



Chambre régionale de la section  
LYON – CHAMBERY – GRENOBLE



# Le rôle de l'expert judiciaire dans le processus de résolution des conflits

COLLOQUE DU 20 MARS 2017

sous la présidence de

**Monsieur Michel ALLAIX**

**Premier Président de la Cour d'appel de Chambéry**

## Table des matières

<b>Accueil des participants .....</b>	<b>1</b>
<i>Monsieur Jean LEROUX – Président CNECJ – Section autonome Lyon-Chambéry-Grenoble .....</i>	<i>1</i>
<b>Propos introductifs .....</b>	<b>3</b>
<i>Monsieur Michel ALLAIX – Premier Président de la Cour d’appel de Chambéry .....</i>	<i>3</i>
<b>Pose de la problématique .....</b>	<b>5</b>
<i>Monsieur Brice ROBIN – Procureur Général près la Cour d’appel de Chambéry .....</i>	<i>5</i>
<b>1 Les processus de résolution des conflits et le rôle de l’expert de justice .....</b>	<b>7</b>
<i>Monsieur Pierre VIARD – Président du Tribunal de Grande Instance d’Annecy .....</i>	<i>7</i>
1.1 Rapide historique .....	7
1.2 Tentative de définition .....	8
1.3 Les MARC une famille très hétéroclite .....	8
1.3.1 La transaction (articles 2044 à 2052 du code civil) .....	8
1.3.2 L’arbitrage (articles 2059 à 2061 du code civil et 1442 à 1527 du code de procédure civile) .....	9
1.3.3 La médiation conventionnelle ou judiciaire (article 21 de la loi 95-125 du 08 février 1995 et articles 1530, et 1532 à 1535 du code de procédure civile) .....	9
1.3.4 La conciliation par un conciliateur (articles 1530, et 1536 à 1541 du code de procédure civile) .....	9
1.3.5 La procédure participative (articles 2062 à 2068 du code civil et 1542 à 1564 du code de procédure civile) .....	10
1.4 Un point commun : recherche d’efficacité et de sécurité juridique .....	10
1.5 Les participants aux MARC .....	10
1.6 Les experts et les MARC .....	11
1.6.1 Experts et conciliation ou transaction .....	11
1.6.2 Experts et arbitrage .....	12
1.6.3 Experts et procédure participative .....	12
1.6.4 Experts et médiation .....	12
1.7 Conclusion .....	13
<b>2 Les alternatives au contentieux et la place de l’expertise .....</b>	<b>14</b>
<i>Maître Patricia LYONNAZ – ancien Bâtonnier du barreau d’Annecy et membre du Bureau de la Conférence des Bâtonniers de France et d’Outre-Mer .....</i>	<i>14</i>
2.1 Les alternatives à proposer au justiciable par l’avocat .....	14
2.1.1 Les solutions classiques que chaque intervenant maîtrise .....	14

2.1.2 Les solutions nouvelles et les problématiques .....	15
2.2 L'expertise dans le cadre d'un processus amiable de règlement des conflits initié par l'avocat .....	16
2.2.1 Le rôle de l'avocat dans l'expertise .....	16
2.2.2 Le rôle de l'expert.....	17
<b>3 La recherche d'une solution.....</b>	<b>19</b>
<i>Maître Alain MARTER – ancien Bâtonnier – membre du Bureau de la Conférence des Bâtonniers et membre du Conseil National des Barreaux .....</i>	<i>19</i>
<b>4 Accords en cours d'expertise, la pratique régionale : sondage auprès des experts sur leurs expériences dans la conciliation au civil.....</b>	<b>21</b>
<i>Monsieur Hervé ELLUL – Conseiller à la formation CNECJ – Section autonome Lyon-Chambéry-Grenoble.....</i>	<i>21</i>
4.1 Questions 1 & 2 – Quel est le nombre de conciliations intervenues dans vos expertises depuis que vous exercez ? Quel pourcentage cela représente-t-il sur l'ensemble de vos expertises ? .....	21
4.2 Question 3 – Quelle a été la ou les motivation(s) des parties pour concilier ?.....	21
4.3 Question 4 – Quel(s) secteur(s) de contentieux estimez-vous le plus propice à la conciliation? .....	22
4.4 Question 5 – Les critères exogènes pouvant notablement influencer une conciliation en cours d'expertise (1/2).....	22
4.5 Question 6 - Critères liés au comportement de l'Expert propice à une conciliation en cours d'expertise.....	23
4.6 Question 7 - Si la loi le permettait, seriez-vous favorable à être chargé de concilier éventuellement les parties d'une expertise civile ? .....	24
<b>5 La force du destin .....</b>	<b>25</b>
<i>Monsieur Pierre GRAND – ancien Président de l'APMF (Association Pour la Médiation Familiale).....</i>	<i>25</i>
<b>6 La neutralité de l'expert .....</b>	<b>28</b>
<i>Monsieur Pierre GARBIT – Président honoraire du Tribunal de Grande Instance de Lyon .....</i>	<i>28</i>
<b>7 L'approche du chef d'entreprise : l'analyse systémique du différend.....</b>	<b>30</b>
<i>Monsieur Bernard TITZ – Directeur Général Adjoint de la société VICAT.....</i>	<i>30</i>
<b>8 La pratique italienne .....</b>	<b>35</b>
<i>Maître Emanuela PUCCI – Médiateur à Milan et Lyon ancienne avocate au Barreau de Milan .....</i>	<i>35</i>
<b>9 Débat / interventions .....</b>	<b>38</b>
<i>Monsieur Alain ETIEVENT – Président d'honneur CNECJ – section autonome Lyon-Chambéry-Grenoble .....</i>	<i>38</i>
<b>Conclusions des travaux .....</b>	<b>39</b>
<i>Monsieur Michel ALLAIX – Premier Président de la Cour d'appel de Chambéry.....</i>	<i>39</i>

En 1<sup>ère</sup> de couverture (Copyright © 2017 – Michel GODET – Groupe Tout Lyon Affiches), de gauche à droite :

<i>M. Pierre GRAND</i>	Ancien Président APMF
<i>M. Bernard TITZ</i>	Directeur Général adjoint VICAT
<i>M. Brice ROBIN</i>	Procureur Général près la Cour d'appel de Chambéry
<i>Me Patricia LYONNAZ</i>	Ancien Bâtonnier Barreau de Chambéry
<i>M. Michel ALLAIX</i>	Premier Président de la Cour d'appel de Chambéry
<i>Me Emanuela PUCCI</i>	Médiateur Milan et Lyon
<i>M. Pierre VIARD</i>	Président du Tribunal de Grande Instance d'Annecy
<i>Me Alain MARTER</i>	Ancien Bâtonnier Barreau d'Annecy
<i>M. Pierre GARBIT</i>	Président honoraire du Tribunal de Grande Instance de Lyon
<i>M. Jean LEROUX</i>	Expert de justice – CNECJ
<i>M. Yves LEBLOND</i>	Expert de justice – CNECJ

# Accueil des participants

---

*Monsieur Jean LEROUX*  
*Président CNECJ – Section autonome Lyon-Chambéry-Grenoble*

Messieurs les chefs de Cour,  
Mesdames et Messieurs les chefs de Juridiction,  
Mesdames et Messieurs les magistrats,  
Mesdames et Messieurs les Bâtonniers,  
Mesdames et messieurs les juges consulaires  
Mesdames et messieurs les avocats  
Mesdames et messieurs les médiateurs  
Mes chers collègues experts, et chers amis,

**La section Lyon-Chambéry-Grenoble** de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de Justice, que j'ai l'honneur de représenter, est très heureuse et honorée de votre présence nombreuse ce soir à notre colloque annuel, qui a lieu chaque année dans l'une des Cours d'appel de notre section.

**Je tiens à remercier tout particulièrement**, nos hôtes, Monsieur le Premier Président, **Monsieur Michel ALLAIX**, et Monsieur le Procureur Général, **Monsieur Brice ROBIN** de nous accueillir aujourd'hui dans cette belle salle du Sénat, qui est un lieu chargé de plusieurs siècles d'histoire.

**J'adresse également mes remerciements à Yves LEBLOND**, Président d'honneur de notre section et actuel Vice-Président délégué de notre section pour Chambéry, pour tout le temps qu'il a bien voulu consacrer à la préparation de ce colloque. Yves, avec le concours précieux de Monsieur le Premier, a su solliciter la participation d'intervenants de marque qui nous font l'honneur et l'amitié d'apporter leurs savantes contributions à nos travaux. Qu'ils soient tous remerciés.

**Mon intervention sera brève**, car mon seul mérite dans l'organisation de cette manifestation - s'il en existe un - est d'avoir participé en septembre dernier au choix du thème de ce colloque : « **le rôle de l'expert de justice dans les processus de résolution des conflits** ».

Ce thème, à mon sens, ne pouvait que susciter un réel intérêt, tant cette question nous concerne tous, magistrats, avocats et experts et je ferai référence **à la récente loi de modernisation de la justice du XXI<sup>ème</sup> siècle**. Certes, si celle-ci n'a pas touché à l'article 240 du Code de Procédure Civile qui interdit au juge judiciaire de confier à l'expert la mission de concilier les parties, l'expert par son éclairage technique et son autorité n'agit-il pas, sans le savoir, comme un facilitateur dans la résolution des conflits entre les parties ?

Les témoins et professionnels qui interviendront ne manqueront pas de répondre à cette question.

**Pour terminer mon bref propos, quelques mots sur notre compagnie.**

La Compagnie Nationale des Experts-comptables de justice, fondée en 1913, est la plus ancienne des compagnies d'expert. Par ses actions de formation et de communication notamment, la CNECJ veille à transmettre à ses membres, experts-comptables ou commissaires aux comptes, les traditions d'intégrité et d'excellence qui doivent caractériser l'expert de justice.

Notre compagnie compte près de cinq cents membres au niveau national. Après Paris/Versailles et Aix en Provence, notre section est l'une des toutes premières et compte près de 50 membres.

Vous êtes tous impatients, comme moi, d'entendre nos éminents conférenciers. Je passe donc sans plus tarder la parole à Monsieur le Premier Président, à qui il revient d'orchestrer les interventions. A l'issue des exposés, il sera laissé un temps pour les questions qui vous animent, puis nous pourrons poursuivre nos échanges dans la salle des Pas Perdus autour d'un cocktail dînatoire.

# Propos introductifs

---

*Monsieur Michel ALLAIX  
Premier Président de la Cour d'appel de Chambéry*

Monsieur le président,

Votre compagnie a exprimé le souhait d'organiser cette année son colloque annuel à la Cour d'appel de Chambéry.

Elle en est honorée, et, au nom des magistrats et fonctionnaires de cette Cour, je suis heureux de vous souhaiter la bienvenue, ainsi qu'à tous vos invités que je vois très nombreux dans cette salle.

Votre compagnie nous accueille chaque année dans le cadre de ses rencontres, et sait allier les préoccupations professionnelles avec une large et toujours passionnante ouverture sur le monde des arts et de la culture, aussi vos invitations sont-elles parmi celles qui comptent toujours un fidèle et nombreux public.

Nous espérons nous inscrire dans cette tradition alliant le droit à l'histoire et aux beaux-arts en vous recevant dans notre palais de justice historique bâti sur les plans des architectes Pierre-Louis BESSON et Pierre SPURGAZZI. La première pierre en fut posée le 27 mai 1850, soit il y a bientôt 167 ans, par le Roi de Piémont Sardaigne Victor Emmanuel II, elle devint Cour impériale en 1860, lors du référendum rappelé par la plaque figurant sur l'un des coté de cette salle, puis Cour d'appel des Savoie. Les magistrats de la Cour, et aujourd'hui les intervenants à ce colloque, ont le rare privilège de siéger sous la masse d'armes des sénateurs de Savoie, auxquels nous avons succédé dans la délicate mission de rendre la justice.

Mais votre choix de vous réunir aujourd'hui à Chambéry ne tient pas seulement à la beauté du cadre et je veux croire que c'est aussi l'intérêt du sujet retenu qui motive votre présence nombreux ce soir.

Je souhaite ici remercier très chaleureusement votre président Monsieur Jean LEROUX et son délégué pour les Savoie, Monsieur Yves LEBLOND, qui, sachant l'intérêt tout particulier porté par notre Cour d'appel pour les modes alternatifs de règlement des conflits, ont proposé de consacrer leur colloque à cette thématique.

La loi du 18 novembre 2016, dite "Justice XXI", consacre l'importance nouvelle des modes alternatifs de règlement des conflits dans le fonctionnement de l'institution judiciaire, dans sa dimension qualitative plus particulièrement.

Nous sommes aujourd'hui confrontés à des masses de plus en plus importantes de contentieux à gérer, le temps consacré à chaque justiciable s'en trouve nécessairement plus strictement encadré. Le développement des outils informatiques et de l'intelligence artificielle nous laisse entrevoir un recours croissant à des banques de données qui nous proposeront, dans les prochaines années, voire même les prochains mois, des réponses standardisées, prenant en compte un nombre croissant de paramètres, situation par situation.

Dans le même temps, nous observons cependant que les justiciables expriment de plus en plus souvent et de plus en plus fort, un besoin d'être entendus, pour exposer leur litige, mais plus largement ce qui en fait le contexte... pour être reconnus également dans leur dimension de personnes.

Les modes alternatifs de règlement des conflits offrent ces possibilités et leur succès confirme qu'ils répondent bien à ce besoin des justiciables de pouvoir s'exprimer, d'être entendus par l'autre... et peut-être aussi d'être aidés et accompagnés pour parvenir à entendre l'autre...

L'expertise est également ce moment privilégié du procès, qui ouvre une parenthèse au cours de laquelle des preuves sont recueillies et analysées par des tiers, dans un cadre contradictoire permettant une liberté d'expression et ouvrant divers possibles pour le devenir du litige, ce alors même que l'expert n'a pas pour rôle de concilier les parties.

Il nous est donc apparu très intéressant et relativement inédit d'explorer cette phase de l'expertise sous l'éclairage très particulier des modes alternatifs de résolution des conflits, auxquels elle peut conduire, ou au contraire s'opposer, et d'inviter chaque acteur, magistrat, avocat, expert, médiateur, médié, à exposer son point de vue.

Nous achèverons nos travaux avec un regard sur une expérience étrangère. Je remercie les intervenants d'avoir bien voulu se prêter à cet exercice.

# Pose de la problématique

---

*Monsieur Brice ROBIN  
Procureur Général près la Cour d'appel de Chambéry*

Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs,

Je m'associe aux mots de bienvenue de Monsieur le Premier Président et je suis particulièrement heureux de vous accueillir à la Cour d'Appel de Chambéry.

Notre droit est issu du droit romain qui est fondamentalement un droit procédurier, un droit reposant sur le procès.

Depuis toujours pourtant, en parallèle, existe l'idée de résoudre un litige autrement que par un procès, au travers d'un rapprochement et d'un accord des parties.

Souvenons-nous de l'ordonnance de Philippe-Auguste de 1180 renouvelée par Louis IX en 1245 instituant « la quarantaine le Roi » qui imposait un délai de 40 jours aux parties en conflit avant d'en venir aux mains ou plutôt aux armes devrais-je dire...

Le bon Roi Henri IV ne disait-il pas : « *Le meilleur moyen de se débarrasser d'un ennemi c'est de s'en faire un ami* »?

Souvenez-vous des lois votées par la Constituante en 1790 et 1791 qui en réaction aux modes de fonctionnement des institutions judiciaires de l'ancien régime, ont imposé la conciliation et créé le juge de paix...

Et Balzac écrivait en 1843 dans les Illusions Perdues que : « *Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* ».

Ainsi si le principe de résoudre aimablement un litige est définitivement et depuis longtemps acquis, sa mise en œuvre dans notre système judiciaire reste encore fort limitée. Et bien sûr, pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué - c'est bien français - notre pays est l'un des rares à avoir adopté un système comprenant plusieurs modes de résolution amiable dont certains très proches... médiation, conciliation, et procédure participative.

J'ajoute, parce que cela vous concerne, que dans ce cadre les parties peuvent avoir recours à un technicien, autrement dit à un expert... les conditions sont fixées par les articles 1547 à 1554 du Code de procédure civile.

Bref, 20 ans après sa création, la médiation civile se heurte à la résistance de nombreux praticiens, avocats, magistrats, et sans doute aussi justiciables..!

Je me contenterai de poser la problématique et j'emprunte à une célèbre avocate-médiatrice Madame Françoise THIEULLENT, les deux phrases suivantes qui me paraissent parfaitement résumer l'équation à laquelle les experts se trouvent confrontés :

---

*« Un des dangers auquel est confronté le médiateur expert dans la matière qui lui est confiée c'est que plus le médiateur connaît un domaine, plus il essaye d'orienter les parties vers des solutions qui lui semblent bonnes, et, paradoxalement moins la médiation avancera favorablement car ce dont les parties ont besoin c'est de cheminer par le dialogue, et les questions posées par le médiateur sont très utiles.*

---

*Mais si le médiateur estime avoir compris, il posera moins de questions de clarification puisqu'il a déjà sa vision du problème et une petite idée de la solution : il sait. »*

Elle ajoute :

---

*« La plus grande qualité du médiateur est de faire taire ses compétences techniques sur le litige pour laisser émerger celles des parties et leur capacité à dialoguer de façon efficace. Le médiateur doit savoir faire silence en lui-même. »*

---

J'en déduis que médiation et expertise peuvent coexister mais ne doivent pas se confondre.

En conclusion, ou plutôt pour lancer le débat, si beaucoup s'accordent sur le fait qu'un médiateur doit avoir une connaissance minimale de la matière du litige pour comprendre le langage des parties et les enjeux du différend, il ne s'inscrit pas dans une figure d'autorité sous l'ombre tutélaire du juge mais dans le rôle de tiers par excellence, même à l'égard de l'autorité qui l'a désigné, en restaurant un rapport de confiance gage de paix civile.

Mais ce n'est bien sûr que le modeste avis d'un procureur général assez éloigné il est vrai de tous ces éléments mystères parfois un peu byzantins..! J'avoue en effet que je m'y perds un peu entre les mesures amiables de règlements des différends (MARD), les mesures alternatives de résolution des conflits (MARC) et les mesures alternatives de résolution des litiges (MARL) mais c'est très certainement que le pénaliste que je suis est un peu trop éloigné de ces subtilités...

Je vous souhaite d'excellents travaux.

# 1 Les processus de résolution des conflits et le rôle de l'expert de justice

---

*Monsieur Pierre VIARD*  
*Président du Tribunal de Grande Instance d'Annecy*

Il me revient la lourde charge d'intervenir en premier au cours de ce colloque et il m'a été demandé de vous dresser, avec le point de vue du magistrat, un tableau descriptif des processus de résolution des conflits, et d'envisager le rôle de l'expert de justice dans ces processus.

Le rôle classique de l'expert dans la résolution des conflits peut être de deux ordres :

Avant la saisine des juridictions en tant que sachant chargé de décrire une situation d'un point de vue technique pour le compte d'une partie afin d'étayer sa position. Dans ce cas l'expert ne pourra plus être désigné dans le cadre du deuxième rôle classique de l'expert après la saisine de la juridiction, en qualité d'expert judiciaire neutre et impartial désigné par le juge.

Mais ce tableau classique de l'intervention de l'expert est bousculé par le développement des modes alternatifs de règlement des conflits.

## 1.1 Rapide historique

Contrairement à une idée reçue les Modes Alternatifs de Résolution des Conflits ne sont ni une transposition, ni une imitation des Alternative Dispute Resolution lesquels sont même d'apparition récente en common law.

De fait au Moyen-âge le droit de la résolution des conflits était un droit d'imprégnation contractuelle fait de composition, d'arbitrage et de transaction, et ce dans toute l'Europe.

Le Grand Robert de la langue française nous apprend d'ailleurs que le premier sens attesté du mot «procès» en 1174 est celui de «titre juridique, contrat».

On retrouve d'ailleurs cette lointaine origine aujourd'hui dans le terme « procès-verbal d'accord ». La première rupture avec ce cadre intervient aux XIII et XIV<sup>ème</sup> siècles avec la mise en œuvre d'une juridictionnalisation du règlement des conflits.

Mais les modes alternatifs de règlement des conflits reviennent sur le devant de la scène lors de la Révolution française pour des raisons idéologiques.

La justice officielle incarnait trop l'Ancien Régime royal tandis que l'arbitrage, la conciliation et la transaction apparaissaient au contraire comme les instruments d'une justice simple et directe en accord avec les idéaux de la nouvelle citoyenneté républicaine inspirée par le contrat social de Rousseau.

Le député Louis PRUGNON déclarait ainsi à l'Assemblée Nationale le 7 juillet 1790 : « *il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice passez par celui de la concorde. J'espère qu'en passant vous transigerez* » .

Après une nouvelle période de mise à l'écart par la remise en ordre napoléonienne, les modes non juridictionnels de règlement des conflits vont resurgir dès 1806 avec l'instauration, déjà, d'un préliminaire obligatoire dans la plupart des contentieux de première instance appelée « la grande conciliation » avec jusqu'à 65 % de conciliation annoncés en 1830, avant de revenir à des taux bien plus faibles conduisant à sa suppression en 1949 date à laquelle le préliminaire de conciliation ne restait plus que devant les justices de paix à l'état de simple faculté appelée «la petite conciliation».

La justice amiable reviendra en force dans la réforme de la procédure civile qui aboutira au code de procédure civile de 1975 et aux nombreux textes récents.

Aujourd'hui le renouveau d'intérêt sur ces Modes Alternatifs de Règlement des Conflits peut s'expliquer par la saturation des juridictions, mais aussi par la question de l'aléa judiciaire et de la publicité de la procédure judiciaire.

## 1.2 Tentative de définition

Les modes alternatifs de règlement des conflits ou des différends sont parfois dénommés sous les acronymes MARC ou MARD en France, sont également appelés SORREL au Québec pour « Solutions de rechange à la résolution des litiges ».

Quel que soit le nom qu'on leur donne il s'agit toujours de modes alternatifs au règlement institutionnel des litiges par les juridictions étatiques, sans pour autant on le verra, que le juge soit nécessairement exclu de leur mise en œuvre.

Les MARC sont fondés sur le droit contractuel de composition et d'arbitrage, mais la relation entre les parties est le plus souvent médiatisée par l'intervention d'un tiers. En toute hypothèse, les MARC se situent en dehors du cadre strict de la procédure judiciaire.

## 1.3 Les MARC une famille très hétéroclite

Selon l'expression de Monsieur Pierre DELMAS-GOYON, conseiller honoraire à la Cour de Cassation : « *Devant le juge on est dans le prêt-à-porter alors qu'en amiable on est dans le sur-mesure* ».

De fait il existe un catalogue très varié de MARC, à l'importance désormais clairement affirmée par leur intégration dans le code civil et le code de procédure civile.

Les développements procéduraux dans le code de procédure civile doivent être soulignés puisqu'initialement conçu pour compiler les textes sur la procédure judiciaire ce code comporte désormais deux livres spécifiques sur les bases réglementaires des MARC.

Ces différents textes donnent désormais la liste des différentes procédures alternatives au recours classique au juge :

### 1.3.1 La transaction (articles 2044 à 2052 du code civil)

---

*« La transaction est définie comme un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. »*

---

La procédure apparaît très largement comprise, peu formelle, et susceptible de s'appliquer dans tous les cas de litiges.

### **1.3.2 L'arbitrage (articles 2059 à 2061 du code civil et 1442 à 1527 du code de procédure civile)**

---

*« Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. La clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée. »*

---

La procédure est plus particulièrement destinée aux relations professionnelles et revêt un formalisme assez important.

Les arbitres quant à eux sont librement désignés par les parties.

### **1.3.3 La médiation conventionnelle ou judiciaire (article 21 de la loi 95-125 du 08 février 1995 et articles 1530, et 1532 à 1535 du code de procédure civile)**

---

*« La médiation conventionnelle s'entend de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »*

---

Cette mesure est sans doute la plus originale puisqu'elle intègre de manière importante les aspects psychologiques dans la résolution d'un litige via un tiers catalyseur. Elle est désormais rendue obligatoire en matière familiale dans certaines juridictions expérimentales par l'article 7 de la loi sur la justice du 21ème siècle.

Les médiateurs ont un statut encore incertain qui est en train de se préciser, notamment avec la création d'une liste indicative par l'article 8 de cette même loi.

### **1.3.4 La conciliation par un conciliateur (articles 1530, et 1536 à 1541 du code de procédure civile)**

---

*« Elle répond à la même définition que celle de la médiation à la différence près que les parties tentent de parvenir à un accord avec l'aide d'un conciliateur, bénévole au statut spécifique, qui accomplit sa mission avec impartialité et diligence. »*

---

Les conciliateurs sont régis par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978 qui dispose que :

---

*« il est institué des conciliateurs de justice qui ont pour mission de rechercher le règlement amiable d'un différend dans les conditions et selon les modalités prévues au code de procédure civile. Les fonctions de conciliateur de justice sont exercées à titre bénévole. »*

---

La conciliation vient d'être rendue obligatoire avant toute saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe par l'article 4 de la loi sur la justice du 21<sup>ème</sup> siècle. C'est la mieux connue et sans doute la plus utilisée des mesures de règlement alternatif des conflits.

### **1.3.5 La procédure participative (articles 2062 à 2068 du code civil et 1542 à 1564 du code de procédure civile)**

---

*« La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige. »*

---

C'est le mode alternatif de règlement des conflits des avocats, chaque partie est obligatoirement assistée de son avocat.

## **1.4 Un point commun : recherche d'efficacité et de sécurité juridique**

Il existe désormais une volonté affirmée d'efficacité et de sécurité juridique dans le cadre des MARC.

Pour tout type d'accord quelle que soit la procédure alternative utilisée il est prévu une homologation simplifiée (art. 1565 à 1567 du code de procédure civile) par le juge avec apposition de la formule exécutoire et la possibilité de faire trancher une partie du litige persistant (procédure participative article 1558 à 1564 du code de procédure civile).

En outre, les liens entre les différents processus ne sont pas exclus, en effet une médiation, une procédure participative ou une conciliation peuvent se terminer par un accord qui sera formalisé en transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

## **1.5 Les participants aux MARC**

Bien évidemment les premiers acteurs des MARC sont les parties elles-mêmes qui vont ou non choisir de recourir à ces processus de nature contractuelle. Sans leur accord et leur volonté affirmée de contourner le processus judiciaire, rien n'est possible.

Cependant, à mon sens, le rôle le plus important dans ces processus va être joué par les avocats. Soit parce qu'ils sont des éléments fondamentaux du processus lui-même comme dans la procédure participative, soit parce que ce sont eux qui par leur expérience et leur connaissance de la jurisprudence vont pouvoir envisager utilement le recours ou non aux MARC dans une situation donnée.

Leur intervention est en toute hypothèse la mieux placée chronologiquement pour permettre d'envisager toutes les solutions possibles à un différend et notamment en dehors du cadre juridictionnel.

Bien que cela puisse paraître antinomique, le juge est également un acteur important des MARC :

- le juge est un appui dans l'arbitrage (art 1459 du code de procédure civile),
- le juge est incitateur au fond comme en référé, et en tout cas surveillant dans la médiation judiciaire et dans la conciliation judiciaire.

Ainsi le nouvel article 127 du code de procédure civile édicte :

---

*« 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. »*

---

Plus précisément, pour la médiation le rôle du juge ressort des articles 131-1 à 131-5 du code de procédure civile, et pour la conciliation des articles 128 et suivants du code de procédure civile, le juge pouvant être lui-même le conciliateur ou déléguer ce pouvoir à un conciliateur. Mais existe-t-il une place pour les experts de justice dans ces processus ?

## 1.6 Les experts et les MARC

### 1.6.1 Experts et conciliation ou transaction

De par le statut très particulier du conciliateur celui-ci ne peut pas être un expert de justice, en tout cas pas avec ce titre.

Par ailleurs l'expert judiciaire est, depuis la réforme du code procédure civile de 1975, expressément exclu de la conciliation dans le cadre de sa mission d'expertise, et ce afin d'accroître son indépendance et renforcer son impartialité.

L'article 240 du code de procédure civile dispose que :

---

*« Le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties ».*

---

Cependant, malgré cette stricte interdiction de principe l'expert a son rôle à jouer dans le cadre d'une éventuelle conciliation après sa désignation. Il s'agira d'ailleurs le plus souvent si l'on veut être précis non pas d'une conciliation au strict sens procédural mais plutôt d'une transaction.

La qualité du travail de l'expert, sur le plan technique bien évidemment, mais également sur le plan procédural avec un respect de la contradiction notamment, mais encore sur le plan humain avec une réelle écoute des deux parties, va permettre de faire potentiellement de l'expertise la base solide d'une éventuelle transaction.

De fait, l'interdiction de donner à l'expert la mission de concilier les parties n'entraîne pas la nullité d'une éventuelle transaction intervenue entre elles.

La Cour de Cassation a ainsi admis que:

- le tribunal pouvait donner mission à l'expert de déposer son rapport au cas où les parties ne parviendraient pas entre elles à une conciliation ;
- mais a également validé que l'expert pouvait soumettre aux parties un élément ou un avis utile à une solution transigée du litige ou présenter aux parties les avantages d'une telle solution sans manquer à son impartialité ou procéder d'une violation de l'article 240 précité.

L'article 281 du code de procédure civile quant à lui prévoit expressément que si les parties parviennent à se concilier en cours de la mesure d'instruction l'expert pourra constater l'inutilité de sa mission et en faire rapport au juge.

Les parties peuvent alors demander au juge de donner force exécutoire à leur accord.

Pour autant l'expert doit prendre garde de ne pas se laisser écarté de sa mission première. L'expert ne doit pas suspendre ses opérations dans l'attente d'une éventuelle transaction mais peut impartir un court délai aux parties après avoir averti le juge tout en restant prêt à poursuivre ses opérations dès le délai expiré, à défaut d'un accord retirant tout intérêt à sa mission.

Les experts m'interrogent souvent sur le sort réservé à leur travail.

Je suis bien en peine pour leur répondre car le cadre juridique le plus fréquent pour leur désignation est celui du référé expertise de l'article 145 du code de procédure civile, qui est une fin en soi.

Ce que les parties vont faire du travail de l'expert obtenu dans ce cadre nous est inconnu : au vu du rapport elles sont totalement libres de formaliser une transaction ou de ne donner aucune suite ou encore de lancer une procédure judiciaire au fond et parfois devant une juridiction matériellement ou territorialement différente, après un temps de réflexion pouvant être très important. Il est donc impossible de connaître les suites données aux rapports d'expertise ordonnés en référé.

Seul un lourd travail de recherche de type universitaire ou une estimation faite par les avocats pourraient lever les interrogations sur le sujet.

### 1.6.2 Experts et arbitrage

Rien ne semble s'opposer à ce qu'un expert soit désigné comme arbitre. En tout cas l'expert peut être saisi avec le tribunal arbitral via l'article 145 et le juge étatique.

### 1.6.3 Experts et procédure participative

Dans la procédure participative, l'expert a un rôle prévu expressément dans la procédure participative aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile :

---

*«Lorsque les parties envisagent de recourir à un technicien, elles le choisissent d'un commun accord et déterminent sa mission.*

*Le technicien est rémunéré par les parties, selon les modalités convenues entre eux. »*

---

Le technicien réalise cette mission dans le respect des règles propres fixées pour les mesures d'instruction judiciaire lui conférant indépendance et donnant une force toute particulière à son travail.

### 1.6.4 Experts et médiation

A priori pourquoi l'expert qui serait rompu aux techniques de médiation ne pourrait-il pas faire office de médiateur ?

Attention toutefois au mélange des genres : trop de technique pointue peut détourner la médiation de ses objectifs de règlement global des différends, incluant de la psychologie et un contexte bien plus vaste que le litige partie émergée du conflit.

## 1.7 Conclusion

La conciliation fonctionne très bien. Elle est sans doute le MARC le mieux connu des justiciables et le plus utilisé.

Elle est censée prendre encore de l'ampleur avec la loi de modernisation de la justice du 21<sup>ème</sup> siècle rendant obligatoire la conciliation dans certaines hypothèses. Espérons que le législateur ne va pas fragiliser cette institution en demandant trop à ces conciliateurs, bénévoles, rappelons-le.

La procédure participative mériterait sans doute un développement plus rapide. Mais il est vrai que les magistrats ne sont sans doute pas les mieux à même d'apprécier le volume des litiges déjà traités par ce biais.

La médiation a encore du mal à prendre sa place et particulièrement la médiation judiciaire ce qui n'est pas nécessairement étonnant en termes de stratégie et de calendrier de gestion d'un litige.

A la Cour d'appel de Chambéry, sous l'impulsion de Monsieur le Premier Président, les juridictions se sont mises en ordre de marche pour inciter aux MARC.

Le Tribunal de Grande Instance de Chambéry a développé une très intéressante conception proactive de la médiation judiciaire, s'inspirant des politiques volontaristes déjà mises en œuvre par le passé au sein de différentes juridictions mais dont le rapport de la mission de l'IGSJ sur la médiation d'avril 2015 avait souligné la fragilité comme reposant souvent sur des engagements individuels risquant de ne pas résister au départ de leurs initiateurs.

Le Tribunal de Grande Instance d'Annecy dont j'assume la responsabilité a envisagé la question des MARC sur un mode plus libéral en facilitant les possibilités de glissement du judiciaire vers le non judiciaire, avec la création de rendez-vous procéduraux permettant soit l'identification de dossiers potentiellement orientables vers des médiations, les parties assistées de leurs conseils ayant toujours le dernier mot, soit en accompagnant les pourparlers transactionnels afin de faciliter leur réussite avant la poursuite de la procédure strictement judiciaire. Cette dernière méthode est particulièrement intéressante pour avoir conduit en 2016 à la sortie de l'équivalent d'environ 5 audiences, ce qui représente une économie de près de 20 % du temps d'audience sur une année.

Pour autant à mon sens dans les procédures avec représentation obligatoire la médiation judiciaire après saisine de la juridiction, ne pourra que rester marginale : si le juge a été saisi, et sauf mauvais travail des conseils, c'est bien parce que l'on souhaite qu'il tranche et non qu'il renvoie les parties à régler entre elles leur différend.

Certains envisagent une future évolution de grande ampleur de ces processus de règlements alternatifs des conflits dans le cadre de la justice prédictive.

Par le biais des algorithmes, l'avocat pourrait être bientôt en mesure de renseigner très précisément son client sur les chances de gain la durée et le coût d'un procès, ce qui pourrait inciter fortement dans certaines situations à rechercher une forme de règlement amiable. Le barreau de Lille expérimente depuis la fin février 2017 un logiciel de ce type, et il conviendra de suivre de près les résultats de cette initiative novatrice.

Une chose est certaine en cas de différend aujourd'hui les parties ont l'embarras du choix des solutions et ne doivent plus faire l'économie de réfléchir à trouver la mieux adaptée à leur situation avant de se précipiter dans les prétoires.

## 2 Les alternatives au contentieux et la place de l'expertise

---

*Maître Patricia LYONNAZ  
ancien Bâtonnier du barreau d'Annecy et  
membre du Bureau de la Conférence des Bâtonniers de France et d'Outre-Mer*

Il n'est pas aisé pour l'avocat, sollicité aux fins d'engagement d'un contentieux, de proposer à son mandant le recours à un mode alternatif de règlement des litiges (MARL) ; souvent celui-ci y voit un signe de faiblesse ou une absence de conviction en sa cause.

Parfois, souvent, il est nécessaire que le conflit devienne contentieux judiciaire avant qu'une certaine raison (ou lassitude) revienne et que l'accord soit alors recherché.

Toutefois, l'avocat tenu à l'obligation de conseil ne peut se contenter de proposer à son mandant le contentieux, alors que d'autres alternatives existent (I) et que de surcroît elles peuvent permettre la mise en place d'une mesure d'expertise. Cette articulation est nouvelle et c'est faire œuvre de prospective que d'envisager l'expertise dans ce cadre (II).

### 2.1 Les alternatives à proposer au justiciable par l'avocat

#### 2.1.1 Les solutions classiques que chaque intervenant maîtrise

##### 2.1.1.1 L'engagement des discussions préalables à tout contentieux judiciaire favorisé par la confidentialité des correspondances de l'avocat

L'avocat n'a pas attendu le développement des modes alternatifs de règlement des litiges, pour essayer de trouver un accord avant l'engagement d'un contentieux ou en cours de contentieux.

A cet égard la recherche de solution amiable est favorisée par la confidentialité des correspondances des avocats. Sauf à ce qu'une mention officielle figure ou que le courrier ne soit que le vecteur de transmission de pièces (lettre de procédure), les écrits échangés entre avocats et les pièces annexées sont confidentiels et ne pourront donc pas être produits en justice. La confidentialité ne peut jamais être levée.

C'est ainsi un espace de liberté pour formuler toute proposition et réaliser toute concession, puisqu'à défaut d'accord, les écrits ne pourront pas être opposés à leurs auteurs dans le cadre d'un contentieux.

Si l'issue est favorable, l'accord prendra la forme d'un protocole (acte sous seing privé ou acte d'avocat) qui ne sera donc pas couvert par la confidentialité et qui pourra même être soumis à l'homologation de la juridiction pour acquérir la force exécutoire.

##### 2.1.1.2 Le recours au juge et à l'expertise en cas d'impossible accord

A défaut d'accord et si l'issue nécessite la réalisation d'une expertise, classiquement assignation, le plus souvent en référé, est délivrée, le juge missionnant alors l'expert, en des termes que vous connaissez tous.

La mission d'expertise se déroule et à l'issue, à défaut d'accord, procès au fond est engagé.

Il faut savoir que fréquemment à réception du rapport d'expertise, nouvelle démarche amiable est réalisée dans les termes précités ou parfois de manière officielle, afin de pouvoir justifier, en cas d'échec, qu'une tentative de règlement amiable a bien été effectuée.

## 2.1.2 Les solutions nouvelles et les problématiques

### 2.1.2.1 Médiation – conciliation - droit collaboratif et procédure participative : le positionnement de l'avocat face aux modes amiables de règlement des conflits ; sont-ils tous pertinents et compatibles avec le recours à une expertise

Les MARL ne sont pas tous compatibles avec le recours à une expertise.

**Ainsi, à mon sens, la conciliation et le droit collaboratif ne sont pas compatibles avec la mise en place d'une expertise.**

On imagine mal le conciliateur, bienveillant, accompagner les parties dans une expertise ; il peut leur conseiller la mise en place de cette démarche avant de les inviter à mandater des avocats.

Le droit collaboratif exige que tous les documents échangés et les propos tenus demeurent confidentiels, sauf pour certains si les parties le décident, mais ce n'est pas l'esprit du droit collaboratif.

Dans ce processus, les parties doivent en revanche respecter le principe du contradictoire et soumettre aux débats, dès leur commencement, tous les documents et arguments.

L'exigence de confidentialité favorise l'échange et la liberté de propos notamment de concessions puisqu'en cas d'échec, rien ne pourra être opposé. Cette exigence est telle que les avocats qui auront accompagné leurs mandants, devront se déporter pour la phase contentieuse.

Ce mode alternatif n'est donc pas compatible avec l'organisation d'une expertise, puisque l'expert doit restituer ses opérations, acter les propos et annexer les pièces des parties. On imagine mal l'utilité d'un rapport qui demeurerait totalement confidentiel et qui ne pourrait pas être exploité judiciairement, en cas d'échec du processus.

**En revanche la médiation et la procédure participative sont des MARL se conciliant avec une expertise.**

Médiation et expertise sont compatibles, soit parce que l'expertise est décidée dans le cadre du processus de médiation, afin de lever une difficulté faisant obstacle au dénouement favorable de la médiation, soit parce que l'expertise est le socle à partir duquel se décide un processus de médiation.

Deux bémols cependant tenant au processus de médiation, dans lequel :

- le principe du contradictoire n'est pas un pré-requis, alors que l'expertise suppose que ce principe soit respecté ;
- les échanges sont confidentiels, alors que l'expertise suppose la restitution de ce qui est constaté et échangé.

A cet égard en propos conclusif, je vous ferai part d'une expérience mise en place à Saint Brieuc qui concilie expertise et médiation.

Enfin la procédure participative qui est une mise en état privée.

Le recours à un avocat est obligatoire.

La procédure participative est régie par les articles 2062 à 2068 du Code Civil, ainsi que par les articles 1542 à 1564 du Code de Procédure Civile, les articles 1547 à 1554 régissant plus particulièrement les modalités d'intervention du technicien dans cette procédure.

Le recours à cette procédure exige que les parties définissent très clairement le litige, et le calendrier selon lequel elles entendent le régler. Tout est défini : échanges de pièces, de conclusions, et en cas de recours à un technicien les modalités de son intervention.

Le principe du contradictoire doit être respecté et les échanges ne sont pas confidentiels, car si au terme de la procédure, aucun accord ou un accord partiel intervient, les parties soumettront leurs échanges antérieurs au Juge, afin qu'il statue. C'est en cela que la procédure participative s'apparente à une mise en état, qui permet in fine, en cas d'échec, de raccourcir considérablement le temps de traitement judiciaire du dossier.

En cas d'accord, un protocole d'accord est signé qui peut être soumis à l'homologation du juge.

Actuellement quelques cabinets d'avocats du Barreau de Valence ont décidé d'avoir recours à la procédure participative pour la mise en place d'expertises construction. Les intervenants classiques dans ce type de contentieux (compagnies d'assurance) sont favorables à ce processus. C'est une expérience qu'il convient de suivre.

### **2.1.2.2 Les problématiques à appréhender pour faciliter l'organisation d'expertise hors intervention du juge : choix, mandat à l'expert, consignation, coût de l'intervention, difficultés au cours de l'expertise**

Les articles 1547 à 1554 du Code de Procédure Civile régissent les modalités d'intervention du technicien dans une procédure participative. Je vous invite à vous reporter à ces textes car, s'ils posent le cadre de l'intervention et certains principes, ils ne résolvent pas toutes les questions qui peuvent se poser, rappel fait que pour régler ces dernières, l'accord de toutes les parties à la convention sera nécessaire.

Dès lors qu'il n'y a plus l'intervention du Juge chargé du suivi de l'expertise, quid en cas de désaccord sur la prolongation de la durée de l'expertise ou d'extension sur la mission, en cas de difficultés de consignation complémentaire, de production de pièces...?

Également les experts sont-ils prêts à intervenir dans ce processus qui, plus encore que le procès, est véritablement la chose des parties qui le mandatent.

A mon sens il est nécessaire que Barreaux et Compagnies des experts judiciaires se rencontrent pour arrêter un référentiel de bonnes pratiques qui serait repris dans leur convention par les parties, notamment en cas de procédure participative.

## **2.2 L'expertise dans le cadre d'un processus amiable de règlement des conflits initié par l'avocat**

### **2.2.1 Le rôle de l'avocat dans l'expertise**

#### **2.2.1.1 La détermination de la mission sollicitée par l'avocat est-elle influencée par le recours à un mode amiable ?**

Le recours à une expertise hors contentieux exige de la part des avocats une précision et une rigueur absolues dans la détermination d'une part du litige dont il convient de circonscrire très précisément les limites et d'autre part de la mission d'expertise.

La mission ne doit pas être biaisée mais doit tenir compte des demandes de toutes les parties.

Il convient de rappeler que dans le cadre conventionnel, la loyauté qui préside au débat judiciaire, doit également être présente.

Parfois le rappel de principes simples, mais essentiels, est nécessaire.

#### **2.2.1.2 La participation à l'expertise non judiciaire : enjeux, stratégie**

A mon sens, le déroulement de l'expertise conventionnelle doit être calqué sur celui de l'expertise judiciaire, sous réserve des dérogations contractuellement convenues dans la convention.

L'expert doit être indépendant, nonobstant sa désignation par les parties, et totalement impartial. Il doit demeurer dans son rôle de technicien et ne pas chercher à concilier les parties. De son impartialité et sa technicité dépendra le succès d'un accord pour lequel les parties ont besoin de connaître précisément l'analyse technique du litige.

Il est donc impératif que le litige et la mission soient précisément déterminés. On peut imaginer que l'expert soit d'ailleurs associé à la rédaction de la mission et le cas échéant déterminer avec lui la nécessité de recourir à un autre technicien, en complément.

Cela conforte la nécessité que Barreaux et Compagnies d'Experts se rapprochent.

### **2.2.2 Le rôle de l'expert**

#### **2.2.2.1 Impartialité et technicité**

Comme il vient d'être dit, l'expert doit demeurer impartial, indépendant et technicien.

Il doit accomplir sa mission comme il le ferait pour une mission judiciaire.

#### **2.2.2.2 L'expert : acteur d'une solution négociée ?**

L'expert n'est pas un médiateur, mais il est celui qui fournit le support technique par son expertise et sa science, support qui permettra aux parties de se rapprocher ou de soumettre leurs désaccords à la Justice, en ayant pleine information et conscience de leurs droits, risques et enjeux.

Plus son rapport est clair et précis, mieux les parties apprécieront les concessions à effectuer pour trouver leur solution.

En cela, indéniablement il est un acteur à part entière pour favoriser la conclusion d'une solution amiablement négociée.

En conclusion, je voudrais vous faire part d'une initiative qui a associé TGI, Barreau et Experts bâtiment de Saint Briec, dans le ressort de la Cour d'Appel de Rennes.

Fin 2015, il a été décidé que le Juge des Référé pourrait rendre des ordonnances d'expertise-médiation ou des ordonnances avant dire-droit, en matière d'expertise Bâtiment.

Dans le 1er cas sont désignés un expert et un médiateur. L'expert intervient et rédige une note synthétisant ses constatations et ses préconisations ; puis il suspend ses diligences, le temps pour les parties de saisir le médiateur qui disposera alors de 3 mois pour leur permettre de trouver un accord. Si tel est le cas, l'expert dépose son rapport en l'état et les parties mettent en forme leur accord en le soumettant le cas échéant à homologation. A défaut d'accord, l'expert reprend ses opérations.

Dans le 2<sup>nd</sup> cas, seul un médiateur est désigné avant dire-droit, le dossier étant renvoyé à 3 mois. En cas d'échec de la 1<sup>ère</sup> réunion, l'avocat le plus diligent en informe le Greffe et demande à ce que le dossier revienne plus rapidement ; en cas de succès et si des réunions sont encore nécessaires, un nouveau renvoi peut être ordonné.

Deux enseignements :

- le rôle du Juge, qui avec les avocats, identifie les dossiers éligibles à cette procédure.  
Le Juge est prescripteur de médiation et il doit prendre le temps d'identifier avec les avocats les dossiers éligibles à un processus de médiation. Le fait que le Juge s'implique, et prenne le temps de recevoir les parties pour leur expliquer sa proposition et recueillir leur accord est essentiel, indispensable pour permettre la compréhension et le développement de la médiation ;
- expert et médiateur ne sont pas confondus,

L'expert doit demeurer dans son rôle de technicien et son impartialité. Il ne doit pas y avoir de confusion dans le rôle de chacun des intervenants à ces processus, afin de garantir leur succès.

Le meilleur moyen sera donc de privilégier les rencontres entre les différents intervenants que sont les magistrats, avocats et experts afin de favoriser ce qui demeure œuvre de justice, par et pour les justiciables.

### 3 La recherche d'une solution

---

*Maître Alain MARTER,  
ancien Bâtonnier, membre du Bureau de la Conférence des Bâtonniers,  
et membre du Conseil National des Barreaux*

Le thème associant expertise et conciliation est un thème d'actualité. Le 10 mars dernier, c'était l'un des thèmes du colloque commun entre le CNB et le Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice. Je me sens très honoré du fait que vous me donniez la parole aujourd'hui.

Je crois que l'ensemble des experts et des avocats ne sont plus aujourd'hui les acteurs d'un procès, mais ceux d'une situation et d'une solution. Ce que l'on attend d'eux est une solution, le justiciable attend de pouvoir participer à l'élaboration d'une solution, il ne veut plus être tenu à l'écart du procès.

Les avocats se sont engagés avec résolution dans la mise en œuvre des Modes Alternatifs de Règlement des Différends (MARD). Pour certains d'entre eux, c'est une révolution de leurs pratiques, mais leur activité s'intensifie chaque jour en ces domaines.

L'Etat a choisi, notamment pour des raisons que je n'évoque pas ici, de recentrer le rôle des juges sur leur mission première de juger, de trancher les litiges en application de la règle de droit.

A partir de là, l'Etat veut favoriser les MARD : procédure participative, médiation, conciliation.

Les avocats voient dans ces modes alternatifs les avantages suivants :

- sécuriser les procédures amiables en leur appliquant des règles déontologiques ;
- libérer les magistrats d'une partie de leurs tâches, celle d'homologuer et de donner force exécutoire demeurant le cas échéant ;
- tirer tout le profit des formations et des expériences acquises par les professionnels, tant pour leur satisfaction personnelle, que pour la valorisation de leur activité auprès du public ;
- associer comme ils le désirent les justiciables à la résolution des conflits les concernant directement.

Le temps n'est plus où le justiciable confiait un dossier, et où quelques mois voire années plus tard on lui annonçait le contenu de la décision rendue.

Le recours aux MARD, et notamment la recherche d'une conciliation préventive ou destinée à résoudre un litige existant, est un acte de confiance entre les acteurs et les parties prenantes à la négociation. Il exige la mise en œuvre d'une déontologie exigeante et le respect du secret professionnel destinés à permettre la recherche d'un accord.

C'est d'ailleurs un des points de difficulté à résoudre pour considérer que l'expert peut intervenir dans le processus même de conciliation, et non se contenter, comme les textes actuels le prévoient, de constater l'existence d'une conciliation qui serait ainsi intervenue en dehors de lui mais sur la base des constats et de l'éclairage technique qu'il aurait fournis (c'est d'ailleurs le cas dans le domaine de la réparation du préjudice corporel).

Pourtant la conciliation a des avantages en matière de coûts, de délai, et par rapport à l'aléa qui peut exister dans une résolution judiciaire.

La mise en place des MARD doit dans le même temps permettre un gain de temps significatif au juge, et garantir l'effectivité d'une possibilité d'accès privilégié et rapide à celui-ci.

La justice prédictive qui donne lieu à de premières expériences, doit également permettre des enseignements utiles à la recherche de conciliation, en fournissant des éléments de cadrage.

Il est essentiel que les parties soient accompagnées tout au long de ces procédures par des professionnels compétents et rompus à ces pratiques, et qui par leur présence apportent toutes les garanties liées à leur déontologie.

A cet égard, l'expert peut servir à rapprocher les parties et permettre une transaction, mais si l'expert intervient plus activement dans le processus de conciliation, ne doit-on pas lui appliquer les règles qui s'appliquent à la médiation?

De par les critères qui président à son inscription sur la liste des experts judiciaires, il présente des qualités très proches, si ce n'est identique, de celle des médiateurs.

Mais la pierre d'achoppement reste celle de la confidentialité.

L'expert rend compte si la procédure ne s'achève pas par une conciliation, le médiateur est lui tenu au secret.

D'ores et déjà, l'expert-médiateur a récemment remplacé dans le Code de Justice Administrative, l'expert-conciliateur, qui en ce domaine existait déjà. Il existe en ce domaine une expérience dont il convient de tirer les fruits.

## 4 Accords en cours d'expertise, la pratique régionale : sondage auprès des experts sur leurs expériences dans la conciliation au civil

---

*Monsieur Hervé ELLUL*  
*Conseiller à la formation CNECJ – Section autonome Lyon-Chambéry-Grenoble*

Sondage auprès de 37 experts de justice, membres de la section régionale des Experts comptables de justice.

20 réponses exploitables.

### 4.1 Questions 1 & 2 – Quel est le nombre de conciliations intervenues dans vos expertises depuis que vous exercez ? Quel pourcentage cela représente-t-il sur l'ensemble de vos expertises ?

Sur les 20 experts :

- Total : 72 conciliations
- Moyenne par expert : 3,6 conciliations
- Pourcentage moyen par rapport au nombre d'expertise de 9 % :
  - ✓ pour 15 experts : entre 0 et 5 conciliations soit moyenne de 6 % sur le total des expertises réalisées ;
  - ✓ pour 2 experts : entre 5 et 10 conciliations soit moyenne de 5 % sur le total des expertises réalisées ;
  - ✓ pour 3 experts : entre 10 et 15 conciliations : soit moyenne de 30 % sur le total des expertises réalisées.

### 4.2 Question 3 – Quelle a été la ou les motivation(s) des parties pour concilier ?

Motivations principales des parties par ordre d'importance :

1. Coût de l'expertise
2. Montant limité du préjudice (faible enjeu)
3. Climat serein entre les parties
4. Attitude impartiale de l'expert
5. Volonté commune pour une solution rapide
6. Eviter un mauvais procès

#### 4.3 Question 4 – Quel(s) secteur(s) de contentieux estimez-vous le plus propice à la conciliation?

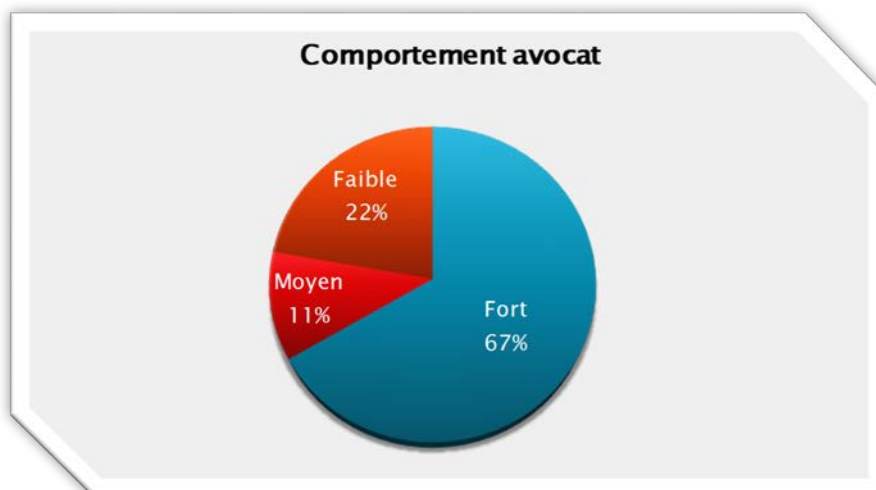
Classement par ordre d'importance du nombre de réponses :

1. Commercial ou économique
2. Secteur à faible enjeu financier
3. Evaluation de société
4. Expertise comptable ou financière
5. Industriel
6. Contrefaçon

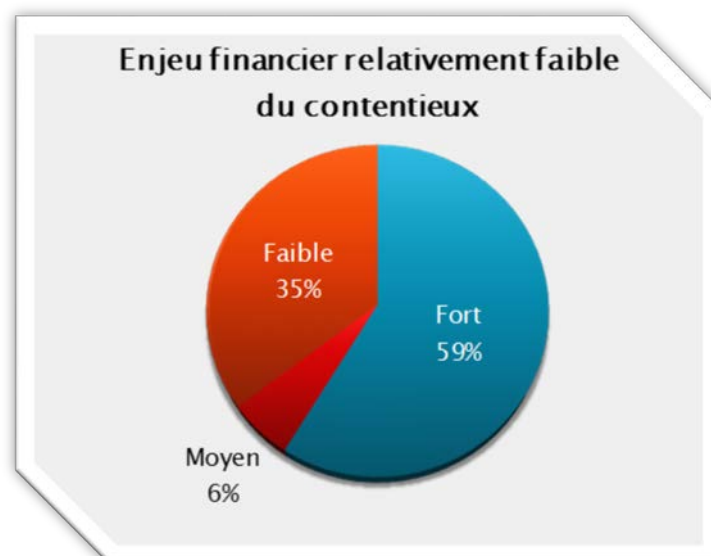
#### 4.4 Question 5 – Les critères exogènes pouvant notablement influencer une conciliation en cours d'expertise (1/2)

Critères par ordre d'importance :

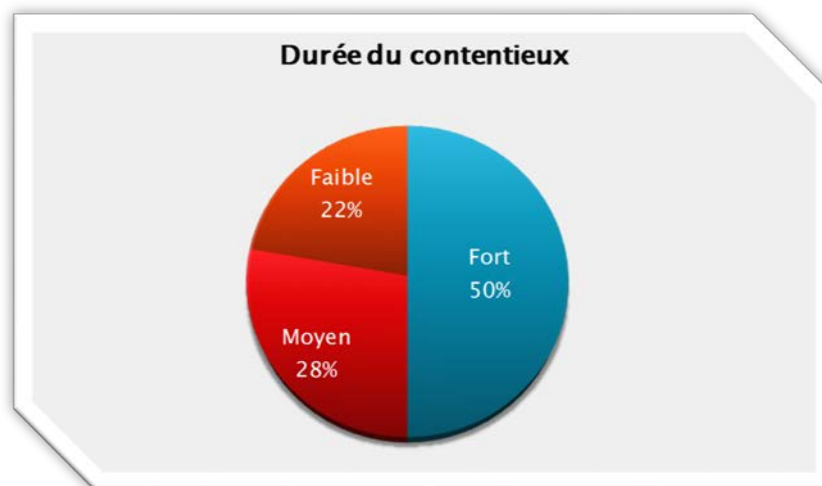
1.



2.



3.



Autres critères relevés par les interrogés :

- ✓ le comportement ainsi que l'éclairage de l'expert,
- ✓ le coût de l'expertise,
- ✓ l'évolution du comportement des parties,
- ✓ la prise en charge par les compagnies d'assurance.

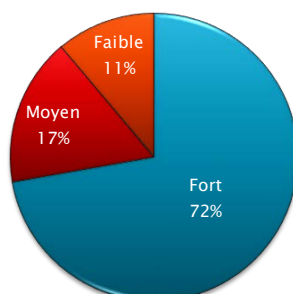
Commentaires sur les critères exogènes propices à la conciliation :

- ✓ c'est bien le comportement de l'avocat qui est prépondérant, ce qui n'est pas une surprise;
- ✓ même remarque concernant la faiblesse de l'enjeu financier ;
- ✓ en revanche, la durée du contentieux semble être favorable à la conciliation alors qu'il aurait semblé plus facile de concilier entre les parties sur un historique de contentieux court...Peut être un phénomène d'usure?

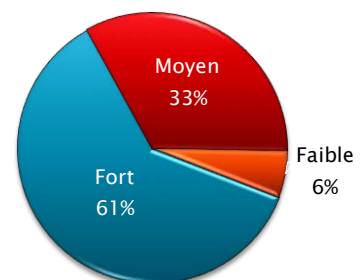
#### 4.5 Question 6 - Critères liés au comportement de l'Expert propice à une conciliation en cours d'expertise

Critères par ordre d'importance :

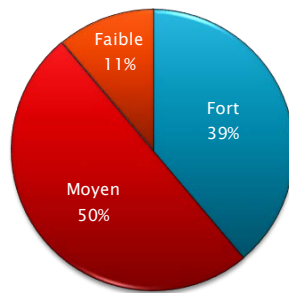
1. Expert favorisant un climat serein dans les débats



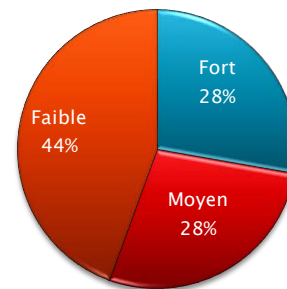
2. L'importance du coût prévisionnel de l'expertise



**3. Rappel de la conciliation possible à l'initiative des parties pendant le contentieux**



**4. Le rôle purement technique de sa mission**



Autres critères relevés par les interrogés :

- ✓ écoute de l'expert,
- ✓ objectivité et clarté avec une cohérence des propos,
- ✓ rappel de la durée possible du contentieux

#### 4.6 Question 7 - Si la loi le permettait, seriez-vous favorable à être chargé de concilier éventuellement les parties d'une expertise civile ?

- La quasi-totalité des personnes interrogées (19 sur 20) sont favorables à être chargé de concilier les parties d'une expertise civile sous les réserves suivantes :
  - ✓ distinction avec la mission de médiation,
  - ✓ moyennant une formation préalable adaptée.
- Pour les motifs suivants :
  - ✓ rejoindre les missions de médiations décidées par le TGI en accord avec les parties,
  - ✓ désengorger les tribunaux.
- Motifs défavorables soulevés :
  - ✓ l'expert sort de son domaine technique,
  - ✓ sa responsabilité pourrait être engagée par l'une des parties qui considérerait qu'elle aurait pu obtenir un meilleur accord.

Pour conclure, le témoignage que je peux donner est qu'il arrive fréquemment que les montants en jeu ne soient pas ceux que les parties attendaient, ou que le coût de l'expertise ne soit pas en relation avec l'enjeu du contentieux.

Il nous revient alors d'évaluer le plus vite possible les montants et enjeu sous forme de fourchette.

## 5 La force du destin

---

*Monsieur Pierre GRAND*  
*ancien Président de l'APMF (Association Pour la Médiation Familiale)*

---

*« Moins j'en sais, plus je serai efficace.*

*La médiation est le passage du monologue (côté du moi) au dialogue (côté du soi).*

*Pour parler à deux, il faut être trois. »*

---

Le rôle du médiateur, c'est avant tout un savoir être, un savoir faire, afin d'amener les personnes à trouver après leur monologue, un nouveau dialogue.

La force du destin c'est le titre de l'opéra de Giuseppe Verdi. C'est un super florilège vocal. C'est une histoire de vengeance au milieu d'un monde aux situations dramatiques.

Que vient faire ici la force du destin, dans une assemblée telle que la vôtre entourée d'experts de justice, d'avocats et de magistrats ?

On pourrait aussi se demander que vient faire un médiateur dans cette prestigieuse assemblée.

C'est le sujet de cette soirée qui ouvre l'opportunité de cette rencontre.

En prenant la comparaison avec la Force du Destin de Verdi, le destin du conflit et sa force, ce sont sa mise en forme. Le conflit est mis en forme par la médiation, dans un processus. Le destin du litige dans l'espace judiciaire est mis en forme dans une procédure. Le conflit dans un processus est vivant, il appartient aux personnes. Il est une chance, une opportunité de changement. Le litige dans une procédure n'appartient plus tellement aux personnes. Il est encadré par des experts et par un autre langage.

C'est Aristote déjà, qui disait à l'envie dans l'Ethique la nécessité du dialogue, et qui recommandait de mettre en forme le conflit afin qu'il ne soit pas destructeur. Car un conflit non accompagné peut se terminer dans un face à face réducteur, parfois tragique. Cette tragédie, nous montre également dans la Force du Destin de Verdi, la force de l'aveuglement. Elle nous montre, combien le conflit lorsqu'il prend de l'ampleur, échappe à la volonté propre des personnes ; il développe sa propre logique, qui s'impose à elles comme un destin, et finit, pour se nourrir, par détruire les personnes elles-mêmes.

Dans cet aveuglement, le télescopage entre l'objet du conflit, et les sentiments, les ressentis, les besoins et les émotions, - qui sont pourtant des notions différentes -, les fait s'entremêler, se confondre.

Monsieur Yves LEBLOND, lors de la préparation de cette soirée a souhaité que je vous parle des émotions dans le processus d'accompagnement de résolution des conflits. Au-delà de l'étymologie je définirais le conflit comme une inflation des attentes non entendues, mais aussi comme une chance.

Le conflit est une construction humaine dans la relation. Ce n'est donc pas un problème. Mais nous en avons fait un problème.

L'émotion peut se définir comme un processus rapide composé d'une phase de déclenchement suivi d'une autre de réaction. L'émotion survient brusquement, décroît, pour ensuite disparaître. Les sentiments par contre persistent. L'émotion s'évacue doucement mais laisse cependant une trace.

Nous avons sans doute en nous la mémoire des situations douloureuses aux émotions intenses.

Notre cerveau détecte dans l'environnement un événement qui nous met en cause, qui nous donne une sensation de bien-être, de mal-être, de peur, parfois de survie. Une fois l'événement détecté, la phase de réaction intervient automatiquement, et des sensations physiologiques, physiques apparaissent ; elles sont liées à un ensemble de réactions dont la plus marquante est l'accélération du rythme cardiaque. L'émotion s'incarne dans le corps par une altération de la respiration, de la voix, les sueurs froides apparaissent, les frissons, les tremblements, rougeurs, attestent que l'émotion est par essence charnelle. Dans le langage courant on pourrait se dire, - et je le vis dans la pratique de la médiation -, que l'on perd les pédales ; comme s'il y avait quelque chose qui nous échappe, qui rompt, qui nous file entre les doigts.

Nous ne sommes plus maîtres à bord.

Il y aurait une carte corporelle des émotions : la colère, la surprise, la peur seraient associées à une augmentation de l'activité physiologique au niveau de la poitrine ; les sensations gastro-intestinales seraient liées au dégoût, à la perte d'estime de soi, proche de l'humiliation. La tristesse implique un affaiblissement des membres inférieurs. On pourrait dire que la peur nous amène à nous figer ou à fuir ; la colère fait obstacle à nos projets et mobilise nos forces ; la surprise nous fait reconnaître que le monde ne nous est pas favorable. L'angoisse remet en cause le désir.

L'une des caractéristiques centrales de l'émotion que je rencontre en médiation, est donc qu'elle peut impulser un mouvement et parfois même interrompre brusquement une action en cours. Le processus émotionnel doit être perçu comme un signal d'alarme permettant de réévaluer nos priorités ou de réajuster nos objectifs.

En médiation, ne pas prendre en compte une émotion deviendrait un risque dans une discussion, qui amoindrirait le résultat final. Prendre en compte une émotion la nommer, la reconnaître, lui donner une place augmentera la capacité à raisonner. La reconnaissance des émotions en générale augmente notre puissance d'agir, transforme le processus de médiation vers un autre processus, celui du réveil des compétences des personnes. Prendre en compte, cette émotion, c'est la partager afin de la transformer en véritable valeur, non pas pour la réduire en intensité, mais pour une reconnaissance pleine et entière de la personne. La lecture des émotions en médiation est fondamentale.

Il y a quatre émotions de base : la colère, la tristesse, la peur, la joie. On pourrait ajouter la honte, le dégoût, l'amour. Toutes les autres émotions peuvent se rattacher à ces émotions de base comme l'appréhension, le stress, la crainte, l'inquiétude, l'anxiété, l'angoisse. La plupart des personnes rencontrées vont se servir de leur « intellect » pour essayer de résoudre au lieu d'écouter leur corps. L'intellect ne marche pas dans ce genre de résolution.

C'est bien là en tant que médiateur, qu'il nous faut aider à mettre en veille le mode analytique pour laisser s'imposer les sensations. Il faut bien savoir que l'approche intellectuelle n'apporte aucune modification. L'intelligence émotionnelle, relationnelle est bien meilleur indicateur que l'intelligence intellectuelle. Il est bien reconnu que les individus capables d'intelligence émotionnelle obtiennent des résultats sur le plan professionnel supérieur à ceux qui en sont dépourvus.

Empathie et bienveillance restent des incontournables dans la construction de la posture du médiateur ; on parle d'une écoute empathique. La signification des mots ne constitue que 7% du message, l'intonation et le son de la voix représente 38% du contenu du message et 55% sont du côté de l'expression du visage, du corps. C'est la congruence des trois pôles, selon la pyramide de MEHRABIAN, qui va donner sens à l'écoute, et permettre d'accéder à l'autonomie de la personne par la prise en compte de leurs émotions.

Les étapes émotionnelles sont au nombre de cinq :

- le choc, le déni, dû à une modification brusque des habitudes, provoquant un changement des conditions sécuritaires. Moins la personne est soutenue, plus grande est son stress et son anxiété. Les manifestations visibles peuvent être une perte d'appétit ;
- la recherche de l'autre ou l'évitement, d'une manière obsessionnelle ;
- la colère - les émotions dominent. La colère peut être tournée vers l'autre. On se sent coupable, on cherche la faute, on ne parvient pas à l'équilibre;
- la dépression - c'est le temps de l'abattement, on se replie sur soi, on renonce à tout, on s'isole ;
- la reconstruction de l'équilibre. Après avoir touché le fond, on remonte la pente ; on s'adapte au changement, on vit autre chose. On commence à reconstituer son stock de vitamines émotionnelles.

La médiation peut faire brèche dans la chronologie des émotions ainsi décrites. Elle a sa place dans toutes les étapes, mais après le choc, le déni il y a un temps nécessaire qui appartient à la personne. Le soutien qu'on peut apporter à la personne à ce moment- là pourrait être interprété comme une agression supplémentaire. C'est bien au niveau de la colère que la mise en forme est nécessaire qui va permettre une construction de l'équilibre.

Dans la Force du Destin de Verdi, le drame initial animé d'un terrible désir de vengeance, échappe à la volonté des personnes. Léonora, fille du marquis de Calatrava aime Don Alvaro. La famille s'en mêle, s'emballe, des quiproquos entrent en scène, la tragédie se construit, échappe à la volonté des acteurs ; l'amour, émotion positive, non reconnu devient passion, sans raison... le drame approche.

Le destin d'un conflit doit se mettre en forme. S'il n'est pas mis en forme, il est réducteur.

## 6 La neutralité de l'expert

---

*Monsieur Pierre GARBIT*  
*Président honoraire du Tribunal de Grande Instance de Lyon*

En exorde de toute réflexion sur l'expert et l'expertise, il convient de se référer à la définition que donne le Code de procédure civile dans son article 232 :

---

*« le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par une expertise sur une question qui requiert les lumières d'un technicien »*

---

Ce n'est pas seulement parce que certains de ces termes soigneusement choisis ont une résonance symbolique, comme celui de « lumière », qu'ils sont importants, mais parce qu'ils caractérisent l'essence même de la mission de l'expert et ses relations avec le juge et les parties. Ces relations se présentent sous un double aspect : d'une part, le juge a besoin de l'expert pour trancher un litige dans le cadre de son office, d'autre part, l'expert ne reçoit de mission que du juge.

L'expert judiciaire est à la croisée des chemins du juge et des parties. Ce n'est pas seulement un professionnel compétent, hautement compétent, et reconnu comme tel dans sa spécialité par ses pairs, c'est aussi un homme dont les compétences ne se limitent pas à la technique, mais qui est choisi ou devrait être choisi pour ses capacités humaines d'écoute, de pondération et d'humanité. En effet la mission qui lui est confiée par le juge, celle d'éclairer le Tribunal sur des difficultés et des points techniques que la juridiction ne maîtrise pas, s'inscrit avec plus ou moins d'acuité, mais nécessairement, dans le cadre d'un litige et donc d'un conflit entre des personnes. Les uns et les autres s'opposent et demandent au juge d'arbitrer entre leurs prétentions, et pour cela, le juge doit procéder en trois étapes : établir la réalité des faits, dire le droit en fonction des faits établis, et enfin, donner une solution au conflit. Et si ces parties échangent des arguments de fait et des moyens de droit, il n'y a pas en arrière plan uniquement la raison pure ou la rationalité, il y a l'envie, le désir, les besoins, quelque fois la passion, voire l'hostilité, en tout cas, souvent une forme de souffrance et, toujours, des doutes et des inquiétudes, quelles que soient les apparences.

L'expert ne peut se contenter d'aborder sa mission et d'en exécuter les différentes étapes en faisant abstraction de tous ces facteurs humains. Il doit avoir présent à l'esprit que sa mission s'inscrit dans une histoire personnelle, dans l'histoire personnelle de ses interlocuteurs, même si celle qui les oppose peut être relativement courte. Cette histoire a un début et elle aura une fin, au moins provisoire. Et cette fin, c'est l'expert qui, à un moment donné, va aider à la trouver. La solution du conflit doit toujours - c'est du moins un objectif de paix sociale au sens large - se trouver dans un apaisement, peut être contraint et forcé si c'est un jugement qui l'achève, ou volontaire et accepté si ce sont les parties qui, avec l'aide d'un tiers, arrivent à s'accorder. Cet accord peut s'inscrire dans des cadres juridiques très différents, qui ont été précédemment exposés, mais il est certain qu'au cours de l'expertise judiciaire, à un moment ou à un autre, l'expert va se trouver à l'une des étapes de la recherche de cet accord. Et il sera l'un de ces tiers, avec d'autres, et notamment l'avocat, qui sera aidant.

Certes l'expert ne peut recevoir du juge la mission de concilier les parties, ainsi que l'énonce l'article 240 du Code de procédure civile. Néanmoins l'article 281 de ce même code précise que si « les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission devient sans objet. Il en fait rapport au juge. Les parties peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord ». Est-ce à dire qu'après avoir retiré à l'expert la mission de concilier, le législateur lui a redonné cette directive sous une forme implicite et biaisée ? C'est un autre débat.

Mais il faut retenir que la Cour de cassation s'est montrée ouverte sur ces questions et que, pourvu que l'accord entre les parties n'intervienne pas de manière trop visible à l'initiative de l'expert (Cass. Civ. 21 Mars 1979, n° 77-14.660), celui-ci peut proposer une solution (Cass. 2° Civ., 21 juillet 1986, n° 85-11.107).

Il est donc important de réfléchir ensemble à ce que sont, au-delà des outils techniques, les moyens humains que l'expert doit mettre en œuvre dans cette recherche d'apaisement, préalable à tout accord. M. Pierre GRAND vous a précédemment éclairé sur quelques aspects de ces questions, notamment celle, très importante, des émotions. Il convient seulement rappeler que dans les directives données par le code de procédure civile, il y a celle de l'article 237 : l'expert doit « accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité ». Sans chercher à faire des comparaisons entre tous les modes amiables de résolution des différends et l'expertise, qui excèderaient le cadre de ce colloque, il faut se souvenir que la médiation est un processus structuré par lequel les parties essaient de trouver elles-mêmes une solution à leur conflit avec l'aide d'un tiers indépendant, impartial et neutre qui est le médiateur. Et l'expert est donc, comme le médiateur, un tiers « au milieu » entre les parties. Cette position centrale lui donne une autorité morale. Mais la confiance qui, par ailleurs, est l'une des bases de l'autorité morale se nourrit de qualités. Au nombre de celles-ci se trouvent l'indépendance et l'impartialité. En revanche, aucun texte ne lui impose ou ne fait mention de la neutralité.

Il est, cela va de soi, indépendant des parties, en ce sens qu'il n'a pas d'intérêt personnel, au sens le plus large possible, à la solution qui sera donnée et qu'à ce titre il se méfie des conflits d'intérêts potentiels même s'ils sont seulement apparents. Ensuite, l'impartialité : tenir la balance égale entre chacune des parties, n'en favoriser aucune, ne pas avoir de parti-pris, c'est être impartial.

L'expert doit-il aller au-delà et veiller à un impératif de neutralité ? Il y a évidemment deux niveaux de réflexion sur cette question : le déroulement des opérations et les conclusions de l'expert. La neutralité, au sens strict, implique de ne pas prendre parti pour telle ou telle thèse. Pourtant, in fine, c'est ce que le juge et les parties attendent et l'expert devra bien conclure ses opérations d'investigation et d'échanges par un pré-rapport puis un rapport qui, nécessairement, sortiront de la neutralité. C'est plutôt dans ses opérations que l'expert devra faire preuve de neutralité, c'est-à-dire en l'occurrence, de retenue et de modération. Non pas seulement par simple souci d'humanité ou de respect des convenances. Mais parce que l'expert, par cette retenue, va chercher à favoriser une expression calme et productive de chacune des parties et va permettre ainsi à chacun de se situer non plus seulement dans un rapport de force et d'affrontement mais de rapprochement.

L'expert doit avoir constamment en vue comme une exigence de sa mission la nécessité de pratiquer une écoute attentive et la recherche d'un climat serein. C'est ainsi, par exemple que lorsqu'il sera amené à pointer les erreurs ou les inexactitudes d'une version des faits ou d'une thèse, il le fera avec modération, sans jugement de valeur sur les personnes, et il facilitera ainsi l'émergence d'une considération réciproque.

On pourrait penser que ce qui est ici proposé de manière très succincte et qui mériterait d'être développé, fait sortir l'expert de son rôle, celui qui est défini par l'article 232 du code de procédure civile qui a été rappelé au début. L'objection n'est pas sans pertinence, mais le droit et ses usages sont évolutifs. Chacun, qu'il soit juge, avocat ou expert, doit être à l'écoute des attentes nouvelles de notre société, qui impliquent de traiter différemment la résolution des litiges.

Et puisque les experts sont des « artisans de lumière » mandatés par le juge, il est judicieux que, par leur attitude de neutralité dans le déroulement des opérations, ils facilitent un apaisement.

## 7 L'approche du chef d'entreprise : l'analyse systémique du différend

---

*Monsieur Bernard TITZ  
Directeur Général Adjoint de la société VICAT*

L'existence d'un différend doit interpeller l'entreprise, comme tout événement susceptible d'affecter son patrimoine matériel ou immatériel, ou ses résultats.

A l'heure où l'information se propage à une vitesse sans précédent dans l'histoire, cette démarche est encore plus importante.

Un différend bien géré est un outil au service de l'entreprise ; un outil polymorphe tantôt principalement force de frappe et de dissuasion (en matière de contrefaçon par exemple), tantôt instrument au service de son image quand il permet de la préserver en évitant sa dégradation et même de l'améliorer par l'envoi d'un signal à sa communauté de chalandise ou aux pouvoirs publics.

D'où l'approche du différend en termes de gestion des risques.

L'entreprise est habituée à appréhender le différend en termes comptable et/ou fiscal dès lors qu'un dommage a été subi ou provoqué, selon son importance ou selon qu'il a ou non donné lieu à une réclamation.

Elle doit cependant aller au-delà de ses obligations comptables et fiscales.

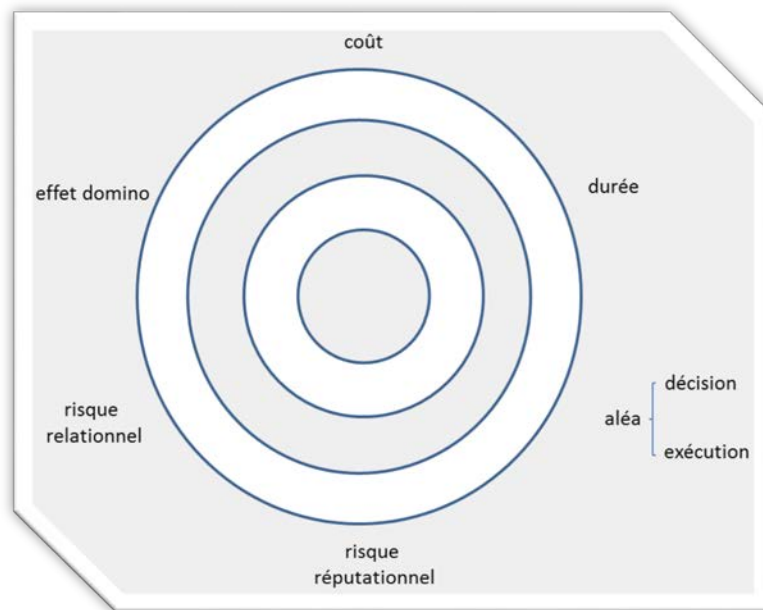
Les effets directs prévisibles et quantifiables d'un différend ne sont parfois que la face émergée de l'iceberg. L'invisible peut être encore plus lourd de conséquence pour l'entreprise d'où la nécessité de se poser les bonnes questions pour déterminer et mesurer les risques induits, exercice d'autant plus difficile que planera un degré plus moins grand d'incertitude.

Il ne viendrait pas à l'idée d'un amateur éclairé de faire l'acquisition d'un produit technique sans procéder à une analyse comparative, analyse facilitée par des tests établis par des labos plus ou moins indépendants des producteurs.

Il n'y a donc aucune raison de ne pas procéder de la même manière à l'heure où la procédure civile nous offre des alternatives dans la résolution des différends.

Un schéma très simple peut aider à la prise de décision mais ce n'est qu'une méthode, d'autres peuvent être utilisées.

Chacun des cercles concentriques se verra attribuer une valeur :



#### Coût :

Coût de la procédure (arbitres, experts, avocats, frais des témoins, déplacements, hébergements ...), enjeu financier du différend.

#### Durée :

Une procédure longue a d'abord un coût lié à la durée, ensuite elle détourne les forces internes de l'entreprise qui doivent être mobilisées avant tout sur son objet.

Sur un plan psychologique, le différend, forme de pathologie, cristallise les passions et entretient la rancœur, sorte de feu intérieur qu'il alimente tant qu'il dure.

La justice étatique souffre de l'encombrement des rôles et les multiples voies de recours ne favorisent pas un traitement rapide des difficultés, source du différend.

#### Aléa :

Aléa de la décision d'abord, même si de lege lata on est sûr de son droit, les revirements de jurisprudence existent.

La réforme du droit des contrats, notamment dans le nouvel article 1195 du Code civil, donne des pouvoirs accrus au juge en matière d'imprévision.

L'arrêt GALEC rendu le 25 janvier 2017 par la cour de cassation consacre le juge gardien de l'équilibre des relations contractuelles, surtout lorsqu'elles sont subies.

Aléa d'exécution aussi dans les sentences arbitrales. A quoi sert une clause d'arbitrage ou compromissoire (quand il y a des doutes sur la qualité de la justice de tel ou tel pays) si la mise en œuvre de la sentence est mise à mal par l'impossibilité de la faire exécuter dans le seul pays où le débiteur a des actifs saisissables ?

### Risque d'image :

Si la probabilité de ce risque est avérée, alors les solutions alternatives amiables sont préférables aux solutions contentieuses pour traiter le différend. Dans ce cas le rôle des avocats des parties est déterminant en ce qu'il permet un échange confidentiel entre avocats pour aboutir au choix de la solution la plus appropriée pour permettre le règlement du différend.

### Risque relationnel :

Un différend affecte de manière plus ou moins longue ou plus ou moins définitive la relation entre les parties au conflit et cela d'autant plus si le conflit est tranché par un tiers avec une solution imposée qui fera au moins un mécontent.

### Effet domino :

Est un risque latent lié à la publicité de la décision. Un différend tranché publiquement peut susciter ultérieurement une chaîne de différends qu'il faudra traiter.

Existe-t-il une procédure à moindre coût, rapide, préservant la relation et évitant de détériorer l'image de marque ou d'engendrer un effet domino si elle réussit ? Cette procédure ne comporte-t-elle pas d'effets pervers si elle échoue : extinction de l'action par les effets de la prescription, mise à nu des plaideurs par la révélation d'éléments confidentiels avec une opposabilité éventuelle de ce qui s'est dit au cours de cette procédure ?

Oui, une telle procédure existe : la médiation.

Nous ne parlerons pas de la médiation judiciaire, ni de la médiation en droit de la famille ou dans le contentieux administratif. Nous nous focaliserons sur la médiation conventionnelle en droit des affaires.

Si dans la pratique elle est plus ou moins connue depuis longtemps (cf. Colloque du 20 janvier 1986 de l'Association Française d'Arbitrage), son régime a acquis ses lettres de noblesse par l'Ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 qui a transposé les dispositions de la Directive européenne 2008/52 du 21 mai 2008, dans la Loi 95-125 du 8 février 1995 sur la médiation. Et l'article 1230 du Code civil est venu la renforcer en précisant que les clauses de différends survivent à la résolution du contrat qui les contient.

La jurisprudence considère irrecevable une action en justice à défaut de médiation préalable lorsque celle-ci est prévue au contrat.

Les institutions, les organisations professionnelles qui avaient déjà un règlement d'arbitrage, ont adopté pour la majorité d'entre elles un règlement de médiation.

A l'occasion des dix ans de sa création, le GEMME (Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation) a tenu un colloque à Paris les 5 et 6 juin 2014 intitulé « La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe ». Ce colloque a fait l'objet d'un ouvrage aux Editions L'Harmattan.

Il existe même un concours international francophone de médiation sous l'égide du CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris).

Nombreuses sont les revues du monde du droit qui ont commenté les dispositions sur la médiation ou édité un dossier sur le sujet.

Les justiciables ont un choix, même si le choix doit être pris à deux. Ce choix est plus facile s'il est fait à froid en anticipation d'un différend, par une clause adaptée dans le contrat.

## **I. Choix du mode de règlement du différend**

### **A. Choix contentieux**

- a. Arbitrage (NY 1958, Washington 1965).
- b. Juridiction étatique.

### **B. Règlement amiable**

- a. Médiation.
- b. Conciliation.
- c. Procédure participative (Loi du 22 décembre 2010).
- d. Pour mémoire Mini trials (ITC).

## **II. Médiation**

### **A. Titre 2 de J21 « favoriser les modes alternatifs de règlement des différends »**

- Article 5 Section I dispositions générales
- Section II Médiation à l'initiative des parties
- Section III Médiation à l'initiative du juge

### **B. Titre IV du J21 qui prévoit la médiation préalable dans l'action de groupe (class action à la française) : 4 nouvelles actions de groupe (discrimination, discrimination en droit du travail, protection des données personnelles et environnement) et une action pré-existante reprise dans J21 dans le domaine de la santé, auxquelles s'ajoutent 2 actions déjà prévues par l'article L 623-1 du Code de la consommation.**

## **III. Cas pratique**

### **A. Les freins**

- (quand la médiation n'est pas prévue dans une clause contractuelle) la demande de médiation peut être interprétée comme un aveu de faiblesse (crainte du juge) ;
- crainte que la demande de médiation ne soit qu'une manœuvre dilatoire.

### **B. Avantages de la médiation**

- a. Coût faible et partagé.
- b. Durée courte vs procédure contentieuse : trois à six mois vs plusieurs années.
- c. Décision construite par les parties et non imposée par un tiers, juge ou arbitre, donc acceptée dans son principe et ses modalités, ce qui en facilite l'exécution. Possibilité aussi d'homologation par le juge.

- d. Confidentialité y compris en cas d'échec avec suspension du cours de la prescription.
- e. Débat devant le médiateur moins formaliste et contraignant que la procédure devant le juge.
- f. L'expert éventuellement choisi par les parties dans le cadre de la médiation pourra être un artisan de la conciliation et faciliter ainsi l'accord qui est le but recherché, même si l'expert ne peut être le médiateur. Son éclairage technique objectif de tiers, homme de l'art, est de nature à inciter les parties à se ranger à son avis pour en tirer les conséquences et se concilier.
- g. Préservation de la relation commerciale entre les parties beaucoup plus probable que dans un contentieux d'arbitrage ou devant un juge.

## CONCLUSION

La personnalité du médiateur est incontestablement le premier facteur de réussite ou d'échec.

Ses qualités, pour l'essentiel, sont requises pour la loyauté des débats (indépendance, neutralité, impartialité) et pour leur efficacité (compétence et diligence).

Le médiateur pratique en un mot l'art de la maïeutique dont Socrate nous a laissé l'héritage (Socrate in Théétète de Platon ...) :

---

*« Mon art de maïeutique a les mêmes attributions générales que celui des sages-femmes. La différence est qu'il délivre les hommes et non les femmes et que c'est les âmes qu'il surveille en leur travail d'enfantement » (Socrate v. Platon et Xénophon)*

*Le médiateur sonde les cœurs et apaise les esprits, au-delà des demandes des parties, il doit décoder les mobiles qui peuvent les animer (cf. Etienne Louis Jossierand Dalloz 1928 « Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé » « ... les mobiles sont les ressorts du vouloir ... »*

---

Enfin je ne peux conclure ces réflexions sans citer Maître Jean ROBERT, un des fondateurs de l'Association Française d'Arbitrage :

---

*« Certes nous savons d'avance que, pendant le cours du contrat, les intérêts et les choses vont interférer pour en modifier la balance. Mais à partir de cet instant, et alors que le contrat est par essence évolutif sans cesser d'être, le recours au procès consacre une rupture. Par nature il est antinomique au contrat.*

*Au sens plein du terme, le procès est un « scandale ».*

*Les solutions alternatives du procès, inégalement connues, ont un objet commun, qui est de sauver le contrat, ou en tout cas les relations des parties, ce qui est parfois plus important. »*

---

## 8 La pratique italienne

---

*Maître Emanuela PUCCI  
Médiateur à Milan et Lyon  
ancienne avocate au Barreau de Milan*

Dès 1950 le législateur italien a prévu avec l'article 198 du CPC que « le juge peut confier à l'Expert de Justice (CTU : Consulente Tecnico d'Ufficio) désigné pour examiner des registres ou des documents comptables, mission de tenter une conciliation entre les parties ».

Avec l'accord unanime des parties le CTU peut donc examiner des documents ou registres qui n'auraient pas été produits dans le procès. Les lui faire connaître pourra aider à la mise en place d'une conciliation. Il ne pourra cependant ni les retenir dans son rapport, ni dans le procès-verbal de conciliation. A moins là aussi d'un accord de toutes les parties.

Il convient ici de rappeler qu'en Italie les parties sont souveraines quant à leurs moyens de preuve, mais que sauf rares exceptions elles doivent produire dans un délai déterminé l'intégralité des pièces dont elles entendent se prévaloir au cours du procès. A défaut de l'avoir fait à l'intérieur de ce délai, la partie défaillante perd, - sauf accord de l'ensemble des autres parties -, la possibilité de s'en prévaloir.

S'il y a conciliation, l'expert rédige le procès-verbal de conciliation, qu'il signe avec les parties. Puis le juge le rend exécutoire.

En l'absence de conciliation les éléments retenus par l'expert dans son rapport restent pour le juge un moyen de preuve et une mesure d'instruction.

Avec le temps les juges, - qui ont eux-mêmes pouvoir de tenter une conciliation -, ont de plus en plus souvent pris l'habitude dans l'Ordonnance instituant l'expertise d'inviter l'expert de justice à essayer de rapprocher les parties. Même en dehors du domaine comptable.

Et ainsi, dans la pratique judiciaire l'expert, qui se trouve à bien connaître les faits et les allégations des parties, est devenu le substitut naturel du juge dans le processus d'une éventuelle conciliation. Ce mode opératoire connaissait en effet de réelles réussites. A condition bien sûr d'un véritable désir de l'ensemble des acteurs : parties, avocats, experts des parties, et surtout expert de justice.

Si, au contraire, ceux-ci s'en tenaient à des questions de facturation ou de strict respect de principes de droit, l'expert et le processus de conciliation ne pouvaient qu'échouer.

En 2005 le législateur, après avoir affirmé la nécessité de réduire le contentieux devant les Tribunaux, a introduit l'article 696 du CPC relatif à l'action préalable urgente, et l'article 696 bis intitulé « Expertise technique préalable aux fins de composer les parties ».

Cette dernière mesure est donc une mesure d'instruction sui generis, qui s'inscrit dans une démarche in futurum, mais tente également de mettre un terme à la procédure judiciaire par une conciliation. Elle confère à l'expert davantage de moyens pour approcher une solution amiable, ou aider les parties à en imaginer une.

Les articles 696 et 696 bis, - c'est une première absolue en droit italien -, donnent au CTU le pouvoir de préciser l'origine et les causes du litige.

Et ce faisant le CTU fournit au juge de l'éventuel procès ultérieur les éléments techniques pour fonder sa décision sur la responsabilité et le quantum ; et aux parties les éléments pour évaluer le bien-fondé de ce procès par rapport à leurs demandes.

Si le CTU est rompu aux techniques de négociation, de conciliation ou de médiation il pourra ainsi, avant de rendre son rapport, aider les parties à trouver en toute connaissance de cause une solution amiable satisfaisante.

Les domaines couverts par l'article 696 bis du CPC sont nombreux, car il prévoit expressément la vérification des créances ayant pour origine l'inexécution totale ou partielle d'obligations contractuelles ; ou provenant d'un fait illicite.

Mais en permettant à l'expert de se prononcer sur l'origine et les causes du litige cet article déroge au principe du contradictoire, et la jurisprudence et la doctrine ne sont pas encore fixées sur ses champs d'application et de recevabilité. De sorte qu'une demande d'expertise dans le cadre de l'article 696 bis pourrait être refusée par le juge si des questions de droit étaient toujours pendantes.

Le rôle de conciliation du CTU n'est par contre pas contesté. L'expert, avant de déposer son rapport tente selon les termes de la loi une conciliation « ove possible ». C'est-à-dire qu'il lui revient d'apprécier si un accord est possible, et même de décider si les circonstances permettent de s'acheminer vers un accord amiable. Et dans son rapport l'expert doit justifier la réalité de ses démarches de conciliation.

On peut dès lors affirmer que le législateur a souhaité une implication spécifique de l'expert, à qui il incombe de trouver une solution au litige. Quant aux parties elles doivent mesurer si elles ont davantage de chances d'obtenir satisfaction par le procès ou à l'amiable.

L'article 696 bis invite donc les parties et leurs avocats à travailler avec le CTU dans un esprit de conciliation pour construire les bases d'un accord.

Ce dernier aura les caractéristiques de celui de l'article 198 CPC. Mais l'article 696 bis prévoit de plus que le procès-verbal de conciliation permettra d'inscrire une hypothèque judiciaire.

Le rapport d'expertise est quant à lui un acte d'instruction préalable, et faute d'accord chaque partie pourra dans le procès ultérieur demander au juge qu'il soit retenu comme un moyen de preuve.

Dans la pratique judiciaire la tentative de conciliation est une opportunité, souvent mise à mal par la réalité. Tout encore une fois dépend de la capacité/volonté de l'expert et de sa connaissance/maitrise des techniques ADR (Alternative Dispute Resolution).

Hors la transaction sur le quantum en pourcentage, - la plus facile pour l'expert car les parties sont culturellement et par avance acquises à l'idée d'un compromis -, les critères de réussite sont l'autorité et l'adaptabilité de l'expert : il doit d'abord montrer son respect du contradictoire entre les parties, puis expliquer le processus de conciliation et le principe de confidentialité, et chercher la collaboration des avocats.

Un autre écueil tient au fait que les parties et leurs avocats sont par ailleurs attentifs à ne rien révéler pendant les réunions plénières qui puissent les desservir par la suite. Avec leur accord l'expert pourra cependant tenir des réunions en aparté, qui lui permettront de connaître avec précision leurs attentes respectives. La confidentialité devra alors être garantie par l'expert.

J'avoue toutefois qu'en tant qu'avocate j'ai rarement rencontré des experts qui dans le cadre de l'article 696 bis maîtrisent les techniques alternatives. Mais j'ai constaté que lorsque l'expert était bienveillant et disposé à écouter, on arrivait plus facilement à un accord ou une négociation globale ou partielle.

J'ai des collègues médiateurs (expert- comptables, architectes, ingénieurs, etc.) qui sont connus comme experts de justice pour leur compétence technique, et qui sont choisis en tant que médiateurs. Pas pour leur aptitude à conduire une médiation, mais parce qu'on leur reconnaît la maitrise des techniques de communication adaptées à la conciliation.

Tout récemment enfin, le législateur a prévu :

- que dans le domaine de la responsabilité professionnelle sanitaire, toute action en dédommagement ou en responsabilité sanitaire devait à peine de non recevabilité être précédée d'un recours à l'article 696 bis ou d'une médiation ;
- que la participation personnelle des parties à l'expertise ou à la médiation était obligatoire ;
- que sauf motifs établis il revenait aux compagnies d'assurance de chiffrer le quantum de l'indemnité proposée ;
- et que les experts de justices devaient justifier de compétences reconnues en médiation et en conciliation, étayées par des formations idoines.

## 9 Débat / interventions

---

*Monsieur Alain ETIEVENT*

*Président d'honneur CNECJ – section autonome Lyon-Chambéry-Grenoble*

La réussite d'une médiation passe aussi par l'appréciation des sentiments de la personne que nous avons en face. Comme je le dis souvent, on ne voit bien qu'avec le cœur. Et si on n'a pas cette approche on n'y arrive pas.

Deuxièmement quand les médiés, après s'être bagarrés, ont trouvé une solution, et signé un accord, et qu'ils se serrent la main à la sortie, vous ressentez une vraie satisfaction, un plaisir fort.

Je sais qu'un certain nombre de mes collègues qui font des médiations ont le même sentiment, et je souhaitais l'exprimer.

Merci.

# Conclusions des travaux

---

*Monsieur Michel ALLAIX  
Premier Président de la Cour d'appel de Chambéry*

De ces échanges je retiens principalement trois idées.

- premièrement, l'expert n'est pas un médiateur et le médiateur n'est pas un expert. Ainsi, chacun a sa mission. Mais ils ont des outils communs, notamment l'écoute, qui se doit d'être bienveillante et accueillante ;
- ensuite, les routes de l'expert et du médiateur ont vocation à se croiser. Ils aident les parties à mettre en forme leur litige, à éclairer les parties, et à cerner les bornes du conflit ;
- enfin, nous sommes dans une évolution rapide de notre arsenal législatif, et ce qui est dit aujourd'hui peut changer demain. La vigilance et l'inventivité sont de mise. Nous avons entendu que nous devons nous adapter à ces exigences.

Je conclurai ces travaux par la nécessité de vigilance qui nécessite le dialogue instauré aujourd'hui entre experts, avocats, et magistrats.

# Remerciements

---

*Jean LEROUX*  
*Président CNECJ - Section autonome Lyon-Chambéry-Grenoble*

Merci encore Monsieur le Premier Président. En synthèse, vous avez retenu trois idées, j'en ai retenu deux.

Les experts de justice ont bien entendu leur place naturelle dans ce processus de résolution des conflits.

Et cette recherche de résolution des conflits est une œuvre commune entre magistrats, conseils, parties, et experts.

C'est là précisément le mérite de la manifestation que nous avons mise en œuvre et organisée ce soir, grâce à vous, Monsieur le Premier Président, et Monsieur le Procureur Général. Au nom de la section autonome régionale de notre compagnie, je tiens à vous remercier pour votre accueil, et votre précieux concours dans la préparation de ce colloque.

Merci aussi, à tous les intervenants pour la qualité de leurs propos. Je garderai en mémoire les belles expressions d'« artisan de lumière », et d'« éclaireur du juge » pour qualifier notre rôle d'expert dans le processus de résolution des conflits.

Je vous propose maintenant de terminer nos propos autour d'un cocktail qui sera l'occasion pour nous tous d'échanger, de poursuivre les débats, et peut-être pour certains de continuer vers d'autres débats.

Excellente soirée.

Et au nom de la compagnie, je vous remercie encore pour votre présence.