

COMMISSION OUVERTE **MODES AMIABLES DE RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS**

Responsable :
MARTINE BOURRY D'ANTIN
ANCIEN MEMBRE DU CONSEIL DE L'ORDRE

Jeudi 13 mars 2014

Séance plénière des 3 sous-commissions :

Médiation

Responsable Martine Bourry d'Antin, ancien membre du conseil de l'Ordre

Droit collaboratif et procédure participative

Responsable : Nathalie Tisseyre Boinet, avocat à la Cour

Modes de règlements amiables familiaux internes et internationaux

Co-responsables : Carine Denoit Benteux, ancien membre du conseil de l'Ordre et Charlotte Butruille Cardew, avocat à la Cour

L'avocat prescripteur, acteur et vecteur de solutions amiables

Intervenant :

Monsieur le bâtonnier Michel Bénichou
Président d'honneur du Conseil National des Barreaux, ancien président de la Conférence des Bâtonniers, 3^{ème} vice-président du Conseil des Barreaux Européens



Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.

Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°172 du 22 mai 2014

[Avocats/Champ de compétence] Événement

L'avocat prescripteur, acteur et vecteur de solutions amiables — Compte-rendu de la réunion du 13 mars 2014 de la Commission ouverte MARD du barreau de Paris (seconde partie)

N° Lexbase : N2241BUK



par La Rédaction

La sous-commission Médiation a tenu le 13 mars 2014, sous la responsabilité de Martine Bourry d'Antin, Avocat au barreau de Paris, Ancien Membre du conseil de l'Ordre, Président d'honneur de l'AME, une réunion sur le thème : "L'avocat prescripteur, acteur et vecteur de solutions amiables" avec pour invité Maître Michel Bénichou. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion (pour la première partie de ce compte-rendu, voir N° Lexbase : [N2240BUI](#)).

II — Méconnaissances et inquiétudes des avocats

A — La peur de certains avocats quant à la déjudiciarisation

Par idéologie, formation ou pratique professionnelle, certains avocats sont totalement opposés au développement des modes alternatifs de règlement des conflits en considérant que seul l'accès au juge permet de trouver des solutions.

Michel Bénichou n'acquiesce pas à la volonté manifestée par certains de déjudiciariser (voir résolution des Premiers présidents de cour d'appel). L'accès à la Justice constitue un droit fondamental, c'est même le premier des droits

fondamentaux. Si un citoyen ne peut pas accéder à la justice alors il ne peut pas faire triompher ses autres droits fondamentaux.

La liberté d'aller et venir ou de commercer librement ne peut être utile si on ne peut recourir à une juridiction pour faire condamner ceux qui portent atteinte à cette liberté.

Le Doyen Vedel indiquait qu'il ne savait pas ce qu'était le Droit mais qu'il savait ce qu'était son absence soit le règne des voyous, l'écrasement des faibles par les forts, la misère et la ruine, le retour à l'Age de pierre, les violences. Il n'y a pas de civilisation sans droit. La barbarie et ses horreurs vivent dans des mondes sans droit.

Le droit d'accès à la justice est menacé gravement. On peut estimer que l'avocat, dans son activité traditionnelle, est un acteur du prétoire. Il va représenter les parties en justice ou les assister. Il est donc intimement lié à une bonne administration de la Justice. Certains reprochent cette "activité réservée". D'autres, dans le cadre de la remise en cause des activités réservées des avocats, sont disposés à laisser ce "monopole" de représentation devant les juridictions à condition de déréglementer le reste de l'exercice des avocats et le soumettre à une totale concurrence. Cette solution s'appuie notamment sur les échecs d'une représentation libre devant les juridictions dans certains pays. Cela a entraîné, immédiatement, un gigantesque embouteillage juridictionnel. Toutefois, nous sommes devant une crise du contentieux liée au coût de l'accès à la justice. On le constate aux Etats-Unis et au Canada.

Ainsi, les activités réservées sont menacées. Dans de nombreux pays de l'Union Européenne, les avocats, déjà, n'ont pas de monopole de représentation en justice. Ils ne sont pas protégés dans l'exercice du droit. La concurrence est totale.

Certains pays ont déjà supprimé le monopole de représentation des avocats (Finlande...). Certains sont favorables à l'interdiction de tous les monopoles et toutes les restrictions y compris géographiques (postulation) et d'autres l'ont déjà fait (Grèce, Portugal) du fait des incitations de la Troïka.

Pourtant, les règlementations qui existent n'entraînent aucune discrimination et sont motivées par le service de l'intérêt général. Elles sont par ailleurs proportionnées et sont compatibles avec le droit national. Le monopôle est, également, critiqué par les Cours européennes.

La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt du 11 février 2014 (*Masirevic c/ Serbie*), a considéré, sur le fondement de l'article 6 de la Convention, qu'on ne pouvait contraindre un avocat à prendre, devant la Cour suprême, un autre avocat pour présenter une requête. En effet, la Cour suprême de Serbie, en vertu du Code de procédure civile, avait estimé que le plaignant ne pouvait personnellement engager la procédure mais qu'il était contraint de prendre un avocat. La Cour européenne a rappelé le droit d'accéder à la justice et a estimé que même si ce droit n'était pas absolu, et qu'il pouvait faire l'objet de limitations en particulier sur les conditions d'admissibilité de la plainte, ces limitations ne pouvaient restreindre ou réduire dans des conditions considérables l'accès à la justice. Les limitations devaient être compatibles avec l'article 6, § 1, de la Convention, poursuivre un but légitime et être proportionnelles entre les moyens employés et le but poursuivi.

En l'espèce, imposer la barrière d'un avocat à un autre avocat, ne sert pas le but de la légalité ou de la bonne administration de la justice. C'est à une interprétation souple de la réglementation qu'appelle la Cour européenne. Elle considère donc qu'il y a eu violation de l'article 6.

On peut s'interroger sur la position qu'aurait adoptée la Cour européenne s'il s'était agi d'un procès devant une juridiction civile faite par un diplômé en droit, même s'il n'était pas avocat, ou une personne ayant de fortes connaissances juridiques et pouvant le démontrer.

La représentation obligatoire est donc sujette à contestation.

Par ailleurs, le rôle des technologies (exemple : sites "divorce-discount" ou "demanderjustice.com") et des systèmes experts va renforcer cette discussion. Des sites proposent de préparer le dossier que le justiciable plaidera personnellement sans assistance.

Enfin, l'accès à la justice est, par ailleurs, un droit menacé. L'économie est devenue le véritable moteur, le seul moteur de la mondialisation et l'Union européenne n'échappe pas à ce constat. Elle s'était construite autour du droit et par la soumission au droit des décisions nationales étatiques, qu'elles soient individuelles ou collectives. C'est par l'accès à la justice européenne des citoyens que l'Europe a pu mettre en pratique les traités et notamment sur les questions de libre circulation des biens, des personnes ou des capitaux.

Or, elle est en train de créer ses propres freins aux droits fondamentaux et à leur application. Les Etats membres

multiplient les restrictions juridiques à l'accès à la justice. On invente de nouvelles irrecevabilités. On considère le contentieux comme un tsunami. Ce serait une catastrophe naturelle qu'il faudrait endiguer à tout prix. On condamne le citoyen européen qui deviendrait procédurier comme le citoyen du Nouveau monde toujours cité en exemple. Le justiciable (et son avocat) serait des empêcheurs de vivre paisiblement sans conflit. Au Québec, le contentieux a baissé des deux-tiers ces dernières années. A Amsterdam, on a constaté une baisse de 25 % des affaires civiles.

On va durcir les règles procédurales. On veut des décisions rapides, légales, peu coûteuses en temps et en argent. On va généraliser l'exécution provisoire et on va tenter de décourager le justiciable d'aller en appel. C'est la première instance qui doit être le point d'orgue du procès et l'appel doit être une voie exceptionnelle. On ne va rien faire pour améliorer la durée des procédures civiles et pénales qui peut constituer un déni de justice. On va tenter d'instaurer des médiations obligatoires ou des conciliations obligatoires pour empêcher l'accès au juge (Italie...).

Ce sont les avocats qui devront faire preuve d'imagination pour régler ce problème. Il faut imaginer des "contrats de procédure" donnant de la prévisibilité à la durée du procès. Il faut utiliser les nouvelles technologies et la dématérialisation pour baisser les coûts des dossiers et aller plus vite.

A défaut de s'emparer de cette question, les avocats seront menacés dans leur exercice judiciaire.

Il faut utiliser des techniques de gestion et de rentabilité pour faire baisser les coûts.

Par ailleurs, on envisage la suppression physique de juridictions. Au Portugal, à la suite de l'intervention de la Troïka, on a modifié la distribution territoriale des tribunaux et inventé une nouvelle carte judiciaire avec une diminution du nombre des juridictions. On a la même volonté de spécialisation des juridictions (Belgique, Finlande, Croatie, Irlande, Danemark, Pays Bas...) avec la diminution des nombres des tribunaux. En France, entre 2007 et 2011, 400 juridictions ont été supprimés représentant un tiers des tribunaux existants. De nouveaux rapports viennent d'être publiés préconisant la diminution du nombre de cours d'appel, du nombre de juridictions de première instance.

Certains envisagent même la suppression des juristes. Ainsi, si la Commission européenne, dans son rapport 2012 sur l'intégration du marché unique, stigmatise le marché des services juridiques qui ne serait pas assez concurrentiel, La Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), dépendant du Conseil de l'Europe, évoque le trop grand nombre d'avocats dans certains pays (Grèce, Italie, Espagne, Chypre et Malte).

A ces restrictions juridiques, s'ajoutent les restrictions financières à l'accès au juge. On diminue les budgets de la justice. On ampute le budget de l'aide juridictionnelle (-20% au Royaume-Uni, diminution également aux Pays-Bas...). On augmente les frais de justice. En Espagne, pour déposer une requête en divorce en première instance, cela coûte 800 euros et en appel 1 200 euros. En Autriche, les frais de justice représentent 110 % du budget de la justice! L'Etat fait donc 10 % de profit.

On connaît le projet concernant l'aide juridictionnelle qui se prépare en Belgique et la lutte légitime des barreaux.

Le recours en justice pour les plus faibles devient incertain. Mais c'est également le cas pour les classes moyennes. Si les plus riches pourront, aujourd'hui comme demain, accéder au juge et si les plus pauvres le pourront parce que les avocats acceptent une indemnisation au rabais, les classes moyennes se trouvent -pour certains contentieux— pratiquement interdites de recourir au juge. Le coût des frais de procédure, des frais de justice, des professionnels du droit divers, des techniciens constitue des obstacles qui peuvent être insurmontables.

Quoiqu'il en soit, Michel Bénichou considère qu'il ne faut pas se leurrer. La pyramide des âges fera, dans l'Union européenne, que les Gouvernements vont privilégier les besoins de santé aux besoins de justice. En effet, compte-tenu d'une démographie faible et d'une augmentation de la présence des troisièmes et quatrièmes âges, c'est la santé qui va primer et qui absorbera de nombreux budgets. Le besoin de justice sera alors sacrifié du fait de la nécessité d'économies. Or, le Parlement Européen a déposé un rapport en 2011 dénommé "quantification du coût du non-recours à la médiation". Pour tous les pays, il considère que les économies de coût en utilisant la médiation sont élevées. La conclusion est que la sensibilisation et la formation des avocats, des juges, des entreprises sont utiles, mais que cela ne suffit pas. Il faut des incitations :

- la médiation obligatoire,
- l'incitation fiscale (exemple en Italie, crédit d'impôt jusqu'à 500 euros),
- le remboursement des frais de contentieux (en Bulgarie, 50 % des redevances de frais de justice ; en Roumanie, remboursement du montant versé au tribunal ; en Pologne, remboursement de 75 % des frais de justice),
- l'incitation du juge à leur information à la médiation.

B — Les hésitations de la gouvernance de la profession

Le sujet de la gouvernance de la profession d'avocat mériterait une réunion à elle-seule (voire plusieurs).

Concernant les modes alternatifs, nous avons avancé, comme souvent, en zigzag. Certains ont tenté de promouvoir la médiation et l'intervention des avocats dans ce domaine. Certains s'y sont désintéressés. D'autres enfin ont carrément été hostiles. Il n'y a donc jamais eu de véritable politique nationale développée par la profession d'avocat. Aucune incitation n'a été imaginée.

Une certaine volonté d'avancer. Par le Conseil national des barreaux, ont été publiés plusieurs rapport et études concernant l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits par les dirigeants d'entreprise ; un rapport destiné aux avocats sur les modes alternatifs de règlement des conflits et leur insertion dans le cabinet (études de l'Observatoire du CNB) ; enfin une proposition faite à la Chancellerie d'une nouvelle spécialisation en matière de modes alternatifs de règlement des différends (MARC). Sur ce point, il est regrettable que cette spécialisation -si elle est adoptée par la Chancellerie— ne s'ajoute pas aux deux spécialisations auxquelles ont droit les avocats qui le souhaitent et s'y forment. En effet, si nous restons avec ce chiffre limité de deux spécialisations, il va falloir que certains avocats abandonnent l'une de leurs spécialisations en droit substantiel pour adopter cette spécialisation en procédures/processus. En fait, cette spécialisation devrait s'ajouter à celles qui existent. On peut être spécialiste en droit immobilier, en droit social et utiliser les modes alternatifs de règlement des différends, s'être formé, les promouvoir et être compétent non seulement dans leur prescription, dans la participation à des médiations mais éventuellement comme médiateur.

Le barreau de Paris a lancé, en 2013, l'année de la médiation et le nouveau Bâtonnier, Pierre-Olivier Sur, évoque régulièrement ces questions. Une Ecole de la médiation a également été promue en 2013. A Paris, de nombreux barreaux organisent des colloques ou leurs universités autour des MARC. Enfin, la Fédération nationale des Centres de médiations continue son action.

Mais, la profession n'a rien à envier aux autres professions mais également aux magistrats. On constate parfois que l'arrivée d'un magistrat entraîne un développement de la médiation et que son départ entraîne la fermeture de cette parenthèse, son successeur n'entendant pas poursuivre dans cette voie.

Le mauvais exemple de la médiation pénale. Tous les avocats qui se sont heurtés à la médiation pénale ou dans un domaine proche au travail des délégués du Procureur ont eu une mauvaise appréciation de la médiation. Ce n'est pas de la médiation et cela nuit à la médiation. Il faudrait, sans condamner cette procédure, qu'elle change de nom.

Evolution et propositions. Quel que soit l'avenir de la médiation, le premier problème qui est à résoudre est celui de la culture. Or, il n'y a pas de développement de la culture de l'arrangement ou de la médiation en France. Il y a d'abord une culture du contentieux qui existe aussi bien chez les avocats que chez leurs clients. Ces derniers veulent un avocat combattant et non conciliant.

Ils ont la volonté d'en découdre et il est extrêmement difficile, parfois, de proposer au client une mesure de médiation car il a l'impression que l'avocat trahit ses intérêts. Mais, le Bâtonnier de Paris, Pierre-Olivier Sur, a bien décrit l'évolution majeure qui va intervenir dans les années qui viennent : "dans notre système, depuis le Code Napoléon, se succèdent le temps du contrat, puis le temps de la crise et le temps du juge (il y a donc trois temps) ; tandis que dans le futur il y aura en plus, intercalé entre la crise et le juge, le temps de la recherche d'une médiation avec l'aide des avocats. Dans cette nouvelle étape, l'avocat s'imposera naturellement".

Pour cela, quelques exigences s'imposent.

Mieux définir et sortir de la confusion. Il y a une confusion extrême entre conciliation, médiation et autres modes alternatifs, confusion à tous les niveaux (Directive européenne, législations diverses, propositions).

On a vu une juge dans le débat national sur les juridictions du XXIème siècle indiquer à la tribune qu'elle fait constamment, pendant l'audience publique, de la médiation... tout en jugeant.

Il est déjà important de reclarifier toutes ces notions et leurs définitions. Ainsi, on a des médiateurs "maison", des médiateurs institutionnels, des médiateurs inter-entreprises qui sont en fait des agents de l'Etat et qui s'occupent des questions liées à la sous-traitance et s'occuperont, dorénavant, également de la question d'innovation avec trente médiateurs en région, des médiateurs de rue... Nous avons également la médiation pénale.

Comme le plaide depuis de nombreuses années, Madame la Professeure Michèle Guillaume Hofnung, il faut qu'il y

ait une définition claire et nette de la médiation, de préférence européenne. Cela permettra d'offrir un outil efficace tant que le plan européen que sur le plan des législations nationales. Il faut des distinctions sémantiques avec la conciliation et l'arbitrage.

Mieux former les avocats. Il faut que les avocats mettent en place une politique nationale de formation en matière de médiation et notamment en matière de formation continue. Tout le monde est favorable à cette formation et particulièrement concernant l'assistance à la médiation. Il faut donc définir des modules qui pourront être proposés aux avocats avec une collaboration forte des ordres. L'expérience de l'école parisienne de la médiation pourrait être étendue au niveau national avec des déclinaisons régionales. Des modules doivent pouvoir être établis et doivent circuler dans les écoles d'avocats, dans les conférences régionales, dans les cours d'appel et -parfois même— dans les Ordres.

Concernant le diplôme des médiateurs familiaux, le rapport du Sénat propose de renforcer la formation juridique. Il faut répondre en indiquant qu'actuellement ce diplôme ne permet pas aux avocats, pour beaucoup, d'accéder à cette qualification. Si on rééquilibre l'enseignement en développant de façon forte la formation juridique, alors les avocats pourront trouver leur place dans ce diplôme d'Etat de médiateur familial.

Il semble également utile, dans le cadre de cette formation mais de façon générale pour le développement de la médiation, de conclure des protocoles entre les tribunaux de grande instance et les Ordres, voire avec une extension aux associations de médiation et, naturellement, les associations créées par les médiateurs, issues de la profession d'avocat. Cette proposition est formulée tant dans le rapport du Sénat, que dans celui de Monsieur le Conseiller Delmas-Goyon. Il faut insister sur la nécessaire présence des Ordres pour signer ces conventions aux fins de permettre le développement de la médiation.

Il faudra réfléchir au contenu du protocole et parvenir à des protocoles quasi-identiques pour tous les tribunaux de grande instance aux fins qu'il n'y ait pas de différence de traitement.

Etre lucides quant à l'accès à la justice et l'avenir du contentieux. Il faut trouver des solutions pour permettre et garantir l'accès au droit et à la justice.

La médiation en est une et l'avocat peut être un prescripteur car les délais judiciaires sont, aujourd'hui, insupportables. L'idée est d'avoir une médiation pré-juridictionnelle développée par les avocats. Dès que la requête serait déposée et que l'avocat du défendeur se serait manifesté, le processus de médiation pourrait être mis en place et confié à un médiateur issu de la profession d'avocat. Il serait aussi possible de recourir à la procédure participative.

Il faut enfin des médiations extrêmement courtes (une heure à une heure et demi), une à deux séances maximum pour essayer de trouver un accord global ou un accord partiel, la médiation ne se poursuivant que si des points de désaccord ont été réglés.

Cet accord peut être rédigé par un acte d'avocat et il faut que l'acte d'avocat de procédure soit créé et inséré dans notre Code de procédure civile comme le prévoit le Président du tribunal de grande instance de Pontoise.

Il faut en faciliter l'homologation par le juge.

La médiation pourrait se développer dans d'autres domaines : copropriété, troubles du voisinages, les dommages corporels, la responsabilité professionnelle.

Les avocats devraient donner l'exemple et lorsque la responsabilité d'un avocat est engagée, il devrait y avoir un processus de médiation mis en place pour trouver une solution avec le client qui s'estime lésé. Souvent la rencontre avec son avocat sera décisive. Cela se fera sous l'égide d'un médiateur issu de la profession d'avocat et il faudrait impérativement y associer, dans un second stade, éventuellement, la compagnie d'assurance s'il y a lieu de trouver une indemnisation en considérant une faute qui aurait été commise.

Lutter contre les dérives. Il faut constamment rappeler que la médiation n'est pas un mode de gestion des flux de dossiers. Il ne s'agit pas de vider les placards où sont stockés les dossiers en justice pour remplir des placards où seraient stockés les prochaines médiations ou des médiations en cours.

La médiation doit résister à la critique qui commence à naître et qui consiste à indiquer qu'elle n'a pour unique objectif que de permettre à l'Etat de faire des économies sur l'aide juridictionnelle, sur le nombre de magistrats, de greffiers...

La dérive consiste, également, en la professionnalisation des médiateurs. On connaît déjà cette tendance avec les experts. Les experts ne sont plus compétents qu'en matière de pathologie puisqu'ils n'exercent plus leur métier mais

se consacrent à l'expertise. Cela a entraîné un renchérissement inacceptable des frais d'expertise qui bloque les classes moyennes. En effet, si les plus démunis bénéficient de l'aide juridictionnelle, si les riches peuvent toujours s'offrir cette expertise, les classes moyennes sont démunies et, dans certaines matières, ne peuvent plus recourir à la justice du fait de l'intervention quasi obligatoire de l'expert et du renchérissement du coût de la procédure. Cela entraîne, également, des délais totalement insurmontables que les gens n'acceptent plus cette attente inhumaine de la justice.

La deuxième dérive concerne la médiation obligatoire que certaines veulent -de surcroît— gratuite. La médiation gratuite est une dévalorisation de la médiation. La médiation obligatoire entraînerait des moyens budgétaires qui ne sont pas prévus et que l'Etat n'a pas l'intention de mettre dans la médiation ou dans la justice.

De plus, la fonction de médiateur est, aujourd'hui, mal structurée et la formation est aléatoire. Certains médiateurs s'autoproclament en privilégiant l'aspect alimentaire ou commercial de la médiation.

La médiation obligatoire signifierait l'automatisme du recours à la médiation. Or, certains dossiers ne sont pas adaptés à ce recours. Il ne doit y avoir aucune automatisme en matière de médiations. D'ailleurs, toutes les expériences qui ont réussi au niveau judiciaire, supposaient, de la part des magistrats, un travail préalable de tri des dossiers aux fins d'examiner ceux qui pouvaient être renvoyés en médiation et ceux qui devaient être réglés par une décision de justice.

Néanmoins, pour certains, il existe une vraie tentation de médiation obligatoire. Le mécanisme a été excellemment décrit par Monsieur le Conseiller Fabrice Vert (Gazette du Palais, édition professionnelle, 17-18 janvier 2014).

Certains éléments défavorables subsistent :

- la culture de chicane d'un peuple sensible à la justice et au contentieux,
- la confusion entretenue entre les notions de conciliation, médiation, arbitrage, négociation, transaction et l'utilisation anarchique du terme de médiateur,
- une insuffisance de la formation à la médiation des professionnels du droit et une opposition du barreau,
- une insuffisante formation des médiateurs, l'absence de protection du titre et de la qualification,
- le souci de privilégier une demande volontaire.

La Fédération nationale des Centres de médiation a pris une délibération claire appelant à une "médiation volontaire et de libre accès" (Colloque national de Limoges le 14 octobre 2013).

Mettre en place une politique nationale. Cette politique nationale doit passer par le développement d'outils et par l'affirmation de positions claires concernant la médiation.

Les outils sont multiples. Il faut commencer par mettre en place un observatoire de la médiation. On ne peut en aucun cas espérer développer la médiation si on n'a aucun outil statistique pour en connaître le développement et favoriser cette croissance.

Le ministère de la Justice a quelques statistiques concernant la médiation judiciaire. On ignore tout des médiations conventionnelles. La profession d'avocat doit investir dans cette observation de la médiation et notamment par l'intermédiaire du Conseil national des barreaux.

Il faut, par ailleurs, que la profession crée des plateformes de règlement des litiges en ligne. C'est impératif et c'est urgent. D'autres professions sont en train de les mettre en place. Beaucoup de commerçants du secteur privé imaginent la mise en place de ces plateformes de médiation en ligne. Il faut un outil institutionnel et contrôlé avec une déontologie forte, celle du Code de déontologie des médiateurs adopté par de nombreuses associations.

Il faut, également, que la profession d'avocat mette en ligne des clauses-types de médiation qui pourront être insérées dans les contrats. Il faut une forte politique incitative concernant ces clauses et une formation des avocats dès les premières années d'expérience et la formation initiale.

Le RIN devrait être modifié par le Conseil national des barreaux aux fins d'introduire une clause concernant l'obligation d'information donnée par l'avocat à ses clients concernant les modes alternatifs de règlement des différends et ce sous peine d'une sanction déontologique. Cela doit devenir une obligation. A défaut, nous risquons de nous voir appliquer le système italien de nullité de la convention conclue entre l'avocat et son client. Il faut donc anticiper

et régler cette question en interne par une modification du RIN.

Enfin, il faut utiliser et développer l'acte d'avocat et même l'acte de procédure d'avocat pour permettre la désignation -dans le cadre d'une mise en état organisée par les avocats— de médiateur. Il ne faut plus attendre d'aller devant le Juge pour avoir la désignation d'un médiateur. Les avocats doivent devenir des prescripteurs et par cet acte d'avocat de procédure puissent désigner un médiateur à tout moment.

L'Etat doit se positionner pour modifier le système de l'aide juridictionnelle. Le recours à la médiation, le succès de médiation doit beaucoup aux avocats qui y ont participé. Il faut donc le reconnaître. Il faut, comme le fait le Parlement européen dans de nombreux documents, considérer que le recours à la médiation est une économie et que, dès lors, cette économie doit être partagée. Les avocats doivent recevoir une juste rétribution de leurs efforts dans le cadre de l'aide juridictionnelle.

La profession devra également prendre des positions claires et notamment sur la question de la médiation obligatoire en faisant connaître son opposition. A défaut, et à terme, cette médiation s'imposera puis, comme cela a été le cas dans le cadre du débat national "Juridictions du XXIème siècle", on passera progressivement du discours concernant l'information obligatoire à celui de la médiation obligatoire puis enfin, comme l'a dit une interlocutrice, à la "transaction obligatoire" ! La dernière étape est donc d'imposer des solutions amiables et d'imposer une transaction aux justiciables. L'accès à la justice sera dès lors bloqué.

Enfin, il faut réfléchir, avec le Gouvernement et le ministère de la Justice, à la mise en place de mesures incitatives. A l'exemple de certains autres pays de l'Union Européenne, cela pourrait être des crédits d'impôts, des baisses de TVA, des remboursements de frais de justice voire même, dans des cas extrêmes, des sanctions financières. En Belgique, la TCA sur l'aide juridictionnelle est au taux de 0 %. Pourquoi ne pas songer à une TVA à un taux nul ou réduit pour les prestations en matière de MARC ? Monsieur André Vallini, alors Sénateur PS de l'Isère, dans un article dénommé Médiation judiciaire : la justice de demain, appelle, d'une part, à la création d'un Conseil national de modes alternatifs de règlement des litiges mais, d'autre part, à l'insertion dans le Code de procédure civile, d'une amende civile en cas de refus déraisonnable de participer à la résolution amiable du litige, voire en cas de participation de mauvaise foi. Toutefois, il écarte la médiation obligatoire.

D'autres proposent que la sanction financière porte sur les dépens en cas de refus injustifié de la médiation ou enfin que le juge refuse l'application de l'article 700 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1253IZG) et la condamnation à des frais irrépétibles.

Il est fondamental de développer cette politique d'incitation et ces outils. Il s'agit d'une politique nationale dépendante du Gouvernement, des différentes professions et pour ce qui nous concerne, de la profession d'avocat.

Le chemin est donc difficile. Mais, rappelons que, pour atteindre des sommets, les chemins sont étroits.

Face à ces difficultés, il convient de se souvenir des mots de Jean Monnet : "*Je ne suis pas optimiste, je suis déterminé*".

Revue

Lexbase Hebdo édition professions n°172 du 22 mai 2014

[Avocats/Champ de compétence] Événement

L'avocat prescripteur, acteur et vecteur de solutions amiables — Compte-rendu de la réunion du 13 mars 2014 de la Commission ouverte MARD du barreau de Paris (seconde partie)

N° Lexbase : N2241BUK



par La Rédaction

La sous-commission Médiation a tenu le 13 mars 2014, sous la responsabilité de Martine Bourry d'Antin, Avocat au barreau de Paris, Ancien Membre du conseil de l'Ordre, Président d'honneur de l'AME, une réunion sur le thème : "L'avocat prescripteur, acteur et vecteur de solutions amiables" avec pour invité Maître Michel Bénichou. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion (pour la première partie de ce compte-rendu, voir N° Lexbase : [N2240BUI](#)).

II — Méconnaissances et inquiétudes des avocats

A — La peur de certains avocats quant à la déjudiciarisation

Par idéologie, formation ou pratique professionnelle, certains avocats sont totalement opposés au développement des modes alternatifs de règlement des conflits en considérant que seul l'accès au juge permet de trouver des solutions.

Michel Bénichou n'acquiesce pas à la volonté manifestée par certains de déjudiciariser (voir résolution des Premiers présidents de cour d'appel). L'accès à la Justice constitue un droit fondamental, c'est même le premier des droits

fondamentaux. Si un citoyen ne peut pas accéder à la justice alors il ne peut pas faire triompher ses autres droits fondamentaux.

La liberté d'aller et venir ou de commercer librement ne peut être utile si on ne peut recourir à une juridiction pour faire condamner ceux qui portent atteinte à cette liberté.

Le Doyen Vedel indiquait qu'il ne savait pas ce qu'était le Droit mais qu'il savait ce qu'était son absence soit le règne des voyous, l'écrasement des faibles par les forts, la misère et la ruine, le retour à l'Age de pierre, les violences. Il n'y a pas de civilisation sans droit. La barbarie et ses horreurs vivent dans des mondes sans droit.

Le droit d'accès à la justice est menacé gravement. On peut estimer que l'avocat, dans son activité traditionnelle, est un acteur du prétoire. Il va représenter les parties en justice ou les assister. Il est donc intimement lié à une bonne administration de la Justice. Certains reprochent cette "activité réservée". D'autres, dans le cadre de la remise en cause des activités réservées des avocats, sont disposés à laisser ce "monopole" de représentation devant les juridictions à condition de déréglementer le reste de l'exercice des avocats et le soumettre à une totale concurrence. Cette solution s'appuie notamment sur les échecs d'une représentation libre devant les juridictions dans certains pays. Cela a entraîné, immédiatement, un gigantesque embouteillage juridictionnel. Toutefois, nous sommes devant une crise du contentieux liée au coût de l'accès à la justice. On le constate aux Etats-Unis et au Canada.

Ainsi, les activités réservées sont menacées. Dans de nombreux pays de l'Union Européenne, les avocats, déjà, n'ont pas de monopole de représentation en justice. Ils ne sont pas protégés dans l'exercice du droit. La concurrence est totale.

Certains pays ont déjà supprimé le monopole de représentation des avocats (Finlande...). Certains sont favorables à l'interdiction de tous les monopoles et toutes les restrictions y compris géographiques (postulation) et d'autres l'ont déjà fait (Grèce, Portugal) du fait des incitations de la Troika.

Pourtant, les règlementations qui existent n'entraînent aucune discrimination et sont motivées par le service de l'intérêt général. Elles sont par ailleurs proportionnées et sont compatibles avec le droit national. Le monopôle est, également, critiqué par les Cours européennes.

La Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt du 11 février 2014 (*Masirevic c/ Serbie*), a considéré, sur le fondement de l'article 6 de la Convention, qu'on ne pouvait contraindre un avocat à prendre, devant la Cour suprême, un autre avocat pour présenter une requête. En effet, la Cour suprême de Serbie, en vertu du Code de procédure civile, avait estimé que le plaignant ne pouvait personnellement engager la procédure mais qu'il était contraint de prendre un avocat. La Cour européenne a rappelé le droit d'accéder à la justice et a estimé que même si ce droit n'était pas absolu, et qu'il pouvait faire l'objet de limitations en particulier sur les conditions d'admissibilité de la plainte, ces limitations ne pouvaient restreindre ou réduire dans des conditions considérables l'accès à la justice. Les limitations devaient être compatibles avec l'article 6, § 1, de la Convention, poursuivre un but légitime et être proportionnelles entre les moyens employés et le but poursuivi.

En l'espèce, imposer la barrière d'un avocat à un autre avocat, ne sert pas le but de la légalité ou de la bonne administration de la justice. C'est à une interprétation souple de la réglementation qu'appelle la Cour européenne. Elle considère donc qu'il y a eu violation de l'article 6.

On peut s'interroger sur la position qu'aurait adoptée la Cour européenne s'il s'était agi d'un procès devant une juridiction civile faite par un diplômé en droit, même s'il n'était pas avocat, ou une personne ayant de fortes connaissances juridiques et pouvant le démontrer.

La représentation obligatoire est donc sujette à contestation.

Par ailleurs, le rôle des technologies (exemple : sites "divorce-discount" ou "demanderjustice.com") et des systèmes experts va renforcer cette discussion. Des sites proposent de préparer le dossier que le justiciable plaidera personnellement sans assistance.

Enfin, l'accès à la justice est, par ailleurs, un droit menacé. L'économie est devenue le véritable moteur, le seul moteur de la mondialisation et l'Union européenne n'échappe pas à ce constat. Elle s'était construite autour du droit et par la soumission au droit des décisions nationales étatiques, qu'elles soient individuelles ou collectives. C'est par l'accès à la justice européenne des citoyens que l'Europe a pu mettre en pratique les traités et notamment sur les questions de libre circulation des biens, des personnes ou des capitaux.

Or, elle est en train de créer ses propres freins aux droits fondamentaux et à leur application. Les Etats membres

multiplient les restrictions juridiques à l'accès à la justice. On invente de nouvelles irrecevabilités. On considère le contentieux comme un tsunami. Ce serait une catastrophe naturelle qu'il faudrait endiguer à tout prix. On condamne le citoyen européen qui deviendrait procédurier comme le citoyen du Nouveau monde toujours cité en exemple. Le justiciable (et son avocat) serait des empêcheurs de vivre paisiblement sans conflit. Au Québec, le contentieux a baissé des deux-tiers ces dernières années. A Amsterdam, on a constaté une baisse de 25 % des affaires civiles.

On va durcir les règles procédurales. On veut des décisions rapides, légales, peu coûteuses en temps et en argent. On va généraliser l'exécution provisoire et on va tenter de décourager le justiciable d'aller en appel. C'est la première instance qui doit être le point d'orgue du procès et l'appel doit être une voie exceptionnelle. On ne va rien faire pour améliorer la durée des procédures civiles et pénales qui peut constituer un déni de justice. On va tenter d'instaurer des médiations obligatoires ou des conciliations obligatoires pour empêcher l'accès au juge (Italie...).

Ce sont les avocats qui devront faire preuve d'imagination pour régler ce problème. Il faut imaginer des "contrats de procédure" donnant de la prévisibilité à la durée du procès. Il faut utiliser les nouvelles technologies et la dématérialisation pour baisser les coûts des dossiers et aller plus vite.

A défaut de s'emparer de cette question, les avocats seront menacés dans leur exercice judiciaire.

Il faut utiliser des techniques de gestion et de rentabilité pour faire baisser les coûts.

Par ailleurs, on envisage la suppression physique de juridictions. Au Portugal, à la suite de l'intervention de la Troïka, on a modifié la distribution territoriale des tribunaux et inventé une nouvelle carte judiciaire avec une diminution du nombre des juridictions. On a la même volonté de spécialisation des juridictions (Belgique, Finlande, Croatie, Irlande, Danemark, Pays Bas...) avec la diminution des nombres des tribunaux. En France, entre 2007 et 2011, 400 juridictions ont été supprimés représentant un tiers des tribunaux existants. De nouveaux rapports viennent d'être publiés préconisant la diminution du nombre de cours d'appel, du nombre de juridictions de première instance.

Certains envisagent même la suppression des juristes. Ainsi, si la Commission européenne, dans son rapport 2012 sur l'intégration du marché unique, stigmatise le marché des services juridiques qui ne serait pas assez concurrentiel, La Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), dépendant du Conseil de l'Europe, évoque le trop grand nombre d'avocats dans certains pays (Grèce, Italie, Espagne, Chypre et Malte).

A ces restrictions juridiques, s'ajoutent les restrictions financières à l'accès au juge. On diminue les budgets de la justice. On ampute le budget de l'aide juridictionnelle (-20% au Royaume-Uni, diminution également aux Pays-Bas...). On augmente les frais de justice. En Espagne, pour déposer une requête en divorce en première instance, cela coûte 800 euros et en appel 1 200 euros. En Autriche, les frais de justice représentent 110 % du budget de la justice! L'Etat fait donc 10 % de profit.

On connaît le projet concernant l'aide juridictionnelle qui se prépare en Belgique et la lutte légitime des barreaux.

Le recours en justice pour les plus faibles devient incertain. Mais c'est également le cas pour les classes moyennes. Si les plus riches pourront, aujourd'hui comme demain, accéder au juge et si les plus pauvres le pourront parce que les avocats acceptent une indemnisation au rabais, les classes moyennes se trouvent -pour certains contentieux— pratiquement interdites de recourir au juge. Le coût des frais de procédure, des frais de justice, des professionnels du droit divers, des techniciens constitue des obstacles qui peuvent être insurmontables.

Quoiqu'il en soit, Michel Bénichou considère qu'il ne faut pas se leurrer. La pyramide des âges fera, dans l'Union européenne, que les Gouvernements vont privilégier les besoins de santé aux besoins de justice. En effet, compte-tenu d'une démographie faible et d'une augmentation de la présence des troisièmes et quatrièmes âges, c'est la santé qui va primer et qui absorbera de nombreux budgets. Le besoin de justice sera alors sacrifié du fait de la nécessité d'économies. Or, le Parlement Européen a déposé un rapport en 2011 dénommé "quantification du coût du non-recours à la médiation". Pour tous les pays, il considère que les économies de coût en utilisant la médiation sont élevées. La conclusion est que la sensibilisation et la formation des avocats, des juges, des entreprises sont utiles, mais que cela ne suffit pas. Il faut des incitations :

- la médiation obligatoire,
- l'incitation fiscale (exemple en Italie, crédit d'impôt jusqu'à 500 euros),
- le remboursement des frais de contentieux (en Bulgarie, 50 % des redevances de frais de justice ; en Roumanie, remboursement du montant versé au tribunal ; en Pologne, remboursement de 75 % des frais de justice),
- l'incitation du juge à leur information à la médiation.

B — Les hésitations de la gouvernance de la profession

Le sujet de la gouvernance de la profession d'avocat mériterait une réunion à elle-seule (voire plusieurs).

Concernant les modes alternatifs, nous avons avancé, comme souvent, en zigzag. Certains ont tenté de promouvoir la médiation et l'intervention des avocats dans ce domaine. Certains s'y sont désintéressés. D'autres enfin ont carrément été hostiles. Il n'y a donc jamais eu de véritable politique nationale développée par la profession d'avocat. Aucune incitation n'a été imaginée.

Une certaine volonté d'avancer. Par le Conseil national des barreaux, ont été publiés plusieurs rapport et études concernant l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits par les dirigeants d'entreprise ; un rapport destiné aux avocats sur les modes alternatifs de règlement des conflits et leur insertion dans le cabinet (études de l'Observatoire du CNB) ; enfin une proposition faite à la Chancellerie d'une nouvelle spécialisation en matière de modes alternatifs de règlement des différends (MARC). Sur ce point, il est regrettable que cette spécialisation -si elle est adoptée par la Chancellerie— ne s'ajoute pas aux deux spécialisations auxquelles ont droit les avocats qui le souhaitent et s'y forment. En effet, si nous restons avec ce chiffre limité de deux spécialisations, il va falloir que certains avocats abandonnent l'une de leurs spécialisations en droit substantiel pour adopter cette spécialisation en procédures/processus. En fait, cette spécialisation devrait s'ajouter à celles qui existent. On peut être spécialiste en droit immobilier, en droit social et utiliser les modes alternatifs de règlement des différends, s'être formé, les promouvoir et être compétent non seulement dans leur prescription, dans la participation à des médiations mais éventuellement comme médiateur.

Le barreau de Paris a lancé, en 2013, l'année de la médiation et le nouveau Bâtonnier, Pierre-Olivier Sur, évoque régulièrement ces questions. Une Ecole de la médiation a également été promue en 2013. A Paris, de nombreux barreaux organisent des colloques ou leurs universités autour des MARC. Enfin, la Fédération nationale des Centres de médiations continue son action.

Mais, la profession n'a rien à envier aux autres professions mais également aux magistrats. On constate parfois que l'arrivée d'un magistrat entraîne un développement de la médiation et que son départ entraîne la fermeture de cette parenthèse, son successeur n'entendant pas poursuivre dans cette voie.

Le mauvais exemple de la médiation pénale. Tous les avocats qui se sont heurtés à la médiation pénale ou dans un domaine proche au travail des délégués du Procureur ont eu une mauvaise appréciation de la médiation. Ce n'est pas de la médiation et cela nuit à la médiation. Il faudrait, sans condamner cette procédure, qu'elle change de nom.

Evolution et propositions. Quel que soit l'avenir de la médiation, le premier problème qui est à résoudre est celui de la culture. Or, il n'y a pas de développement de la culture de l'arrangement ou de la médiation en France. Il y a d'abord une culture du contentieux qui existe aussi bien chez les avocats que chez leurs clients. Ces derniers veulent un avocat combattant et non conciliant.

Ils ont la volonté d'en découdre et il est extrêmement difficile, parfois, de proposer au client une mesure de médiation car il a l'impression que l'avocat trahit ses intérêts. Mais, le Bâtonnier de Paris, Pierre-Olivier Sur, a bien décrit l'évolution majeure qui va intervenir dans les années qui viennent : "dans notre système, depuis le Code Napoléon, se succèdent le temps du contrat, puis le temps de la crise et le temps du juge (il y a donc trois temps) ; tandis que dans le futur il y aura en plus, intercalé entre la crise et le juge, le temps de la recherche d'une médiation avec l'aide des avocats. Dans cette nouvelle étape, l'avocat s'imposera naturellement".

Pour cela, quelques exigences s'imposent.

Mieux définir et sortir de la confusion. Il y a une confusion extrême entre conciliation, médiation et autres modes alternatifs, confusion à tous les niveaux (Directive européenne, législations diverses, propositions).

On a vu une juge dans le débat national sur les juridictions du XXIème siècle indiquer à la tribune qu'elle fait constamment, pendant l'audience publique, de la médiation... tout en jugeant.

Il est déjà important de clarifier toutes ces notions et leurs définitions. Ainsi, on a des médiateurs "maison", des médiateurs institutionnels, des médiateurs inter-entreprises qui sont en fait des agents de l'Etat et qui s'occupent des questions liées à la sous-traitance et s'occuperont, dorénavant, également de la question d'innovation avec trente médiateurs en région, des médiateurs de rue... Nous avons également la médiation pénale.

Comme le plaide depuis de nombreuses années, Madame la Professeure Michèle Guillaume Hofnung, il faut qu'il y

ait une définition claire et nette de la médiation, de préférence européenne. Cela permettra d'offrir un outil efficace tant que le plan européen que sur le plan des législations nationales. Il faut des distinctions sémantiques avec la conciliation et l'arbitrage.

Mieux former les avocats. Il faut que les avocats mettent en place une politique nationale de formation en matière de médiation et notamment en matière de formation continue. Tout le monde est favorable à cette formation et particulièrement concernant l'assistance à la médiation. Il faut donc définir des modules qui pourront être proposés aux avocats avec une collaboration forte des ordres. L'expérience de l'école parisienne de la médiation pourrait être étendue au niveau national avec des déclinaisons régionales. Des modules doivent pouvoir être établis et doivent circuler dans les écoles d'avocats, dans les conférences régionales, dans les cours d'appel et -parfois même— dans les Ordres.

Concernant le diplôme des médiateurs familiaux, le rapport du Sénat propose de renforcer la formation juridique. Il faut répondre en indiquant qu'actuellement ce diplôme ne permet pas aux avocats, pour beaucoup, d'accéder à cette qualification. Si on rééquilibre l'enseignement en développant de façon forte la formation juridique, alors les avocats pourront trouver leur place dans ce diplôme d'Etat de médiateur familial.

Il semble également utile, dans le cadre de cette formation mais de façon générale pour le développement de la médiation, de conclure des protocoles entre les tribunaux de grande instance et les Ordres, voire avec une extension aux associations de médiation et, naturellement, les associations créées par les médiateurs, issues de la profession d'avocat. Cette proposition est formulée tant dans le rapport du Sénat, que dans celui de Monsieur le Conseiller Delmas-Goyon. Il faut insister sur la nécessaire présence des Ordres pour signer ces conventions aux fins de permettre le développement de la médiation.

Il faudra réfléchir au contenu du protocole et parvenir à des protocoles quasi-identiques pour tous les tribunaux de grande instance aux fins qu'il n'y ait pas de différence de traitement.

Etre lucides quant à l'accès à la justice et l'avenir du contentieux. Il faut trouver des solutions pour permettre et garantir l'accès au droit et à la justice.

La médiation en est une et l'avocat peut être un prescripteur car les délais judiciaires sont, aujourd'hui, insupportables. L'idée est d'avoir une médiation pré-juridictionnelle développée par les avocats. Dès que la requête serait déposée et que l'avocat du défendeur se serait manifesté, le processus de médiation pourrait être mis en place et confié à un médiateur issu de la profession d'avocat. Il serait aussi possible de recourir à la procédure participative.

Il faut enfin des médiations extrêmement courtes (une heure à une heure et demi), une à deux séances maximum pour essayer de trouver un accord global ou un accord partiel, la médiation ne se poursuivant que si des points de désaccord ont été réglés.

Cet accord peut être rédigé par un acte d'avocat et il faut que l'acte d'avocat de procédure soit créé et inséré dans notre Code de procédure civile comme le prévoit le Président du tribunal de grande instance de Pontoise.

Il faut en faciliter l'homologation par le juge.

La médiation pourrait se développer dans d'autres domaines : copropriété, troubles du voisinages, les dommages corporels, la responsabilité professionnelle.

Les avocats devraient donner l'exemple et lorsque la responsabilité d'un avocat est engagée, il devrait y avoir un processus de médiation mis en place pour trouver une solution avec le client qui s'estime lésé. Souvent la rencontre avec son avocat sera décisive. Cela se fera sous l'égide d'un médiateur issu de la profession d'avocat et il faudrait impérativement y associer, dans un second stade, éventuellement, la compagnie d'assurance s'il y a lieu de trouver une indemnisation en considérant une faute qui aurait été commise.

Lutter contre les dérives. Il faut constamment rappeler que la médiation n'est pas un mode de gestion des flux de dossiers. Il ne s'agit pas de vider les placards où sont stockés les dossiers en justice pour remplir des placards où seraient stockés les prochaines médiations ou des médiations en cours.

La médiation doit résister à la critique qui commence à naître et qui consiste à indiquer qu'elle n'a pour unique objectif que de permettre à l'Etat de faire des économies sur l'aide juridictionnelle, sur le nombre de magistrats, de greffiers...

La dérive consiste, également, en la professionnalisation des médiateurs. On connaît déjà cette tendance avec les experts. Les experts ne sont plus compétents qu'en matière de pathologie puisqu'ils n'exercent plus leur métier mais

se consacrent à l'expertise. Cela a entraîné un renchérissement inacceptable des frais d'expertise qui bloque les classes moyennes. En effet, si les plus démunis bénéficient de l'aide juridictionnelle, si les riches peuvent toujours s'offrir cette expertise, les classes moyennes sont démunies et, dans certaines matières, ne peuvent plus recourir à la justice du fait de l'intervention quasi obligatoire de l'expert et du renchérissement du coût de la procédure. Cela entraîne, également, des délais totalement insurmontables que les gens n'acceptent plus cette attente inhumaine de la justice.

La deuxième dérive concerne la médiation obligatoire que certaines veulent -de surcroît— gratuite. La médiation gratuite est une dévalorisation de la médiation. La médiation obligatoire entraînerait des moyens budgétaires qui ne sont pas prévus et que l'Etat n'a pas l'intention de mettre dans la médiation ou dans la justice.

De plus, la fonction de médiateur est, aujourd'hui, mal structurée et la formation est aléatoire. Certains médiateurs s'autoproclament en privilégiant l'aspect alimentaire ou commercial de la médiation.

La médiation obligatoire signifierait l'automatisme du recours à la médiation. Or, certains dossiers ne sont pas adaptés à ce recours. Il ne doit y avoir aucune automatisme en matière de médiations. D'ailleurs, toutes les expériences qui ont réussi au niveau judiciaire, supposaient, de la part des magistrats, un travail préalable de tri des dossiers aux fins d'examiner ceux qui pouvaient être renvoyés en médiation et ceux qui devaient être réglés par une décision de justice.

Néanmoins, pour certains, il existe une vraie tentation de médiation obligatoire. Le mécanisme a été excellemment décrit par Monsieur le Conseiller Fabrice Vert (Gazette du Palais, édition professionnelle, 17-18 janvier 2014).

Certains éléments défavorables subsistent :

- la culture de chicane d'un peuple sensible à la justice et au contentieux,
- la confusion entretenue entre les notions de conciliation, médiation, arbitrage, négociation, transaction et l'utilisation anarchique du terme de médiateur,
- une insuffisance de la formation à la médiation des professionnels du droit et une opposition du barreau,
- une insuffisante formation des médiateurs, l'absence de protection du titre et de la qualification,
- le souci de privilégier une demande volontaire.

La Fédération nationale des Centres de médiation a pris une délibération claire appelant à une "médiation volontaire et de libre accès" (Colloque national de Limoges le 14 octobre 2013).

Mettre en place une politique nationale. Cette politique nationale doit passer par le développement d'outils et par l'affirmation de positions claires concernant la médiation.

Les outils sont multiples. Il faut commencer par mettre en place un observatoire de la médiation. On ne peut en aucun cas espérer développer la médiation si on n'a aucun outil statistique pour en connaître le développement et favoriser cette croissance.

Le ministère de la Justice a quelques statistiques concernant la médiation judiciaire. On ignore tout des médiations conventionnelles. La profession d'avocat doit investir dans cette observation de la médiation et notamment par l'intermédiaire du Conseil national des barreaux.

Il faut, par ailleurs, que la profession crée des plateformes de règlement des litiges en ligne. C'est impératif et c'est urgent. D'autres professions sont en train de les mettre en place. Beaucoup de commerçants du secteur privé imaginent la mise en place de ces plateformes de médiation en ligne. Il faut un outil institutionnel et contrôlé avec une déontologie forte, celle du Code de déontologie des médiateurs adopté par de nombreuses associations.

Il faut, également, que la profession d'avocat mette en ligne des clauses-types de médiation qui pourront être insérées dans les contrats. Il faut une forte politique incitative concernant ces clauses et une formation des avocats dès les premières années d'expérience et la formation initiale.

Le RIN devrait être modifié par le Conseil national des barreaux aux fins d'introduire une clause concernant l'obligation d'information donnée par l'avocat à ses clients concernant les modes alternatifs de règlement des différends et ce sous peine d'une sanction déontologique. Cela doit devenir une obligation. A défaut, nous risquons de nous voir appliquer le système italien de nullité de la convention conclue entre l'avocat et son client. Il faut donc anticiper

et régler cette question en interne par une modification du RIN.

Enfin, il faut utiliser et développer l'acte d'avocat et même l'acte de procédure d'avocat pour permettre la désignation -dans le cadre d'une mise en état organisée par les avocats— de médiateur. Il ne faut plus attendre d'aller devant le Juge pour avoir la désignation d'un médiateur. Les avocats doivent devenir des prescripteurs et par cet acte d'avocat de procédure puissent désigner un médiateur à tout moment.

L'Etat doit se positionner pour modifier le système de l'aide juridictionnelle. Le recours à la médiation, le succès de médiation doit beaucoup aux avocats qui y ont participé. Il faut donc le reconnaître. Il faut, comme le fait le Parlement européen dans de nombreux documents, considérer que le recours à la médiation est une économie et que, dès lors, cette économie doit être partagée. Les avocats doivent recevoir une juste rétribution de leurs efforts dans le cadre de l'aide juridictionnelle.

La profession devra également prendre des positions claires et notamment sur la question de la médiation obligatoire en faisant connaître son opposition. A défaut, et à terme, cette médiation s'imposera puis, comme cela a été le cas dans le cadre du débat national "Juridictions du XXIème siècle", on passera progressivement du discours concernant l'information obligatoire à celui de la médiation obligatoire puis enfin, comme l'a dit une interlocutrice, à la "transaction obligatoire" ! La dernière étape est donc d'imposer des solutions amiables et d'imposer une transaction aux justiciables. L'accès à la justice sera dès lors bloqué.

Enfin, il faut réfléchir, avec le Gouvernement et le ministère de la Justice, à la mise en place de mesures incitatives. A l'exemple de certains autres pays de l'Union Européenne, cela pourrait être des crédits d'impôts, des baisses de TVA, des remboursements de frais de justice voire même, dans des cas extrêmes, des sanctions financières. En Belgique, la TCA sur l'aide juridictionnelle est au taux de 0 %. Pourquoi ne pas songer à une TVA à un taux nul ou réduit pour les prestations en matière de MARC ? Monsieur André Vallini, alors Sénateur PS de l'Isère, dans un article dénommé Médiation judiciaire : la justice de demain, appelle, d'une part, à la création d'un Conseil national de modes alternatifs de règlement des litiges mais, d'autre part, à l'insertion dans le Code de procédure civile, d'une amende civile en cas de refus déraisonnable de participer à la résolution amiable du litige, voire en cas de participation de mauvaise foi. Toutefois, il écarte la médiation obligatoire.

D'autres proposent que la sanction financière porte sur les dépens en cas de refus injustifié de la médiation ou enfin que le juge refuse l'application de l'article 700 du Code de procédure civile (N° Lexbase : L1253IZG) et la condamnation à des frais irrépétibles.

Il est fondamental de développer cette politique d'incitation et ces outils. Il s'agit d'une politique nationale dépendante du Gouvernement, des différentes professions et pour ce qui nous concerne, de la profession d'avocat.

Le chemin est donc difficile. Mais, rappelons que, pour atteindre des sommets, les chemins sont étroits.

Face à ces difficultés, il convient de se souvenir des mots de Jean Monnet : "*Je ne suis pas optimiste, je suis déterminé*".