraient donc négocier avec l'institution sur la possibilité d'un tel traitement.

D. Effet de la clause de médiation

a) Effet processuel ?

En l'état actuel du droit japonais, l'existence d'une procédure de médiation ne fait aucun obstacle au procès. Certes, le juge peut interrompre l'instance, quand il y a une procédure de médiation judiciaire en cours,²⁷ mais ce n'est qu'une mesure discrétionnaire pure et simple du juge. En dehors de ces médiations judiciaires, il n'existe pas de règle qui permette l'interruption du procès en faveur de la procédure de médiation. Les parties espérant profiter de la médiation privée au cours d'un procès doivent donc, soit procéder aux deux procédures parallèlement en risquant que l'une devienne inutile, soit désister l'instance en risquant par exemple de perdre l'effet de l'interruption civile de la prescription.²⁸

Craignant que cet inconvénient n'empêche les parties de faire usage de la médiation, le *Rapport* propose d'introduire une règle d'interruption pour la médiation privée, selon laquelle le juge peut interrompre l'instance à un certain terme, quand les parties s'accordent pour tenter de régler le litige par voie de médiation et pour interrompre l'instance.²⁹ D'après cette proposition, la mesure resterait toujours discrétionnaire et soumise ici au consentement des parties.

Tout cela nous suggère que la poursuite de la procédure de médiation ne touche pas directement le droit d'agir des parties. S'il en est ainsi, il est logique d'en déduire qu'un accord ordonnant l'usage d'une telle procédure n'entraîne pas non plus d'effet processuel.

Cependant, puisque les parties peuvent s'accorder sur le désistement de leurs actions en justice,³⁰ elles peuvent aussi passer un accord leur défendant d'introduire un procès portant sur le litige faisant l'objet de l'accord de médiation. Il n'est pas certain que les

27 Art. 5, règlement de la Cour suprême sur la médiation judiciaire en matière civile [*Minji chôtei kisoku*]; art. 130, règlement de la Cour suprême sur la délibération en matière familiale [*Kaji shinpan kisoku*].

28 En l'état actuel, l'introduction d'une procédure de médiation privée n'emporte pas l'effet interruptif de la prescription. Voir *infra* III.

29 *Rapport*, p. 56. La plupart des opinions reçues étaient favorables à cette proposition. Voir *Opinions*, p. 8.

30 Voir par exemple Cour d'appel de Hiroshima 4 oct. 1966: Hanrei Taimusu, vol. 196, p. 119. Bien qu'il n'y ait pas d'arrêt de la Cour suprême déclarant un tel accord valable, sa légitimité est admise à l'unanimité par la doctrine, selon laquelle le tribunal doit déclarer une action irrecevable, quand il perçoit un tel accord entre les parties. Voir par exemple K. SHINDO, *Shin minji soshô-hô* [Nouveau Code de procédure civile] (*Kobundô*, 2^e éd., 2001) p. 229.

parties puissent déterminer aussi un désistement temporaire, soit à un certain terme, soit en fonction du déroulement de la médiation, mais nous ne trouvons aucune raison pour le considérer comme nul, pour autant que les termes de l'accord soient clairs et précis.

Pour conclure, un accord de médiation n'entraîne pas d'effet processuel en soi, mais les parties désirant un tel effet pourraient s'accorder en plus sur le désistement du droit d'agir concerné afin d'éviter l'introduction d'une instance sur le litige faisant l'objet de l'accord de médiation. Dans ce cas, une action née d'un tel litige doit être rejetée comme irrecevable.³¹

b) Autres sanctions de la clause de médiation

À part l'effet processuel, quels effets une clause de médiation peut-elle entraîner?

Parmi les effets de la convention admis par notre Code civil, deux peuvent être dignes d'intérêt au titre de sanctions de l'inexécution³²: l'exécution forcée (art. 414) et les dommages-intérêts (art. 415).

Selon l'art. 414 du Code civil, le créancier peut demander l'exécution forcée de l'obligation quand le débiteur ne l'exécute pas volontairement, à moins que l'obligation ne soit pas susceptible d'exécution forcée en raison de sa nature. La question ici est de savoir si l'obligation de suivre la clause de médiation est susceptible d'exécution forcée. Or, d'après l'opinion la plus commune, une obligation n'est pas susceptible d'être forcée quand son utilité consiste essentiellement dans son exécution volontaire.³³

Nous considérons que la volonté des parties est essentielle pour la procédure de médiation ayant pour but de régler les conflits par voie de convention. S'il en est ainsi, il n'est pas convenable de soumettre son déroulement à l'exécution forcée.³⁴ D'ailleurs, ce serait peu commode d'obtenir un titre exécutoire au moyen d'un procès pour forcer seulement la participation de l'autre partie à la médiation.

Quant aux dommages-intérêts, il faut bien admettre que si l'inexécution de la clause de médiation d'une partie cause un dommage à l'autre partie, celle-là doit offrir une

31 Le résultat de ce désistement, même temporel, doit être l'irrecevabilité et non l'interruption, celle-ci étant le résultat d'une mesure discrétionnaire du juge.

32 On pourrait ajouter peut-être qu'il y a des cas où l'accomplissement de la clause de médiation devient une condition de résiliation du contrat principal. Voir Trib. régional de Tokyo 19 août 1959: Hanrei Jihô, vol. 200, p. 22 et Cour d'appel de Tokyo 30 juin 1987: Hanrei Jihô, vol. 1243, p. 34 qui dénie l'effet de la résiliation du contrat, en signalant le défaut de renégociation sincère avant la résiliation. Voir aussi ISHIKAWA, *op. cit.*, vol. 118-4, pp. 592 et s.

33 Voir par exemple T. UCHIDA, *Minpô III* [Droit civil III] (University of Tokyo Press, 1996) pp. 108 et 112. Un cas typique est l'obligation de vie commune entre les époux. Voir Cour supr. 30 sept. 1940: Minshû, vol. 9, p. 926.

34 La loi prévoit une amende en cas de non-comparution sans motif légitime à la séance de médiation judiciaire (art. 34, loi de 1951 *précitée*; art. 27, loi de 1947 *précitée*). Mais, un tel traitement doit être compris comme une exception venant de la nature de cette institution judiciaire. L'exécution forcée d'un accord *privé* de médiation est autre chose.

compensation suivant les conditions de l'art. 415 du Code civil.³⁵ Toutefois, il peut être difficile d'établir la valeur vénale du dommage causé.

2. *L'accord intervenant au terme de la médiation*

A. *Possibilité de l'homologation de l'accord*

À la différence du procès-verbal dressé dans la médiation judiciaire et considéré comme titre exécutoire³⁶, l'accord intervenant au terme de la médiation en dehors des tribunaux reste un simple contrat de transaction.

Trois possibilités sont ouvertes aux parties désirant consolider cet accord.

D'abord, la partie réclamant un tel accord peut apporter l'affaire en procès afin d'en obtenir le titre exécutoire.³⁷ Cela peut être assez facile, quand l'autre partie ne s'y oppose pas et donne son acquiescement à la demande.³⁸ Mais quand l'autre partie résiste, on risque un procès susceptible de durer assez longtemps jusqu'à la dernière instance.

Le deuxième moyen est d'établir un acte notarié contenant la formule exécutoire. Mais son usage est limité aux obligations qui consistent en des prestations en espèces, choses fongibles ou valeurs mobilières.³⁹

Le troisième moyen est de présenter une requête en conciliation judiciaire devant le tribunal d'instance sommaire (*kan'i sanbansho*).⁴⁰ Bien que cette institution ait pour but originellement de concilier les parties avant l'introduction de l'instance,⁴¹ son usage est pratiquement limité à l'homologation de contrats de transaction déjà conclus en dehors de cette procédure.⁴² Ainsi, elle comble la lacune laissée par l'institution de l'acte notarié, en permettant aux parties l'homologation d'une transaction qui détermine la prestation en corps certain.

35 Selon l'interprétation dominante, le fait de l'inexécution, l'imputabilité et les dommages causés par l'inexécution (la causalité) sont les conditions générales exigées par art. 415. Voir UCHIDA, *op. cit.*, p. 116.

36 Les mentions du procès-verbal ont en principe la même valeur qu'un jugement irrévocable (art. 16, loi de 1951 *précitée*; art. 21, loi de 1947 *précitée*; art. 267, Code de proc. civ.). Sur la notion de jugement irrévocable, voir KOYAMA et KITAMURA, *op. cit.*, p. 267 note 6.

37 En droit japonais, l'existence d'une simple transaction ne fait pas obstacle au droit d'agir des parties, car elles ont intérêt à la rendre exécutoire.

38 Les mentions du procès-verbal constatant l'acquiescement à la demande ont la même valeur qu'un jugement irrévocable (art. 267, Code de proc. civ.).

39 Art. 22, Code d'exécution en matière civile [*Minji shikkô-hô*].

40 Art. 275, Code de proc. civ.

41 Sur le détail de cette procédure appelée « conciliation judiciaire avant l'introduction de l'instance [*kiso zen no wakai*] », voir KOYAMA et KITAMURA, *op. cit.*, pp. 267-268.

42 La doctrine critique cette pratique. Voir T. FUKAZAWA, Quelques problèmes autour de l'institution de *kiso zen no wakai*: C. SUZUKI et A. MIKADUKI (sous la dir. de), *Jitsumu minji soshô kôza* [Traité sur la pratique de la procédure civile] (*Nihon Hyôron-sha*, tome 2, 1969) p. 253.

En désirant activer davantage l'usage de la médiation, le *Rapport* propose quelques dispositions particulières pour faciliter l'exécution forcée d'accords issus de la médiation.

Selon sa proposition inspirée par le régime de notre nouveau Code d'arbitrage, la partie d'un tel accord peut demander un jugement sommaire (*kettei*)⁴³ permettant l'exécution forcée de l'accord, à condition

- (1) que l'acte constatant la transaction soit dressé sous l'autorité d'une institution qualifiée pour cela,
- (2) que l'acte contienne une formule par laquelle le débiteur déclare son acceptation à l'exécution forcée,
- (3) que l'accord constaté ne contienne rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs,
- (4) que l'accord soit exempt de tout vice de consentement et
- (5) que le litige réglé par l'accord soit susceptible de contrat de transaction.⁴⁴

Quant à la qualification de l'institution supposée dans (1) ci-dessus, le *Rapport* prévoit les conditions suivantes: que (i) l'ouverture et la clôture des procédures de médiation soient réglées avec précision et équité; que (ii) l'administration de l'institution, comme réceptions de requêtes, notifications aux parties, vérification de l'intention des parties, établissement des dossiers etc., soit exécutée avec précision et équité; que (iii) le règlement juste et clair sur la procédure, sur l'administration et sur l'organisation soit établi, de manière que les conditions (i) et (ii) soient assurées; et enfin que (iv) soient vérifiées justement et proprement par le médiateur, la conformité de l'accord à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la validité des consentements des parties sur lesquels l'accord se fonde, et la qualification de l'acte comme un titre exécutoire.⁴⁵

Les opinions sur ce point sont cependant partagées.⁴⁶ Au point de vue théorique, la critique est qu'il n'y a aucune raison qui permette un tel traitement préférentiel de l'accord résultant de la médiation par rapport à la simple transaction. Au point de vue pratique, il est signalé qu'il y a danger de «*fabrication grossière*» de titres exécutoires.⁴⁷ Par ailleurs, il est aussi soutenu que la qualification de l'institution est à la fois difficile et dangereuse, parce qu'elle risque de nuire à la nature volontaire et autonome des MARC, en provoquant la discrimination entre les institutions de premier ordre et de second ordre.⁴⁸

43 Ce jugement n'est susceptible que d'un recours spécial [*kôkoku*].

44 Voir *Rapport*, p. 46. Selon le *Rapport*, (1) et (2) sont considérées comme conditions positives, à la différence de (3), (4) et (5) qui sont des conditions négatives.

45 Voir *Rapport*, pp.41 et 46.

46 Voir *Rapport*, p. 47; *Opinion*, p. 9. Parmi les opinions données à la Commission, l'avis contraire était plutôt dominant.

47 Il est surtout craint qu'une telle disposition ouvre la voie aux sociétés mercantiles spécialisées dans le dressement de titres exécutoires avec la collaboration d'usuriers.

48 En fait, il y a une alternative pour vérifier la qualification: soit la constatation antérieure par

B. *Protection de la partie faible ?*

En l'état actuel du droit japonais, aucune mesure particulière n'est prévue pour la protection de la partie faible accordant une transaction issue de la médiation.⁴⁹ Les parties doivent donc recourir aux règles générales de la formation des contrats, comme l'erreur, la violence, le dol, l'obligation d'information⁵⁰ etc.

Le *Rapport* ne contient pas non plus de proposition sur le droit de résiliation ou de repentir. Une proposition soutenant une telle protection aurait posé ici la même question de la justification de la distinction entre un accord issu de la médiation et une simple transaction.

Par conséquent, la protection de la partie faible est confiée au droit commun et éventuellement aux dispositions sur la procédure de médiation (*infra* III. 2).

III. LA MEDIATION, MOYEN D'INSTAURER UNE JUSTICE PAR LE CONTRAT

1. *Légitimité de la privatisation de la justice*

Étant donné que, sur la base du principe de l'autonomie de la volonté, notre système juridique laisse largement les parties rechercher le règlement du litige à travers le contrat⁵¹, il est aussi légitime de les laisser chercher la solution à travers la médiation, tant que son usage est laissé à l'entière discrétion des parties.

En ce sens, il est essentiel, pour garantir la légitimité, d'assurer la libre décision des parties, si elles choisissent l'usage de la médiation au lieu du procès. Les parties ne doivent pas donc se voir imposer le recours à la voie de médiation, leur droit en justice étant empêché par des insuffisances du système judiciaire, telles que procédure trop longue et trop chère, résultats jamais prévisibles, etc. En d'autres termes, la légitimité de cette justice *privée*⁵² suppose que l'accès à la justice *judiciaire* soit bien assurée.⁵³

les autorités compétentes (ministre de la Justice etc.), soit la vérification postérieure par le juge chargé de l'exécution forcée (voir *Rapport*, pp. 76 et s.). La première méthode est préférable au point de vue pratique, puisqu'elle a l'avantage de la rapidité et de la prévisibilité. Mais en même temps, le risque qu'elle entraîne est plus grand que dans le cas de la seconde possibilité. Ainsi, les membres de la Commission d'étude des MARC ne sont pas non plus unanimes sur ce point. Voir par exemple le procès-verbal de la séance du 19 avril 2004.

49 La loi *précitée* sur les contrats conclus entre consommateur et professionnel ne prévoit pas la situation de médiation.

50 Sous les conditions strictement limitées, art. 4, al. 2, loi *précitée* sur les contrats conclus entre consommateur et professionnel donne au consommateur le droit de résiliation en cas de défaut d'obligation d'information de la part du professionnel.

51 C'est même la raison d'être du contrat de transaction.

52 On pourrait l'appeler la « justice *conciliatoire* » suivant le terme utilisé par Kitamura, voir I. KITAMURA, L'avenir de la « justice conciliatoire »: *L'avenir du droit – Mélanges François Terré*, Dalloz/PUF/Éd. Juris-classeur, 1999, pp. 801 et s.

53 Il est intéressant de noter que les rédacteurs du Code civil français avaient déjà pensé aux

Pour la même raison, si l'État recommande aux justiciables l'usage de la médiation, il doit à la fois en donner la justification suffisante et garantir que les solutions obtenues par la médiation ne dégèrent pas en justice de second ordre. Il en serait de même, à plus forte raison, si l'État ordonnait la médiation aux parties.⁵⁴

Dans ce contexte, il est intéressant que le *Rapport* propose d'introduire une disposition donnant à la requête de médiation hors des tribunaux l'effet de l'interruption de la prescription.⁵⁵ Selon cette proposition, l'instance est censée être introduite lors de la requête de médiation⁵⁶, à condition que cette instance soit introduite par le requérant de la médiation, soit au cours de la procédure de médiation, soit dans un certain délai⁵⁷ après la clôture de celle-ci. De même que pour le titre exécutoire, il est exigé, pour justifier un tel effet interruptif, la qualification de l'institution sous laquelle la médiation s'effectue. Les conditions de la qualification sont les mêmes que les (i) – (iii) que nous avons citées à l'égard du titre exécutoire (*supra* II. 2. A).⁵⁸

bases de la légitimité de la solution contractuelle. En effet, le tribun Albisson remarque dans son rapport au Tribunal l'importance de la facilité d'accès au droit, qui devait être réalisée par l'adoption du Code civil, comme la base de l'utilité du contrat de transaction (ALBISSON, Rapport fait au Tribunal dans la séance du 29 ventôse l'an 12: FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, tome 15, 1836, p. 114).

54 En ce sens, la tentative de conciliation par le juge au cours de l'instance est très problématique parce que, la tentative étant une mesure discrétionnaire pure et simple, les parties n'ont pas la possibilité d'y échapper. De là, le juge doit être soumis à certaines contraintes en tant que conciliateur. Sur la problématique en droit japonais, voir KAKIUCHI, *op. cit.*, pp. 755-761.

55 *Rapport*, pp. 40 et s.

Il s'agit ici de la médiation privée, car pour la médiation judiciaire, il existe déjà des dispositions donnant l'effet interruptif à la requête (art. 151, Code civil pour la conciliation judiciaire avant l'introduction de l'instance; art. 19, loi de 1951 précitée et art. 26, al. 2, loi de 1947 pour le *chôtei*. D'ailleurs, la jurisprudence applique l'art. 151, Code civil aussi au *chôtei* par l'extension analogique. Cour supr. 26 mars 1993: *Minshû*, vol. 47-4, p. 3201). Il en est de même pour quelques procédures de médiation para-judiciaire, comme la conciliation par la Commission d'aménagement sur les nuisances publiques [*Kôgai tô Chôsei Iinkai*] ou par les Comités départementaux d'examen sur les nuisances publiques [*Todôfuken Kôgai Shinsa-kai*] (art. 36-2, loi du 1^{er} juin 1970 sur le règlement des conflits en matière de nuisance publique [*Kôgai funsô shori-hô*]). La proposition du *Rapport* est inspirée par ce dernier exemple.

56 Selon art. 147, n° 1, Code civil, la prescription est interrompue par une demande en justice. Cette effet est produit lors de l'introduction de l'instance (art. 147, Code de proc. civ.). Il est à remarquer qu'en droit japonais, à la différence du droit français et sous l'influence du droit allemand, l'instance est introduite par le dépôt de la conclusion du demandeur au tribunal (*ibid.*, art. 133. Voir aussi art. 253, al. 5, *Zivilprozeßordnung*: „Die Klageschrift... sind bei dem Gericht schriftlich... einzureichen.“).

57 Quant à la longueur du délai, le *Rapport* suggère 30 jours comme un des choix (p. 41).

58 Tandis que la plupart des opinions données à la commission étaient favorables à la proposition, les avis étaient partagés sur la qualification des institutions pour les mêmes raisons que celles signalées à l'égard du titre exécutoire. Voir *Opinions*, p. 8.

L'introduction d'un tel traitement privilégié, s'il est réalisé, signifiera plus ou moins l'intégration de la médiation privée au système judiciaire de l'État et donc en même temps la privatisation de la justice.

2. Processualisation *du contrat* ?

Comme nous l'avons soutenu plus haut, si l'État désire promouvoir l'usage de la médiation, il s'impose de prendre soin d'en assurer la qualité. Par ailleurs, le règlement de conflit à travers la médiation est le fruit de la volonté des parties. De là se pose encore une question: comment et dans quelle mesure l'intervention de règles légales est-elle demandée et tolérée?

Ici encore, le point de départ serait le principe de l'autonomie de la volonté. Sauf élément contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les parties peuvent s'accorder sur tout ce qu'elles veulent, soit sur la procédure de médiation, soit sur la solution qui en résulte. Il serait bien exceptionnel qu'une disposition légale puisse ordonner un traitement quelconque contraire à ce que les parties aient explicitement accordé.

Cependant, comme nous l'avons déjà remarqué, on ne peut toujours s'attendre à l'existence d'un accord précis qui détermine tout ce qui est nécessaire à la procédure. S'il en est ainsi, ne serait-il pas très utile d'établir certaines règles comme lois dispositives ou supplétives ?⁵⁹ D'ailleurs, cela ne servirait-il pas aussi à guider les parties et les institutions rédigeant leurs contrats ou règlements?

Guidé apparemment par ces considérations et inspiré aussi de la Loi type de la CNUDCI adoptée en 2002,⁶⁰ le *Rapport* remarque l'utilité de telles règles, par exemple sur le début et la fin de la procédure, le nombre et la nomination des conciliateurs, la conduite de la conciliation, le mode de communication entre le conciliateur et les parties, la communication d'informations que le conciliateur a reçues d'une des parties, le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire, etc.⁶¹

Allant plus loin, le *Rapport* propose d'introduire quelques obligations pour le médiateur et l'institution. Premièrement, dès réception de la requête d'une partie, le fournisseur du service des MARC (le médiateur ou l'institution) doit informer le requérant des éléments substantiels du service offert.⁶² Deuxièmement, sauf convention contraire des parties, le fournisseur chargé de désigner un médiateur, qu'il s'agisse ou non de lui-même, doit informer le requérant de tous les faits qui pourraient faire douter de l'indépendance et de l'impartialité de ce médiateur potentiel.⁶³ Troisièmement, à défaut

59 Il est peut-être à regretter que la distinction entre la loi dispositive et la loi purement supplétive ne soit pas très connue chez nous.

60 Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale.

61 Voir *Rapport*, pp. 35-36; la loi type *précitée*, art. 4-8, 11 et 13. Les opinions étaient cependant plutôt négatives sur ce point.

62 *Rapport*, pp. 21-22.

63 *Rapport*, pp. 23-25.

de convention contraire ou de motif légitime, le fournisseur ne doit pas divulguer les secrets qu'il a pu connaître au cours du service des MARC.⁶⁴

Notons enfin qu'en dehors de ces obligations juridiques, le *Rapport* propose aussi d'introduire quelques obligations non juridiques mais seulement de nature instructive. Premièrement, le médiateur doit s'efforcer d'assurer l'administration impartiale de la procédure tout au cours de la médiation.⁶⁵ Deuxièmement, les institutions des MARC doivent s'efforcer de fournir certaines informations sur leurs activités de manière que les parties puissent choisir sans difficulté une procédure des MARC appropriée à leur conflit.⁶⁶ Troisièmement, l'institution des MARC doit s'efforcer d'assurer la compétence des médiateurs, en collaborant avec d'autres institutions s'il est nécessaire. De même, les médiateurs pratiquant par reprises doivent s'efforcer d'améliorer leur capacité pour le règlement de conflits.⁶⁷

IV. CONCLUSION

Nous avons vu que la médiation et le droit des contrats s'entrecroisent en deux points: lorsque l'accord des parties sert de fondement à la procédure de médiation et lorsque l'accord intervient au terme de la médiation.

Quant au premier accord, nous avons soutenu qu'on ne peut toujours s'attendre à un tel accord préliminaire et qu'il faut distinguer l'accord entre les deux parties et l'accord entre le médiateur et les parties. Pour la plupart des cas, ces accords ne se concrétisent qu'à mesure du déroulement de la procédure de médiation.

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.

Quant au deuxième accord, qui est indispensable pour la résolution de conflits par voie de médiation, il est surtout discuté de la possibilité de faciliter son exécution for-

64 *Rapport*, pp. 26-28.

65 *Rapport*, pp. 16-17.

66 *Rapport*, pp. 18-19. Quant au contenu des informations, il est prévu par exemple: types de conflits qui y sont traités, types de procédures offertes, dépenses prévues pour un cas typique, carrière et spécialisation des candidats-médiateurs, directeur de l'institution, résultats rendus jusqu'à présent.

67 *Rapport*, pp. 19-20.

La plupart des opinions reçues étaient favorables au contenu des obligations proposées. Il y a toutefois des critiques regardant ces « obligations » comme indignes d'être indiquées par la loi. Voir *Opinions*, pp. 5-7.

cée. 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 distinction entre un accord exécutoire et une simple transaction et pour prévenir les abus concevables.

La légitimité de la résolution de conflits par voie de médiation consiste en la libre décision des parties et suppose donc le libre accès à la justice *judiciaire*. Si l'État favorise l'usage de la médiation, il doit donc à la fois en donner la justification suffisante et garantir que les solutions obtenues par la médiation ne dégénèrent pas en justice de second ordre. Nous avons vu quelques propositions à cet effet. Ainsi, la promotion de la médiation s'accompagne de sa réglementation. Mais il faut noter que cette tendance ne peut aller sans limite, car elle risque de ruiner la nature volontaire de la médiation.⁶⁸

Toutes ces considérations sur la médiation exigent de nous la réflexion la plus scrupuleuse sur la nature et la raison d'être de la Justice. Le sujet est à la fois ancien et nouveau, car là, nous est posée la question de savoir comment constituer notre système juridique, et donc notre société.

Bien que notre essai ne présente qu'une esquisse de quelques aspects bien limités de cette problématique vaste et profonde, nous finissons cet article en espérant apporter une modeste contribution aux discussions.

SUMMARY

In contrast to judicial mediation (wakai and chôtei), which is already part of the Japanese legal tradition, non-judicial mediation is yet to be developed. The promotion of non-judicial mediation is one of the issues in the recent discussion on the reform of civil justice. Thus, the Consultation Group on ADR (ADR Kentô kai) was formed in 2002 under the Office for the Promotion of the Reform of the Judicial System (Shihô Seido Kaikaku Suishin Honbu). The report of this Consultation Group, published in 2003, shows the current state of the discussion on the regulation of non-judicial mediation.

Since the resolution of disputes by way of mediation is legitimated by the will of the parties, the agreements between them play an essential part in the process of mediation. In the mediation process, there are two areas on which the parties may come to an accord: one is the accord which determines the choice of the mediation procedure and its specific subject and the other is the accord which is made as the result of this mediation procedure.

Though the first accord does not necessarily precede the second, it will in any case be necessary to go into some questions such as its validity, its effects, etc. On the basis

68 Sur la légitimité de la promotion de la médiation par l'État, voir aussi S. KAKIUCHI, La promotion de la médiation par l'État: Y. HAYAKAWA / A. YAMADA / H. TAKAHASHI (sous la dir. de), *ADR no kihonteki shiza* [Points de vue fondamentaux sur les MARC] (*Fuma Shobô*, 2004) pp. 39 et s.

of the principle of the private autonomy of the parties, the validity of such an accord is acknowledged in Japanese law as long as it fulfills certain general conditions of an accord required by the Civil Code. Though the new Arbitration Law (Chûsai-hô, Law No. 138 of 2003) requires some additional conditions for an arbitration agreement, for example the requirement of a written form, these conditions are not applicable to an accord determining the use of mediation as this does not have the procedural effect of prohibiting the parties to file a suit. Also, the compulsory execution of this accord may not be allowed, because the voluntary character is essential for a mediation procedure. The only sanction against non-performance of this accord is the payment of damages caused by it.

As for the second accord, the main issue in the discussion is the possibility of facilitation of its compulsory execution. The report mentioned above suggests a new scheme in this regard. Such facilitation could favour the use of non-judicial mediation, but it presupposes a carefully regulated scheme so as to justify the distinction between executable accords and simple non-executable settlements and to avoid misuse of the compulsory execution. Opinions are divided on the question whether such facilitation is necessary.

Since the legitimacy of the dispute resolution by way of mediation consists in the free decision of the parties to use such a procedure, it is also necessary to guarantee access to the judicial procedure as an alternative. Thus, the promotion of mediation on the one hand needs sufficient justification for it and on the other hand a guarantee of the quality of solutions brought about by the mediation. The report mentioned above makes some propositions for this purpose, for example the introduction of some new duties for mediators. Therefore, the promotion of mediation goes along with its regulation. Such a tendency, however, should not go too far, because it (also) involves the risk of impairing the voluntary character of judicial mediation.

ZUSAMMENFASSUNG

Japan hat zwar eine lange Tradition verschiedener gerichtlicher Schlichtungsverfahren (wakai und chôtei), die außergerichtliche Streitbeilegung ist jedoch erst mit der jüngsten Justizreform ins Blickfeld gerückt. Um zu erreichen, daß von der Möglichkeit, Fälle im außergerichtlichen Schlichtungsverfahren beizulegen, zukünftig mehr Gebrauch gemacht wird, hat man im Jahre 2002 neben der Zentrale zur Förderung der Justizreform (Shihô Seido Kaikaku Suishin Honbu) einen speziellen Ausschuss zur Untersuchung der außergerichtlichen Streitbeilegung (ADR Kentô-kai) eingerichtet. Der im Jahr 2003 veröffentlichte Bericht des Ausschusses befürwortet eine neue gesetzliche Regelung zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung. Er gibt zudem einen umfassenden Überblick über die aktuelle Diskussion zur Regelung des außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens.

Da eine Konfliktlösung im Wege der Schlichtung auf dem Willen der Parteien beruht, spielen zwei Vereinbarungen zwischen ihnen eine wesentliche Rolle, zum einen die vor Beginn des Verfahrens getroffene Vereinbarung, die Wahl und Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens bestimmt, und zum anderen die Vereinbarung, die als Ergebnis dieses Verfahrens zustandekommt.

Obwohl man nicht immer davon ausgehen kann, dass die Parteien die erste Vereinbarung ausdrücklich treffen, müssen ihre Voraussetzungen und Wirkungen im einzelnen herausgearbeitet werden. Nach japanischem Zivilrecht, das den Grundsatz der Privatautonomie anerkennt, wird eine solche Vereinbarung als wirksam angesehen, wenn sie die allgemeinen Voraussetzungen einer Willenserklärung erfüllt und keine allgemeinen Nichtigkeitsgründe wie etwa Sittenwidrigkeit entgegenstehen. Weitere Voraussetzungen, z.B. das Erfordernis der Schriftform, das das neue Schiedsverfahrensgesetz (Chūsai-hō, Gesetz Nr. 138/2003) für die Schiedsvereinbarung eingeführt hat, finden keine analoge Anwendung, da eine Schlichtungsvereinbarung als solche - anders als eine Schiedsvereinbarung - kein Hindernis für die Erhebung einer gerichtlichen Klage darstellt. Eine Vereinbarung über die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens lässt sich auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen, denn der Zweck des Schlichtungsverfahrens ist gerade die Freiwilligkeit der Teilnahme. Die einzig vorstellbare Sanktion bei Nichterfüllung dieser Vereinbarung ist Schadensersatz.

In Bezug auf die zweite Vereinbarung, die das Ergebnis des Schlichtungsverfahrens festhält, wird vor allem über eine Vereinfachung der Zwangsvollstreckung auf der Grundlage dieser Einigung diskutiert. Der genannte Ausschussbericht empfiehlt diesbezüglich eine gesetzliche Regelung. Eine solche Regelung könnte in der Tat die Attraktivität der außergerichtlichen Schlichtung steigern, würde aber eine sehr sorgfältige Abfassung des Regelwerks voraussetzen, um einerseits die Unterscheidung zwischen vollstreckbaren Vereinbarungen und gewöhnlichen Vergleichen zu rechtfertigen und andererseits Missbräuche auszuschließen. Die Notwendigkeit einer solchen Regelung ist in Japan z. Zt. umstritten.

Da die Streitbeilegung im Wege der Schlichtung ihre Legitimität aus der freien Entscheidung der Parteien ableitet, ist es wesentlich, dass alternativ ein freier Zugang zur Konfliktlösung im Wege eines Prozesses gewährleistet bleibt. Die staatliche Förderung der Schlichtung bedarf also zum einen genügender Legitimation und zum anderen verfahrensmäßiger Garantien für die Qualität der in den Verfahren gefundenen Lösungen. Der genannte Bericht schlägt zu diesem Zweck u. a. die Einführung neuer gesetzlicher Pflichten für den Schlichter vor. Die Förderung der Schlichtung geht also mit ihrer Regulierung einher. Diese Tendenz darf aber nicht so weit gehen, dass sie den freiwilligen Charakter der Schlichtung beeinträchtigt.