

ASSISES CEJGE CEPAA

mardi 4 octobre 2016

**La place de
l'expert
dans les
modes
alternatifs
de règlement
de différends**



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

RAPPEL DU PROGRAMME ET SOMMAIRE

Introduction des Assises 2016 de la CEJGE (Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE ; Gérard VINCENT, Président de la CEPAA ;

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle immobilier) **p .4**

Le point de vue et approche de l'universitaire (Laurence CATIN, Juriste et formatrice en droit immobilier au CNAM)- **p.9**

- Objectifs et attentes de la formation : quels sont les différents modes alternatifs de résolution des conflits ? Comment l'expert peut-il se positionner dans ces démarches ?
- Résumé du contenu de la formation.
- Les interrogations et préoccupations récurrentes (rémunération des médiateurs, contenus et force des accords, techniques de médiation dans l'expertise...).

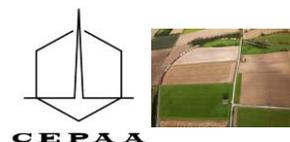
L'avenir des MARD : réflexion et position de l'IEAM (Emmanuelle DUPARC, Expert-comptable Commissaire aux comptes, Expert près de la Cour d'Appel de Paris, Médiateur IEAM) **p.16**

- Projet de Loi intitulé « La justice du XXI^e siècle » : de la conflictualité à l'apaisement, un changement de culture.
- L'institut IEAM en ordre de marche.
- Médiation et expertise : contrastes et similitudes.
- L'expert : un médiateur qui s'ignore ?

Le point de vue de l'avocat (Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris) **p.29**

La position du Conseiller du Président du Tribunal de Commerce de Paris (Jean Pierre LUCQUIN) **p.37**

Débat avec la salle **p.42**



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

La place de l'expert (Patrick GURY, Expert foncier et agricole, Expert près de la Cour d'Appel de Besançon) **p.51**

- Quel rôle pour l'expert dans ces modes alternatifs de règlement de différends ?
- L'expert peut-il être médiateur ?

Le point de vue du magistrat (Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris) **p.63**

- Comment organiser dans ce processus de médiation une mesure d'expertise ?
- Quels avantages ou inconvénients peut présenter une mesure d'expertise au cours du processus de médiation ?
- Le médiateur doit-il être un expert dans la matière du litige ou doit-il être seulement un expert du processus de communication éthique qui singularise le processus de médiation ?

La place des MARD dans l'Europe et l'expertise de demain (Patrick de FONTBRESSIN, Avocat au Barreau de Paris, Conseil du CNECS) **p.71**

- La médiation est au cœur d'une démarche d'intégration et de prise de conscience de la citoyenneté européenne.
À cet égard, la directive n° 213 /11 /UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013, par sa définition extensive du « consommateur » et celle du « contrat de service », ne peut être ignorée des experts tant à l'occasion de leurs missions d'experts de parties qu'au regard de l'immense potentiel qui s'offre à eux en qualité de médiateurs.

Débat avec la salle **p.75**



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

INTRODUCTION DES ASSISES



Michel Patrick LAGOUTTE – Président de la CEJGE

Mesdames, Messieurs, bienvenue à ces septièmes Assises organisées exceptionnellement, cette année, par deux compagnies, la Compagnie des Experts-Géomètres et la Compagnie des Experts Agricoles.

Vous voir participer à ces Assises – et y participer nous-mêmes – est toujours un réel plaisir, et à cet égard, je remercie toutes les personnes présentes.

Je remercie chaleureusement le Président Gérard VINCENT pour avoir, il y a un an, relevé le défi avec moi, défi qui consistait à travailler et à tenter de réfléchir ensemble sur un point transversal à nos activités d'experts, car nos deux activités – agricole et géomètre – sont proches. Dans la mesure où il existe davantage d'espace rural que d'espace urbain, l'aménagement du territoire a voulu que nous nous rencontrions souvent en matière d'expertise, les uns estimant les dégâts de culture, les autres essayant d'aménager le territoire. Au regard de ces points communs, lors des expertises ou lors de moments privilégiés de l'aménagement du territoire agricole, nous nous retrouvons donc souvent dans les champs.

Pourquoi ces Assises ? Celles-ci sont toujours structurées de la même façon.

Pendant un an – en collaboration avec le Conservatoire National des Arts et Métiers des Pays de Loire, et avec sa représentante, Stéphanie LAPORTE LECOMTE –, nous avons étudié, par cycles de deux jours, les modes alternatifs de règlement des différends. Les Assises sont donc l'aboutissement d'une année de réflexion, dont les conclusions nous seront présentées par les participants. De plus, dans la mesure où nous avons élargi les interventions, nous entendrons également d'autres personnes.

Les MARD – les modes alternatifs des règlements des différends – ne constituent pas un dispositif nouveau.

- 1995 : le législateur institue pour la première fois les modes alternatifs, puis, en 1996, il les inscrit, par décret, au chapitre intitulé « La conciliation et la médiation judiciaire » du Code de procédure civile. Ces deux dates sont donc le début de cette procédure des modes alternatifs.
- 2010 : la procédure participative apparaît dans le Code civil. Cette procédure est importante pour les experts, car, dans sa première étape, elle constitue une forme de procédure judiciaire sans juge.
- L'ordonnance du 17 novembre 2011 : elle transpose la directive européenne de 2008 et vient compléter et modifier la loi de 1995.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

- 2012 : un décret concrétise le tout en créant, dans le Code de procédure civile, un livre consacré aux modes de la résolution amiable – et non alternative – des différends ; ce livre se rapporte à la conciliation et à la médiation.
- 11 mars 2015 : un décret impose des changements, en interdisant notamment aux parties de refuser d'emblée un préalable à la conciliation.

S'agissant des dates principales, les universitaires, les avocats et experts les compléteront vraisemblablement lors de leurs interventions.

Nous allons entrer au cœur du sujet : « La médiation, la conciliation, tout faire pour trouver un accord, mais à quel prix ? »

Je vais poser aux intervenants deux questions, auxquelles ils répondront, je l'espère, au cours de leur prise de parole.

Trouver un accord

Les experts de justice inscrits sur les listes des Cours d'appel peuvent-ils être de bons médiateurs ou conciliateurs ?

Pour accompagner cette vague de conciliation amiable, ne faudrait-il pas, dans le cadre de leur expertise de justice, redonner la capacité aux experts de justice de concilier ce qui nous avait été accordé auparavant et qui nous a été supprimé ? En effet, parfois, après avoir établi le rapport d'expertise, nous avons mis les gens d'accord. Il est donc ennuyeux d'aller encombrer les tribunaux d'interventions qui auraient pu se résoudre par un simple accord dans le cadre de l'expertise.

Mais à quel prix ?

La rémunération des experts n'est pas l'objet de ces Assises.

Je vais vous citer deux exemples concernant le métier de Géomètre-Expert, métier que je connais bien, puisqu'en tant que géomètre-expert et expert foncier, j'exerce cette profession depuis de nombreuses années.

Je me suis donc simplement posé la question d'une médiation bien faite d'un rapport de voisinage. Ainsi, dans mon métier, j'ai souvent vu les gens d'accord, excepté le jour où ils doivent déterminer leurs limites et où les problèmes de voisinage surviennent alors.

Ces deux personnes en total désaccord sur la position de la haie, de la clôture, etc., font donc appel à un médiateur, ce qui est, à mon avis, un point fort, et grâce à son écoute, le médiateur parvient à trouver



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

un arrangement sur la limite. Cela signifie que les personnes décident, avec le médiateur, de fixer la limite à un endroit qui leur convient à toutes les deux.

Je m'interroge toutefois sur la validité de cette définition de la limite. En effet, la propriété, définie par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, est un droit inviolable. Par conséquent, cet accord entre les parties est-il valable ou doit-il d'être formalisé ? En effet, l'accord peut être différent de la limite réelle, tel qu'elle est définie par un expert puisque, en droit français, cette différence implique la nécessité de régulariser les modifications par une division adaptée ou par un acte notarié.

Je dis *À quel prix* parce que, par exemple, si l'un des protagonistes (ou le successeur) se met à construire en limite de la fameuse limite vis-à-vis de laquelle le médiateur aurait trouvé un accord, un empiètement risque de se produire. Or, en matière de droit, sur le sujet de l'empiètement, nous connaissons la dureté de la position des Cours de cassation et de l'article 545 du Code civil, lequel refuse l'empiètement (il nous est interdit de construire chez notre voisin).

Ainsi, les interrogations sont les suivantes :

Comment rendre l'acte de médiation « opposable » et cet acte est-il contraire au droit ? En effet, la limite de la propriété étant parfaitement définissable (elle est issue d'un auteur commun), n'existe-t-il pas un risque, tant pour les parties que pour le médiateur, dont la compétence est peut-être insuffisante pour connaître le mode à appliquer pour régulariser l'accord qu'il avait obtenu ?

Par conséquent, pour faire de la médiation sur des sujets techniques parfois « pointus », ne faudrait-il pas que le médiateur soit également un technicien et un expert ?

Tel est l'objet de ma conclusion. Je vous remercie de votre attention.

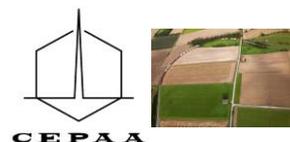


Gérard VINCENT – Président de la CEPA, Ingénieur en agronomie, agro développement international, Expert près la Cour d'appel de Paris

Je remercie Monsieur Michel Patrick LAGOUTTE d'avoir dressé la scène de ces Assises.

Sans entrer dans le débat de la médiation au niveau du domaine agricole, je dirai quelques mots sur la Compagnie des Experts Agricoles.

Nous sommes une Compagnie nationale constituée d'experts de justice dans les domaines de l'agriculture, l'agroalimentaire, l'horticulture, la sylviculture et la pisciculture. Nous nous intéressons également à quelques compartiments de l'environnement. En effet, ce dernier secteur étant extrêmement transversal, les impacts environnementaux sur l'agriculture sont croissants.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Je dirais également que la ruralité, en tant que fondement de notre société et dénominateur de nos deux Compagnies, constitue le fondement de ce partenariat avec la Compagnie des Experts-Géomètres.

Concernant l'organisation des Assises, cette journée sera placée sous le patronage de Stéphanie LAPORTE LECOMTE, laquelle sera également modératrice, animatrice et coordinatrice – elle détaillera ses fonctions lors de sa présentation du programme et des intervenants. Cette journée sera rythmée par un certain nombre de jalons et de repères, dont les principaux sont les suivants :

- 9 h 30 : ouverture des Assises.
- 9 h 30 – 11 h 45 : trois interventions.
- 11 h 45 – 12 h 15 : échanges avec la salle (les intervenants seront à votre écoute, n'hésitez donc pas à poser des questions que nous espérons nombreuses).
- 12 h 30 – 13 h 45 : déjeuner *Chez Clément*, porte Maillot.
- 14 h – 16 h 15 : reprise des Assises.
- 16 h 15 : échanges avec la salle.

Par ailleurs, les débats seront enregistrés et vous seront restitués lors de la publication des actes (des micros seront mis à votre disposition lors des échanges avec les intervenants).

Enfin, Michel Patrick LAGOUTTE, Stéphanie LAPORTE LECOMTE et moi-même devons veiller au respect des temps de parole.

Bonne journée à toutes et à tous.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE – Directrice du pôle immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Je remercie infiniment Michel Patrick et Gérard pour ces présentations. Je vais effectivement avoir la lourde tâche d'animer cette journée et de susciter des questions. Je suis ravie de faire partie de cette belle journée dont le sujet est passionnant. Nous sommes en effet au cœur de l'actualité, car le projet de loi nous propose une nouvelle justice pour le XXI^e siècle. Le sujet de la médiation existe depuis quelques années et nous sommes heureux d'accompagner la Compagnie des Experts et la CEPAA sur cette nouvelle ouverture des experts sur le monde extraordinaire des MARD ou des MARL, la manière dont sont nommés ces modes alternatifs de règlements des litiges importe peu.



Je vais appeler les trois premiers intervenants de la matinée – dont les présentations porteront sur le cadre dans lequel nous nous inscrivons – ainsi que les points de vue qui se succéderont tout au long de cette journée.

Je commence donc par Laurence CATIN, juriste au sein de l'ICH, laquelle a animé, cette année, des formations en compagnie d'Annie JOLY. Toutes deux ont formé un duo particulier. En effet, la médiation comporte à la fois un aspect juridique – dont nous parlerons – et un aspect psychologique relativement fort comprenant des techniques de communication et de gestion de



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

conflits. Les personnes ayant déjà participé à ces formations ont donc eu un aperçu de ces différents aspects.

Ensuite, Emmanuelle DUPARC, expert-comptable, nous présentera son activité au sein de l'IEAM, l'Institut de l'Expertise de l'Arbitrage et de la Médiation.

Puis, nous terminerons par le rôle de l'avocat, lequel n'est jamais loin lorsque les procédures alternatives sont évoquées, même si nous avons l'impression qu'il constitue un frein aux procédures de ce type. Maître Christophe AYELA nous présentera donc le point de vue de l'avocat, en apportant un éclairage particulier sur la procédure participative dans laquelle les avocats ont été fortement impliqués ces dernières années.

Nous avons donc une belle matinée en perspective, où chacun présentera sa vision des modes alternatifs.

Nous commençons par Laurence CATIN, qui va nous dresser le cadre dans lequel nous allons inscrire cette journée.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

POINT DE VUE ET APPROCHE DE L'UNIVERSITAIRE



Laurence CATIN – Juriste et formatrice en droit immobilier au CNAM Pays de la Loire, Professeur à l'ICH, médiatrice

Bonjour à tous. En préambule, j'aimerais remercier Messieurs LAGOUTTE et VINCENT de leur confiance vis-à-vis de la dispense de ces formations, lesquelles se sont déroulées sur deux jours.

La première journée était consacrée à l'aspect juridique, à savoir, aux modes alternatifs de règlement du différend.

La seconde journée portait sur le positionnement et la pratique de la médiation, formation dispensée par Annie JOLY.

Outre la Compagnie, je remercie également les participants pour la richesse de leurs échanges, l'intérêt qu'ils ont porté à ces formations et leur convivialité. Ces journées furent de bons moments pour nous.

Durant la première journée de formation, plusieurs sujets d'ordre juridique ont donc été abordés (décrets, lois, Code de procédure civile, etc.), dont les questions évoquées précédemment par Monsieur LAGOUTTE. Je vais donc reprendre rapidement ces sujets et vous les présenter.

Qu'est-ce qu'un MARD ?

Lorsque sont évoqués la médiation, la conciliation et les modes alternatifs de règlement des différends, il est habituellement question du Canada, des États-Unis ou du Royaume-Uni, mais non de l'Asie. Il me semblait donc intéressant de connaître leur point de vue sur ces sujets, ce au travers des deux citations suivantes, issues de cours de droit comparé :

Japon : « Ne jamais avoir recours au droit et ne jamais être poursuivi en droit, telle est la manière normale de se comporter en honnête homme. »

Chine : « Le recours au droit est symptôme d'un échec indigne d'un homme civilisé ».

Ces cultures sont différentes, mais ces citations témoignent du fait que la médiation et la conciliation ne sont pas uniquement utilisées aux États-Unis ou au Canada, mais également au Japon, où les derniers chiffres de 2012 révélaient que trois à quatre affaires sur dix étaient traitées en conciliation. Par comparaison, en France, moins de 1 % des affaires sont concernées par la conciliation et médiation judiciaire. Nous sommes donc fort éloignés de ces pratiques.

Question de sémantique : Modes de règlement amiable... *Conflicts ? Litiges ? Différends ?*

Conflit : « Violente opposition de sentiments, d'opinions, d'intérêts »

Nous avons l'habitude de parler de *modes alternatifs de règlement des différends*, mais ce terme peut être écrit de diverses manières. Ainsi, l'appellation *MARC*, souvent utilisée, et le terme *conflicts*



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

constituent l'une des premières sémantiques apparues au début des années 2000, à savoir, un *mode alternatif de règlement des conflits*.

Cependant, le mot le *conflit* est problématique en raison de son caractère réducteur, dans la mesure où il se définit par une très forte opposition de sentiment, d'opinion, d'intérêt, etc. La notion de *conflit* comporte donc une certaine violence, alors qu'une action en médiation n'attend pas forcément le conflit.

Litige : « Lorsqu'une personne ne peut obtenir résolution amiablement »

De même, la conception du *règlement amiable des litiges* – ce mot *litige* est parfois employé dans certains ouvrages ou articles – est une conception que nous mettons quelque peu à l'écart. En effet, le *litige* est évoqué lors d'un désaccord sur l'application d'une règle de droit. Ce terme est donc également réducteur, car il est possible d'envisager des médiations ou des conciliations sur des désaccords autres que ceux portant sur une règle de droit, puisqu'il peut s'agir de conflits individuels, de conflits familiaux, etc.

Différend : « Désaccord résultant d'une différence d'opinion, d'intérêt, etc. »

Par conséquent, nous parlons davantage de *modes alternatifs des règlements des différends*, le terme *différends* étant plus large dans sa définition, à savoir, un *désaccord résultant d'une différence d'opinions*. C'est ainsi que nous l'avons présenté lors des formations.

Question de nombre : Les MARD sont-ils listés ?

Existe-t-il, en France, une liste officielle ou une doctrine particulière de ces fameux MARD ?

Durant les formations, nous avons décidé de traiter des cinq démarches ci-dessous.

Considérant que le MARD est une démarche choisie par les parties, sa mission première sera la recherche d'un accord en dehors de la justice publique (il importe peu que son initiateur, son issue ou que cette procédure soit encadrée par la loi). Cette définition permet de parler *d'arbitrage*.

Première démarche : l'arbitrage

Dans certains ouvrages, l'arbitrage n'est pas considéré comme un MARD, car il s'agit de justice privée. En effet, faire appel à un arbitre équivaut à faire appel à un tiers pour trancher un litige (juge privé ou expert). En matière d'arbitrage, nous sommes donc bien dans une justice « de procès », même s'il ne s'agit pas d'un procès public de justice d'État. C'est la raison pour laquelle nous sortons parfois *l'arbitrage* des modes alternatifs de règlements des différends. Le Code de procédure civile comprend d'ailleurs un livre particulier sur les modes alternatifs de règlements des différends, alors que l'arbitrage est évoqué dans le livre IV. Chacune de ces démarches n'est donc pas forcément la même, mais nous pouvons considérer qu'il s'agit d'un MARD au regard du postulat présenté préalablement.

Deuxième démarche : la conciliation

Dans notre droit, la conciliation existe depuis 1978, avec la création, par décret, des conciliateurs de justice. Pour rappel, la mission première des juges est de trancher le litige et de concilier les parties.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

En 1978 donc, est apparu le fait que cette mission pouvait être déléguée à un tiers, à savoir, à un conciliateur de justice bénévole. Le conciliateur de justice tentera donc de proposer une solution aux parties afin d'éteindre le litige, sans aller plus loin dans la démarche judiciaire.

De plus, le conciliateur de justice – ou le juge, lorsqu'il exerce sa mission de conciliateur – ne tranche pas en droit, mais en équité. En effet, la différence fondamentale entre la justice d'État (la justice publique) et les modes alternatifs de règlements des différends est que les médiateurs, les conciliateurs, etc., ont recours à l'équité sans être soumis au respect d'une règle de droit.

Troisième démarche : la médiation

Il s'agit d'une démarche choisie par les parties ou par le juge, avec la présence d'un tiers qui aidera à trouver une solution. La différence avec le conciliateur réside dans le fait que, dans la médiation, le médiateur assistera, orientera, encadrera les parties et les mettra en communication. Contrairement au conciliateur qui leur proposera une solution, le médiateur créera un climat favorable en recréant le dialogue, afin que les parties trouvent elles-mêmes leur accord. Le médiateur et le conciliateur ont donc deux positionnements différents.

Comme l'a rappelé Monsieur LAGOUTTE, la médiation existe dans notre paysage juridique depuis 1995. Cette loi a donc institué la médiation judiciaire et il a fallu attendre les années 2011/2012 pour créer, dans le Code de procédure civile, des textes sur la médiation conventionnelle. En effet, la médiation « judiciaire » est initiée par un juge, mais elle peut également être « conventionnelle » en cas de litige avec un voisin, un copropriétaire, un garagiste, etc.

Depuis le mois d'août 2015, une ordonnance a créé « la médiation de la consommation » et a ainsi institué, pour le consommateur, un droit gratuit à la médiation. Il s'agit d'une nouvelle démarche particulière, extrêmement encadrée, qui s'inscrit dans le droit de la consommation et qui suscite quelques questionnements. Nous reviendrons sur ce point ultérieurement.

Quatrième démarche : la procédure participative

Je ne m'étendrai pas sur ce point, car Maître AYELA en parlera mieux que je ne le ferais. La particularité de la procédure participative est l'absence de tiers. Les parties seront donc assistées par leur avocat et chercheront un accord entre elles.

Cinquième démarche : le droit collaboratif

Maître AYELA vous en parlera peut-être, mais cette procédure – issue des États-Unis – est encore peu pratiquée. Elle est assimilable à la procédure participative par rapport au fait qu'elle met en présence deux parties et leurs avocats, lesquels tenteront de travailler à la recherche d'une solution. Mais, à la différence de la procédure participative, cette procédure beaucoup plus poussée nécessitera un réel travail d'équipe dans la mesure où les parties s'engageront à rechercher un accord. La seconde différence avec la procédure participative porte sur l'engagement des avocats à ne pas représenter leurs clients par la suite, mais à tout mettre en œuvre pour tenter de trouver un accord avec l'adversaire. Par ailleurs, le droit collaboratif n'est pas une démarche encadrée juridiquement en France, car aucun texte ne l'aborde : il s'agit d'une pratique déployée par les avocats.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Ces cinq démarches ont donc été abordées au cours des formations, mais nous nous sommes interrogés sur la possibilité d'autres démarches, notamment, l'expertise, l'action collective ou la transaction.

L'expertise

Au regard de la définition précédemment énoncée, l'expertise a été évincée au titre de MARD. En effet, la mission première de l'expertise n'est pas la recherche de l'accord entre les parties, et bien qu'elle constitue un moment privilégié permettant d'assister à la matérialisation d'accords, elle ne peut être considérée comme un MARD en tant que tel.

L'action collective

Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'un mode alternatif de règlements des différends, ce qui n'est pas notre cas. En effet, l'action collective est une action judiciaire permettant à des consommateurs de faire appel à une association agréée de défense des consommateurs qui les représentera en justice, afin d'obtenir réparation d'un préjudice subi. L'action collective peut donc apparaître dans cette liste, car les associations agréées dans ce cadre-là ont le pouvoir d'entrer en médiation avec les adversaires afin de défendre les intérêts des consommateurs. Cependant, l'action collective étant, par définition, une action judiciaire, elle ne peut être considérée comme mode alternatif de règlements des différends.



La transaction

La particularité de la transaction est son caractère extrêmement commun (transaction de vente, de négociation, etc.). Pour les juristes, la transaction est un contrat établi par les parties mettant fin à un litige né ou à naître. Les notions de *litige potentiel et probable* et de *compromis* sont ainsi nécessaires. Une transaction est donc un contrat figurant aux articles 2044 et suivants du Code civil. Il ne s'agit donc pas d'une démarche, mais d'un aboutissement. Lors d'une médiation ou d'une conciliation, à l'issue des discussions, des débats et des négociations, les parties peuvent être amenées à signer une transaction.

La transaction est donc un aboutissement, un contrat, et non une démarche. En tant que juristes universitaires, nous ne pouvons donc pas considérer la transaction comme un mode alternatif de règlements des différends, bien qu'elle y soit fortement liée.

Outre les cinq démarches précitées, sous l'influence internationale ou par la pratique, d'autres démarches se déploient actuellement, notamment, la MED-ARB (Médiation Arbitrage) : les parties s'engagent dans une médiation, à l'issue de laquelle, si aucune solution n'est trouvée, la démarche s'orientera vers un arbitrage.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Ces petites innovations pratiquées pourraient donc intégrer cette liste.

Problématiques soulevées

Au cours de la formation, de nombreuses questions ont été abordées, notamment le contenu de l'accord, sa validité et son efficacité au regard des tiers et parties.

Le résultat de l'accord et ses conséquences ?

L'accord trouvé par les parties peut-il déroger à des dispositions d'ordre public ? Le simple fait d'être d'accord permet-il d'être d'accord sur tout et cela légitime-t-il tout accord (exemples : contrebande, culture de stupéfiants, etc.) ?

La première réponse apportée est évidemment négative. En effet, à partir du moment où une règle d'ordre public protège l'intérêt général, les parties ne peuvent pas y déroger, même si elles prennent un accord. Dans ce cas, le contrat pourrait être considéré comme nul, en raison du fait que les parties ont dérogé à une règle d'ordre public d'intérêt général (exemple : accord de vente d'une voiture sans contrôle technique).



Cependant, il existe une exception par rapport à un ordre public qui protège un intérêt privé (exemple : la loi de 1989 qui protège les intérêts du locataire est une loi d'ordre public d'un intérêt privé). Les parties peuvent alors déroger à cette loi dans certains cas, mais le consentement du locataire qui déroge à l'un de ses droits doit être clair et express. Cependant, les parties ne pourront pas déroger à une loi d'ordre public protégeant l'intérêt général (vis-à-vis de sujets concernant le pénal, notamment).

Dans ce cadre-là, la position du médiateur est assez difficile. En effet, il est complexe de savoir si l'accord pris par les parties est un ordre public de protection ou non, car la loi ne le stipule pas forcément, et les juristes eux-mêmes ne le savent pas toujours.

Il convient également de rappeler que le médiateur n'est pas garant de la validité de l'acte, et, en cas de doute, il doit plutôt conseiller aux parties de se rapprocher d'un expert ou d'un avocat.

Le second point est le suivant : un simple accord entre les parties est-il valide et efficace ? (exemples : décision des parties de modifier une limite séparative, d'instituer une servitude, de vendre une maison, une partie de terrain, etc.).

Dans un premier temps, il est possible de répondre par l'affirmative, à savoir : un simple accord est efficace entre les parties.

En France, lorsque les parties signent un accord, il s'agit d'un contrat, lequel répond au principe de « l'effet relatif ». Un contrat relatif s'imposera uniquement aux parties et aura valeur de loi entre les parties qui l'auront signé. Par exemple, si les parties décident de changer la limite séparative, cela aura un effet à leur égard.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

En revanche, qu'en est-il des tiers en cas de changement de limite séparative ou d'institution d'une servitude, et cet accord-là peut-il leur être imposé ?

En raison de l'effet relatif, la réponse est en principe négative et le contrat n'est donc pas imposable aux tiers. Mais, pour que cela soit le cas, un certain nombre de démarches doit être effectué. En l'occurrence, en matière immobilière, il s'agira de la publicité foncière. Ainsi, si les parties s'arrêtent à un simple accord, lors de la signature de la vente d'une maison, par exemple, cela sera forcément réitéré devant un notaire afin que la vente soit publiée et que cette publication permette que l'accord soit opposable aux tiers.

La validité et l'efficacité de l'accord dépendront donc de son publication. Ainsi, en principe, l'accord vaut bien entre les parties, mais pour qu'il soit efficace au regard des tiers, certaines démarches peuvent être nécessaires.

Ce sujet rejoint ici les réflexions concernant l'ordre public, car la position d'un médiateur non spécialisé sera plus difficile lorsqu'il s'agira de domaines plus complexes que la vente d'une maison. En effet, il serait compliqué pour nous, en tant que juristes spécialisés en droit immobilier, de faire une médiation en droit fiscal ou en droit social. La notion de compétences a donc tout son intérêt.

Cependant, il est important de rappeler que le rôle du médiateur n'est pas de garantir l'efficacité ou la validité de l'acte, mais de faire en sorte que les parties trouvent leur accord. Puis, charge à lui d'orienter les parties vers un spécialiste (avocat, notaire, assureur, etc.), afin qu'elles puissent s'assurer des démarches nécessaires pour opposer, par la suite, leur accord aux tiers.

Médiation de la consommation : pour qui ?

Ce sujet a soulevé un certain nombre de questions. Je rappelle que la médiation de la consommation est une démarche encadrée par la loi et par des délais prévoyant que le consommateur devra faire appel à un médiateur gratuit. Par exemple, le médiateur aura 90 jours pour réaliser la médiation. À l'issue de cette médiation, si les parties n'ont trouvé aucune solution, le médiateur pourra en proposer une, et c'est la raison pour laquelle ce point fait quelque peu polémique. En effet, le Code de la consommation a intégré cette démarche en tant que *médiation de la consommation*, mais dans la mesure où le médiateur proposera une solution, il s'agit en fait d'une médiation doublée d'une conciliation. Certains refusent donc d'appeler cette démarche *médiation de la consommation*, au profit de l'expression *règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation*.

La question qui se pose est à présent la suivante : à quels professionnels cette démarche est-elle applicable ?

La médiation de la consommation s'adresse uniquement aux consommateurs.

Depuis 2014, la loi Hamon donne la définition suivante du *consommateur*, soit : « Toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole. »

La spécificité du droit français – je ne pense pas qu'elle existe du point de vue européen – est que le consommateur est une personne physique. La médiation de la consommation, telle qu'elle est conçue



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

en France, ne s'adresse donc qu'au consommateur personne physique. Ainsi, à titre d'exemple, une association sportive ayant un litige avec un fournisseur, ou un syndicat de copropriétaires ayant un litige avec la copropriété voisine ne pourra pas en bénéficier. Ces derniers sont considérés ni comme des professionnels, ni comme des consommateurs. Ils sont des non-professionnels et désignés comme tels par le code de la consommation, bénéficiant de la protection de certaines règles du code de la consommation (clauses abusives par exemple), pas de toutes (médiation de la consommation).

En outre, lorsque le consommateur est en litige avec un professionnel, la transposition d'une directive européenne nous donne la définition suivante : « Toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». Nous observons donc que cette notion couvre un champ assez large.

Ici, la médiation de la consommation s'appliquera lorsque le consommateur sera en litige avec le professionnel. Par conséquent, un professionnel en litige avec un consommateur ne pourra pas bénéficier de cette démarche. La loi ne s'applique donc que par rapport à la protection du consommateur.

Cette démarche exclut également les professionnels suivants :

- les professionnels de la santé ;
- les professionnels au service de l'intérêt général de l'économie ;
- entre professionnels.

Ce champ est donc exclusivement adressé au consommateur personne physique.

De plus, pour le professionnel, la médiation de la consommation suppose de faire appel à un médiateur, lequel doit être agréé par la Commission de Contrôle et d'Évaluation des Médiateurs de la Consommation. Cette commission existe depuis janvier (l'arrêté de nomination des membres date de fin 2015) et aujourd'hui, de nombreux médiateurs sectoriels ont été nommés. Cela signifie que les professionnels auront la possibilité de faire appel soit à un médiateur sectoriel appartenant à leur branche, soit à un médiateur local (médiateur privé). La plateforme des huissiers Médicys a donc été agréée par la Commission pour un certain nombre de domaines, de même que l'IEAM. Une fois l'agrément obtenu, le médiateur pourra être affilié à un professionnel et le professionnel pourra désigner ce médiateur pour gérer la médiation avec les consommateurs.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE – Directrice du pôle immobilier (ICH CRDI CAMI)

Merci infiniment, Laurence CATIN, de nous avoir dressé, avec beaucoup de clarté, le paysage dans lequel nous allons inscrire cette journée. Avec la sagesse nippone, nous avons vu que nous étions dans un champ assez varié, et grâce à Laurence, nous avons à présent une idée assez précise des différents MARD que nous pouvons rencontrer, entre arbitrage, conciliation et médiation. Je pense que Laurence a commencé à répondre à tes questions, Michel Patrick, en évoquant le fait que l'expertise n'est pas forcément dédiée à la recherche d'un accord, même si elle peut en être l'occasion. De plus, il est vrai que la recherche d'accord dans un secteur spécifique nécessite parfois que le médiateur ait une compétence autre que sa compétence de médiateur classique.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Laurence CATIN a effectué la transition en passant la parole à Emmanuelle DUPARC, Expert-comptable, Commissaire aux comptes, Expert près la Cour d'appel de Paris et Médiateur IEAM, l'Institut d'expertise d'Arbitrage et de Médiation, laquelle va évoquer le projet de loi « Justice du XXI^e siècle », ainsi que le rôle de l'IEAM dans le développement des MARD.

L'AVENIR DES MARD : RÉFLEXION ET POSITION DE L'IEAM



Emmanuelle DUPARC – Expert-comptable, Commissaire aux comptes, Expert près la Cour d'appel de Paris, Médiateur IEAM

Mon propos s'articulera autour des quatre points suivants :

- Les dispositions du projet de Loi intitulé « La justice du XXI^e siècle » en matière de médiation ;
- La présentation de l'IEAM ;
- La médiation et l'expertise : contrastes et similitudes. Thème central de mon intervention, je tenterai d'expliquer pourquoi, nous, experts, devons-nous intéresser à la médiation ;
- Et pour conclure ; l'expert : un médiateur qui s'ignore ?

I. Projet de Loi : « La justice du XXI^e siècle », de la conflictualité à l'apaisement, un changement de culture

Rappel des textes existants – Médiation :

Ce projet de loi est arrivé après un corpus de règles existantes, dont l'essentiel a été présenté dans le propos introductif de Michel Patrick LAGOUTTE, puis complété par Laurence CATIN. Je ne reprendrai donc pas ce qui a été dit, mais préciserai certains points.

La médiation n'est pas une démarche nouvelle, dans la mesure où, depuis 1995, elle est présente dans le corpus des lois françaises suivantes :

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 et décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 (médiation judiciaire)

Cette loi constitue l'ancrage de la médiation dans le Code de procédure civile. Dans la pratique, la médiation est apparue en France dans les années 1970 en matière de conflit collectif du travail et de conflit familial. Il avait été constaté que dans un certain nombre de situations – le travail et la famille notamment – des solutions fondées en droit existaient juridiquement, mais ne donnaient pas satisfaction lors de leur application.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Le législateur a alors œuvré afin qu'un corps de règles puisse encadrer un nouveau mode de règlement des conflits : la médiation. Comme toujours, la loi vient rattraper une pratique existante : c'est ce qui s'est passé en matière de médiation.

Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 : transposition de la directive européenne « médiation » du 21 mai 2008

Ce texte a fixé les règles applicables en matière de médiation (ainsi qu'à la conciliation) :

- Impartialité ;
- Compétence ;
- Diligence ;
- Confidentialité ;
- Information du juge en matière de médiation judiciaire ;
- Possibilité de faire homologuer l'accord pour lui donner une force exécutoire.

Ces règles sont toujours en vigueur et s'appliquent en matière de médiation, que celle-ci soit judiciaire ou conventionnelle.

Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 : MARD en dehors d'une procédure judiciaire

Ce décret a créé dans le Code de procédure civile un livre consacré aux trois modes de résolution amiable des différends en dehors d'une procédure judiciaire : la médiation, la conciliation et la procédure participative (CPC art. 1528 à 1568).

Concernant la médiation, ce décret a instauré le régime de la médiation conventionnelle dans le livre V du CPC.

Décret n° 2015-282 du 11 mars 2015

Ce décret a imposé l'obligation de rechercher un accord amiable avant toute saisine d'une juridiction. Ainsi, depuis le 1^{er} avril 2015, tout acte introductif d'instance doit mentionner le fait que les parties ont été diligentes et ont cherché une voie de recours amiable avant de saisir les tribunaux.

Cependant, le problème réside dans l'absence de sanction. En effet, si une personne se présente devant le juge sans avoir été diligente en matière de recherche de procédure amiable, il n'est pas possible de lui interdire l'accès à la juridiction. En revanche, au vu du dossier, le juge incitera à rechercher un accord amiable si cela n'a pas été fait.

Cette absence de sanction est compréhensible, car la médiation ne peut pas être coercitive. Par essence, la médiation est un processus volontaire à laquelle les parties adhèrent pour trouver une solution négociée. Il n'est donc pas possible d'inscrire ce dispositif dans un cadre pénalisant, contraignant et obligatoire.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Ordonnance n° 2015-1033 du 20 août 2015 et décret n° 2015-1382 du 30 octobre 2015

L'objet de ce texte : les litiges de consommation. La médiation se généralise et les professionnels doivent s'organiser.

A partir du 1er janvier 2016, un consommateur qui aura vainement tenté de résoudre un différend avec un professionnel pourra, s'il le souhaite, saisir le médiateur de la consommation que le professionnel lui aura indiqué. D'ici là, tous les professionnels doivent s'organiser pour être en mesure de proposer un médiateur.

Les nouveaux textes :

Décret n° 2016-514 du 26 avril 2016

Ce texte est relatif à l'organisation judiciaire et au mode alternatif de résolution des différends. En ce qui concerne ce dernier point, la principale mesure de ce texte est la possibilité de faire homologuer, à tout moment, un accord par le juge, sans attendre le rappel de l'affaire à l'audience.

Sur le plan sémantique, le terme « médiateur de justice » a fait son apparition.

Projet de loi intitulé « Justice du XXI^e siècle »

Il m'a été demandé de vous communiquer les points clés de ce projet de loi en matière de modes alternatifs de règlement des différends. Auparavant, j'aimerais vous parler de la période de gestation de ce projet de loi.

En 2012, le Garde des Sceaux a commandé plusieurs rapports, dont l'un traitait de médiation. Ce rapport a été commandé à Didier MARSHALL, premier président de la Cour d'appel de Montpellier.

Afin d'établir un diagnostic des besoins des citoyens en matière de justice, Monsieur MARSHALL et son groupe de travail ont donc procédé à une centaine d'auditions, à l'issue desquelles trois constats ont été dressés :

- Premier constat :
 - la demande de droit émane de publics pluriels, peu rompus à la matière judiciaire, pour lesquels l'offre judiciaire est illisible et inaccessible ; il s'agit de publics assez défavorisés,
 - la demande de droit émane d'un autre public rompu à la matière judiciaire, mais qui estime la justice non efficiente et insuffisamment performante ; c'est à l'issue des auditions de ce deuxième public que le groupe de travail a fait des propositions en matière de médiation.
- Deuxième constat : la moitié des Français considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours au juge pour certaines affaires civiles.
- Troisième constat : les trois quarts des Français considèrent qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours au juge, sauf dans les cas les plus graves du domaine pénal.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Et le rapport de conclure :

« Dans notre société, la tolérance est en chute libre, d'où la nécessité de rechercher des solutions d'apaisement. Il existe un besoin de médiation, un besoin de conciliation. À l'heure actuelle, les réponses apportées aux citoyens se créent dans la construction de la conflictualité. »

Au-delà du règlement des différends entre les parties, la médiation apporte une réponse à une société devenue violente, intolérante, et où il est sans cesse demandé au juge de rendre une décision. Ainsi la médiation apporte une réponse à la société au-delà de la réponse qu'elle apporte aux parties elles-mêmes.

Après ces constats, le rapport MARSHALL a présenté cinq axes de propositions, dont le premier est une justice permettant au citoyen de devenir acteur de la solution de son litige.

Puis, le rapport MARSHALL a présenté quatre-vingt-dix propositions, dont la *Proposition 1.2* suivante : « Nos concitoyens doivent pouvoir participer eux-mêmes au règlement de leurs litiges sans recourir nécessairement à la justice. »

Avant ce projet de loi « Justice du XXI^e siècle », la médiation est conçue comme une ressource complémentaire offerte au juge (médiation judiciaire) ou aux parties (médiation conventionnelle). Depuis, la médiation est une volonté politique exprimée : le curseur s'est déplacé : il ne s'agit plus de dire aux justiciables que la médiation fait partie de l'ensemble des outils mis à leur disposition mais de les y inciter. Reste à savoir si l'Histoire répondra à cette volonté exprimée par le législateur.

Tel est l'esprit du rapport MARSHALL.

Après ce rapport, une loi a été ambitieusement intitulée « Justice du XXI^e siècle ».

Parmi les articles contenus dans ce projet de loi, quatre points concernent la médiation : je me propose de les développer.

Les points clés du Titre II MARD



Article 3 : Obligation de tentative de conciliation pour les petits litiges du quotidien :

Cet article porte sur la conciliation. L'objectif de cet article est de « déjudiciariser » les petits litiges, afin de désencombrer la justice. Ainsi, pour ces petits litiges éligibles à la saisine simplifiée du tribunal d'instance, il est stipulé qu'il n'est plus possible d'aller en saisine directe sans avoir fait une tentative de conciliation. Cette démarche est obligatoire et non incitative.

Une exception a été introduite le 27 septembre 2016, en cas de risque de porter atteinte au droit du justiciable.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Article 4 : Mesures propres à la médiation en matière administrative :

Cet article marque une avancée significative qui s'est opérée en matière administrative. En effet, avant le projet de loi, seuls les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif étaient éligibles à la médiation, ce qui était assez réduit. Or, il existait des litiges internes pouvant relever d'autres juridictions que celles du juge administratif (tribunal administratif, Cour d'appel administrative ou Conseil d'État). Il s'agit de toutes les Cours spécialisées, comme la Cour Nationale du Droit d'Asile, la Cour des comptes, la Cour de Discipline budgétaire et financière. La loi « Justice du XXI^e siècle » est donc étendue à tous les litiges administratifs en droit interne, ainsi qu'à l'ensemble des juridictions, y compris les juridictions spécialisées dont la vocation est de connaître les litiges administratifs.

Ainsi la médiation administrative est appelée à se développer. Laurence CATIN a rappelé l'importance de l'ordre public en matière administrative : bien sûr, il ne s'agit pas de soumettre à la médiation un contentieux en matière électorale ou de police administrative !

Cependant, la médiation administrative pourrait être étendue, « à des pans entiers de l'action administrative non régaliennne, telle que, notamment, les marchés publics, les délégations de service public, les contrats de partenariats, la responsabilité à l'occasion des dommages de travaux publics, ou encore la responsabilité hospitalière. Monsieur SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'État.

En matière administrative, la médiation est donc promise à un bel avenir.

Article 4 quater : Établissement d'une liste de médiateurs dressée par chaque Cour d'appel :

Avec l'évocation d'une *liste de médiateurs*, cet article a agité les milieux de la médiation suscitant de fortes craintes parmi les protagonistes. Ce projet a ensuite été longuement discuté et, à l'issue des débats, le texte a été extrêmement réduit. Pour ce qui concerne les listes de médiateurs, le texte actuel mentionne les éléments suivants :

- *listes pour information* : elles ont vocation à informer les juges et à leur communiquer les noms de personnes compétentes, formées, diligentes, connaissant les règles de médiation ;
- *conditions* : au regard des nombreuses discussions, le législateur a préféré arrêter le principe d'une liste assortie d'un décret fixant les conditions d'éligibilité à ces listes, lesquelles seront établies auprès des Cours d'appel.

Il est probable que ce décret impose en matière de critères d'éligibilité sur les listes de médiateur, des obligations de formation et des critères d'expérience, soit en qualité de médiateur, soit dans la matière concernée par le litige.

Article 5 : Extension de la procédure participative.

Je laisserai Christophe AYELA développer cet article. En substance, ce texte procède à l'extension de la procédure participative pour en autoriser la conclusion même si le juge est saisi du litige. Auparavant, l'avocat devait vérifier lorsqu'il engageait une procédure participative, qu'un juge n'avait pas été saisi d'une demande portant sur l'objet du différend.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Projet de loi « Justice du XXI^e siècle », conclusion :

En dehors du contentieux administratif pour lequel le projet de loi apporte des modifications majeures, force est de constater que peu de changements sont introduits : je n'ai cité que trois articles ! Faut-il le déplorer ? Je serais tenté de répondre par la négative : le corpus de règles existantes en matière de médiation était déjà très riche : cf. la loi inaugurale de 1995 et les nombreux textes qui ont suivi.

En revanche, il est important de retenir la volonté exprimée dans le rapport MARSHALL qui a inspiré de projet de loi.

Sur ce point, je voudrais citer M. Yves DÉTRAIGNE qui a présenté un rapport à la commission des lois du Sénat sur ce projet de loi. Après avoir « constaté le décalage existant entre l'ampleur du travail de réflexion engagé préalablement par le Gouvernement et la traduction beaucoup plus modeste qui en a été faite dans le projet de loi. La commission des lois a, en conséquence, changé l'intitulé de ce texte et retenu pour nouveau titre : "projet de loi relatif à l'action de groupe et à l'organisation judiciaire" qui lui est apparu plus conforme à la réalité de son contenu.

La médiation est sans nul doute appelée à se développer comme un gaz en expansion qui ne demanderait qu'à s'épandre. Mais pour ce faire, la médiation doit trouver des espaces créés par les citoyens eux-mêmes. Si les citoyens ne créent pas l'espace propice à la généralisation de la médiation, elle ne se développera pas. Si les juges et les avocats ne « jouent pas le jeu » de la médiation, la médiation n'existera pas. La médiation est avant tout une affaire de volonté. Après la volonté politique, la volonté des citoyens doit à présent s'exprimer.

II. L'institut IEAM en ordre de marche

L'IEAM est un institut de médiation, spécialisé dans la résolution des différends, dont le centenaire a été célébré l'année dernière.

L'institut regroupe des experts, des médiateurs et des arbitres, et cette cohabitation offre de riches échanges.

Grâce à une convention avec l'AFA – l'Association Française d'Arbitrage – les demandes d'arbitrage adressées à l'IEAM sont redirigées vers l'AFA. De manière symétrique, les demandes de médiations adressées à l'AFA sont redirigées vers l'IEAM.

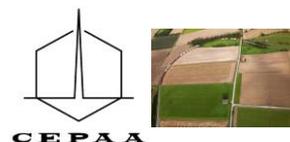
Les membres

L'IEAM réunit 167 membres dont 81 experts, 106 médiateurs et 62 arbitres.

Les experts sont répartis en dix spécialités.

Une spécialité comprend les experts géomètres : « le *bâtiment, les travaux publics et l'architecture* ».

Les experts agricoles ne sont pas visés par une spécialité spécifique au sein de l'IEAM mais seront regroupés dans la catégorie « autres spécialités ».



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Activité de formation

L'IEAM est un institut de formation comportant trois niveaux successifs de formation :

- formation de base,
- piquêre de rappel,
- analyse de pratiques.

Il convient de rappeler que des listes de médiateurs vont être prochainement établies pour information des juges, listes dressées auprès de chaque Cour d'appel. Dans ce contexte, il apparaît utile que les experts se forme à la médiation.

Activité de médiation

L'IEAM est également un institut de médiations lesquelles sont adressées soit par les juridictions, soit par des entreprises ou leur Conseil. Un comité d'attribution propose plusieurs noms aux personnes qui adressent une médiation.

III. Médiation et expertise : contrastes et similitudes

D'après Pierre GRAMAIZE, Président TGI Nevers, Revue Experts n° 117.

Je n'ai pas voulu réinventer ce qui avait été admirablement écrit dans la revue *Experts*, par Pierre GRAMAIZE, Président du Tribunal de Grande Instance de Nevers, lequel s'est livré à une analyse comparée entre le médiateur et l'expert. Je propose donc de vous en faire une synthèse rapide et je vous renvoie à cet article pour en savoir davantage.

L'analyse comparée du Président GRAMAIZE s'articule en quatre points. Ainsi, les différences et les ressemblances entre l'expert et le médiateur s'exercent dans les domaines suivants :

- les conditions d'exercice de la fonction d'expert et de médiateur ;
- les conditions de désignation de l'expert et du médiateur ;
- les conditions d'exercice des missions d'expert et de médiateur ;
- la finalité de la mission d'expert et de médiateur.

a) Les conditions d'exercice de la fonction d'expert et de médiateur

L'article 2 du décret du 23 décembre 2004 concerne l'expert, et l'article 131-5 du Code de procédure civile concerne le médiateur.

Les similitudes :

- Absence de sanctions/condamnations

L'expert et le médiateur ne peuvent pas avoir été les auteurs de faits ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative, de destitution, de radiation, de révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

- Qualification/expérience

L'article 2 du décret du 23 décembre 2004 précise que l'expert doit justifier du fait qu'il exerce, ou qu'il a exercé, pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité, et qu'il exerce, ou qu'il a exercé, cette profession dans des conditions qui lui confèrent une qualification suffisante.

L'article 131-5 du Code de procédure civile dispose que le médiateur doit posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise, eu égard à la nature du litige.

- Garantie d'indépendance

Le médiateur doit présenter des garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation. Il en est de même pour l'expert qui ne doit exercer aucune activité incompatible.

L'expert ne doit exercer aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de ses missions.

- Obligation de formation

Cette obligation de formation est prévue en tant que telle dans les règles du Code de procédure civile pour le médiateur, et non pour l'expert. Cependant, elle est quand même induite, car, pour l'expert, il est précisé que *leur inscription à l'issue de la période probatoire est conditionnée à l'évaluation de leur expérience et de la connaissance acquise des principes directeurs du procès, ainsi qu'aux règles de procédures applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien.*

Sur un plan pratique, en matière comptable, certains experts n'ont pas été réinscrits à l'issue de la période quinquennale pour défaut de formation.

Il ne s'agit donc pas d'une théorie : l'obligation de formation est une réalité pratique.

- Inscription sur une liste

Il s'agit d'un point de similitude depuis la Loi J21 avec la création de listes de médiateur.

Les experts de justice sont inscrits sur une liste près leur Cour d'appel.

Pour les médiateurs, le texte de loi prévoit que ceux –ci soient inscrits sur une liste *pour information*. Mais, lorsqu'une liste d'experts formés, expérimentés et diligents dans la matière sera confiée au magistrat, il est peu probable que ce dernier déroge à cette information qui lui sera donnée.

Les différences marginales :

Pour les experts, les différences observées sont la limite d'âge de 70 ans et la résidence dans le ressort de la Cour d'appel.

b) Les conditions de désignation de l'expert et du médiateur

Ici, une différence majeure est observée



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

En matière de médiation, l'accord des parties est nécessaire, contrairement à l'expert qui peut être désigné sans accord des parties.

En effet, les articles 10, 143, 144 et 145 du Code de procédure civile disposent que :

- le juge peut ordonner d'office toute mesure d'instruction (article 10) ;
- les faits dont dépend la solution du litige peuvent être ordonnés d'office ou à la demande des parties (article 143) ;
- les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants (article 144) ;
- S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé (article 145).

L'ensemble de ces articles offre la possibilité au juge de désigner un expert, même si les parties ne sont pas d'accord. Le seul moyen donné aux parties est la possibilité de faire appel de la décision. *A contrario*, la médiation étant un processus visant à une solution négociée, l'accord des parties constitue un préalable indispensable.

c) Les conditions d'exercice des missions d'expert et de médiateur

Le tableau ci-dessous présente les textes de références respectives pour l'expert et pour le médiateur.

Similitudes	Ref. CPC Expert	Ref. CPC médiateur
Mission qui peut être partielle	art. 232	art. 131-2
Rôle du Juge pendant la mission	art.153	art. 131-2
Délai	art. 265	art. 131-6
Rémunération	art. 269 et 271	art. 131-6
Modalités de saisine et d'acceptation	art. 267	art. 131-7
Difficultés	art 279	art. 131-9
Evolution de la mission	art. 236	art. 131-10

Les similitudes

- Champ de la mission

La mission de l'expert comme celle du médiateur peut ne porter que sur une partie du litige.

- L'expert est saisi sur des questions de fait et non pas sur l'entier litige.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

- Il en est de même pour le médiateur, l'article 131-2 du Code prévoyant le fait que sa mission peut n'être que partielle.

Cela étant précisé, l'intérêt de la médiation est de résoudre l'entièreté du litige. Le fait d'être saisi sur un point du litige n'empêche pas de régler, avec les parties, l'ensemble des différends qui les opposent.

- Le rôle du juge pendant la mission : Il s'agit des articles 153 (expert), et 131-2 (médiateur).

Ces articles disposent que le juge n'est pas dessaisi pendant la mission de l'expert ou celle du médiateur. Le juge peut donc prendre la décision qu'il souhaite à tout moment, durant le processus d'expertise ou durant le processus de médiation.

- Les délais

L'article 265 prévoit que la décision qui nomme l'expert impartit le délai dans lequel il doit donner son avis.

L'article 131-6 prévoit que la décision qui ordonne une médiation et désigne un médiateur précise la durée initiale de sa mission, et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.

Une différence toutefois :

- en expertise : il est possible de proroger indéfiniment, dans la mesure où le Code ne précise aucune limite ;
- en médiation judiciaire : il est possible de proroger trois mois, renouvelables une fois.

- Rémunération

La rémunération : pour l'expert, l'article 269 du Code de procédure civile prévoit que la désignation doit fixer le montant d'une provision à valoir sur la rémunération de l'expert, aussi proche que possible de la rémunération attendue. L'article 271 prévoit qu'à défaut de consignation, la décision devient caduque et que l'instance se poursuit.

Les dispositions analogues figurant à l'article 131-6 prévoient que la décision qui saisit le médiateur doit comporter une rémunération ; ces dispositions précisent également que cette rémunération est versée au greffe de la juridiction ou doit être directement versée au médiateur. Afin d'éviter les lenteurs du processus judiciaire, les médiateurs prévoient souvent que la provision leur soit directement versée.

- Modalités de saisine et d'acceptation

Sur ces points, les similitudes observées sont :

- notification de la décision de désignation de l'expert, comme du médiateur, par le greffe de la juridiction ;
- formalités d'acceptation de leur mission, par l'expert, comme par le médiateur.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

➤ Difficultés rencontrées dans l'exercice de la mission

L'expert peut et doit revenir vers son juge d'appui en cas de difficultés. Cette démarche est plus compliquée en matière de médiation du fait de son caractère confidentiel, y compris vis-à-vis du juge qui ne peut être informé de ce qui se déroule au fond.

• Evolution de la mission

L'évolution de la mission : ce point concerne la possibilité, ou non, de mettre fin à une mission, de l'étendre ou la restreindre. Pour le médiateur, comme pour l'expert, le juge peut accroître ou restreindre la mission confiée à un technicien. Il s'agit de l'article 236 pour les experts et de l'article 131-10 pour les médiateurs : le juge peut mettre fin à la médiation, sur demande d'une partie ou à l'initiative de l'expert ou du médiateur.



• La finalité de la mission d'expert et de médiateur

En termes de finalité, les missions d'expert et médiateur sont différentes.

L'article 232 du Code de procédure civile définit la mission de l'expert, laquelle consiste à éclairer le juge, et l'article 240 prévoit que le juge ne peut donner au

technicien mission de concilier les parties.

Ainsi, en l'état actuel des textes, il est interdit à l'expert de concilier les parties.

Cependant, l'article n'interdit pas qu'un accord puisse se créer au cours de la mission d'expertise, mais il est interdit à l'expert de poursuivre ce but de recherche d'un accord entre les parties. L'expert travaille au service du juge, pour l'éclairer dans la mission qui lui est confiée, sur une question de fait. En revanche, il existe une manière d'aborder les missions d'expertise, propice à l'émergence d'un accord. En effet, dans la pratique, un document de synthèse correctement construit et étayé peut permettre de parvenir à un accord des parties, sans retour devant le juge, mais ce n'est pas la mission de l'expert.

De même, la mission du médiateur est de favoriser le dialogue entre les parties, sans mesure d'instruction possible. Cependant, au cours d'une médiation et avec l'accord des parties, il est possible de solliciter un expert : il s'agit d'une démarche volontaire, à laquelle les parties adhèrent.

• Mode d'exercice

Ici, un contraste majeur :

- Expert : contradictoire à respecter sous peine de nullité du rapport ;



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

- Médiateur : aparté possible, les parties ayant souvent besoin de se confier en aparté au médiateur, en toute confidentialité.

J'aimerais revenir sur l'intervention de Laurence CATIN concernant la différence entre un *litige* et un *conflit* : le litige est le point de droit ou la partie exprimée du différend. Sous le litige existe un conflit que n'a pas à connaître l'expert mais que doit identifier le médiateur pour aboutir. Les apartés constituent le moment propice au cours duquel le médiateur recueillera des confidences éclairantes sur les « dessous » du litige.

IV. Conclusion : l'expert, un médiateur qui s'ignore ?

Nonobstant la divergence des objectifs de nos missions, force est de constater qu'il existe de nombreuses similitudes entre experts et médiateurs. Si l'expert est tenaillé par l'émergence de la vérité des faits alors que le médiateur est tenaillé par l'émergence d'un accord, de nombreux points nous rapprochent.

Cependant, il nous sera demandé, à nous aujourd'hui expert et demain médiateur de « faire un pas de côté », ce qui peut s'avérer difficile : nous allons toujours de l'avant et parfois nous reculons ! Or, nous devons faire ce « pas de côté » pour une nouvelle fonction : avoir d'autres réflexes.

En tant qu'experts, nous goûtons une satisfaction extraordinaire de mettre notre technique et notre science au service de l'œuvre de justice. Demain, en tant que médiateurs, nous goûterons une satisfaction tout aussi extraordinaire de mettre notre technique ou notre science au service de la justice des citoyens eux-mêmes.

L'avenir est écrit. La médiation va se développer. C'est une question de temps et d'intelligence.

Comme le rappelait le rapport MARSHALL, il existe une nécessité d'apaisement. Notre attitude d'expert nous amène à sortir le litige de la conflictualité pour le placer dans le champ de l'investigation objective et technique.

Pour conclure, je vais vous citer :

Eschyle, poète grec : *La parole apaise la colère.*

L'écrivain Tahar BEN JELLOUN : *La capacité d'imaginer est plus apaisante que la vie elle-même.*

La médiation est un temps pendant lequel médiateur et parties doivent faire preuve d'imagination.

Nous pouvons donc espérer que la médiation jouera son rôle d'apaisement dans notre société devenue si intolérante et si violente.

Je vous remercie.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE – Directrice du pôle immobilier (ICH CRDI CAMI)

Merci infiniment, Madame DUPARC, pour la richesse de votre exposé sur le projet de loi, lequel nous annonce une justice du XX^e siècle plus apaisée, et peut-être plus proche des Grecs. Nous avons quitté le Japon pour la Grèce, et nous terminons sur cette note. Finalement, même si leurs missions



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

divergent, nous observons de nombreux points communs et de similitudes entre l'expert et le médiateur. Effectivement, l'expert deviendra peut-être le médiateur de demain. Tel est le message d'aujourd'hui, que nous espérons tous.

Je vais à présent donner la parole « à la défense », à savoir, à l'avocat. Maître AYELA va donc nous exposer ce qu'il se passe du côté des avocats. Nous avons toujours le sentiment que ces derniers sont les « freins » à la médiation, mais vous allez nous démontrer le contraire.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

LE POINT DE VUE DE L'AVOCAT



Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris

Je ne sais pas si je vais vous démontrer le contraire. D'ailleurs, étant à la fois avocat et médiateur depuis quelques années, j'ignore si je suis présent en tant que l'un ou l'autre. Je suis également formateur à la médiation au CMAP, Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris.

Je suis donc présent, aujourd'hui, pour évoquer tous ces sujets. Je dois dire que je vous trouve extrêmement passionnés, engagés et admirables dans le fait d'écouter ce genre de propos un peu compliqués, de les comprendre et de faire la part des choses entre tout ce qui vous a été présenté ce matin, notamment, sur le droit collaboratif, la procédure participative, la médiation, la conciliation, les avocats, les experts, les médiateurs, les magistrats, la loi, le médiateur de la consommation. Tout cela est un peu complexe.

En réalité, de nombreux outils existent, mais il nous manque « les ouvriers » pour les utiliser. Le monde du conflit comprend des avocats, des experts judiciaires et des médiateurs. Il s'agit donc d'un « ménage à trois ». Or, nous savons que « les ménages à trois » ne fonctionnent généralement pas correctement, car l'un des trois exprime toujours son mécontentement : est-ce l'avocat, l'expert judiciaire ou le médiateur ?

Pour être satisfait dans ce « ménage à trois », il est nécessaire de s'approprier cette fonction de médiateur. Il n'existe aucune incompatibilité à être un bon avocat, un très bon expert judiciaire et un très bon médiateur. Mais aucun texte ou loi ne mentionne ce point.

La multitude de directives, de décrets et de circulaires, que nous ne comprenons même plus, ne fera pas avancer la médiation. La médiation avancera si vous avez le sentiment qu'elle est utile et qu'elle vous donnera un « plus », non seulement dans votre métier, mais également dans votre vie.

À titre personnel, la médiation a changé ma vie. J'ai découvert un univers passionnant, où la concorde, la bienveillance et le regard posé sur l'autre vous nourrissent et vous apportent un supplément d'efficacité. Dans votre mission d'expert, dans votre métier d'avocat, par cette approche de la médiation, vous êtes beaucoup plus efficaces pour une raison extrêmement simple, qui n'est ni magique ni mystérieuse : ce ne sont que des techniques.

Je vais donc cheminer avec vous sur ce sujet, sans égrener de textes de loi, lesquels ont déjà été parfaitement présentés. En revanche, je vais essayer de vous donner envie d'avoir envie. Pour cela, je vais tenter de vous réconcilier avec l'univers de l'avocature.

Certains avocats, ayant compris l'utilité de la médiation, sont de très bons médiateurs.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

D'autres avocats détestent la médiation et la voient comme un ennemi qui prendra leurs dossiers, leur enlèvera du travail, réduira leurs honoraires et qui surtout, je le crois viscéralement, les désarmera. Mais un avocat est armé. C'est un combattant éduqué en ce sens, dressé pour avoir raison, payé pour donner un avis, pour aviser. Or, lorsqu'il lui est annoncé brutalement qu'il devra aider la médiation, cela provoquera un réflexe immédiat de défense absolue vis-à-vis de ce qui représente, pour lui, « l'ennemi ».

En effet, la médiation va à l'encontre de toutes ses valeurs et de toute sa pratique, car cette pratique est celle de gagner, d'écraser, de vaincre, et non de pacifier, de réunir ou de concilier.

L'avocat va donc devoir changer d'état d'esprit.

À tout le moins, s'il n'est pas favorable à la médiation, il devra l'accompagner lorsqu'elle sera ordonnée par un magistrat, ce qui se produit souvent à Paris. Le comportement de l'avocat en médiation devra donc être le plus efficace possible par rapport à ses clients, et, pour ce faire, il devra être celui d'un avocat judiciaire. Il existe d'ailleurs peut-être une similitude avec le comportement de l'avocat en expertise. En effet, si l'avocat, en médiation comme en expertise se met à plaider, à vouloir avoir raison et à démontrer en permanence – ce qui pourrait être perçu comme une agressivité – il sera inefficace, contre-productif, et ne sera pas dans le rôle que l'avocat doit avoir pendant une réunion de médiation.

Alors, que faut-il faire durant une réunion de médiation ?

Lorsque je suis médiateur, je rencontre d'excellents avocats. Ceux qui obtiennent les meilleurs résultats en médiation sont ceux qui concèdent. Cela est redoutable, car ils font l'inverse de ce pour quoi ils ont été « codés » et « génétiquement programmés ».

Vous allez donc concéder, c'est-à-dire que vous allez admettre que l'autre partie a raison de penser ce qu'elle pense. La concession ne consiste pas à dire que *vous êtes d'accord avec l'autre partie*, car, si vous dites cela, vous n'aurez plus aucune influence sur le process. La concession consiste à dire à l'autre que *vous n'acceptez pas, mais que vous comprenez, ou croyez comprendre, et qu'à sa place, vous réagiriez exactement de la même façon*. Parvenir à tenir ces propos représente déjà un important pas franchi en médiation.

L'art de concéder – art de rhétorique que nous apprenons à l'école d'avocats, car souvent, lorsque nous plaidons, nous concédons également afin d'attirer l'autre à nous – est donc une grande technique de médiation et d'avocats en médiation. Cette technique produit d'ailleurs d'incroyables résultats, car face à cette concession, la partie adverse réduira automatiquement ses prétentions financières. En effet, il existe une connexion directe entre l'intérêt pécuniaire, la somme demandée – un procès est en général une somme demandée ou une obligation de faire – et les besoins intimes, personnels et intrinsèques de l'individu. Plus vous répondrez à ces besoins, plus les intérêts pécuniaires diminueront pour être en corrélation directe avec les besoins.

Ainsi, vous pouvez observer que ce processus de médiation – j'évoquerai également votre pratique d'experts qui peut être fortement imprégnée de cela – peut être aidé par les avocats qui, en concédant, vont conduire l'autre à demander moins. Cette démarche est donc dans l'intérêt de leur client. Certains



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

avocats deviennent donc essentiellement des négociateurs et non plus des défenseurs. Car, un avocat désarmé peut enfin devenir un fin négociateur.

Lorsque je prépare, en amont, les avocats, je leur recommande vivement de ne pas plaider. Je leur explique avoir assisté à de nombreuses médiations compliquées, mais n'avoir jamais vu qu'une partie puisse convaincre l'autre de lui donner raison ! Si vous plaidez, vous ne convaincrez jamais personne et provoquerez une opposition et une réaction inverse, car toute contrainte génère sa propre force opposée. Plaider est donc inutile.

Par conséquent, nous faisons parler les avocats d'une certaine façon, afin de créer ces conditions et cette compréhension du phénomène. Lorsqu'ils ont compris cela, ils sont extrêmement heureux, car ils sentent qu'ils ont une utilité et une influence. En effet, il est important que l'avocat sente qu'il conserve son influence sur le dossier, sur le client et sur le résultat.

Je vais ouvrir une parenthèse, puis reprendrai le cours normal.

Avez-vous tous été formés sur le process de médiation ?

Réponse négative des participants.

Je vais donc vous expliquer la manière dont cela fonctionne, car j'aimerais que vous vous en imprégniez.

- Comment parvenir à ce qu'un individu qui vous dise *Non, jamais* à un instant T, vous dise *Oui, je suis d'accord* quelque temps plus tard ? Comment le faire changer d'avis ?
- Comment peut-il évoluer en passant du *Non, jamais* au *Oui, pourquoi pas*, puis, au *Oui, je suis d'accord* ?

Pour ce faire, vous devez mettre en place un process. J'effectue de nombreuses journées de formation sur ce point, afin d'expliquer la manière dont ce process existe, la manière dont vous pouvez le maîtriser et faire avancer les parties dans les différentes phases de ce process.

Lorsque vous êtes expert judiciaire, vous êtes responsables, vous avez les clés du process, vous êtes les maîtres absolus de l'échange. C'est à vous de le diriger, comme le ferait un médiateur, et vous verrez que, dirigé correctement, ce process est extrêmement efficace.

La médiation comporte donc quatre temps.

Le temps de l'introduction

Je vais être extrêmement rapide, mais le débat sur la manière de se comporter dans les premières secondes du contact, moment où le lien va se créer, pourrait durer une journée entière. Tout se passe dans ces premiers instants, où le non verbal est déterminant. Pour de nombreux scientifiques qui ont fait des recherches sur ce sujet, la communication non verbale représente à peu près 75 % de la communication globale. Si votre non verbal est mauvais, les premiers échanges seront catastrophiques.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends



Ainsi, dans ce premier temps de l'introduction, vous allez créer un lien. Dans ces cas-là, le non verbal est simple. Il s'agit du regard. Il faut savoir regarder les gens. Si vous

leur donnez du temps de regard, c'est-à-dire une attention, et vous verrez qu'il se passera déjà quelque chose.

L'introduction est également le moment où l'on fait adhérer les gens aux règles de ce qu'il va se passer. Malheureusement, je ne vois pratiquement jamais d'experts qui énoncent leur mission et qui font adhérer d'emblée les parties au process de l'expertise que vous allez mettre en place, avec vos règles à vous. Pour cela, vous

devez faire en sorte que les parties acquiescent et acceptent cela verbalement.

L'important de ce premier temps est donc l'introduction :

- Je crée du lien.
- Je pose des règles auxquelles je fais adhérer les parties.
- Lorsqu'il y aura moins de difficultés, j'appliquerai les techniques de négociation raisonnée de FISHER et URY, le fameux « Win-Win ».

FISHER et URY expliquent qu'il faut être *dur sur la règle* et *doux sur l'homme*.

Cela signifie qu'il est possible de rappeler la règle très fortement si elle a été acceptée, mais ce rappel doit toujours être fait avec une courtoisie et une amabilité. En général, ce procédé fonctionne très bien.

Le temps de la « dispute »

Cette phase, qui s'articule en deux sous-temps, le *quoi* et le *pourquoi*, est une phase où les gens ne sont absolument pas d'accord.

Ce temps doit être vécu, exprimé et ne doit pas être dans un premier temps canalisé.

Pendant ce temps-là, vous, experts, pouvez avoir la posture de celui écoute, qui parle peu et qui distribue la parole. Cette écoute est de type « active », ce que la plupart d'entre vous font en ce moment. J'apprécie particulièrement être face à de l'écoute active, car je sens que vous regardez : vous avez le regard, l'attention portée, ce petit acquiescement et parfois « ce petit bruit ». À cet égard, nous avons fait une formation, ici, avec de nombreux experts, dont un expert psychiatre, et j'avais expliqué que nous faisons : « Hum... Hum », ces petits bruits que font les journalistes ou les psychiatres lorsqu'ils écoutent avec attention leurs interlocuteurs patients. Le psychiatre présent ce jour-là a alors expliqué la raison pour laquelle ce petit bruit fonctionne très bien en écoute active (chacun y adhère ou non) : ce petit bruit est en écho avec le bruit qu'entend l'enfant, parfois même le fœtus, bruit qui est le premier son pouvant être évocateur de la relation à la mère.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

J'ignore si cela est vrai, mais ce qui compte est que ces techniques-là fonctionnent. Le fait d'avoir une explication de l'effet que cela produit est positif, mais l'écoute active dans la phase de dispute est extrêmement intéressante.

Ainsi, durant cette phase, s'ils veulent être efficaces, l'avocat ou l'expert devront surtout éviter de créer de l'opposition et de la contradiction. Ils devront parler peu et éviter le vocabulaire suivant que j'entends trop souvent « *Oui mais* » « *quand même* ». En effet, en France, lorsqu'ils reprennent la parole, les gens ont tendance à dire systématiquement *Oui, mais*. Pour un interlocuteur normal qui vient de vous parler pendant trois minutes, si vous reprenez la parole en disant *Oui, mais*, cela signifie *Oui, je t'ai entendu, mais... je ne suis pas d'accord avec toi*. L'emploi de ce vocabulaire *Oui, mais* est donc une façon d'objecter terrible, mais il est très difficile de ne pas l'employer. Entraînez-vous donc à ne jamais le dire.

En France, deux personnes qui parlent et qui sont d'accord, disent souvent également *Non, non, mais c'est vrai* ou *Non, non, mais tu as raison*. Pourquoi « *Non, non* » ou pourquoi, « *Mais* » puisque « *c'est vrai* » ? De fait, dès que vous avez envie de dire *Oui, mais*, remplacez-le par *justement*, et vous constatez que l'échange est plus fluide, plus simple, et que vous ne donnez pas aux parties d'objecter systématiquement à ce qu'elles vous disent.

En revanche, en étant expert judiciaire ou médiateur, vous ne pouvez pas être d'accord. Il faut donc entendre et comprendre sans jamais accepter. Nous ne dirons donc pas *Oui, je suis d'accord*, ni *Oui, mais c'est vrai*, mais *Justement, pouvez-vous m'en dire plus ? Ou, Justement, que pouvez-vous m'expliquer sur cela ?* De plus, dans la mesure où vous êtes sur un questionnement précis (questions d'approfondissement), n'hésitez pas à questionner de manière factuelle en ne montrant ni opposition ni étonnement par votre non verbal ou votre verbal. Ne vous étonnez jamais, car l'étonnement est une marque d'objection. Les médiateurs savent très bien *qu'on ne s'étonne pas*.

Le film de Claude LELOUCH, « Itinéraire d'un enfant gâté », évoque ce point de manière très intéressante, notamment dans une scène où Jean-Paul BELMONDO apprend à Richard ANCONINA à ne jamais s'étonner. Dans la scène d'avant, BELMONDO apprend à ANCONINA à dire *Bonjour*. Cette scène est remarquable, car elle donne à voir plusieurs manières différentes de dire *Bonjour*. Cela rejoint mes précédents propos sur la phase d'introduction où ce *Bonjour* est si important, de même que la façon de regarder, le ton de la voix, la façon de parler aux gens. Dans cette scène, BELMONDO demande à ANCONINA de lui dire *Bonjour* comme s'il était malade. Cela paraît rebutant au premier abord, mais il a ce côté « attentionné ». Je suis en effet extrêmement méfiant par rapport à l'empathie. Nous ne pouvons pas avoir de débat sur ce point maintenant, mais je vous invite à réfléchir sur la différence entre la *bienveillance* et l'*empathie* ce n'est pas qu'une question de sémantique, et nous pouvons réfléchir au sens que nous y mettons. D'ailleurs, pour un expert ou un médiateur, il est très important de toujours travailler sur le contenu réel des mots utilisés afin de comprendre ce que les gens veulent dire exactement.

La phase de solution

Lorsque les gens ont fini de s'opposer, que tout le monde a « vidé son sac » et que vous avez été facilitateur de ce moment-là en l'accompagnant sans le bloquer ni le contrer ou l'étouffer, et sans vous



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

mettre vous-même en porte à faux, à ce moment-là, vous avez gagné une confiance des parties qui peut être extrêmement forte. Car, les parties ont besoin d'avoir confiance en quelqu'un lorsqu'elles sont en situation de conflit. Toute personne en conflit a besoin d'une « bouée de sauvetage ». Vous devenez alors extrêmement influent alors que vous n'avez rien dit, rien proposé, rien fait. Mais, vous êtes celui qui écoute. Qu'y a-t-il de plus important que l'attention que l'on donne à quelqu'un ? Lorsque nous y réfléchissons, au cours d'une journée entière, quelle personne vous donne dix minutes d'attention soutenue, vous écoute sans vous juger ? Cela est rare et ne m'est pas encore arrivé aujourd'hui, à part avec vous, ce qui me fait du bien. Merci beaucoup. Mais, aujourd'hui, je n'aurai peut-être que vous pour cette écoute. Si je n'avais pas été là, je ne l'aurais peut-être pas eu dans la journée. Personne ne m'aurait écouté plus de dix minutes sans me juger, sans me critiquer, sans même donner un avis. Car souvent, je veux juste que l'on m'écoute, sentir que je suis compris, et non que l'on me propose un avis.

À ce moment-là, vous êtes donc dans un niveau de confiance maximum, et vous allez continuer ainsi, jusqu'à ce que les parties elles-mêmes – vous le sentirez – se mettent en situation de recherche de solutions. Vous observerez une différence dans leur attitude et dans leur vocabulaire, et vous-même, à ce moment-là, commencerez à prendre un rôle un peu différent qui pourra être un rôle d'accompagnement vers la solution, à savoir, un rôle de proposition de solutions. Mais, en tant qu'expert judiciaire, comme en tant que médiateur, je pense que vous ne pouvez pas, même à ce stade, prendre position. Car, à partir du moment où vous prenez position, c'est terminé, vous perdez nécessairement la confiance de l'une des parties parce que vous lui donnerez tort. Cette position vous tuera dans votre capacité à créer du lien, à faire avancer les gens vers une solution. Vous ne pouvez donc pas prendre position, ni montrer dans votre non verbal ou dans votre verbal, que vous avez déjà pris des positions. Gardez donc la neutralité la plus visible et audible possible. Il est un peu compliqué d'aller jusqu'au bout du process sans afficher une prise de position, mais cela peut être extrêmement efficace. Ce point est très complexe pour l'avocat.

Pour l'expert, la complication est de ne pas aviser et de ne pas afficher le fait qu'il a tranché ou pris une décision, car cela signifierait qu'il aurait finalement donné tort ou raison. Il perdrait alors toute capacité de conduire les gens vers un accord, ce qui les conduirait vers un désaccord. Car, si un tiers annonce que l'une des parties a raison et que l'autre a tort, aucun accord n'est possible, excepté s'il existe une vraie contrainte. En effet, en l'absence de doute et d'aléa, les parties ne peuvent plus s'entendre. L'accord est possible si les personnes doutent du fait qu'elles puissent gagner ou perdre et doutent du fait qu'elles aient tort ou raison. L'accord devient alors une solution préférable au procès, mais une partie n'ira pas vers l'accord si elle sait qu'elle gagnera sans aléa possible. Même si une partie sait qu'elle perdra le procès, elle n'ira pas non plus vers l'accord, car elle ne voudra pas, en plus, « perdre la face ».

Ce niveau de doute est donc important, et lorsque vous êtes à l'écoute des gens et en reformulation, sans prise de position, vous contribuez à créer ce doute.

Pour les avocats, cette démarche est très compliquée. Notre rôle n'est pas de freiner, même s'il est possible de le penser, et je rappelle que certains avocats détestent la médiation. Mais, dans les premières heures d'un dossier, ou peu après, il est extrêmement compliqué pour les avocats de



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

proposer une médiation, car les parties n'en veulent pas. Les parties veulent gagner, veulent écraser l'autre, veulent avoir raison.

Actuellement, je suis confronté à un litige très important, dans un domaine où je ne suis pas tant présent. Il s'agit d'un conflit de nature familial, avec une grande comédienne américaine assez connue, qui a été frappée par son conjoint et qui se retrouve au tribunal. Dans un tel contexte, il n'existe aucune volonté d'accord. Elle me dit vouloir lui « faire du mal », car il lui a « fait du mal ». Il faut également tenir compte de l'ego, de la sensibilité et de la différence culturelle. Ce dossier relie tous ces éléments. Dans ce type d'affaires, les gens ne veulent pas de médiation et leur en proposer une serait une marque de faiblesse qu'ils interpréteraient comme « la peur de perdre ».

La médiation est donc complexe pour les avocats, alors qu'un tel dossier – deux très jeunes enfants de onze mois et deux ans et demi, des gens au pénal qui se sont frappés – serait idéal pour une médiation. Mais, j'ignore la manière dont je vais la proposer, alors que je suis médiateur et formateur. Je pense que ce n'est pas le moment. Je vais vous faire une confidence : dans ce dossier, j'aurais adoré que le magistrat impose la médiation. Le magistrat saisi a pris des mesures d'urgence extrêmement contraignantes et vécues à juste titre comme totalement injustes par ma cliente, dont l'interdiction de sortie du territoire, mais j'ignore la raison pour laquelle il n'a proposé aucune médiation.

Dans ce type de dossier familial, un expert-médiateur ou un pur médiateur seraient-ils nommés ? Un pur médiateur serait sans doute plus approprié, car il n'existe pas d'*experts en conflits familiaux*. Cette matière devrait peut-être être enseignée à l'université, mais d'autres nombreux domaines nécessiteraient des experts-médiateurs.



Je considère donc que la médiation ou la conciliation devraient être systématiquement proposées, voire imposées, par les magistrats, sur le modèle anglo-saxon, ce qui est le cas en Angleterre. Dans ce pays, le refus de la médiation ou de la conciliation préalable est sanctionné, ce qui engendre un risque très important par la suite : en cas de défaite ou de succès, je crois que les frais judiciaires, extrêmement élevés dans ce pays, ne sont pas récupérés.

Par conséquent, si nous souhaitons que la démarche se développe en France et décolle des 1% de conciliation-médiation – j'estime qu'il est honteux que ce chiffre soit aussi bas – je pense qu'il faut appliquer le même processus et que les magistrats imposent la médiation en France. À cet égard, je remercie Monsieur LUCQUIN, Président du Tribunal de Commerce de Paris, présent ce jour, car vous œuvrez énormément dans ce sens, et la démarche – quasiment systématique à Paris – fonctionne parfaitement bien. Nous avons en effet de belles conciliations, avec des chiffres intéressants et dignes de ce pays.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Je ne serais donc pas choqué que les magistrats imposent la médiation. J'exerce la fonction de médiateur depuis dix ans et j'ai évolué au cours de ces années. En effet, au départ, je pensais qu'il fallait simplement la proposer, mais aujourd'hui, je considère qu'il faut l'imposer.

Les experts sont-ils, ou non, des médiateurs ?

Cette question, extrêmement pertinente, a été posée précédemment, ce dont je vous remercie. Je me suis moi-même fréquemment interrogé sur ce point et je crois y avoir quelque peu répondu. En effet, l'expert doit être médiateur. Je rencontre de nombreux experts judiciaires, parmi lesquels certains sont excellents et d'autres moins. Il en est de même pour les avocats qui sont plus ou moins compétents. Un bon expert est avant tout quelqu'un sachant appliquer les techniques de médiations. J'ai déjà rencontré des gens brillants, appliquant parfois ces techniques d'instinct, sans le savoir, et auprès desquels j'apprends. Mais être conscient de ces techniques optimise la médiation. Un bon expert doit donc être capable d'utiliser les outils de la médiation, la posture du médiateur, sans forcément être un médiateur. Vous verrez que l'expertise vous sera plus facile si vous mettez en place cette pratique : vous aurez davantage de lien et avancerez plus rapidement vers le résultat.

Ensuite, l'expert doit-il pouvoir conduire les parties vers un accord ?

Je réponds par l'affirmative, mais il doit le faire avant de donner un avis. Le problème que vous rencontrerez se situe à ce niveau. En effet, si vous donnez un avis et que vous menez ensuite les parties vers l'accord, l'une des deux parties vous détestera, sauf si vous avez été très bons en amont, que vous êtes parvenus à créer avec eux ce lien de confiance : ils accepteront alors plus facilement votre décision, comme étant celle d'un être digne de foi, en qui ils croient. Cela est possible et devra être testé. Car aujourd'hui, vous êtes extrêmement contraints. Il vous est interdit de concilier et de faire du droit. Finalement, votre démarche revêt un caractère extrêmement technique et il n'est pas possible de vous demander d'être autre chose que de grands techniciens. D'un point de vue purement comportemental, cela devrait pouvoir évoluer dans un sens qui soit plus large pour vous, afin que vous ayez la capacité de concilier et d'intégrer dans vos raisonnements les données juridiques basiques et essentielles. Car tout est droit. La loi et le droit sont partout.

Il serait donc problématique que vous ne puissiez pas intégrer cette dimension.

Ouvrir le champ d'action des experts me paraît donc extrêmement positif, de même que le fait de nommer directement des experts comme médiateurs. Parfois, en tant que médiateur, je rêverais de faire intervenir des experts avec des médiateurs, ce que nous faisons d'ailleurs au CMAP (nous avons de nombreux experts dans des domaines différents). En effet, en médiation, il est très utile d'avoir une vision d'expert en parallèle de celle d'un médiateur, lequel peut reprendre cette vision et la faire vivre auprès des parties. De fait, le médiateur ne prend pas lui-même parti.

Il serait donc intéressant d'essayer de nommer l'expert en tant que médiateur. Il devrait être formé à la médiation, mais avec ce savoir-faire technique et sa capacité à créer du lien avec les parties, il pourrait donner un avis d'expert. L'objectif serait d'aider les gens par des avis qui seraient davantage de l'ordre de l'échelle d'évaluation que de l'avis tranché. Cela permettrait aux parties de se positionner, de mieux évaluer ce que serait un procès, de prendre une décision en connaissance de



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

cause, avec l'envie « d'aller de l'avant », et donc, de régler les conflits en médiation. Cette démarche pourrait donc être très utile.

Je souhaitais donc conclure sur le fait que la médiation est d'abord et avant tout une technique, une envie, une façon d'être, une énergie positive, une posture... Tant que ces données n'auront pas été intégrées, nous n'irons pas plus loin que 1 %. Tant que nous serons sur une justice totalement réquisitoire, comportant l'idée que *trancher* et *décider* appartient au juge – même s'il est bon, de temps en temps, de faire appel à des médiateurs ou à des experts particulièrement contraints et limités dans leur rôle – nous resterons à 1 %, chiffre extrêmement insuffisant et honteux pour notre justice.

À titre d'exemple, je me trouvais récemment, en tant qu'avocat, au Tribunal de Grasse, l'un des plus engorgés de France, où les dossiers judiciaires peuvent durer quatre à six ans, où les renvois se font de huit mois en huit mois et où certains juges sont en *burn-out*. Or, dans ce tribunal, personne ne sait ce que signifie une médiation. La médiation n'est pas pratiquée, elle est totalement ignorée. Pour quelle raison la médiation est-elle si développée à Paris – grâce à la commission Magendie et à Monsieur LUCQUIN du Tribunal de Commerce – alors que de tant de villes françaises ignorent son existence ? Sans doute est-ce la faute des avocats et des magistrats.

La mise en place de toutes ces lois obligera donc peut-être les magistrats à déclencher des médiations, mais pour le reste, c'est vous qui changerez les choses, et non la loi.



Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE

Vous avez « lancé la balle » du côté du Tribunal de Commerce. Monsieur LUCQUIN, pouvez-vous nous rejoindre et nous dire où vous en êtes ? Je crois que vous êtes, en France, à la pointe de la médiation en matière commerciale. Je vous remercie d'accepter d'intervenir, ce qui n'était pas prévu.

Jean-Pierre LUCQUIN, Conseiller du Président du Tribunal de Commerce de Paris

Je remercie tous les intervenants pour la qualité des débats et de leurs exposés. Je ne reviendrai pas sur les éléments qui ont déjà été exposés et évoquerai la voie dans laquelle, après réflexion, s'est engagé le Tribunal de Commerce de Paris.

Nonobstant la médiation judiciaire et nonobstant la faculté des avocats de pouvoir négocier et trouver des arrangements entre eux, le tribunal de commerce de Paris s'est dit que, dans le domaine restreint des relations commerciales où existent de bonnes et de malheureuses affaires, il valait mieux jouer



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends



les facilitateurs pour trouver une solution dans le cadre d'un arrangement plutôt que d'avoir une longue procédure, au caractère toujours aléatoire.

Il a aussi envisagé que cela serait peut-être un moyen de réintroduire dans le cadre de la conciliation l'expertise sous la forme dont je vais vous parler.

Pourquoi la conciliation ?

En tant que tribunal, nous nous inscrivons dans un contexte judiciaire. Or, la conciliation est obligatoirement une voie judiciaire, contrairement à la médiation qui ne l'est pas forcément (elle peut être amiable ou judiciaire).

Quelles affaires la conciliation concerne-t-elle ?

Nous avons créé une chambre spéciale, la chambre de placement et de conciliation.

Cette chambre sélectionne les affaires enrôlées et, après étude, estime que la nature de certaines les conduit à aller en conciliation.

Dans la mesure où nous sommes dans le cadre d'une procédure, nous allons envoyer l'affaire auprès d'un conciliateur sans interrompre la procédure c'est-à-dire que, par le même jugement, les parties recevront une convocation devant un conciliateur afin de tenter de trouver un arrangement et l'inscription de l'affaire à une prochaine audience collégiale publique (audience de mise en état) en vue de son attribution à un juge chargé d'instruire l'affaire si la conciliation échoue. Les parties reçoivent donc un texte comportant deux dates, l'une pour une réunion de conciliation et, si cela ne fonctionne pas, l'autre pour entamer la procédure au fond.

Sur quelles affaires la sélection porte-t-elle ?

Ces affaires sont variables et peuvent être conséquentes ou non. Tout dépend de la nature de l'affaire, du contexte conflictuel des parties et de la volonté de leurs conseils. Je rappelle que les parties et leurs conseils conservent la maîtrise de la procédure et non les juges. Nous ne faisons que nous situer dans le cadre d'une procédure qui a été enrôlée en essayant de proposer une conciliation en amont.

La conciliation proprement dite est réalisée par des conciliateurs de justice, actuellement au nombre de quatorze, qui sont tous des anciens juges du Tribunal de Commerce de Paris et ont tous suivi la formation ENM. De plus, tous ont prêté serment devant la Cour d'appel de Paris.

Tous sont donc des conciliateurs de justice – appelés, en langage pratique, conciliateurs délégués. Mais, en application de l'article 21 du CPC, le juge en activité a parfaitement le pouvoir de concilier. Parfois, certaines affaires non sélectionnées vont directement auprès du juge du fond chargé



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

d'instruire l'affaire, lequel propose alors aux parties une conciliation dont il sera le conciliateur, à condition que le juge qui devient conciliateur ait également suivi la même formation.

En outre, si la conciliation n'a pas lieu, le juge déportera, ce qui signifie un changement de juge, l'objectif étant de ne pas influencer la suite du procès.

Aucun reporting n'aura lieu entre le juge conciliateur et le juge du fond finalement saisi..

Il en est de même pour les conciliateurs délégués : si l'affaire ne réussit pas, il n'existe pas de reporting ou de mémorandum au juge du fond : la procédure de transmission se résume simplement au refus des parties ou à l'échec des négociations.

Lorsque l'affaire arrive devant le conciliateur, ce dernier ne dispose que de la cote de procédure avec la seule assignation. Le défendeur n'a donc pas conclu, puisque l'affaire n'a pas été attribuée au juge chargé de l'instruire. Par conséquent, certains défendeurs se sentant en position de faiblesse souhaitent d'abord conclure par écrit. Ces deux démarches peuvent être menées en même temps. La pratique étant libre et souple, il est possible de revenir devant l'audience publique pour redemander une prorogation.

Que se passe-t-il durant la conciliation ?

Le rôle du conciliateur correspond à celui d'un facilitateur, à savoir : un arrangeur, un go between, ce qui correspond bien à ce que vous avez exposé.

La conciliation peut fonctionner et réussir ou non.

Au cas où elle fonctionne et réussit, plusieurs possibilités existent.

Les parties peuvent s'arranger entre elles par l'intermédiaire de leurs avocats qui ont toute latitude pour le faire, et nous ne connaissons même pas l'accord dont ils seront convenus. Ensuite, les parties disposent de la faculté d'effectuer un désistement d'instance et d'action, ce qui signifie que le défendeur acceptera la décision du demandeur de se désister de l'instance et le conciliateur n'en entendra plus parler.

Dans certains cas, les parties peuvent revenir devant le conciliateur pour lui faire signer un constat d'accord.

Par ailleurs, après être parvenues à un accord, les parties veulent parfois obtenir une homologation auprès du tribunal. Elles retournent donc en audience publique devant le juge du fond qui se chargera de cette homologation.

Combien d'affaires les conciliations représentent-elles ?

En 2015, sur environ 11 000 affaires de contentieux général enrôlées au fond et réparties en une quinzaine de chambres (il ne s'agit pas des affaires de procédure collective), la chambre de placement en a sélectionné un peu plus de 1 000, soit un peu plus de 10 % des affaires. Sur ces 10 % d'affaires attribuées chaque semaine aux conciliateurs délégués, environ 30 % connaissent le succès. Nous



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

estimons, comme vous-mêmes, ce pourcentage limité, mais, pour diverses raisons, il ne l'est pas tant que cela.

Comment insérer l'expertise dans la conciliation?

Il s'agit d'un vrai sujet, lequel est d'ailleurs le thème de votre colloque, « La place de l'expert dans les modes alternatifs ».

Effectivement, s'il n'est procédé qu'à la conciliation entre juge ou conciliateur de justice, vous êtes à priori hors circuit, mais vous restez bien entendu disponibles dans les procédures au fond et de référé que vous avez relatées.

Je précise qu'environ 75 % des expertises sont décidées en référé au titre du 145 du cpc. Il en est différemment de l'expertise au fond en application de l'article 232 du cpc, où le juge décide seul d'une expertise, que les parties soient d'accord ou non, au motif qu'il a besoin d'être éclairé sur un certain nombre de sujets de son choix.

Dans de nombreux cas, nous ne revoyons pas ces expertises décidées en référé sur le fondement de l'article 145 du cpc, ce qui signifie que, finalement, de nombreuses parties se sont arrangées sur la



base de votre rapport, même si vous, experts, n'avez joué ni le rôle de conciliateurs ni celui de médiateur.

Concernant la conciliation stricto sensu, dans des affaires demandant de disposer d'une analyse technique approfondie et d'adopter une position précise (sans prendre parti) et surtout de pouvoir la discuter avec chacune des

parties, soit en contradictoire, soit en aparté, nous avons besoin du concours des experts, notamment dans les domaines tels que les déterminations des valeurs de parts ou les aspects techniques en informatique, où les parties se battent sur des utilisations de logiciels et à l'égard desquels nous sommes bien incapables d'y voir clair. En effet, nous devons savoir où placer chacune des parties dans leur différend qui les opposent. Par exemple, nous sommes actuellement saisis dans une affaire qui concerne le domaine maritime et fluvial, dont les réponses à un certain nombre de questions ne pourront être obtenues qu'avec l'aide d'un expert (comment une voie d'eau s'est-elle créée dans une péniche ?).

À cet égard, je citerai la réflexion du professeur COMTE-SPONVILLE lors d'un colloque d'experts judiciaires à Bordeaux : « L'expert, c'est le certainement faux et le possiblement vrai ». Cette citation s'avère tout à fait juste.

L'expertise dans le cadre de la conciliation— que je qualifierais plutôt de constat ou d'intervention de l'expert, car, n'étant pas décidée par un juge, l'expertise ne présente pas le caractère judiciaire — se situe en amont d'une procédure au fond dans l'hypothèse où la conciliation ne réussit malheureusement pas.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

L'expert pourra donc déjà évacuer de nombreuses difficultés. Son rôle sera alors prépondérant, car, sous la houlette du conciliateur, il pourra exposer aux parties ce qui peut être retenu ou pas. En cas de maintien du différend, le conciliateur interviendra alors et l'aide de l'expert s'avérera prépondérante.

Comme évoqué précédemment, à partir des conclusions de l'expert et de ses analyses, il sera possible de mener des débats contradictoires ou des débats en aparté.

J'ajouterais que, dans la mesure où nous sommes dans le domaine judiciaire d'intervention du tribunal de Commerce de Paris, la conciliation pratiquée y est gratuite et ne donne pas lieu à honoraire : se trouve ainsi maintenue la tradition de gratuité de la justice commerciale.

Mais, lorsque l'expert est désigné, d'un commun accord avec le conciliateur et les parties, une définition de la mission est faite en commun, avec, bien entendu, un montant d'honoraires : ce dernier sera débattu en présence du conciliateur, la règle étant que chaque partie en prenne la moitié à sa charge. De principe, en conciliation, une partie ne doit pas être plus avantagée ou désavantagée que l'autre et supporter plus que l'autre les frais d'expertise.

La conciliation est donc l'une des voies qu'emprunte le Tribunal de Commerce de Paris et qu'il essaye de développer. Elle démarre progressivement et dans son cadre le Tc de Paris cherche à vous réintroduire, non pas comme experts judiciaires, mais comme experts de parties, experts amiables ou consultants.

Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE

Merci. Restez avec nous. Vous aurez peut-être à répondre à certaines questions.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE – Directrice du pôle immobilier (ICH CRDI CAMI)

Merci infiniment. Avec ces deux dernières interventions, nous sommes entrés dans le vif du sujet. Nous voyons que la médiation est, avant tout, une affaire d'hommes et de volonté. Je vais donc vous laisser la parole, si vous souhaitez poser des questions aux différents intervenants.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

QUESTIONS-REPONSES AVEC LA SALLE

Francis COUSIN, Expert foncier et agricole de justice civile (Versailles) et administrative (Nantes)

Au niveau des ressorts administratifs, la conciliation n'est pas exclue.

Je ferai trois observations et un vœu.

Premièrement, il y a quelques années, lors d'un séminaire de développement personnel, le formateur m'a mis dans la tête : « Oui, mais foutu ».

Deuxièmement, dans le même esprit, lorsque vous avez évoqué le temps important de la dispute, cela m'a remémoré, dans un autre séminaire sur l'assertivité, le temps de l'émotion dans la formulation de la critique, lequel s'articule également en quatre phases.

Ma troisième observation porte sur « le pas de côté ».

Il y a quelque temps, au sein de notre compagnie d'Experts Fonciers, un confrère médiateur s'est vu opposer la difficulté, pour le technicien, de ce « pas de côté » ou de cette abstraction, car la solution trouvée n'était pas la solution technique la plus orthodoxe. Mais malgré tout, ce point s'apprend assez facilement.

Mon vœu est le suivant.

Dans ce débat entre nos deux tendances de société qui sont le dirigisme et le colbertisme – excusez-moi de ce raccourci – où, à l'opposé, l'abolition des corporations, j'ai observé, à l'issue des décrets, certaines chapelles se réclamant des représentants de la digne médiation et de la formation certifiée qu'elles allaient assurer.

J'espère donc que le décret ne sera pas trop coercitif ni trop impératif.

Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris

Je vous remercie de votre intervention, laquelle me fait du bien, car vous êtes vous-même féru de ces techniques et de cet état d'esprit. À un certain niveau, toutes les techniques se rejoignent, telles que la communication non violente, l'assertivité, la PNL, l'analyse transactionnelle. J'ai également effectué toutes ces formations, car lorsque nous y prenons goût, nous pouvons aller loin. À un certain état de sagesse, tout est pareil, tout se rejoint, tout est simple et est éclairé.

Etienne-Philippe HECKLE, Expert-Agricole

Je ne voudrais pas passer pour un obsédé textuel, mais j'aimerais rappeler que, depuis trente ans, nous assistons à des va-et-vient continus. En effet, à l'époque, nous avons le droit de faire de la conciliation et de l'arbitrage. Ce droit nous a ensuite été supprimé, puis nous sommes revenus à la case départ et il nous a été dit que nous pouvions à nouveau le faire. Cela a duré peu de temps, environ quatre à cinq



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

ans – le Président LUCQUIN s'en souvient bien – et subitement, il nous a été dit que nous ne pouvions plus faire de conciliation.

Par ailleurs, j'ai énormément apprécié l'intervention de Maître AYELA, qui est toujours très brillant, de même que les autres interventions, mais Maître AYELA a été beaucoup plus pratico-pratique, ce dont nous avons besoin.

Ma question est la suivante : comment parvenir à conclure, lorsqu'une médiation est lancée ? Mon problème se situe à ce niveau. Je tente de faire des médiations le plus souvent possible, ce qui n'est pas facile dans notre domaine, car les gens de chevaux sont impossibles, voire d'une absolue mauvaise foi. Nous parvenons donc à de bons résultats, mais nous ne parvenons pas à aboutir à une conclusion sérieuse. J'ignore si, dans cette salle, d'autres experts ou médiateurs ont la même expérience, car ce problème est peut-être de ma responsabilité. Je ne sais pas.

Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris

En médiation, en général, le Non veut dire Oui, c'est-à-dire que le Non est le préalable au Oui. En effet, il faut tenir compte de ce que nous appelons la courbe de deuil, laquelle s'applique à un besoin ou à un intérêt, même non vital. Il arrive toujours un moment où les parties ne sont pas d'accord, où elles sont en colère, avant de commencer à avoir une acceptation, un certain renoncement. Ensuite, elles éprouvent une envie d'aller de l'avant. Telle est la première réponse.

La deuxième réponse est que vous ne pouvez pas conduire les gens vers un accord, car cela vous est interdit juridiquement. En effet, vous avez raison, il est possible d'être obsédé textuel, d'interpréter les textes et souhaiter aller plus loin que ce que qui nous est apparemment interdit de faire. Mais, psychologiquement, vous êtes totalement englués dans ce statut très contraint, trop limité selon moi, de l'expert qui n'a pas le pouvoir d'amener les gens à la solution. Moralement, cela vous est interdit et devient donc quelque chose de tabou.

Cela est gênant, car pour conduire les gens à la solution, comme je vous l'ai dit, quatre temps sont nécessaires, le quatrième temps étant l'accord. Lorsque nous sommes en recherche de solution et que nous tâtonnons en nous interrogeant sur ce que nous pourrions accepter ou non, les choses sont donc loin d'être gagnées. Ensuite, il faut un savoir-faire et une autorisation supplémentaires pour amener les parties à un accord, pour formaliser une solution. Ce quatrième temps doit vivre. Or, en tant qu'expert judiciaire, vous ne pouvez pas le faire vivre. C'est la raison pour laquelle, malgré votre talent et votre envie, vous ne pouvez pas y arriver. Ou alors, les gens se mettront d'accord tous seuls.

En effet, si vous laissez discuter les parties, seules dans une pièce, il existe un pourcentage réduit de chance qu'elles se mettent d'accord toutes seules, et les taux de réussite seront les suivants :

- avec un médiateur pas trop maladroit : 15 % à 20 % ;
- avec un médiateur un peu adroit : 30 % ;
- avec un médiateur bien formé : 50 % ;
- avec un médiateur très efficace : 70 % (taux de réussite du CNAP).



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Mon propre taux de réussite se situe au-dessus des 70 %, car j'aime tant la médiation et la pratique, que je souhaite être au-dessus de la moyenne du CNAJ.

Nous avons donc ce niveau de pratique, et à mon avis, vous ne pouvez pas conduire les gens à un accord. Le problème est là : il faut changer cette loi.

Patrick GURY, Expert près la Cour d'appel de Besançon et près la Cour Administrative d'Appel de Nancy, Expert foncier et agricole, Médiateur

Je ne suis pas tout à fait d'accord sur ce point-là. En effet, à partir des apartés, rien ne nous empêche de présenter un panel de solutions. Tel est l'artifice que j'utilise. Je ne suis pas un médiateur-avisé, mais un médiateur-expert. Il est vrai que nous avons toute une sémantique qui tourne autour de la médiation, ce qui commence à devenir un imbroglio assez complexe. De plus, des enjeux sont parfois importants. À travers les experts-géomètres avec lesquels je travaille, je perçois le fait qu'à un moment, arrive le dogme de la limite. Cependant, la médiation peut aussi conduire à l'accord des gens de saisir un géomètre pour définir la limite. Je ne pense pas que les géomètres puissent se positionner, ce qui doit parfois les gêner. Ils doivent, d'après la loi, fixer la limite. En revanche, certaines personnes sont extrêmement réfractaires au fait d'arriver devant le géomètre pour se mettre d'accord sur la définition d'une limite. Ce problème est de plus en plus important.

Cet après-midi, je débattrai le plus simplement possible, car nous essayons toujours de ménager les susceptibilités, dans un paysage où il existe une multiplicité d'organismes formateurs. Mais, nous pourrions poser une réflexion, car le débat se situe toujours entre le généraliste et le spécialiste. En effet, nous nous apercevons que certains médiateurs généralistes ont également des spécialités. Or, dans le paysage administratif français aujourd'hui, « toutes les places sont prises ». Nous avons notamment un médiateur de l'eau, lequel est censé ne pas être un spécialiste, mais qui est en fait un ancien inspecteur général des services des finances, anciennement spécialisé dans les contrats, dans l'eau, etc.

Une formation de généraliste est importante à notre niveau, mais, en matière de spécialité, je pense que nous devons également avoir une formation qui soit développée de façon ordinaire, par nos ordres respectifs. En effet, l'expertise change aussi la personne. Pour moi, elle a changé beaucoup de choses. Pendant une année, j'ai fait l'effort de me former à la médiation, en raison du contentieux que nous devons toujours supporter. Lorsque nous sommes en expertise, les gens sont mécontents, agressifs, ce que vous connaissez également, mais avec davantage de recul, car l'avocat peut se permettre d'avoir des réponses plus directes que celles de l'expert, lequel a quand même « une chape de plomb ». Avoir cet exutoire des gens satisfaits et qui peuvent au moins dialoguer sans colère et sans affrontement, change beaucoup les choses.

Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris

J'aimerais vous répondre sur ce point, car il fait sens pour moi. L'éternel débat « Faut-il être un expert technique du sujet abordé pour être un bon médiateur, ou faut-il simplement être expert des techniques de médiation ? » est compliqué. Au départ, je pensais qu'il fallait être avant tout expert de la médiation, en pouvant par la suite, comprendre le domaine technique dans la mesure où les parties



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

vous l'expliquent. D'ailleurs, la médiation simplifie tout, car elle est oralité. L'écrit n'existe plus, ce qui est merveilleux. Tout est plus simple. Mais à présent, j'en viens à penser que les deux à la fois sont très bien. Vous avez donc une chance folle, car vous avez déjà un savoir-faire technique de votre métier. Si vous avez, en plus, un savoir-faire de médiateur et que vous réunissez les deux, vous serez redoutable.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Il existe peut-être des domaines nécessitant une compétence, telle que la médiation familiale dont vous parliez.

Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris

Il est possible d'être expert en psychologie, en relations humaines et comprendre les interactions humaines pour aider les familles à s'entendre et à savoir ne plus vivre ensemble, à apprendre à se séparer, à vivre bien ensemble, séparément. C'est un droit de vivre séparé en paix.

Quant à la position du médiateur, vous avez raison. Je la ressens. Je suis beaucoup à l'aise en posture de médiateur qu'en posture d'avocat. Être un médiateur est reposant, ce qui est à mettre en rapport avec le fait d'être à l'aise avec le conflit autour de soi. Il s'agit d'une question de programmation intrinsèque de votre position de vie, laquelle renvoie à l'analyse transactionnelle, sujet passionnant à ce propos duquel je vous invite à lire Éric BERNE. Être à l'aise avec le conflit autour de soi est dû à une capacité à se sentir bien dans ces moments-là, peut-être même mieux qu'en temps normal, ce qui est mon cas : lorsque les gens se disputent, je suis plus calme que les autres (je suis programmé pour être sauveur). Dans ces moments de conflits autour de soi, nous sommes donc finalement plus à l'aise que dans une position où l'on doit absolument aviser, défendre, donner tort ou raison. Là, nous sommes sur un recul, une prise de hauteur qui est extrêmement reposante. Lorsque vous savez bien le faire, vous déployez moins d'énergie.

Laurence CATIN – Juriste et formatrice en droit immobilier au CNAM Pays de la Loire, Professeur à l'ICH, médiatrice

Par rapport à la notion de « compétence », vous dites que nous sommes plus à l'aise quand « nous savons », ce qui est vrai. Mais, en même temps, le médiateur a généralement une position basse, ou en tout cas, une position de sagesse, puisqu'il a amené les parties à trouver leur propre. Pour l'avoir vécu, quand « on sait », il est aussi difficile de se retenir. En effet, lors d'une médiation, nous étions face à un constructeur et à un couple de retraités qui avait un problème de construction, et il n'était pas évident de me retenir et de ne pas dire que le constructeur avait tel droit. Effectivement, parfois nous sommes à l'aise, car nous ne défendons ni n'attaquons, mais il faut se retenir.

Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris

Nous pouvons proposer, mais non aviser. Vous l'avez très bien dit. Je suis mille fois d'accord avec vous. Il est possible de proposer des options avec le si magique, c'est-à-dire, de toujours insinuer sans jamais dire : « Faites cela » ou « Pourquoi ne faites-vous pas cela ? » Il faut dire aux gens : « Et si vous faisiez ça ? » « Avez-vous pensé à cela ? » Il faut toujours questionner. C'est le cheval de Troie : cette sémantique et ce vocabulaire passent l'idée dans leur cerveau et l'accueil se met en place. Il faut



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

accueillir les choses. Or, si l'idée n'est pas bien véhiculée, si les mots ne sont pas bien utilisés, aucun accueil ne sera possible et vous serez face à un rejet de l'idée. Le si magique est donc extrêmement puissant. Il correspond à l'insinuation, la troisième clé de questionnement pour interroger les gens : l'approfondissement, la contradiction, l'insinuation. (Cela figure dans mon livre Vérités croisées).

Jean-Pierre LUCQUIN, Conseiller du Président du Tribunal de Commerce de Paris

J'aimerais rappeler le décret de mars de l'année dernière, lequel impose aux parties et à leur conseil de justifier leur engagement d'une procédure d'arrangement de conciliation, de médiation. Ce décret est plus ou moins bien suivi.

En premier lieu, deux avocats peuvent décider, par un simple entretien téléphonique, de ne pas s'arranger au motif que cela ne sert à rien.

Deuxièmement, un certain nombre de grandes sociétés ont des stratégies internes de concurrence et de prises en compte de pertes éventuelles, avec des incidences fiscales, ce dont nous ne sommes pas maîtres. Pour répondre aux propos de Philippe HECKLE, nous arrivons à un certain niveau, puis le processus coince. Par exemple, pour des raisons fiscales, la Direction des Affaires juridiques d'une grande société préférera avoir un procès, voire le perdre, et provisionner, ce qui lui coûtera la moitié. Nous ne maîtrisons donc pas cela.

Ainsi, dans un processus de conciliation, comme vous l'avez tous souligné, tout semble fonctionner, et lors de la dernière ligne droite, le processus s'interrompt.

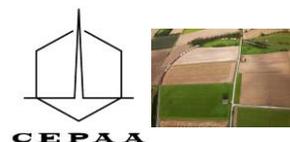
Au regard de ces deux éléments, la mauvaise application des nouvelles dispositions de l'article 56 du CPC engendre donc, dans le premier cas, le refus immédiat de négocier de la part de l'une ou des deux parties (demandeur ou défendeur) ; concernant le deuxième cas, nous avons une entrée en conciliation dont nous savons plus ou moins que, de toute façon, elle ne pourra pas déboucher.

Par ailleurs, nous devons également tenir compte de l'autre élément suivant : un certain nombre de parties souhaitent quand même aller en conciliation. Ultérieurement, il m'a été rapproché, par le juge du fond, de n'avoir rien fait dans ce domaine-là et d'avoir, finalement, enlisé la conciliation. Cela compte énormément dans notre pratique.

Michel Patrick LAGOUTTE – Président de la CEJGE

J'aimerais rassurer mes nombreux confrères, présents dans la salle. En fait, vous faites de la conciliation en permanence et en continu. En effet, vous allez concilier des gens sur la fixation des limites et 99 % de vos conciliations aboutissent à des accords. Je ne dois pas être très loin de la réalité, puisque très peu de désaccords partent, ensuite, vers les tribunaux.

Par rapport à tout ce qui vous a été dit aujourd'hui, je pense que, vous, les géomètres-experts, êtes les meilleurs futurs conciliateurs ou médiateurs de justice. Car, lorsque vous êtes devant des parties en conflit, vous acceptez d'être payé par une seule personne (celle qui vous a commandé) ; puis, en serrant la main de toutes ces personnes présentes autour de la borne que vous allez mettre ou non, vous allez, avec votre technique, démontrer, trouver l'accord concernant la future limite de leur assiette foncière.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

N'ayez donc aucune inquiétude en matière de médiation et de conciliation. Messieurs, mes chers confrères et chers amis, vous êtes prêts à affronter cette nouvelle justice du XXI^e siècle.

Jean Pierre LUCQUIN, Conseiller du Président du Tribunal de commerce de Paris

Je me permets d'ajouter un point au niveau du domaine économique : ces MARD doivent absolument réussir, car ce moyen permet de lutter efficacement contre l'impérialisme du *common law*. N'oubliez pas que, dans les pays de *common law*, les experts judiciaires n'existent pas et le juge a la possibilité d'imposer son choix. Il faut donc absolument contrer cette position. Apparemment, le *common law* paraît plus facile, mais, finalement, il n'est pas certain qu'il soit plus efficace ni aussi productif que notre système de l'expertise à la française.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Merci beaucoup. Je crois que nous avons deux autres questions dans la salle.

Claude DUVERNOY, Avocat, ancien bâtonnier des Hauts-de-Seine, Président de la Fédération Nationale des Centres de Médiation

À l'instar du premier intervenant, j'interviendrai sans poser de question. Vous avez eu la gentillesse de m'envoyer une invitation, et à sa lecture, j'ai trouvé le thème formidable. En effet, lors de ma rencontre, au mois de juillet, avec le Président du CNCEJ, je lui ai exprimé le fait qu'il serait magnifique que nos deux institutions collaborent à travers une convention de partenariat et que nous pourrions réfléchir à « La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement des différends ». J'ai donc pensé que le message était passé. Les interventions sont passionnantes, mais j'ai le sentiment que nous tournons autour des deux questions suivantes :

- L'expert est-il un médiateur par nature ?
- La place de l'expert dans les modes amiables plutôt qu'alternatifs (si nous éliminons l'arbitrage) ?

Ces deux questions sont, à mon sens, extrêmement différentes.

Concernant la première question, la plupart des médiateurs que nous formons commencent leur réunion d'expertise en annonçant : « Mesdames, Messieurs, je ne suis ni juge, ni arbitre, ni expert ». Je réponds de façon un peu brutale à la question ainsi posée, même si, effectivement, comme l'a expliqué Monsieur AYELA, des nuances existent. Mais, en tant que médiateur, j'avoue que je me sens extrêmement plus à l'aise vis-à-vis de dossiers auxquels je ne connais rien, tels que le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit bancaire ou le droit boursier, dossiers pour lesquels je suis un très bon médiateur. Mais, dans les matières que je connais, je suis beaucoup plus mal à l'aise, d'autant plus que les parties savent et vont pousser le médiateur dans ses retranchements. J'ai à l'esprit un exemple récent d'une dame à laquelle j'ai demandé de m'exposer la situation et qui m'a répondu : « Monsieur le médiateur, je suis victime d'un dol ». Je lui ai répondu ne pas comprendre et elle a rétorqué : « Mais, vous êtes avocat ! ». Je lui ai répondu « Non. Je suis médiateur ». Ce « pas de côté » évoqué précédemment est très compliqué dans ces situations-là.

J'aurais donc tendance à répondre à cette première question par la négative.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Concernant la deuxième question, « La place de l'expert dans les modes alternatifs », la FNCM regroupe le CMAP et l'IEAM, dont vous êtes membres tous les deux (David ZNATY étant membre du Conseil d'administration de la FNCM).

J'ai rédigé un guide pratique de la procédure participative que nous avons écrit à deux mains, voire à trois mains, dans la mesure où nous avons également un juge chargé du contrôle des expertises. Les deux questions qui nous ont fortement tarabustés (nous avons mené une réflexion de 60 à 90 heures) sont les suivantes : la confidentialité (pour les avocats) et la place de l'exemple en procédure participative. Car ces modes amiables présentent une nouveauté, à savoir, l'absence de juge : aucun juge ne désigne, aucun juge ne fait la mission, aucun juge n'est chargé du contrôle des experts, ce travail étant celui des parties. Or, lorsque nous avons expliqué aux experts que nous ferions leur mission lors d'une procédure participative, ils s'y sont opposés fermement.

Dès lors, en médiation ou en processus collaboratif, comment articuler la confidentialité de ces trois modes amiables et la place de l'expert ?

Comment participent-ils à l'élaboration de la mission ?

Quelles informations pouvons-nous lui donner avec cette règle de confidentialité ?

Comment sa responsabilité est-elle organisée ?

Comment sa rémunération est-elle fixée ?

« La place de l'expert dans les modes alternatifs » suscite donc toutes ces questions importantes. À cet égard, je souhaite l'avancée de nos réflexions cet après-midi.

J'espère également que le Président du CNCEJ acceptera de réserver une suite favorable à la proposition malhonnête que je lui ai faite au mois de juillet.

Richard DAMBRINE, Expert agricole SEPA

J'aimerais répondre à Michel Patrick LAGOUTTE. Les géomètres étant très cartésiens, il leur est facile d'aller vers la négociation ou la conciliation. Au niveau des expertises agricoles, nous travaillons sur du vivant, dont le caractère multifactoriel est plus difficile. Même si nous y parvenons de temps en temps, le lien de causalité est beaucoup moins évident.

Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE, Géomètre-Expert D.P.L.G., Expert près la Cour d'appel de Paris

Je vais te répondre sur le caractère cartésien des géomètres. Notre allure est en effet très cartésienne. Mais lorsque nous sommes obligés de lire des titres de propriété, afin de remonter la manière dont s'est construite la propriété, etc., à mon avis, la notion de cartésien est quelquefois largement discutable.

Patrick de FONTBRESSIN, Avocat

J'aimerais revenir sur la pratique du Tribunal de Commerce de Paris, laquelle mérite que nous lui rendions hommage. Monsieur le Président LUCQUIN nous a en effet exposé l'heureuse alliance de la



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

technique et de la conciliation, à partir du moment où l'expert allait pouvoir intervenir avec le juge consulaire conciliateur. En ce point, vous êtes précurseurs. En effet, certains pays, notamment la Norvège, qui n'ont pas hésité à faire venir au tribunal des experts – qui participent à la juridiction – pour rendre un jugement. Ici, au contraire, vous êtes précurseurs, dans la mesure où vous annoncez être dans une phase où vous souhaitez l'élimination du contentieux. Car, au lieu de faire venir un expert dans le cadre de la juridiction afin de rendre un jugement long et coûteux et qui, particulièrement en matière commerciale, ne correspondra pas toujours à ce que les parties recherchent, en amont, vous permettez à la technique d'aller vers une aide à une décision que les parties prendront elles-mêmes. Cette démarche est beaucoup plus intelligente et intéressante.

Deuxièmement, la confidentialité évoquée par mon confrère Claude DUVERNOY est un point extrêmement important. Monsieur le Président, vous avez expliqué qu'en dépit des dispositions nouvelles du Code de procédure civile, un certain nombre de sociétés préféreraient parfois ne pas concilier, plutôt que de justifier, lors de l'arrivée de l'affaire devant le Tribunal, d'un préalable de conciliation entre les parties. Cela est effectivement exact pour des raisons d'ordre fiscal et de provisions au bilan que vous avez évoquées.

Cependant, une autre question, non évoquée jusqu'à présent, se pose également : la confidentialité. En matière consulaire, il ne faut pas oublier que la représentation par avocat n'est pas obligatoire. (Je parle sous le contrôle de mes confrères ici présents).

Lorsque nous adressons la première lettre d'usage à une société qui sera notre adversaire, nous lui écrivons : « Les règles déontologiques ne nous permettant de prendre contact directement avec vous, je vous saurai gré de nous faire connaître le nom de votre conseil habituel » et que cette société répond ne pas avoir de conseil (ce qui n'est pas le cas) et m'invite à prendre contact avec le directeur du contentieux, chef de ses services juridiques, lequel est ma disposition pour me rencontrer, le problème de la confidentialité se pose.

En effet, si nous le recevons chez nous, la question de la confidentialité se posera, de même que la question de la pression que nous pouvons éventuellement exercer dans notre cabinet et qui pourra nous être reprochée. Par ailleurs, si nous allons chez lui, nous allons chez l'adversaire, nous ignorons quelles pourront être les modalités de preuves qui seront éventuellement réunies contre nous (car, la preuve par tous moyens étant possible, nous ne savons pas qui assistera à l'entretien ni dans quelles conditions). Nous nous trouverons ainsi face à une impasse.

Or, dans la situation prévue par le Tribunal de Commerce, si nous sommes face à une hypothèse de ce type, le fait d'avoir un magistrat conciliateur qui nous écouterait en présence du représentant de la société (même s'il s'agit d'un chef de services juridiques et que la société n'a pas pris d'avocat) et en présence de l'avocat, le problème de la confidentialité est exclu et nous permet d'être dans une situation parfaitement nette.

Je crois que ce problème très important mérite d'être creusé à cet égard.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Jean-Pierre LUCQUIN, Conseiller du Président du Tribunal de Commerce de Paris

Je partage tout à fait vos propos, Maître. Le juge du contrôle, c'est la confidentialité. Les magistrats et les juges sont astreints à la confidentialité, ce dont les parties feront ce qu'elles voudront, avec les conséquences éventuelles.

Un conciliateur n'est évidemment pas juge. Tout l'amont que vous venez de décrire peut effectivement poser un problème avec les avocats, étant précisé que le Tribunal de Commerce de Paris n'impose pas. Mais, la présence des avocats est absolument indispensable compte tenu de la nature des litiges que nous avons à traiter, même si la procédure est orale. En général, les avocats viennent seuls aux premières réunions ; par la suite, ils sont accompagnés des parties, car cela est plus facile pour conclure.

De plus, le conciliateur est désigné par un jugement du Tribunal : il est donc conciliateur de justice. Lors de la première réunion de conciliation, le conciliateur précise que tout ce qui sera dit au cours de la réunion et des réunions ultérieures est confidentiel, avec les risques que cela comporte.

Cette question de la confidentialité est d'ailleurs également abordée vis-à-vis de l'utilisation ultérieure du rapport d'expert dans le cadre de la conciliation, et ce sujet important doit être traité :

- soit une partie s'y oppose et par conséquent, le rapport d'expert qui sera donné dans le cadre de la conciliation ne sera pas opposable ultérieurement (les parties devront s'accorder sur ce point, car il n'existe pas de conciliation sans l'accord des parties) ;
- soit le rapport est opposable, mais dans ce cas, les parties doivent être d'accord.

Lorsque l'expert a rendu son rapport et qu'une conciliation donne lieu à un constat d'accord – à savoir, un texte signé par le conciliateur dans un cadre de confidentialité – dans la quasi-totalité des cas, il est dit que cet accord ne pourra pas être remis en cause ultérieurement devant des juridictions. Nous sommes donc extrêmement attentifs à ce point et aux risques existants entre des parties et un avocat. Nous revenons, ici, à la déontologie professionnelle.

Maître Christophe AYELA, Avocat au Barreau de Paris

En effet, la médiation et la conciliation constituent forcément une parenthèse de confidentialité, ce qui permet de conduire les gens vers un accord. Cela est tout à fait vrai en conciliation où l'expertise demeure confidentielle, mais ce n'est malheureusement pas le cas en droit collaboratif. Je pense qu'il s'agit d'une faille de la loi : la procédure participative permet de nommer des experts, mais leur rapport n'est pas confidentiel. En cas d'échec de la procédure participative, le rapport d'expert peut être ultérieurement produit en justice, ce qui constitue une brèche de confidentialité au niveau de la procédure participative.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Merci infiniment. Nous constatons la richesse du sujet. Nous avons vu que tous les outils juridiques existants masquaient la technique de médiation, celle-ci étant le point à retenir des interventions de



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

cette matinée. En effet, la technique de médiation peut être utilisée par l'expert. Même si ce dernier n'a pas vocation à devenir médiateur, cette technique doit s'inscrire dans les parcours professionnels. Nous allons remercier nos intervenants, Laurence CATIN, Emmanuelle DUPARC, Maître AYELA et Monsieur LUCQUIN, lesquels nous ont éclairés ce matin sur tous les aspects de la médiation. Le programme de cet après-midi sera également extrêmement riche.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends



Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE

Mesdames, Messieurs, je vous propose de reprendre nos travaux. Je vais demander à Stéphanie LAPORTE LECOMTE d'introduire les nouveaux intervenants.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Nous allons reprendre les débats de l'après-midi en commençant par Monsieur Patrick GURY qui va nous présenter la place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement des différends. Monsieur Patrick GURY est Expert foncier et agricole et Expert

près la Cour d'appel de Besançon et de Nancy, et médiateur.

Ensuite, Monsieur Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des Médiateurs et des Conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris, nous présentera le point de vue du magistrat sur la place de l'expert au sein des modes alternatifs de règlement des différends.

Nous terminerons par une ouverture sur l'Europe, ce qui est toujours très agréable, pour terminer une journée comme celle-ci. Monsieur Patrick de FONTBRESSIN, Avocat au Barreau de Paris et Conseil du CNCEJ, viendra donc nous présenter la place des MARD dans l'Europe et l'expertise de demain.

Nous avons donc de nouvelles belles perspectives de discussion.

LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS DU POINT DE VUE DE L'EXPERT FONCIER

Patrick GURY, Expert près la Cour d'appel de Besançon et près la Cour Administrative d'Appel de Nancy, Expert Foncier et Agricole Agréé, Médiateur et Président de la chambre syndicale des Experts Fonciers Agricoles et Immobiliers du département du JURA.

Quelques observations liminaires s'imposent, afin d'exposer le caractère spécifique du titre et des missions de l'Expert Foncier¹, et sa légitimité historique et actuelle à intervenir dans le processus de médiation.

Fondamentaux chronologiques

Une ordonnance royale officialise la profession d'Expert Agricole et Foncier ("Donneur d'avis" à l'époque) dès 1567.

¹ L'Expert Foncier et Agricole peut également se désigner sous le titre d'Expert Foncier. C'est sous cette appellation que nous le citerons par mesure de simplification dans cet article.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends



À un moment, Par la suite, une séparation s'est produite au sein de la corporation des Arpenteurs qui sont devenus pour une part les Arpenteurs ruraux (les Experts Fonciers et Agricoles actuels) et pour l'autre les Arpenteurs des forêts royales (les géomètres d'aujourd'hui), auxquels le bornage était dévolu.

Il s'agit bien d'une profession ancienne, avec une vacance juridique observée à partir de 1789, date à partir de laquelle l'activité des Experts Agricoles s'est poursuivie dans une certaine confidentialité.

A partir de 1946-1947, une Confédération se met en place, avec une organisation de chambres

départementales.

En 1950, 1800 Experts Fonciers étaient répertoriés, sans mention de spécialisation ou de domaine particulier de compétence.

Un cadre réglementaire et une organisation professionnelle

Deux organismes de tutelles ordonnent la profession : le CNEFAF (Conseil National des Experts Fonciers Agricoles et Forestiers) et la CEF (Confédération des Experts Fonciers).

LE CNEFAF :

Créé par le décret n°2006-1345 du 2006, pris pour application des Loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 art. 59 et n°2005-157 du 23 février 2005 art. 96, le Conseil National de l'Expertise Foncière Agricole et Forestière est une structure de type ordinal regroupant l'intégralité des experts fonciers et agricoles et des experts forestiers.

Il a pour mission, en particulier :

- d'agrèer les nouveaux experts fonciers et agricoles (ce titre se substituant à l'ancien titre d'expert agricole et foncier) et les experts forestiers, conformément aux dispositions des articles L 171-1 et R 171-1 à R 171-29 du code rural.

- d'établir la liste nationale des Experts Fonciers et Agricoles et des Experts Forestiers.

Le législateur a également doté le CNEFAF d'un pouvoir disciplinaire lui donnant rang de juridiction administrative, les recours éventuels s'exerçant devant le Conseil d'Etat.

Seules les personnes inscrites sur la liste nationale, publiée par le Conseil National de l'Expertise Foncière, Agricole et Forestière, peuvent porter le titre d'Expert Foncier et Agricole et le titre d'Expert Forestier.

Pour l'ensemble en application des articles L-171 à L171-3, des articles R171-1 à R 171-29, des articles R 172-1 à R B172-10, des articles R173-1 à R173-63 et des articles 174-1 à 174-13.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Les champs d'activités reconnus de l'Expert

Ces champs sont les suivants :

- l'expertise Foncière, Agricole et Forestière ;
- les estimations en milieu urbain et rural des immeubles bâtis et non bâtis, privés, publics, commerciaux et industriels ;
- le conseil relatif aux usages et servitudes du sol et à sa propriété ;
- l'étude d'avant-projet et de projet, étude d'évaluation environnementale, étude d'impact ;
- la rédaction des contrats (baux –conventions-avenants....)

Conformément aux termes de la loi du 31 décembre 1990 réglementant les activités juridiques, l'Expert Foncier et Agricole est habilité à procéder à la rédaction d'actes (baux et conventions...) ou à la délivrance de conseils juridiques dans la mesure où ces activités s'établissent dans le prolongement direct d'interventions expertales.

Les experts fonciers et agricoles font partie des professionnels dispensés de se procurer une carte de gestion et/ou de transaction en préfecture pour les opérations qu'ils sont régulièrement habilités à réaliser dans le cadre de leur profession. (Article 95 du décret n°72-678 du 20 juillet 1972 fixant les conditions d'application de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et fonds de commerce, dite "Loi Hoguet").

Le CNEFAF compte 755 membres titulaires aux profils très diversifiés pour certains généralistes, pour d'autres, spécialistes. D'aucuns même s'inscrivent exclusivement dans le champ de l'assurance, ce qui peut poser, à mon sens, quelques problèmes déontologiques, notamment dans le cas d'inscription sur une liste de Cour d'Appel.

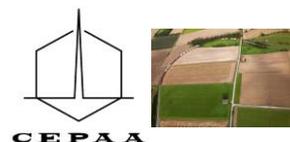
Personnellement, mon cabinet d'expertise répond à des demandes de missions, dans le cadre de contrats de protection juridique professionnelle s'inscrivant dans des champs concernant mes spécialités. Ces missions spécialisées, s'exercent en toute indépendance des compagnies d'assurance ; elles engagent ma responsabilité. Ainsi la transparence est garantie et écarte toute ambiguïté quant au rôle et la fonction de l'Expert Agréé.

LA CEF

Organisme de formation, outil syndical, la Confédération des Experts Fonciers assure principalement la cohésion des chambres départementales et régionales par l'information, la mise à disposition d'un espace membre avec bibliothèque documentaire, outils de communication dont un forum réservé aux experts.

L'expert foncier, un homme de terrain

L'expert foncier est capable d'appréhender le droit foncier, rural et urbain.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Il est formé à l'évaluation globale du patrimoine, y compris des entreprises du secteur industriel et agricole. L'estimation d'exploitation agricole dans les secteurs céréaliers, laitiers, maraichers est un type de mission en progression pour cause de mutations, d'abandon d'activité ou de retraite sans repreneur. La transmission de l'exploitation dans le cadre familial n'est plus la règle. Hormis Outre l'aspect comptable, l'estimation d'entreprise agricole reste complexe notamment dans le secteur de l'élevage et dans le secteur des productions spécialisées où il est souhaitable de tenir compte des prérogatives d'intervenants tiers (Vétérinaire...).

Le développement d'exploitation à partir d'itinéraires en agriculture biologique nous amène à modifier nos opérations expertales et à réviser les méthodologies compte tenu de la diversité des pratiques et des itinéraires cultureux mis en œuvre notamment dans le contexte de circuits courts de production.

Ma pratique d'Expertise Foncière et Agricole

Mon cabinet principal est situé dans le Jura, dans la bande frontalière, limitrophe de Pontarlier (25). Il est complété par deux établissements secondaires, situés respectivement à Lons-Le-Saunier (39) et à Talant (21).

À Talant, notre plateforme qui regroupait cinq cabinets d'expertise foncière dans des domaines identiques a évolué désormais en un regroupement d'experts spécialisés indépendants travaillant en réseau de compétences. Ce qui nous a permis de réduire les charges au plan administratif. La plateforme de TALANT (21) nous permettant d'utiliser un lieu de rendez-vous équipé avec salle de réunion, matériel informatique et connexion internet.

Nous associons nos compétences selon les cas, en co-traitance, éventuellement en sous-traitance, lorsque l'évolution de la mission le nécessite.

Les personnes associées

Pour ce qui concerne mon cabinet, je travaille de façon privilégiée avec :

- Un Ingénieur ENITA, expert foncier, dont le domaine de spécialité environnemental porte sur les études d'impact, les dossiers d'autorisation/déclaration et la réalisation d'inventaire faune/flore.

En cas de dossier « agronomique » ou « forestier », mes confrères et consœur me le rétrocède.

A titre d'exemple, les problématiques portant sur les zones humides rencontrées aujourd'hui s'avèrent extrêmement délicates en raison d'un récent protocole. Auparavant, trois critères associés étaient nécessaires pour caractériser une zone humide (critères pédologiques, faune, flore). Désormais, un seul critère y satisfait, avec toute la marge d'incertitude, d'inconstance, de nuances qu'il est impossible de restituer sur la foi d'un seul critère. Dès lors, si un carottage à 50 cm expose des traces d'oxydo-réduction, le site est réputé « zone humide ». Il s'ensuit alors un processus qui peut selon l'occurrence être souple ou très complexe, mais dans tous les cas, l'estimation en est. Cela complexifie fortement l'estimation et l'intervention. Au-dessous de 10 ares, une zone humide peut par exemple être drainée



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

(asséchée) sans inconvénient réglementaire, mais au-dessus de 10 ares, la réglementation entre en application sous le régime de l'autorisation jusqu'à 3 hectares en cas de travaux. Au-delà, elle tombe sous le régime de l'étude d'impact, ce qui implique une « déclaration », ou une « autorisation ». Un contexte qui introduit des variables au processus d'estimation ou d'évaluation. Le travail de l'Expert, technicien et sachant, est remplacé par une matriochka administrative qui s'éloigne toujours plus des éléments factuels, concrets et tangibles. Notre rôle évolue, consistant, à apporter alors toute l'information nécessaire, l'assistance et le conseil au mandant.

Nous travaillons également de concert sur l'évaluation du préjudice écologique et l'appréhension des services écosystémiques.

- Un ingénieur paysagiste, également paysagiste-conseil de l'État et Expert près la Cour d'appel de Besançon.

Nous collaborons sur des études de territoire, pour lesquelles l'évaluation foncière s'avère incontournable des éléments de contexte, d'échelles (temporelles, spatiales) et des enjeux/responsabilités portés par la collectivité pour une vision territoriale prospective (et positive). L'approche de terrain se complète d'une maîtrise en géomatique.

- Un œnologue-conseil (expert foncier et expert près la Cour d'Appel de Besançon)

Nous sommes régulièrement sollicités dans l'univers de la vigne et de la vinification. L'intervention de notre confrère spécialiste est alors requise en cas d'estimation incluant les chais.

- Un docteur vétérinaire, spécialisé en biologie et biomécanique animale. Médiateur bien-être animal, il est également Expert près la Cour d'Appel de Besançon)

Nous pouvons le solliciter dans le domaine de l'agroalimentaire, mais aussi pour des précisions sur des pathologies relatives à des animaux d'élevage que nous sommes à même de remarquer dans le cas notamment d'estimation d'exploitation en production, lait et viande.

Nous pouvons l'interroger également sur les conditions de bien-être animal, concept qui existe en droit européen (UE) depuis 1992. D'abord consacré symboliquement, il est aujourd'hui normalisé. En 2012, l'animal s'est vu reconnaître le caractère d'être sensible. Un certain nombre de lois européennes (quelques règlements, d'application directe, et surtout des directives) sur la protection de l'animal (transport, élevage, abattage...) et l'étiquetage des produits biologiques ont été adoptées et transposées en droit national.

- Un ingénieur conseil / hydrologue

Que nous sollicitons sur les problématiques particulières, pollution de l'eau, nappes phréatiques, plans d'eau ou cours d'eau notamment. Nous avons également recours à lui lors d'altérations morphodynamiques, d'atteintes caractérisées à un cours d'eau consécutives à des aménagements (recalibrage-curage-production hydraulique ...). La modélisation de cours d'eau est l'un de ses attributs au sein de notre réseau.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Activité 2015-2016

A titre d'illustration, l'activité du cabinet, exposait un temps de travail ainsi réparti :

- Estimation immobilière d'entreprise et de patrimoine remarquable : 30 %.
- Estimation agricole y compris plans d'eau : 30%
- Estimation de peuplements et sols forestiers : 20 %.
- Etudes et Conseil y compris expropriation : 15 %
- Médiation* : 5 %.

La médiation* ne relevant pas essentiellement d'une mission exclusive mais de processus et de pratiques mis en œuvre dans des missions liées à des contentieux (le plus souvent fonciers), afin d'améliorer les relations entre les parties concernées, par la prise de recul, le rétablissement du dialogue.



La médiation, mode de règlement alternatif des conflits dans l'expertise foncière et agricole

Je peux intervenir à l'initiative d'assuré dans le cadre de procédures d'indemnisation qui n'ont pas pu être résolues ou qui n'ont pas trouvé de solutions financières acceptables, en face d'un expert ou cabinet d'experts d'assurance qui se heurtent au refus de l'assuré de valider l'offre financière réparatoire.

L'estimation des successions et leur partage mobilisent également les compétences de médiation.

Selon la doctrine et les usages, le médiateur est notoirement et avant tout reconnu comme « un généraliste ». Pour les domaines qui nous concernent, notre expérience atteste que si le médiateur n'est pas un spécialiste dans la matière concernée par la médiation mise en œuvre, celle-ci présentera des insuffisances notamment dans sa conduite préliminaire.

Il faut, dans ce cas précis de la médiation foncière, prendre garde à ne pas occasionner de gêne, être dans la juste mesure, l'expert ayant tendance à agir en tant que Sachant.

Il est incontestable que l'affectif est le ferment mais également l'une des clés facilitant le dénouement du différend. Et pour la majorité des cas relatifs à la médiation foncière, les différends ont aussi pour catalyseur une problématique financière.

La médiation : des avantages incontestables

Rapidité en comparaison avec un procès



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

- En médiation judiciaire, le processus ne peut excéder une durée de 3 mois, renouvelable une seule fois.
- En médiation conventionnelle, les parties ont une totale maîtrise de la durée du processus.

Confidentialité

Il n'existe ni audience publique ni décision publiée lors d'une médiation.

Restauration ou préservation des relations entre les parties, souvent affectées et impressionnées par la mise en place d'une procédure judiciaire.

La reconnaissance et l'acceptation des phénomènes d'affects.

S'inscrire dans un processus de médiation implique pour le médiateur d'entrer dans l'histoire du différend tout en conservant une position d'observateur avec tous les critères d'indépendance et d'impartialité attendus et exigés.

Le déni de certains éléments du conflit est un mécanisme de défense contre la douleur affective ; il exige de la part du médiateur force de discernement,

Nous avons eu l'occasion, à l'issue de médiations, de constater de façon rétrospective que la reconnaissance de la douleur causée à l'autre peut s'avérer être l'un des déclencheurs de la solution apportée au conflit.

Le médiateur dans l'expertise foncière, généraliste ou spécialiste ?

- la thèse soutenant le « médiateur-généraliste »

Ou

Les arguments pour le « médiateur-généraliste »

Il offre la garantie d'un cadre structuré, maîtrisé pour le déroulement de la médiation ; son autorité en qualité de médiateur est acquise, encadrée sur une éthique et une déontologie.

Il n'appartient pas au médiateur d'affronter et de résoudre le conflit, ce qui est une position plus confortable, les efforts étant alors portés sur le processus.

Le protocole repose sur la combinaison appropriée d'outils théoriques (analyse transactionnelle et/ou systémique) et d'outils pratiques (techniques de prise de note, travail au tableau, etc.), dont l'abord technique sera estompé par l'édification de la sphère de l'échange. La médiation s'inscrit dans un cadre et respecte un déroulement rigoureux, en restant à l'écoute et en interactivité avec le comportement variable et parfois inattendu des médiés. La maîtrise de la technique est fondamentale, guetter dans la posture ou dans l'attitude, les replis, les appréhensions, les ouvertures, pour reconnaître cet instant de basculement probable, dans le sens de l'accord ou dans celui de l'opposition irréversible.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Le généraliste de la médiation privilégie le savoir-être plutôt que dans le savoir-faire, mais toujours dans l'objectif d'établir (de poser) un environnement favorable à l'expression, quelle qu'en soit la forme (code, langage corporel, gestalt...). Sa formation en sciences comportementales est un puissant atout.

- la thèse soutenant le « médiateur-spécialiste »

Il est doté des qualités essentielles attendues du médiateur et exposées ci-avant. C'est le postulat de départ.

Ce médiateur a un ou quelques domaines ciblés de compétence. L'intervention du médiateur spécialiste pourrait relever de la demande des parties et de la matière du conflit. En effet, outre le contexte de la médiation, existe ce qui est appelé *la matière*, ce sur quoi le conflit s'est nourri et structuré, pour atteindre le stade du presque *insupportable*. À ce moment-là, une solution *dans l'honneur* doit être absolument trouvée, pour que chacun puisse se positionner.

Les conflits fonciers précisément engendrent des positions offensives ou défensives renforcées par la nature souvent complexe du problème et par les aspects techniques inhérents, dont les médiés sont loin de maîtriser les nuances ou les implications (socio-culturels, économiques, politiques, institutionnels, etc...). La maîtrise du sujet est alors un prérequis qui apporte au processus de médiation, les informations nécessaires ou manquantes, les clefs de compréhension, et l'amorce probable du dialogue.

Deux exemples à fin d'illustration

- Le Médiateur de l'Eau

Il a pour mission de favoriser le règlement amiable des litiges qui peuvent survenir entre les consommateurs et les services publics d'eau et d'assainissement. Indépendant et impartial, le Médiateur de l'Eau est chargé, avec l'appui d'une équipe, de rapprocher les points de vue pour ouvrir la voie à une solution amiable et éviter ainsi de recourir à un tribunal. Son profil est le suivant : ancien docteur vétérinaire, titulaire d'une thèse de doctorat sur la « micro bactérie de l'eau », et directeur d'une clinique vétérinaire. Il était également inspecteur vacataire et responsable d'abattoirs, où, en matière d'eau, les intrants sont extrêmement importants.

Il est incontestable que le Médiateur de l'Eau est donc et demeure avant tout un spécialiste.

- Le médiateur des relations commerciales agricoles

Faisant suite au décret du Ministère de l'Agriculture du 5 Avril 2011, créant le statut de médiateur des contrats agricoles, conformément au décret du 18 mai 2015, publié le 20 Mai 2015 élargissant son champ de compétence, le médiateur peut être saisi de tout litige relatif à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat ayant pour objet la vente ou la livraison de produits agricoles, ou la vente ou la livraison de produits alimentaires destinés à la revente ou à la transformation.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Il s'agit en l'occurrence d'un inspecteur général de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), spécialiste du domaine dans lequel il intervient en médiation.

Pour conclure : médiateur-généraliste versus médiateur-spécialiste

À mon sens, le médiateur généraliste remplit les conditions de méthodes, de déontologie, mais aussi les conditions de moralité (honnêteté, loyauté, etc.), et bien entendu les conditions de qualités (indépendance, écoute active, respect de la confidentialité). L'ensemble de ces conditions trouve sa validation à travers la formation initiale et dans l'exercice du métier de médiateur appuyé par une formation continue destinée à actualiser ses connaissances dans le domaine de la médiation.

Concernant le médiateur spécialiste, celui-ci est indéniablement un médiateur généraliste. Cependant, il est doté de savoirs et de compétences spécifiques dans la matière d'un conflit, afin d'être à même de saisir rapidement et efficacement le contexte technique du conflit et d'affiner l'acuité de son écoute.

La co-médiation : une solution ?

Elle consisterait en l'association d'un médiateur généraliste qui réglerait l'ensemble des dispositions qui organisent la médiation et d'un médiateur spécialiste qui assurerait la lisibilité et la compréhension technique des échanges, l'ensemble constituant un binôme bien entendu rôdé à cet exercice à partir d'un registre d'intervention coordonné.

Il faut rappeler que seuls les médiés ont une connaissance exhaustive des données du conflit qui les oppose et des conditions, « techniques » et affectives, dans lesquelles leur différend a pris naissance et a grandi. Nous ne sommes pas à même d'appréhender, mieux qu'eux, le conflit qui les oppose. Nous pouvons cependant créer les conditions nécessaires à l'émergence d'un dialogue et à l'élaboration d'une résolution, sans qu'il puisse être su, à l'ouverture d'une médiation, quelle part de spécialisation ou de médiation serait prépondérante. .

La co-médiation ne s'imposerait pas systématiquement à l'ensemble des médiations, mais serait réservée à certains cas en raison de leur complexité.

Par exemple, les médiations en entreprise, en fonction de la nature du contentieux – problèmes de relations entre salariés, de process techniques, de conflits avec des fournisseurs – la médiation sera totalement différente et fera appel à des spécialités. Le médiateur devra donc parfaitement comprendre les situations, car lorsque les personnes exposeront leur conflit, leur niveau de langage sera à l'évidence extrêmement technique et obscur pour un néophyte.

Les médiations peuvent effectivement présenter des niveaux de conflits nécessitant l'intervention d'un spécialiste ou d'un expert du fait :

- d'un niveau de spécificité particulier et complexe ;
- d'un nombre important d'intervenants eux-mêmes spécialistes : des personnes en médiation pour le règlement d'un conflit peuvent également être des spécialistes ; hormis la recherche



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

d'un accord, le fait que le médiateur ne maîtrise pas le vocabulaire technique pourrait fausser le résultat.

Les réserves

- La durée peut être allongée pour la co-médiation, en raison de la présence de deux intervenants.
- Les médiations ne sont pas toutes propices à la co-médiation.
- La co-médiation est plus onéreuse (deux personnes sont à rémunérer).
- Une défiance possible des médiés pouvant rendre leur accord difficile dans le processus.
- Une concurrence involontaire pourrait naître entre les co-médiateurs.

les évidences et prérequis

L'absence de biais corporatistes en présence de deux co-médiateurs complémentaires.

Les compétences de chaque co-médiateur mieux ciblées.

Une différence de coût peu perceptible dans le cas d'un nombre important de médiés : en effet, lorsque les parties sont nombreuses, il est difficile de porter attention à tous les propos échangés ; or, le médiateur se doit être dans une écoute active. Une connaissance préalable entre co-médiateurs est à rechercher, que ce soit pour viser une complémentarité parfaite ou pour faire le choix d'un effet leader/accompagnateur basé sur l'alternance et la ponctualité des interventions de l'accompagnateur. Dans tous les cas, c'est un binôme préparé qui intervient.

L'expert-foncier est assurément un médiateur spécialisé

Nous menons actuellement une réflexion sur une appellation de *médiateur foncier*. En effet, ce dernier aurait une connaissance non pas spécifiquement du droit du sol, mais de tous les usages, occupations et servitudes attachés à celui-ci, fonds et tréfonds confondus. Ces compétences dans le champ de la médiation, dans des domaines particuliers pourraient être, le cas échéant être requis dans le cadre d'une co-médiation rendue nécessaire compte tenu de sa nature et de l'importance des enjeux mis en perspective.

J'ai pu l'expérimenter, la formation à la médiation influe positivement sur la conduite d'opérations expertales contradictoires. En effet, imprégné du processus de la médiation et des techniques apprises, j'observe à mon sens une approche et une observation beaucoup plus pertinente au cours du déroulement des opérations d'expertise, non pas sur les constatations techniques que je maîtrise, mais sur les parties présentes hors toute considération immédiate de responsabilité.

Il est important que l'Expert consacre du temps - davantage de temps - à écouter, et à saisir les signes des parties en présence. Cet intérêt porté par le regard et l'écoute à l'autre et que celui-ci ressent, a pour effet de désamorcer son agressivité, sa colère.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends



Conclusion

Dès lors, nous devinons la difficulté à former des médiateurs dans un objectif de professionnalisation de leur activité, la médiation étant déjà une spécialité et le médiateur un spécialiste.

Je pense que le médiateur peut être également un spécialiste dans les registres et domaines dans lesquels il intervient et ce le cadre de processus de co-médiation.

Je mène cette réflexion, car il serait possible d'envisager que les personnes soient formés à la médiation en tant que généralistes et qu'à travers les structures ordinales ou autres, nous ayons une formation spécifique et continue, au sein de laquelle nous intégrerions des de médiation. La médiation pourrait donc s'articuler autour d'une formation initiale incluant une formation plus spécialisée et assortie d'une partie *expérimentation*. Cela permettrait de s'interroger sur la manière d'intégrer des procédures de médiation dans des contextes spécialisés et dans des situations particulières.

Mes propos peuvent paraître redondants à considérer ceux des intervenants précédents plus compétents que moi-même en la matière, mais au niveau de mon activité, je ressens les choses ainsi. En effet, plutôt que de rechercher un partenariat factuel dans le cadre d'un cabinet, je me suis associé les compétences de personnes maîtrisant leur activité et ayant du recul par rapport à celle-ci (par exemple sur l'ensemble d'un cursus annuel). Ainsi, dans des situations particulières, je m'associe donc leurs compétences, où eux-mêmes s'associent la mienne. Par conséquent, il nous est extrêmement profitable de nous retrouver à quatre ou cinq experts sur des missions dont les frais sont parfois importants, missions vis-à-vis desquelles nous sommes très opérationnels.

Mes propos sont pragmatiques ; ils sont issus d'une pratique particulière de la médiation et d'une réflexion que je mène depuis plusieurs années sur l'évolution de mon métier, celui d'Expert Foncier, afin qu'il soit plus proche de l'éthique historique de la fonction.

Dans ma pratique professionnelle, j'ai choisi de m'associer les compétences de professionnel du territoire et du vivant maîtrisant leur activité, et ayant la distanciation nécessaire par rapport à celle-ci de la même façon que je pratiquais mes propres disciplines. Tous, nous privilégions tous le travail de la méthode plutôt que celle de l'application de modèles. C'est un état d'esprit.

Cette approche analogue du travail nous prépareit naturellement pouvoir conduite des co-médiations, lors de ces missions où le spécialiste assurait la part technique tandis que l'expert généraliste s'attachait à la résolution de conflits le cas échéant.

Les tensions pouvant surgir dans le contexte du foncier sont souvent exacerbés, d'autant s'ils sont issus de conflits « reçus en partage ». L'évaluation, l'estimation sont parfois les commandes initiales derrière lesquelles se dissimulent des conflits latents, des frustrations masquées ou niées. L'Expert Foncier, c'est son rôle et son éthique, peut alors proposer une médiation foncière, dans laquelle il va associer un confrère/consœur afin de mener en toute confiance et transparence une succession, un partage, accompagner une mutation...



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Le départ de toute mission est acté par un ordre de mission, rédigé contradictoirement avec le client, sur la base d'un premier entretien exposant de la problématique. Déjà à ce stade, il est possible d'identifier la nécessité d'une médiation foncière. C'est le regard et l'intuition de l'expert. Le client n'est lui toutefois peut-être pas dans cet état d'esprit. La médiation foncière, même s'il n'en connaît pas les tenants et aboutissants, doit cependant s'imposer à lui comme une évidence. Elle s'inscrit dans sa propre temporalité, au bon moment, et se présente comme une solution « envisageable ». Enfin !

Ainsi, dans la plupart des cas, une phase préliminaire s'impose. Elle permettra de démêler la part technique du problème, sur la base d'informations tangibles, des faits décrits ou démontrés, d'instaurer des relations de confiance.

La médiation foncière est une chance de mettre un point final à des situations qui trouvent parfois leur origine sur plusieurs générations, qui empoisonnent les relations de voisinage. Une médiation ne doit pas être imposée, elle doit s'imposer.

Je vous remercie.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Merci infiniment Monsieur GURY. Effectivement, à travers votre expérience, nous constatons que nous retrouvons toujours cette interrogation du « dosage » entre l'expert et le médiateur généraliste. La co-médiation semble donc être une piste envisageable par rapport à cette complémentarité qui doit être trouvée. Au regard des matières que vous avez décrites, il pourrait être en effet intéressant d'associer un « pur » médiateur, utilisant toutes les techniques de médiation, à un spécialiste.

Patrick GURY, Expert près la Cour d'appel de Besançon et près la Cour Administrative d'Appel de Nancy, Expert foncier et agricole, Médiateur

Par rapport à la reconnaissance humaine et à la légitimité, cette association devra cependant être dosée afin d'éviter tout affrontement professionnel lors de la médiation.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

En effet. L'expert doit être également lui-même sensibilisé aux techniques de médiation, car, dans le cas contraire, la co-médiation pourrait être compliquée.

Nous allons à présent faire intervenir Monsieur Fabrice VERT, Conseiller à la Cour d'appel de Paris, dont la présentation portera sur la vie du magistrat dans ce débat sur la place de l'expert au sein des modes alternatifs.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

LE POINT DE VUE DU MAGISTRAT

Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris



Bonjour, Mesdames, Messieurs. Je suis très honoré d'avoir été convié à cette assemblée,

C'est la première fois que je m'entretiens de médiation dans le cadre d'une rencontre avec des experts. Ce matin, j'en parlais avec des avocats, j'ai également rencontré des huissiers, des notaires, des juges, des assistantes sociales, des professeurs de droit, et les experts manquaient à ma « palette », et je suis ravi de combler cette lacune ici avec vous. Je me retrouve tout à fait dans les propos précédents de l'Expert Agricole.

La médiation est avant tout une philosophie de la relation, et tous ceux qui se sont formés à la médiation ont changé leurs comportements et de postures dans leurs rapports à l'autre.

Je vais commencer mon propos par une anecdote qui a marqué le début de mon intérêt pour les modes amiables de résolution des différends

J'étais juge d'instance à La Châtre, petite juridiction à dimension humaine. J'avais une trentaine d'affaires civiles par mois, contre, plus tard, quatre-vingt-quatre par audience dans le 18^e arrondissement de Paris. Il s'agissait d'une autre philosophie de la vie : nous faisons correctement notre travail, en prenant notre temps.

L'article 21 du Code de procédure civile prévoit, dans la mission du juge, le fait de concilier depuis 1975, mais je n'avais reçu aucune formation dans ce domaine.

Je sortais de l'ENM et étais un jeune juge formaté par son maître de stage, lequel, au vu de ses nombreux dossiers, travaillait énormément, faisant preuve d'autorité en audience. Par conséquent, j'appliquais la règle de droit, dans une dimension autoritaire, pour trancher les litiges et n'étais absolument pas habitué au processus de médiation et de conciliation qui suppose une écoute interactive.

Lorsque j'ai été confronté à la problématique conciliation-médiation pour la première fois, au tribunal d'instance de La Châtre par un avocat qui m'avait saisi d'une tentative préalable de conciliation, procédure que je n'avais jamais vue en stage, je fus quelque peu surpris, voire agacé. Après vérification du Code, je constate que le juge peut être saisi uniquement pour essayer de concilier



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

les parties. N'ayant jamais concilié et ignorant la manière dont cette procédure se déroulait, j'étais désarçonné. L'avocat est donc arrivé avec ses clients face à un de ses confrères accompagné de son client.

Je reviens ici à l'expert agricole, car cette affaire intéressait deux agriculteurs voisins qui se connaissaient depuis longtemps et qui avaient le problème suivant : chacun élevait des chèvres, mais une équipée de chèvres appartenant à l'une des parties avait escaladé la clôture séparative de leurs propriétés et avait mangé toute l'herbe de l'autre partie, laquelle n'avait plus de foin pour nourrir ses chèvres l'hiver prochain. Or, la partie opposée niait ce fait, affirmant que l'herbe avait été brûlée par le soleil. Considérant que cet avocat me prenait deux heures de mon temps avec cette affaire, qui n'était pas l'affaire du siècle, je décidai de lui rendre la monnaie de sa pièce et lui de prendre toute sa journée. J'ai donc indiqué être extrêmement intéressé par cette affaire et ai proposé que nous nous déplaçons sur site en organisant un transport du tribunal sur les lieux. N'étant pas agriculteur, je n'avais aucune connaissance en la matière, et au lieu de nommer un expert, j'ai décidé d'appeler le pépiniériste de La Châtre pour qu'il m'assiste comme constatant, mon intention étant de passer tout l'après-midi là-bas.

Lors de mon arrivée, j'ai tout de suite senti que les deux parties étaient très fâchées. Nous arrivons donc avec les avocats et le pépiniériste et je demande aux parties de m'expliquer leur conflit. Les parties m'expliquent alors la situation, et l'une d'elles me montre l'herbe qu'elle estimait brûlée par le soleil. J'ai demandé au pépiniériste s'il estimait l'herbe brûlée ou coupée, ce à quoi il a répondu qu'il était visible que l'herbe avait été coupée. J'ai alors demandé quels étaient les besoins et intérêts de chacune des parties, et l'une des parties s'est plainte que ses bêtes n'auraient plus de fourrage pour l'hiver. Voyant un tas de foin au loin, j'ai suggéré à la partie adverse, propriétaire des chèvres coupables, de donner la moitié de son tas de fourrage à la partie plaignante. Cela a duré toute l'après-midi, mais l'affaire s'est terminée ainsi : tout le monde était ravi. Plus tard, j'ai appris qu'ils continuaient à bien s'entendre et à s'entraider, alors que leur relation avait été totalement rompue. Je me suis alors dit que la conciliation (se rendre sur place, etc.) était une justice qui était plutôt efficace et valorisante.

Cette anecdote m'a donc enclin à poursuivre dans ce domaine de la médiation-conciliation, notamment en me rendant sur les lieux pour les litiges de servitude, de voisinage...

Comme vous le disiez très bien, la médiation implique un changement de posture. Mais pourquoi cela ne fonctionne-t-il pas ou très peu dans les juridictions alors même que tous les rapports, notamment ceux relatifs à la justice du XXI^{ème} siècle appellent au développement de la conciliation et de la médiation.

Je vous recommande à ce sujet une conférence de Jean-François SIX, l'un des grands penseurs de la médiation en France, conférence donnée dans le cadre d'une université d'été que vous trouverez sur internet.

Nous assistons à un déferlement de personnes qui se qualifient de médiateurs et à une atomisation de la médiation (exemple : médiateur familial, médiateur du tourisme, médiateur du Vélib') avec des pratiques fort différentes.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Mais il ne faut pas oublier qu'il existe une unité fondamentale de la médiation, comme le rappellent Jean-François Six et la professeure Guillaume-Hofnung. En effet, il convient de ne pas oublier que la médiation est, avant d'être un mode de résolution des conflits, un concept philosophique, en lien avec la maïeutique ; Je vous renvoie à SOCRATE, PLATON, Paul RICCEUR, etc. La médiation se caractérise par l'altérité, la rencontre avec l'autre en essayant de nouer ou renouer un dialogue rompu avec l'aide d'un tiers. C'est une façon différente de penser les relations dans la cité.

La médiation ne peut réussir dans le domaine judiciaire que si elle est respectée dans sa nature et sa spécificité. Or l'institution judiciaire, par sa dimension hiérarchique, autoritaire et verticale, se prête avec difficultés à l'introduction de la médiation dans son fonctionnement.

Mais, nous assistons à la naissance d'un nouveau concept, le concept de justice participative, avec l'émergence d'un droit à la médiation et à la conciliation.

Pour le professeur Jean-François ROBERGE, formateur canadien à la médiation de la quasi-totalité des magistrats québécois en justice participative – les magistrats français n'ont pas la chance d'être ainsi formés sur le sujet – la justice participative avec un juge à l'esprit collaboratif consiste à apporter des



réponses diversifiées aux parties qui nous saisissent, au regard de leurs besoins, de leurs intérêts et de leurs moyens (une affaire de 5 M€ et une affaire de 10 € ne seront pas traitées de la même manière, à l'exception d'un enjeu personnel, par exemple), et de se mettre autour d'une table pour discuter.

Dans ce concept, le juge doit adopter une attitude et une posture qui ne sont ni autoritaires ni rigides et s'adresser avec empathie aux avocats et aux parties en ayant pris connaissance préalablement du dossier. En effet, si le juge souhaite régler au mieux l'affaire avec les parties et les avocats, il doit la connaître et être un spécialiste du droit applicable à cette affaire pour aider les parties la meilleure façon de régler le litige.

En s'entretenant avec les avocats et les parties librement, le juge peut les aider à préciser leurs besoins et intérêts et débusquer la véritable origine du conflit que les positions juridiques reproduites dans les conclusions ne permettent pas toujours de déceler. Or, bien souvent, nous nous apercevons que le litige qui est la traduction juridique du conflit n'aborde pas des aspects essentiels du conflit qui peuvent être relationnels, économiques.

L'idéal étant que le juge dispose d'un temps suffisant pour entendre les parties dans un cadre approprié.

Dans mes fonctions, je m'efforce aussi d'appliquer les techniques de la médiation pour tenter de convaincre les avocats à reprendre la voie de l'accord pour résoudre le litige.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Dans ma chambre spécialisée en droit immobilier, en adoptant cette attitude, ma présidente et moi, nous sommes arrivés à ordonner sur trois ans 150 médiations, soit environ 8% du contentieux ainsi résolu à la grande satisfaction des justiciables. Mais cette expérience est fragile car elle repose sur des individus. Il suffit que ces derniers soient mutés pour que l'expérience de médiation cesse.

Aussi, tous les adeptes de la médiation attendent avec impatience la naissance d'une véritable politique publique, car, pour l'heure, elle n'existe pas. À cet égard, le rapport DELMAS-GOYON mentionne l'absence d'indicateurs de performance et d'outils statistiques en matière de médiation.

Il faut que le temps passé par le magistrat et le greffe en médiation soit valorisé. Car développer la médiation, demande de l'investissement. Il faut prendre le temps d'écouter les avocats et les parties, et faire le choix, avec les avocats, d'un médiateur. Les avocats sont ceux qui connaissent le mieux leurs clients et leur litige et qui sont à même de savoir s'il doit être fait appel, ou non, à un médiateur spécialiste (exemple : médiateur spécialiste la relation familiale, spécialiste de la construction). Je m'appuie donc beaucoup sur les avocats afin de connaître la nature du conflit – ma relation avec eux se passe d'ailleurs de mieux en mieux, ce point ayant fortement évolué – l'objectif étant de choisir le médiateur le plus adapté au cas soumis.

La médiation est donc une solution sur mesure pour le justiciable, au regard des intérêts et des besoins de celui-ci, contrairement au rôle traditionnel du juge qui statue en faisant une application impersonnelle de la règle générale, qui objective et qui qualifie en droit. Bien entendu, il est parfois nécessaire cependant que le juge statue en droit,

Quelle place pour l'expert judiciaire par rapport à ce nouveau rôle du juge ?

La médiation traite des valeurs des parties, de leurs représentations, de leurs besoins et de leurs ressentis, et n'a pas pour souci établir la réalité des faits. La médiation peut conduire à une solution « ajuridique », une solution en pure équité, alors que, lorsque je statue en droit, je dois établir les faits, caractériser l'existence, ou non, de vices cachés par exemple.

Par conséquent, nous pourrions penser que l'expert n'a aucun intérêt en matière de médiation, puisque le juge n'a pas besoin d'être aidé par rapport aux faits, par rapport à l'existence de vices ou la recherche de responsabilités.

Cependant, cette approche est trop simpliste, car il arrive souvent, que des parties en procès depuis des années ne se sont jamais parlé, et parfois, les avocats n'ont jamais négocié, ce qui me surprend souvent, l'expert devenant de facto un intermédiaire, un passeur de paroles entre les parties.. À cet égard, je connais un juge belge (Avi Scheneebalga) qui a inventé « la boîte à surprise », laquelle consiste, avant de juger l'affaire, à dire aux deux parties de se rendre seules dans une salle à côté pour discuter et de revenir après. Ce juge dit avoir un nombre d'accords incroyables avec ce procédé : le fait de reparler, ou, dans certains cas, de parler pour la première fois, est très efficace, cela révèle la vertu du dialogue.

En matière d'expertise, je suppose que vous parvenez souvent à faire reparler les parties entre elles. L'expertise peut contribuer à renouer le dialogue, l'expert étant un tiers remettant les parties en présence. A l'occasion de la recherche de la solution d'un problème purement technique, je pense



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

que l'expert pourrait être un excellent conciliateur. Pourquoi ne pas faire évoluer les textes en permettant au juge de donner à l'expert une mission de concilier ? : Pourquoi cela n'est-il pas possible pour le juge judiciaire alors que cela est permis au juge administratif ? . Mais, ce point changera peut-être dans le cadre des décrets de J21.

Il existe une différence de régime juridique entre la médiation judiciaire et l'expertise. Il convient donc de prendre garde à la confusion terminologique qui est un frein au développement des modes amiables de résolution des différends. La Cour de cassation vient récemment de rendre un arrêt datant du 19 mai 2016. La Cour de cassation qualifie clause de conciliation, une clause contractuelle selon laquelle, les parties à un contrat s'engagent à solliciter l'avis d'un arbitre avant tout recours en justice. On peut se demander si cette décision ne contribue pas à la confusion terminologique qui sévit dans le domaine des modes amiables de résolution des différends.

Dans la mesure où les experts donnent un avis, je ne vois pas pour quelle raison ils ne pourraient pas se voir confier une mission de conciliateurs puisque la Cour de Cassation considère qu'un arbitre qui donne un avis est conciliateur.

Je pense que vous pouvez parfaitement parvenir à concilier dans de nombreux cas, lorsqu'il s'agit de trouver une solution de bons sens à un problème technique.

Etant précisé, que la mission du conciliateur est bien distincte de celle du médiateur.

Le médiateur est d'abord un spécialiste du processus de communication éthique aidant les parties à nouer un dialogue. Cela s'apprend et il existe des techniques, notamment la reformulation, l'aparté ou la PNL qui fonctionnent. Certaines affaires, avec un enjeu relationnel important (successions, divorces), nécessitent donc un vrai professionnel, de la médiation et il ne faut donc pas commettre d'erreur de stratégie lors de la nomination d'un médiateur.

Mais, à mon avis, expertise, conciliation et médiation sont compatibles et complémentaires tout en étant distincts dans leur nature. Il s'agit de rechercher, au regard de l'affaire, la manière de régler au mieux le litige dans l'intérêt des parties. De plus, lorsque l'expertise a révélé un véritable problème relationnel et que la conciliation n'est pas adéquate, je suis favorable à des passerelles entre les différents modes de résolution des litiges.

Au cours d'un débat, un avocat avait expliqué la raison pour laquelle il était contre la médiation, et j'avais trouvé son histoire assez révélatrice de l'importance de la formation du médiateur.

Cet avocat a donc expliqué que, dans une affaire de succession, la médiation (confiée à un médiateur peu formé) avait révélé que le frère avait violé la sœur. Évidemment, ce type de révélation est très lourd et peut être très dangereux si le médiateur n'est pas formé à des techniques qui ne s'improvisent pas.

Si une médiation nécessite l'avis d'un expert, rien n'empêche les parties de choisir et de nommer elles-mêmes un expert, ce qui serait plus rapide, et de limiter sa mission. Le problème est que la médiation est soumise au principe de la confidentialité. Cependant, si la médiation n'a pas fonctionné, les parties



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

sont libres et peuvent lever la confidentialité pour utiliser l'expertise au cours du procès. Un texte pourrait au moins consigner ce point.

En matière de procédure participative, un texte permet aux parties de désigner un expert. La loi est différente vis-à-vis de la médiation, mais dans la mesure où toutes les parties seraient d'accord, je ne vois pas pour quelle raison il ne serait pas permis d'utiliser dans le cadre du procès le rapport de l'expert désigné par les parties au cours de la médiation.



Le médiateur ou le conciliateur doit-il être un expert ?

Selon moi, la médiation est du sur-mesure et répondre de manière univoque à cette question est impossible.

Dans certains cas, il est préférable que ce soit un spécialiste des techniques de la médiation qui soit nommé, peu important sa connaissance de l'aspect technique du dossier...

Mais Le médiateur spécialiste (technique ou juridique) rassure les juges et les avocats par ses connaissances du contexte du litige. Lorsque j'ordonne une médiation, en droit immobilier par exemple, et si je nomme un architecte ou un avocat spécialiste, cela rassure les avocats des

parties.

La médiation est un processus souple et libre, ce qui implique donc des règles déontologiques du médiateur, inexistantes dans les textes aujourd'hui. Quelques codes de déontologie ont été élaborés par les associations et les barreaux travaillent énormément sur le sujet. La Cour d'appel de Paris à l'initiative de sa première présidente, Chantal ARENS, a signé une charte de déontologie avec les associations de médiateurs qui travaillent régulièrement avec la cour.

Je n'ai donc pas de réponse sur la nécessité, ou pas, d'avoir un médiateur spécialiste : dans certains cas, la réponse est « oui », et dans d'autres la réponse est « non ».

Je pense à l'exemple suivant, à l'une des affaires les plus « célèbres » de la Cour d'appel, qui durait depuis quinze ans et pour laquelle d'innombrables expertises ont eu lieu. Vous connaissez peut-être l'histoire. Il s'agissait d'une grande maison de la nuit parisienne, avec de la musique tous les soirs, à proximité de laquelle était située une petite maison habitée par un vieux monsieur. Il n'y avait jamais eu de problème, mais cette maison de la nuit qui fonctionnait extrêmement bien a décidé de rehausser son toit de deux ou trois étages. Par conséquent, du jour au lendemain, le vieux monsieur entendait tout en raison d'une très mauvaise insonorisation, etc. Comme il était nécessaire de faire d'importants



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

travaux trop onéreux, de nombreuses expertises ont eu lieu. L'affaire est donc ailée en appel et ma collègue est parvenue à les envoyer en médiation et à nommer un médiateur. S'il avait été un médiateur spécialiste du problème acoustique, le risque aurait été qu'il ne se penche que sur l'expertise et sur une solution technique. Or, le médiateur qui n'était pas du tout dans le droit de la construction a posé la question suivante : « Combien cette maison vaut-elle ? ». Je n'ai plus les chiffres en tête, en francs à l'époque, mais je dirais que les travaux coûtaient 2 MF et la maison 200 000 F. Le vieux monsieur a donc répondu : « Elle vaut au moins 200 000 F ». Le médiateur a donc dit aux assureurs qu'il était quand même dommage que leur travail consiste à payer la réparation des lézardes et à ne pas racheter les maisons. Ils ont donc racheté la maison 300 000 F, en y logeant le gardien de l'établissement, réglant ainsi le problème d'acoustique.

Cette solution inventive et originale n'a pu émerger que par le processus de médiation avec un médiateur non spécialiste. En effet, si l'on se focalise sur le point technique, le risque est de rater parfois d'autres solutions.

Je pense que dans une dimension pragmatique, une collaboration entre les juges, les avocats, les experts, les auxiliaires de justice devrait s'organiser pour donner enfin naissance au concept de justice participative, dans lequel le justiciable doit se réapproprier son procès. Mais, cela implique une grande réforme de la justice que nous attendons avec impatience et qui ne saurait manquer de venir bientôt.

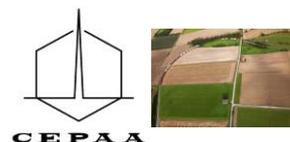
Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Merci infiniment pour cet éclairage très sympathique, ainsi que pour votre vision de la médiation et votre rôle de juge à travers celle-ci. Les positions évoluent-elles dans les sphères officielles aujourd'hui ?

Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris

Dans les sphères officielles, la première présidente de la Cour d'appel de Paris a créé une unité des modes amiables de règlement des différends (une réunion se tient d'ailleurs demain à ce sujet). Au niveau des magistrats les positions évoluent, puisque je constate la présence, ce jour à votre colloque, de certains de mes collègues de Meaux très investis... Au niveau des avocats, les choses bougent, également. Mais il y a encore beaucoup de travail à faire pour que la médiation et la conciliation deviennent des modes habituels de résolution des différends. En effet, le problème est qu'il n'existe aucune reconnaissance du rôle du juge dans ce domaine : si une médiation se termine par un désistement, les statistiques ne mentionnent rien. Cela est dû au fait que nous sommes maintenant soumis à la LOLF, ce qui signifie que les moyens nous sont donnés en fonction des objectifs qui nous sont fixés. Or, aucun objectif n'est fixé en matière de mode amiable. Tant que cette situation restera ainsi, la médiation ne se développera jamais de manière importante.

Par ailleurs, une incitation financière est également nécessaire. Tous les pays anglo-saxons appliquent le système de l'adverse *costs order*. Je pense qu'il faut donc favoriser, ou sanctionner, les gens qui, de



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

manière déraisonnable, refusent de trouver un accord. En effet, il est malheureux que l'accord possible dans certaines affaires ne soit pas favorisé.

Monsieur FRANCHI, l'un de mes collègues d'une chambre commerciale de la Cour d'appel, s'occupe de conflits entre associés et des procédures collectives : Monsieur FRANCHI a déjà mis des amendes civiles, ou sanctionnée par l'article 700 du CPC les parties qui, de manière déraisonnable, ont refusé d'aller à la médiation. Cette pratique reste extrêmement marginale, mais nous devons aller dans ce sens. Il serait souhaitable de créer une Direction des modes amiables de résolution des différends à la Chancellerie pour développer une politique judiciaire d'envergure en la matière.

Aux Pays-Bas, suite aux expériences individuelles dans les juridictions, ils ont capitalisé les acquis et ont créé une Direction Publique de la Médiation. La création d'une Direction serait un grand signe politique, ce que nous espérons. Les discours incantatoires sont insuffisants Une politique publique doit se concrétiser par des objectifs, des moyens et des évaluations. Or, pour l'instant, nous n'avons aucun indicateur de performance, en matière de médiation pas d'objectif et peu de moyens.



Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Merci infiniment. Nous allons pouvoir entrevoir ce qu'il se passe dans les pays européens. À cet égard, nous accueillons Maître Patrick de FONTBRESSIN, Avocat au Barreau de Paris, Conseil du CNCEJ.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

LA PLACE DES M.A.R.D. DANS L'EUROPE ET L'EXPERTISE DE DEMAIN



Maître Patrick de FONTBRESSIN, Avocat au Barreau de Paris, Conseil du CNCEJ

Aborder la question de la place des M.A.R.D. dans l'Europe et l'expertise de demain suppose d'avoir conscience de l'impact du droit communautaire sur le droit national.

À cet égard, ainsi que n'ont pas manqué de le souligner des colloques et congrès successifs du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice au cours de ces dernières années, il importe de rappeler liminairement que notre réflexion doit s'inscrire dans un cadre qui est celui de l'ordre juridique communautaire dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants, fondé sur le principe de primauté du droit de l'Union.

Si IHERING, philosophe allemand du droit, pouvait dire en son temps que « *l'esprit de l'ancien droit est l'esprit de vengeance* », aujourd'hui, en Europe, il semble que l'on puisse dire que l'esprit de justice du XXI^{ème} siècle est celui de médiation ou de conciliation.

À cet égard, à l'issue de premiers travaux du Conseil de l'Union européenne de Tampere ayant ouvert la voie à la reconnaissance mutuelle de décisions judiciaires et extra-judiciaires dans l'espace judiciaire européen, sur la base du principe de confiance mutuelle des États membres, puis d'un Livre Vert de la Commission européenne en 2000, deux grands textes sont apparus au cours de ces dernières années en matière d'application de la médiation :

- la directive 2008/52/CE du Parlement et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale,
- la directive N° 2013/11/U.E. du Parlement et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation.

Or ces textes ne sauraient être étrangers aux experts.

A - La directive 2008/52/C.E. du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale transposée par ordonnance N° 2011-1540 du 16 novembre 2011

Alors même qu'aujourd'hui l'article 81 (g) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.) inclut "*le développement de méthodes alternatives de résolution des litiges*" au cœur du développement d'une coopération judiciaire dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice, il paraît essentiel de relever cette formulation du point 19 du Préambule de la directive du 21 mai 2008 :



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

"La médiation ne devrait pas être considérée comme une solution secondaire par rapport aux procédures judiciaires au motif que le respect des accords issus de la médiation dépendrait de la bonne volonté des parties.

Les États membres devraient donc veiller à ce que les parties à un accord issu de la médiation puissent obtenir que son contenu soit rendu exécutoire."

Contrairement à nos habitudes qui tendent à privilégier la décision de justice en raison du caractère exécutoire qu'elle pourra revêtir, la directive, transposée dans notre droit national en novembre 2011, nous invite ainsi, d'emblée, à considérer que la médiation n'a pas vocation à constituer un processus secondaire mais que bien au contraire, l'accord issu de la "bonne volonté" des parties pourrait se voir doter d'une force exécutoire d'une étendue transfrontalière sur le fondement du principe de reconnaissance mutuelle applicable aux décisions de justice des États membres de l'Union.

Ce premier point étant acquis, demeurent toutefois d'autres questions relatives à la définition même de la médiation ainsi qu'à celle du médiateur.

Les dispositions de l'article 3 de cette directive se trouvent être les suivantes :

*"On entend par médiation un processus structuré **quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé** dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur.*

Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre."

On relèvera au premier chef qu'une telle définition de la médiation semble faire table rase de la distinction opérée par le droit français entre médiation et conciliation.

Par ailleurs, le terme "ordonné par une juridiction" ne saurait manquer de surprendre alors même que le processus de médiation, qui repose sur la volonté des parties, exclut nécessairement toute contrainte.

S'agissant de la personnalité du médiateur, l'article 3 de la directive fournit cette définition :

"On entend par médiateur, tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener."

Sans s'attacher davantage au fait que la directive ne parle pas d'indépendance, ce qui ne manqua pas d'être relevé par le Conseil d'État à l'occasion de sa transposition mais ressort de considérations relatives à l'organisation structurelle de certaines médiations, force est de constater que **les qualités requises du médiateur s'avèrent celles couramment exigées des experts de justice : impartialité, compétence et efficacité.**



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Au-delà de la qualification relative à la procédure, "*quelle que soit la manière*" dont le médiateur est nommé ou visé dans le cadre de cette première directive, le droit communautaire nous invite ainsi à faire prévaloir la **finalité**.

Le même enseignement doit être tiré du texte de la directive 2013/11/U.E. relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation.

B - La directive 2013/11/U.E. du 21 mai 2013 relative au règlement extra-judiciaire des litiges de consommation transposée par ordonnance N° 2015-1033 du 20 août 2015

Avec ce texte, nous sommes cette fois au cœur des relations avec les consommateurs.

Il convient de rappeler que l'objet de la directive est de permettre que "*les consommateurs puissent à titre volontaire, introduire des plaintes contre des professionnels auprès d'entités appliquant des procédures de règlement extra-judiciaire des litiges, indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables.*"

Dès lors que le processus doit permettre de résoudre des litiges nationaux et transfrontaliers relatifs à des ventes de marchandises mais également à des prestations de services nées de relations entre consommateurs et professionnels, il convient d'être particulièrement attentif aux définitions pour dissiper toute équivoque s'agissant des prestations expertales.

À cet égard, l'article 4 de la directive dispose que :

"Le consommateur est toute personne physique qui a agi à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale."

Pour sa part, le "*professionnel*" est celui qui agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

S'agissant du contrat de "*services*", est visé tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel un professionnel fournit à un consommateur un service en l'échange d'un prix.

Au premier abord, nous sommes ici dans une hypothèse où la directive pourrait paraître concerner les experts de justice si l'on venait à les considérer en qualité de professionnels libéraux liés par un contrat de service à l'égard d'un "*non professionnel en vertu d'une rémunération*".

Or il faut se garder d'une telle interprétation. En effet, la situation de l'expert de justice apparaît totalement différente dès lors qu'à l'inverse du professionnel lié par un contrat à un "*consommateur*", l'expert de justice accomplit une mission d'utilité publique au service de l'institution judiciaire.

Ainsi indépendamment du champ qui pourrait s'offrir pour les experts de justice, en leur qualité de techniciens répondant aux critères de compétence et d'impartialité dans la sphère de la médiation de la consommation, l'analyse des termes de cette directive conforte une fois de plus dans le fait que bien que qualifiée de "*prestation de service*" par l'arrêt PENARROJA de la Cour de Justice de l'Union européenne du 17 mars 2011, en raison de sa spécificité, la prestation de l'expert de justice échappe au droit commun de la consommation.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Par ailleurs, un deuxième enseignement paraît pouvoir être tiré de l'analyse de la même directive.

Il concerne cette fois la sécurité qu'apporte le système de listes et de tableaux des experts de justice instauré par le droit français dans les deux ordres de juridiction.

On constate que les critiques qui ont pu parfois être formulées à l'encontre de ce système, prétendument au nom du respect des grandes libertés économiques mises en œuvre par le droit de l'Union, se trouvent implicitement réduites à néant dès lors qu'en vertu de la même directive est apparue l'obligation d'établissement et de mise à jour d'une liste des médiateurs de la consommation dont la notification auprès de la Commission européenne s'impose : au plan européen les listes sont bien ainsi reconnues comme garantes d'une sécurité sur laquelle repose la confiance mutuelle.

Pour conclure, il apparaît que dans le vaste champ offert par une perspective européenne de résolution amiable des litiges, les experts de justice disposent d'une nouvelle voie.

Hommes et femmes dotés des qualités ayant présidé à leur inscription sur des listes et tableaux d'experts, ils ont d'ores et déjà accompli un chemin de nature à leur permettre de tirer aisément profit d'une formation à la médiation.

A l'heure où l'on évoque l'élaboration de listes de médiateurs auprès des juridictions au plan national, il est indispensable que puissent être présents des praticiens de la technique rompus à la connaissance de l'humain.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Merci infiniment, Maître, pour cet éclairage communautaire sur la question. Nous allons laisser la place aux questions de la salle.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

QUESTIONS-REponses AVEC LA SALLE

Claude DUVERNOY, Avocat, ancien bâtonnier des Hauts-de-Seine, Président de la Fédération Nationale des Centres de Médiation

Je suis parfaitement d'accord avec Patrick de FONTBRESSIN, concernant la médiation de consommation. Effectivement, je pense que l'expert de justice n'est absolument pas concerné. En revanche, cela fait partie des propositions que j'avais faites à Didier FAURY en juillet : dans son activité libérale, l'expert de justice est un peu concerné, et bon nombre de nos experts de justice ont, heureusement, eux aussi, une activité libérale.

Patrick de FONTBRESSIN, Avocat au Barreau de Paris, Conseil du CNCEJ

Tu as tout à fait raison. En effet, à propos des activités libérales, j'ai omis un point important. Les avocats savent que la Directive consommation impose la création d'un médiateur de la profession dans ses relations avec le consommateur. Depuis peu, l'ancien bâtonnier de Rouen a été désigné en tant que médiateur national, dans le cadre des médiations entre les clients et les avocats, ce qui devrait d'ailleurs poser un certain nombre de problèmes sur le plan déontologique de notre discipline.

Mais, dans le cadre des activités libérales qui sont celles des professionnels – lesquels seront, par ailleurs, experts de justice – des médiateurs seront créés dans chacune des professions.

Claude DUVERNOY, Avocat, ancien bâtonnier des Hauts-de-Seine, Président de la Fédération Nationale des Centres de Médiation

En revanche, je suis moins en accord avec la fin de ton propos. Auparavant, je souhaitais remercier les organisateurs et les intervenants, car cet échange était passionnant.

J'ai apprécié l'intervention de Fabrice VERT en raison de son caractère extrêmement pratico-pratique, mais la vôtre était également très enrichissante. En effet, elle m'a conforté dans l'opinion que j'ai exposé ce matin, laquelle consiste à dire que, selon moi – mais le débat est ouvert – le médiateur ne peut pas être un expert. De ce point de vue, votre présentation était extrêmement intéressante, car vous avez expliqué la manière dont vous avez organisé votre structure, afin d'avoir un certain nombre d'experts dans différents domaines, les affaires étant fortement spécialisées et complexes.

Concernant l'exemple de la médecine, j'ai récemment eu ce débat avec la Chambre spécialisée dans la responsabilité médicale de Nanterre, où la Présidente m'a exprimé le fait qu'elle souhaitait des experts par rapport à ces questions de responsabilités médicales. Je lui ai répondu comme suit : quel centre de médiation serait capable d'être d'aligner un stomatologue, un gastro-entérologue, un cancérologue, un praticien de médecine interne, un chirurgien, un orthopédiste, un rhumatologue ? Cela n'existe pas et n'est pas possible. Lorsque vous avez présenté votre structure, vous étiez dans ces problématiques-là. Mais, en réalité, l'expertise attendue de la part du médiateur est une expertise en médiation.

J'ai apprécié votre réaction consistant à dire *Les médiateurs que nous sommes*. En effet, la médiation signifie 200 heures de formation de base, de nombreuses publications, d'ouvrages, de livres. La



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

médiation signifie une passion, fort bien décrite ce matin par Maître AYELA. La médiation ne signifie donc pas simplement *je suis compétent dans la matière, donc je peux y aller*, mais, *je suis compétent comme médiateur, donc je peux y aller*.

Le problème est complexe, et je l'ai rencontré à plusieurs reprises en médiation. À cet égard, je reviens à la thématique de *La place de l'expert dans les modes alternatifs*. Si l'on ne se comprend pas, si l'on est en désaccord, l'accord de médiation peut consister à faire venir un expert et à s'en remettre à son accord. À ce moment-là, la difficulté de l'expert sera d'être capable de se positionner dans le processus, en s'interrogeant comme suit : « Me faites-vous venir en tant que sachant, constatant ou expert ? Qu'attendez-vous de moi ? » Ce débat est à nouer entre le médiateur, les médiés et l'expert.

Mon dernier accord de médiation était entre deux importantes sociétés – des fabricants de composants électriques – qui étaient en désaccord sur une problématique technique. Ces gens étaient de bonne foi, compétents, mais face à leur désaccord, ils ont décidé de faire appel à un expert. L'accord de médiation a consisté à dire : « Après le dépôt de la note de l'expert, nous nous en remettons à sa consultation. »

La place de l'expert en médiation est riche, forte, pleine d'avenir, mais les échanges entendus aujourd'hui me confortent dans mon point de vue, à savoir, *médiation* et *expertise* sont réellement deux processus différents qui ne doivent pas être confondus.

Emmanuelle DUPARC, Expert-comptable, Commissaire aux comptes, Expert près la Cour d'appel de Paris, Médiateur IEAM

En tant qu'expert, je vais évidemment défendre notre « chapelle ». Je me demande si ce débat n'est pas vain. Devons-nous nous soucier de tout cela ? Le bon médiateur est celui par lequel arrive un accord. Parfois, ce peut être l'expert qui, dans le cadre de l'article 145, délivre un rapport qui fait autorité et sur la base duquel les parties entrent en négociation. L'affaire ne va alors pas au fond : il n'y a plus rien à dire car les constatations expertales se sont imposées aux parties.

En tant qu'experts-comptables de justice, nous intervenons régulièrement pour évaluer des préjudices économiques sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile. Nous établissons un rapport que les parties jugent parfois onéreux, mais dont le coût n'est rien au regard de la demande de l'entreprise sinistrée. L'affaire n'est alors pas rappelée au fond. Nous avons été experts et non médiateurs et pourtant, nous avons, de façon indirecte participé à l'émergence d'un accord.

Concernant le débat de médiation, pardonnez-moi, Maître. À l'IEAM, des médiations importantes arrivent (sociétés du CAC 40, notamment) pour lesquelles nous allons proposer des noms d'anciens magistrats désireux de développer la médiation. Cela est alors formidable : les parties sont impressionnées par l'autorité du médiateur. Il ne s'agit de spécialistes ni en électricité, ni en composants électroniques, ni en matière agricole ou foncière. Le médiateur a en effet sa qualité d'ancien magistrat Cour de cassation.

Par ailleurs, certains experts ne feront jamais de bons médiateurs, alors que d'autres seront excellents. Pour reprendre l'expression citée ce matin, certains seront capables de « faire un pas de côté » et



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

d'autres avanceront tout droit dans leurs réflexes, dans leur technique et passeront à côté d'un accord évident qui était au-dessus du conflit et dépassait le litige.

Malheureusement, aujourd'hui, la médiation n'est pas une réalité judiciaire, mais une offre de formation, une offre éditoriale, avec pléthore de livres où chacun se bagarre, un sujet de colloque. Or, la médiation devrait devenir un peu plus que tous ces sujets, et pour cela, nous devrions dépasser le débat, nous interrogeant ainsi : « Qui va faire quoi ? Qui sera compétent dans ce métier ? »

Il convient de rappeler qu'il s'agit avant tout d'une volonté politique qui a été exprimée. Par conséquent, tous les citoyens, y compris nous-mêmes – experts, avocats, juges, médiateurs généralistes, médiateurs non généralistes, mais correctement formés à la médiation – pourront œuvrer en ce sens.

Pardonnez-moi, ce n'était pas une question, mais un commentaire.

Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE

Je souhaite réagir à vos propos, car, si je vous ai bien compris, pour *être médiateur* il faudrait être en dehors de toute notion expertale, c'est-à-dire, vierge par rapport à la médiation qui sera engagée. À cet égard, je reviens à mon intervention de ce matin et à ce que je connais bien, à savoir : les limites foncières. Vous allez mettre les deux parties d'accord, mais que représente cet accord au regard des successeurs, c'est-à-dire, des futurs acquéreurs qui viendront ? Que représente cet accord si cet accord a déplacé la limite foncière en l'absence de régularisation, que l'on plante un bâtiment sur cette limite foncière, laquelle a été déplacée chez le voisin et qu'un empiètement se produit chez celui-ci ?

Les conséquences sont excessivement graves et je me pose donc la question de la responsabilité du médiateur. En effet, celui-ci n'aura peut-être pas su – de par son « incompétence » sur la *compétence foncière*, sujet vis-à-vis duquel il est vierge – alerter de la suite qu'il aurait fallu donner à cet accord (régularisation foncière, division, publication), afin d'éviter la démolition d'un bâtiment cinq ans après, en raison de la rigueur de la Cour de cassation sur l'empiètement.

Le médiateur doit donc être bien conscient des conséquences de la médiation.

Claude DUVERNOY, Avocat, ancien bâtonnier des Hauts-de-Seine, Président de la Fédération Nationale des Centres de Médiation

Je suis navré de reprendre la parole – preuve que ma proposition faite à Didier FAURY est pleine d'acuité – mais je souhaite préciser que le médiateur ne donne aucun avis, ne prend aucune décision et ne rédige rien. Sa responsabilité civile se limite au fait qu'il n'est qu'un facilitateur. Pour rebondir sur votre exemple, en médiation, ceux qui sont responsables, ce sont les avocats. Pour ma part, je ne fais de médiation qu'avec des avocats. La FNCM, que je préside, a été créée il y a quinze ans par la Conférence des Bâtonniers de France. Il est donc curieux de penser que les avocats sont anti-médiation, car – bien qu'une masse colossale résiste – ils sont les premiers à s'être lancés dans cette procédure. Ainsi, la réponse à votre question est simple : le médiateur n'est responsable de rien, car



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

l'accord qui émerge est celui des parties, la médiation des parties, les seuls responsables étant les avocats qui rédigent et qui, éventuellement, vont oublier de publier la nouvelle limite.

Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris

Mais le problème est la modification récente de l'article 131-12 qui évoque le *constat d'accord établi par le médiateur*. À cause de l'Europe (qui nous a fait quand même avancer) et de la terminologie anglo-saxonne, nous n'avons pas affiné la terminologie. Mais, le conseiller d'État BIANCARELLI disait que rien n'empêcherait le législateur français de donner une définition distincte de la conciliation, ce qu'il n'est plus possible de faire pour la médiation, car elle a été définie par l'Europe. Je considère qu'un expert judiciaire, un notaire, un huissier ou un avocat est doté d'une forme d'autorité (similaire au *juge bon papa conciliateur*), et peut être un excellent conciliateur alors que le médiateur est dénué d'autorité et d'apparence d'autorité, à l'égard des médiés. En revanche, rien n'empêche un avocat ou un expert d'employer les techniques de la médiation. Les nuances sont difficiles à établir et il faudrait une politique nationale, avec une clarification terminologique. L'indépendance du médiateur est relative lorsqu'il est payé par l'une des parties ou par les sociétés qui se réunissent en fédérations. Dans ces cas-là, il devrait être appelé *conciliateur* et non *médiateur*. La terminologie ne devrait pas être négligée car la négligence terminologique est un frein au développement des modes amiables de résolution des différends, cette absence de clarté ayant un effet dissuasif pour certains avocats et magistrats.

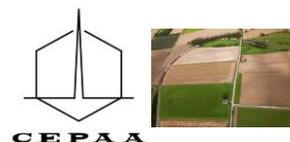
Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE

Me permettez-vous de vous répondre ? Les heures de formation des médiateurs sont au nombre de 200 et il suffit de les suivre. Je n'ai pas dit que tous les gens issus de ces formations étaient d'excellents médiateurs. La théorie selon laquelle les médiateurs sont exclus de toute responsabilité et les avocats responsables me rappelle des professions similaires, telles que celle de l'agent immobilier. En effet, celui-ci mettra d'accord deux parties, celle qui achète et celle qui vend, puis il disparaîtra complètement de l'acte qui fera le transfert de propriété. Pour l'agent immobilier, il s'agirait donc de n'avoir aucune responsabilité, même en cas d'oubli de telle ou telle déclaration, même s'il en a moins que les notaires, ces derniers étant eux qui, à la fin, font la rédaction et sont assurés ? Cela me gêne un peu. Donner à quelqu'un de la responsabilité revient à l'obliger à certifier de sa compétence. Le fait de dire que les avocats prendront leurs responsabilités par la suite me gêne philosophiquement, par rapport aux médiateurs.

Je suis dans une profession libérale, je prends des responsabilités depuis trente-cinq ans avec des risques énormes. Par conséquent, je suis gêné de me dire que je serai médiateur pour mettre les gens d'accord et que, par la suite, les éventuels problèmes concerneront les avocats. Merci.

Patrick de FONTBRESSIN, Avocat

Je pense que ton observation est valable, car tu ne fréquentes que de bons médiateurs. Par conséquent, le bon médiateur, compte tenu de ses qualités intrinsèques et de sa formation, même s'il ne connaît rien au domaine technique dont il s'agit, sera capable de mener sa médiation.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Mais, indépendamment des propos de Monsieur Patrick LAGOUTTE, il conviendrait de penser à deux autres points.

Le premier point est l'apparence.

Concernant la théorie de l'apparence, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est extrêmement sévère, même si elle est actuellement un peu plus nuancée. De plus, nous vivons dans un monde de consumérisme. Pour le consommateur de droit – nom donné à présent aux justiciables – qui se trouvera face à un médiateur qui aura l'impression que l'accord dans lequel il est intervenu a été conclu sous son autorité (même s'il se garde bien d'intervenir, le bon médiateur fera ce que tu dis), ne penses-tu pas qu'il aura, à terme, la tentation de venir engager la responsabilité de l'avocat, lequel doit conserver la rédaction du protocole transactionnel ? Ne penses-tu pas qu'il aura également la tentation de signer *médiateur en responsabilité* ?

Tel est le premier problème, car cette tentation pourrait tout à fait exister.

Le deuxième point est celui du langage.

Même si le médiateur n'intervient pas, même s'il doit rester en recul, même si la médiation doit être le processus des parties qui arriveront elles-mêmes sur le chemin de la raison en se rendant compte qu'elles auront elles-mêmes à fabriquer leur accord, il sera quand même nécessaire que ce médiateur puisse parler un langage compris par tous. Ainsi, ne serions-nous pas dans la position de quelqu'un qui serait face à deux personnes parlant une langue totalement étrangère et qui devrait les avoir en face de lui ? Pourrions-nous, les uns et les autres, tenter une médiation face à deux personnes chinoises ou japonaises ou autres, dont nous ne connaîtrions absolument pas le langage ? Parviendrions-nous à quelque chose, même en étant les meilleurs médiateurs du monde ?

Sans vouloir interférer ni projeter la technique, le fait que nous puissions avoir l'air d'être au courant et de savoir dans quel domaine nous sommes est bénéfique, et permet de rapprocher psychologiquement les parties, même si nous devons nous garder d'aborder le fond.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Avez-vous d'autres points de vue ou désaccords ?

Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris

J'aurai une question à poser : combien parmi vous, experts, sont-ils personnes *médiatrices* ?

Francis COUSIN, Expert foncier agricole

Ce débat me fait penser à celui qui existe entre les experts de justice qui font également de l'assistance technique ailleurs. Mais nous ne sommes pas dans les mêmes rôles. Le problème est de faire correctement ce « pas de côté » dont a parlé Madame DUPARC. Pour nous qui sommes des techniciens, le risque d'être pris dans la technique existe, et nous ne pouvons pas le nier. Je reprendrai



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

l'exemple cité ce matin. Nous avons eu le même séminaire en février à notre syndicat professionnel, où l'un de nos confrères normands a expliqué avoir fait de la médiation dans notre cœur de métier, à savoir, le foncier. Puis, après qu'il ait annoncé un prix, un autre confrère de la salle s'est écrié tout de suite que ce n'était pas le bon prix. Le premier a expliqué qu'il s'agissait de médiation. Je suis d'accord avec Maître DUVERNOY sur le fait *qu'il ne faut pas confondre*. Notre difficulté réside à cet endroit, mais nous pouvons également *ne pas confondre*.

Emmanuelle DUPARC, Expert-comptable, Commissaire aux comptes, Expert près la Cour d'appel de Paris, Médiateur IEAM

Le processus est également difficile, car, pendant la médiation, certaines parties appellent l'expert devenu médiateur « Monsieur l'Expert, Madame l'Expert », ce qui est très inconfortable, car à cet instant précis nous ne sommes pas *experts : nous sommes médiateurs*. Lorsque les parties nous entraînent vers l'expertise, nous demandant de regarder leurs pièces, nous répondons par la négative en leur rappelant que nous ne sommes ni expert ni juge, mais que nous sommes là pour les aider à trouver un accord. La médiation est donc d'autant plus difficile que, même lorsque nous faisons nous-mêmes l'effort, nous sommes inlassablement entraînés vers cette difficulté.

Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE

N'avez-vous plus de questions dans la salle ? Je trouve que les échanges ont été intéressants et les interventions passionnantes et passionnées.

Etienne-Philippe HECKLE, Expert-Agricole

J'aurais juste une petite demande à vous faire, en tant que spécialiste. Nous avons commis la liste des médiateurs de la république. Par conséquent, quand la création de cette liste de médiateurs de justice aura-t-elle lieu ? Je m'adresse principalement au Conseiller à la Cour d'appel.

Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris

Cette question est extrêmement délicate. Je suis à la Cour d'appel depuis nombreuses années et je m'occupe de cette question depuis dix ans. Il nous sera extrêmement compliqué d'établir une liste de médiateurs sur le modèle de la liste des experts., l'établissement d'une liste sur ce modèle étant chronophage .

Philosophiquement, je pense que la médiation, c'est la liberté et la souplesse. Si nous commençons à la rigidifier, elle perdra tout son intérêt. Cela est arrivé avec l'arbitrage, dont le succès était dû notamment à sa rapidité. Or, avec la juridicisation de l'arbitrage, le processus commence à se complexifier. De nombreuses personnes promettent un bel avenir à la médiation, pour les affaires importantes notamment, grâce à sa souplesse et à sa liberté.

Pour ma part, je suis davantage favorable à une labellisation des formations à la médiation. Et des associations de médiateurs. À cet égard, il conviendrait de réfléchir à ce qu'est une bonne formation à la médiation, puisque tout le monde fait des formations à la médiation, mais j'ignore leurs qualités. J'en ai suivie une que j'ai trouvée très bien, mais il en existe peut-être de meilleures. Je suis donc



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

favorable à la labellisation des formations et des associations de médiateurs, par un comité scientifique.

Je suis également favorable au fait que les personnes qui se présentent comme *médiateurs* soient obligatoirement formées à la médiation.

Je souhaiterais donc une labellisation et non une liste imposée afin que, en tant que magistrat, je puisse nommer qui je veux, comme je veux (un expert, un notaire ou une psychologue). Une liste risquerait en effet d'être un carcan.

En outre, j'ignore ce qu'en pense Monsieur DUVERNOY, mais il existe un diplôme d'État de médiateur familial qui a été contesté par certains.

En matière familiale, un conseil facultatif de la médiation familiale a été créé, composé de gens très compétents comme Monique SASSIER (médiatrice de l'Éducation Nationale) et la professeure Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, lesquelles avaient fait un excellent rapport. Cependant, cela s'est terminé par la création d'un diplôme d'État de médiateur familial qui a été critiqué. Ce diplôme de médiateur familial étant très lourd (plus de six cents heures), cela a réduit de fait la diversité du profil du médiateur familial alors qu'une des richesses de la médiation est sa diversité.

Aussi je ne suis pas davantage favorable à la création d'un autre diplôme d'État de médiateur. Cependant, une liste est attendue, car J21 la prévoit. À cet égard, nous militons, réfléchissons et menons des réunions avec les avocats, les médiateurs, etc., et espérons donc une labellisation, une certification. Mais nous ignorons si nous serons entendus

Etienne Philippe HECKLE

Le problème inquiétant est qu'à l'heure actuelle, lorsque nous avons des médiations ou des conciliations à un niveau très élevé, nous nous trouvons avec une prise en charge par les importants cabinets d'avocats anglo-saxons, lesquels sont beaucoup plus au fait que nous. Par exemple, j'ai des conflits avec des sociétés importantes comme France Galop, et ces gros cabinets d'avocats anglo-saxons ont pris le *leadership*.

Fabrice VERT, Conseiller coordonnateur de l'activité des médiateurs et conciliateurs de justice du ressort de la Cour d'appel de Paris

Vous avez tout à fait raison, des cabinets anglo saxons ont déjà un département médiation chez eux, la médiation étant également *unbusiness* et les avocats français doivent s'y mettre s'ils veulent rester concurrentiels.

Personnellement, je milite pour que les juges soient également dans les modes amiables, pour les raisons suivantes.

Si le juge disparaît complètement des modes amiables, il s'agirait d'une vraie privatisation de la justice, avec un risque de communautarisation de la justice par la médiation comme cela existe déjà en Angleterre et un risque de renversement de nos valeurs essentielles, comme l'égalité de droit entre les hommes et les femmes.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Comme vous le disiez très bien, dans la Directive européenne, un considérant dit que la médiation n'est pas de l'accès au droit, mais de l'accès à la justice. Cela fait donc partie du rôle de la justice de s'en emparer. Les anglais ou les hollandais qui ont une culture beaucoup plus pragmatique ont déjà donné toute sa place à la médiation.

Dans un monde qui se complexifie, dans le cadre d'une déterritorialisation des rapports sociaux et économiques, dans une crise de la fonction de régulation de l'Etat, la médiation est un outil très intéressant, mais nous n'avons beaucoup de mal à l'appréhender car elle n'appartient pas à notre culture judiciaire ; Seule une politique publique d'envergure pourra en assurer le succès.

Stéphanie LAPORTE LECOMTE, Directrice du Pôle Immobilier (ICH-CRDI-CAMI)

Je vais essayer de conclure et tenter de retenir quelques idées fortes des interventions entendues depuis le début. Nous avons vu que les modes alternatifs de règlement des différends étaient assez variés et qu'il existait une diversité des propositions qui s'enrichissent au fur et à mesure que les expériences se font et que les exemples étrangers viennent jusqu'à nous. Nous avons donc la conciliation, la médiation, la procédure participative, et ces questions ont longtemps été évoquées. Laurence CATIN nous a présenté très clairement tout ce qui existait et le cadre dans lequel nous pouvions évoluer.

Ensuite, nous avons vu quelle était la difficulté d'inscrire l'expert parmi ces modes de règlement alternatif, et nous nous sommes demandé quelle était sa place. Je pense que nous pouvons considérer, aujourd'hui, qu'il a une place dans ces modes alternatifs, place que le choix des parties pourra sans doute déterminer.

Nous avons également évoqué l'aspect plus relationnel et psychologique de ces modes alternatifs.

Nous avons parlé du cadre juridique, et qu'il s'agisse de notre réglementation interne ou de la réglementation communautaire, nous sommes quand même assez bien outillés et notre cadre est assez bien déterminé. La justice du XXI^e siècle nous propose également des solutions.

Mais finalement, au-delà de ce cadre légal, nous voyons bien que, derrière tout cela, l'humain existe fortement. Ainsi, la nécessité de se former à la médiation paraît donc assez évidente. À cet égard, j'ai apprécié l'idée de la *philosophie de la relation*. Nous avons donc vu que le processus de médiation était avant tout une mise en relation des parties. L'expert connaît cela à travers son expertise et la médiation permet de donner des outils et des techniques pour mettre en relation les parties. Nous sommes donc assez proches sur ce point.

L'humain l'emporte donc dans ces modes alternatifs, ainsi que dans sa volonté de les promouvoir. Nous avons beaucoup parlé du rôle des avocats, des magistrats, des pouvoirs publics. Aujourd'hui, le nombre de médiateurs est important et nous allons devoir mettre rapidement la médiation en route. Nous attendons depuis quinze à vingt ans que la médiation explose, ce qu'elle fera peut-être un jour.

Je suis d'accord avec vous sur le fait que les magistrats doivent s'emparer du sujet. En effet, la préconisation viendra d'eux, ce sont eux qui pourront faire avancer le processus, et les avocats prendront certainement le relais sur ces questions.



La place de l'expert dans les modes alternatifs de règlement de différends

Par ailleurs, peut-être faut-il forcer davantage la médiation à laquelle nous parvenons petit à petit. Nous invitons et incitons les parties, et bientôt, nous les forcerons peut-être à intervenir sur ce plan-là.

Un très grand merci à tous les intervenants qui se sont succédé, et qui nous ont apporté leur expérience tout au long de cette journée.

Merci infiniment aux organisateurs qui nous ont accueillis pour cette belle journée. Merci infiniment à Michel Patrick LAGOUTTE qui nous propose tous les ans des assises, dont les thèmes sont de plus en plus riches, les discussions denses, avec finalement beaucoup d'échanges et de contradictions dans ces débats.

Merci infiniment à Monsieur VINCENT de nous avoir permis de découvrir d'autres experts que les géomètres-experts. Cela a été un plaisir de pouvoir ouvrir les perspectives sur l'expertise.

J'aimerais remercier particulièrement Madame BEDU qui est à la fois porteuse d'eau et facilitatrice de l'organisation.

Michel Patrick LAGOUTTE, Président de la CEJGE

Merci également à Stéphanie LAPORTE LECOMTE d'avoir animé cette journée. Vous apprécierez encore la compétence de Madame BEDU, car elle détient vos attestations de journée. Soyez donc excessivement médiateurs en la matière, regardez là bien en face et dites-lui « bonjour ».

Mesdames et Messieurs, je vous remercie et vous souhaite un bon retour.

Merci bien.

Fin des Assises

