1RE TABLE RONDE : JUSTICE JUDICIAIRE ET JUSTICE AMIABLE

5 Mesure de l'essor des différentes pratiques amiables

Carine Denoit-Benteux,
avocat et médiateur, ancien membre du Conseil de l'Ordre, présidente de la Commission Textes du Conseil national des barreaux, responsable du Centre national de médiation des avocats du CNB

Avec l'essor des modes amiables, la posture de l'avocat se transforme pour accompagner et conseiller les parties dans la recherche d'un accord mutuellement acceptable. Dans ce contexte, le juge n'est pas en reste et voit son office évoluer : parfois initiateur des MARD (Modes alternatifs de résolution des différends), il veille toujours au bon déroulement de la procédure et peut, à terme, entériner les accords. En tout état de cause, ces nouvelles pratiques entraînent des modifications textuelles substantielles qui bouleversent notre approche de l'amiable et questionnent nos pratiques professionnelles.

1 - Alors que les modes amiables connaissent un essor sans précédent, les acteurs du monde judiciaire se questionnent sur l'émergence de ces nouvelles pratiques qui invitent à la réflexion sur la nouvelle posture du juge et de l'avocat.

2 - Si certains considèrent que « justice amiable » et « justice judiciaire » s'opposent dans leur principe, il n'en n'est rien : l'amiable s'insère parfaitement à toutes les étapes d'un contentieux même si une juridiction est déjà saisie. En effet, les MARD peuvent être actionnés dès la naissance du conflit et jusqu'à la formalisation d'un accord final.

3 - Le Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 prévoit d'ailleurs en son article 2 la possibilité pour le juge d'enjoindre les parties, en tout état de la procédure, de rencontrer un médiateur afin de les informer sur l'objet et le déroulement de la médiation (*au travers d'une modification de la loi n° 95-125 du 8 février 1995*). Cette extension du pouvoir du juge aux fins de proposer une médiation en tout état de cause est le signe de la confiance renouvelée du législateur dans l'avenir de la médiation et des modes amiables.

4 - Un tel bouleversement entraîne pour les magistrats et les avocats une transformation de leur pratique à laquelle il faut dès à présent se préparer. En effet, le monde judiciaire doit apprendre à composer avec cette nouvelle offre de résolution des litiges car il s'agit ici d'un mouvement inexorable dont le développement ne semble être qu'à son seuil.

5 - Cette table ronde à laquelle l'ENM et l'Université de Paris Nanterre nous convie est une occasion judicieuse de prendre la mesure de l'essor des différentes pratiques amiables, notamment sur l'évolution de la proximité du juge par rapport aux justiciables (**1**). Cela étant, cet essor entraîne une évolution notable de la pratique professionnelle des avocats et de la posture du juge (**2**). Enfin, on notera qu'il serait souhaitable qu'un encadrement textuel spécifique vienne finaliser l'avènement de l'amiable et permette d'harmoniser les pratiques, en édictant un cadre suffisamment précis qui servirait de repère commun aux différents praticiens (**3**).

1. L'essor des modes amiables : *quid* de la proximité avec le juge ?

6 - Sous l'influence des conventions internationales et européennes qui privilégient de plus en plus la recherche d'accords amiables entre les parties aux fins de désengorger les tribunaux, les modes amiables connaissent au XXIe siècle un élan sans précédent. En effet, le système judiciaire actuel n'est plus en capacité d'absorber la multiplication des contentieux compte tenu des contraintes budgétaires et des effectifs restreints avec lesquels la Chancellerie doit désormais composer.

7 - Avec l'essor des modes amiables, de nouveaux acteurs se sont rapidement positionnés sur ce nouveau marché émergent. Si nous devons nous féliciter de l'engouement partagé par la résolution amiable des différends et notamment la multiplication de nouvelles plateformes numériques, il est nécessaire de se pencher sur ces nouvelles offres de services. Sans encadrement textuel, ces plateformes issues des Legaltech pourraient, à terme, dévoyer l'essence même des processus amiables et desservir les justiciables.

8 - Assurément, tant les magistrats que les avocats doivent se soucier de la diversification de ces nouvelles offres amiables pour ne pas s'en retrouver exclus (**A**). Néanmoins, si les offres de résolution amiable se diversifient sous de multiples formes, le juge n'est jamais loin : celui-ci participe et accompagne les modes amiables notamment par les possibilités qui lui sont of-

fertes par les textes (**B**). Enfin, un focus particulier doit être fait sur la procédure participative aux fins de mise en état, véritable mise en état privée qui va venir décharger le juge d'une partie chronophage de son office (**C**).

A. - La diversification des nouvelles offres de pratiques amiables

9 - L'opportunité du développement des modes amiables doit être analysée au regard de l'évolution actuelle des textes qui prône le déploiement du numérique. À ce titre le récent « Projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 » s'est emparé de cette question et consacre plusieurs articles novateurs en la matière.

10 - Avec l'avènement des Legaltech, cette nouvelle réglementation est vivement appréciable afin de poser un cadre juridique pour un secteur encore ignoré par le droit. Une législation dépourvue d'équivoque permettra aux acteurs du droit de renvoyer sereinement leur dossier en procédure amiable et aidera les MARD à gagner la confiance des justiciables.

« Le numérique ne peut, à terme, remplacer totalement la médiation « en présentiel » qui demeure plus accessible pour chacun. »

11 - C'est l'article 3 qui vient se saisir de la question des plateformes numériques, dont le régime est encore balbutiant. Celui-ci prévoit les obligations qui pèsent désormais sur les prestataires en ligne d'offres de modes amiables. Ceux-ci doivent alors respecter les principes d'impartialité, de compétence et de diligence. Conformément à cet article, ces prestataires devront également être tenus au secret professionnel, compte tenu des informations qu'ils seront susceptibles de recueillir.

12 - En tout état de cause, on ne peut que se réjouir de ce texte qui vient accompagner l'offre en ligne d'un amiable de qualité. Cependant, si cette réglementation permettra d'encadrer au mieux les pratiques amiables émergentes, les MARD en ligne présentent une difficulté liée à leur accessibilité : en effet, tous les justiciables ne sont pas égaux face au développement rapide du numérique.

13 - En conséquence, le risque de création d'une véritable fracture sociale n'est pas à exclure : alors que certaines parties sont capables de recourir à ces plateformes et de s'approprier ces nouveaux outils, d'autres en sont *de facto* exclues. Une partie de la population n'est pas initiée à cette culture du numérique et risque de s'en retrouver totalement écartée si elle n'est pas en capacité intellectuelle, temporelle ou financière de se servir de ces instruments.

14 - Ainsi, si le numérique peut permettre une résolution rapide et efficace des litiges, notamment pour les dossiers à longue distance ou internationaux, il n'est pas toujours une solution conseillée si toutes les parties ne peuvent en bénéficier sereinement. Le numérique ne peut, à terme, remplacer totalement la médiation « en présentiel » qui demeure plus accessible pour chacun.

B. - L'amiable dans l'ombre portée du juge

15 - Si de nouveaux acteurs souhaitent participer à l'avènement des modes amiables, la question de l'éloignement du justiciable par rapport au juge demeure un sujet de préoccupations majeur.

16 - Quoi qu'il en soit, les modes amiables ne doivent jamais être envisagés comme un éloignement du juge, car il ne s'agit pas d'une voie distincte cloisonnée de la procédure judiciaire classique. Ainsi, le juge dispose de nombreux fondements textuels afin d'être tant à l'origine des modes amiables qu'à leur conclusion.

17 - Tout d'abord, le juge peut enjoindre les parties à rencontrer un médiateur, comme en matière de divorce[1] ou d'autorité parentale[2], s'il l'estime nécessaire. Ainsi, les modes amiables ne sont pas déconnectés du juge, car celui-ci peut même en être l'initiateur direct si son expertise le conduit à privilégier un mode amiable.

18 - Si les parties parviennent à un accord, et quel que soit le MARD choisi, le recours au juge est toujours possible pour faire homologuer l'accord. On mentionnera ici notamment l'article 1565 du Code de procédure civile selon lequel « *L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* ».

19 - Enfin, même si un mode amiable venait à échouer, les parties peuvent toujours retourner devant le juge qui demeure capable de trancher l'entier différend.

C. - L'amiable au service du juge : la procédure participative de mise en état

20 - La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle confère à la procédure participative un nouvel objet : la mise en état consensuelle du litige. Le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017[3] a précisé les règles applicables aux articles 1546-1 et suivants du Code de procédure civile.

21 - Le 15 janvier 2018, la garde des Sceaux, Nicole Belloubet, a reçu les rapports des cinq chantiers de la Justice. Dans le chantier portant sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile[4], on y retrouve la proposition 19 selon laquelle il

1 *C. civ., art. 255.*
2 *C. civ., art. 373-2-10.*
3 *D. n° 2017-892, 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile : JO 10 mai 2017, n° 109.* – V. not. *R. Le Breton de Vannoise, Vademecum de la procédure participative de mise en état : Dr famille 2018, dossier 32.*
4 V. not. J. *Théron, Améliorer et simplifier la procédure civile. Comment regagner la confiance des justiciables ? : JCP G 2018, act. 237.*

conviendrait de « favoriser la mise en état conventionnelle ». En effet, il n'est pas exclu qu'à terme la pratique de la mise en état conventionnelle se généralise.

22 - Il s'agit ici d'une innovation importante, notamment en ce qu'elle va conduire à impliquer les avocats à l'occasion de la mise en état de leur litige, et décharger le juge de cette tâche. La procédure participative de mise en état permet aux parties de se réapproprier la résolution de leur différend en étant associées tant à la recherche de l'accord final qu'à l'avancement de la procédure : indéniablement, la procédure participative de mise en état entraîne une responsabilisation des avocats et des parties. Par exemple, les parties pourront définir la méthodologie de travail et le calendrier des réunions. Elles pourront fixer un calendrier de transmission de leurs pièces et écritures en fonction des spécificités de leur dossier et non en fonction du calendrier de la juridiction. Les parties peuvent définir ensemble l'objet du litige, voire la qualification des faits et des actes litigieux, ainsi que les points de droit sur lesquels elles entendent limiter le débat.

23 - La procédure participative de mise en état permet également de recourir à un technicien sur les questions de fait dont dépend la solution du litige (comme un expert inscrit sur la liste des experts judiciaires, un professionnel qualifié, un notaire, un avocat spécialisé dans une matière particulière...).

24 - En tout état de cause, la procédure participative de mise en état est une parfaite illustration de la fusion possible entre « justice amiable » et « justice judiciaire », et une opportunité pour la magistrature de voir sa charge de travail allégée.

2. L'évolution des pratiques entraînée par l'essor des MARD

25 - Si l'amiable connaît un succès fulgurant, il entraîne pour les avocats et les magistrats une transformation soudaine de leur façon de travailler. Indéniablement, les MARD provoquent une évolution de l'office du juge et de la pratique des avocats (A). D'ailleurs, il conviendra de noter que les MARD ne sont pas exclusifs les uns des autres et peuvent être à l'occasion d'un même litige combinés (B). Pour autant, afin de saisir la plénitude des modes amiables et de leur fonctionnement la question de la formation des avocats et des magistrats doit être envisagée. Si de nombreux acteurs se sont préoccupés de cette problématique, les avocats se sont rapidement saisis de cette question notamment par la création du Centre national de médiation des avocats (C).

A. - L'évolution de l'office du juge et de la pratique des avocats face à l'amiable

26 - Le développement des pratiques amiables amène les avocats et les magistrats à travailler autrement sans pour autant altérer l'essence de leur fonction. Les modes amiables incitent les professionnels du droit à travailler en équipe et à changer de posture, grâce à l'association dans chaque MARD de tous les acteurs du processus pour rechercher un accord mutuellement acceptable : les avocats, experts et magistrats opèrent désormais dans un sens commun au service des justiciables.

27 - Cette table ronde est d'ailleurs l'occasion de rappeler un point important et souvent ignoré : la place du juge est fondamentale pour l'épanouissement des modes amiables, particulièrement en matière de médiation judiciaire. En effet, l'office du juge n'est pas amoindri par le renvoi des dossiers en médiation : celui-ci sélectionne les médiateurs au moyen de listes établies près les cours d'appel, incite les parties et leurs conseils à jouer un rôle proactif dans la détermination du choix et garantit à cette occasion la qualité des médiations accomplies.
L'adhésion des parties au choix du médiateur est une première étape de réussite du processus et le juge joue donc ici un rôle essentiel.

28 - En aucun cas les modes amiables ne doivent être perçus comme ce qui pourrait être un « déni de Justice », et l'on doit se féliciter du fait que les parties prennent en main leur conflit pour parvenir elles-mêmes à un accord, avec l'aide du juge. Ainsi, les modes amiables doivent être appréhendés comme une voie alternative à la saisine automatique du juge, parfois superflue et dispensable.

29 - Enfin, la posture de l'avocat change tout autant que celle du juge. Elle passe d'une activité essentiellement contentieuse à une activité davantage tournée vers le conseil. Les avocats se concentrent sur la recherche de l'accord, et doivent travailler conjointement pour parvenir à une solution finale satisfaisante pour l'ensemble des parties.

30 - La recherche de la satisfaction des besoins, préoccupations et valeurs des parties s'ajoute donc à l'analyse juridique du différend pour lequel l'avocat est mandaté.

B. - L'articulation des MARD

31 - Les modes amiables offrent un panel de solutions nouvelles aux parties pour parvenir à un accord. Mieux encore, les modes amiables peuvent être combinés entre eux. En effet, ce ne sont pas des processus étanches et séparés les uns des autres. Ainsi, il est important que tous les acteurs du règlement amiable et en particulier les magistrats et les avocats, se forment aux différents processus, afin de pouvoir comprendre l'interaction que les MARD ont les uns avec les autres.
En ce sens, si les parties souhaitent recourir à un médiateur alors même qu'elles ont initié une procédure participative ou un processus collaboratif, elles le pourront.

32 - Le médiateur interviendra comme l'un des techniciens que les parties feront participer à la procédure pour les aider à régler une partie de leur litige. C'est notamment le cas dès lors qu'une procédure participative est initiée, mais qu'il est nécessaire que les parties retrouvent le chemin de la communication avec l'aide du médiateur spécifiquement formé à cette tâche.

33 - Notons également ici que la souplesse du processus amiable peut aisément permettre en pratique, alors qu'une procédure participative est initiée et qu'elle a donné lieu à la désignation d'un médiateur, de faire également entrer un expert dans l'espace de négociation afin de parvenir à un accord sur un point technique nécessitant son concours. C'est le cas notamment dans une procédure de divorce lorsqu'une liquidation est nécessaire et que la présence d'un notaire dans l'espace de médiation est donc constructive.

34 - L'articulation des processus amiables consacre ainsi le nécessaire travail d'équipe des différents acteurs des modes amiables.

C. - La nécessaire formation des acteurs de l'amiable

35 - Les modes amiables questionnent autant la pratique des magistrats que celle des avocats, qui doivent se former à leur utilisation (notamment au travers des différents outils de communication). De plus en plus d'avocats se forment à la négociation raisonnée[5], à la communication non violente, à l'accompagnement en médiation et à l'écoute active pour être au service de la résolution pacifiée des crises familiales, ce dont nous devons nous féliciter.

« À ce jour, près de 500 avocats médiateurs répartis sur toute la France sont inscrits sur l'annuaire du CNMA. »

36 - Les avocats peuvent d'ailleurs s'investir davantage et devenir eux-mêmes des médiateurs selon les termes de l'article 6.3.1 du RIN à partir du moment où ils seront référencés auprès du Centre national de médiation des avocats (CNMA). Celui-ci est né du vote de l'assemblée générale du Conseil national des barreaux des 11 et 12 décembre 2015. Le CNMA[6] se matérialise par une plateforme Internet qui met à disposition du grand public un annuaire des avocats médiateurs. Pour figurer sur les listes du CNMA, l'avocat doit justifier de 200 heures de formation répartie entre 140 heures de formation pratique et 60 heures de formation théorique ou 140 heures de formation complétées d'une justification de pratique. Jusqu'au 31 décembre prochain, les avocats justifiant d'une expérience de médiateur (au moins 10 médiations dans les 4 dernières années), ont également la possibilité de présenter leur dossier pour une demande de référencement.

37 - À ce jour, près de 500 avocats médiateurs répartis sur toute la France sont inscrits sur l'annuaire du CNMA.

38 - Enfin, on notera que la décision à caractère normatif du 7 janvier 2015[7] est venue définir les principes d'organisation et harmoniser les programmes de la formation initiale des élèves-avocats. Là encore, la profession se soucie de la formation de ses jeunes avocats, afin de les préparer dès à présent aux nouveaux outils de demain. Ainsi dans son article 3, il est indiqué que les modes alternatifs de règlement des litiges doivent irriguer toute la formation des élèves-avocats. Dans l'article 6 consacré aux formations au choix des CRFPA, les CRFPA qui le souhaitent peuvent mettre en place des formations à la médiation.

3. Un encadrement textuel attendu

39 - Malgré de nombreux signes positifs et encourageants sur l'avenir des modes amiables, une codification plus précise et rigoureuse de la justice amiable est attendue afin de clarifier les confusions récurrentes dans les offres amiables (**A**). Cela permettrait, notamment d'harmoniser les pratiques en France mais également à l'international (**B**).

A. - Vers une codification de la justice amiable

40 - La notion d'amiable est aujourd'hui galvaudée. La notion de médiation l'est en particulier. Malgré une profusion de textes ayant émergé ces dernières années, les modes amiables sont toujours source de confusion. Particulièrement, la confusion entre médiation et conciliation qui s'est installée dans nos textes est contre-productive pour le déploiement d'un amiable de qualité. Il s'agit ici d'un enjeu important, notamment parce que le développement de l'amiable ne doit pas se faire au détriment de la protection du justiciable.

41 - Pour rappel, la médiation est un processus dans lequel un tiers, le médiateur, neutre, indépendant et impartial, aide les parties à dialoguer et à parvenir à un accord. Le médiateur ne doit donc jamais prendre parti, et la solution qui émerge doit venir des parties elles-mêmes : contrairement au conciliateur, le médiateur ne doit jamais proposer une solution. Le Bulletin d'information de la Cour de cassation[8], propose une définition en ces termes : « *La médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, « le médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables* ».

42 - A contrario, la conciliation qui semble d'ailleurs être plus orientée sur le litige que sur le conflit, permet au conciliateur d'être lui-même à l'origine de la solution retenue.

5 V. not. C. Bourguès-Habif et A. M. de Cayeux, *La négociation spontanée et la négociation raisonnée* : Dr. Famille 2018, dossier 35. – F. Gladel, *La « négociation raisonnée de Harvard ». Une opportunité à saisir pour les avocats* : JCP G 2012, prat. 267.

6 https://cnma.avocat.fr

7 *Décision à caractère normatif n° 2014-003, 7 janv. 2015* : JO 18 janv. 2015, p. 833 ; JCP G 2015, act. 107.

8 Hors-série – La médiation : https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html

43 - Ainsi, le développement de ce qui est couramment appelé « la médiation en ligne » ne correspond pas à la médiation telle qu'elle est aujourd'hui pratiquée par les médiateurs formés au processus. En effet, la médiation en ligne telle qu'elle est envisagée actuellement dans le projet de réforme (à l'article 3) renvoie, à défaut vers une médiation d'adhésion, et s'éloigne de la médiation telle qu'elle devrait être normalement pratiquée.

44 - En tout état de cause, une codification claire des différents processus amiables, et particulièrement de la médiation est vivement attendue : il en va de la confiance des justiciables dans les MARD.

B. - La nécessité d'harmoniser les pratiques

45 - Enfin, tant la formation que la codification par les textes permettront de partager un repère commun aux différents praticiens. La médiation souffre par exemple de la multiplicité de ses formes : d'un médiateur à l'autre, le processus n'est pas le même.
Ainsi, certains médiateurs ne convient pas à leur table de médiation les avocats, ou se permettent de rédiger l'accord final. Ces variables nuisent à l'épanouissement de la médiation, qui ne peut se satisfaire de telles différences souvent contraires à l'esprit du processus.

46 - Si les listes établies près des cours d'appel permettent de certifier de la qualité des médiateur, les pratiques diffèrent encore compte tenu de la pratique (notamment étrangère), de la formation et de la matière de la médiation (d'importantes différences existent entre la matière civile et commerciale).
Conclusion

47 - L'ensemble des éléments évoqués précédemment permettront, nous l'espérons, un épanouissement complet des MARD et une prise de conscience collective du temps qu'il conviendra de leur consacrer. Cela étant, si l'émergence récente des plateformes numériques est enthousiasmante, la pratique des modes amiables se dote désormais de nouveaux outils qui nécessitent une vigilance particulière pour assurer aux justiciables le maintien d'un service de qualité. Quoi qu'il en soit, les MARD modifient indéniablement la pratique professionnelle des auxiliaires de justice et celle des magistrats qui participent à leur épanouissement : par leur dynamique d'impulsion, ils contribuent avec les avocats à leur développement. ■