

Institut Catholique de Paris
IFOMENE
Institut de Formation à la Médiation et à la Négociation

Diplôme Universitaire de Médiateur

(2nde partie)

Promotion 2018/2019

**Le développement des modes amiables
devant le tribunal de commerce**

*Rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ;
Empêcher les procès c'est la première et il faut que la société dise aux parties :
Pour arriver au temple de la justice passez par celui de la concorde¹*

Christelle Simon

Avocate au barreau de St Malo- Dinan

E-mail : chistelle.simon@simon-avocat.com
Tél. : 06 14 04 45 53

Dominique YSNEL

Président Chambres contentieuses au tribunal de
commerce de BREST

Médiateur agréé (Cour d'appel de RENNES)
E-mail : d.ysnel@eetd.fr
Tél. : 06 85 67 62 07

¹ Joseph PRUGNON, député, l'Assemblée Nationale constituante le 7 juillet 1790

Sommaire

Remerciements	Page 3
Introduction	Page 4
Définition des MARD devant la juridiction consulaire.....	Page 12

Les MARD devant la juridiction consulaire (1)

La situation légale en 2019	Page 14
Impact et limite des articles 56 et 127 du CPC	Page 15
Impact projet de loi programmation justice 2018-2022.....	Page 18
La position de la conférence générale	Page 20
La situation nationale	Page 22
La situation des tribunaux de commerce de Bretagne.....	Page 24

Les enjeux (2)

Conciliation ou médiation	Page 27
Détection des dossiers et impérativité	Page 30
Orientation des dossiers	Page 34
Juge conciliateur ou conciliateur de justice	Page 37
Choix médiateur	Page 38
Les Freins	Page 41
La place des avocats	page 45
Gestion des délais	Page 46
Coût médiation.....	Page 48
Un Principe incontournable : la non demande	Page 50

Perspectives et plan d'actions (3)

Formation des juges.....	Page 52
Implication des acteurs.....	Page 53
Information préalable	Page 54
Orientation conciliation et médiation.....	Page 55
Information des parties	Page 57

Conclusion

REMERCIEMENTS

Ce mémoire n'aurait pas eu toute sa pertinence sans le concours des Juges et Greffiers des tribunaux de commerce.

Nous remercions donc chaleureusement les juges et / ou Greffiers des tribunaux que nous avons rencontrés :

- Brest
- Quimper
- Lorient
- Vannes
- St Brieuc
- Rennes
- Nantes
- Rouen.

Le travail réalisé par la conférence générale et en particulier l'action de Claude Sidobre² pour la structuration des MARD au sein de la juridiction Consulaire en France nous a été précieux. Qu'il en soit aussi remercié.

Christelle SIMON

Dominique YSNEL

² Claude SIDOBRE est Délégué national aux MARD auprès de la conférence générale des Tribunaux de commerce

1 - INTRODUCTION

A – RAPPEL HISTORIQUE

La juridiction consulaire est au centre de la vie économique depuis plusieurs siècles.

Sa naissance puis sa légitimité trouve son origine dans la spécificité des relations commerciales.

En effet, la chute de l'empire romain a généré un grand désordre tant politique qu'administratif.

Face à ce vide, de nombreuses corporations se constituèrent dans des villes où le commerce était prospère. À la tête de ces corporations, siégeaient des consuls élus par les marchands de la ville d'où l'appellation encore vivante aujourd'hui « juridiction consulaire ».

Ces consuls fixaient les règles applicables aux transactions et étaient donc créateurs d'un droit simple et moins formaliste que le droit romain.

Ce sont les croisades et le développement des échanges commerciaux qui amenèrent Philippe 1^{er} (1052 – 1108) en juillet 1061, puis Saint Louis (1214 – 1270) en 1260 et Philippe Le Bel (1268 – 1314) en 1294 à fixer des règles royales en matière d'échanges commerciaux.

Ce sont là les prémices d'une organisation judiciaire spécifique aux transactions commerciales.

Notamment, c'est sous le règne de Philippe Le Bel que s'est généralisé l'usage d'instituer auprès de chaque foire, une juridiction connue sous le nom de « conservation » ou de « consulat ».

Mais c'est l'édit³ de 1563, sous la royauté de Charles IX (1550- 1574) et sous l'impulsion du chancelier Michel De l'Hospital (1505-1573) que sont nés le tribunal de juge- consul et la procédure commerciale.

Cet édit a établi dans la capitale une juridiction consulaire composée d'un juge et de plusieurs consuls, marchands élus par leurs pairs.

Dans le sillage de cet édit, des tribunaux de commerce furent créés dans la plupart des grandes villes marchandes par édits spéciaux de 1564 et 1565.

³ Edit de 1563 : annexe 1

Dans une tendance d'unité politique mais aussi territoriale insufflée par Louis XIV, l'ordonnance de 1673 ⁴ a repris le principe de l'édit de 1563 et régleme les juridictions consulaires dans leur ensemble.

L'établissement des premières juridictions consulaires en Bretagne est antérieur à la création des sièges d'amirauté : Nantes obtient son tribunal dès 1564, Morlaix en 1566, Saint-Malo en 1594 et Quimper en 1598. L'existence du consulat de Quimper, dont l'autorité est vivement contestée par les juges ordinaires, est brève : il disparaît le 30 octobre 1618, vingt ans seulement après sa création. Il faut ensuite attendre le début du XVIIIe siècle pour que soient établis à Rennes et à Vannes deux nouveaux sièges. Enfin, ce n'est qu'en 1782, que le septième et dernier consulat breton est créé à Lorient.



Si la révolution de 1789 a ébranlé le système judiciaire français, considéré alors comme le symbole de la royauté et des privilèges, tel n'est pas le cas de la juridiction consulaire dont la vocation est confirmée ;

Monsieur Bergasse, député de Lyon fut chargé par le comité de constitution, du premier rapport sur l'organisation de la justice, rapport qui fut présenté à l'Assemblée Nationale. Ce rapport concluait le 17 aout 1789, au maintien des juridictions consulaires.

⁴ Ordonnance de 1673 appelée aussi code Savary ((1622-1690), financier et économiste français) le titre XII définit le rôle de la juridiction consulaire : annexe 2

D'ailleurs, lors des débats du 27 mai 1790 relatifs au maintien de l'exception de la juridiction consulaire, le député Leclerc s'interrogeait ⁵ : « *Qui peut mieux connaître la probité et la capacité d'un marchand que des marchands ? Qui peut mieux juger des causes presque toutes appuyées sur des faits, que ceux qui pratiquent journallement ces mêmes faits ?* »

Puis le code de commerce de 1807 a consacré cette juridiction spécialisée qui prend le nom de tribunal de commerce sur la base d'une commission de sept membres créée en l'an VIII et en charge de la rédaction d'un projet de code de commerce.

B- SPECIFICITE DE LA JURIDICTION CONSULAIRE

Dans son ouvrage, sur l'histoire critique des tribunaux de commerce, René ITHURBIDE⁶ rappelle les principes qui président aux échanges commerciaux et qui fondent le fonctionnement des juridictions consulaires : une justice rapide, peu onéreuse, basée sur l'évidence, la recherche de la mauvaise foi et rendue par des juges qui ont une connaissance du commerce car eux-mêmes commerçants.

Cette volonté de traiter rapidement les conflits, afin ne pas bloquer les échanges commerciaux est au centre de l'édit de 1563 :

« si les parties sont contraires, et non d'accord de leurs faits, delay competent leur sera precise à la première comparition, dans lequel ils produiront leurs temoins qui seront ouys sommairement : et sur leur deposition, le different sera jugé sur le champ, si faire ce peut ; dont nous chargeons l'honneur et conscience des dits Juge et Consuls .Ne pourront lesdits Juge et Consuls en quelque cause que ce soit, octroyer qu'un seul delay, qui sera par eux arbitré, selon la distance des lieux et qualité de la matière, soit pour produire pièces ou tesmoins»

Pragmatisme confirmé par Louis XIV, un siècle plus tard ⁷ :

« L'esprit de l'Ordonnance est de bannir de la juridiction des Juges & Consuls des Marchands, toutes les formalités des procédures, afin que les affaires y puissent être expédiées promptement & sans fraix »

⁵ COMMISSION D'ENQUÊTE (1999) sur L'ACTIVITE ET LE FONCTIONNEMENT DES TRIBUNAUX DE COMMERCE - Débats de l'Assemblée Nationale du 27 mai 1790, Archives parlementaires, première série, tome XIV

⁶ Histoire des tribunaux de commerce (1970) René ITHURBIDE librairie générale de droit et de jurisprudence

⁷ Ordonnance royale avril 1667 Titre XVI appelé aussi code Louis (annexe 3)

A cette nécessité d'aller vite, s'ajoute l'importance de ne pas s'enliser dans des débats juridiques, qui sont l'apanage des tribunaux civils et qui ne correspondent pas aux spécificités du commerce.⁸

« L'organisation des tribunaux de commerce repose sur cette pensée fondamentale que, devant eux, l'instruction des affaires doit être simple, rapide, sans complication d'actes, sans subtilités de procédure. « In curia mercatorum negotia deciduntur ex oequo et bono, non observatis apicibus et subtilitatibus juris ».Devant pareille juridiction, on ne cherche qu'à découvrir la bonne foi de l'un et la mauvaise foi de l'autre, et le plus souvent à constater, par un jugement, un droit qui n'est susceptible d'aucune contestation sérieuse. »

Cette lecture de l'évidence des faits a amené la juridiction commerciale à refuser l'intervention d'un tiers comme la rappelle la doctrine⁹ :

« Deux choses doivent être remarquées dans cet article, la règle générale, qui trace impérativement pour les demandes en péremption une forme dans laquelle le ministère des avoués est indispensable et une exception qui, limitée à trois ans, suppose que ce ministère a été d'abord employé. Or, l'article 444 établit, que devant les tribunaux de commerce, la procédure se fait sans le ministère d'avoués »

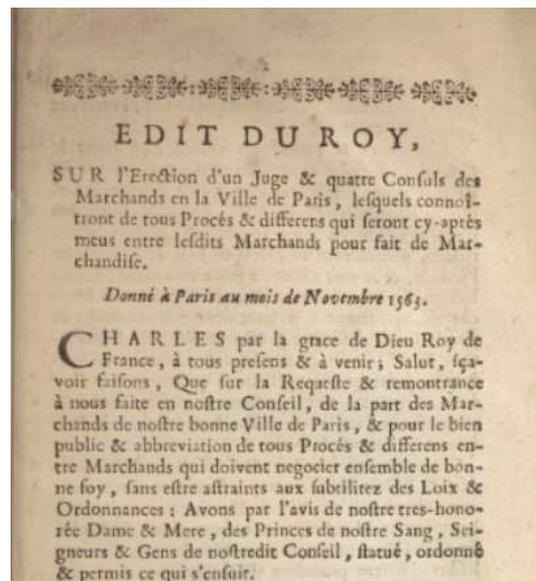
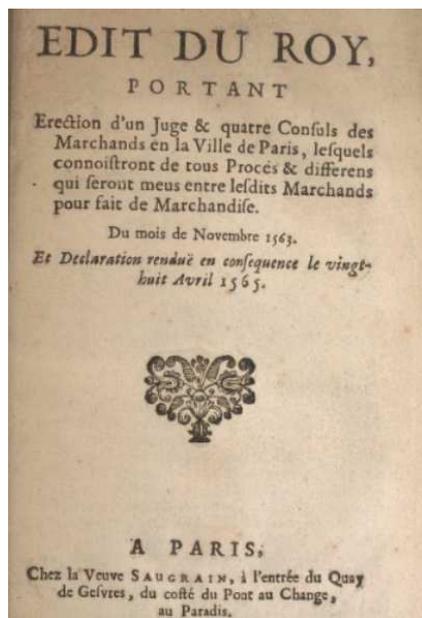
⁸ Répertoire commerciale 1835 Arrêt Cour Royale de Bordeaux 16 juillet 1854 sur la péremption d'instance sur le fondement de l'article 400 du code de procédure civile (annexe 4)

⁹ Même référence

C- PLACE DE LA NEGOCIATION DANS L'HISTOIRE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

C'est cette recherche de l'évidence et cette volonté de ne pas se perdre dans des arguties juridiques qui est à l'origine d'une posture de conciliateurs des juges-consuls.

Rappelons le paragraphe d'introduction de l'édit de 1563, qui clairement, souligne le rôle de conciliateurs des juges-consuls :



Plus tard, le code commerce de 1807 sera totalement muet en ce qui concerne la procédure devant le tribunal de commerce qui renvoie au code de procédure civile :

TITRE III.

De la Forme de procéder devant les Tribunaux de commerce.

642. LA forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle a été réglée par le titre XXV du livre II de la première partie du Code de procédure civile.

Cependant, cette volonté d'apporter une réponse rapide et pragmatique est consacrée par la création d'arbitre-rapporteur dès l'édit de 1563.

Cette posture « de médiateur » des arbitres est même rappelée dans l'ordonnance de 1667¹⁰

5. Les arbitres ne sont pas obligés à juger en rigueur, Les Arbitres sont des médiateurs qui ne sont pas obligés à suivre la rigueur du droit. Ils sont choisis pour concilier les Parties, autant que pour juger leurs différends. Ils sont comme des Médiateurs auxquels les Ordonnances donnent la qualité d'Arbitres, Arbitrateurs & amiables Compositeurs. Leurs fonctions ne sont pas bornées à la même exactitude que celles des Juges, qui ne peuvent apporter que les tempéramens permis par les Loix ; au lieu que les Parties en compromettant, consentent de se relâcher de ce qu'elles pourroient espérer dans la rigueur de Justice, pour le bien de la paix,

En 1806, le code de procédure civile consolide cet usage. L'article 429 du code de procédure civile, traitant des tribunaux de commerce dans son titre XXV, dispose¹¹ :

« s'il y a lieu à renvoyer les parties devant les arbitres, pour examen de compte, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties, et les concilier, si faire se peut, sinon donner leur avis »

La loi de 1971, puis le décret de 1974 modifient cette organisation.

Le statut d'Arbitre-Rapporteur est supprimé et les Arbitres-Rapporteurs obtiennent leur inscription à la Cour d'Appel de Paris en qualité d'Experts.

La dénomination de « Compagnie des Arbitres-Rapporteurs et des Experts » fait place de nos jours à celle d'Institut d'Expertise, d'Arbitrage et de Médiation (IEAM).

Ainsi, en dehors du rôle naturel du magistrat consulaire, l'arbitre devient le premier conciliateur envisagé et institué devant la juridiction commerciale.

A son origine, ces arbitres sont sévèrement critiqués et font l'objet de controverses pour leur coût, mais aussi par le recours abusif qu'ont pu en faire les juges qui s'en remettent à eux pour dire le droit, créant ainsi une sorte de délégation de justice.

On leur reproche aussi la lenteur dans les solutions, oubliant que leur premier rôle est de concilier et que la conciliation est souvent le résultat d'une longue patience.

Au-delà de ces arbitres, Il y a peu de textes sur la place de la négociation devant les tribunaux de commerce, sans doute parce que la négociation se fait aussi naturellement à la barre.

Par exemple, comme le rapporte Claire LEMERCIER¹², le Tribunal de commerce de Paris avait mis en place un usage dit « des 25 jours » :

Elles ont lieu soit devant un arbitre rapporteur, soit devant un juge rapporteur, autre invention coutumière qui se cache derrière la « mise en délibéré ». Rares sont les traces

¹⁰ Ordonnance avril 1667 déjà cité : note sous l'article II du Titre XXXI

¹¹ Code de procédure civile de 1806 : annexe 5

¹² Claire LEMERCIER : L'accord et la sentence dans le règlement des litiges économiques au XIXe siècle

laissées par les tentatives de conciliation intervenues dans ce cadre ; à Paris toutefois, une soixantaine de textes de transactions obtenues entre 1842 et 1850 par deux juges rapporteurs ont été conservés. Parties et litiges y constituent presque un échantillon représentatif des audiences du moment : l'accord n'est pas réservé à quelques-uns. Le juge n'y fait pas appel à son expertise d'un secteur ou de la psychologie particulière des commerçants : la transaction apparaît avant tout comme un « pari sur le droit », le juge faisant comprendre aux parties ce qui peut leur arriver et quels seront les coûts de la procédure à venir. Dès lors, la moitié des défendeurs acceptent tout simplement de payer, mais avec un jeu sur la répartition des frais de justice, plus souple que dans les jugements ; et deux tiers des transactions prévoient des délais, plus variés que les 25 jours standard. L'accord est ainsi très directement indexé sur la perspective de la sentence possible.

Est-ce l'évolution de la pensée du XIX siècle, celui de la révolution industrielle qui met en exergue la pensée scientifique ? Sans pour autant opposer science et conscience, il faut noter tout de même cette volonté du législateur de donner la primeur à une justice qui tranche par rapport à une justice qui concilie. C'est ainsi que le titre II du code procédure civile de 1806, voit abroger en 1911 toutes les dispositions relatives à la conciliation¹³.

TITRE PREMIER.— DE LA CONCILIATION

PAND. B., *vo Tentative de conciliation*, t. 106.

48 à 58. [Les articles 48 à 58 ont été abrogés par la loi du 12 août 1911, dont l'article unique est ainsi conçu : « Le titre Ier, livre II, première partie du Code de procédure civile (décret du 14 avril 1806) et toutes les dispositions de ce Code et des lois particulières qui dispensent expressément du préliminaire de conciliation, sont abrogés.

» Toutefois, ces dispositions continueront à être appliquées aux affaires introduites avant le jour où la présente loi sera obligatoire. »]

Seul l'arbitrage (livre III) reste présent dans le code de procédure civile.

En dehors du domaine familial, Il faut attendre 1996, pour voir réapparaître, dans notre code de procédure civile, la médiation aux articles 131-1 et suivants, puis 2010, la conciliation aux articles 127 et suivants.

¹³ Code de procédure civile de 1911 qui abroge la conciliation par la loi du 12 août 1911 (annexe 6 : texte initial de 1806)

D- RETOUR AUX SOURCES

Ce détour dans l'histoire de la juridiction consulaire n'est il pas tout simplement une boucle ? Si l'on considère que l'ADN des tribunaux de commerce est la recherche d'une solution rapide et prenant en compte les spécificités des métiers dans un esprit d'équité, alors on comprend mieux les magistrats consulaires qui, comme Salomon, souhaiteraient des décisions équitables, équité parfois éloignée des règles de droit.

La conciliation comme la médiation ont ainsi toutes leur place et l'introduction au sein des tribunaux de commerce, des modes amiables, n'est alors qu'un simple retour aux sources.

Grâce aux retours d'expériences des tribunaux rencontrés ou contactés, un examen des MARD au sein de la juridiction consulaire aujourd'hui (I), va mettre en évidence des interrogations et points de vigilance (II).

Grace à ce diagnostic, alimenté par ces nombreuses rencontres, de quelle manière les tribunaux de commerce peuvent- ils développer ces modes amiables ? (III)

DEFINITION DES MARD DEVANT LA JURIDICTION CONSULAIRE

Mode amiable de règlement des différents (MARD), Mode amiable de règlement des litiges (MARL), Mode amiable de règlement des conflits (MARC), Règlement amiable des différents (RAD)

Ces différents acronymes désignent l'ensemble des procédés conduisant à une solution amiable des conflits, par opposition aux modes juridictionnels dans lesquels le juge tranche un litige.

Les formes en sont très variées : l'arbitrage, la médiation, la conciliation, la négociation, le droit collaboratif, procédure participative.

On évoque parfois ces techniques, de Droit mou « Soft law, hard law » en opposition à la posture de juge qui tranche.

Sans entrer dans la sémantique de ces acronymes, notons que la conférence générale des tribunaux de commerce retient le terme MARD.

Ainsi, cette étude va analyser les deux principaux dispositifs prévus par les textes et dont peuvent se saisir les juges du commerce : la Médiation et la Conciliation.

Pour autant, nous n'oublions pas non plus le rôle essentiel « qu'il rentre dans la mission du juge de concilier les parties », rôle souvent sous utilisé par les juges eux-mêmes et qui est pourtant un des principes directeur du procès prévu par l'article 21 du CPC.

1- LES MARD DEVANT LA JURIDICTION CONSULAIRE

Le contexte législatif et réglementaire est en forte évolution.

De nombreux textes récents renforcent la place des modes amiables dans le processus judiciaire parmi lesquels on peut citer :

- Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice visant notamment au Développement de la culture du règlement amiable des différends ;
- Décret n° 2019-82 du 7 février 2019 - Médiation en matière administrative instaurant l'expert médiateur ;
- « Loi Waterzooi » du 18 juin 2018 visant « des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges ». Pour l'essentiel, cette loi prévoit qu'en cas de litige, le recours à la médiation ou au droit collaboratif doit être une étape préalable à la saisine des cours et tribunaux ;
- Décret n° 2017-1457 du 9 octobre 2017 relatif à la liste de médiateurs auprès des cours d'appel ;
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, pour la modernisation de la justice du XXIème siècle, dont le titre II «Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends» ;
- Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 qui ajoute l'obligation de préciser dans l'assignation (art 56 CPC) ou dans la requête (art 58 du CPC) les «diligences entreprises en vue de parvenir à une solution amiable du litige » ;

D'autres textes sont programmés, telle que la proposition de loi numéro 1750 portée par Monsieur Joachim Son-Forget et visant à développer et encadrer la médiation judiciaire et la médiation conventionnelle.

Il convient donc de rappeler les règles principales régissant les MARD devant la juridiction commerciale, puis d'analyser comment les juges se sont appropriés, en France et plus précisément en Bretagne ces dispositifs.

A- LA SITUATION LEGALE ET REGLEMENTAIRE

Il faut tout d'abord rappeler que l'office du juge vise à trouver une solution au litige qui lui est soumis sur le fondement de deux articles du code de procédure civile : les articles 12¹⁴ et 21¹⁵. Cette posture du juge, cherchant une solution soit par la concertation, soit par le jugement est essentielle et doit trouver écho dans le processus de mise en état de chaque tribunal.

En outre, dès l'introduction de l'instance, sur le fondement de l'article 56¹⁶ et 58 du CPC, le juge doit vérifier que les parties ont entrepris des diligences en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

Enfin, pendant toute la durée de la mise en état, le juge doit rester en vigilance et saisir les occasions que lui proposent les parties ou dont il se saisit lui-même pour tenter de concilier les parties (article 127 CPC¹⁷).

¹⁴ Article 12 : Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.

¹⁵ Article 21 : Il entre dans la mission du juge de concilier les parties.

¹⁶ Article 56 : .../... Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige.

¹⁷ Article 127 : Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance.

B- LES DILIGENCES

Les articles 56 et 58 du code de procédure civile fixent une règle préalable à toute assignation : l'obligation pour les parties d'avoir accompli des diligences en vue de régler le conflit à l'amiable.

Introduit par décret en 2015, cette obligation de diligences préalables consolide l'évolution culturelle de notre droit qui donne une place de plus en plus importante à la négociation, non seulement pendant le procès, mais aussi en amont du procès.

Ce texte est associé à l'article 127¹⁸ du code de procédure civile qui accorde au juge la faculté d'orienter les parties vers la conciliation ou la médiation.

Cet arsenal juridique pourrait laisser penser que le juge est donc « outillé » pour, à la fois vérifier les diligences d'une part, et orienter vers les MARD d'autre part.

Cependant, cette réforme de 2015, n'était elle pas qu'un pétard mouillé ?

En effet, tout d'abord, le texte est totalement évasif sur la notion de « diligences ».

Comme le souligne Antoni Mazonq¹⁹ dans un article paru aux éditions Dalloz le 18 mars 2015, « *Dans un nombre non négligeable de cas, des tentatives de négociations auront bien été mises en œuvre entre les parties mais par l'intermédiaire de leurs avocats respectifs. Elles seront donc soumises au strict secret professionnel.*

En outre, le décret parle bien des « diligences entreprises » et non pas de leur éventuel contenu mais l'existence même d'échanges entre avocats restera confidentielle. »

On peut aussi s'interroger sur la définition du mot « diligences ».

La notion est tellement vague qu'il revient au juge d'estimer si tel acte constitue ou non une diligence.

Dans le cas d'une demande en paiement par exemple, l'existence d'une lettre de mise en demeure restée sans effet suffit-elle à justifier d'une tentative de règlement amiable du créancier à l'égard de son débiteur ?

¹⁸ Article 127 : S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

¹⁹ Antoni Mazonq est avocat au barreau de Paris

On peut penser qu'il s'agit effectivement d'une diligence au sens étymologique du terme (Poursuite, requête..), d'une prise de contact puisqu'elle a pour objectif d'attirer l'attention du débiteur sur les risques de sa situation et le pousser à réagir et donc prendre contact avec son créancier.

D'autre part, le défaut de diligence n'est assorti d'aucune sanction véritable.

Il semble clair que l'absence de tentative de règlement amiable n'est pas sanctionnée par une nullité de l'acte introductif comme le rappelle la jurisprudence constante²⁰, ni même par une irrecevabilité de l'action.

En effet, le texte spécial qui prévoit cette sanction précise :

« Art. 127. - S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation. »

Le défaut de diligence ouvre donc la possibilité au juge saisi de proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation et non pas de l'imposer.

A cet égard, rien de nouveau dans la mesure où le juge dispose déjà du même pouvoir, dans tous types de contentieux et à tous les stades de la procédure.

Quel est donc le pouvoir du juge devant un éventuel défaut de diligence ?

- Orienter vers la médiation ou la conciliation sur le fondement de l'article 127 du code de procédure civile tout en rappelant que puisque les MARD relève d'une démarche volontaire, le refus d'une des parties d'entrer dans un de ces modes amiables n'est que l'expression de son droit.
- Radier l'affaire du rôle, dans l'attente de la preuve de ces diligences. S'agissant d'une mesure purement administrative, elle n'est pas susceptible d'appel. Cependant, là encore, le refus légalement légitime d'une des parties d'entrer en médiation ou en conciliation, oblige le juge à ré-enrôler le dossier à la demande des parties.

²⁰ TGI Paris, 5e ch. 1re sect., 29 mai 2018, n° 17/15561.

Cependant, aucune sanction n'est prévue pour le non respect de cette disposition. En effet la nullité n'est encourue, aux termes de l'article 56, en dehors de l'absence des mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, qu'en l'absence de :

"1° L'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ;

2° L'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ;

3° L'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ;

4° Le cas échéant, les mentions relatives à la désignation des immeubles exigées pour la publication au fichier immobilier." »

Tel ne serait pas le cas, dans l'hypothèse d'une clause contractuelle de médiation dont le non respect conduit à l'irrecevabilité de l'action.

En effet, dans le cas de stipulation contractuelle instituant une procédure obligatoire préalable en cas de contentieux entre les cocontractants, la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir n'est pas régularisable en cours d'instance²¹.

La situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance²².

Ainsi donc, l'impact du décret du 11 mars 2015 a surtout une vertu pédagogique s'inscrivant dans une évolution culturelle visant à promouvoir les modes amiables.

Une utilisation trop stricte par le juge des articles 56 et 58 du code de procédure civile, serait contreproductive en mettant un caractère impératif à une démarche qui doit être volontaire.

Cependant, le juge doit rester à l'affût des conclusions des parties qui soulèveraient ce défaut de diligence, non pas pour orienter systématiquement vers les MARD ou radier le dossier, mais plutôt pour interpeler les parties sur l'opportunité d'une conciliation ou d'une médiation, sur la base de critères favorables aux MARD qu'il aura préalablement identifiés.

²¹ C Cass Ch Mixte, 12 décembre 2014, pourvoi n° 13-19.684 (annexe 7)

²² Cour de cassation, Chambre commerciale, 29 avril 2014, Pourvoi n° 12-27.004 (annexe 8)

C- LOI PROGRAMMATION JUSTICE 2018 -2022

Le texte a été définitivement adopté par l'Assemblée Nationale le mercredi 20 février 2019.

Il a fait l'objet d'un recours devant le Conseil Constitutionnel qui a cependant fortement censuré le texte, notamment sur le volet pénal et aussi l'atteinte aux droits de la défense.

Par contre, les mesures de la réforme de Madame Belloubet sur le volet civil, pourtant vertement critiquées, ont passé sans encombre cet examen constitutionnel. Ainsi, celles encourageant la médiation et la conciliation en vue de « réduire le nombre de litiges soumis au juge » sont validées car conformes à « l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice ».

Ainsi, dès la première page, le chapitre premier de son titre II s'intitule :

« Développer la culture du règlement amiable des différends »

Ce chapitre renforce la place des MARD notamment en matière familiale mais aussi pour les litiges en dessous d'un certain montant fixé par décret.

Prévue par l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, cette obligation concernait jusqu'à maintenant les contentieux de l'instance lorsque la saisine du tribunal a lieu par déclaration au greffe, c'est-à-dire « lorsque le montant de la demande n'excède pas 4 000 euros ».

En outre, devant le tribunal d'instance, désormais la loi ne reprend pas l'exception prévue au 2° de l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 : « si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige », pour écarter l'obligation de tentative de conciliation préalable, estimant que ces « autres diligences » sont désormais directement énumérées par le dispositif : la tentative de médiation ou de procédure participative.

Bien que ces textes ne concernent principalement que la juridiction civile, la philosophie générale vise bien à prolonger la tendance déjà inspirée par les textes précédents, d'obliger le justiciable à justifier d'une démarche de résolution amiable.

Dans une logique d'anticipation, la loi prend en compte les plateformes de médiation appelées « service en ligne », même si elle souligne que « La conciliation, la médiation ou l'arbitrage

en ligne ne peuvent résulter exclusivement d'un traitement par algorithme ou d'un traitement automatisé »²³.

C'est sans doute l'apport majeur, car prospectif, de ce texte en matière de MARD comme le précise le rapporteur au sénat lors de la discussion sur l'amendement COM-232 :

« Compte tenu de la place croissante que sont appelées à avoir les plates-formes de résolution amiable des litiges en ligne, a fortiori avec l'incitation, voire l'obligation dans certains cas, comme l'envisage l'article 2 de la loi, dans la continuité de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 précitée, de recourir aux modes amiables, il apparaît urgent et indispensable de fixer des garanties et un cadre de régulation, afin d'assurer la confiance comme la protection des justiciables.

Il est logique pour le législateur d'accompagner cette évolution et d'exiger de la part de ces nouveaux acteurs, comme le prévoit le projet de loi, des qualités de compétence, de diligence, d'indépendance et d'impartialité, qui sont les qualités que l'on est aussi en droit d'attendre de l'institution judiciaire.

Vos rapporteurs estiment qu'une certification obligatoire pour pouvoir exercer ces activités en ligne ne constituerait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, dès lors que ces services visent à trancher des litiges qui, sinon, relèveraient de l'intervention du juge, ou à saisir une juridiction. Ces services doivent présenter des garanties renforcées pour les justiciables, car il ne s'agit pas de services marchands comme les autres. Pour la même raison, il semble préférable que la certification soit délivrée par le ministère de la justice lui-même plutôt que par des organismes accrédités. Vos rapporteurs écartent l'idée d'une accréditation ou d'un quelconque contrôle par des représentants de la profession d'avocat, compte tenu de la concurrence entre les avocats et ces nouveaux services et du fait que certains de ces derniers peuvent être opérés par des avocats, ce qui justifie davantage l'attribution du rôle de certification au ministère de la justice.

Ainsi, à l'initiative de ses rapporteurs, votre commission a adopté un amendement COM-232 visant à rendre obligatoire la certification pour les services de résolution amiable des litiges ou d'arbitrage et pour les services d'aide à la saisine des juridictions, pour prévoir de réelles garanties pour les justiciables, et à confier la mission de certification au ministère de la justice lui-même. Dès lors, pour pouvoir être proposés au public, ces services devraient faire l'objet d'une certification préalable. Les procédures de délivrance et de retrait de la certification seraient précisées par décret en Conseil d'État. »

²³ Article 3 de la loi

D- LA POSITION DE LA CONFERENCE GENERALE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

Les tribunaux de commerce ont créé en 1897 la Conférence des Présidents des tribunaux de commerce dont la dénomination actuelle est la Conférence générale des juges consulaires de France, organe représentatif des 3200 juges de l'économie des 134 tribunaux de commerce.

Elle est aussi l'organe de représentation des juges des tribunaux de commerce et des juges élus des chambres commerciales de tribunaux de Grande Instance auprès des pouvoirs publics, des autorités politiques, judiciaires et économiques.

Outre, son engagement pour moderniser la juridiction, garantir la formation des juges ou fixer les règles déontologiques, la conférence a développé par l'intermédiaire de Claude Sidobre²⁴ une démarche MARD spécifique à la juridiction.

Cette démarche fait l'objet d'un support très pragmatique et outillé que chaque juge peut consulter²⁵.

De façon concrète, il est demandé à tous les tribunaux de proposer à un juge d'occuper la fonction de « Délégué aux MARD » afin le mettre en œuvre un réel processus MARD au sein de son tribunal et de représenter celui-ci lors des réunions nationales.

La position de la conférence générale vise à ne pas donner de préférence tant à la conciliation qu'à la médiation, tout en soulignant que la première relève du service gratuit de la justice alors que la seconde relève de la sphère privée.

Cependant, de façon claire et affirmée, la conférence promeut ces modes amiables en ces termes :

La matière commerciale offre, a priori, un environnement favorable aux modes amiables. La spécificité du juge du commerce, professionnel du monde des affaires, le prédispose également à priori, au discernement nécessaire à la détection à tout moment de la procédure, des affaires qui par leurs caractéristiques ou circonstances (nature de l'enjeu, relation entre les parties, début de la procédure, sortie d'expertise, après les plaidoiries, présence en personne des parties...) justifient la recherche d'un accord basé sur les intérêts et les besoins des parties.

²⁴ Claude SIDOBRE : responsable du développement des MARD devant les tribunaux de commerce

²⁵ MODES AMIABLES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS(MARD) Guide pratique pour les tribunaux de commerce

Le mouvement général en faveur des modes amiables, vers une pacification de la justice est en soi, toujours a priori, une réelle "opportunité" pour l'évolution des Tribunaux de Commerce.

Au-delà de cette affirmation et du document d'appui cités précédemment, Claude Sidobre organise des rencontres régulières des délégués aux MARD d'une part, de juges conciliateurs d'autre part.

E- LES MARD EN FRANCE

Les statistiques

La seule base de données en matière de MARD devant la juridiction consulaire est celle de la conférence générale.

Selon la conférence générale, les MARD sont une voie de solution aux litiges encore faiblement exploitée en France malgré les recommandations de la chancellerie, de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France, de l'ordre des avocats et d'une directive européenne.

Ainsi, le recours réussi aux MARD ne représente que 1 à 2 % des différends alors que la moyenne européenne est de l'ordre de 30 %.

Sur les 134 tribunaux de commerce français, 65 ont déclaré avoir pratiqué les MARD en 2017.

Ces 65 tribunaux de commerce ont engagé en 2017 :

- 2 447 conciliations,
- 40 médiations.

En 2017 le tribunal de commerce de Paris a engagé 470 conciliations, soit 19,2% du total, mais seulement 3 médiations, soit 7,5% du total.

En 2018, 85 des 134 tribunaux de commerce ont répondu au questionnaire parmi lesquels 15 Tribunaux spécialisés.

Parmi ces 85 tribunaux :

- 65 TC pratiquent les MARD sous une forme ou une autre (conciliation ou médiation)
- 15 TC indiquent vouloir le faire en 2019.

2900 affaires de contentieux (fonds + référé) ont fait l'objet d'une tentative de modes amiables se répartissant ainsi :

- 2834 tentatives de Conciliation
- 66 tentatives de Médiation

Commentaires

- Près de 1 tribunal de commerce sur 2 a pratiqué les MARD en 2018, tout en soulignant que ce ratio ne s'est pas amélioré entre 2017 et 2018.
- Parmi les tribunaux qui ont mis en place les MARD, on note une augmentation dans l'orientation des dossiers (+16 %)
- Pour ces tribunaux, l'orientation vers les MARD représente 5% des dossiers contentieux et référé.
- La conciliation est de loin le processus le plus utilisé, la médiation ne représentant que 2% des dossiers orientés vers les MARD

Les attentes des délégués MARD

Parmi les attentes, les délégués invoquent un certains nombre de questions sur lesquelles ils souhaiteraient travailler :

- Le besoin d'échange d'expérience
- Le rôle des avocats
- Le besoin de Promotion
- le besoin de Formation
- La " directivité"

Pour les tribunaux qui n'ont pas mis en place les MARD, les raisons invoquées sont les suivantes :

- D'autres priorités en 2019
- Ressources insuffisantes
- Absence de demande

On observe donc une multiplicité de situation qui peut certes relever de la taille du tribunal : un grand tribunal pourra se doter plus facilement d'une organisation interne prévoyant des juges plus spécialisés et formés aux MARD.

Cependant, c'est surtout une affaire de volonté : quel que soit le territoire, les besoin des parties sont les mêmes et donc les réponses doivent être identiques.

Sans la volonté de quelques juges et du Président, il ne peut pas y avoir de réel processus MARD dans un tribunal.

F- LES MARD EN BRETAGNE

Au sens administratif et dépendant de la cour d'appel de Rennes, les tribunaux de commerce de Bretagne sont les suivants :

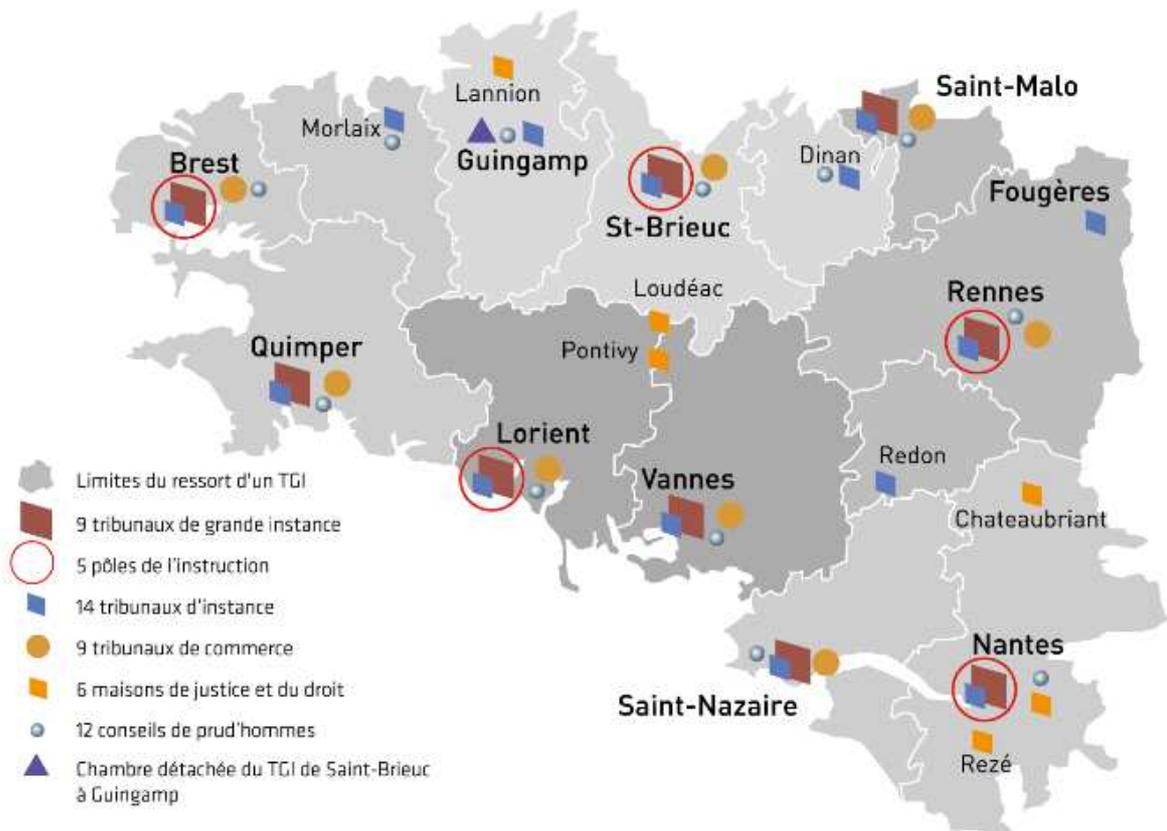
COTES D'ARMOR : St Brieuc

FINISTERE : Brest - Quimper

ILLE ET VILAINE : Rennes – St Malo

MORBIHAN : Lorient – Vannes

LOIRE ATLANTIQUE : St Nazaire - Nantes



Lors des rencontres avec ces tribunaux, il est apparu que seuls les tribunaux les plus importants avaient mis en place les MARD (Rennes, Nantes, Brest).

Les tribunaux de Lorient, St Brieuc, St Malo, Vannes et Quimper soulignent leur volonté de mettre en place ces processus, tout en évoquant un certain nombre de questions auxquelles ils souhaitent avoir une réponse pour se lancer :

- Différence entre médiation et conciliation ?
- Ou trouver des médiateurs ? Comment choisir un médiateur ?

- Comment rémunérer les médiateurs ?
- Comment consigner ?
- Juge conciliateur ou conciliateur de justice ?
- Comment orienter les dossiers ?
- Quel type de rédaction faut-il faire dans le jugement qui ordonne la conciliation ou la médiation ?...

Ces questions pourraient facilement trouver réponse lors des réunions nationales organisées par la conférence générale : il s'agit donc pour ces tribunaux de répondre d'abord à deux questions prioritaires :

- Les MARD sont-ils une priorité pour notre tribunal ?
- Dans l'affirmative, quels sont les juges qui portent cette démarche et se forment en tant que délégué aux MARD ?

Il est certain qu'il faut que cette ambition soit portée par le résident et partagée par le greffe afin de faciliter l'intégration des MARD dans le processus de mise en état et la rédaction des jugements et ordonnances.

Lors des rencontres auprès des tribunaux Bretons, seul le tribunal de commerce de Brest a partagé son expérience des MARD :

Ses statistiques 2018 sont les suivantes :

Nombre de juges : 21

Nombre d'affaires en 2018 (contentieux : fonds + référé) : 320

Entourez la bonne réponse

Avez-vous pratiqué en 2018, les MARD au sein de votre Tribunal ? OUI NON

Si OUI sous quelle forme ?

- Délégation à un Conciliateur de Justice
- Pratique du "juge conciliateur"
- Désignation d'un médiateur:

<input checked="" type="radio"/> OUI	<input checked="" type="radio"/> NON
<input checked="" type="radio"/> OUI	<input type="radio"/> NON
<input checked="" type="radio"/> OUI	<input type="radio"/> NON

- Combien de modes amiables ont été tentés en 2018 ?

- Conciliations : **18**
- Médiations : **2**

Commentaires

On peut noter le faible nombre d'affaires orientées vers les MARD, mais cependant assez proche de la moyenne nationale : 6%

Il faut aussi noter que les juges orientent plutôt vers la conciliation.

A ce titre, le processus mis en place à Brest est le suivant :

- Malgré sa taille modeste (21 juges), le tribunal a opté pour la mise en place d'un juge conciliateur. Cette décision vient aussi du fait que d'anciens juges se sont formés et ont été nommés aux fonctions de conciliateurs de justice, mais ont arrêté leur fonction compte tenu du profil des dossiers confiés par le TGI qui leur donnaient un rôle de petite police, bien loin de l'idée qu'ils se faisaient de cette fonction.
- Lors de l'appel des causes, toutes les affaires, dès lors que les parties sont locales (en Bretagne) sont renvoyées devant le juge conciliateur avec la technique de la double date afin de ne pas perdre de temps en cas de refus de la conciliation ou échec de celle-ci.
- Au cours de la mise en état à la lecture des conclusions, les présidents d'audience orientent vers la médiation s'ils sentent qu'il existe des situations propices à celle-ci.

2- LES ENJEUX

L'analyse du retour d'expérience des différents tribunaux de commerce et des textes existants fait apparaître, à la fois des pratiques différentes nées de la vision que peut avoir chaque tribunal de la mise en œuvre des MARD.

Les thèmes, objets de ces enjeux déterminent les modes opératoires choisis par ces tribunaux. Si pour nombre de tribunaux la pratique se résume globalement à la conciliation, pour d'autres, la médiation trouve une place tout à fait particulière.

La question de la détection et l'orientation des dossiers dans le cadre d'une procédure parfois fixée par un contrat avec le barreau constitue un élément central des MARD.

Enfin la levée des freins à la mise en place des MARD constitue une étape incontournable au développement de ces modes amiables.

A- CONCILIATION OU MEDIATION

L'article 127 du code de procédure civile donne le pouvoir au juge de proposer aux parties une conciliation ou une médiation.

Article 127 (Modifié par DÉCRET n°2015-282 du 11 mars 2015 - art. 21)

S'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

Cependant, aucun texte ne vient préciser quel est le champ de la conciliation et celui de la médiation.

Pour sa part, la conférence générale, considère que ce sont deux modes similaires dont la différence principale réside dans la gratuité de la conciliation, alors que la médiation est payante.

Rappel des recommandations adoptées par le CA de la CGTFCF le 25/09/2014 :

1. Les deux modes amiables Conciliation ou Médiation constituent une "parenthèse" dans le procès, laquelle obéit à des règles différentes de celles du procès.
2. Ces deux modes sont à la fois similaires et différents. Ceci s'explique par leur origine/histoire respective (suppression du juge de paix...pour le conciliateur/ modèle anglo-saxon, relayé par l'Europe...pour la médiation).
3. Le choix entre Conciliation et Médiation incombe aux parties...mais le juge peut être amené à éclairer certains critères à prendre en compte, à savoir:
 - Un différend où l'enjeu est faible et/ou limité relève, à priori, de la conciliation....au regard de la gratuité de celle ci;
 - Pour les autres types de différends, la parenthèse "conciliation" est assurée dans le cadre du "service public" (auxiliaire de justice/ gratuité/ réunions au Tribunal) alors que la parenthèse "médiation" relève de la "sphère privée" (à l'image de l'arbitrage).

Ainsi, Claude SIDOBRE recommande lors de la formation des délégués aux MARD de proposer les deux dispositifs aux parties et surtout de mener une conciliation selon le processus de la roue de Fiutak.

Cependant, cette approche laisse de côté la finalité de la conciliation et celle de la médiation. En effet, la conciliation vise principalement à la négociation, négociation dans laquelle le conciliateur va être acteur, voir même force de proposition : il est donc en position haute. Cette posture peut constituer une entrave considérable à la reformulation qui est l'outil principal qui permet de descendre sur le plan des émotions et d'aller chercher les besoins, les ressentis, les valeurs des parties en présence.

Le mode du conciliateur sera donc plus interrogatif, par un besoin de comprendre lui-même plutôt que d'amener les parties à s'écouter et se comprendre. Pour imaginer par la roue de Fiutak, on peut dire qu'en conciliation, on passe du « quoi » au « comment », pour ne pas dire parfois « au comment finalement ».

Au contraire, la médiation est centrée sur la relation et va s'ancrer dans une démarche systémique.

La reformulation sans idée préconçue, la volonté inébranlable de ne pas chercher une solution à la place des médiés ou de ne pas l'imaginer à leur place au risque de perdre le seul objectif, celui de les amener à la reconnaissance mutuelle, doit guider le médiateur.

Cette grande différence de processus, pose aussi la question de la capacité des conciliateurs à mener une médiation.

En effet, être médiateur n'est pas qu'un engagement cohérent dans un projet de vie, c'est d'abord un effort de formation, dont le DU²⁶ peut constituer la première étape, étape qui sera obligatoirement consolidée par des formations complémentaires et des analyses de pratique.²⁷

La formation des conciliateurs n'a pas cette envergure, ni cette prétention, puisqu'elle se résume à une journée de formation initiale au cours de la première année suivant sa nomination²⁸, formation désormais dispensées par l'ENM²⁹.

²⁶ Ifomene : <https://www.icp.fr/formations/diplomes/diplomes-universitaires/diplome-universitaire-de-mediateur-2nde-partie-2229.kjsp>

²⁷ Ce dispositif est imposé par la FFCM : <https://ffcmmediation.org/qui-sommes-nous/le-label-fncm/>

²⁸ Décret n° 78-381 du 20 mars 1978

²⁹ Formations conciliateurs ENM : http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/publications/Catalogue_juges_proximite_2017.pdf

Il faut souligner que cette formation n'a été rendue obligatoire qu'en 2018³⁰.

A contrario, bien que la loi ne précise pas le temps de formation requis pour être médiateur³¹, la Fédération des Centres de Médiation de Bretagne Ouest impose désormais une formation de 2 ans pour prétendre s'inscrire dans un des centres de médiation qui la compose.

Ainsi, sauf volonté d'un conciliateur de se former à la médiation, il faut considérer qu'il est déraisonnable de croire qu'un conciliateur saura mener une médiation.

La question de l'orientation des dossiers entre conciliation et médiation est donc posée.

Cependant préalablement, encore faut-il détecter ces dossiers.

³⁰ Décret n°2018-931 du 29 octobre 2018 - art. 4

³¹ Article 131-5

La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes :

1° Ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation, d'une incapacité ou d'une déchéance mentionnées sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire ;

2° N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ;

3° Posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige ;

4° Justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation ;

5° Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation.

B - DETECTIONS DES DOSSIERS

Comment déterminer quelle situation se prête plutôt qu'une autre à une orientation vers les MARD ?

Il s'agit là d'une interrogation qui mérite d'être abordée sur trois plans :

Tout d'abord, la question de la formation des juges doit être posée.

Certes, des critères pourront aider le juge à détecter les dossiers propices aux MARD ; mais au-delà il lui faut une connaissance de ce que peut apporter une conciliation et ce que peut apporter une médiation.

C'est sans doute une des raisons qui explique que statistiquement les juges orientent vers la conciliation sans discernement.

Si cette formation spécifique à la détection n'existe pas à notre connaissance à l'ENM, une initiation à la conciliation est bien proposée sur une journée :

La pratique de la conciliation au tribunal de commerce

Le programme est cependant si vaste qu'il semble difficile pour les juges qui découvrent, souvent pour la première fois la conciliation, de prétendre avoir les clés en ce qui concerne la détection des dossiers, et ce d'autant que la détection des dossiers s'intègre dans le processus de mise en état qui diffère selon les tribunaux :

Cette session a pour objectif de donner les bases essentielles aux juges consulaires soucieux d'effectuer eux-mêmes des conciliations et en particulier de les initier aux techniques d'entretien.

Elle abordera notamment les questions suivantes :

- *comprendre le régime des MARD, leurs règles et leur intérêt*
- *sélectionner les affaires*
- *en parler aux parties, au bon moment*
- *identifier le tiers qualifié ou concilier soi-même*
- *tirer les conséquences d'un accord ou d'un échec.*

Cependant, la conférence Générale des tribunaux de commerce, sous l'impulsion de Claude Sidobre, propose en 2019 deux rencontres :

- L'une destinée aux délégués aux MARD sur tout ce qui concerne la mise en place et le développement des MARD au sein d'un TC.
- L'autre destinée aux Juges Conciliateurs sur la Pratique de la Conciliation.

Ne faudrait-il pas prévoir une formation des juges de la mise en état et des Présidents de chambre dont le thème de la détection serait au carrefour de ces deux journées ?

Le second axe de réflexion est la grille de lecture qui permet au juge, mais pourquoi pas aussi aux conseils, de comprendre quels dossiers relèvent des MARD.

De nombreux documents existent et dernièrement, le support réalisé dans le cadre des permanences devant la chambre sociale de la cour d'appel de Rennes à l'initiative de Laurent DRUGEON³² et dont voici un extrait :

Médiation sociale

Situations propices à la Médiation

Dimension humaine

- Ancienneté de la relation contractuelle
- Absence de rupture de contrat
- Contentieux avec des ressentis
- Montant élevé des demandes
- Relations persistantes (voisinage, concurrence...)
- Relations familiales ou amicales préexistantes
- Problème de communication entre les parties
- Appréhension de l'affrontement judiciaire
- Maîtrise du contentieux...

Dimension technique

- Solution juridique aléatoire, inadaptée ou aux conséquences désastreuses
- Solution juridique inapplicable ou sans effet
- Importance de sortir du cadre pour trouver une solution raisonnable
- Achoppement de la négociation sur des problématiques manifestement plus profondes
- Traiter l'ensemble de la situation, non uniquement les aspects juridiques
- Importance de la confidentialité
- Volonté de mettre un terme définitif au conflit...

³² Laurent Drugeon : Membre de l'Agence ARMEGO (Bretagne Grand Ouest), Président
Président de la Fédération des Centres de Médiation du Grand Ouest (FCMGO)
Membre du Centre de Médiation de RENNES (CMR), secrétaire
Membre de l'Association Nationale des Médiateurs (A.N.M. - Paris)
Membre du Groupe de Travail « Mode de Règlement Alternatif des Litiges » (Barreau de Rennes)
Formateur en Médiation – EDAGO (École des Avocats du Grand Ouest)

Une autre grille réalisée par Pascale ROBERT SANCHEZ³³ à propos de la médiation présente l'intérêt non seulement de montrer les situations favorables, mais aussi les situations défavorables.

Les critères d'opportunité de la Médiation

<p style="text-align: center;">facteurs en faveur d'une médiation</p> <p>1. NECESSITE DE PRESERVER OU RETABLIR UN LIEN ENTRE LES PARTIES</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>2. SITUATION URGENTE</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>3. SOLUTION JUDICIAIRE SEMBLANT INADAPTÉE</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>4. ALÉA JUDICIAIRE IMPORTANT</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>5. CONFIDENTIALITÉ NECESSAIRE</p>	<p style="text-align: center;">Facteurs empêchant la médiation</p> <p>6. ORDRE PUBLIC EN JEU</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>7. RISQUE AVERE DE « VIOLATION » DU CONSENTEMENT OU PATHOLOGIE PSYCHOLOGIQUE AVEREE D'UNE PARTIE</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>8. L'UNE DES PARTIES REFUSE DE SE RENCONTRER EN MÉDIATION</p>	<p style="text-align: center;">Facteurs nécessitant une vigilance dans le choix de la médiation</p> <p>9. UNE MÉDIATION A DEJA EU LIEU</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>10. RAPPORT DE FORCE TRES DESÉQUILIBRÉ</p> <p style="text-align: center;">et/ou</p> <p>11. RISQUE D'INSTRUMENTALISATION DE LA MEDIATION PAR UNE PARTIE</p>
---	--	--

De façon plus ludique, au sein d'Association des Médiateur de Bretagne Ouest (AMBO) a été développé un outil³⁴ d'aide à la détection de situations favorables à la médiation.

Il s'agit de répondre à un questionnaire sur la perception que peut avoir l'une des parties ou son conseil sur son dossier.

La réponse à ce questionnaire indique les facteurs du dossier qui sont favorables à la médiation.

Si ces outils traitent plus précisément de l'opportunité d'une médiation, ils pourraient être aisément adaptés aussi à la conciliation.

³³ Pascale Robert Sanchez : Formation de Coaching Professionnel - Linkup Paris
Diplôme Universitaire de médiation – IFOMENE (2012)
Membre des centres de médiation AMBO et ARMEGO
Formatrice médiation et systémie

³⁴ Outils d'aide à la détection de situations favorables à la médiation : <https://www.ambo.bzh/mediation-qui-quoi-comment/>

Le troisième axe de réflexion vise l'implication du tribunal et des juges.

Tous les tribunaux contactés sont unanimes, il faut une volonté partagée par plusieurs juges au sein d'un tribunal pour faire progresser les MARD.

Cette volonté suppose, une information mais aussi l'écriture d'un processus accompagné de documents que ce soit des documents d'informations des parties, des conseils ou de documents pour structurer la démarche des juges de la mise en état.

On peut citer par exemple, le support de présentation réalisé par le tribunal de commerce de Melun³⁵, ou celui de Brest³⁶.

Il y a lieu aussi de rappeler l'expérimentation de la Chambre sociale de la Cour d'Appel de Rennes qui fait lui aussi l'objet d'un document pédagogique³⁷.

Au-delà de la volonté, soulignons aussi que le caractère bénévole de l'engagement des juges consulaires peut aussi trouver ses limites dans leur capacité à donner du temps à leur mission.

Ainsi les petits tribunaux ont plus de difficultés à trouver des ressources pour se mobiliser sur les MARD car ils font face à d'autres urgences, outre l'organisation du contentieux, telles que la prévention ou l'accompagnement de la souffrance dans les procédures collectives.

Ainsi, les plus grands tribunaux seront plus à même de réfléchir à la mise en place des MARD, tel le cas du tribunal de Rouen déjà cité qui s'interroge sur l'opportunité de créer une chambre des MARD.

C'est la raison pour laquelle la conférence générale a donc édité un guide pratique accompagné d'outils, afin de faciliter cette mise en place, dès lors que la volonté du tribunal est présente.

³⁵ Modes Amiables de Résolution des Différends TC MELUN (annexe 9)

³⁶ Modes Amiables de Résolution des Différends TC BREST (annexe 10)

³⁷ Document information chambre sociale Cour d'appel Rennes (annexe 11)

C- ORIENTATION DES DOSSIERS ET IMPERATIVITE

Il n'y a pas de procédure de mise en état devant le tribunal de commerce, comme il en existe devant le Tribunal de Grande Instance.³⁸

Face à ce vide, chaque tribunal organise « sa mise en état », en collaboration fréquente avec le barreau avec qui est alors signé un contrat de procédure.

Soulignons cependant que la réforme de 2017³⁹ permet désormais de fixer un calendrier de procédure soumis uniquement pour avis aux parties comparantes.

C'est pourtant lors de ce processus entre le premier appel et le délibéré que le juge doit détecter les dossiers susceptibles d'être orientés vers les MARD .

Cependant, la question du degré d'impérativité se pose : Pas d'impérativité de la part du juge aboutit à ne pas faire vivre les MARD car les conseils ne sont pas pro actifs sur cette démarche.

Inversement, systématiser une orientation vers les MARD aboutit finalement à une banalisation, telle que les CPH la connaissent avec son taux d'échec.

Les expériences sont nombreuses et variées tant devant la juridiction consulaire que devant les juridictions civiles.

Ces expérimentations, encore nouvelles pour certaines, méritent d'être observées et sans doute adaptées aux règles de mise en état de chaque tribunal.

Parmi ces expériences, on peut citer celle de la chambre sociale de la cour d'appel de Rennes qui propose un processus de détection et d'information, à l'issue de la plaidoirie.

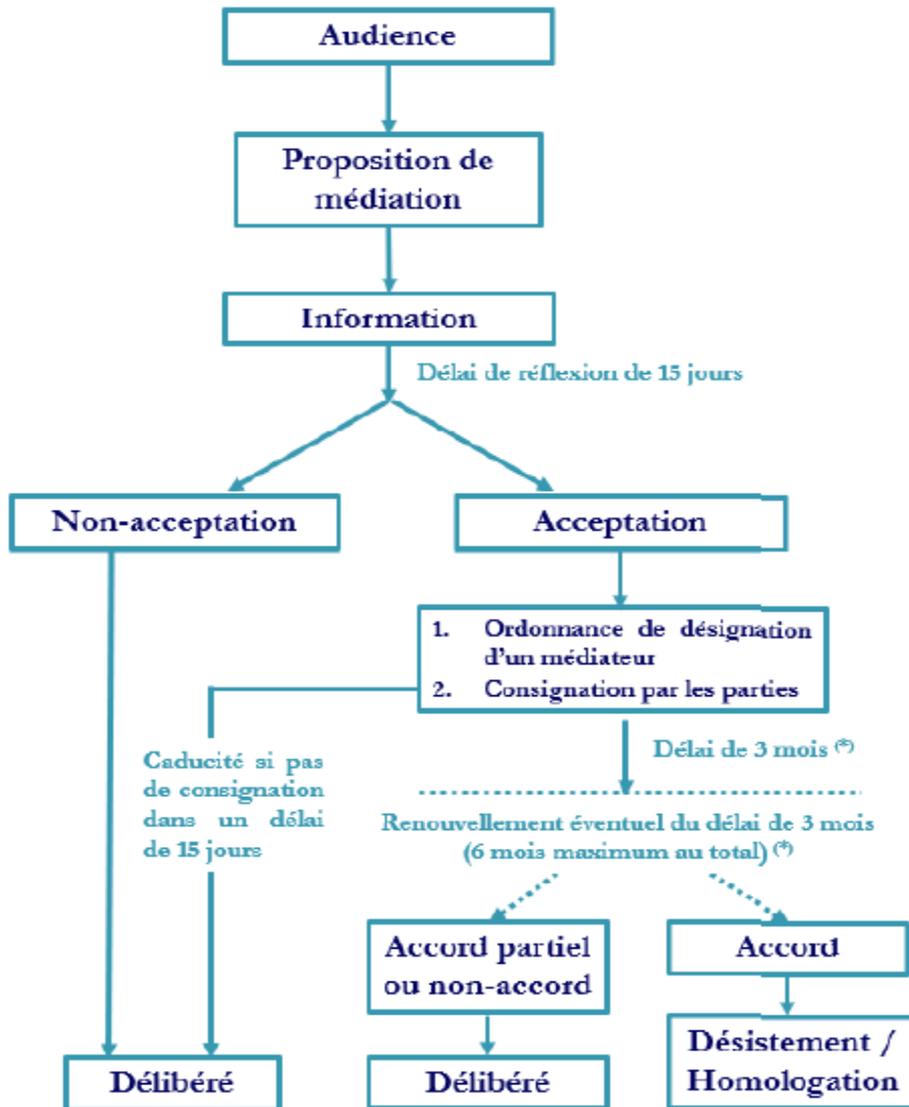
La Cour d'appel s'appuie sur le concours de la Fédération des centres de médiation du grand ouest pour assurer des permanences lors des audiences et mettre en œuvre les médiations acceptées par les parties.

La Cour a sollicité la Fédération des centres de médiation du Grand Ouest (FCMGO) afin que celle-ci propose des médiateurs qui siègent aux audiences de plaidoirie et rencontrent les parties, souvent les avocats, afin de leur donner une information, dossier fermé, sur l'intérêt de la médiation. A l'issue de cette réunion d'information, les parties ont 15 jours pour donner leur accord, à défaut le dossier, mis en délibéré, sera tranché.

³⁸ Article 763 et suivant du code de procédure civile

³⁹ Décret n°2017-892 du 6 mai 2017 - art. 4

Synoptique du processus devant la chambre sociale de la Cour d'Appel de Rennes :



() En moyenne, un entretien individuel par partie et une à deux réunions communes*

IL faut aussi citer les tribunaux de commerce de Rouen et de Melun qui ont déjà acquis une expérience depuis de nombreuses années.

Les juges en charge de l’instruction des dossiers orientent à tout moment de la mise en état vers les MARD.

Les juges Rouennais ont la subtilité de proposer une réunion d’information, formalisée par un courrier⁴⁰ envoyé par le greffe directement aux parties afin de consolider le message porté par les conseils.

⁴⁰ Courrier information TC Rouen (annexe 12)

Cette proposition d'une réunion d'information, tenue jusqu'à présent par un conciliateur de justice est sans doute moins « agressive » qu'une orientation directe en conciliation ou en médiation.

Le tribunal de commerce de Brest, pour sa part, dirige de façon impérative, vers la conciliation et ce, dès le premier appel, les dossiers en dernier ressort, pour lesquels les parties sont en proximité géographique (100 à 200 km).

Au cours de la mise en état et à la lecture de conclusions, les présidents de chambre orientent les éventuels dossiers vers la médiation dès lors que les situations y sont propices.

Modalités d'orientation	Avantages	Inconvénients
Au premier appel des causes	Fait gagner du temps Évite aux conseils d'investir dans des conclusions et donc en évite le cout pour le client	Sans autre document, difficile de percevoir si la situation est propice aux MARD Peut faire peur aux conseils qui perdent un dossier à plaider
En cours de mise en état	Connaissance du dossier et des conditions propices aux MARD Meilleure perception des aléas juridiques et enjeux humain pour le conseil	Nécessité pour le juge de prendre le temps de réfléchir à l'orientation éventuelle vers les MARD Formation renforcée des juges en charge de la détection et orientation
Au moment de la fixation du dossier	Connaissance complète des conditions propices aux MARD Peu de perte financière pour les conseils car les conclusions ont toutes été facturées et l'accompagnement aux MARD justifiera une facture complémentaire	Perte de temps alors que le dossier était prêt à être plaidé
Après plaidoirie	Tous les acteurs : juge, parties, conseils ont conscience des enjeux Aucun risque pour les conseils qui peuvent même y trouver un intérêt par une posture d'assistance et non plus de représentation	Retarde l'issue du procès Rajoute un cout supplémentaire

D - JUGE CONCILIATEUR OU CONCILIATEUR DE JUSTICE

Comme nous l'avons remarqué, l'orientation MARD se traduit surtout par une orientation vers la conciliation.

Le choix du recours au juge conciliateur ou au conciliateur de justice se pose alors.

Le code de procédure civile laisse le soin à chaque tribunal de choisir son modèle.

Le juge peut donc, soit déléguer sa mission de conciliation⁴¹ à un conciliateur de justice ou désigner un juge- conciliateur⁴².

En l'absence de statistique sur cette répartition entre juge conciliateur et conciliateur de justice, il est cependant possible de cartographier les avantages et inconvénients de chaque modèle :

Modalités	Avantages	Inconvénients
Juge conciliateur	Fait gagner du temps car il n'est pas nécessaire de faire une ordonnance de désignation Connaissance de la matière commerciale et des codes du monde de l'entreprise	Risque de suspicion par le public : Manque de clarté entre juge et conciliateur (d'où l'importance de ne pas porter de robe en conciliation) Le juge conciliateur ne peut plus siéger sur une affaire pour laquelle une tentative de conciliation a eu lieu ce qui peut handicaper les petits tribunaux
Conciliateur de justice	Indépendance totale vis-à-vis du tribunal Sans doute une pratique de la conciliation plus importante	Temps d'installation des conciliateurs par le TGI assez long Usure et turn over des conciliateurs qui n'œuvrent pas exclusivement pour le TC mais surtout pour le TGI dont les dossiers ne sont pas très passionnants

Si certains anciens juges assument des fonctions de conciliateurs de justice, l'usure liée, comme indiquée dans le tableau, à des dossiers de petites polices devant le TGI les amènent parfois à renoncer à cette fonction.

C'est la raison pour laquelle, certains tribunaux, constatant parallèlement la baisse du nombre de dossiers contentieux, réfléchissent au renforcement des MARD et à privilégier le juge conciliateur.

Il n'y a donc pas de préférence pour un statut plutôt qu'un autre mais plutôt une sensibilité différente d'un tribunal à un autre.

⁴¹ Article 129-2 CPC : Lorsque le juge, en vertu d'une disposition particulière, délègue sa mission de conciliation, il désigne un conciliateur de justice à cet effet, fixe la durée de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée. La durée initiale de la mission ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du conciliateur.

⁴² Article 129 CPC : La conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorables et selon les modalités qu'il fixe.

Le juge qui doit procéder à une tentative préalable de conciliation peut enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur de justice qui les informera sur l'objet et le déroulement de la conciliation, dans les conditions prévues par l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995.

E – CHOIX DU MEDIATEUR

Deux écoles s'affrontent autour de la question du choix du médiateur : Faut-il ou non un médiateur expert de la matière qui lui est soumis.

Il est certain que la méthodologie de la médiation qui vise à favoriser l'écoute de l'autre puis sa reconnaissance par la technique notamment de la reformulation, suppose que le médiateur ne cherche pas à poser des scénarios ou à présupposer des solutions qu'il connaîtrait par son expertise.

Sur cette base, un médiateur non expert de la matière qui oppose les parties sera plus centré sur son processus.

Cependant, à l'instar de l'expertise, le réflexe du juge, dans une logique de sécurisation, est de rechercher un médiateur, expert de la matière qui lui est soumise.

Tel est le cas de la chambre sociale de la Cour d'appel de Rennes, qui a sélectionné des médiateurs justifiant d'une expertise en droit du travail.

Tel est le cas, du tribunal de grande instance de Lorient qui lance une expérimentation sur la médiation expertise en matière de construction et qui sollicite de la fédération régionale des médiateurs du grand ouest, le soin de lui proposer des médiateurs spécialisés dans le bâtiment ou la construction.

Sans renier l'importance de privilégier le processus de médiation stricto sensu, il semble nécessaire, non pas d'avoir une expertise juridique dans la matière car le risque est grand de réfléchir comme un expert et non comme un médiateur, mais à tout le moins de connaître les codes de l'entreprise en ce qui concerne les MARD devant la juridiction consulaire.

Il est en effet, important de rassurer les parties, bien entendu sur le contenu et le déroulement de la médiation, mais aussi de les rassurer sur la compréhension qu'a le médiateur du sujet qui lui est exposé.

Au-delà des parties, la connaissance des codes du monde des affaires, permet aussi une approche systémique plus concrète par une compréhension plus rapide du contexte exposé par les parties.

A titre d'exemple, un médiateur qui intervient dans un conflit de construction entre donneur d'ordre et sous-traitant, à intérêt de connaître le rôle des partenaires de ce type de situation que sont le maître d'œuvre, le maître de l'ouvrage, l'architecte, le conducteur de travaux, ou ne pas être étonné si on lui parle de compte prorata, procès-verbal de réception ou du CCTP.

C'est ainsi que les centres de médiations ont tendance à développer des centres d'expertise qui constituent à la fois des centres d'intérêt pour les médiateurs mais aussi une présentation qui rassure les juges et les parties en conflit.

L'Agence Régionale de Médiation Entreprises du Grand-Ouest (ARMEGO)⁴³ répond à cette exigence.

On peut aussi s'interroger sur l'opportunité pour le juge de désigner un médiateur personne physique ou une personne morale.

Le code de procédure civile prévoit les deux possibilités⁴⁴.

Certes, toujours à l'aune de la procédure d'expertise, la juge a une tendance naturelle à chercher à désigner une personne physique, en privilégiant peut être un médiateur qu'il connaît déjà.

Cependant, ce choix ne présente pas que des avantages. En effet, la désignation d'une personne physique qui se traduit donc par un jugement ou une ordonnance, peut se heurter à l'indisponibilité du médiateur pressenti, ou un conflit d'intérêt l'obligeant à renoncer à cette désignation.

En outre, l'éloignement géographique du médiateur peut être aussi une raison qui va nuire la qualité de la médiation en limitant par exemple les rencontres initiales à de simples contacts téléphoniques.

Dans ce contexte, il peut être judicieux, pour le juge de désigner un centre de médiation, personne morale, à charge pour cette dernière de proposer un médiateur qui aura préalablement vérifié sa disponibilité, l'absence de conflit d'intérêt, voir le cas échéant son envie de travailler sur cette médiation.

⁴³ <http://www.armego-mediation.com/>

⁴⁴ Article 131-4 : La médiation peut être confiée à une personne physique ou à une personne morale.

Si le médiateur désigné est une personne morale, son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure.

C'est d'ailleurs la position de la Chambre Commerciale de la cour d'Appel de PAU dont le président ⁴⁵ s'exprime en ces termes :

« La chambre commerciale s'interdit de désigner des médiateurs individuels, considérant les garanties qu'apportent les associations de médiateurs (habilitation, agrément et surtout formation) et pour éviter un mode de désignation qui soit trop personnalisé. »

Ce choix de recourir à la désignation d'un centre doit cependant mettre en vigilance sur trois points :

- Tout d'abord sur la procédure prévue par le code de procédure civile suppose alors que *« son représentant légal soumet à l'agrément du juge le nom de la ou des personnes physiques qui assureront, au sein de celle-ci et en son nom, l'exécution de la mesure. »*

Cela signifie donc que ce n'est pas le médiateur pressenti qui informe la juridiction, mais le centre lui-même.

- Cette rédaction signifie d'autre part que le médiateur agit au nom du centre et non en son nom, ce qui implique, a priori la responsabilité du centre en cas mis en cause du travail du médiateur.
- Enfin ce choix du recours à un centre de médiation, va impliquer que la consignation va vraisemblablement s'effectuer un nom du centre et non au nom du médiateur et que le paiement de la médiation se fera donc au centre qui devra donc gérer le reversement au médiateur.

⁴⁵ Philippe BERTRAND : Président de la Chambre commerciale de Pau en 2015

F - FREINS AUX MARD

Lors des rencontres organisées à Paris sous l'égide de la conférence générale des tribunaux de commerce, les juges rappellent régulièrement que la mise en place des MARD rencontre des difficultés.

Evolution culturelle

Certes, ces modes amiables, conciliation comme médiation ne sont pas dans notre culture française qui attend du juge qu'il tranche « en notre faveur » car tout autre jugement serait de mauvaise justice.

Cette vision très égocentriste assimile un point de vue à une vérité unique et semble oublier qu'il y a autant de points de vue que de parties au litige.

Cette vision est aussi celle de la désresponsabilisation, puisque dans le conflit judiciaire, les parties abandonnent leur liberté de chercher une solution en confiant ce rôle au juge qui tranche.

Le premier frein est donc culturel et il n'épargne personne.

Cependant, l'évolution des textes législatifs, la volonté de la chancellerie d'introduire les MARD, la médiatisation des expériences de modes amiables, font que la pensée collective évolue et ce frein culturel semble en régression.

Néanmoins, parler des freins, oblige à s'interroger sur les attentes, les besoins et les représentations des acteurs aux MARD.

Les Juges

Et tout d'abord les juges eux-mêmes : Il est tellement plus simple de dérouler le processus normal de la mise en état sans se poser d'autre question que celui du respect du contradictoire et celui de gérer les incidents de l'instance !

Il faut à la fois être formé, comme nous l'avons dit précédemment, et se « faire violence » pour qu'un juge intègre les MARD dans son processus de mise en état.

C'est donc par eux qu'il faut commencer et sans une forte volonté d'un tribunal de structurer une démarche, il ne se passe pas grand-chose.

Le greffe

Un second frein, est celui du greffe, qui lui aussi a ses automatismes et cherche d'abord à trouver les outils afin d'intégrer les MARD dans son propre processus.

En outre, la méconnaissance du mécanisme pouvait laisser craindre une lourdeur administrative, source de dépenses supplémentaires.

Enfin, les greffes ont pu aussi, craindre la perte du coût d'un jugement dans l'hypothèse d'une orientation MARD.

Pour les tribunaux qui ont mis en place les MARD, cette inquiétude est dissipée. En effet, quel que soit le choix, Conciliation ou Médiation, qu'il y ait accord ou non, il ne s'agit là que d'une parenthèse, le juge restant saisi, le dossier reviendra devant lui nécessairement :

En cas de non accord ou accord partiel :

- Pour continuer la mise en état si l'orientation s'est faite en cours de la mise en état
- Pour plaidoirie si l'orientation s'est faite à l'issue de la mise en état
- Pour délibéré si l'orientation s'est faite après plaidoirie

En cas d'accord :

- Pour désistement à la demande d'une partie acceptée par l'autre ou en cas de demande conjointe
- Pour homologation

Il y aura donc nécessairement un jugement dont la rédaction est simple et dont le coût perçu par le greffe est globalement identique à un parcours judiciaire classique.

Afin de clarifier cette parenthèse, le jugement ou l'ordonnance fixe la date de rappel au rôle et le procès verbal signé en cas de conciliation peut comporter une clause de désistement ou d'homologation telle que le rédige le tribunal de commerce de Brest⁴⁶.

Les avocats

Les avocats constituent sans doute le frein le plus important.

Il s'agit là principalement d'une inquiétude associée à une méconnaissance, pour certains, à la fois du processus des MARD et du rôle qu'ils doivent y jouer.

Si le ministère d'avocat n'est pas obligatoire devant le tribunal de commerce, il n'en demeure pas moins qu'une très grande majorité, voir la quasi-totalité des dossiers est défendue par les avocats et souvent sans présence des parties.

Ainsi, pour ces conseils, les MARD peuvent apparaître comme un risque de perte de chiffre d'affaire, comme une concurrence.

A cette crainte s'ajoute la spécificité de rôle de négociateur de l'avocat dans le contentieux commercial : en effet, les chefs d'entreprises sont assez naturellement tournés vers la

⁴⁶ Modèle de procès verbal de conciliation (annexe 13)

résolution rapide de leur conflit, soit en négociant directement, soit par l'intermédiaire de leurs avocats.

Ceux-ci ne comprennent alors pas l'intérêt des MARD proposés par le tribunal et la réponse est fréquemment « nous avons déjà tenté de négocier ».

On se heurte là au manque d'information ou de formation des avocats qui ne connaissent pas le rôle du tiers facilitateur que sont le conciliateur et le médiateur.

Cette méconnaissance et réticence sont soulignées par Louis Degos ⁴⁷, co-président de la commission REL de l'ACE, a détaillé les trois types d'obstacles qui freinent les juristes d'entreprises à utiliser la médiation :

- Confusion et méconnaissance de la procédure : l'avocat trouve trop souvent des clients qui croient avoir déjà fait de la médiation alors qu'ils étaient simplement en négociation ou conciliation, beaucoup pensent que c'est un aveu de faiblesse ;
- Poids des habitudes et processus déjà en place : très peu d'entreprises ont des clauses de médiation obligatoires, il suffit d'une mauvaise expérience passée pour que les chefs d'entreprise se braquent, idem pour l'avocat. Il est problématique de casser les codes en interne et briser la culture du parapluie qui demande du temps et du courage ;
- Peur de l'amiable pour un litige prétendu « trop important » : la complexité et l'importance du dossier invitent précisément à la médiation, ce que les chefs d'entreprise ne comprennent pas, car c'est un bon moyen de préserver le secret des affaires.

Lever ces freins auprès des avocats passe donc plusieurs actions :

- Une information et même une formation sur les MARD
- Un contrat de procédure avec le barreau
- Un document explicatif associé à un courrier envoyé aux parties elles-mêmes au moment de l'orientation du dossier
- Une rencontre individuelle préalable pour information sur les MARD ⁴⁸

⁴⁷ Louis DEGOS : avocat au Barreau de Paris. Il dirige la pratique Contentieux et Arbitrage au sein du bureau parisien de K&L Gates

⁴⁸ CF infra processus initié par le TC de Rouen

Le temps

Enfin, le facteur temps peut-il être lui-même un frein ?

De manière très intéressante, Marjorie SENTUC 49, évoque le temps comme un obstacle à la Médiation : *« les situations peuvent se régler lorsqu'elles sont prises en charge rapidement après le point de rupture, mais c'est beaucoup plus difficile deux ans plus tard. En effet, le conflit serait déjà trop ancré, trop cristallisé pour que les parties puissent avoir une autre envie que celle de mener jusqu'au bout la bataille judiciaire.*

Cependant l'analyse réalisée à la Cour d'appel de Toulouse par cette étudiante montre une réalité toute autre. Loin d'être une contrainte, le temps s'est révélé être un atout.

Plusieurs raisons peuvent expliquer l'intérêt du temps dans le recours à la médiation judiciaire.

Tout d'abord, en faisant son œuvre, le temps permet bien souvent aux personnes de dépasser le stade de la colère ou de la vengeance. Elles ressentent alors le besoin de s'expliquer avec la partie adverse en dehors d'une salle de plaidoirie.

De plus, la procédure prud'homale préalable permet aux parties de connaître les arguments de l'autre et d'avoir ainsi des éléments tangibles pour asseoir leurs convictions. En effet, pour certains justiciables, avoir obtenu une décision du juge permet d'enclencher une logique de discussion. Ce phénomène a pu être observé lorsque le salarié avait gain de cause lors du jugement au Conseil de Prud'hommes : « Maintenant que j'ai gagné aux prud'hommes, que mon employeur sait qu'il a eu tort, on va pouvoir discuter » ; ou au contraire lorsque celui-ci était débouté de l'ensemble de ses demandes, de peur de voir le jugement prud'homal confirmé : « Si je perds aussi en appel... je ferais peut-être mieux de demander une médiation ».

Enfin, les délais de jugement du Conseil de Prud'hommes apparaissent comme un levier pour la médiation au niveau de la Cour d'appel. En effet, après de nombreux mois de procédure, les justiciables sont « à bout de souffle » et peu d'entre eux connaissent les délais réels au sein de la Cour d'appel. Lorsqu'ils prennent conscience que le contentieux durera encore plusieurs années, ils acceptent de se tourner vers la médiation. »

⁴⁹ Mémoire de master 2 dans le cadre d'un stage encadré par Françoise GRUAS et Catherine LATRABE, Présidentes de la chambre sociale de Toulouse en 2015

G – PLACE DES AVOCATS

Lors des audiences de contentieux ou de référés, ce sont les avocats qui font la mise en état et qui plaident et rarement les parties elles-mêmes.

La lecture d'un rôle de mise en état montre que sur 70 dossiers⁵⁰, il y a en moyenne moins de 4 dossiers sans avocat.

Est-ce la complexité du droit ? La capacité pour une entreprise de recourir au service d'un avocat, qui est prestataire comme le sont l'expert comptable et le consultant ? Le temps ou l'envie qui manque au chef d'entreprise pour défendre son propre dossier ?

En tout état de cause, l'avocat a toute sa place dans le conflit commercial, ce qui explique le poids de sa résistance et il est clairement le négociateur dont il se fait le champion.

Le médiateur ou le conciliateur apparaît donc à ses yeux comme un concurrent, voire même un concurrent inutile.

Cependant, quel que soit le rapport que le médiateur ou le conciliateur entretient avec les avocats, il faut être convaincu que rien ne se fera sans eux.

En effet, l'avocat doit être à la fois celui qui assiste et protège les intérêts de son client, celui qui mesure la faisabilité d'une solution et enfin celui qui formalisera l'accord entre les parties. Ainsi tout en soulignant, que les MARD sont l'affaire des parties, le médiateur sera vigilant d'associer dès le départ les conseils dans le processus.

Deux écueils seront cependant à éviter :

- Le risque que l'avocat cherche à se substituer à son client, oubliant qu'il n'est plus en représentation mais en assistance
- La difficulté de fixer un calendrier de rencontre compte tenu du nombre d'agenda à coordonner.

Il y a donc une posture plus ferme à adopter de la part du médiateur ou du conciliateur.

Si lors des conciliations, il est assez fréquent que les parties se présentent seules, compte tenu notamment du faible enjeu financier, en médiation, il serait suicidaire de refuser ou de négliger les avocats.

⁵⁰ Statistiques TC Brest

H- GESTION DES DELAIS

Les MARD sont encadrés par des délais courts : le Code de procédure civile est strict car il n'autorise qu'un délai de 3 mois renouvelable 1 fois⁵¹.

Si le déroulement d'une conciliation se fait généralement dans un délai assez court ce qui ne pose pas de réelle difficulté, ce n'est pas toujours le cas de la médiation qui sera préférée dans des dossiers complexes avec de multiples parties assistées de leurs avocats.

Point de départ de délai de 3 mois

La première difficulté réside dans le processus, maîtrisée ou par les juges, de rédaction de leur jugement ou ordonnance.

En effet si le Code de procédure civile fixe un délai de 3 mois, il ne précise pas le point de départ de ce délai.

Cette lacune doit donc impérativement être comblée par le juge qui a le choix de fixer ce point de départ :

- A la date du jugement
- A la signification du jugement
- A la consignation de la provision
- A l'information au médiateur de la consignation
- A la première rencontre collective

Le pire étant de ne rien préciser...

La solution idéale pour le médiateur est la date de la première rencontre collective.

Cependant, cette date, par nature est inconnue du juge qui, n'étant pas dessaisi, souhaite conserver la maîtrise du temps.

Aussi, la date de la notification de la consignation de la provision, constitue-t-elle un compromis idéal⁵², qui permet au juge de maîtriser ses renvois et au médiateur de ne pas voir son « compteur temps » fondre sans qu'il ait pu agir.

FIXONS à 1.000 € le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur qui sera versé pour moitié par chacune des parties dans le mois de la présente décision entre les mains du régisseur d'avances et de recettes du tribunal de grande instance de Lorient.

DISONNS que le médiateur devra déposer son rapport au greffe dans un délai de trois mois au plus tard à compter de l'avertissement qui lui sera donné du versement de la provision ; qu'il informera le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver une solution au conflit qui les oppose.

⁵¹ Article 131-3 : La durée initiale de la médiation ne peut excéder trois mois. Cette mission peut être renouvelée une fois, pour une même durée, à la demande du médiateur.

⁵² Exemple de rédaction du TGI de Lorient

Prolongation de la médiation

La seconde difficulté que rencontre la médiation commerciale vise la complexité des dossiers dans lesquels, il faut parfois faire intervenir des acteurs extérieurs qui peuvent avoir un calendrier incompatible avec le délai fixé par le Code de procédure civile.

Si le renouvellement prévu par le dit code ne pose pas de difficulté, si ce n'est la charge administrative à ne pas négliger, c'est la question du dépassement du délai de 6 mois qui doit être appréhendée.

La solution consiste à proposer aux parties à la médiation de prolonger la médiation judiciaire par une médiation conventionnelle.

Sur le plan formel, une convention sera signée, convention dont la rédaction sera très proche de celle proposée dans le cadre de la médiation judiciaire.

A la différence de la convention de médiation proposée dans un cadre hors procédure judiciaire, cette convention n'aura pas besoin d'évoquer la suspension de la prescription⁵³ puisque celle-ci est par nature interrompue par l'assignation ou la requête devant le Tribunal.

⁵³ Article 2238 : La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. .../....
Le délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. .../...

I - COUT DE LA MEDIATION

Si la conciliation est gratuite, la médiation, elle relève de la sphère marchande.

Le coût de la médiation résulte en principe de la négociation et se traduit par la signature d'une convention.

Le code de procédure civile, à l'instar de l'expertise dispose que le jugement « *fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible* »⁵⁴.

A l'expiration de sa mission, le juge fixe la rémunération du médiateur.

La charge des frais de la médiation est répartie conformément aux dispositions de l'article 22-2 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Le juge autorise le médiateur à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe.

*Il ordonne, s'il y a lieu, le versement de sommes complémentaires en indiquant la ou les parties qui en ont la charge, ou la restitution des sommes consignées en excédent .../....*⁵⁵

La lecture de ces textes semble claire ; le juge fixe une provision à parfaire sur présentation par le médiateur d'un mémoire de frais.

Certains tribunaux acceptent ce type de fonctionnement qui s'apparente effectivement à la procédure en matière d'expertise.

Cependant, de nombreuses juridictions négocient un forfait avec les médiateurs :

- Juge des affaires familiales de Lorient : 600 € (Médiation familiale)
- TGI de Lorient : 1000 € (Médiation civile)
- Tribunal de commerce de Brest : 1000 € (Médiation commerciale)
- Chambre sociale de la Cour d'Appel de Rennes : 800 € (Médiation sociale)

Cette volonté de contenir les coûts tient surtout à l'idée que la justice doit rester gratuite.

Cependant, n'est ce pas une illusion ? L'avocat est-il gratuit ? L'expertise est-elle gratuite ?

D'autre part, les juridictions ne maîtrisent pas toujours les notions de TVA : quand le juge consigne une somme, c'est évidemment une somme TTC. Dès lors, quand cette somme sera

⁵⁴ Article 131-6 du code de procédure civile

⁵⁵ Article 131-13 du code de procédure civile

reversée au médiateur, il devra, pour entrer ce montant en comptabilité, soustraire la TVA qui sera reversée le mois suivant à l'Etat.

Ainsi une provision de 1000 €, finalement versée au médiateur, correspond en réalité à une somme de 833.33 € encaissée par le médiateur après reversement de la TVA à l'Etat.

Il y a donc un intérêt à négocier avec chaque tribunal des conditions honorables de rémunération.

Dans un souci de maîtrise des dépenses et de la place du juge dans le processus, il est peut être souhaitable d'établir un forfait, mais alors, il faut d'une part rappeler l'impact de la TVA et d'autre part expliquer le contenu de ce forfait.

Décider par exemple, que le forfait de 1000 € s'entend des rencontres individuelles, de la gestion administrative du dossier et de 2 réunions collectives au plus. Qu'au-delà une provision complémentaire sera réclamée.

J – LA NON DEMANDE

S'il est une difficulté à intégrer dans les MARD en matière judiciaire, c'est qu'il est rare que les parties soient à l'initiative de la démarche.

C'est le juge, par son processus de détection qui va proposer la conciliation ou la médiation.

Les parties sont donc dans une logique d'un débat judiciaire se terminant par une décision de justice, et brutalement, le juge va les faire basculer dans un processus responsabilisant qui va sans doute les inquiéter, inquiétude relayée parfois par les avocats.

Dans ce contexte, la phase amont à la médiation ou à la conciliation est essentielle.

Il s'agit à la fois de rassurer et d'expliquer la place des MARD dans le processus judiciaire en cours.

Rassurer

L'attitude du juge présentant une démarche volontaire et non contraignante est déterminante.

Il s'agira de rassurer d'abord les avocats en leur communiquant un support écrit qui les aidera à présenter la démarche à leur client.

Le juge fixera aussi une double convocation :

- Une date de conciliation ou de consignation pour la médiation
- Une date de retour au rôle en cas de refus du mode amiable retenu

Cette technique de la double convocation rassure les parties et notamment les avocats sur le fait que cette parenthèse MARD, si elle n'aboutit pas, ne fait pas perdre de temps au dossier.

Expliquer

Rapidement dès orientation, il faut proposer une date aux parties afin de rencontrer le médiateur ou le conciliateur pour une explication à dossier fermé.

Plusieurs expériences existent déjà et méritent d'être évaluées dans le temps :

- TGI de Lorient : permanence d'un médiateur une après-midi toutes les deux semaines selon un calendrier fixé à l'avance. Ouvert à tout le monde, que ce soit des conflits judiciaires ou non.
- Cour d'Appel de Rennes : permanence d'un médiateur pendant l'audience et orientation vers une réunion d'information immédiatement à l'issue de la plaidoirie à l'initiative du juge.
- JAF Pontoise : organisation d'une réunion collective mais en séparant des conjoints. Cette réunion permet aux participants de prendre conscience des points de vue des

autres participants et constitue déjà une première démarche intellectuelle de prise en compte de « l'autre ».

- Tribunal de commerce de Rouen : Courrier d'invitation à une réunion d'information tenue par un conciliateur. Particularité : le greffe envoie le courrier d'invitation directement aux parties et en informe les avocats.

En tout état de cause, convoquer à une réunion de conciliation sans passer par une étape préalable, expose à un taux d'échec important.

Au delà des réunions d'information, des rencontres préalables individuelles constituent aussi une phase essentielle permettant d'expliquer l'intérêt de la démarche de médiation ou de conciliation et de rassurer les parties.

Cependant, cette séquence est chronophage et n'est pas toujours respectée en conciliation et parfois aussi, malheureusement en médiation.

L'utilité de ces rencontres préliminaires et individuelles est souvent discutée selon les différentes écoles.

L'expérience montre tout de même que cette étape permet à chaque partie à la médiation de se poser en tant que victime au travers du récit qu'elle va exposer et de discuter avec le médiateur des phases ultérieures de la médiation : à elle seule ces rencontres individuelles permettent de rassurer et d'expliquer.

3 - PERSPECTIVES ET PLAN D' ACTIONS

Grace à la conférence générale, les Tribunaux de commerce bénéficient déjà d'une démarche structurée au travers du document d'appui « Guide des pratique des MARD », d'une vidéo présentant ces modes amiables ⁵⁶ et d'un appui technique par l'organisation de réunion des délégués aux MARD sous l'égide de Claude Sidobre.

Pour autant, les statistiques montrent bien que seule la moitié des Tribunaux de commerce se sont emparés de ces modes amiables et parmi ceux-ci un grand nombre est encore sur une phase balbutiante.

Cependant, d'autres ont déjà acquis une expérience certaine et ont élaboré des outils et des process : Paris, Toulouse, Rouen, Melun pour ne citer qu'eux.

Au travers de ces retours d'expériences, voici quelques clés qui pourraient favoriser le développement des MARD devant la juridiction consulaire.

A- Formation des juges

Bien entendu, la formation des juges et la création d'une cellule portant les MARD au sein de chaque tribunal restent la première des priorités.

De façon concrète, sans doute faut-il désormais intégrer dans le processus de formation initiale un module spécifique ayant un triple objectif : expliquer la place des MARD dans le contentieux des affaires, apprendre à détecter les dossiers, expliquer les bases du déroulement d'une conciliation et d'une médiation.

A cette formation initiale doit s'ajouter l'information des juges en poste qui peut se réaliser par le délégué au MARD sur la base d'un support pédagogique tel celui proposé depuis cette année par la conférence générale, ou celui réalisé par le tribunal de Melun, ou de Brest.

⁵⁶ Lien video : <http://www.tribunauxdecommerce.fr/newsletter/juin-2018/>

B- Implication des acteurs

Seul, un tribunal de commerce ne peut œuvrer au développement des modes amiables. Outre les greffes, ce sont les barreaux, les conciliateurs et les médiateurs qu'il faut fédérer autour d'un tel projet.

Comme nous l'avons indiqué, il s'agit bien d'intégrer ces modes amiables dans le processus global de la mise en état.

C'est donc une convention qu'il faut envisager, avec le barreau tel l'exemple du tribunal de Toulouse ⁵⁷, ou de Narbonne ou encore celle conclue non seulement avec le barreau, mais aussi avec les centres de médiation.

Cette convention permettrait de s'entendre sur les points suivants :

- Les situations propices aux MARD
- Modalités temporelles de l'orientation
- Choix de l'orientation vers la conciliation ou la médiation
- Modalités d'information des parties
- Détermination conciliateur de justice ou juge conciliateur
- Choix du médiateur ou du centre de médiation
- Coût du médiateur (forfait ou non)
- Place des conseils dans ce processus

A ce cadre partagé des MARD doivent aussi être discutées des modalités de la mise en état et notamment de la place des négociations classiques entre les parties afin de favoriser la résolution amiable y compris hors conciliation déléguée ou médiation.

⁵⁷ Convention relative à la procédure de conciliation devant le tribunal de commerce de Toulouse du 15 janvier 2015 (annexe 14)

C- Information préalable

Dans la presque totalité des dossiers contentieux, seuls les avocats sont présents lors des audiences de mise en état.

S'il est primordial de les convaincre de l'utilité des MARD, il n'en demeure pas moins que ce sont les parties elles mêmes qui doivent être volontaires à cette démarche.

Aussi il est important que l'information leur arrive directement sans déformation.

Il y a là, deux modes opératoires intéressants et déjà expérimentés dans certains tribunaux.

Le premier est proposé par le tribunal de commerce de Rouen et qui consiste à faire un courrier directement aux parties⁵⁸.

Ce courrier a une double fonction : expliquer en quoi les caractéristiques du dossier se prêtent particulièrement aux MARD et aussi, fixer la fameuse double convocation que nous avons déjà évoquée.

Ce dispositif est simple, peu contraignant et permet de consolider les propos que tiendra l'avocat à son client dans le cadre de son obligation de conseil.

Le second mode opératoire est original et est tiré de l'expérience du tribunal des affaires familiales de Paris : il s'agit d'inviter les parties collectivement à une réunion d'information.

Ce dispositif n'est applicable que dans les grands tribunaux qui sont amenés à proposer au moins une dizaine de MARD par semaine.

Deux réunions sont alors organisées afin que des protagonistes d'un même dossier ne se retrouvent ensemble.

L'intérêt d'un tel dispositif est de permettre déjà aux personnes de comprendre par la bouche du conciliateur ou du médiateur⁵⁹ l'intérêt des MARD et d'entendre les interrogations des autres participants.

⁵⁸ Courrier réalisé par le TC de Rouen (annexe 12)

⁵⁹ Un tel dispositif pourrait être animé par un conciliateur, quitte à ce que celui-ci propose à l'issue de cette rencontre collective une orientation, soit vers la conciliation, soit vers la médiation.

D- L'orientation Médiation - Conciliation

Les statistiques montrent que les tribunaux orientent de façon massive vers la conciliation.

Ce n'est pas le fait du hasard et la gratuité de celle-ci n'est pas la seule cause.

Cependant, il est souhaitable que chaque tribunal ait une grille de lecture permettant de choisir dans quels cas, il y a un intérêt vers la conciliation ou la médiation.

Le tribunal de Brest a adopté certains principes que nous avons exposés et qui méritent d'être rappelés.

- Dès le premier appel des causes, les dossiers en dernier ressort, voire d'un montant un supérieur et dès lors que les parties sont locales, sont dirigés systématiquement vers la conciliation. Une orientation vers la médiation serait effectivement systématiquement refusée compte tenu du coût de celle-ci au regard de l'enjeu financier du dossier. Il est vrai que le tribunal applique là une forte impérativité à l'orientation MARD mais cela évite aussi que les avocats investissent dans la rédaction de conclusions qui pourraient les amener alors à ne porter (ou moins porter) l'idée d'une conciliation.
- L'orientation vers la conciliation se fait sous la forme de la double convocation afin qu'en cas de refus d'entrer en conciliation, le retour au rôle soit automatique sans perte de temps.
- Au cours de la mise en état, à la lecture des conclusions, dès lors qu'un dossier présente les caractéristiques évoquées page 32, le président d'audience propose une médiation et fixe un délai de 15 jours pour les parties pour se prononcer.
- La provision pour médiation est fixée à 1000 € et comprend les coûts administratifs, les rencontres individuelles et l'organisation de 1 ou 2 plénières. Au-delà le médiateur peut demander une consignation complémentaire.
- L'ordonnance ou le jugement qui ordonne la médiation fixe le délai de 3 mois à compter de la notification par le greffe de la consignation au médiateur. Ce choix du point de départ du délai de 3 mois est important car le code de procédure civile ne le précise pas et il permet d'accorder réellement 3 mois complets au médiateur pour accomplir sa mission.

E- L'information des parties

Mis en place par certains tribunaux, tel que Rouen, un courrier informant les parties directement de l'orientation vers les MARD apparaît comme un outil nécessaire aux processus.

Il ne s'agit pas de « court-circuiter » les avocats qui sont souvent seuls présents aux audiences, mais d'accompagner leur obligation de conseils, et de faciliter celui-ci en se retranchant derrière ce courrier qui indique que c'est bien le tribunal qui est à l'initiative de cette orientation.

En effet, une orientation vers une négociation proposée par un avocat peut parfois être délicate et mal ressentie par le client qui attend de son conseil une posture belliqueuse.

Ce courrier, expédié par le greffe au nom du tribunal, consolide alors l'argumentaire de l'avocat.

L'information des parties trouve aussi résonance dans la loi du 23 mars 2019 qui généralise la possibilité pour le juge d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur⁶⁰.

L'article 22-1 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 en son second alinéa prévoyait la possibilité pour le juge, dans les cas de tentative préalable de conciliation prescrite par la loi autres que ceux prévus en matière de divorce et de séparation de corps, d'enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur.

L'article 3, I, 2°, de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice étend cette possibilité.

Le juge pourra désormais enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur pour un entretien informatif sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estimera qu'une résolution amiable du litige est possible.

Cette mesure doit permettre d'éclairer les parties sur le déroulement d'une mesure de médiation, de lever les éventuelles réticences et ainsi de les encourager à y recourir.

Faut-il se saisir de cette faculté en enjoignant, donc de façon impérative, la rencontre d'un médiateur qui aura à ce stade qu'un rôle d'informateur ?

Cette question mérite une réflexion car elle soulève d'autres interrogations :

Comment organiser ces rencontres ? Avec quels médiateurs ?

⁶⁰ Article 3, I, 2°, de la loi modifie le second alinéa de l'article 22-1 de la loi n°95-125 du 8 février 1995

L'aspect impératif ne sera-t-il pas finalement contre productif ?

L'injonction ne concerne que l'orientation vers la médiation ; quid de la conciliation ?

Soulignons que ces dispositions étant d'application immédiate, elles s'appliquent aux procédures en cours.

Ainsi, depuis le lendemain de la promulgation de la loi, soit le 24 mars 2019, le juge peut enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estimera qu'une résolution amiable du litige est possible.

CONCLUSION

Claude Sidobre s'exprime en ces termes :

« Aucun développement des MARD ne peut sérieusement s'envisager sans une volonté dûment affirmée du Président du Tribunal, concrétisée par des actes tant symboliques que représentatifs, et réitérée autant que de besoin »

Il est certain que les juges des tribunaux de commerce font ce que sont ou seront les Modes Amiables dans leur tribunal.

Si 50% des tribunaux disent avoir mis en place des modes amiables, ou tout au moins, ont déjà orienté des dossiers vers la conciliation, il apparaît tout d'abord que cette statistique ne porte que sur 85 des 134 tribunaux de commerce, les tribunaux qui ont répondu étant, sans doute, les plus motivés sur cette question.

Il apparaît ensuite que parmi les tribunaux qui mettent en place plus ou moins les MARD, il y a assurément autant de modes opératoires que de tribunaux.

Dans un contexte de forte évolution législative, il y a donc un intérêt à proposer un processus issu des retours d'expériences de tribunaux, processus qui pourrait cependant varier selon la taille du tribunal afin de prendre en compte les moyens humains disponibles.

Il y a là, un rôle majeur pour la conférence générale.

Sur le plan prospectif, la révolution numérique, associée à l'intelligence artificielle va, non seulement réinterroger la place du juge et de l'avocat, mais aussi les MARD.

En effet, la justice « prédictive » est un exemple concret illustrant comment l'intelligence artificielle investit le Droit, entraînant de sérieuses inquiétudes quant au fait que le jugement serait rendu sur des critères basés sur ce que des juges ont déjà jugé, c'est-à-dire la jurisprudence.

Le train est en marche, la loi du 23 mars 2019⁶¹ a fixé déjà les grands traits de la numérisation des décisions de justice, base de données nécessaires à une IA.

Bien qu'il soit évident que la justice prédictive permette d'anticiper et de quantifier ses chances de gagner ou de perdre un procès, elle ne doit pas, être la solution technologique permettant de remplacer le juge ; pour autant il risque bien d'en modifier le rôle.

⁶¹ Article 33 de la loi du 23 mars 2019

Cette justice prédictive participe sans doute aussi, à cette démarche de désengorgement des tribunaux, car elle vient dissuader certains justiciables d'engager une procédure en fonction de leurs chances de gagner ou non une affaire. Elle favorisera donc certainement les modes de règlements amiables des conflits en privilégiant la médiation ou la conciliation mais aussi le droit collaboratif et la procédure participative.

Ainsi, si le rôle du juge pourrait s'effacer ou à tout le moins évoluer dans ce monde de l'intelligence artificielle, la place de l'avocat et du médiateur, elle s'en trouverait grandie nécessairement.

Albert Einstein disait « *La théorie, c'est quand on sait tout et que rien ne fonctionne. La pratique, c'est quand tout fonctionne et que personne ne sait pourquoi* »

N'est ce pas la définition de l'IA ? Un outil dont la pratique risque de ne plus permettre de savoir pourquoi cela fonctionne.

C'est sans doute pour cette raison que dans une déclaration commune du 19 mars 2019, le premier président de la Cour de cassation et la présidente du Conseil national des barreaux ont rappelé ainsi l'« *urgente nécessité d'organiser l'open data des décisions de justice, en France, dans des conditions garantissant l'égal accès de tous à la donnée publique* ». Ils estiment indispensable de confier à la Haute juridiction le pilotage des dispositifs de collecte automatisée et de réguler le recours à la justice prédictive.

Ainsi se redessinent avec beaucoup d'inconnues les futures relations entre les parties, leurs avocats, le juge et le médiateur ou le conciliateur.

BILIOGRAPHIE

COMMISSION D'ENQUÊTE (1999) sur L'ACTIVITE ET LE FONCTIONNEMENT DES TRIBUNAUX DE COMMERCE - Débats de l'Assemblée Nationale du 27 mai 1790, *Archives parlementaires, première série, tome XIV*

L'accord et la sentence dans le règlement des litiges économiques au XIXe siècle - Claire LEMERCIER (2012) *Edition universitaire de Dijon*

Histoire des tribunaux de commerce (1970) René ITHURBIDE *librairie générale de droit et de jurisprudence*

GUIDE PRATIQUE pour les Tribunaux de Commerce / MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (MARD) (2018) Claude SIDOBRE. *Conférence générale des tribunaux de commerce*

LE DEVELOPPEMENT DE LA MEDIATION JUDICIAIRE À LA COUR D'APPEL DE TOULOUSE (2015) Mémoire de Marjorie SENTUC encadré par Françoise GRUAS et Catherine LATRABE, Présidentes de la chambre sociale

ARBITRAGE ET MEDIATION (2017) *Le journal du management*