

**LES MODES AMIABLES DE RESOLUTION
DES DIFFERENDS DANS L'EXERCICE DU
METIER TRADITIONNEL DE L'AVOCAT :
OBSTACLES ET PERSPECTIVES**



Renaud Arlabosse

DESU de droit et pratique de la médiation et de la négociation
en matière commerciale, économique et sociale

Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille

Année 2013/2014

Je tiens à remercier sincèrement Laurence BARADAT, Catherine POLI et Jacques SALZER et qui m'ont généreusement ouvert les portes de nouveaux mondes que je n'ai pas fini d'explorer...

Introduction

J'ai pris l'habitude de dire que je me suis intéressé à la médiation pour de mauvaises raisons.

Avocat depuis une quinzaine d'année, épris de contentieux, j'y voyais le moyen d'améliorer ma compréhension des mécanismes du conflit pour mieux en tirer parti contre mes futurs adversaires, animé que j'étais par une volonté sans faille de vouloir encore et toujours gagner !

C'est pétri de cette ambition que j'ai poussé la porte du centre qui devait me prodiguer la formation de base.

Pourtant mes premiers pas dans le monde de la médiation ou plus généralement dans celui des modes amiables de résolution des différends, m'ont mené là où mes certitudes n'avaient plus ni sens ni fondement, où les notions même de perdre ou de gagner n'avaient plus réellement de pertinence.

Envisager le conflit autrement au prix d'une véritable révolution culturelle, voici la démarche dans laquelle je suis désormais engagé et qui a justifié que je souhaite approfondir mon apprentissage au sein de ce programme universitaire ambitieux.

L'université a ses codes et ses exigences qu'il a fallu concilier, pour la plupart d'entre nous cette année, avec une activité professionnelle.

Et c'est pourquoi il nous a été permis, en lieu et place d'un rapport de stage qu'il n'était pas forcément possible d'effectuer, de proposer une analyse sur la manière dont les modes amiables de règlement de différends pouvaient s'intégrer dans notre pratique et comment ils pouvaient s'y développer.

C'est donc mon retour d'expérience au sein du Cabinet d'avocats que j'ai fondé avec mon associé en l'an 2000 que je vais analyser au sein de ce rapport.

Notre Cabinet, inscrit aux barreaux de Draguignan et de Toulon, est actuellement composé de deux associés fondateurs, Lionel ALVAREZ et moi-même, de deux avocats collaborateurs, d'un avocat/solicitor anglais en partenariat, et de trois assistantes.

Nous sommes généralistes avec toutefois une activité dominante en contentieux des affaires et nous avons toujours culturellement tenté de développer une approche négociée de nos dossiers, lorsque cela paraissait possible.

Je réalise aujourd'hui que l'intention était louable mais que l'on ne s'improvise pas négociateur, même si tout avocat qui se respecte pense l'être, du fait de ce seul état !

Mon intérêt pour les modes amiables de résolution des différends m'a donc conduit à essayer de les utiliser dans le cadre de ma pratique et je dois convenir que si le bilan est encourageant, il n'en demeure pas moins mitigé tant les obstacles à leur mise en place demeurent importants.

Ma réflexion consistera dès lors à analyser, au travers de mon expérience personnelle, comment les avocats traditionnels, et plus généralement le monde judiciaire que je côtoie, semblent appréhender les modes amiables de résolution des différends (MARD), en m'interrogeant sur les obstacles à leur développement et sur la manière dont le monde judiciaire pourra ou voudra se les approprier.

Il existe de nombreux obstacles au développement des modes amiables de résolution des différends qui peuvent être synthétisés en plusieurs catégories.

Manifestement, l'obstacle principal semble être culturel (1).

L'argument matériel et financier, même s'il doit être relativisé, reste un écueil encore fréquemment invoqué (2).

Enfin, il existe encore des obstacles d'ordre purement juridique (3).

I. Les obstacles culturels au développement des modes amiables de résolution des différends

J'entends par obstacles culturels une absence de pénétration de ces modes amiables de résolution des différends (MARD) au sein de notre société française dans toutes ses composantes.

Cela se traduit par une hostilité, ou dans le meilleur des cas, par une méconnaissance de ces outils (1.1) et par une mauvaise maîtrise des concepts et des acteurs (1.2).

1.1. D'une indifférence dédaigneuse à un intérêt réel mais encore fragile

Le « *temps des médiateurs* » (SIX 1990)¹, qui est annoncé depuis vingt ans, n'est pas encore advenu.

Et la question se pose de savoir pourquoi la médiation reste si peu utilisée en France par comparaison avec la masse des affaires en jugement, alors que tout le monde en parle et que toutes les organisations se dotent de médiateurs.

Je peux témoigner, dans le cadre de mon exercice professionnel, d'une évolution dans le discours au cours des quinze dernières années, qui est passé d'une indifférence dédaigneuse (1.1.1) à un intérêt réel mais encore fragile (1.1.2).

Il est intéressant d'analyser les raisons d'une telle évolution.

1.1.1. Le dédain traditionnellement affiché à l'égard des MARD

Jusqu'à présent, l'attitude dominante au sein des barreaux et de la magistrature consistait à dédaigner les modes amiables de résolution des différends considérés comme des pratiques douteuses aux mains d'utopistes à tendance hippie !

En effet, le simple fait d'afficher son intérêt pour les MARD jetait immédiatement sur l'avocat qui le revendiquait un voile de suspicion sur ses capacités et sur sa crédibilité professionnelles.

¹ Cité par PEKAR-LEMPEREUR SALZER COLSON in METHODE DE MEDIATION (Dunod)

Cet intérêt pouvait être compris dans certains cas, et exclusivement en matière familiale, domaine d'exercice qui, à tort ou à raison, n'est ou n'était pas considéré comme la matière juridique la plus noble ni la plus prestigieuse².

Je me suis posé la question de savoir pourquoi une telle attitude dominait dans le milieu, après avoir moi-même évolué sur le sujet...

Je pense que l'un des éléments de réponse réside dans le fait que, jusqu'à leur avènement (partiel et récent) dans notre droit positif³, personne ne considérait que les MARD étaient du Droit au sens où le juriste français peut l'entendre.

Comme l'a très bien dit Nathalie DION, la médiation, pour ne citer qu'elle, est « *métajuridique* »⁴.

Et en effet, longtemps la doctrine la plus autorisée, notamment le Doyen CARBONNIER, a méprisé les modes amiables de résolution des différends, y voyant « *une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, réconciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix* »⁵ !

Ainsi, l'analyse classique enseigne que les conflits sont réglés par le Juge qui tranche le différend par application du Droit.

Toute autre manière de faire est nécessairement considérée comme étant « hors-système », dans une autre sphère, dans un autre monde, sans existence dans ce système de valeur.

Au titre des conséquences directes de cette manière de penser, les MARD ne sont ou n'étaient traditionnellement pas enseignées dans les Facultés de Droit dont les élites, certaines destinées à l'appliquer, se perpétuaient dans leur ignorance.

Une autre raison de la résistance de la pénétration des MARD dans les milieux judiciaires et du dédain affiché, réside dans le phénomène classique de résistance au changement.

Cette résistance au changement s'illustre principalement par une crainte « d'atteinte à l'identité »⁶ et de perte de pouvoir.

² Certains praticiens, dans les couloirs du Palais, n'hésitant pas à qualifier le droit de la famille de « droit du bidet » !

³ Voir notamment L.n°95-125 du 8 févr.1995 ; L. n°2010-1609 du 22 déc.2010

⁴ Nathalie DION, « L'ESPRIT DE LA MEDIATION » - Gaz.Pal. 24.12.13 n°358, p.5

⁵ Cité par FOULON et STRICKLER dans Gaz.Pal. 03.09.13 n°246, p.8

⁶ Selon l'expression de Jacques SALZER

✓ *Du point de vue des magistrats*

Du point de vue du Magistrat, cela se traduit par la crainte d'une perte d'*imperium* ; sa fonction sociale pouvant être remise en cause s'il était relégué à un simple rôle d'homologation de l'accord des parties.

Ce sentiment est en outre accentué par un contexte extrêmement difficile en raison d'une part d'un manque de moyens pour assurer dignement son fonctionnement, et d'autre part, d'une évolution de la mentalité des justiciables, qui ne trouvent plus dans l'institution la fonction régulatrice qu'elle occupait auparavant en rendant Justice, ce qui lui fait perdre respect et autorité, dans l'opinion publique.

Daniel COQUEL, alors Président du Tribunal de Grande Instance du Mans, confirmait ce constat à l'occasion d'un colloque sur la médiation organisé par l'Université du Maine le 10 octobre 2013 en exprimant que *« les praticiens constatent que la justice classique ne donne pas de réponse satisfaisante à certains litiges parce que, trancher le litige n'apaise pas le conflit, gagner ou perdre engendre la confrontation, parce que la décision lorsqu'elle intervient est souvent déconnectée de la réalité vécue par les parties ou tout simplement parce que la saisine du juge est le marteau pour écraser la mouche. »*

Nous constatons également que la demande de justice reste immense alors que les moyens se raréfient. La solution à la surcharge des juridictions n'est pas que managériale, elle doit être recherchée également dans des modes de résolution amiable de certains différends ».

Comme pour faire écho à cette réflexion, Martine Comte, Premier Président de la Cour d'appel d'Orléans, précisait, lors de l'audience solennelle de rentrée 2013, *« qu'il n'était pas question de montrer une quelconque réticence au fait de trancher en droit et en fait des litiges, il est seulement question, en appliquant les règles de droit et notamment bien sûr celles d'ordre public, de favoriser des solutions négociées entre les parties sous le contrôle du juge ».*

On assiste donc là au dilemme du magistrat qui, tiraillé entre la nécessité d'alléger son office et soucieux de conserver son pouvoir, s'interroge sur le positionnement qu'il doit adopter à l'égard des modes amiables de résolution des différends.

L'expérience montre qu'actuellement, si par principe les juges se déclarent globalement favorables au recours aux MARD, dans la pratique ils ne l'ordonnent qu'assez rarement...

✓ *Du point de vue des avocats*

Du point de vue des avocats, le phénomène est encore plus sensible et il faut envisager ici deux hypothèses : celle de l'avocat accompagnant ses clients en médiation et celle de l'avocat médiateur.

L'avocat accompagnant ses clients en médiation :

« Dépossession du dossier, altération de l'identité de défenseur, dépréciation du rôle de sachant, préoccupation des intérêts financiers du client voire, souvent moins ouvertement assumée et pourtant tout aussi légitime dans son objet, crainte pour la survie économique d'une activité libérale, les arguments ne manquent pas lorsqu'il est question de balayer d'un revers de main – de manche – le recours à ce mode de règlement amiable »⁷.

En effet, traditionnellement les avocats sont formés pour répondre aux « demandes » de leurs clients et l'exercice consiste à qualifier ces demandes en droit et à déterminer la procédure et le fondement juridique susceptibles de les satisfaire.

Dans cette optique il est cohérent de penser que lorsque la demande est satisfaite, notamment par l'obtention d'un bon jugement, le client et son avocat ont gagné et la partie adverse a perdu.

Mais une analyse approfondie des mécanismes du conflit nous apprend que « la demande n'est pas le besoin »⁸.

Et très souvent, même lorsque l'on a obtenu une bonne décision judiciaire, celui qui en bénéficie n'est finalement pas satisfait, ce qui de prime abord peut apparaître comme un paradoxe.

En réalité, cette réaction est tout à fait logique dans la mesure où les véritables besoins n'ont pas été pris en considération ni satisfaits.

Bien plus, l'institution judiciaire n'a pas été pensée ni organisée pour les prendre en considération, ce qui, structurellement est créateur de frustration.

Cette prise de conscience, lorsqu'elle advient, impose à l'avocat de modifier totalement sa pratique et de s'engager dans une véritable révolution culturelle⁹.

En effet, à ce stade, le rôle de l'avocat devient compliqué car celui-ci est confronté à une difficulté : s'extraire du positionnement de son client en gardant présent à l'esprit que, même s'il cherche avec lui comment trouver un accord, sa mission reste avant tout, et exclusivement, de défendre ses intérêts.

L'avocat doit donc réussir, en se formant, à déterminer, compte tenu de la personnalité des protagonistes et des enjeux, si le litige est susceptible de relever de la médiation.

Cette exigence relève désormais de son devoir de conseil.

En premier lieu, c'est le rapport à soi qui doit être modifié.

⁷ Selon l'expression de Maître Laurent DURGEON, avocat au barreau de Rennes

⁸ Béatrice BLOHORN-BRENNEUR – « La médiation pour tous » - Médias et Médiation - 2013

⁹ Voir Julie MACFARLANE – « THE NEW LAWYER – How settlement is transforming the practice of law »

En effet, l'avocat désireux de travailler sur des modes amiables de résolution de différends ne peut plus se représenter a priori comme le bras armé du client¹⁰, au nom duquel il va porter le fer, mais plutôt, si l'on file la métaphore jusqu'au bout, comme son représentant diplomatique.

Ce qui n'exclut pas de garder présent à l'esprit que, si malgré tous les efforts déployés, la méthode amiable échoue, l'avocat agira de nouveau dans son cadre plus traditionnel, c'est à dire en s'adressant à Justice, mais certainement sur un mode plus argumentatif et moins agressif.

En second lieu, c'est le rapport aux autres qui doit également être modifié, et notamment les rapports avec le client, celui avec l'adversaire et son représentant.

Le contact avec le client doit en effet se modifier pour déterminer avec lui le besoin exprimé au travers de la demande brute, et cela nécessite d'écouter activement.¹¹

Or, traditionnellement l'avocat n'écoute pas réellement son client mais dirige l'entretien au moyen de questions sélectionnées en fonction de la demande et de la qualification juridique que l'avocat commence à pressentir.

La détermination des besoins nécessite un effort d'empathie que de nombreux professionnels ne sont pas en capacité ou n'ont pas la volonté de fournir.

Ainsi, la relation traditionnellement verticale et asymétrique, c'est-à-dire entre un avocat proactif détenteur du savoir et maître du dossier et un client passif à qui l'on demande de fournir des informations précises et d'attendre un résultat, doit se transformer en relation horizontale, sur un mode coopératif dans lequel l'avocat échange beaucoup plus avec le client.

Cela engendre d'importantes conséquences en termes de gestion du temps qui seront abordées ultérieurement, mais la médiation offre ainsi l'opportunité d'une pratique inédite et d'un nouveau rapport au client, enrichissant, fidélisant, valorisant.

Au-delà du rapport avec le client, le rapport avec l'autre partie et son représentant doit nécessairement évoluer.

Il s'agit là de modifier le « stéréotype de l'adversité », c'est-à-dire de transformer l'adversaire en contradicteur.

Les avocats n'ont généralement pas l'habitude de considérer la partie adverse et ne la rencontre que très rarement, parfois furtivement à l'audience ou au décours d'une expertise.

¹⁰ « Le guerrier du droit » selon Julie Macfarlane « rights or client warrior »

¹¹ Voir Jean ARTAUD « L'écoute - Attitudes et techniques »- Chronique sociale 2011

Nombreux sont ceux qui ne savent pas se comporter avec « l'adversaire » et l'on assiste à toutes les palettes possibles de comportements : froide ignorance, neutralité embarrassée, ironie blessante ou agression verbale brutale...

Et quand on ne le rencontre pas, « l'adversaire » reste une abstraction, un nom couché sur le papier des actes judiciaires, que l'on peut malmener sans scrupule puisqu'il est totalement désincarné.

Dans une moindre mesure, toutes ces attitudes se retrouvent sur un mode minoré avec le représentant de l'adversaire, généralement l'avocat adverse, à la différence près que l'avocat adverse reste un confrère que la déontologie nous apprend à ne pas assimiler à son client, et avec qui on reste forcé d'avoir des relations professionnelles, ce qui impose de maintenir un canal de communication minimum¹².

Or, plus que jamais, l'avocat doit apprendre à considérer son contradicteur avec respect et appliquer une règle de base en négociation : dissocier les questions de personnes des questions d'intérêts.

Il faut être aussi souple sur la relation que l'on est ferme sur ses intérêts !

Et cette règle n'est absolument pas dictée par une injonction morale ou humaniste bienveillante mais bien parce qu'elle a fait la preuve de son efficacité pour la défense des intérêts du client qui nous sont confiés.

Il s'agit d'une attitude pragmatique pure et dure.

Objectivement, il n'y a aucune raison de déconsidérer, a priori, l'adversaire qui a le même droit légitime à être entendu et défendu que notre client, et qui, dans d'autres circonstances, aurait même pu être notre client !

En outre, on défend d'autant mieux les intérêts qui nous sont confiés que l'on comprend bien ceux de notre contradicteur.

L'expérience démontre que, contrairement à une idée reçue, si les demandes sont souvent antagonistes, les besoins ou les intérêts qui les sous-tendent ne le sont pas¹³ ce qui peut favoriser la conclusion d'un accord.

Et si d'aventure les besoins et les intérêts sont réellement antagonistes, on peut d'autant mieux argumenter dans l'intérêt de notre client que l'on comprend intimement les fondements de la position du contradicteur et qu'on ne les assimile pas à sa personne.

En troisième lieu, c'est le rapport au temps qui doit être totalement modifié.

¹² Un bon mot en vogue dans les barreaux définit la confraternité comme « une haine vigilante » selon l'expression attribuée à Carmen TESSIER !

¹³ Le lecteur pourra se reporter utilement à la « parabole de l'orange » sur ce point.

L'avocat exerçant au contentieux ne maîtrise pas totalement son emploi du temps qui est rythmé par les dates imposées par les juridictions (audience, injonctions de conclure, ordonnances de clôture etc..).

Dans les espaces de temps restant entre ces dates imposées, l'avocat doit recevoir ses clients, participer à des expertises, rédiger tous les actes imposés par les procédures judiciaires dont il a la charge, et gérer son Cabinet comme une entreprise...

Traditionnellement, la proportion de temps passé (souvent perdu) aux audiences est la plus importante, celle passée à « gérer » les dossiers et à rédiger les actes est la plus productive et arrive généralement en seconde position, le temps passé par client est minime, généralement 15 à 20 minutes par entretien, et le temps restant, lorsqu'il en reste, sert à gérer le Cabinet.

Traditionnellement l'avocat essaye même de limiter au maximum les contacts avec ses clients car il considère les entretiens comme une perte de temps une fois qu'il a recueilli toutes les informations dont il estime avoir besoin...

Et à l'inverse, les clients tentent à toute force d'entrer le plus souvent possible en contact avec leur avocat, ce qui en réalité traduit l'expression d'un besoin non satisfait qui n'a pas été exploré.

Enfin, le temps judiciaire n'impose pas seulement sa loi aux avocats mais également aux parties qui doivent souvent attendre plusieurs mois, et souvent plusieurs années, avant de voir leur affaire jugée !

En travaillant en mode amiable de résolution des différends, la répartition du temps est bouleversée.

En effet, le temps le plus important doit être celui consacré en entretien avec le client, ce qui implique des rendez-vous non pas de 15 à 20 minutes mais plutôt d'une heure ou deux.

Ces rendez-vous, comme il l'a été expliqué, ne sont pas simplement informatifs mais doivent permettre d'explorer les véritables besoins et intérêts du client, et de lui permettre de déterminer la manière dont il voudrait les satisfaire, dans l'idéal, sur un mode collaboratif.

L'expérience enseigne que, lorsque ces entretiens sont bien menés, le client est satisfait et, sous réserve d'être tenu régulièrement informé des suites, ne sollicite plus l'avocat de manière intempestive.

Ensuite, si le dossier évolue clairement sur un mode négocié, la phase de rédaction des actes judiciaires n'existe plus et est remplacée par du temps de préparation et de réunion de négociation.

Au final c'est souvent le même temps qui est consacré au dossier mais réparti de manière différente, et ce temps est de meilleure qualité et a une plus forte valeur ajoutée.

Et en cas d'accord, la situation conflictuelle se trouve réglée dans des conditions satisfaisantes pour les deux parties, en quelques semaines au lieu de quelques années !

L'avocat médiateur :

Il n'est pas surprenant de constater que de plus en plus de médiateurs sont par ailleurs avocats (ou inversement que de plus en plus d'avocats aspirent à devenir médiateur).

En effet, l'avocat est formé à la culture du conflit ; sa déontologie lui permet de se prévaloir d'un sens exacerbé de la confidentialité et de l'indépendance ; autant de prérequis qui pourraient potentiellement faire de lui un bon médiateur.

Cependant, cela ne suffit pas et « *l'avocat qui délaisse sa posture ordinaire pour adopter celle de médiateur se heurte à la difficulté d'une écoute empathique, authentique, sans projection ni paravent technique, sans analyse catégorielle ni attitude de sachant, ce qui en d'autres circonstances fait de lui un professionnel reconnu* ». ¹⁴

Comme n'importe quel autre médiateur, il devient garant du processus et uniquement de cela, ce qui lui impose d'apprendre la neutralité et l'impartialité ; deux notions qui sont en revanche en opposition avec sa culture professionnelle traditionnelle.

Rappelons que l'impartialité est une notion qui se rapporte aux personnes, et qui, pour dire les choses simplement, impose au médiateur de se garder de toute préférence à l'égard des parties.

La neutralité se rapporte quant à elle au contenu, et impose au médiateur de ne pas avoir d'intérêts personnels dans la situation, de ne pas prendre position et d'éviter de proposer ou d'influencer les solutions.

Or, dans son rôle traditionnel, l'avocat n'est pas impartial puisqu'il défend spécifiquement un client, et il n'est pas neutre car il prend évidemment position sur le contenu pour favoriser une solution conforme aux seuls intérêts de son client.

Ce positionnement ne s'acquiert qu'au prix d'une maîtrise du processus, des outils du médiateur (écoute, questionnement, reformulation), mais également d'un travail sur soi, comme il l'a été dit plus haut, d'analyse de pratique et de supervision.

L'avocat qui veut devenir médiateur doit donc avoir l'humilité, peut-être plus que quiconque, d'accepter de se former correctement.

Je voudrais ici livrer un témoignage sur la difficulté de trouver le bon positionnement.

¹⁴ Selon l'expression de Maître Laurent DRUGEON, avocat au barreau de Rennes, Président de l'Agence Régionale de Médiation Entreprises du Grand Ouest (ARMEGO)

J'ai été contacté par trois médecins, à la fois associés dans une société de moyens et dans une société civile immobilière propriétaire des locaux professionnels dans lesquels ils exerçaient en commun.

Il s'avère que par le passé, j'avais été l'avocat de leur société civile de moyens, et j'avais également été l'avocat personnel de chacun de ses médecins, situation qui était connue de tous.

Chacun à tour de rôle m'a contacté, sans que les autres associés ne le sachent, pour se plaindre d'une dégradation importante de leur relation professionnelle et de la difficulté qu'ils avaient à continuer à travailler ensemble.

Je leur ai parlé de la médiation ; ils ont été d'accord pour engager ce processus si j'acceptais d'être le médiateur car ils me faisaient tous confiance.

J'ai estimé que les conditions de mon intervention dans ce cadre étaient réunies après avoir analysé précisément mon positionnement en termes de neutralité et d'impartialité.

Mais la situation m'a tout de même parue inédite car, si pense avoir correctement maîtrisé le processus et leur avoir expliqué dans quel cadre j'intervenais, tous ont naturellement attendu de moi que je les aide à déterminer les sujets d'ordre juridique dont il faudrait nécessairement débattre et qu'eux-mêmes ne pouvaient pas imaginer ; et tous ont attendu de moi que je les aide à élaborer des pistes de solutions, ou que je réponde à des questions d'ordre juridique pour leur permettre d'élaborer des pistes de solution.

Et bien évidemment, il aurait été totalement impossible que je me retranche derrière un concept abstrait de neutralité pour leur refuser mon assistance à ce moment précis.

Dans leur esprit j'étais leur médiateur, et j'étais leur avocat...

Je me suis donc trouvé clairement en position de médiateur et de conseil, sans que cela nuise au bon déroulement du processus qui a finalement abouti à la signature d'un accord de médiation !

Je me suis ensuite livré à une analyse de cette pratique.

Du point de vue de la pureté des principes, le concept de neutralité aurait peut-être dû me dissuader d'intervenir puisque je savais que chacun des trois médecins me considérait comme son avocat, ce qui aurait pu me conduire à leur proposer un autre médiateur.

Mais ils m'avaient fait comprendre qu'ils n'engageraient certainement pas le processus de médiation avec quelqu'un d'autre que moi, le rapport de confiance étant déjà établi depuis longtemps.

Par ailleurs, en ma qualité d'avocat, je risquais, sans que cela ne puisse être su d'avance, de me trouver en position de conflit d'intérêts.

Mais ces écueils ont été évités car nous avons pu en débattre clairement et que j'ai expliqué à chacun quel était mon positionnement dans ce processus, ce qui a été compris et a permis d'avancer.

J'ai par ailleurs trouvé dans la littérature une allusion au concept de « médiateur-aviseur » par opposition au « médiateur-accoucheur » qui prend une part plus active dans la phase de recherche des solutions en ne s'interdisant pas de faire des suggestions¹⁵.

Le risque, dans ce positionnement, est de se substituer aux parties dans la recherche de solutions et de leur imposer des pistes de réflexion qui seront d'autant moins satisfaisantes qu'elles n'auront pas été amenées par les médiés eux-mêmes.

Mais avoir clairement conscience de ce risque permet déjà de le limiter, et il est des moments où le processus de médiation stagne et peut être relancé par une suggestion du médiateur.

Tout l'art sera alors de suggérer sans imposer ni influencer de manière à ce que les participants adoptent l'idée et l'éprouvent par eux-mêmes.

J'ai tiré de cette expérience un enseignement.

Nul ne devrait conduire une médiation sans maîtriser le processus de base qui est un socle commun en dehors duquel le système ne peut pas fonctionner.

Mais par ailleurs, cette matière s'accommode mal d'un cadre qui serait trop rigide et exige une adaptation permanente en fonction des circonstances¹⁶.

Cette expérience m'a permis de conclure que si l'esprit de la médiation doit être inconditionnellement respecté, en revanche la lettre doit pouvoir être adaptée en fonction des circonstances.

On comprend, à l'issue de ce constat, que selon une expression à la mode dans les milieux politiques et les médias, l'avocat qui veut comprendre le monde des MARD doit totalement changer de « logiciel » et que cela impose des efforts personnels et collectifs extrêmement importants tant il est vrai que certains peuvent avoir le sentiment, à l'instar des magistrats, de perdre en autorité ou de renier leur fonction traditionnelle.

Et ceci s'applique également aux clients dont la mentalité traditionnelle reste un obstacle au développement des MARD.

¹⁵ Alain Pekar Lempereur, Aurélien Colson, Jacques Salzer – « Méthode de médiation – Au cœur de la conciliation », Collection: Stratégies et Management, Dunod 2008

¹⁶ Ne nous apprend-on pas en formation à « sortir des cadres » ; conseil qui doit aussi pouvoir s'appliquer à la médiation !

✓ *Du point de vue des clients*

En effet, du point de vue du client ou du mandant, les modes alternatifs de résolution de différends ne sont généralement pas, ou mal connus.

Cela implique donc, de prime abord, un effort pédagogique important pour faire une présentation précise de toutes les solutions envisageable adaptées aux cas particuliers.

La première réaction généralement constatée se traduit par un intérêt certain, chacun se déclarant très favorable à la discussion, immédiatement suivi d'une restriction liée à la personnalité de l'autre « qui n'acceptera jamais » et avec qui, de toutes les manières « il est impossible de parler et qui ne voudra pas faire la moindre concession » !

Puis, assez rapidement sont avancés des obstacles d'ordre matériel, mais nous y reviendrons lorsque nous aborderons le thème plus général des obstacles d'ordre économique au développement des MARD.

A l'analyse, ce qui sous-tend ce type de réaction est plus profond.

D'une part, il semble que tous ne soient pas prêts à assumer l'investissement personnel qu'implique de travailler sur un mode de résolution amiable des différends.

Il est évident que le succès du processus repose sur une implication profonde et loyale des participants qui doivent « donner de leur personne » si elles ont la volonté d'aboutir.

Et l'un des objectifs consiste à rendre à chacun une autonomie de décision et de reprendre le contrôle de la situation plutôt que de se laisser dicter une solution imposée par un tiers qui peut être un juge ou un arbitre par exemple.

En quelque sorte, il s'agit de reconquérir un part de liberté¹⁷.

Or, on constate très souvent que les clients ne sont pas prêts à s'engager dans cette voie et qu'ils n'ont aucune volonté de conquérir une nouvelle part de liberté ou d'autonomie soit parce que cela leur demande des efforts qu'ils ne veulent ou ne peuvent pas fournir, soit parce que cela pourrait remettre en question des équilibres qu'ils ne veulent pas bouleverser, soit parce que cela pourrait les confronter à des vérités qu'ils ne souhaitent pas affronter.

Beaucoup préfèrent donc se laisser guider purement et simplement par leur avocat et attendre une décision qui leur sera finalement imposée.

¹⁷ Laurence BARADAT enseigne quant à elle que le processus de médiation conduit également à travailler sur le plan du développement personnel des participants, notamment en termes d'autonomisation

Cette attitude ne doit pas être blâmée.

Les chantres des MARD pourraient en effet ne pas comprendre que certains préfèrent le confort de la « servitude » à la possibilité de s'émanciper et de reprendre le contrôle d'une situation.

Mais outre qu'il convient d'accueillir inconditionnellement chacun tel qu'il est et de ne pas imposer ses propres options, le rôle de l'avocat, dans ce contexte, consiste à expliquer et finalement à proposer ce qui lui paraît être le plus conforme aux intérêts du client, en prenant en considération tous les paramètres.

Ceci me paraît être une obligation de conseil de résultat.

Contrairement à ce que certains praticiens peuvent soutenir, les MARD ne s'adaptent pas à toutes les situations et doivent donc être envisagées comme une voie parmi les autres.

D'autre part, au-delà de cet aspect psychologique, une autre objection courante consiste dans le fait que la plupart de ceux à qui l'on propose de travailler sur la résolution du conflit restent sceptiques sur l'efficacité du processus et ne souhaitent donc pas s'y engager s'ils pensent que cela n'aboutira à rien de positif.

Face à ce scepticisme, j'ai pris le parti de transposer à la situation le fameux pari de Pascal.

J'explique généralement que le fait de s'engager dans un mode amiable de résolution des différends ne peut jamais porter préjudice puisque la situation restera de toutes les manières la même en cas d'échec, et que la solution traditionnelle qui consiste à s'adresser à Justice restera ouverte exactement dans les mêmes conditions.¹⁸

Le seul risque consiste donc à « perdre » un peu de temps et à engager des frais liés à l'organisation du mode de résolution de conflit choisi.

Mais ce temps et cet argent investis ne sont jamais perdus car ils permettront dans la pire des hypothèses de mieux comprendre la situation et de préparer le dossier.

Et surtout, en cas de succès du processus, le différend aura été purgé dans des conditions satisfaisantes pour chacun, à tous niveaux.

Voici en synthèse certaines raisons rencontrées qui entravent le développement des MARD au sein de la pratique judiciaire française actuelle.

¹⁸ Surtout depuis que le recours aux MARD suspend le cours de la prescription

Ces raisons ne semblent pas totalement insurmontables et il est permis de penser que les MARD deviennent à la mode et commencent à trouver un écho dans la pratique.

1.1.2. Un intérêt réel pour les MARD mais qui reste fragile

Après avoir été longtemps ignorés de notre droit positif, les MARD semblent être devenus une priorité depuis quelques années pour le législateur interne et européen qui lui ont consacré de nombreux textes.

C'est ainsi que les MARD, qui nous l'avons dit, déploient un rayonnement pluridisciplinaire (communication, psychologie etc...), ont fini par s'incarner dans une matérialité juridique.

En effet, la Loi n° 95-125, 8 févr. 1995¹⁹ relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative a introduit dans son Titre II les fondements de la médiation judiciaire.

Ce texte a été suivi, treize ans après, d'une Directive européenne n° 2008/52/CE, du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, qui a réaffirmé la médiation comme une voie essentielle de résolution des conflits.

En 2010 est intervenue la Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires qui a introduit en droit positif français la procédure participative²⁰.

Enfin, l'ordonnance du 16 novembre 2011²¹ portant transposition de la directive et le décret d'application du 20 janvier 2012²² ont fini d'instituer un cadre général applicable aux médiations judiciaires et conventionnelles.

Aucun autre pays ne semble avoir autant légiféré sur la question dernièrement.

Cela traduit incontestablement un intérêt pour les MARD qui ne peut qu'être constaté.

Cette production législative a, par un effet mécanique d'entraînement, incité les Universités à étudier et commenter ces textes, et, en fonction des axes de développement de chacune, à créer des enseignements spécifiques qui restent cependant encore rares à l'échelon national.

¹⁹ JO 9 févr. 1995

²⁰ Articles 2064 et suivants du code civil

²¹ Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 (JO 17 nov. 2011, p. 19286) portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 (JO UE 25 mai 2008, n° 136/3) sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

²² D. n° 2012-66, 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends : JO 22 janv. 2012, p. 1280.

Ainsi, on peut encore mesurer l'intérêt suscité par les MARD, lorsqu'un institut aussi prestigieux que l'IDA²³ à Aix en Provence ou encore la Faculté de Droit de Nice sous la direction du Professeur FRICERO qui est l'un des meilleurs spécialistes français en droit processuel, décident d'y consacrer un enseignement spécifique sanctionné par un diplôme.

Par ailleurs, le fait que les MARD investissent publiquement le champ du droit économique et des affaires contribue à les valoriser en les positionnant désormais également dans la sphère des matières les plus valorisées ou les plus valorisantes.

De même, on assiste au développement de nombreux colloques et numéros spéciaux de revues spécialisées dédiés à la thématique, ou d'offres de formations dans le cadre de l'obligation de formation continue de avocats, notamment.

Le Conseil National des Barreaux, qui est l'organe représentatif de la profession d'avocats à l'échelon national, s'est également doté d'une commission de réflexion sur les MARD et a récemment adopté le principe d'une mention de spécialisation dans la matière, qui, à ce jour cependant, ne semble pas avoir été définitivement entérinée par la Chancellerie et qui n'est donc pas entrée en vigueur.

Tout ceci contribue à restituer aux MARD, jusqu'ici en déficit d'image aux yeux des praticiens, leurs lettres de noblesse et les incite à s'y intéresser.

L'intérêt devient donc réel.

Il reste pourtant fragile et l'on peut s'interroger sur les causes de cette fragilité.

Un des éléments de réponse réside indéniablement dans le fait que la matière est encore mal conceptualisée et que sa pratique n'est pas encore parvenue à maturité.

1.2. Une mauvaise maîtrise des concepts et des acteurs

Il est frappant de constater dans la littérature et dans les textes législatifs, qu'il n'existe pas de consensus sur les définitions et sur les concepts liés aux modes amiables de résolution des différends, ce qui concourt évidemment à leur fragilisation.

En effet, comment envisager de recourir à quelque chose que l'on conceptualise mal ?

Il semble donc indispensable de proposer quelques éléments de définition.

Par ailleurs, et dans la même logique, on ne peut faire l'économie d'une réflexion sur les acteurs du monde des modes amiables de résolution des différends, ce qui pose, au final, la question de la légitimité et possiblement du statut.

²³ Institut de Droit des Affaires

1.2.1. Éléments de définitions

✓ Modes Amiables de Résolution des Différends (MARD) :

Cette appellation générique elle-même ne fait pas l'unanimité !

En effet, en France, c'est traditionnellement l'expression Modes Alternatifs de Règlements des Conflits ou MARC, qui a jusqu'à présent prévalu, mais le terme « alternatif » est discutable puisqu'il se place en opposition à un autre système, non identifié dans la définition (généralement le système judiciaire) et ne renseigne aucunement en lui-même sur la méthode, contrairement à « amiable ».

Quant au terme « conflit », il positionne déjà la dégradation de la relation entre les personnes concernées à un niveau élevé alors que celui de « différend » a l'ambition d'intervenir plus en amont, indiquant en cela que les chances de succès du processus seront d'autant plus grandes que celui-ci aura commencé à un moment où la relation n'aura pas été définitivement abîmée.

Cette expression « Modes Amiables de Résolution des Différends » (MARD), qui est celle que je souhaite donc retenir, est issue d'une réflexion européenne qui semble le mieux définir le courant de pensée qui propose de traiter les oppositions d'intérêts sur un mode pacifié.

Les québécois, quant à eux, parlent désormais de « Modes Appropriés de Résolution des Différends ».

Ceci exposé, il convient de s'interroger sur ce que recouvre la notion de Mode Amiable de Résolution des Différends.

Les modes amiables de résolution des différends ou *MARD* se rapportent aux processus et aux techniques de résolution de conflits en dehors des procédures juridiques sous autorité étatique ou non.

Il en existe plusieurs dont la négociation, l'approche collaborative, la procédure participative, la conciliation et la médiation.

Certains auteurs sont tentés d'inclure dans la liste l'arbitrage, ce qui, de notre point de vue, est une erreur dans la mesure où l'arbitrage est un système de Justice privée, les parties décidant de faire juger le litige par un tiers qui seul prendra la décision au terme d'une sentence qui sera exécutoire et s'imposera au même titre qu'un jugement.

Alors que par nature, dans le cadre d'un mode amiable de règlement des différends, aucun tiers ne peut imposer une solution contraignante aux parties, seule leur liberté et l'autonomie de leur volonté devant prévaloir.

Il est primordial de comprendre que tous ces modes amiables, s'ils ont chacun des caractéristiques spécifiques, ont un socle commun basé sur une technique de résolution des différends, qui a notamment été conceptualisée par le Professeur Thomas FIUTAK et dont le principe consiste à dépasser la notion de position, qui correspond à la demande brute, pour déterminer les intérêts sous-jacents, qui reflètent les besoins véritables²⁴.

Ainsi, les praticiens formés à la maîtrise de cette technique de « gestion des conflits » pourront, sous réserve de certaines adaptations relativement mineures, intervenir indifféremment dans tous les modes amiables de résolution des différends qu'il convient maintenant de préciser.

✓ La négociation

La négociation se définit généralement comme l'action d'engager des discussions ou pourparlers entre personnes en vue d'aboutir à un accord sur les problèmes posés.

Envisagée du point de vue des modes amiables de résolution des différends, c'est le concept de négociation raisonnée issu des travaux du « Program on Negotiation » de l'Université de HARVARD qui est envisagé, dans la mesure où il favorise la recherche d'accords mutuellement satisfaisants en opposition à des accords contraints²⁵.

✓ L'approche collaborative

L'approche collaborative est un concept qui a été imaginé par un avocat américain, Stuart WEBB dans les années 1990, et qui consiste dans l'encadrement d'une négociation entre les parties, sur des bases raisonnées, tout en préservant les relations clients-avocat.

C'est « une pratique du droit utilisant la négociation sur la base d'intérêts où les avocats sont engagés pour aider les parties à conclure une entente mutuellement acceptable. Les avocats et les parties signent un contrat stipulant leur consentement à ne pas aller devant les Tribunaux. Les parties et les avocats travaillent en équipe »²⁶.

Le processus collaboratif repose sur les principes suivants :

- Un travail en équipe entre tous les protagonistes
- La recherche de bonne foi de solutions satisfaisantes pour toutes les parties hors cadre judiciaire
- Une confidentialité renforcée
- L'engagement par les avocats de se déporter en cas d'échec du processus

²⁴ Voir notamment Thomas FIUTAK, « Le médiateur dans l'arène. Réflexion sur l'art de la médiation », Coll.Trajets (ERES 2011)

²⁵ Négociation sur intérêts en opposition à la négociation sur positions

²⁶ Définition de Maître Nathalie TISSEYRE-BOINET

En tant que tel, le droit collaboratif n'existe pas en droit positif français (ni dans d'autres droits nationaux à notre connaissance) mais la méthode peut parfaitement être utilisée dans un cadre strictement conventionnel, sous réserve que les praticiens y soient correctement formés.

✓ La procédure participative

La procédure participative est une convention formulée par écrit, conclue pour une durée déterminée, par toute personne assistée de son avocat, par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur litige²⁷.

Elle a été introduite en droit positif français par la Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 qui a créé un titre XVII dans le Livre III du Code civil, dénommé "De la convention de procédure participative", articles 2062 et suivants.

D'aucun s'accorde pour considérer que la procédure participative a été une manière d'introduire le droit collaboratif dans le corpus législatif français.

L'avis mérite d'être nuancé.

Si le but de la procédure participative est incontestablement le même que celui de l'approche collaborative à l'échelle des parties, c'est-à-dire œuvrer de bonne foi à la résolution amiable du litige, en revanche, à l'échelle du système, la méthode est beaucoup plus contraignante et encadrée, et finit par aboutir à une mise en état contractualisée du procès en cas d'échec du processus.

Le poids de l'institution judiciaire se fait donc sentir en filigrane dans le déroulement d'une procédure participative qui, comme son nom l'indique, ne parvient pas à se détacher totalement de la notion de « procédure ».

Autre différence notable avec le processus collaboratif, les avocats engagés dans le cadre d'une procédure participative ne sont pas contraints de se déporter en cas d'échec des discussions²⁸.

✓ La Conciliation :

La conciliation consiste dans le recours à un tiers, ayant généralement le statut de conciliateur de justice, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou en dehors d'une procédure judiciaire, le rôle du conciliateur étant d'écouter les parties et de leur faire une proposition de règlement du différend.

²⁷ Dictionnaire du droit privé de Serge BRAUDO

²⁸ Les purs tenants d'une approche collaborative critiquent cette possibilité de maintien qui, selon eux, n'inciterait pas les avocats à faire de leur mieux pour aboutir à un accord. Mais, outre que d'autres pensent que ceci n'empêche pas cela, l'argument économique l'a emporté, le législateur ayant considéré qu'aucun avocat ne s'engagerait dans une procédure participative susceptible de lui faire abandonner son client (et les honoraires qui vont avec !...)

Le conciliateur n'a aucun pouvoir de contrainte. Il aide à trouver une solution de compromis respectant les intérêts de chacun. Il doit normalement arriver à un résultat ; sa mission est d'obtenir et d'attester le règlement à l'amiable des conflits qui lui sont soumis.

✓ La médiation :

Il existe différentes définitions de la médiation.

Celle que j'ai adoptée résulte de la réflexion menée en commun cette année (2013/2014) au sein du DESU ; elle me paraît être la plus pertinente et est la suivante :

- « *La médiation est un processus coopératif, structuré et volontaire, qui, avec l'aide d'un tiers neutre, impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel ou consultatif, appelé médiateur, favorise, par des entretiens confidentiels, l'établissement ou le rétablissement de la relation, la prévention ou le règlement par les parties elles-mêmes, d'un différend* ».

Ces différentes définitions permettent déjà d'entrevoir la richesse des solutions proposées susceptibles d'être adaptées à chaque situation particulière.

Mais une fois le processus adéquat identifié, se pose inévitablement la question de la personne à qui l'on doit s'adresser, ce qui est plus particulièrement vrai pour la médiation.

1.2.2. La problématique des acteurs du monde des modes amiables de résolution des différends

La question est loin d'être anodine ; en effet un des obstacles majeur au développement des MARD réside dans la formation et la qualification de ceux qui les pratiquent d'une part, et dans l'absence d'un réseau structuré susceptible d'offrir de solides garanties au public, d'autre part.

Elle est plus ou moins sensible en fonction du processus en question.

En matière de négociation par exemple, les entreprises ont généralement recours, en première intention, à leurs ressources internes de telle sorte que la qualité du négociateur est connue et généralement maîtrisée.

Ce n'est qu'en cas de difficultés ou de négociations complexes et difficiles que le recours à des compétences externes est envisagé et que la question du choix et de la qualification se pose²⁹.

²⁹ Voir Etude FIDAL (Isabelle VAUGON) sur la gestion optimisée des litiges (p.19).

On retrouve ici toutes sortes de profils, commerciaux, experts, conseils, coaches, avocats, médiateurs... et ce sont les qualités et talents de chacun qui favoriseront ou non la conclusion d'un accord s'il est possible.

L'intervention du tiers négociateur se situe clairement dans le cadre d'une obligation de moyens.

La question de la reconnaissance et de la qualification est plus aigüe selon moi en matière d'approche collaborative, de procédure participative et surtout de médiation.

Pour ce qui concerne l'approche collaborative et la procédure participative, la particularité réside dans le fait qu'elles ne peuvent être pratiquées exclusivement que par des avocats.

Ce prérequis devrait, par lui-même, offrir une première garantie mais en réalité ce n'est pas le cas et il y a là un paradoxe.

En effet, l'une comme l'autre repose exclusivement sur la maîtrise d'un processus de résolution de conflit qui, jusqu'à présent, n'est pas enseigné aux avocats dans le cadre de leur formation initiale !

Ainsi, avec la procédure participative, un outil a été spécialement et exclusivement mis à la disposition de la profession mais rares sont les avocats qui le connaissent ou savent s'en servir.

Le résultat est édifiant ; je peux témoigner qu'aucun confrère à qui j'ai proposé d'y recourir ne l'a accepté, le premier argument avancé étant que cela était inutile et que les discussions pouvaient avoir lieu en dehors de ce cadre contraignant.

J'ai également le sentiment que personne ne souhaite recourir à une procédure qu'il ne maîtrise pas de peur de commettre des erreurs, ce qui relève malgré tout d'un sage réflexe.

En effet, on peut discuter de la nature de l'obligation de l'avocat en la matière.

Selon moi, l'avocat doit être en mesure de proposer le meilleur processus adapté à la situation qui lui est soumise, et garantir totalement la maîtrise du processus qu'il propose quel qu'il soit, et à cet égard, il s'agit de mon point de vue d'une obligation de résultat ; l'issue du différend restant évidemment soumise à une obligation de moyens.

Par conséquent, la procédure participative est rarement utilisée et, à ma connaissance, aucune procédure participative n'a été engagée dans le ressort du Tribunal de Grande Instance de Draguignan depuis la promulgation de la loi !

C'est pour éviter cet écueil que les praticiens en droit collaboratif ont rédigé une charte de droit privé, ayant valeur contractuelle, imposant à ceux qui souhaitent devenir membre de ce mouvement, notamment une obligation de formation approfondie³⁰.

Mais cette obligation n'est pas imposée pour ce qui concerne la procédure participative.

C'est en matière de médiation que la problématique des acteurs me paraît la plus délicate.

En effet, l'un des principaux obstacles à la médiation réside dans le dévoiement de la médiation par des pratiques contestables³¹ développées par des « médiateurs » non qualifiés.

A ce jour en effet, chacun peut s'autoproclamer médiateur, sans le moindre contrôle, aucun statut juridique ne venant encadrer la fonction³².

Or, on n'insistera jamais assez sur les dégâts qui peuvent être causés à l'occasion d'une médiation improvisée.

En effet, et bien que la plupart s'en défende, les médiateurs ont un grand pouvoir d'influence³³ sur les médiés³⁴, ce qui justifie entre autre l'exigence de neutralité et d'impartialité et d'une éthique irréprochable, ainsi qu'une parfaite maîtrise du processus.

C'est ainsi que dans ma pratique professionnelle j'ai rapidement compris que la médiation ne pouvait avoir une chance d'être bénéfique que dans la mesure où elle était confiée à un médiateur très qualifié et dont la personnalité pourrait convenir aux parties.

Le rapport FIDAL sur la gestion optimisée des litiges parvient à la même conclusion sur ce point.

Pour le praticien, la première question de base est donc celle de savoir comment trouver un « bon » médiateur, ce qui représente un obstacle assez sérieux !

En matière de médiation judiciaire la question ne se pose pas puisque le médiateur est désigné par le Juge (sans que cela ne garantisse d'ailleurs sa compétence !) ; c'est en matière conventionnelle que la question est plus sensible.

³⁰ Les praticiens estiment que 200 heures sont nécessaires pour bien maîtriser le processus

³¹ Selon l'expression du Professeur Pierre-Edouard MARLY

³² A l'exception des médiateurs familiaux dont le statut est prévu par le Décret du 2 août 2012

³³ Certains cependant, comme Maître Christophe AYELA, assument clairement le terme de manipulation dans l'intérêt de chacune des parties !

³⁴ Le terme « médiés » définit les participants à une médiation

Dans la mesure où les pouvoirs publics n'ont pas encore réglementé cette activité, la pratique, consciente de l'impérieuse nécessité d'offrir des garanties, s'est organisée pour labelliser des médiateurs ayant accepté des obligations contraignantes en termes de formation et d'éthique.

C'est ainsi que les principales organisations professionnelles de la médiation en France³⁵ se sont réunies et ont abouti à l'élaboration d'un Code de déontologie du médiateur qui définit le socle de valeurs et de pratiques communes de la Médiation en France³⁶.

Cette initiative accompagne l'évolution suggérée par la Commission Européenne et participe ainsi à la construction et au développement de la médiation en Europe.

De même, la profession d'avocat, par l'intermédiaire de son organe représentatif, le Conseil National des Barreaux, a récemment adopté une nouvelle mention de spécialisation en « modes amiables de résolution des différends » qui ne semble pas avoir été encore entérinée par la Chancellerie.

L'initiative révèle cependant la prise de conscience par l'institution de l'importance de garantir une compétence dans la matière au moyen d'un contrôle formel, labellisé, gage d'une qualité minimale de l'intervenant spécialisé.

Les deux axes de réflexion retenus sont classiquement une obligation de formation d'une part, et l'adoption d'une charte éthique ou déontologique, d'autre part.

Dans cette logique, il paraît inéluctable et d'ailleurs souhaitable que les pouvoirs publics réglementent formellement l'accès à la fonction de médiateur.

Cela semble être la seule solution pour apporter au public la garantie de compétence qu'il est en droit d'attendre.

En l'état actuel, le choix du médiateur relève donc exclusivement de la réputation (et donc du bouche à oreille), conforté par une autorégulation de droit privé adoptée par certains praticiens.

La difficulté du choix s'explique également par l'absence de réseaux bien structurés de centres de médiations au plan national.

Objectivement, en matière économique, un seul centre de médiation occupe une position dominante en France, le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) qui est l'émanation de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris³⁷.

Cette prédominance peut s'expliquer par plusieurs facteurs.

³⁵ Dont la Fédération Nationale des Centres de Médiation (FNCM)

³⁶ Accessible à l'URL suivante : http://www.fncmediation.fr/Un-code-de-deontologie-unique-pour-la-Mediation-en-France_a6.html

³⁷ Avec son pendant pour les affaires internationales la ICC (International Chamber of Commerce) à Paris

En premier lieu, ce centre bénéficie d'une antériorité puisqu'il a été créé en 1995 et que son activité a pu arriver à maturité en une vingtaine d'années.

En second lieu, le CMAP a pu immédiatement bénéficier de l'image de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris qui est à l'origine de sa création, ce qui lui a immédiatement permis de bénéficier d'une réputation de sérieux et de compétence.

Par ailleurs, le CMAP a pu bénéficier de la force de communication de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris qui a contribué à le faire connaître, et a ensuite continué à communiquer de manière très efficace en affectant des budgets certainement significatifs à la diffusion de plaquettes d'information et de news letters, et à l'animation de son site internet.

Ensuite, on peut imaginer que le CMAP a également bénéficié de son activité d'arbitrage, pratique qui était déjà entrée dans les mœurs des entreprises importantes de la capitale, notamment dans le domaine international.

Et l'arbitrage a pu ouvrir la voie à l'activité de médiation.

Enfin, le CMAP a de longue date privilégié la compétence de ses intervenants en les formant et en les sélectionnant sur des critères exigeants, et a également mis en place une gestion administrative efficace du processus, qui a pu permettre son développement.

Ceci explique comment le CMAP est devenu leader en France et l'un des principaux centres européens de gestion et de résolution des conflits commerciaux.

Néanmoins, certains retours d'expérience vécus cette année par des membres de la promotion du DESU, démontrent que l'activité du CMAP reste perfectible.

Il semble, dans l'un des cas qui lui a été soumis, que le médiateur qui avait été désigné n'a pas donné entière satisfaction, ce qui mériterait la mise en place d'un système de contrôle et d'analyse des pratiques et de la satisfaction des clients.

Les locaux par ailleurs, ne semblent pas totalement adaptés au respect de la confidentialité notamment au moment de l'organisation d'apartés ou *caucus*, ce qui pourrait certainement être amélioré.

Enfin, même si la place de Paris reste prépondérante, il faut convenir que l'absence de maillage sur l'ensemble du territoire français représente un obstacle matériel sérieux au recours systématique au CMAP, certaines parties de province ne pouvant ou ne voulant pas assumer des séjours à Paris.

C'est cette absence de maillage sur le territoire qui a incité la Fédération Nationale des Centres de Médiation³⁸ à tenter de constituer, par l'initiative privée, un réseau national de centres de médiations labélisées.

Il semble cependant que la FNCM souffre d'un manque de notoriété en dehors des milieux déjà informés, et on peut également s'interroger sur les processus mis en place pour s'assurer du respect par ses membres des principes fondamentaux destinés à uniformiser par le haut la pratique de la médiation³⁹.

Ce n'est donc qu'au prix d'une standardisation de la formation et d'une réglementation du statut du médiateur que la pratique pourra gagner la confiance du public et se développer.

Certains, comme le Professeur Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, milite d'ailleurs pour la création d'un observatoire de la médiation qui n'aurait d'autres missions que d'observer afin de fournir aux pouvoirs publics et aux acteurs de la médiation les données quantitatives et qualitatives nécessaires à des textes de qualité.

Car, nous le verrons après avoir abordé les obstacles d'ordre économique au développement des MARD (2), le corpus législatif existant reste perfectible et il existe encore des obstacles d'ordre juridique au développement des MARD.

³⁸ Dont le CMAP est membre

³⁹ Je ne soutiens pas que ces processus n'existent pas ; j'indique simplement que je n'en ai pas connaissance et que par conséquent il n'y a aucune communication efficace sur le sujet

II. Les obstacles d'ordre économique et matériel au développement des modes amiables de résolution des différends

La question du modèle économique des modes amiables de résolution des différends est absolument centrale et ne semble pas avoir été clairement conceptualisée, ce qui constitue nécessairement une entrave à leur développement.

Sous la notion de modèle économique doit être abordée la question de l'organisation matérielle des MARD, et plus précisément de la médiation (2.1).

Il s'agit également de trouver un difficile équilibre entre le coût à supporter par les participants et la rémunération des acteurs (2.2).

2.1. La recherche de moyens matériels : entrave au développement des MARD

Le sujet peut sembler trivial et relever d'une question de pure intendance, mais en réalité il trouve tout à fait sa place dans le cadre de ce rapport d'activité qui a essentiellement pour ambition de témoigner d'une expérience pratique.

A cet égard, je peux certifier que certaines de mes tentatives d'organisation de médiation en l'occurrence, ont été entravées par des considérations matérielles, notamment de temps et de lieu.

2.1.1. La problématique du temps dans les MARD

Comme je l'ai indiqué précédemment, le rapport au temps est totalement modifié lorsque l'on travaille sur un mode amiable de résolution des différends.

La première difficulté consiste à trouver une date ayant la meilleure convenance commune pour tous les intervenants, celle-ci augmentant proportionnellement avec le nombre d'intervenants.

La difficulté est réelle et il n'est pas rare, simplement en présence de deux participants et de leurs conseils, soit au total quatre personnes, de se voir imposer des délais supérieurs à un mois pour trouver une date de réunion !

Or, l'expérience montre que plus le processus est engagé tôt, plus celui-ci a de chance d'aboutir à un accord.

Il est donc primordial de pouvoir intervenir dans les meilleurs délais et à cet égard, les mentalités devront également évoluer pour considérer que le temps consacré à la mise en place d'un MARD doit être une priorité.

On constate que, selon le degré de maîtrise des outils technologiques de chacun, des applications comme DOODLE⁴⁰ ou OUTLOOK PLANNING peuvent s'avérer extrêmement utiles dans l'aide à la planification des réunions, par la mutualisation des informations pertinentes.

Une bonne pratique consiste également à déterminer directement à l'issue de la première réunion, en présence de tous, la date de la réunion suivante si celle-ci s'avère nécessaire.

En incidente, il faut également garder présent à l'esprit que certains peuvent tenter de créer artificiellement une difficulté pour la détermination d'une date de réunion pour des raisons purement stratégique, ce à quoi le garant du processus choisi devra être extrêmement vigilant...

Au-delà de la problématique de la détermination des dates de réunions, se pose celle du temps des réunions.

On a coutume de dire, dans la pratique, que l'on consacra le « temps nécessaire » à l'accomplissement du processus, et ce temps nécessaire, par définition, n'est pas connu par avance.

Or, on doit se poser la question de savoir si, sur ce plan, les MARD sont en adéquation avec les exigences ou les habitudes de notre vie contemporaine.

C'est devenu un lieu commun que de dire que le temps s'accélère, que nous sommes tous débordés, connectés, réactifs, et de plus en plus impatients !

Sur le plan judiciaire, ce phénomène se traduit d'ailleurs par une quasi-disparition du temps de plaidoirie, les magistrats n'ayant plus le temps ni la patience de les entendre et préférant juger sur pièces...

Pourtant, l'une des clés de la réussite de n'importe lequel des modes amiables de résolution des différends, réside dans le fait de prendre du temps pour pouvoir approfondir les problématiques, déterminer les véritables besoins et explorer toutes les solutions.

Il s'agit de « perdre » du temps pour finir par en « gagner », consacrer des heures de travail intensif pour gagner des mois ou des années de procédure.

Or, quasi-systématiquement, l'impossibilité de consacrer le temps nécessaire m'a été objecté lorsque j'ai proposé à mes clients d'envisager de régler leur différend sur un mode amiable⁴¹.

⁴⁰ www.doodle.com

⁴¹ « Je n'aurai jamais le temps... » ; « Je travaille trop... » ; « Impossible de me libérer... ».

Ceux qui ont accepté avaient la maturité intellectuelle suffisante pour comprendre que ce « sacrifice » était conforme à la préservation de leurs intérêts, et certains d'entre eux ont cependant vécu des moments de découragement lorsque le processus a nécessité d'organiser plusieurs réunions.

Les autres ont préféré renoncer et s'en remettre à un processus judiciaire dans lequel ils étaient finalement moins impliqués.

De même, il n'est pas rare de constater en réunion, alors que toutes les informations utiles avaient été livrées quant à l'exigence d'une certaine disponibilité, que les participants ne sont pas réellement organisés pour disposer d'un temps suffisant et restent entravés par des obligations extérieures⁴².

A mon sens il n'est donc pas abusif de s'interroger sur la pertinence des modes amiables de résolution des différends dans une société qui n'a plus forcément la volonté de prendre son temps et d'approfondir.

La question ne peut se résoudre que par une analyse du rapport entre les contraintes et les bénéfices espérés ; rapport qui, généralement, devrait pencher en faveur du développement des MARD.

Après celle du temps, se pose la problématique de l'environnement matériel des modes amiables de résolution des différends.

2.1.2. La problématique de l'environnement matériel des MARD

Le sujet peut apparaître anecdotique de prime abord, mais il ne l'est pas.

Je peux en effet témoigner que plusieurs de mes tentatives, pour organiser des médiations notamment, ont purement et simplement échoué faute d'avoir pu trouver un lieu adéquat pour accueillir les participants !

Les praticiens des modes amiables de résolution des différends savent que l'une des conditions préalable au succès du déroulement du processus réside dans la création d'un environnement favorable susceptible de créer la confiance.

Cette confiance se crée par une prise de contact et un accueil de qualité, ce qui impose de la rigueur dans l'organisation administrative du processus et de pouvoir bénéficier d'un lieu adapté.

⁴² Sur ce point, on peut se poser la question de savoir si cela relève de réelles contraintes matérielles ou plutôt d'un mécanisme psychologique de défense consistant à se « ménager une porte de sortie » en cas de besoin...

Généralement, ceci ne pose pas réellement de difficulté en matière d'approche collaborative ou de procédure participative dans la mesure où la plupart des avocats, qui seuls peuvent intervenir dans ces deux domaines, disposent déjà des moyens adaptés à l'exercice de leur profession.

La problématique est en revanche plus complexe en matière de médiation, et peut différer selon que l'on s'adresse à un médiateur libéral ou à un centre de médiation.

J'ai eu l'occasion d'indiquer quel prix j'attachais au choix du médiateur, qui me paraît primordial, ce qui me conduit souvent à mandater des médiateurs libéraux.

Or, généralement, ces médiateurs libéraux ne disposent pas de l'infrastructure nécessaire pour permettre le déroulement de la médiation.

La plupart gèrent personnellement l'organisation administrative, soit parce qu'ils ne disposent pas de secrétariat dédié, soit parce qu'ils considèrent que le travail du médiateur commence déjà à ce stade de la relation, avec plus ou moins d'efficacité en fonction des aptitudes de chacun dans ce domaine.

Puis se pose rapidement la question du lieu et de son adaptation à l'exercice.

En parlant d'adaptation, ma compréhension du processus de médiation m'amène à penser que le lieu idéal doit pouvoir offrir :

- Une pièce suffisamment grande pour accueillir une table ronde et idéalement un espace salon de 4 à 6 personnes
- Deux petites pièces aménagées en salon pour pouvoir accueillir des apartés ou caucus en toute confidentialité et permettre aux participants de s'isoler en cas de besoin
- Un petit « espace cuisine » équipé pour pouvoir offrir des boissons chaudes et froides et des en-cas, et évidemment des commodités

Si possible dans une ambiance « Club » !⁴³

Mais il ne m'a jamais été donné de trouver un tel lieu spécifiquement dédié à la médiation, ce qui démontre, par la force de l'exemple, que l'on peut parfaitement mener une médiation avec toute l'efficacité requise dans des conditions moins luxueuses et confortables.

Toujours est-il que lorsqu'il s'agit de trouver un lieu, plusieurs possibilités peuvent-être envisagées.

⁴³ J'exprime bien là ma conception personnelle d'un lieu de médiation idéal !

Soit le médiateur libéral a des accords avec un centre de médiation et peut bénéficier de ses infrastructures qui, au demeurant, ne sont pas toutes idéalement adaptées et surtout ne sont pas nécessairement situées à proximité des participants.

Soit le médiateur libéral trouve un lieu adapté à louer à proximité du siège des participants, ce qui aura un impact sur le coût de la médiation, nous y reviendrons.

Soit le médiateur libéral trouve gracieusement un lieu adéquat pour héberger sa médiation.

Sur ce dernier point on constate que des cabinets d'avocats militant pour le développement des MARD acceptent de mettre à disposition leurs locaux pour accueillir des médiations ce qui peut poser deux séries de difficultés.

Dans la première hypothèse, si les participants à la médiation n'ont absolument aucune relation avec le Cabinet d'avocats en question, et si le médiateur n'est pas l'un des avocats de ce Cabinet, ceux-ci pourraient être surpris de se retrouver dans un lieu traditionnellement dédié au conflit judiciaire et cela pourrait créer une certaine confusion dans leur esprit.

Il appartiendra au médiateur dans ce cas de faire un effort spécifique de clarification et d'explication.

Dans la seconde hypothèse, il est possible que l'un des avocats des parties offre d'accueillir la médiation au sein de son Cabinet, soit qu'il participe à la médiation en tant que conseil, soit qu'il n'y participe pas.

J'ai personnellement vécu cette situation qui s'est parfaitement bien passée, avec l'accord express cependant de toutes les parties et de leurs conseils, ce qui est un préalable absolument obligatoire.

Mais je dois également indiquer que, dans une autre affaire, l'un de mes confrères a refusé que la médiation se déroule au sein de mon Cabinet ou même du sien, en indiquant qu'il convenait d'éviter un mélange des genres, ce qui est un point de vue compréhensible et parfaitement respectable.

Si je prends donc l'exemple de la zone géographique dans laquelle je travaille, c'est-à-dire l'est du Var, il n'y a pas de lieu dédié à la médiation et cela représente une entrave significative à son développement dans la mesure où les parties répugnent généralement à se déplacer à plus de quelques kilomètres de leur siège ou de leur domicile.

Faire appel aux services d'un centre de médiation pose d'autres types de problèmes.

De prime abord on pourrait espérer, en s'adressant à un centre de médiation, pouvoir bénéficier d'un secrétariat susceptible de prendre efficacement en charge les aspects administratifs de l'organisation de la médiation, et pouvoir également bénéficier d'un lieu adéquat.

En réalité ce n'est pas toujours le cas, la plupart des centres n'ayant pas toujours les moyens financiers d'assumer ce genre de services.

Comme j'ai eu l'occasion de l'indiquer, en poussant l'esprit critique peut-être un peu loin, même l'enceinte du CMAP reste perfectible en termes de confidentialité des apartés puisqu'il n'y a pas de bureaux dédiés à cet effet et que la porte de la salle de réunion plénière n'assure pas totalement l'isolation phonique, de telle sorte que l'on entend les conversations d'une pièce à l'autre.

Par ailleurs, il n'y a pas nécessairement de centres de médiation à proximité immédiate du lieu de résidence des parties.

Enfin, tous les centres ne permettent pas de choisir spécifiquement le médiateur et en désignent généralement un d'office, en prenant parfois le soin de demander aux parties quel profil aurait leur préférence (technicien, juriste, ingénieur, informaticien, banquier etc...).

A l'analyse, il apparaît que ces contraintes matérielles sont directement liées aux contraintes économiques des MARD dont l'équilibre ne semble pas encore avoir été trouvé.

2.2. La difficile recherche d'un équilibre économique des MARD

Au titre des atouts généralement avancés pour la promotion des modes amiables de résolution des différends on retrouve le fait que, contrairement à une procédure judiciaire, le différend est traité en profondeur en vue de la conclusion d'un accord mutuellement satisfaisant pour toutes les parties, en préservant en outre une certaine qualité de relation.

Il est également avancé que la situation pourra être traitée dans un temps beaucoup plus court que celui d'une procédure judiciaire.

Il est enfin soutenu que cela coûterait beaucoup moins cher et que par-delà les qualificatifs qui érigent les MARD en idéal de justice, leur supériorité sur le procès serait corroborée par l'analyse économique du droit.

Cette dernière affirmation mérite réellement d'être explorée et nécessite de s'interroger tout à la fois sur l'équilibre économique des MARD du point de vue des parties (2.2.1) et du point de vue des acteurs (2.2.2).

2.2.1. L'équilibre économique des MARD du point de vue des parties

Peut-on réellement affirmer que le recours aux modes amiables de résolution des différends entraînera une économie financière substantielle pour les parties ?

Selon le Professeur Pierre-Grégoire MARLY, l'analyse « *démontre qu'une issue amiable au litige permet théoriquement à ses protagonistes de dégager un surplus équivalent à la somme des coûts qu'ils devraient supporter en cas de procès. Dit autrement, le montant estimatif de la condamnation judiciaire, pondéré par la probabilité que celle-ci advienne, correspond au gain espéré par le demandeur autant qu'à la perte redoutée par le défendeur. Or, les coûts du procès s'imputeraient sur ce gain et alourdiraient cette perte, de sorte que les parties ont logiquement intérêt à éluder la voie judiciaire pour s'accorder sur le montant primitivement fixé* ».

En d'autres termes, au final, le recours aux modes amiables de résolution des différends permettrait d'économiser les coûts induits par une procédure.

Quels sont ces coûts ?

Traditionnellement les coûts d'une procédure sont constitués par :

- Les honoraires des conseils, qui sont librement fixés selon des modalités conventionnelles (forfait, à l'heure, partiellement au résultat etc...)
- Les frais d'huissier, qui sont relativement minimes pour engager la procédure mais peuvent devenir significatifs en cas d'exécution forcée, notamment en raison de la facturation d'un droit proportionnel
- Eventuellement les frais de greffe, si l'action est engagée devant les juridictions consulaires
- Eventuellement les frais d'expertise si le recours à un technicien est rendu nécessaire ; ces coûts peuvent être très importants
- Les frais irrépétibles qui correspondent à une somme décidée par la juridiction mise à la charge de la partie succombant pour indemniser la partie victorieuse des frais de justice qu'elle a engagés

Rappelons qu'à ce jour, l'accès à la Justice étatique est redevenu gratuit, à l'exception de la procédure d'appel qui impose à chaque partie de s'acquitter d'une taxe fiscale de 150 € destinée à alimenter le fonds d'indemnisation des avoués dont la fonction a été supprimée le 1^{er} janvier 2012.

Ces frais sont-ils évités ou minorés en ayant recours à un mode amiable de résolution des différends ?

Si l'on envisage une approche collaborative ou une procédure participative, chaque partie devra assumer les honoraires de son propre avocat.

Ces honoraires seront généralement fixés sur les mêmes critères que ceux d'une procédure judiciaire, très souvent sur une base horaire.

Or, mon expérience montre que l'on consacre plus de temps facturable, bien que sur une période plus courte, dans le cadre d'une procédure collaborative ou participative, que dans le cadre d'une procédure judiciaire classique.

Dans le meilleur des cas, le temps passé est équivalent.

Il n'y a donc pas d'économie à espérer sur la rémunération des conseils, et au contraire, on peut craindre une augmentation de ce poste si la rémunération est calculée au temps passé.

Quant aux autres frais évités (huissiers, greffe etc...), ils ne sont pas suffisamment significatifs pour être pris en considération.

La situation me paraît encore plus critique en matière de médiation.

En effet, dans la plupart des médiations d'affaires, les parties ne peuvent pas faire l'économie de leurs conseils, l'expérience démontrant par ailleurs que les médiations avec conseils aboutissent beaucoup plus souvent à un accord que les médiations sans conseils.

Elles devront donc assumer leurs honoraires, généralement sur une base horaire et là encore, il apparaît qu'en moyenne, on passe plus de temps facturable dans un processus de médiation que dans le cadre d'une procédure judiciaire classique⁴⁴.

Le gain pour le client n'existe donc pas sur ce poste, sauf à ce qu'il module lui-même le temps de conseil, en se rendant par exemple seul à certaines séances de médiation (s'il y en a plusieurs).

Par ailleurs, en médiation les parties doivent également assumer la rémunération du médiateur qui est également fixée conventionnellement, ce qui fait une différence avec la Justice étatique qui est quant à elle gratuite.

Au final, en termes d'engagement financier pur, j'ai tendance à considérer que les modes amiables de résolution des différends ne permettent pas aux parties de réaliser des économies, sauf à ce qu'elle se passe de l'assistance de conseils lorsque c'est possible (en médiation par exemple), argument qui est également vrai devant les juridictions étatiques (sauf devant le Tribunal de Grande Instance qui impose la représentation par avocat).

En effet, contrairement à ce que soutient le Professeur MARLY, le recours aux MARD ne permet pas d'éviter mathématiquement la somme des coûts induits par le procès car ces coûts sont substitués, voire augmentés par ceux induits par la mise en place du processus amiable choisi.

Le gain doit donc être recherché ailleurs, et l'argument des MARD n'est en réalité pas quantitatif mais qualitatif.

⁴⁴ Cette réalité devrait rassurer les avocats qui craignent d'être dépossédés du dossier et des honoraires qu'ils pourraient en percevoir en conseillant à leurs clients de recourir à la médiation

La grande force des modes amiables de résolution des différends réside en réalité dans leur potentialité à créer de la valeur.

Et à cet égard, l'axiome défendu par le Professeur MARLY selon lequel *le montant estimatif de la condamnation judiciaire, pondéré par la probabilité que celle-ci advienne, correspond au gain espéré par le demandeur autant qu'à la perte redoutée par le défendeur*, doit être pondéré.

En effet, ce qui est susceptible de coûter réellement aux parties dans le cadre d'un procès judiciaire ne sont pas seulement les frais engagés, qui sont souvent très importants, mais surtout :

- L'imprévisibilité de la décision⁴⁵
- L'imprévisibilité du temps dans lequel la décision sera rendue
- L'imprévisibilité des chances et du taux de recouvrement en cas de succès

Quel sera par exemple l'impact économique d'un conflit long avec un fournisseur qui refuse de livrer des produits dont l'entreprise a besoin et qui, en cas de condamnation pourra tenter d'éluder le paiement en se plaçant sous la protection d'une procédure collective ?

Quel sera l'impact économique d'une grève prolongée ?

Les exemples peuvent être multipliés à l'infini...

Or, le monde économique, plus que d'autres, a besoin de confiance et de repères fiables pour être en mesure d'adapter des décisions d'organisation ou d'investissement à plus ou moins long terme, et l'imprévisibilité reste le facteur le plus redouté et le plus coûteux car il paralyse la prise de décision et l'activité, ou l'obère en obligeant à comptabiliser des provisions qui impactent négativement les résultats et l'activité.

Par ailleurs, au-delà de la question du coût réel du conflit, se pose en miroir celle du gain espéré du procès.

Et sur ce point l'analyse du Professeur MARLY est juste ; le gain espéré du procès est nécessairement plafonné à la demande présentée, puisque les juridictions ont l'obligation de statuer sur la demande mais ne peuvent absolument pas la modifier ou statuer au-delà (*ultra petita*) sous peine d'être réformées.

On comprend donc que, structurellement, ce système ne peut pas être créateur de valeur ; dans le meilleur des cas, il indemnise sans enrichissement...

Or, la richesse des processus des MARD permet aux parties d'élaborer des solutions tout à la fois susceptibles de limiter leurs pertes respectives et potentiellement de créer de la valeur en convenant de nouveaux modes de coopération par exemple.

⁴⁵ C'est le fameux aléa judiciaire !

C'est dans cette mesure que l'on peut considérer que le coût global des MARD pour les parties est possiblement bien moins élevé que celui induit par une procédure judiciaire, sous réserve de la conclusion d'un accord au final, ce qui n'est jamais garanti.

Mais comme j'ai eu l'occasion de l'indiquer, en l'absence d'accord, les frais engagés dans le processus amiable, notamment ceux de conseil, ne seront pas perdus puisqu'ils seront imputés sur le temps de préparation qui aurait dû être de toutes les manières consacré à une procédure judiciaire.

Dans la pratique, je dois indiquer que, malgré cet argumentaire, les clients restent encore réticents à engager des frais dans un processus amiable qu'ils connaissent mal, alors qu'ils n'hésitent pas à engager des frais pour financer une procédure qui correspond à un schéma mental qu'ils connaissent et qui est socialement compris et accepté.

Cela implique pour le conseil qui souhaite favoriser le développement des MARD dans l'intérêt de ses mandants, de faire œuvre de pédagogie, et parfois, de philanthropisme !

Cela pose la question de l'équilibre économique des MARD du point de vue des acteurs.

2.2.2. L'équilibre économique des MARD du point de vue de ses acteurs professionnels

Peut-on espérer vivre décemment en travaillant sur les modes amiables de résolution des différends ?

Autrement posée, la question consiste à s'interroger sur l'existence d'un marché des modes amiables de résolution des différends aujourd'hui en France.

Traditionnellement, le marché se trouve au centre de l'offre et de la demande.

Or, il résulte des études et commentaires publiés sur le développement (ou l'absence de développement !) des MARD que nous vivons actuellement une politique de l'offre.

En effet, s'il est incontestable que le besoin d'une alternative au recours à la justice étatique augmente proportionnellement à l'insatisfaction générée par le fonctionnement de plus en plus difficile des juridictions, il n'en demeure pas moins que le recours aux MARD reste marginal !

Le besoin n'a donc pas encore créé la demande.

En revanche, l'offre a totalement anticipé la demande et s'est organisée sur deux axes fondés sur des modèles économiques différents, celui des MARD d'origine judiciaire et celui des MARD d'origine conventionnelle.

✓ *Le modèle économique des MARD d'origine judiciaire*

Le premier axe de développement de l'offre est d'origine étatique et s'est traduit par l'adoption de divers textes législatifs :

- Loi n° 95-125, 8 févr. 1995⁴⁶ relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative a introduit dans son Titre II les fondements de la médiation judiciaire
- Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires qui a introduit en droit positif français la procédure participative⁴⁷.
- Ordonnance du 16 novembre 2011⁴⁸ portant transposition de la directive et décret d'application du 20 janvier 2012⁴⁹ ont fini d'instituer un cadre général applicable aux médiations judiciaires et conventionnelles

Cette politique de l'offre a été plus dictée par une volonté de désengorger les tribunaux et de faire des économies budgétaires, que par une volonté de comprendre le sens profond des MARD et de vouloir œuvrer à leur développement pour favoriser l'avènement d'une Justice apaisée ; cela concerne principalement la procédure participative et la médiation d'origine judiciaire.

A l'analyse, la procédure participative procède d'une volonté de décharger l'institution de la gestion de la mise en état d'une affaire en la transférant sur l'initiative privée, au coût des parties.

Elle a donc clairement pour ambition d'alléger la charge des tribunaux, et donc leurs coûts de fonctionnement.

A l'échelle des parties il a été expliqué que la procédure participative n'était pas en elle-même un facteur de diminution des coûts.

A l'échelle des avocats, qui sont les seuls autres acteurs puisque cette procédure impose la représentation par avocat, le modèle économique est totalement transposé à celui de la gestion traditionnelle de leur Cabinet.

C'est-à-dire que chaque avocat facturera ses honoraires, en fonction de sa pratique habituelle, dans le cadre d'une procédure participative de la même manière qu'il l'aurait fait dans un autre champ d'intervention.

⁴⁶ JO 9 févr. 1995

⁴⁷ Articles 2064 et suivants du code civil

⁴⁸ Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 (JO 17 nov. 2011, p. 19286) portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 (JO UE 25 mai 2008, n° 136/3) sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁴⁹ D. n° 2012-66, 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends : JO 22 janv. 2012, p. 1280.

A cet égard, il n'y a donc aucune particularité sauf à clairement informer le client que la procédure participative impose de consacrer plus de temps facturable sur le dossier et de s'assurer qu'il est bien prêt à en assumer le coût.

Il semble évident que la procédure participative représente un marché monopolistique intéressant pour les avocats⁵⁰ qui n'en ont pas encore pris conscience...

Il y a donc là une piste de réflexion à développer à l'échelle de la profession.

Quant à la médiation judiciaire, c'est-à-dire celle proposée par le Juge⁵¹, elle se divise en deux catégories différentes, la médiation familiale et la médiation généraliste.

Historiquement la médiation familiale d'origine judiciaire a été encadrée ce qui a conduit à l'avènement d'un modèle administré fortement subventionné.

Le médiateur familial est titulaire du Diplôme d'État (D. n° 2003-1166, 2 déc. 2003).

Ces professionnels sont en majorité salariés de services conventionnés, bénéficiaires d'une prestation de service.

Pour donner un ordre d'idée, la première séance d'information est gratuite et les séances de médiation d'une heure et demie sont payantes, au prorata des ressources (de 2 à 131 euros la séance), au rythme d'environ une séance tous les 15 jours et en moyenne quatre à cinq séances par processus avec un maximum de sept.

Dans ce cadre, le coût assumé par les parties ne couvrent pas les frais de fonctionnement et la rémunération des médiateurs professionnels qui sont clairement sous rémunérés par rapport à leurs qualifications.

Ce modèle ne fonctionne que s'il est soutenu par la subvention publique.

Or, cela induit un effet pervers de nivellement par le bas.

En effet, les médiateurs familiaux peuvent exercer à titre libéral, et peuvent également être désignés par les magistrats, mais dans ce contexte, tant les parties que les juridictions tentent d'imposer des tarifs relevant de l'économie subventionnée, qui ne sont pas économiquement tenables.

Cela entraîne le développement d'un secteur de médiation familiale subventionné qui s'apparente à un service public, et d'un secteur libéral qui ne peut pas se développer en dehors de l'initiative conventionnelle.

⁵⁰ Tout en œuvrant pour le meilleur intérêt du client

⁵¹ Rappelons que le Juge n'a pas le pouvoir d'imposer une médiation aux parties ; il ne peut que les inviter à participer à une séance d'information à vocation incitative, cela pour préserver le caractère volontaire qui fait l'essence du processus de médiation.

S'agissant de la médiation généraliste d'origine judiciaire, les textes⁵² sont tellement souples qu'ils favorisent autant de pratiques que de prescripteurs !

En effet, sous réserve de respecter quelques conditions imposées par l'article 131-5 du code de procédure civile, en l'occurrence absence de condamnation pour certains faits, probité, qualification relativement à la nature du litige, formation ou expérience de la médiation et indépendance, le choix du médiateur est libre.

Il n'existe pas de listes de médiateurs agréés par les juridictions.

Par ailleurs la rémunération du médiateur est également fixée par le magistrat qui le désigne⁵³.

Or, la pratique démontre que les magistrats n'ont pas l'habitude d'évaluer la rémunération des médiateurs, contrairement à ce qu'ils font de manière habituelle en matière d'expertise, et qu'ils ont tendance à ne pas rémunérer le médiateur à la valeur de sa qualification, puisqu'ils prennent généralement comme point de repère les modes de rémunération appliqués en matière de médiation familiale.

Cela a donc pour conséquence de détourner les médiateurs vers une pratique libérale consacrée à la médiation conventionnelle dont ils espèrent tirer une rémunération supérieure.

Il semble que cela soit cependant un leurre.

✓ *Le modèle économique des MARD d'origine conventionnelle*

La réflexion concerne essentiellement la médiation et les critères qui doivent être pris en considération pour évaluer le taux de rémunération du médiateur par rapport à ce qui peut être raisonnablement supporté par les parties.

Se repose inévitablement ici la question du statut du médiateur et de sa qualification.

Certains estiment que si la médiation doit être professionnelle, en revanche « médiateur » n'est pas une profession et ne doit sans doute pas l'être au risque de pervertir le processus en faussant le rapport du médiateur au résultat⁵⁴.

A moins que le médiateur ne soit salarié ou fonctionnaire...

⁵² Article 131-1 et suivants du code de procédure civile

⁵³ Article 131-13 du code de procédure civile

⁵⁴ Maître Laurent DRUGEON, avocat, Président de l'Agence Régionale de Médiation Entreprises du Grand Ouest (ARMEGO)

Au demeurant, dans la pratique en France, il est assez rare de rencontrer des médiateurs qui n'exercent que cette activité à titre habituel et, à de rares exceptions près liées à la personnalité particulière du médiateur ou de son réseau, cette activité ne permet pas d'en vivre.

La plupart des médiateurs exercent donc une profession principale⁵⁵ et interviennent par ailleurs en qualité de médiateurs lorsqu'ils sont mandatés.

Cette activité annexe s'exerce sur un mode libéral contre honoraires, libres par définition.

Chaque médiateur est donc totalement libre de proposer son taux de rémunération aux parties qui l'accepteront contractuellement ou non.

Il me semble que la détermination de l'honoraire, dans ce contexte, est principalement fonction du taux de rémunération du médiateur, dans sa profession habituelle, surtout s'il est avocat.

En effet, on ne comprendrait mal pourquoi la même personne serait rémunérée 300 € de l'heure en sa qualité d'avocat et accepterait d'être rémunérée 50 € de l'heure ou moins dans son activité de médiateur, alors que de surcroît elle aura fait l'effort et l'investissement de se former sérieusement, comme cela doit être la règle !

Plusieurs raisons pourraient inciter le médiateur à accepter un moindre taux de rémunération que celui pratiqué dans l'exercice de sa profession principale :

- La prise en considération d'une moindre expérience en matière de médiation que dans sa profession principale, mais cela est forcément limité dans le temps
- Acceptation d'un mode de rémunération forfaitaire imposé par un centre de médiation agissant en qualité de mandataire
- Action militante ou philosophique pour œuvrer aux développements des MARD vécus comme facteurs de régulateurs sociaux

On comprend donc bien, dans toutes les hypothèses, que le développement de la médiation, s'il doit se poursuivre sur un mode libéral, ne pourra se faire que si les médiateurs sont raisonnablement rémunérés.

Cette rémunération devra prendre en considération le haut degré de qualification du médiateur, et les coûts fixes nécessaires au déroulement du processus de médiation, notamment en termes de lieu et d'assistance administrative.

Il semble qu'actuellement nous assistions à un phénomène de sous-évaluation des coûts des médiations conventionnelles pour produire un effet d'appel et inciter la demande.

⁵⁵ De plus en plus sont avocats, puisque leur expertise du conflit, leur déontologie et leur pratique de la confidentialité sont autant de prérequis qui font d'eux des candidats médiateurs de qualité

Cela traduit en réalité une crise de la prescription.

Or, ce phénomène n'est possible que grâce à la mutualisation de coûts de fonctionnement, tel des partages ou mises à disposition de locaux par des Ordres d'avocats ou des d'autres institutions (associations, chambres de commerce), et une sous-évaluation de la réelle valeur ajoutée des médiateurs qui semblent également accepter d'intervenir sur un mode minoré pour contribuer à développer le marché.

Cette tendance, qui consiste à soutenir artificiellement un marché sous son coût de revient ou en dessous de sa valeur réelle, ne pourra pas prospérer longtemps car dans la première hypothèse il s'écroulera et dans la seconde il s'autolimitera à un niveau de rémunération que les usagers ne voudront pas voir dépasser.

Il semble donc que l'équilibre financier du monde des modes amiables de résolution des différends se soit développé sur le fondement d'une pratique noble, *mais accessoire*, qui n'a pas encore réellement trouvé son modèle économique⁵⁶.

Certains auteurs estiment également que les modes amiables de résolution des différends n'ont pas non plus totalement trouvé leur modèle juridique ce qui constitue un troisième obstacle à leur développement (3).

⁵⁶ Ce qui pourrait donner lieu à un véritable sujet de recherche !

III. Les obstacles d'ordre juridique au développement des modes amiables de résolution des différends

Selon l'expression de Nathalie DION, déjà citée, métajuridique, l'esprit des modes alternatifs de résolution des différends s'est incarné dans une matérialité juridique encadrée par le législateur dans un mouvement débuté depuis une vingtaine d'années qui a consacré en 1993⁵⁷ la médiation pénale, en 1995 la médiation judiciaire⁵⁸, en 2002 et en 2004 la médiation familiale⁵⁹, en 2010 la procédure participative⁶⁰, puis en 2011⁶¹ et 2012⁶² la transposition de la directive européenne du 21 mai 2008⁶³ instituant un cadre général applicable aux médiations judiciaires et conventionnelles.

Pour autant, il est encore difficile de dire si ce maillage juridique a laissé intact ou altéré l'esprit des modes alternatifs de résolution des différends.

Partant du constat du Président MAGENDIE selon lequel la médiation d'origine judiciaire ne fonctionne pas⁶⁴, quand dans le même temps la médiation dite « conventionnelle »⁶⁵ s'est quant à elle développée sans que le législateur ne s'y intéresse spécifiquement, on peut se demander si le simple fait d'enserrer la pratique des MARD dans un carcan législatif n'altère pas leur nature qui ne peut s'épanouir que dans l'autonomie de la volonté et la liberté.

Sur ce point, le verdict du Professeur Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, est sévère et sans appel.

- *« Lorsque les textes abordent la médiation ils la mettent en procédure comme on la mettrait en bière. Midas figeait tout ce qu'il touchait en or. Prenons garde, nous les juristes, à ne pas transformer la médiation en procédure. Nous risquerions de nous retrouver avec des oreilles d'âne. (...) »*

⁵⁷ L. n° 93-2, 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : JO 4 janv. 1993, p. 215 ; C. proc. pén., art. 41-1 et s. (mod. L. n° 2010-769, 9 juill. 2010).

⁵⁸ L. n° 95-125, 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : JO 9 févr. 1995, p. 2175 ; D. n° 96-652, 22 juill. 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires : JO 23 juill. 1996, p. 11125.

⁵⁹ L. n° 2002-305, 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale : JO 5 mars 2002, p. 4161 ; L. n° 2004-439, 26 mai 2004 relative au divorce : JO 27 mai 2004, p. 9319.

⁶⁰ C. civ., art. 2062, mod. L. n° 2010-1609, 22 déc. 2010 : JO 23 déc. 2010, p. 22552.

⁶¹ Ord. n° 2011-1540, 16 nov. 2011 (JO 17 nov. 2011, p. 19286) portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 (JO UE 25 mai 2008, n° 136/3) sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁶² D. n° 2012-66, 20 janv. 2012 relatif à la résolution amiable des différends : JO 22 janv. 2012, p. 1280.

⁶³ Dir. européenne n° 2008/52/CE, 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

⁶⁴ Le rapport « célérité et qualité de la justice, la médiation une autre voie » issu du groupe de travail sur la médiation, installé par le Premier président de la cour d'appel de Paris le 11 février 2008.

⁶⁵ Les parties organisant par une clause, avant tout litige, le recours à un médiateur ou décidant, postérieurement au litige, d'y recourir.

Prendre la médiation au sérieux implique de lui conférer un régime juridique cohérent avec sa définition et conforme à sa nature⁶⁶ ».

Il ne saurait être question dans le cadre de ce simple rapport, d'approfondir toutes les problématiques liées à l'application des textes ; cela pourrait justifier une thèse.

Je me propose en revanche d'exposer quelques problématiques juridiques que j'ai rencontrées ou auxquelles j'ai pensé qui pourraient présenter un obstacle au développement des MARD.

On peut distinguer deux séries de difficultés selon qu'elles interviennent au moment de la mise en place ou du déroulement d'un mode amiable de résolution de différends (3.1) ou à l'issue d'un mode amiable de résolution de différends (3.2).

3.1. Difficultés juridiques rencontrées lors de la mise en place et du déroulement des MARD

Ce thème concerne essentiellement le contrat de procédure participative et la médiation.

3.1.1. Les difficultés liées à la conclusion de la convention de procédure participative

La convention de procédure participative assistée par avocat est autorisée dans tous les domaines dans lesquels les parties ont la libre disposition de leurs droits (*C. civ., art. 2064*) mais les parties ne peuvent s'engager dans ce processus que si le différend qui les oppose "*n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre*" (*C. civ., art. 2062*).

La convention est nécessairement passée par écrit et, sous peine de nullité doit préciser⁶⁷ :

- *Son terme*
- *L'objet du différend*
- *Les pièces et informations nécessaires à la résolution du différend et les modalités de leur échange*

Ces exigences, peuvent poser difficulté.

De mon point de vue, il paraît difficile de circonscrire précisément l'objet du différend qui, au demeurant peut évoluer, au gré des réunions de négociation.

La question peut alors se poser de savoir si un éventuel accord pourra contenir des dispositions allant au-delà de l'objet du différend indiqué dans la convention de procédure

⁶⁶ Michèle GUILLAUME-HOFNUNG , « La médiation entre développement réel et désir du mot » - Gazette du Palais, 24 décembre 2013 n° 358, P. 44

⁶⁷ Article 2063 du Code civil

participative, ou, en cas de désaccord, si la juridiction saisie pourra connaître de demandes qui ne relèveraient pas de l'objet du différend tel qu'il a été initialement décrit par les parties.

En cas d'accord, cela ne devrait pas poser de difficulté car les parties pourront modifier contractuellement l'objet du différend, « *dans les mêmes formes que celles prévues pour son établissement* » (CPC, art. 1546).

C'est en cas de désaccord final que le problème sera susceptible de se poser.

Les parties devront donc être particulièrement vigilantes sur la rédaction de cette clause⁶⁸.

Par ailleurs, l'organisation contractualisée des échanges de pièces pose une difficulté complémentaire.

En effet, l'article 1545 du code de procédure civile complète l'article 2063 du code civil en rappelant que :

- La « *communication des écritures et pièces entre les parties se fait par l'intermédiaire de leurs avocats selon les modalités prévues par la convention ; ceux-ci les portent à la connaissance des intéressés par tous moyens appropriés. Un bordereau est établi lorsqu'une pièce est communiquée* »

Or, on assiste là à la confrontation de deux logiques totalement contradictoires ; celle des MARD, qui impose la confidentialité et n'exige pas le respect du contradictoire⁶⁹ ; et celle du procès, qui exige le respect du contradictoire et dont la convention de procédure participative est une phase préparatoire dans l'hypothèse d'un échec des négociations imposant le recours au Juge.

A n'en point douter, les parties hésiteront à livrer des informations qui pourraient ultérieurement être utilisées contre elles dans le cadre d'un procès et cela constituera nécessairement une entrave à la recherche d'un accord.

En outre, il apparaît absolument impossible de déterminer par avance quelles seront les pièces utiles au développement des négociations et l'on se demande, dans ces conditions, comment elles pourraient être listées préalablement dans la convention !

Lorsque l'on sait que cette exigence de production sous bordereau est exigée à peine de nullité de la convention de procédure participative, il y a là un obstacle majeur que les praticiens auront du mal à surmonter, sauf à s'entendre sur une liste de pièces initiale symbolique et consensuelle quitte à la compléter par avenant au fur et à mesure...

Plus généralement, la procédure participative souffre de son caractère mixte (MARD/procédure judiciaire) ce qui devrait inciter les praticiens à la court-circuiter soit en

⁶⁸ On peut faire le parallèle avec la transaction qui n'aura autorité de chose jugée qu'à l'égard du litige auquel elle met un terme, tel qu'il a été circonscrit dans le cadre du document transactionnel

⁶⁹ Comme l'a réaffirmé le Professeur Catherine KESSEDJIAN

tendant des approches collaboratives informelles, soit en passant par une médiation conventionnelle, qui présente par ailleurs l'avantage de pouvoir être organisée à tous moments, même en cours d'instance.

3.1.2. Les difficultés liées à la conclusion et au déroulement de la médiation

Il existe trois sortes de médiations en procédure civile : la médiation judiciaire (*CPC, art. 131-1 à 131-15*), la médiation conventionnelle qui intervient en dehors d'une instance (*CPC, art. 1530 et s.*), et la médiation conventionnelle au cours d'une instance (*CPC, art. 131-2*).

✓ *Difficultés rencontrées dans le cadre de la médiation judiciaire*

La conclusion de la médiation judiciaire ne pose pas réellement de difficulté ; le Juge la propose et désigne un médiateur.

En revanche, il existe une vraie difficulté dans le déroulement de la médiation judiciaire qui touche à la notion de confidentialité, dont nous rappelons qu'elle est consubstantielle au processus de médiation.

En effet, la règle de la confidentialité est nécessaire pour que les parties puissent librement s'exprimer devant le médiateur sans crainte que leurs propos ne puissent leur nuire.

Le Code de procédure civile le consacre d'ailleurs de sorte que les déclarations des parties et les constats du médiateur ne peuvent être produits ou invoqués dans la suite de la procédure ou dans une autre instance, sauf accord des parties (*CPC, art. 131-14*).

Mais, et c'est là que le bât blesse, l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 fait exception au principe de confidentialité dans deux cas.

Le premier vise à permettre l'exécution de la médiation et ne pose pas de difficulté.

Le second, en revanche, est plus discutable puisque des motifs d'ordre public, de protection de l'enfance ou de l'intégrité de la personne autorisent à divulguer les éléments obtenus au cours de la médiation !

Cela voudrait dire, pour l'appliquer à la matière économique, que sous couvert d'ordre public, les parties ou le médiateur pourraient ou devraient dénoncer des faits constitutifs de fraude fiscale, ou d'abus de biens sociaux divulgués au cours d'une médiation portant par exemple sur une problématique de comptes courants d'associés débiteurs au sein d'une société de capitaux !

De mon point de vue, un médiateur, pas plus qu'un avocat, ne peut devenir un délateur au détriment des personnes qui se confient à lui.

Cette entorse au principe de confidentialité devra donc être entendue le plus strictement possible sous peine de ruiner l'esprit même de la médiation.

✓ *Difficultés rencontrées dans le cadre de la médiation conventionnelle*

La principale difficulté concerne le régime de la clause de médiation⁷⁰.

Rappelons que la clause de médiation est celle par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en cas de différend né du contrat, à recourir à une médiation avant de s'adresser à Justice.

Jusqu'en 2003, l'efficacité juridique d'une telle clause n'était pas assurée puisque, si la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation lui reconnaissait plein et entier effet, en revanche la première chambre civile de la haute juridiction, ne lui reconnaissait aucun caractère obligatoire⁷¹ !

La controverse a finalement été tranchée par un arrêt de chambre mixte du 14 février 2003⁷² qui a clairement posé pour principe que :

- *« Il résulte des articles 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que les fins de non-recevoir ne sont pas limitativement énumérées. La clause licite d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent. Ayant retenu que l'acte de cession d'actifs prévoyait le recours à une procédure de conciliation préalable à toute instance judiciaire pour les contestations relatives à l'exécution de la convention, la cour d'appel en a exactement déduit l'irrecevabilité du cédant à agir sur le fondement du contrat avant que la procédure de conciliation ait été mise en œuvre ».*

Désormais il est donc acquis qu'une telle clause emporte irrecevabilité de l'action en justice engagée avant tentative de médiation.

Encore faut-il que cette clause soit suffisamment précise.

En effet, par un arrêt récent du 29 avril 2014⁷³, la chambre commerciale de la Cour de Cassation est venue préciser les conditions de mise en œuvre et de validité d'une telle clause dans les termes suivants :

⁷⁰ Qui est absolument identique à celui du régime de la clause de conciliation qui a donné lieu au développement d'une jurisprudence transposable en matière de médiation

⁷¹ Cass.civ.1, 23/01/01 – RTD civ.2001.359

⁷² Ch.mixte, 14/02/03 n°00-19.423 et 00-19.424 – D. 2003.1386

⁷³ Com. 29 avril 2014 n°12-27.004

- *« Il résulte de l'article 122 du Code de Procédure Civile que la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non-assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisie du Juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci ».*

Il en résulte que, pour produire son effet, la clause de médiation doit impérativement prévoir précisément les conditions particulières de sa mise œuvre à défaut de quoi elle pourra être purement et simplement ignorée.

Les rédacteurs d'actes doivent donc être extrêmement vigilants sur ce point.

Le principe étant désormais clairement posé, il convient de s'interroger sur ses conséquences.

Depuis l'adoption de l'article 2238 du code civil⁷⁴, les parties n'ont plus à craindre les effets de la prescription puisque l'engagement de la médiation conventionnelle suspend les délais, ce qui était absolument indispensable dans l'optique de favoriser le recours à ce processus.

En revanche, la médiation conventionnelle, à défaut de textes spéciaux, ne suspend pas les délais autres que les délais de prescription et cela peut poser difficulté ; nous y reviendrons dans le prochain chapitre.

Mais à ce stade, je pense avoir identifié une situation délicate en matière de mesures conservatoires.

En effet, il est généralement admis que la clause de médiation ne s'impose pas au juge des référés, qui peut être saisi par une partie tant sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile⁷⁵ que sur ceux des articles 808 ou 809 du Code de procédure civile⁷⁶.

Cela se justifie par le fait qu'une clause de médiation ne doit pas interdire à une partie de solliciter une mesure d'instruction préalable qui ne préjudicie pas au fond, ou de faire cesser un trouble manifestement illicite ou prévenir un dommage imminent.

⁷⁴ Art.2238 civ : *« 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. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative. 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. En cas de convention de procédure participative, le délai de prescription recommence à courir à compter du terme de la convention, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».*

⁷⁵ Cass. 3e civ., 28 mars 2007, n° 06-13.209 : JurisData n° 2007-038220 ; Bull. civ. 2007, III, n° 43

⁷⁶ CA Paris, sect. B, ch. 1, 13 oct. 2006, n° 06/13726 : Bull. inf. C. cass. 15 juill. 2007, n° 1482

La notion d'urgence ici semble s'opposer au temps nécessaire au déroulement du processus de médiation.

On pourrait s'interroger en revanche sur la pertinence d'une telle solution pour ce qui concerne les demandes en référé fondées sur des obligations non-sérieusement contestables, qui, selon moi préjudicient au fond, la clause de médiation préalable pouvant dès lors être considérée comme une contestation sérieuse permettant de dire n'y avoir lieu à référé.

Mais, sur le thème des mesures conservatoires, se pose la question spécifique de la saisie-conservatoire.

Celle-ci peut être pratiquée en l'absence de titre exécutoire, avant tout procès, sur autorisation du Juge qui rendra une Ordonnance sur pied de requête⁷⁷.

Or, en application des articles L511-4 et R511-7 du code des procédures civiles d'exécution, si ce n'est dans le cas où la mesure conservatoire a été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier, dispose d'un mois après l'exécution de la mesure, à peine de caducité, pour introduire une procédure au fond ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire.

On peut donc imaginer que la clause de médiation interdit aux parties au contrat de faire pratiquer une saisie-conservatoire pour réserver ses droits car, cette clause rendra irrecevable la saisine de la juridiction destinée à faire valider la saisie, et cette irrecevabilité pourra être prononcée rapidement par le Juge de la Mise en Etat ; et il serait douteux que la jurisprudence admette que l'engagement du processus de médiation constitue *une formalité nécessaire à l'obtention d'un titre exécutoire*.

En effet, la médiation par elle-même ne permet pas d'obtenir un titre exécutoire, et en ce sens elle ne pourrait pas satisfaire les conditions de l'article R511-7 du code des procédures civiles d'exécution.

Mais on pourrait également considérer qu'en présence d'une clause de médiation, le fait d'entrer en médiation est une formalité nécessaire pour saisir la juridiction et obtenir un titre exécutoire.

La question reste posée...

Enfin, dans un tout autre domaine, il faut signaler que la clause de médiation est inopposable dans le cadre d'un contrat de travail depuis l'intervention d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation du 5 décembre 2012⁷⁸ qui a jugé que :

⁷⁷ Article L511-1 du code des procédures civiles d'exécution

⁷⁸ Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 11-20.004, Dr. soc. févr. 2013, note D. Boulmier

- « *En raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend* ».

Selon le Professeur BUGADA, la conciliation légale d'ordre public en matière prud'homale constitue un obstacle idéologique à la pénétration de la médiation dans cette matière.

Pour autant, il serait regrettable de renoncer à y recourir car les différends nés à l'occasion de relations de travail, par nature, se prêteraient idéalement à un traitement sur un mode amiable.

De manière audacieuse, et sous réserve d'informer par écrit les parties au contrat de travail de l'inefficacité potentielle d'une telle clause au salarié, je préconiserais d'en insérer systématique dans les contrats.

En effet, le salarié aura toujours la possibilité d'accepter de la mettre en œuvre s'il le souhaite.

Enfin, mais dans cette hypothèse nous ne serons plus dans le domaine conventionnel, rien n'empêchera les plaideurs de solliciter l'organisation d'une médiation judiciaire à tous les stades de la procédure prud'homale.

✓ *Difficultés rencontrées dans le cadre de la médiation conventionnelle en cours d'instance*

Cette situation concerne l'hypothèse d'un accord des parties pour recourir à une médiation alors qu'une instance judiciaire est déjà engagée.

La principale difficulté résulte de la difficulté à gérer les délais imposés par la procédure qui ne sont pas toujours compatibles avec les délais de la médiation.

En effet, particulièrement dans le cadre de procédures écrites avec représentation obligatoire, devant le Tribunal de Grande Instance et devant la Cour d'Appel, les parties sont tenues de respecter des délais dans le cadre d'une mise en état.

Or, ces délais ne sont pas suspendus du seul fait de l'engagement de la médiation et le dépôt imposé par le Juge de conclusions défendant des positions, peut être très préjudiciable au bon déroulement de la médiation.

La problématique est beaucoup plus sensible devant la Cour d'Appel depuis l'entrée en vigueur des articles 908 et 909 du code de procédure civile, qui imposent aux parties des délais très brefs pour déposer leurs conclusions sous peine de caducité de l'appel ou d'irrecevabilité du dépôt d'écritures ultérieures, ces délais étant par ailleurs préfix et insusceptibles de suspension !

Actuellement, cette situation interdit quasiment aux parties de recourir à une médiation lorsqu'une procédure est déjà pendante devant la Cour d'Appel.

La seule solution alternative envisageable serait donc que les parties s'entendent pour solliciter un retrait de l'affaire du rôle de la Cour jusqu'à l'issue du processus de médiation.

Il serait également souhaitable que la Loi évolue sur ce point et qu'une disposition vienne compléter le code de procédure civile pour indiquer que les délais prévus aux articles 908 et 909 seront suspendus en cas de médiation, dans les mêmes conditions que celles prévues en matière de suspension de la prescription, prévues à l'article 2238 du code de procédure civile.

Je voudrais maintenant aborder les difficultés susceptibles d'être rencontrées à l'issue des processus des modes amiables de résolution des différends.

3.2. Difficultés juridiques rencontrées à l'issue des processus des MARD

Ces difficultés sont différentes selon que l'on envisage une procédure participative ou un autre mode de résolution amiable des différends, dont, au premier chef, la médiation.

3.2.1. Les difficultés liées à la finalisation du processus de la procédure participative

La procédure participative peut s'achever sur un constat d'accord, sur un constat d'accord partiel, ou sur un constat de désaccord.

En cas d'accord, les parties peuvent décider d'en rester là et de l'exécuter.

Mais parfois les parties auront la volonté de sécuriser l'accord trouvé et devront alors s'adresser au Juge, ce qui sera également le cas en cas d'accord partiel ou de désaccord total.

En la matière, la saisine du juge peut donc avoir trois sens distincts :

- L'homologation d'un accord complet

- L'homologation d'un accord partiel et le jugement du désaccord persistant
- Le jugement du désaccord

En cas d'accord complet, les parties peuvent demander l'homologation de leur accord conformément à l'article 1557 du Code de procédure civile⁷⁹ au président de la juridiction normalement compétente pour connaître du litige.

Pour le praticien, la question se pose de savoir quel juge sera territorialement compétent pour connaître de cette demande d'homologation si les parties ne résident pas dans le même ressort.

On peut certainement prédire qu'un tribunal dans le ressort duquel une seule des parties a son domicile, acceptera sa compétence, surtout si la requête est déposée conjointement, mais serait-ce le cas si la requête est déposée par une seule partie, la plus diligente ?

L'hypothèse d'un désaccord total ou partiel pose une difficulté particulière.

En effet, le code de procédure civile prévoit dans ce cas un mode de saisine allégé, en ce sens que la saisine du juge opérera en évitant à la fois la phase de conciliation éventuellement prévue par la procédure ordinaire devant la juridiction compétente⁸⁰ (article 1558 du code de procédure civile), mais aussi une mise en état devant le tribunal de grande instance (article 1559 du code de procédure civile).

Mais l'article 1561 du code de procédure civile énonce que :

- « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties telles que formulées dans la requête prévue à l'article 1559⁸¹.*

Les parties ne peuvent modifier leurs prétentions, si ce n'est pour actualiser le montant d'une demande relative à une créance à exécution successive, opposer un paiement ou une compensation ultérieure ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait postérieur à l'établissement de l'accord.

Les parties ne peuvent modifier le fondement juridique de leur demande ou soulever de nouveaux moyens qu'en vue de répondre à l'invitation du juge de fournir les explications de fait ou de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

⁷⁹ « La demande tendant à l'homologation de l'accord des parties établi conformément à l'article 1555 est présentée au juge par requête de la partie la plus diligente ou de l'ensemble des parties. A peine d'irrecevabilité, la requête est accompagnée de la convention de procédure participative. Lorsque l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la requête mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat ».

⁸⁰ Sauf en matière de divorce où le texte prévoit une exception

⁸¹ Il semble que le renvoi à l'article 1559 soit une erreur et que c'est en réalité à l'article 1560 qu'il est renvoyé

A l'analyse, ce texte sous couvert de déléguer aux parties la mise en état de l'affaire et de leur proposer une plus grande célérité dans le jugement du litige persistant, pose un principe tout à la fois de concentration des demandes et des moyens qui n'existe pas en tant que tel en droit processuel commun et qui constitue un piège très dangereux pour les plaideurs.

En outre, les textes imposent dans cette hypothèse de transmettre à la juridiction l'intégralité des pièces et des échanges qui se sont tenus durant la procédure participative⁸² de telle sorte que le juge est informé de ce qui s'est produit lors de cette démarche, qui n'offre donc aucune garantie de confidentialité, ce qui peut poser difficulté en cas d'accord partiel.

Ces difficultés paraissent suffisamment sérieuses pour que les parties et surtout leurs conseils, choisissent d'éviter la procédure participative et la court-circuitent en négociant des accords dans un cadre plus informel qu'ils pourront décider de faire homologuer dans les conditions qu'ils décideront.

3.2.2. Les difficultés liées à finalisation du processus de médiation

Ces difficultés sont directement liées à la complexité des dispositions permettant de donner force exécutoire aux accords amiables en droit processuel français.

En effet, il convient de rappeler une évidence : les accords intervenus en dehors de la présence du juge n'ont pas force exécutoire et, si les parties souhaitent qu'ils en soient revêtus, il faudra un jugement (d'homologation ?) pour leur donner cette force.

Traditionnellement les deux questions essentielles qui se posent en matière d'exécution des accords amiables sont celle de l'étendue du contrôle du juge sur l'accord, et celle des voies de recours ouvertes contre les décisions d'homologation des accords.

Depuis la publication du Décret n°2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends, qui a ajouté un Livre V au code de procédure civile, d'autres difficultés pratiques sont apparues.

En effet, la création de ce Livre V s'est posée la question de savoir si ses dispositions s'appliquaient à tous les différends, y compris à ceux du Livre I intitulé « Dispositions communes à toutes les juridictions ».

La doctrine⁸³ semble considérer que tel n'est pas le cas et qu'il existe désormais deux procédures distinctes pour obtenir l'homologation d'un accord, celle de la matière purement gracieuse des articles 131, al. 2, art. 131-12, al. 1 et 2 du code de procédure civile, et celle de

⁸² Article 2063 du Code civil

⁸³ FOULON et STRICKLER, « Accords et force exécutoire en France » ; Gaz.Pal. 3 sept.2013 n°246 p.8

l'article 1566 du même code dont la rédaction est critiquée⁸⁴ tellement son régime semble difficile à définir.

Cette cohabitation pose difficulté car elle instaure deux régimes d'homologation différents en fonction de l'origine de l'accord, ce qui paraît assez illogique et complexifie une démarche que le législateur voulait en réalité simplifier pour favoriser le développement des modes amiables de résolution des différends !

A l'analyse, on doit donc considérer que seuls les accords issus de processus purement conventionnels, c'est-à-dire conciliation et médiation conventionnelle, procédure participative, et transaction⁸⁵, relèvent de l'application du Livre V.

Les autres, et notamment ceux issus d'une médiation d'origine judiciaire, relève de la matière gracieuse des articles 131, al. 2, art. 131-12, al. 1 et 2 du code de procédure civile.

En synthèse, les différences entre ces deux procédures sont les suivantes :

Dans le cadre de la procédure purement gracieuse de l'article 131 du Code de procédure civile, utilisée pour les « accords judiciaires » la procédure est portée devant le tribunal compétent et non pas devant le président de cette juridiction et l'appel est préalable à l'éventuelle rétractation et interjeté au greffe de la juridiction qui a rendu la décision.

Dans le cadre de la procédure particulière utilisée pour les « accords du livre V » et pour toutes les transactions, la requête est présentée au président de la juridiction compétente.

Il n'y a pas d'appel possible contre la décision qui fait droit à la demande, mais une rétractation devant le même juge et l'appel à l'encontre d'une décision rejetant la demande se fait au greffe de la Cour.

Mais ce qui semble pouvoir poser le plus problème du point de vue du praticien, ce sont les modalités de saisine du Juge.

En effet, alors qu'en matière de transaction, de procédure participative ou de médiation d'origine judiciaire, l'homologation de l'accord peut être demandée conjointement par toutes les parties ou par la partie la plus diligente seulement, en revanche, « *la demande tendant à l'homologation de l'accord issu de la médiation⁸⁶ est présentée au juge par requête de l'ensemble des parties à la médiation ou de l'une d'elles, avec l'accord exprès des autres* »⁸⁷.

On peut comprendre cette préoccupation qui tend à respecter l'esprit de la médiation jusqu'à son terme et estimer que la mise à exécution forcée d'un accord de médiation signe finalement l'aveu de l'échec du processus de médiation lui-même.

⁸⁴ GUILLEMAIN, « Réflexion sur la qualification de l'homologation judiciaire – Commentaire du décret n°2012-66 relatif à la résolution amiable des différends » ; Gaz.Pal. 22 mai 2012 n°143 p.10

⁸⁵ Puisque l'article 1567 du Livre V a abrogé et remplacé l'ancien article 1441-4 du code de procédure civile

⁸⁶ Nb : il s'agit de médiation conventionnelle

⁸⁷ Article 1534 du code de procédure civile

D'ailleurs je propose systématiquement aux parties d'inclure une clause de médiation dans leurs accords de médiation au cas où un différend viendrait à naître à l'occasion de l'accord lui-même.

Mais au risque de demeurer prisonnier d'un effet de mise en abîme qui renverrait les parties indéfiniment en médiation, il m'apparaît que la sécurité juridique imposerait qu'un accord conclu de bonne foi puisse obtenir force exécutoire à la demande d'une seule des parties.

On ne peut pas exclure en effet, que l'une d'entre elles profite de mauvaise foi du processus de médiation, jusqu'à son terme et décide d'en empêcher unilatéralement l'exécution.

Alexandra GUILLEMAIN⁸⁸ semble militer pour que tous les accords amiables ne puissent être homologués que sur requête conjointe de toutes les parties.

En effet, le mode de saisine du Juge a une influence sur l'étendue de son contrôle.

Quelle doit être l'étendue du contrôle du juge lors de la demande d'homologation ?

La réponse à cette question dépend de la conception qu'on se fait de la médiation.

L'article 1565 du code de procédure civile rappelle clairement que « *le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes* ».

Dans ces conditions on pourrait supposer que par analogie avec la jurisprudence qui s'était développée en matière de transaction⁸⁹, l'homologation de l'accord de médiation ne supposerait qu'un contrôle léger sur la qualification de l'accord et sur son éventuelle contrariété à l'ordre public, excluant tout contrôle d'opportunité.

Mais l'article 1566 du code de procédure civile permet au Juge d'entendre les parties s'il l'estime nécessaire et de réintroduire ainsi une dimension contradictoire à une procédure gracieuse, qui par nature, ne l'est pas pour décider d'homologuer ou non l'accord !

Cela pourrait suggérer l'idée selon laquelle le juge doit rester maître du résultat en vérifiant que l'accord préserve les droits des parties, ce qui avait été affirmé par la chambre sociale de la Cour de cassation, il y a quelques années⁹⁰.

Mais selon Madame GUILLEMAIN cette disposition pourrait surtout permettre de moduler son contrôle selon la situation qui lui est présentée ; contrôle allégé sans débat en cas de saisine conjointe ; débat contradictoire pour vérifier si la partie qui ne la demande pas a des raisons légitimes de s'opposer à l'homologation en cas de requête unilatérale.

Au-delà de la position qu'elle adopte, c'est une demande de cohérence qui est exprimée.

⁸⁸ Précitée

⁸⁹ Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 06-19527 : RTD civ. 2011, p. 559, obs. P.-Y. Gautier et p. 593, obs. R. Perrot

⁹⁰ Cass. soc., 18 juill. 2001, n° 99-45534 : Bull. civ. V, n° 279

Comment expliquer en effet qu'il existe deux régimes d'homologation différents pour un accord conclu à l'issue d'une médiation conventionnelle et un accord issu d'une médiation d'origine judiciaire (mais qui en réalité est conventionnelle puisque le juge ne peut pas imposer une médiation) !

Et qu'en serait-il d'une transaction, conclue à l'issue d'un processus de médiation conventionnelle ?

La qualification par les parties de leur accord en transaction ferait-elle primer l'application de l'article 1567 du code de procédure civile au détriment de l'article 1534 du même code ?

Par ailleurs, comment réagirait un juge à qui une seule partie demanderait l'homologation d'un accord issu d'une médiation conventionnelle contenant une clause aux termes de laquelle les parties auraient convenu de faire homologuer judiciairement l'accord ?

Autant de questions que la jurisprudence sera peut-être amenée à trancher dans un avenir proche dans cette matière en devenir où tout ou presque reste à construire.

Table des matières

I. Les obstacles culturels au développement des modes amiables de résolution des différends.....	4
1.1. D'une indifférence dédaigneuse à un intérêt réel mais encore fragile	4
1.1.1. Le dédain traditionnellement affiché à l'égard des MARD	4
1.1.2. Un intérêt réel pour les MARD mais qui reste fragile	16
1.2. Une mauvaise maîtrise des concepts et des acteurs.....	17
1.2.1. Eléments de définitions	18
1.2.2. La problématique des acteurs du monde des modes amiables de résolution des différends	21
II. Les obstacles d'ordre économique et matériel au développement des modes amiables de résolution des différends.....	27
2.1. La recherche de moyens matériels : entrave au développement des MARD ²⁷	
2.1.1. La problématique du temps dans les MARD.....	27
2.1.2. La problématique de l'environnement matériel des MARD	29
2.2. La difficile recherche d'un équilibre économique des MARD.....	32
2.2.1. L'équilibre économique des MARD du point de vue des parties.....	32
2.2.2. L'équilibre économique des MARD du point de vue de ses acteurs professionnels	36
III. Les obstacles d'ordre juridique au développement des modes amiables de résolution des différends	42
3.1. Difficultés juridiques rencontrées lors de la mise en place et du déroulement des MARD.....	43
3.1.1. Les difficultés liées à la conclusion de la convention de procédure participative	43
3.1.2. Les difficultés liées à la conclusion et au déroulement de la médiation	45
3.2. Difficultés juridiques rencontrées à l'issue des processus des MARD.....	50
3.2.1. Les difficultés liées à la finalisation du processus de la procédure participative	50
3.2.2. Les difficultés liées à finalisation du processus de médiation	52