

MARC et MARD : justice alternative ou alternative à la justice

Modes alternatifs de résolution des conflits et modes amiables de règlement des différends :
explications sur ces façons différentes de résoudre les litiges.



Par M^e Christophe Michoud, avocat au Barreau de Grenoble.

« Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher les procès, c'est la première. Il faut que la société dise aux parties : " Pour arriver au temple de la justice, passez d'abord par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez". » M^e Prugnon, député à l'assemblée constituante, le 7 juillet 1790.

HISTOIRE. S'inspirant des Amérindiens qui résolvaient leurs conflits en cercle de guérison ou de sentence, ces modes ont d'abord été mis en œuvre en Amérique du Nord par des protestants anabaptistes, sans clergé ni hiérarchie, les Mennonites et les Quakers. Des *victim-offender mediations* (médiations victime-délinquant) et des *reconciliation programs* (programmes de réconciliation) ont été ensuite initiés à une époque marquée par le Mouvement des droits civiques de Martin Luther King dans les sixties et la Guerre du Viêt Nam dans les seventies.

Des *Neighborhood Justice Centers* (centres de justice de quartier) et des *Community Boards* (conseils communautaires) furent fondés à Saint Paul (Minnesota) en 1973 et à San Francisco (Californie) en 1976, par des avocats conscients de la nécessité de créer de nouvelles pratiques du Droit, regroupées dans les eighties sous le vocable d'*alternative dispute resolution* (ADR).

Leurs apparitions dans des pays de *Common law* (Droit coutumier) s'expliquent par la plus grande flexibilité d'un système juridique bâti sur la jurisprudence (les précédents), plus accueillant pour l'ADR que les pays de Droit écrit romano-germanique, comme la France, reposant sur le culte de la Loi.

Reprenant l'acronyme, on peut aujourd'hui parler de l'évolution de l'ADR vers le RAD, le règlement amiable des différends.

DISTINCTION. Les modes alternatifs invitent à opter entre plusieurs offres de solution, en une justice alternative : on y trouve l'arbitrage, la conciliation, la procédure participative et la transaction. La résolution se définit comme l'action de résoudre

un problème mais conserve en Droit un caractère de sanction, originellement tiré de l'effacement rétroactif d'obligations réciproques nées d'un contrat en raison de son inexécution.

Le conflit est la partie « immergée » du litige, opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale appelée à la trancher par une décision.

On dit souvent que si l'on gère le conflit, on ne résout que le litige...

L'arbitre exerce un pouvoir de nature juridictionnelle, il peut même s'agir d'un juge statuant comme amiable compositeur ; le conciliateur peut agir sur délégation de pouvoir d'un juge ; la procédure participative est soumise *in fine* à l'homologation d'un juge (en cas d'accord) ou à son autorité pour statuer sur le litige (en cas d'échec) et si la transaction permet toujours de résoudre un litige en consentant des concessions réciproques, elle reste un contrat pouvant être soumis au contrôle d'un juge.

Évoquant la médiation, Jean Timsit, fondateur du centre de résolution des conflits, disait déjà : « *Pas question d'une justice alternative mais d'une alternative à la justice* ».

Les modes amiables proposent une palette de processus fondés sur la rencontre des volontés et le libre consentement, en une alternative à la justice : partant de la négociation raisonnée, on y trouve le droit collaboratif, la médiation et plus récemment, le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire.

Plus que la résolution, le règlement évoque l'apaisement et non pas la sanction. « *Vouloir résoudre un conflit, c'est vouloir l'effacer à jamais... Le régler, c'est vivre avec et le dépasser !* ».

Le différend, désaccord résultant d'une opposition d'opinions ou d'intérêts, est moins connoté juridiquement puisqu'il n'est pas encore formalisé ou porté devant une juridiction.

La négociation raisonnée, issue du *Harvard Negotiation Project* (Projet de négociation de l'Université d'Harvard) s'appuie sur quatre grands principes : - traiter séparément les personnes et le différend ;

Les modes alternatifs invitent à opter entre plusieurs offres de solution, tandis que les modes amiables proposent une palette de processus fondés sur la rencontre des volontés et le libre consentement.

- se concentrer sur les intérêts « moteurs silencieux de l'action » et pas sur les positions ;
- imaginer des solutions procurant un bénéfice mutuel (processus gagnant-gagnant) ;
- utiliser de critères objectifs (*best alternative to a negotiated agreement* ou meilleure solution de rechange à un accord négocié).

Si les MARC restent liés au pouvoir juridictionnel, les MARD ont une nature conventionnelle : si l'arbitre ou le conciliateur tranche par la volonté des parties, l'avocat praticien du droit collaboratif ou médiateur rapproche la volonté des parties.

ARCHITECTURE. Le droit collaboratif, élaboré aux États-Unis par Stuart Webb en 1990 et importé en France par Charlotte Butruille Cardew en 2006, repose sur six piliers :

- les parties renoncent à soumettre le différend à un juge,
- mais travaillent en équipe avec leurs avocats (attitudes d'empathie, d'acceptation et de non-jugement & techniques de reformulation, de clarification et d'aide à la prise de décision)
- dans une transparence absolue,
- et une confidentialité renforcée,
- en faisant appel à des tiers experts en cas de besoin,
- les avocats se retirant en cas d'échec.

La procédure participative, introduite par la loi du 22 décembre 2010 et le décret du 20 janvier 2012, s'est d'ailleurs largement inspirée du droit collaboratif (hors renoncement au juge et retrait des avocats).

La médiation, mode aujourd'hui le plus connu du grand public, dont Thomas Fiutak a modélisé le cycle publié pour la première fois en France le 12 février 2009, se déroule en quatre phases et un point de « catharsis » :

- Phase 1 : celle du « Quoi » ? (questionnement des parties)
- Phase 2 : celle du « Pourquoi » ? (questionnement entre les parties)
- Point de « catharsis » : identification des émotions attachées aux intérêts en jeu
- Phase 3 : celle du « Et si » ? (les options retenues parmi les solutions possibles)
- Phase 4 : celle du « Comment » ? (Le plan des actions à mettre en place)

On peut dès lors penser qu'un accord durable est conclu lorsque les parties peuvent répondre aux questions : « *Qui fait quoi, quand et comment ?* » et préciser les conséquences du non-respect de cet accord.



Mais la médiation reste « *un art dur plutôt qu'une science douce* », raison pour laquelle on ne s'improvise pas médiateur et l'on doit se former pour le devenir ou y assister les médiés !

Dans le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, instauré par la loi du 18 novembre 2016, point de juge non plus : l'accord des parties ainsi négocié prend la forme d'un acte sous seing privé contresigné par leurs avocats, dit « acte d'avocat » créé par la loi du 28 mars 2011, traduisant leur savoir-faire et disposant d'une force probante plus importante qu'un acte ordinaire.

ÉVOLUTION. La loi du 23 mars 2019 (programmation 2018-2022 & réforme pour la justice) et le décret d'application du 11 décembre 2019 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2020 ont modifié nombre de dispositions, de la loi du 2 août 1995 (organisation des juridictions & procédures) à la loi du 18 novembre 2016 (modernisation de la justice du XXI^e siècle), faisant même de ces modes, des préalables à toute action en justice en certaines matières et permettant aujourd'hui aux avocats d'instruire un dossier civil, devant le nouveau « tribunal judiciaire » par une « convention de procédure participative de mise en état », sans l'intervention d'un juge...

On invitera donc tout lecteur intéressé à se rapprocher de la Commission MARD de l'Ordre des avocats, à prendre attache avec l'Association des avocats médiateurs du Barreau de Grenoble et à s'inscrire aux prochains Ateliers juridiques de l'entreprise, qui sont organisés le 26 mars prochain, à la Maison de l'Avocat, à Grenoble. ●