

COLLECTION

LES BONNES PRATIQUES DES AVOCATS ET DES EXPERTS



La conciliation : le grand retour

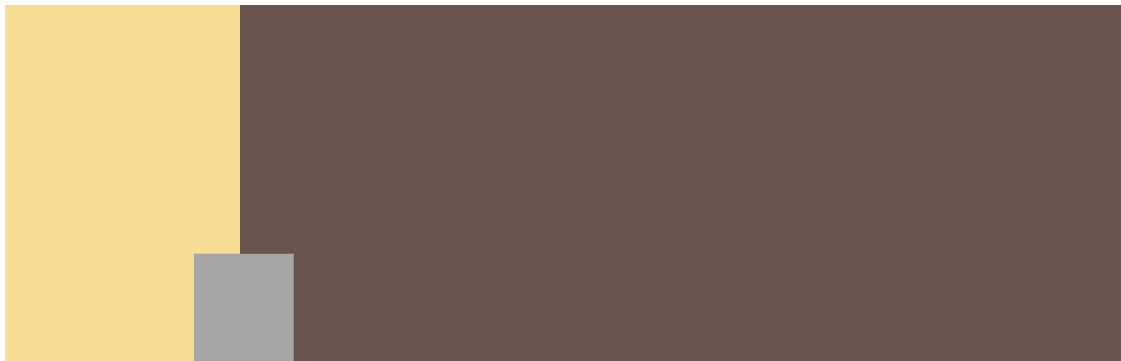
Colloque du 10 mars 2017



Conseil National
des Compagnies
d'Experts de Justice



Conseil
National
des Barreaux



**La conciliation :
le grand retour**

**7ème colloque CNB/CNCEJ
vendredi 10 mars 2017
Maison de la chimie**

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

OUVERTURE DU COLLOQUE

Modérateur : Jean François JACOB, Conseiller du Président du CNEJ p.3

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

Jean-Claude MARIN, Procureur général près la Cour de cassation p.5

Pascal EYDOUX, Président du Conseil national des barreaux p.11

Didier FAURY, Président du Conseil national des compagnies d'experts de justice p.15

POURQUOI CE THÈME ?

Maître Patrick de FONTBRESSIN, avocat au Barreau de Paris,
Maître de conférences à Paris XI, Conseil du CNEJ p.19

TABLES RONDES

1-La conciliation dans l'expertise

- Jean-Marc LE GARS, Conseiller d'État honoraire,
ancien Président de la Cour administrative d'appel de Lyon p.21
- Marc-Olivier PETIT, expert près la Cour d'appel de Paris p.27
- Jean Jacques ISRAEL, avocat au Barreau de Paris,
ancien membre du Conseil de l'Ordre,
Professeur agrégé des facultés de droit p.33
Débat avec la salle p.39

2-L'expertise dans la conciliation

- Jean Pierre LUCQUIN, magistrat honoraire
et ancien conciliateur au tribunal de commerce de Paris p.43
- Claudine BERNFELD, avocat au Barreau de Paris,
spécialisée en droit du dommage corporel, Présidente de l'ANADAVI p.47
- Emmanuelle DUPARC, expert près la Cour d'appel de Paris, médiateur p.55
Débat avec la salle p.60

3-Déontologie de la conciliation et perspectives

- Gina MARUANI, avocat au Barreau de Paris, administrateur p.63
- Robert MAZABRAUD, expert près la Cour d'appel de Limoges, agréé par la Cour de cassation p.75
- Fabrice VERT, conseiller à la Cour d'appel de Paris, rédacteur d'articles consacrés à la conciliation p.81

RAPPORT DE SYNTHÈSE

- Natalie FRICERO – Professeure de Droit à l'Université de Nice Sophia-Antipolis p.89



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

Jean François JACOB - Conseiller du Président du CNEJ



Monsieur le Procureur Général
près la Cour de cassation,
Mesdames et Messieurs les hauts magistrats et magistrats,
Monsieur le Président du Conseil national des barreaux,
Monsieur le Président du Conseil national des compagnies d'experts de justice,
Mesdames et Messieurs les avocats,
Mesdames et Messieurs les experts de justice.
Bonjour.

Retenu par d'autres obligations, Monsieur Bertrand LOUVEL, Premier président de la Cour de cassation, n'a pas manqué de nous faire part de ses regrets de ne pas être des nôtres pour cette 7^e édition de notre colloque. Nous n'oublierons pas, bien évidemment, de lui adresser un exemplaire des actes qui seront édités dans quelques semaines.

Monsieur le Procureur général près la dite Cour, Monsieur Jean-Claude MARIN, vous nous honorez chaque année de votre présence et d'un message fort. Merci mille fois, vous ne savez peut-être pas combien cette démarche de confiance récompense les organisateurs et les orateurs de la manifestation.

Mesdames et Messieurs les hauts magistrats et magistrats, nous connaissons le poids de vos charges, merci d'avoir privilégié notre colloque.

Monsieur le Président du Conseil national des barreaux, Monsieur Pascal EYDOUX ; Monsieur le Président Conseil national des compagnies d'experts de justice, Monsieur Didier FAURY ; vous

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

nous délivrerez bientôt votre vision du futur, du futur de cette manifestation, du futur de nos activités communes, merci.

Je voudrais remercier également, en notre nom à tous, les orateurs qui vont se succéder ensuite à la tribune : Maître Patrick de FONTBRESSIN, qui vous dira pourquoi nous avons retenu le thème : « la conciliation, le grand retour ? » et qui sera également le modérateur ;

Les membres de la première table ronde : « la conciliation dans l'expertise » :

Jean-Marc LE GARS, ancien haut magistrat administratif,

Marc-Olivier PETIT, expert de justice,

Jean-Jacques ISRAEL, avocat.

Après une pause de 20 minutes, les membres de la seconde table ronde : « l'expertise dans la conciliation » :

Jean-Pierre LUCQUIN, ancien haut magistrat commercial,

Claudine BERNFELD, avocat,

Emmanuelle DUPARC, expert de justice

Les membres de la troisième table ronde : « déontologie de la conciliation et perspectives » :

Gina MARUANI, avocat,

Robert MAZABRAUD, expert de justice,

Fabrice VERT, magistrat judiciaire.

l'auteure de la synthèse :

Natalie FRICÉRO, professeure de droit.

Je voudrais enfin vous remercier, vous tous dans cette salle, les fidèles d'entre les fidèles depuis la première édition ainsi que ceux qui découvrent notre manifestation. Vous aurez tous à cœur de revenir dans cette salle le 16 mars 2018, date du 8^e colloque CNB/CNCEJ. Aujourd'hui, c'est avec votre concours que nous allons écrire et ajouter un livre supplémentaire à notre collection des bonnes pratiques des avocats et des experts de justice, livre dont vous recevrez un exemplaire sitôt son édition.

Monsieur Jean-Claude MARIN, Procureur général près la Cour de cassation, si vous le voulez bien...

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Jean-Claude MARIN – Procureur général près la Cour de cassation

Monsieur le Premier Président,
Monsieur le Président du Conseil
National des Barreaux,
Monsieur le Président du Conseil
national des Compagnies d'Experts
de Justice,
Mesdames, Messieurs,



Qu'il me soit tout d'abord permis de remercier chaleureusement le Conseil National des Barreaux, et particulièrement son Président Pascal EYDOUX, ainsi que Monsieur Didier FAURY président du Conseil national des Compagnies d'experts de Justice, de me donner l'occasion, à l'orée de ce colloque, de prendre la parole sur un sujet au centre de l'évolution de la justice du XXI^{ème} siècle.

Les modes amiables de résolution des différends, telles que la conciliation et la médiation civile ou pénale, sont en effet devenus incontournables à raison de l'explosion des contentieux dus à la judiciarisation exponentielle, et sans doute excessive, de notre société.

Il convient ici de souligner que médiation et conciliation présentent plus de ressemblances que de différences, à tel point que certains auteurs ont posé la question de leur fusion.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Ces modes participent tous deux d'un idéal, que Chantal ARENS, première présidente de la Cour d'appel de Paris, n'hésite pas à définir comme, je cite, celui « *d'une justice consensuelle, acceptée, apaisée* »¹.

Ce colloque est donc l'occasion d'évoquer la procédure particulière de conciliation, de réfléchir à la place des conciliateurs dans notre système judiciaire et aux relations que ces auxiliaires de justice² doivent entretenir avec les autres acteurs de notre institution, notamment avec l'expert. Le statut particulier des conciliateurs est d'ailleurs souligné indirectement dans le code pénal qui dispose que les peines auxquelles ils sont susceptibles d'être soumis en répression des violations de leurs devoirs de probité, sont identiques à celles auxquelles les magistrats et les experts sont astreints.

Ce thème met aussi en lumière la notion de justice participative, qui revêt une dimension plurielle.

Si elle englobe la préoccupation d'un accès égal et facilité à la justice par les justiciables, elle est surtout révélatrice d'une façon renouvelée de gérer les litiges et d'organiser la vie sociale. Au cœur de ce mouvement, se trouve le citoyen, acteur impliqué dans la vie de la cité et dans la résolution amiable des conflits qui la traversent.

Tout comme la démocratie participative, qui tend à se développer de nos jours pour pallier les failles d'une société désenchantée, la justice participative ou collaborative, semble retrouver une actualité dans la recherche d'un rôle du juge centré sur sa fonction de recours ultime.

Ces modes amiables sont en effet millénaires. Ils s'enracinent dans l'antiquité, et appartiennent à la sagesse des nations que Gérard CORNU résumait ainsi : « *C'est bien à Damas où l'on fabrique le hood (luth à dix cordes), que la définition d'Épictète résonne le mieux, quand il*

¹ ARENS Chantal, Propos tenus en ouverture du colloque « Conciliation judiciaire et conciliation de Justice », cour d'appel de Paris, 15 mars 2016.

² Les conciliateurs et médiateurs, chargés d'une mission par une autorité ou une juridiction, qu'elle soit judiciaire ou administrative, sont soumis aux mêmes peines que les experts et les magistrats, en cas de corruption et trafic d'influence, qu'ils soient actifs ou passifs, ou d'entrave à la justice, soit 10 ans d'emprisonnement et une amende de 1 000 000 euros (articles 434-9, 435-7 et 435-9 du code pénal).

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

compare au joueur de luth qui accorde ses cordes, le médiateur qui cherche à faire sortir de la discorde un accord³ ».

Abandonnées sous l'Ancien Régime, ces méthodes conciliatoires connaissent un regain d'intérêt avec la Révolution française.

Pour des raisons idéologiques, l'arbitrage et la conciliation apparaissaient alors comme les instruments d'une justice « *en accord avec les idéaux de la nouvelle citoyenneté républicaine* »⁴. Ainsi, à la tribune de l'Assemblée Nationale constituante le 7 juillet 1790, Joseph PRUGNON, député déclarait à cet égard, je cite : « *rendre la justice n'est que la seconde dette de la société ; empêcher les procès c'est la première et il faut que la société dise aux parties : pour arriver au temple de la justice passez par celui de la concorde* »⁵.

C'est justement parce que la justice s'enferme souvent dans son temple, qu'il nous faut encourager les arrangements entre les parties elles-mêmes, « *sous le regard bienveillant mais éclairé*, comme le précisait le professeur Jacques POUmarede, *d'un tiers chargé de les réunir ; c'est-à-dire de les concilier, selon l'étymologie latine (conciliare)* »⁶.

TREILHARD, dans sa présentation au Corps législatif du projet de code de procédure civile, voyait dans le juge, je cite « *un père qui doit placer sa véritable gloire moins à prononcer entre ses enfants, qu'à les concilier* »⁷. Ce code a conservé en effet de la période révolutionnaire, cette volonté de laisser une place importante aux procédures conciliatoires, même si l'obligation préliminaire de conciliation a été abandonnée en 1949.

Notre code actuel de procédure civile, voit renaître la conciliation comme un principe directeur du procès, disposant en son article 21, qu'il « *entre dans la mission du juge de concilier les parties* ».

³ CORNU Gérard, Les modes alternatifs de règlement des conflits. Rapport de synthèse, Revue internationale de droit comparé. Vol. 49 N°2, Avril-juin 1997, p. 313, (Epictète, Pensées, 3, 32).

⁴ CADIET Loïc, « Panorama des modes alternatifs de règlements des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review* No. 28, 2011, p.151.

⁵ PRUGNON Louis Joseph, *Archives parlementaires*, tome XVI, p. 739.

⁶ POUmarede Jacques, « La Conciliation, la mal-aimée des juges », *Les Cahiers de la Justice*, 2013/1, p.125.

⁷ TREILHARD, Exposé des motifs des Livres I et II de la Partie I du Projet de Code de Procédure Civile, p.13. Cité par L. CADIET, p. 152.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Depuis le décret du 20 mars 1978, cette mission revient également aux conciliateurs chargés de résoudre, bénévolement et à l'amiable, de petits litiges civils avant toute introduction d'instance. Ce n'est qu'en 1996, que les juges seront autorisés à déléguer leur compétence à des conciliateurs dans le cadre d'instances déjà engagées.

Loin de mettre à mal la conciliation, le législateur a souhaité renouer avec son glorieux passé. Elle ne souffre plus les critiques et apparaît, au contraire, comme salutaire. La loi du 18 novembre 2016, dite loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, semble consommer ce retour aux sources, selon un dispositif⁸ qui n'est pas sans rappeler celui du code de procédure civile de 1806.

Le retour est donc réussi, mais cette réussite concerne moins la conciliation judiciaire⁹ que la conciliation conventionnelle, laquelle devient un préalable obligatoire à la saisine du juge. En d'autres termes, la place de ce dernier dans ce processus paraît désormais comme un recours éventuel, puisque la conciliation intervient essentiellement dans le cadre *infra* judiciaire.

La Loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle ne bouleverse toutefois pas la mission de conciliation du juge, telle qu'elle apparaît à l'article 21 déjà cité du code de procédure civile. Elle ne révolutionne pas non plus les modalités et les interdits qui en gouvernent la conduite. La prohibition faite au juge demeure, puisque l'article 240 du code de procédure civile, dispose que le juge « *ne peut donner au technicien, mission de concilier les parties* ».

Il n'est pas toutefois indifférent de noter que la Cour de cassation interprète strictement cet interdit¹⁰.

D'ailleurs, si l'expert ne peut se voir confier par le juge la mission de concilier, il n'a pas pour autant été évincé du processus de conciliation puisque l'article 281 du code de procédure civile, organise la réception par l'expert des fruits d'une éventuelle conciliation des parties¹¹.

⁸ Article 4 de la Loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, 18 novembre 2016.

⁹ Qui ne concerne que 10% des saisines.

¹⁰ Voir notamment Cass., 2^e civ., 21 juillet 1986, *Bull. civ. II, n° 131* ; Cass., 2^e civ., 21 mars 1979, *Bull. civ. II, n° 91*.

¹¹ Article 281 du code de procédure civile : « *Si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet ; il en fait rapport au juge* ».

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

L'intransigeance des rédacteurs du code de procédure civile s'est heurtée à une réalité ensevelie, par le passé, sous les impératifs de la célérité et l'absence d'encadrement.

Ainsi, à la croyance selon laquelle l'expertise est incompatible avec la conciliation semble répondre le constat selon lequel l'expertise est « *un moment privilégié pour parvenir à un accord des parties* »¹², comme le relève le premier président MAGENDIE. Le temps a, semble-t-il, eu raison de la conciliation dans le cadre de l'expertise judiciaire, mais a su mettre en lumière les liens nourris, tissés entre expertise et conciliation.

L'expert peut-il, dans le cadre de la justice du XXI^{ème} siècle, épouser les habits d'un conciliateur ? La réalité aurait-elle entamé les fondements de l'interdit posé par le code ?

Les interrogations techniques et déontologiques sont nombreuses, mais elles ne doivent pas dissimuler un enjeu plus général : l'office du juge judiciaire et l'image de celui-ci, au sein d'une société hyper judiciaire, le place au cœur d'une nécessaire révolution qui n'a pas encore eu lieu.

Les débats sur les réformes à mettre en œuvre restent ouverts. Ils le sont d'autant plus que le besoin s'en fait ardemment sentir.

Plus largement, la justice doit employer ses magistrats aux tâches les plus essentielles de leur ministère, en les recentrant d'une part sur leur cœur de métier, et d'autre part en leur donnant la possibilité de déléguer la résolution des conflits les plus simples, à des collaborateurs de justice formés et efficaces.

C'est à ce prix que la justice sortira de la crise qu'elle traverse et participera à redéfinir un rôle qu'elle n'aurait sans doute jamais dû quitter.

Magistrats, mais aussi avocats, experts, conciliateurs et médiateurs doivent y contribuer. L'efficacité et la qualité de la justice nous y obligent.

Je suis certain que les travaux qui vont se dérouler cet après-midi apporteront solutions, perspectives et espoir pour la conciliation.

Je vous remercie.

¹² Magendie J-C, *Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès*, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2004, p. 111.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Pascal EYDOUX – Président du Conseil National des Barreaux

Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation,
Monsieur le Président du conseil national des compagnies d'experts de justice,
Mesdames et Messieurs les hauts magistrats,
Mesdames et Messieurs les Bâtonniers et Présidents de Compagnies d'experts,
Mesdames et Messieurs les Experts,
Mesdames et Messieurs les professeurs,
Chers Confrères,
Distingués invités,



C'est avec un plaisir renouvelé que j'ai l'avantage d'ouvrir le colloque annuel organisé conjointement par le Conseil national des compagnies d'experts judiciaires et le Conseil national des barreaux.

Ensemble, avocats et experts ne sont plus les acteurs d'un procès. Ils sont les acteurs d'une situation et les acteurs de sa solution.

Vous avez choisi cette année le thème de la conciliation.

Elle participe d'un constat parmi d'autres.

Le justiciable n'attend pas une vérité qui lui serait imposée. Il veut participer à l'élaboration de la solution.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

La contractualisation du différend est en œuvre qui lui évite de devenir systématiquement un contentieux.

1) Ce sujet nous est cher car il rejoint nos préoccupations et notre volonté plus large de voir se poursuivre et s'intensifier le recours aux modes alternatifs de règlement des différends.

Nous partons d'un constat simple : dans le cadre d'une judiciarisation constante de notre société, l'Etat a choisi, notamment pour des raisons que nous connaissons bien de crise des finances publiques, de recentrer les juges sur leur mission première de juger, de trancher les litiges en application de la règle de droit.

Tenant compte de cette situation, l'Etat veut favoriser le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges : procédure participative, médiation, conciliation.

La profession d'avocat s'est résolument engagée dans la promotion de ces voies alternatives. Elle y voit :

- La possibilité de sécuriser ces procédures amiables grâce à la plus-value de sa déontologie.
- Un moyen efficace de libérer le juge de tâches qui peuvent être accomplies par les avocats et qu'il viendra simplement homologuer.
- L'opportunité de développer une autre image auprès du public, en mettant en lumière l'importance de son rôle de conseil et de stratège dans le cadre d'une justice négociée pour tout prévoir afin d'éviter le contentieux et tout envisager afin d'éviter le procès.

Cela nous a conduits à créer le Centre national de médiation des avocats.

L'objectif est de replacer l'avocat au cœur du dispositif de médiation en informant le public des garanties que lui offre la présence de l'avocat en médiation et en mettant à la disposition de nos confrères les outils utiles pour développer leur pratique de la médiation.

Le temps n'est pas à la satisfaction d'une mode. Il est à l'investissement dans une offre différente, qui associe le public à la décision qui le concerne.

2) Mais allons un peu plus loin dans le bref temps qui m'est imparti pour vous faire part de nos convictions en la matière.

2.1. En premier lieu, il est probablement nécessaire de rappeler et d'insister sur le fait que l'incitation à recourir aux MARD n'est pas un acte de défiance envers le juge. En effet, à côté du

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

juge qui tranche au nom de l'Etat, il existe de la place pour une procédure différente de règlement des différends qui participe du fonctionnement régulier et pacifié de notre société et des relations entre ses membres, personnes physiques et acteurs économiques. Et cela vaut tant pour la prévention que pour la résolution des litiges.

Ainsi, le recours aux modes alternatifs de règlement des différends – MARD – peut être appréhendé comme un acte de confiance envers les acteurs et les parties prenantes à la négociation qui s'engage, qui rempliront pleinement leur fonction grâce à leur déontologie exigeante et au secret professionnel auquel ils sont tenus et qui permet de protéger le contenu des échanges.

Ces acteurs sont les avocats et les experts qui aident les parties à trouver elles-mêmes la solution à leurs difficultés.

2.2. En deuxième lieu, les MARD sont une réponse en termes de délai raisonnable de traitement de contentieux particulièrement longs (construction, dommage corporel par exemple).

Ils sont aussi une réponse en termes de coût.

Ils sont aussi une réponse en termes d'aléa.

Ils nous permettent peut-être d'aborder sans trop d'inquiétude le devenir de l'interprétation de la règle de droit : nous savons que la justice prédictive est à portée de vue.

La dimension du gain de temps, qui n'a pas qu'un aspect procédural et économique, est une importante composante psychologique qui ne doit pas être négligée et qui permet de résoudre, ou à tout le moins d'atténuer, certaines tensions.

Les modes de règlement des conflits, par leur nature plus horizontale, plus souple et plus rapide, permettent d'éviter l'engorgement manifeste des juridictions tout en répondant à la nécessité de garantir l'accès à la justice et l'effectivité des droits.

Cela implique aussi d'avoir un accès privilégié et rapide au juge pour pouvoir homologuer les décisions auxquels conduit la mise en œuvre des MARD.

2.3. En troisième lieu, et pour les experts en particulier, l'un des éléments essentiels pour le développement des modes alternatifs de règlement des litiges réside dans le fait que les parties prenantes soient accompagnées tout au long de ces procédures par des professionnels compétents et rompus à ces questions, et qui, en outre, apportent toutes leurs garanties liées à leur déontologie et particulièrement au respect de la confidentialité et du secret.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Nous retrouvons là les thèmes des trois tables rondes de notre rencontre aujourd'hui : conciliation et expertise, compétence des acteurs impliqués dans la conciliation et les exigences déontologiques qui s'imposent à eux.

2.4. Enfin, nous voyons avec intérêt l'approche que développe la justice administrative pour la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des différends en matière administrative.

Il est heureux que la justice administrative ne soit pas en reste et que l'expert-médiateur ait récemment fait son entrée dans le code de justice administrative à la place de l'expert-conciliateur.

3) L'expert a donc sa place dans cette réflexion sur le recours aux MARD.

L'expertise est de plus en plus perçue comme un des modes alternatifs de règlement des différends. En effet, le travail de l'expert peut servir à rapprocher les parties et il arrive que l'expertise se termine sur une transaction. Je rappelais lors d'une précédente rencontre que près de 80% des expertises en référé ne donnent pas lieu à une saisine au fond.

Dans cette perspective, l'expert doit être un acteur de conciliation. Les parties ont besoin de l'apport technique de l'expert pour s'orienter ensuite vers une conciliation.

Le rôle de facilitateur de l'expert dans la recherche d'une solution négociée par les parties avec leurs avocats grâce aux éléments techniques fournis posera aussi la question des limites et des risques liés à la formulation par l'expert d'avis et de préconisations ainsi que leur réception par les parties et leurs avocats. De cela, vous avez notamment discuté en 2015.

Au terme de ces propos d'ouverture, je forme le vœu que les experts et les avocats continuent à travailler sur ces questions afin de les faire progresser pour le bénéfice personnes physiques et morales confrontées à la justice. Nous pouvons être fiers de ce partenariat réussi et utile et de ces rencontres annuelles pérennes.

Je vous souhaite d'excellents et fructueux travaux.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Didier FAURY - Président du Conseil National des compagnies d'experts de justice

Monsieur le Procureur général près
la Cour de cassation,
Monsieur le Président du Conseil
national des Barreaux,
Mesdames et messieurs les
magistrats et juges,
Mesdames et messieurs les
Présidents des compagnies
d'experts,
Mes chers collègues,
Mesdames et messieurs,



Je me réjouis à mon tour de vous accueillir à notre colloque annuel organisé conjointement par le Conseil national des Barreaux, et le Conseil national des compagnies d'experts de justice.

Monsieur le Procureur général, je vous remercie de votre présence, et je suis très sensible à l'honneur que vous nous faites d'être parmi nous et d'ouvrir notre manifestation. Monsieur le Président Eydoux, n'ayons pas peur de faire un peu d'autosatisfaction collective, ce colloque illustre la réussite de notre partenariat et les vertus de la collaboration entre nos deux conseils nationaux.

Mes chers collègues, votre présence si nombreuse montre l'intérêt que vous portez à vos activités expertales. Cette présence est une récompense pour nos organisateurs qui savent choisir et renouveler, année après année, les sujets qui vous sont proposés. Je me dois bien sûr de nommer ces organisateurs et de les remercier :

- Maître Jean-Michel Hocquard et Maître Jean-Pierre Forestier pour le CNB,
- Jean-François Jacob et Pierre Loeper pour le CNCEJ.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Ces remerciements vont également naturellement à toute l'équipe qui a participé à la préparation de notre colloque, et aux brillants intervenants que nous entendrons avec grand plaisir cet après-midi.

Le sujet choisi est un sujet d'actualité. Il porte sur l'un des aspects de la résolution amiable des différends. J'ai été frappé, dans les audiences de rentrée des Cours et tribunaux, par le fait que le développement souhaitable de la conciliation et de la médiation a été quasi systématiquement mentionné. Monsieur le Garde des Sceaux, lors de ses vœux aux représentants du monde judiciaire, en a également fait mention. Je ne sais s'il faut y voir une orientation de notre société vers des relations sociales plus apaisées ou, de façon peut-être plus réaliste, la nécessité de désengorger les rôles des tribunaux confrontés à leur manque de moyens. En tout état de cause, l'intérêt pour ces procédures alternatives de règlement des conflits est légitime. Nos organisateurs entendent donc apporter leur pierre à la réflexion, en s'interrogeant sur le rôle de l'expert dans ces processus.

Le titre choisi pour ce colloque appelle un rapide état des lieux que nos intervenants développeront sans doute. L'article 240 du code de procédure civile dispose que le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties. Ce texte déjà ancien, puisqu'il date de 1973, est revenu sur une solution inverse qui avait été dégagée par la jurisprudence. Pourquoi ce texte est-il intervenu ? J'ai trouvé une réponse ministérielle qui en a précisé les raisons. Ainsi, ce texte aurait eu une double motivation. D'une part, les tentatives de conciliation mises en œuvre par les experts étaient considérées comme un facteur d'allongement des procédures. D'autre part, le législateur considérait alors que la crainte d'un rapport défavorable de l'expert incite les parties à accepter la conciliation proposée.

Le raisonnement n'est pas le même dans l'Ordre administratif dans lequel, de longue date, la mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties. Le texte concerné a récemment évolué, et il est aujourd'hui indiqué dans l'article 621 du code de justice administrative que l'expert peut se voir confier une mission de médiation et qu'il peut également prendre l'initiative d'une telle médiation avec l'accord des parties. Nous tenterons, lors de nos débats, de comprendre ces logiques opposées.

De même, l'évolution du texte du Code de justice administrative qui a remplacé le terme de conciliation par celui de médiation nous sera explicité. Pour apporter une modeste contribution aux débats, il me semble utile de vous soumettre trois brèves réflexions. En premier lieu, la solution de nombreux différends dépend, dans une large mesure, de l'analyse des faits sur lesquels les parties s'opposent, et sur lesquels le juge demande les lumières de l'expert. Le conflit comporte bien sûr, lorsqu'il est fait appel à un expert, une composante factuelle et technique essentielle. Une fois le fait établi par l'expert, une partie du chemin est faite quant à la

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

solution du litige pour autant que les travaux de celui-ci soient acceptés par les parties. Ces parties, une fois informées de l'avis provisoire de l'expert, notamment au travers de la pratique généralisée du document de synthèse, disposent alors d'une fenêtre de conciliation possible pour éviter la poursuite de la procédure. En ce sens, la synthèse de l'expert n'est-elle pas l'apport décisif de celui-ci dans la recherche d'une solution amiable ?

La question qui est posée aujourd'hui par ce colloque est donc de savoir s'il convient, comme en matière administrative, de conférer à l'expert la possibilité de devenir un acteur direct de la solution amiable, c'est-à-dire d'avoir un rôle actif dans la recherche de celle-ci. Mais cette intervention active ne doit-elle pas nécessairement intervenir après la transmission sous une forme ou sous une autre de son avis technique provisoire ? Si la réponse est affirmative, l'expert médiateur serait alors un médiateur du troisième type, les deux premiers étant pour ceux qui pratiquent la médiation, le médiateur aviseur (qui incite et oriente les parties vers la solution amiable) et le médiateur accoucheur.

Deuxième interrogation, lorsque l'expert devenu médiateur va entreprendre, en expertise administrative, de rechercher une solution amiable, les parties ne devront-elles pas préalablement décider du sort ultérieur des travaux d'expertise déjà réalisés ? Pourquoi ? Parce que si la médiation échoue, il paraît difficilement possible que l'expert reprenne sa mission d'expertise. En effet, d'une part, il a pu recueillir les confidences des parties, s'il a conduit cette phase amiable comme cela est pratiqué en médiation, situation incompatible avec le principe de la contradiction. D'autre part, l'échec de sa tentative de rapprochement des parties pourrait, aux yeux de l'une ou l'autre de celles-ci, faire perdre à l'expert sa qualité essentielle de neutralité ou d'impartialité.

Enfin, pratiquant la médiation, je sais (et je m'adresse plus particulièrement aux avocats), Maîtres, que vous avez un rôle majeur à jouer pour le succès d'une solution amiable. Je sais, pour connaître beaucoup d'entre vous, que si certains sont très favorables à des issues négociées, ce n'est pas encore vrai pour tous. S'il n'est pas impossible de réussir une médiation en présence d'un avocat réticent, cela complique évidemment les choses. Avocats et experts étant réunis dans cette salle, c'est sans doute le moment d'en débattre.

Je vous remercie.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

INTRODUCTION – POURQUOI CE THEME ?

Maître Patrick de FONTBRESSIN, avocat au Barreau de Paris,
Maître de conférences à Paris XI, Conseil du CNCEJ

Pourquoi ce thème ?

À l'heure des réflexions sur la Justice du XXI^{ème} siècle et spécialement des préconisations du rapport Marshall, on pouvait espérer la modification de l'article 240 du code de procédure civile qui depuis 1973 interdit au juge de donner au technicien mission de concilier les parties.

Aussi cinq ans après un colloque intitulé « *L'expertise, espace de compréhension* », les organisateurs de cette journée étaient-ils enclins à penser que le code de procédure civile ne tarderait pas à consacrer le grand retour de la mission de conciliation conférée à l'expert par le juge.



Toutefois, la prudence, cette qualité que se doivent de partager experts et avocats tant dans leurs conclusions que dans leurs allégations, faisait militer en faveur du titre "*la conciliation, le grand retour*" assorti d'un point d'interrogation.

Aujourd'hui, en l'absence de changement des termes de l'article 240 du code de procédure civile mais surtout en présence du décret du 2 novembre 2016 qui substitue le terme de "*médiation*" à celui de "*conciliation*" dans le code de justice administrative, ce point d'interrogation revêt un caractère essentiel.

A la veille du 60^{ème} anniversaire de la Communauté économique européenne devenue désormais l'Union européenne, il nous invite à mesurer l'impact du droit européen sur notre manière d'appréhender les choses.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

En effet, dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.) largement évoqué à l'occasion du XXe congrès du CNCEJ tenu à Strasbourg les 23 et 24 septembre 2016, l'article 81 relatif à la reconnaissance mutuelle des jugements entre les Etats membres vise aussi au nombre des objectifs le "*développement des méthodes alternatives de résolution des litiges*".

Pour sa part, la directive communautaire du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale transposée en droit national entend par "*médiation*" un "*processus structuré quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé*".

Elle qualifie de "*médiateur*" "*tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé pour la mener*".

Ainsi, au nom du droit communautaire, nos qualifications traditionnelles nationales paraissent s'estomper au gré de "*notions autonomes*" pour laisser place à la seule recherche d'un « *effet utile* » tendu vers une finalité : celle d'une relation pacifiée.

Au confluent de la science et du droit, l'expertise trouve ici une place objet des interrogations de ce jour : Dans une perspective où avocats, experts et juges des deux ordres de juridictions peuvent ensemble poursuivre une mission commune, quel est l'apport de l'expertise ?

Sans jamais être une fin en soi, peut-elle être le moyen offert au juge pour substituer à la vindicte du procès une objectivité technique propre à favoriser un accord ?

Si tel est bien le cas, à quel stade et comment l'expertise pourra-t-elle être le vecteur de celui-ci ?

Quel devra être alors le rôle de chacun dans le respect d'une déontologie et des principes fondamentaux.

L'éclairer du juge ne pourrait-il devenir l'éclairer de la paix ?

Là sont bien les questions qu'il convient de poser en des temps où, dans une Europe de plus en plus souvent affectée par le doute, juges, avocats, experts peuvent ensemble bâtir un édifice nouveau : l'édifice de l'accord, ce défi au cœur du procès, mais aussi ce ferment du contrat social en péril.

Nul doute qu'au-delà du cloisonnement des catégories et des qualifications, les brillantes contributions de cet après-midi constitueront une importante réflexion animée par un dépassement nécessaire.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

PREMIER TABLE RONDE : LA CONCILIATION DANS L'EXPERTISE

Jean-Marc LE GARS, Conseiller d'Etat honoraire,
ancien Président de la Cour administrative d'appel de Lyon



Bonjour Mesdames,

Bonjour Messieurs.

La table ronde s'intitule « La conciliation dans l'expertise ». Il me faut toutefois préciser liminairement que depuis que

j'ai été chargé de faire le point de l'état du droit applicable au cours de ce colloque, l'expert conciliateur a troqué sa tunique contre celle de l'expert médiateur. Comme nous le verrons, cela n'est pas sans conséquences. Sous le bénéfice de cette observation, nous en venons à mon propos.

Nous sommes en présence de deux systèmes complètement différents, l'un dans l'ordre judiciaire et l'autre dans l'ordre administratif. Pour bien comprendre comment nous en sommes arrivés là, il est nécessaire de faire un retour sur l'évolution juridique qui a conduit à cette situation. J'essaierai ensuite de tracer l'évolution qui me paraît souhaitable, dans toute la mesure du possible.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que se pose la question de savoir si le juge peut, en même temps qu'il donne à l'expert de justice mission de lui donner un avis technique, le charger de concilier les parties. Sur ce thème, les deux ordres de juridiction, judiciaire et administrative, ont joué la même partition pendant 25 ans, avant que le Conseil d'Etat ne se décide à jouer la sienne, diamétralement opposée à celle du juge judiciaire. Cette valse-hésitation se traduit aujourd'hui par une cacophonie renforcée, en tout dernier lieu, par le décret du 2 novembre 1916, le décret

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

dit Jade. Je pense que le retour à l'harmonie passe par la suppression de l'exception administrative qui conduit à un mélange des genres, au risque de fragiliser l'expertise.

Dans un premier temps, le juge administratif et le juge judiciaire ont joué la même partition.

Le pouvoir de concilier n'a été accordé explicitement aux tribunaux administratifs qu'à une époque relativement récente. C'est l'article 3 de la loi du 6 janvier 1986, fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, qui lui a donné un cadre législatif, en confiant aux tribunaux administratifs « une mission de conciliation ». Cette disposition a été reprise en dernier lieu, sous l'article L 211-4 du Code de justice administrative.

Les conseils de préfecture, et à leur suite, après 1953, les tribunaux administratifs, avaient longtemps remédié à ce manque, en utilisant des expertises ordonnées par eux, pour autoriser l'expert à tenté de concilier, dans la mesure du possible, à l'issue de sa mission, et non sans quelques succès d'ailleurs. On a fini par y voir un mélange des genres qui a été condamné par un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 12 octobre 1979. Le Conseil d'Etat a jugé, à cette occasion, que c'était à tort qu'avait été confiée à l'expert la mission de concilier les parties, autant que faire se peut. La haute assemblée, dont la décision n'était pas autrement motivée, suivait en cela, semble-t-il, les rédacteurs du nouveau code de procédure civile, en décrétant que « *le juge ne peut donner aux techniciens mission de concilier les parties* ». Les rédacteurs de l'article 96 du décret du 17 décembre 1973, repris à l'article 240 du code de procédure civile, avaient privé le juge de la possibilité de confier à l'expert la mission de concilier.

La disposition nouvelle avait pour ambition d'éviter que la recherche systématique de la conciliation par l'expert ne ralentisse excessivement le déroulement de l'expertise. Elle permettait également d'écartier les risques de pression que la crainte d'un rapport défavorable serait susceptible d'aggraver. Il n'était pas rare en effet de considérer, à l'époque, que concilier pour l'expert lui permettait d'échapper aux affres du rapport. Il y mettait beaucoup de zèle, trop parfois, mais pour y parvenir, il pouvait arriver qu'il exerçât une pression sur la partie la plus conciliante.

La Cour de cassation a toutefois cantonné strictement l'interdiction faite au juge par l'article 240 du code de procédure civile. C'est ainsi que par une décision du 21 mars 1979, elle a admis qu'un tribunal puisse donner mission à l'expert « *de déposer son rapport au cas où les parties ne parviendraient pas entre elles à une conciliation* ». Elle a constaté également, par la même décision, que l'expert qui n'avait pas eu l'initiative de la transaction, qui s'était contenté de la transcrire et de l'annexer à son rapport, n'était pas sorti de sa mission. De même, elle a jugé, le 21 juillet 1986, qu'une solution proposée par un technicien, et homologuée par les parties, puis le tribunal, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 240 du code de procédure civile, dès lors que le juge n'a donné aucune mission en ce sens à l'expert.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Cette jurisprudence n'a pas été sans effet. L'interdiction édictée à l'article 240 du code de procédure civile était quelque peu battue en brèche par des décisions judiciaires demandant à l'expert commis de déposer son rapport à défaut de conciliation des parties ou si les parties n'étaient pas parvenues à un accord. Mais dans l'ensemble, l'interdiction a tenu bon, d'autant que la loi du 8 février 1995 est venue confirmer la pratique de la médiation par une tierce personne, qui a été instaurée par Pierre Drai lorsqu'il était juge des référés du tribunal de grande instance de Paris. Elle a ainsi permis au juge judiciaire d'attribuer à un autre que lui les fonctions de conciliation et de médiation, sous réserve de l'accord préalable des parties. Sous l'empire de ce texte, complété par le décret du 22 juillet 1996, une pratique de la médiation organisée par le juge judiciaire s'est développée et a rendu plus improbable le recours à l'expert pour concilier. Bien qu'il y ait été incité à plusieurs reprises, le législateur n'est pas revenu sur l'article 240 du code de procédure civile. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle aurait pu lui en donner l'occasion mais il n'en a rien été.

Cette belle harmonie n'a pas tenu bon, car **le juge administratif a décidé de jouer sa propre partition**. L'harmonie entre les deux ordres de juridiction n'a pas duré plus d'un quart de siècle. Au contraire du juge judiciaire, le juge administratif ne s'est pas laissé bercer par les sirènes de la médiation. Si la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative consacrait un chapitre à la médiation en matière civile, aucune de ses dispositions ne visait la médiation en matière administrative. La pratique des juridictions administratives restait gouvernée par la formule lapidaire de la loi de 1986 : « *Les tribunaux administratifs exercent également une mission de conciliation* ». Rien d'autre dans le Code. Le législateur n'avait pas renvoyé au décret le soin de définir les modalités d'application de la loi et le Conseil d'Etat avait considéré, en 1989, que cette disposition se suffisait à elle-même, que des mesures d'application n'étaient pas juridiquement indispensables, et qu'elle était par conséquent entrée en vigueur immédiatement. Cette façon bien théorique de voir les choses, qui ne prenait pas en compte les traits culturels caractéristiques de la juridiction administrative de premier degré, n'a pas spécialement favorisé l'essor de la médiation. Les magistrats administratifs, plus familiers des procédures écrites que des débats oraux, et davantage hommes de cabinets comme de terrains, n'étaient pas spécialement préparés, pour une grande partie d'entre eux, à utiliser, sans mode d'emploi préalable, cette nouvelle compétence créée par un texte dont la rédaction très générale et excessivement sommaire, laissait place à de nombreuses interrogations.

C'est pourquoi malgré les tentatives de quelques francs-tireurs, le démarrage a été long et difficile, et c'est dans ce contexte que le 11 février 2005, le Conseil d'Etat a entendu donner un coup de pouce à la conciliation-médiation, en revenant sur sa jurisprudence de 1979. S'opposant frontalement à l'article 240 du code de procédure civile, il a affirmé qu'à l'occasion d'une demande de référé expertise, le juge administratif pouvait ordonner à l'expert, désigné par lui,

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

même d'office, de concilier les parties si faire se pouvait. Cette jurisprudence connue sous le nom d'OGEC du Sacré-Cœur, a ensuite été reprise par le décret du 22 février 2010, codifiée à l'article R. 621-1 du code de justice administrative ainsi rédigé : « *La mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties* ». Poursuivant en ce sens, l'article 23 du décret du 2 novembre 2016, vient tout juste de remplacer cette disposition par la suivante : « *L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative avec l'accord des parties, d'une telle médiation* ». Exit donc l'expert conciliateur, place désormais à l'expert médiateur. S'il s'est agi pour lui, au premier chef, d'adapter le texte de 2010 à la directive européenne du 28 mai 2008, le pouvoir réglementaire a néanmoins confirmé à cette occasion l'intérêt qu'il portait à ce que l'expert puisse jouer les médiateurs. Il en a même profité pour conforter sa position en lui reconnaissant explicitement le pouvoir d'initier la médiation. Cette adaptation du texte spécifique du rôle de l'expert survient au moment même où le Parlement a décidé d'une réforme plus générale de la médiation en matière administrative. La loi du 18 novembre 2016, portant modernisation de la justice du XXI^e siècle, après avoir fait table rase du passé en supprimant notamment l'article L. 211-4 du Code de justice administrative, relative à la conciliation par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, ajoute à ce Code un chapitre entier instituant un régime entièrement nouveau de médiation comprenant deux volets. L'un est consacré à la médiation à l'initiative des parties, l'autre à la médiation à l'initiative du juge. Désormais, en matière administrative, par l'effet de la loi, les parties et le juge peuvent avoir l'initiative d'une médiation, et par l'effet d'un texte réglementaire, l'expert de justice peut lui aussi avoir l'initiative d'une médiation.

Nous voilà donc sous le règne de la **cacophonie**. On ne pouvait pas prendre plus radicalement le contre-pied de l'article 240 du code de procédure civile que ne l'a fait l'article 23 du décret du 2 novembre 2016. La polémique sur l'opportunité de confier à l'expert la mission de concilier est relancée. Les auteurs du nouveau code de procédure civile croyaient clore le débat, il n'en a rien été. Rouvert spectaculairement par la décision du Conseil d'Etat de 2005, entretenu par le décret du 22 février 2010, il revient sur le devant de la scène. Publiés à quelques jours d'intervalle, deux textes tirent en sens contraire. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle publiée au Journal officiel le 19 novembre 2016 n'est pas revenue sur l'interdiction faite par l'article 240 du code de procédure civile alors que le développement de l'offre de conciliation et de médiation était un des axes forts de la réforme. Le décret du 2 novembre 2016, publié le 4 du même mois, confirme la solution contraire qui prévaut depuis 2005 devant les juridictions administratives, et même l'étend en permettant à l'expert d'ouvrir une médiation de sa propre initiative. Les deux ordres de juridiction jouent deux partitions radicalement opposées. Il s'ensuit bien évidemment une cacophonie à laquelle les experts de justice, notamment, n'entendent plus rien.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Comment rétablir l'harmonie ? Pour la crédibilité des institutions, il importe, je le pense, de rétablir l'harmonie sur ce sujet et de mettre fin à cette valse-hésitation. Il est parfaitement louable de vouloir encourager la médiation comme a voulu le faire le Conseil d'Etat le 11 février 2005. Il est douteux que la solution choisie, consistant à charger l'expert de justice d'une double mission d'expertise et de médiation, soit opportune, même si des voix s'élèvent pour qu'elle soit étendue aux juridictions de l'ordre judiciaire. Car confier à un même expert la double mission de donner un avis technique et de conduire une médiation est une gageure. On ne reviendra pas ici sur le fait que les deux fonctions ont une finalité complètement différente, qu'elles nécessitent des compétences spécifiques, et que chacune a sa propre logique. C'est une chose que de procéder à des investigations pour éclairer le juge sur un problème technique, c'en est une autre que de tenter de rapprocher les parties. Tout cela ressortit du domaine de l'évidence et ne pousse pas à ce que les deux fonctions soient confondues dans une même mission confiée à une même personne, d'autant que les deux fonctions sont régies par deux règles totalement opposées, de sorte que le risque est grand de voir l'une polluer l'autre sur le plan de la régularité procédurale.

La règle, en matière d'expertise, est la transparence. L'expert doit conduire ses opérations dans le plus grand respect du contradictoire : le fondement de la médiation est la confidentialité. Comment l'expert pourrait-il, au cours de la même procédure, avec les mêmes parties, concilier deux principes et deux attitudes aussi opposés ? Quels seront les pièges et les direx couverts par la confidentialité, en cas d'échec de la médiation en cours d'expertise ? Comment distinguer ce qui relèvera de l'expertise, transparente, de ce qui relèvera de la médiation, confidentielle ? Enfin, comment garantir l'impartialité de l'expert ? Peut-on imaginer un instant que la partie qui se montrera rétive à la médiation n'aura pas le sentiment de s'exposer à un risque face à l'expert, contraint par son attitude d'en revenir à son rôle premier et à la rédaction de son rapport ? Curieusement, les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt OGEC du Sacré-Cœur, rendu par le Conseil d'Etat le 11 février 2005, font l'impasse sur ces questions, dont on imagine mal pourtant qu'elles aient pu ne pas être examinées au moment du spectaculaire retournement de jurisprudence qui a ouvert la voie à l'article R. 621-1 du code de justice administrative.

Il reste que dans les faits, le temps de l'expertise est un moment privilégié pour que les parties se rapprochent. Il arrive qu'au vu des constatations auxquelles il est procédé au cours des opérations, des explications techniques qui sont données et des conversations qui se nouent, les parties s'accordent, en cours d'expertise, pour que l'une d'entre elles, voire les deux, renoncent en tout ou partie à ses prétentions. Si le juge ne peut pas donner mission à l'expert de concilier les parties, l'expert peut constater l'accord intervenu entre celles-ci dans son avis. Il est donc nécessaire de préserver la possibilité, pour l'expert, de mettre un terme à ces opérations dans ce cas, ainsi que le fait l'article L. 621-7 du code de justice administrative aux termes duquel « *si les*

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis ». L'article 281 du code de procédure civile est rédigé en des termes similaires. Mais c'est une chose de prévoir les conditions de sortie d'une expertise en cas de conciliation des parties, c'en est une autre de confier à l'expert une mission de médiation. C'en est encore une autre que de lui permettre de se saisir lui-même d'une telle mission.

L'expérience apprend que la médiation a toute sa place après le dépôt du rapport d'expertise. Rien n'empêche de désigner un expert pour cette mission s'il présente les aptitudes requises, à la réserve près que l'expert qui aura procédé aux opérations d'expertise ne sera généralement pas le mieux placé pour se voir confier cette nouvelle mission car son impartialité sera sujette à caution de la part de la partie dont les conclusions ont été écartées lors de l'expertise. Il est plus difficile, en revanche, de concevoir que l'expert commis puisse engager une médiation avant le dépôt de ses conclusions. Cela dit, pour en terminer sur une note plus positive, on rappellera que la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ajoute au code de justice administrative un article L. 213-5, aux termes duquel les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en seront chargées. Les Barreaux s'organisent pour présenter une offre de médiation sur ce fondement aux personnes intéressées. Rien ne s'oppose à ce que les experts en fassent autant.

Enfin, l'article 8 de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle ajoute à la loi du 8 février 1995 un article 22A instituant une liste des médiateurs dressée par chaque Cour d'appel. Rien n'interdit aux experts de se porter candidats. L'expert pourrait ainsi trouver toute sa place dans la médiation, non pas en qualité d'expert, mais en qualité de médiateur. En revanche, vouloir lui faire jouer les deux rôles en même temps, comme le fait l'article R. 621-1 du Code de justice administratif, l'obligeant à regarder dans deux directions opposées, au risque de trébucher, c'est en faire une sorte de Janus aux pieds d'argile.

Je vous remercie de votre attention



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Marc-Olivier PETIT – Expert près la Cour d’appel de Paris

Merci aux organisateurs de m’avoir convié à ce prestigieux colloque, et merci à vous d’être venus aussi nombreux.

J’apprécie le concept de la table ronde parce que ses angles arrondis symbolisent parfaitement la conciliation.



TABLE RONDE N°1 : « LA CONCILIATION DANS L’EXPERTISE : L’EXPERT ET LA CONCILIATION ».

La conciliation est une quête universelle.

En matière civile et dans la spécialité qui est la mienne, la propriété commerciale résultant des baux commerciaux, il est souvent difficile de s’entendre tant l’interprétation du marché de l’immobilier conduit, le plus souvent, à la cacophonie où chacun décide du choix de son comparable selon sa pertinence.

L’orchestre est à la peine sans la technicité d’un chef d’orchestre indépendant.

La signature d’un bail renouvelé marque la concorde entre les parties. Les négociations préalables peuvent avoir été conflictuelles. Les juridictions et le législateur entendent promouvoir les modes alternatifs à la résolution des conflits. Déjà, la saisine de la Commission de Conciliation des baux commerciaux est prévue par les dispositions de l’article L145-35 du Code de commerce et renforcée par la loi Pinel du 18 juin 2014.

I - COMMISSION DE CONCILIATION ET PROCEDURE JUDICIAIRE EN FIXATION DES LOYERS

LA PORTEE D’UN AVIS AVANT JUGEMENT

Sans Expert, la Commission de Conciliation en matière immobilière (CDC) est une instance paritaire. Elle est à égalité de représentants, des bailleurs (2) et des preneurs (2) sous la présidence d’une personne qualifiée nommée par un arrêté préfectoral pour une période

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

renouvelable de 3 ans. Les bénéficiaires sont principalement des commerçants et/ou des artisans.

Le propriétaire ou le locataire peut porter le litige à la connaissance de la CDC ; la saisine de la CDC n'interrompt pas ce délai préfixe, d'ordre public.

Sans maintien du caractère confidentiel et sans anticiper d'éventuelles notions de conflit d'intérêts inhérents aux représentants de la CDC, cette commission paritaire des baux commerciaux traite les litiges nés d'un désaccord sur la fixation du loyer d'un bail commercial à renouveler et les problématiques relatives aux réparations et charges locatives depuis la loi ACTPE du 18 juin 2014.

Ce service est gratuit et le formalisme est des plus simples. La saisine de la CDC s'effectue par une lettre AR.

Les parties sont convoquées par courrier simple 15 jours avant la séance. L'avis est formulé sous 3 mois.

La saisine de la CDC n'empêche pas de saisir, parallèlement, le Juge des loyers. En revanche, le Magistrat ne peut rendre sa décision qu'après l'avis de la Commission.

Les parties sont présentes ou représentées (mandant ou Avocat inscrit au Barreau).

A l'issue de la séance, 3 cas sont envisageables :

1. Les parties sont d'accord sur la base de l'avis formulé par la CDC. Un acte est dressé et signé par les parties. Il a force obligatoire.
Le recours devant les juridictions n'est plus possible. Dorénavant, le consentement amiable et mutuel sur le prix et la chose lie les parties.
2. Si l'une des parties ne respecte pas l'accord signé, l'autre peut saisir le Juge pour le faire appliquer (droit des contrats).
3. En l'absence d'accord, les parties peuvent saisir le Juge des loyers et solliciter une procédure judiciaire.

LES RAISONS D'UN SUCCES PARISIEN MITIGE EN MATIERE DE BAUX COMMERCIAUX

A Paris, le recours au service de la CDC des baux commerciaux est de moins en moins fréquent en dépit de sa gratuité, d'une saisine peu formelle et d'un avis promptement formulé.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Les 7 raisons de cet insuccès sont, pour l'essentiel :

1. Les parties sont le plus souvent représentées (Avocat / Notaire / Administrateur de biens / Expert immobilier). Le préalable nécessaire à toute conciliation est une écoute respectueuse entre des parties qui ont le pouvoir de dire « oui ». La réalité quotidienne est que les décisionnaires sont absents lors de la séance.
2. Le caractère supplétif de la saisine de la CDC qui n'empêche pas, parallèlement, celle du Juge des loyers en cas de désaccord.
3. Les membres de la CDC peuvent ne pas avoir toute l'expertise technique et documentaire pour une juste analyse de la valeur locative. Leur appréciation du loyer est à « l'aveugle » sans transport sur site. L'Expert technicien est absent.
4. Depuis 2003/2004, les grandes foncières ont introduit dans leurs baux commerciaux le recours contractuel à l'arbitrage en cas de litige sur le montant du loyer à renouveler. Selon les clauses du contrat, cette sentence est sujette, ou pas, à un recours en justice. Dans ce cas, la CDC fait « doublon » avec la procédure d'arbitrage initiée au préalable.
5. Lors de la séance devant la CDC, le principe de la contradiction n'est pas toujours respecté car cette instance, non judiciaire, peut constater l'impossibilité de concilier les parties et émettre un avis sur la situation qui lui a été éventuellement expliquée par la partie seule présente.
6. Certains investisseurs ont besoin d'un titre exécutoire pour des raisons internes et hiérarchiques.
7. La notion de conflit d'intérêts n'est pas nécessairement « purgée » devant la CDC.

La conciliation nécessite que les parties aient la faculté, la capacité et l'autorité de concilier. Cette évidence fait défaut devant la CDC.

Quelques chiffres encourageants de deux commissions paritaires :

- La CDC de Haute Garonne (31) annonçait un taux de conciliation de 40%, en 2012, contre 25% en 2011,
- Dans le Val de Marne, le bilan 2012 de la CDC était de 315 dossiers étudiés pour 90 conciliations (28,50%).

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

II - LE POUVOIR DE CONCILIATION DE L'EXPERT JUDICIAIRE

LE ROLE DE L'EXPERT JUDICIAIRE

En vertu des articles 240 et 281 du code de procédure civile, le pouvoir de concilier appartient au seul Juge.

La place dévolue par le législateur à l'expert judiciaire est d'ordre technico-scientifique.

L'expert ne dit pas le droit.

L'Expert ne concilie pas les parties pour ne pas affaiblir le rendu de la Justice.

L'Expert n'est pas un « défendeur des droits de la République ». C'est l'impartialité de son avis technique qui est attendu.

La qualité de son audit technique aboutira à l'énoncé d'un avis qui doit satisfaire à la recherche de la vérité. « L'éclairage » technique, apporté par l'Expert judiciaire, contribuera à vider le conflit ce qui peut conduire les parties à la conciliation.

Les parties sont en confiance dans un cadre judiciaire. L'Expert judiciaire garantit la tenue d'un débat contradictoire et équitable, dans un temps défini par le Juge et l'Expert ; Ce « climat » psychologique est favorable à toutes les conciliations potentielles.

L'Expert judiciaire est un « instrument » qui favorise la conciliation sans l'autorité d'un conciliateur.

Après sa quête d'informations, l'Expert expose avec clarté et pédagogie son raisonnement méthodique pour aboutir à une conclusion technique objective.

Grâce à son intervention, l'Expert peut créer du « lien » entre les parties autour d'un débat strictement technique. Il participe à l'instauration d'un « climat » psychologique favorable qui sera susceptible de conduire à l'aboutissement d'une transaction privée entre les « belligérants ».

La conciliation peut intervenir à toutes les « étapes » de l'expertise judiciaire.

Les parties bénéficient d'un temps de réflexion pour se concilier, après le dépôt d'une 1^{ère} note de synthèse (avant dires) et même après le dépôt du rapport définitif (avant jugement).

Ce temps consacré à la recherche de la vérité technico-scientifique est hors du temps parce que la procédure suspend les effets de la prescription. Il est, très souvent, mis à profit par les parties pour se concilier en considération des pré-conclusions de l'Expert judiciaire qui aura su favoriser un « climat » de confiance propice à la concorde sans altérer ses conclusions techniques.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

LA CAPACITE DE CONCILIATION DE L'EXPERT JUDICIAIRE

Le pouvoir conciliateur de l'Expert judiciaire est fondé sur trois fondamentaux qui nécessitent à la fois de la pédagogie et de la psychologie.

- Rechercher la vérité technique ; en principe, l'Expert commis fait autorité dans sa matière. C'est la crédibilité du technicien. La conviction technique de l'Expert est un facteur déterminant lors d'un débat impartial, confidentiel et contradictoire.
- L'Expert se doit d'avoir un raisonnement technique accessible. Ses propos sont clairs et sans équivoque. Ce qui est compris est plus facilement admis.
- La rencontre contradictoire entre les parties, sur place puis, si la discipline le nécessite, au cabinet de l'Expert, en « terrain neutre », favorise la reprise d'un dialogue serein où chacun exprime sa position contradictoire.

Le « pouvoir » conciliateur de l'Expert judiciaire réside dans sa seule réponse technique et impartiale. C'est « le socle » d'un « bon début » vers la conciliation et la négociation ; d'autant que l'autorité reconnue du technicien est susceptible d'être suivie par le juge.

En dépit de ses délais et de son coût souvent dénoncés, l'expertise judiciaire est une réponse sérieuse et pertinente à un litige d'origine strictement technique et/ou scientifique.

La conciliation amiable, devant la CDC, est une réponse ponctuelle et positive lorsque :

1. La notion de temps et/ou de l'urgence prime pour les parties.
2. Les différends financiers ne sont pas majeurs entre les belligérants.

Parfois, nous assistons à une confusion des genres ; Lorsque le défendeur des droits de la République, désigné dans une affaire immobilière, est, aussi, un Expert immobilier de justice. « Le médiateur-Expert » deviendrait-il une réalité ? Alors quelle déontologie pour quelle vocation ? Résoudre une question technique ou juste aboutir à la médiation ? Cette pratique est-elle souhaitable ou s'agit-il simplement d'une « dérive » schizophrénique admissible ?

La conciliation peut résulter d'une médiation que l'on pourrait, aussi, qualifier de négociation apaisée ; c'est une question de sémantique. Le médiateur peut aborder l'entière du litige alors que l'Expert de justice se limite à sa stricte mission judiciaire.

L'Expert judiciaire n'a pas vocation à concilier. En revanche, sa compétence reconnue et le cadre formel de son intervention favorisent les accords transactionnels avant jugement.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Jean-Jacques ISRAEL - Avocat au Barreau de Paris, ancien membre du Conseil de l'Ordre,
Professeur agrégé des facultés de droit



INTRODUCTION

PRESENTATION DU NOUVEAU

CADRE DE LA MEDIATION EN MATIERE ADMINISTRATIVE : LA LOI DE MODERNISATION DE LA JUSTICE DU XXI^E SIECLE

- **Loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 :**

Elle abroge des dispositions relatives à la conciliation et à la médiation devant les juridictions administratives.

Ces dispositions sont remplacées par un chapitre relatif à la médiation.

- **Abrogation de l'article L. 211-4 CJA :** « Dans les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, les chefs de juridiction peuvent, si les parties en sont d'accord, organiser une mission de **conciliation** et désigner à cet effet la ou les personnes qui en seront chargées ».
- **Abrogation de l'article L. 771-3 CJA :** « Les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en œuvre par l'une des parties de prérogatives de puissance publique, peuvent faire l'objet d'une **médiation** dans les conditions prévues aux articles 21, 21-2 à 21-4 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (...) ».

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

LE NOUVEAU CADRE LEGAL DE LA MEDIATION EN MATIERE ADMINISTRATIVE

1) La loi définit la médiation et en fixe les principes :

Définition de la médiation : L. 213-1 CJA : « La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ».

Principes régissant la médiation : L. 213-2 CJA : « Le médiateur accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. »

Sauf accord contraire des parties, la médiation est par principe soumise au principe de **confidentialité**. Ce qui empêche que les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation soient divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle ou arbitrale.

Art. L. 213-4 CJA : « Saisie de conclusions en ce sens, la juridiction peut, dans tous les cas où un processus de médiation a été engagé en application du présent chapitre, **homologuer** et donner force exécutoire à l'accord issu de la médiation ».

2) L'initiative de la médiation :

Elle est prononcée soit à l'initiative des parties ou à l'initiative du juge.

A l'initiative des parties :

Art. L. 213-5 CJA : « Les parties peuvent, en dehors de toute procédure juridictionnelle, organiser une mission de médiation et désigner la ou les personnes qui en sont chargées. »

Elles peuvent également, en dehors de toute procédure juridictionnelle, demander au juge soit d'organiser une mission de médiation et de désigner la ou les personnes qui en sont chargées, soit de désigner la ou les personnes qui sont chargées d'une mission de médiation qu'elles ont elles-mêmes organisée.

Si, le juge choisit un médiateur extérieur à la juridiction, il détermine sans recours s'il y a lieu d'en prévoir la rémunération et fixe le montant de celle-ci.

Art. L. 213-6 CJA : « Les **délais de recours contentieux sont interrompus** et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation. »

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

A l'initiative du juge (pour mémoire)

Mais toujours avec l'accord des parties :

- **Art. L. 213-7 CJA** : le principe
- **Art. L. 213-8 CJA** : les frais
- **Art. L. 213-9 CJA** : « Le médiateur informe le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à un accord ».

I – LES NOUVEAUX POUVOIRS DE L'EXPERT

Le **Décret JADE du 2 novembre 2016** a modifié l'article R. 621-1 CJA qui prévoyait que la mission confiée par le juge à l'expert pouvait viser à *concilier* les parties.

Il n'est plus question de *conciliation*, mais de *médiation*.

De plus, l'expert a désormais la possibilité de prendre l'initiative de la médiation.

A. L'historique de la conciliation dans l'expertise devant les juridictions administratives conduit à rappeler les deux étapes suivantes :

○ **CE Sect., 11 février 2005**, Organisme de gestion du cours du Sacré-Cœur, n° 259290 : le Conseil d'Etat admet, même en l'absence de texte le prévoyant, la possibilité pour le juge administratif de faire déléguer de son pouvoir de conciliation à un expert.

○ **Décret relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives du 22 février 2010** :

Art. R. 621-1 CJA : « La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. La mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties ».

B. La modification de l'article R.621-1 du CJA a pour conséquence de faire émerger la médiation au détriment de la conciliation.

Il s'agit ici d'une disposition spéciale liée à l'expertise, qui élargit l'intervention de l'expert à une possible mission de médiation.

DISPOSITIONS EN VIGUEUR DEPUIS LE 1^{ER} JANVIER 2017

Art. 621-1 CJA : « La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. L'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation ».

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

II – AVANCEES ET QUESTIONS

Avancées

Cette réforme s'inscrit dans le cadre d'une réflexion générale visant à promouvoir la justice participative.

L'expert médiateur

Relativement à l'expert, de prime abord, il est intéressant de relever que l'expert peut être médiateur, alors que de nombreux litiges naissent de questions principalement techniques qui ne sont pas nécessairement liées à de véritables difficultés juridiques. Un expert peut donc s'avérer particulièrement qualifié pour tenter d'y mettre fin.

L'initiative de la médiation expertale :

Depuis la réforme, l'expert n'est plus nécessairement soumis à la décision du juge, comme c'était le cas auparavant dans le cadre de la conciliation, puisqu'il peut proposer, puis mener, sous réserve de l'accord des parties, ce mode alternatif de règlement des différends qu'est la médiation.

Ainsi, la médiation peut être proposée par le juge, dans la mission confiée à l'expert, mais elle peut résulter également de la propre initiative de l'expert. Le caractère négocié, et donc la finalité même de la médiation, s'en trouve renforcé.

Cependant, il existe une différence d'objet entre la finalité de l'expertise, qui tend à l'établissement de faits et si possible d'une « *vérité technique* », alors que la finalité de la médiation est de trouver une solution mutuellement acceptable par les parties. D'où de nombreuses questions dont les suivantes.

A. Questions

1) La survie de la conciliation ?

L'article R. 621-7-2 CJA n'a pas été modifié qui prévoit :

« *Si les parties viennent à se concilier, l'expert dépose son rapport au magistrat qui l'a commis en prenant soin d'y annexer le protocole signé entre les parties, accompagné de sa note d'honoraires* ».

Cette absence de modification pose la question de l'articulation des nouvelles dispositions avec cet article qui semblait promis à l'obsolescence.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

On peut toutefois considérer que l'article vise les suites d'une médiation réussie, qui peut se traduire par un procès-verbal dit de conciliation. (*Voir infra* l'absence de discussion sémantique sur la distinction médiation/conciliation considérée comme inopérante en matière administrative).

2) La question de la formation des experts à la médiation (pour mémoire).

3) **Surtout, se pose la question de l'articulation entre l'expertise et sa « mutation » en médiation**, en tenant compte de l'existence des principes essentiels régissant les régimes juridiques de la médiation et de l'expertise (confidentialité, principe du contradictoire...).

La médiation est favorisée par le texte nouveau au détriment de la conciliation, il en résulte que l'office de l'expert est élargi de façon significative. En effet, la fonction dévolue à la médiation est intrinsèquement plus large que celle dévolue à la conciliation telle que vue par le CJA. En effet, les attributs et les prérogatives conférés au médiateur, dans l'accomplissement de sa mission, sont plus larges que ceux conférés au conciliateur, dont le rôle pouvait apparaître plus passif et le concours moins « substantiel » dans la résolution du différend. Encore qu'au stade de l'expertise, le différend n'est pas nécessairement cristallisé.

Aussi, si l'identité de nature entre la médiation et la conciliation peut être débattue, il existe sans doute une différence de degré entre ces deux modes alternatifs de règlement des conflits, ayant le même « centre » mais pas tout à fait la même « circonférence ».

Encore qu'en matière administrative, a été évoqué l'identité du contenu des deux notions en dehors de tout débat sémantique avancé (voir notamment J-M SAUVE dans son discours d'ouverture de la 6^{ème} édition des Etats Généraux du Droit administratif du 24 juin 2016 ; « la distinction... n'a pas ou perdra sa raison d'être en matière administrative »).

La question a du reste été tranchée par le législateur dans l'article L213-1 du CJA ci-après rappelé :

« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction. »

Par conséquent, se pose avec acuité la question de l'articulation de la médiation avec le déroulé de l'expertise, pour tenir compte des principes composant le droit au procès équitable, dans le cadre de l'expertise et dans celui de la médiation.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Aussi, ce cumul de fonction est susceptible de freiner le passage de l'expertise à celui de la médiation, Le cadre en sera souvent prédéterminé pour l'expert devenu médiateur, dans l'exercice de sa mission de médiation, par les avis et/ou conclusions qu'il aura émis dans celui de sa mission d'expert. Mais l'accord des parties sur le processus évitera la surprise. Cependant, il a aussi été proposé que le médiateur dans l'expertise ne soit pas nécessairement l'expert désigné par le tribunal.

L'accroissement de la proximité de l'expert avec les parties, induite par l'exercice de cette double-fonction, mis en parallèle avec l'enjeu relatif à la mission de l'expert, pourra-t-il faire évoluer le point de vue de l'expert dans le cadre de la médiation pour aboutir à un accord qui prendra la forme d'une transaction à partir de concessions réciproques, sauf à décourager les parties d'aller vers la médiation.

Le succès de la médiation dépendra aussi du contrôle du juge administratif notamment sur les transactions, contrôle qui s'est récemment assoupli : de la jurisprudence MERGUI à l'arrêt SOCIETE FONCIERE EUROPE du 9 déc. 2016.(du contrôle normal au contrôle global de la disproportion manifeste) Mais on ne pourra pas tout admettre en raison du particularisme des personnes publiques, des impératifs de l'action publique et de la logique des fonds publics.

4) Enfin, on peut envisager le risque (même rare) d'instrumentalisation de la procédure de médiation, qu'elle soit à l'initiative du juge ou bien des parties, à des fins dilatoires, notamment dans le cadre de l'expertise.

Ce risque apparait devoir être appréhendé avec attention, puisque aux termes de l'**article L.213-6 du CJA** : *« les délais de recours contentieux sont interrompus et les prescriptions sont suspendues à compter du jour où, après la survenance d'un différend, les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation. Ils recommencent à courir à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur déclarent que la médiation est terminée. Les délais de prescription recommencent à courir pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois ».*

Cette interruption de la prescription est surtout une garantie pour les parties et un encouragement à se lancer dans le processus. Mais les effets pervers ne doivent pas être ignorés. La rapidité sera un gage de réussite même si le temps de la médiation n'est ni celui du juge ni celui de l'expert.

CONCLUSION : INCERTITUDES

Il existe encore bien des incertitudes sur l'application des nouveaux textes. Celles-ci seront probablement levées-en tout ou partie-par le *vade-mecum* en cours d'élaboration par le groupe de travail institué par le Conseil d'Etat.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?



DÉBAT AVEC LA SALLE

Jean-François JACOB

Nous allons maintenant passer à la première séance de questions-réponses avec la salle, sous l'autorité de Patrick de FONTBRESSIN. Dans un souci de conciliation, tu ne feras pas le petit résumé que tu avais prévu de faire.

Maître Patrick de FONTBRESSIN

Il n'y a pas lieu de faire de résumé, si ce n'est de relever une première constatation en reprenant les termes de Monsieur le Président LE GARS et de Monsieur Marc-Olivier PETIT : c'est que sur un thème qui est celui de l'accord, on aboutit à une cacophonie, ce qui est quand même assez paradoxal. En effet, en apparence nous nous trouvons en présence de contradictions textuelles entre les deux ordres de juridiction. Elles sont mêmes, s'agissant des dernières dispositions du Code de justice administrative, par certains traits, tout à fait étonnantes en ce qui concerne la possibilité qu'aurait l'expert de se saisir lui-même d'une mission de conciliation. Tout ceci nécessite une remise en ordre, peut-être cette « remise en ordre par le droit », dont parlait en son temps Leibnitz, à laquelle nous devons tous nous attacher. Mais maintenant il y a surtout lieu de donner la parole à la salle dont les questions permettront d'ouvrir un débat porteur.

Jean-Marc LE GARS

Mon intervention consistait à préciser le cadre juridique actuel, sujet qui m'a été confié dans le cadre de cette table ronde. Le professeur ISRAEL, m'a-t-il semblé, s'est davantage penché sur le fait, la perception qu'il a de la pratique, que sur le droit positif. Je n'ignore pas qu'en cours d'expertise les parties peuvent chercher à se rapprocher et que cela arrive, Dieu merci, assez souvent. J'ai d'ailleurs dit qu'il était souhaitable de conserver la possibilité de sortir de l'expertise et d'y mettre un terme si un accord était constaté. Bien entendu, l'expert a son mot à dire quand il s'agit d'aider les parties à se rapprocher en cours d'expertise. Sauf erreur de ma part, c'est à la deuxième table ronde qu'il reviendra d'approfondir ce sujet.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Maître Patrick de FONTBRESSIN

Rappelons que c'est la conciliation dans l'expertise.

Isabelle de KERVILER (experte en comptabilité-finance)

Je suis expert en finance. Je voudrais rebondir sur les propos du Professeur ISRAEL, et reprendre ce qu'a dit Monsieur PETIT sur le fait que l'expert est créateur de confiance de par son impartialité. Roland CHIFFE m'avait dit, il y a sept ou huit ans : « *Une bonne expertise est celle qui se termine par une conciliation* ». Je ne suis pas tellement d'accord pour faire une conciliation au début, mais l'expert a en face de lui des parties qui ne se sont pas vues depuis longtemps, qui ont beaucoup de choses à se dire, et il faut donc laisser le temps aux parties de dévoiler ce qu'elles ont à dire. Nous, en finance, l'expertise dure généralement entre 12 et 18 mois.

Au bout de huit ou dix mois, chacune des parties a compris quels étaient les arguments un peu outranciers et pertinents donnés. Dans ce cas, l'impartialité de l'expert compte beaucoup, parce qu'au bout de huit ou dix mois, il peut faire l'état des lieux, avant même d'avoir écrit un prérapport, et peut dire de façon impartiale ce qu'il pense de l'évolution de la situation. Comme vous le dites fort justement, à un moment, on sent que les parties sont prêtes à se mettre d'accord sur quelque chose de raisonnable. Concernant la confidentialité, je ne crois pas que ce soit à l'expert de se mettre dans la conciliation en tant que telle, parce que là aussi, les avocats sont là pour défendre les parties et aboutir à la transaction. Je reprends ce que disait Roland CHIFFE : je pense qu'une bonne expertise peut se terminer par une conciliation, et chaque fois que j'ai eu une conciliation, j'ai été contente, parce que je me suis dit que dans mon impartialité, les personnes avaient trouvé un comportement suscitant de la confiance. Au moment de la transaction, je pense que nous devons nous retirer, en raison de la confidentialité des parties, et rédiger un rapport en l'état précisant qu'une conciliation a été faite. Il me semble que les faits permettent de voir de plus en plus de conciliations. Il y a une vingtaine d'années, au début où j'étais experte, on nous disait que notre rôle n'était surtout pas de concilier, et nous ne savions plus très bien où nous en étions. Je crois que maintenant, les magistrats ne reprocheront jamais à un expert de déposer un rapport en l'état avec une conciliation. Au contraire, ils seront contents.

(Applaudissements).

Maître Patrick de FONTBRESSIN

Vous avez tout à fait raison, c'est une question de psychologie. Il faut que les choses mûrissent progressivement. Quand on reprend la définition de la directive communautaire, on voit que les qualités demandées au médiateur sont exactement celles demandées à l'expert. En effet, on a besoin de quelqu'un qui a précisément l'objectivité et la sérénité requises pour pouvoir parvenir à pacifier, comme savent le faire les bons experts. Il est bien évident que ce n'est pas l'expert qui doit se transformer en conciliateur au gré d'une conciliation forcée, mais il doit être celui qui est

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

capable de transformer l'agressivité en raison à l'aune de l'expérience technique. Nous en revenons un peu à ce que nous avons évoqué dans un précédent colloque sur l'expertise espace de compréhension.

Françoise TISSOT-GUERRAZ (experte en matière médicale)

Je fais partie de la Cour d'appel de Lyon, Présidente sortante de la Compagnie des experts de la Cour de cassation. J'ai une question pour notre conseiller d'Etat, Monsieur LE GARS. J'aimerais savoir comment vous voyez la place d'une conciliation en santé, en dehors des Commissions de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux ?

Jean Marc LE GARS

Je pense qu'avant toute tentative de conciliation ou de médiation, il faut recourir préalablement à une expertise. C'est, je le crois, indispensable. Même les organismes de conciliation officiels créés par la loi Kouchner recourent à des expertises, parce qu'il faut d'abord bien connaître les données techniques avant de pouvoir discuter utilement de responsabilité et de réparation. Comme je l'ai déjà dit lors de mon intervention, l'expérience montre que c'est lorsque l'on connaît les données techniques, les données de fait, que l'on peut commencer à discuter, voire à négocier. En matière de santé, la discussion ne se cantonne pas à la victime et à la personne, privée ou publique, dont la responsabilité est recherchée. Il faut également tenir compte du rôle joué par les compagnies d'assurances. Dans les expertises du bâtiment, la problématique est la même ; elle est encore plus prégnante.

Dans tous les cas, la recherche d'une solution négociée est préférable au procès. Je suis personnellement très favorable à la médiation, ou à la conciliation, dans ces domaines où elle a sa place. Quand on connaît les délais de procédure et les rebondissements incessants des procès, on ne peut que souhaiter régler un litige par la négociation, en quelques semaines, voire quelques mois alors que l'épuisement des voies de procédure peut conduire à des procès qui durent jusqu'à 13 ou 14 ans. J'ai été longtemps magistrat, 26 ans chef de juridiction. Mon expérience me conduit à préférer être celui qui raccommode plutôt que celui qui tranche. C'est beaucoup plus satisfaisant à tous les titres et pas seulement au regard des délais.

Le bon procès, c'est comme la bonne expertise. Un intervenant a dit qu'une expertise qui se termine par un accord est parfaite. Un procès qui se termine par un désistement d'action l'est aussi, car cela permet la disparition du litige. Le juge n'est là que pour régler des problèmes qui n'ont pas pu être traités autrement. Si ces litiges avaient pu être réglés avant sa saisine, cela aurait été encore mieux. Que ce soit au stade de l'examen préalable, devant des commissions, des organismes, c'est très bien. Si le différend se règle en cours d'expertise, ou après l'expertise, c'est très bien aussi. Si cela se règle par une médiation, parce que quelqu'un va aider à rapprocher les parties, c'est parfait. Dans tous les cas, on ne peut que se satisfaire de ce que le juge n'est plus sollicité pour trancher.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Je rebondis sur ce que disait Madame tout à l'heure. Je sais d'expérience, pour m'adonner moi-même à la médiation, qu'il faut un temps pour la médiation, et que la première réunion est généralement une séance où les parties vident leur sac. Il faut en passer par là, elles doivent s'expliquer, et ce n'est qu'après que l'on peut bâtir. Il faut donc un certain temps pour aboutir à une prise de conscience et arriver à une solution négociée.

Maître Patrick de FONTBRESSIN

Il existe incontestablement une thérapie de la médiation.

Jean-François JACOB

Pendant les réunions de préparation, nous avons sans arrêt balancé entre conciliation et médiation, mais c'est bien un colloque sur la conciliation. La médiation est donc secondaire. Avez-vous d'autres questions ?

Pas d'autres questions, passons donc à la seconde table ronde !



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

DEUXIEME TABLE RONDE : L'EXPERTISE DANS LA CONCILIATION

Jean-Pierre LUCQUIN - Magistrat honoraire et ancien conciliateur
au tribunal de commerce de Paris



Pour commencer, je voudrais répondre à la remarque pertinente d'Isabelle de KERVILER, qui reprend une boutade non moins pertinente du Président SCHIFF. Effectivement, une expertise bien réussie doit pouvoir aboutir à un arrangement

entre les parties. D'ailleurs, de l'ordre de 75 % des expertises au tribunal de commerce de Paris sont décidées en application de l'article 145 du CPC. Très peu d'affaires nous reviennent par la suite. Cela signifie que, finalement, des parties ont trouvé un arrangement entre elles sur la base du rapport d'expertise.

Mon sujet est celui de la conciliation telle que développée au tribunal de commerce de Paris. Dans le souci d'assurer le développement des MARD (modes amiables de résolution des différends), notamment dans les domaines de l'activité économique qui réserve un certain nombre de conflits, le tribunal de commerce de Paris s'est dit que finalement, la vie des affaires n'est pas constituée que d'affaires heureuses et qu'il vaut mieux savoir se sortir de des affaires malheureuses. Autrement dit, il apparaît souvent préférable d'obtenir un arrangement convenable pour chacune des parties, dans la discrétion, la confidentialité, le secret des affaires, plutôt qu'une solution judiciaire dont le succès n'est pas assuré au bout d'un délai parfois important et à un coût qui est peut-être non négligeable.

Deuxième idée de base, qui nous a amenés à choisir la conciliation judiciaire : le tribunal de commerce de Paris reste fidèle à sa vocation de justice consulaire bénévole, ce qui signifie que, comme la conciliation judiciaire est gratuite, il a préféré la conciliation judiciaire à la médiation.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Cela ne veut pas dire qu'il soit contre la médiation, d'autant plus qu'il sait très bien que le coût de la médiation est limité. Il a préféré se situer dans la voie judiciaire : certes, il peut y avoir des conciliations conventionnelles, mais la conciliation judiciaire se situe dans le cadre judiciaire de l'enrôlement des affaires par les parties.

D'ailleurs, sur ces bases, l'année dernière, sur 10 635 affaires enrôlées, 578 se sont retrouvées en conciliation. C'est un chiffre certes en baisse par rapport à celui de l'année d'avant, parce que nous avons assuré une meilleure sélection des affaires, mais nous enregistrons un taux de réussite amélioré, puisque nous sommes parvenus à 67 % de conciliation réussie. Comment la sélection des affaires est-elle effectuée ? Elle est réalisée par une chambre spécialisée dénommée « Conciliation et placements », qui analyse les affaires enrôlées et qui les sélectionne selon certains critères, en fonction de la nature de l'activité, des montants en cause, du caractère plus ou moins conflictuel reconnu dans l'assignation, car à ce niveau, nous n'avons pas les conclusions en défense. L'affaire sélectionnée est ensuite adressée à des juges conciliateurs, qui font des missions de conciliation, indépendamment du fait que le juge du fond a tout pouvoir pour concilier. Certains juges exercent la conciliation, à condition qu'ils aient suivi une formation *ad hoc*, et qu'ils aient été sélectionnés. Ceci concerne une minorité de dossiers, mais pour la majorité des affaires sélectionnées, celles-ci sont adressées à des conciliateurs de justice délégués qui situent l'exercice de leurs fonctions dans le cadre de la conciliation déléguée. A l'heure actuelle, leur effectif se monte à une douzaine. Ils ont tous suivi une formation *ad hoc* à l'intérieur du tribunal et à l'ENM (Ecole Nationale de la Magistrature) et ont prêté serment auprès de la Cour d'appel de Paris.

Comment se met en place la conciliation ? Les parties vont recevoir un jugement de la chambre de placement dans lequel figurent deux dates. Une première date est la date de la première réunion de conciliation et pour le cas où la conciliation n'aurait pas réussi dans un délai de l'ordre de deux mois, une deuxième date est celle de la représentation de l'affaire à l'audience collégiale publique de la chambre en question. (L'audience collégiale publique étant une audience de mise en état au tribunal de commerce de Paris). On ne perd donc pas de temps, mis à part les deux mois. Si la conciliation réussit l'affaire ne reviendra pas en audience publique parce que les parties auront probablement procédé à un désistement d'instance et d'action, ce qui est pratiqué de manière générale. Sinon, elles pourront solliciter une prorogation ou revenir devant le juge du fond pour la poursuite de la procédure. Ou alors, elles signeront un constat d'accord avec le conciliateur. Si la conciliation ne réussit pas, on le verra assez vite et l'affaire sera enrôlée à une audience de la chambre spécialisée dans la nature sur l'affaire. Je vous rappelle qu'au tribunal de commerce de Paris, existent 15 chambres de contentieux général qui sont toutes spécialisées : droit des sociétés, rupture brutale, droit monétaire et financier, concurrence déloyale, droit international, droit européen, etc. L'affaire sera donc attribuée à la chambre compétente pour traiter cette affaire.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

La réunion de conciliation se tient à la date précisée sur le jugement, et si possible avec les parties, en tout cas, avec la participation des Conseils des parties. Au cours de cette réunion, il peut arriver que, dans certains cas, il soit nécessaire de voir plus clair sur divers aspects techniques du différend. Je vais citer quelques exemples concrets, par exemple, la détermination de valeur de part, la nature de travaux effectués dans des immeubles ou des cabinets de profession libérale, les désordres enregistrés, le degré d'exécution allégué dans des travaux et aussi la vraisemblance de préjudice allégué. Il ressort, dans certaines affaires, lors de la discussion qui a lieu lors de la première réunion, qu'on puisse se demander, si l'affaire va au fond, elle ne nécessitera pas une expertise au fond. Finalement, c'est un argument pour dire aux parties : « Pourquoi ne pas envisager de traiter, dans le cadre de la conciliation, non pas une mesure d'instruction, mais de demander l'avis d'un sachant, un consultant qui puisse donner un éclairage beaucoup plus limité, dans un délai plus court, et à un coût raisonnable », coût qui sera d'ailleurs partagé entre les parties, la règle en conciliation étant de faire un partage 50/50.

Dans un certain nombre d'affaires, nous avons donc recours à un expert, car la pratique du tribunal de commerce de Paris est de ne désigner que des experts inscrits sur la liste de la Cour d'appel de Paris ou de la Cour de cassation. Nous refusons tout expert qui n'est pas inscrit dans ces listes et qui ne présente pas le caractère d'expert judiciaire notamment pour des raisons de compétences et de déontologie. Reste à définir la mission et le déroulement de la consultation de l'expert. La définition de la mission se fait bien sûr sous l'égide du conciliateur, avec l'accord des parties et en présence de l'expert retenu.

Son avis sera écrit dans un rapport qui pourra être produit dans un temps assez court, beaucoup plus court que celui de l'expertise judiciaire.

A souligner que ce genre de mission repose sur l'accord des parties à tous ses stades.

Autre point, comme l'a évoqué Didier FAURY à juste titre, se pose le problème de la confidentialité. C'est un domaine très important, à savoir : les parties pourront-elles utiliser le rapport de l'expert après la conciliation qu'elle réussisse ou qu'elle échoue ? Il faut vraiment être très au clair sur ce plan et il faut l'accord formel des parties pour l'utilisation du rapport réalisé par l'expert dans le cadre de la conciliation.

Lorsqu'on a désigné l'expert, que l'on a défini la mission, que l'on s'est mis d'accord sur l'utilisation éventuelle ultérieure du rapport pour le cas où la conciliation ne réussirait pas, l'expert va pouvoir entreprendre ses travaux et rendre un avis technique, sous forme d'une note, qui va servir de base à un bon rapprochement entre les parties. Dans les derniers mois de l'année dernière, deux grosses affaires ont pu réussir sur la base des avis techniques qui ont été donnés par deux experts nommés dans le cadre de la conciliation. Leurs rapports ont vraiment

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

servi de base à l'arrangement qui est intervenu entre les parties. C'est une voie que le tribunal de commerce de Paris a ouverte dans le cadre de la conciliation judiciaire. Quel est son avenir ? Nous ne faisons que lancer cette procédure, ne soyons pas d'un optimisme démesuré, d'abord de par sa nouveauté même. Ensuite, il faut laisser aux parties et à leurs avocats la possibilité d'emprunter la voie de l'expertise amiable, ce qui est fait couramment. Tout cela est à voir à chaque cas d'espèce, et il n'y a pas d'obligation d'aller en « expertise » dans le cadre d'une conciliation. Ce genre d'expertise paraît quand même présenter un certain nombre d'avantages, notamment par rapport à l'expertise judiciaire et par rapport à l'expertise amiable qui ressort d'un autre contexte, en raison justement de sa grande souplesse d'utilisation, de sa durée et de son coût limités. Je suis à votre disposition pour toute question et vous remercie de votre attention.



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Claudine BERNFELD – Avocat au barreau de Paris,
spécialiste de droit de la réparation dommage corporel,
Présidente de l'association nationale
des avocats de victimes de dommages corporels



INTRODUCTION

Les assureurs vous le diront, il y a un taux de transaction en matière de dommage corporel dans le secteur de l'accident automobile de l'ordre de 95 %.

Ces transactions s'inscrivent-elles dans une démarche de « conciliation » ? au sens commun du terme certainement, mais pas au sens de l'intervention d'un tiers, auxiliaire de justice bénévole.

Je parlerai aujourd'hui de la place de l'expert dans des processus transactionnels prévus par la loi. Les accidents de la circulation et l'indemnisation des victimes d'attentats procèdent du même système d'offre, les accidents médicaux bénéficient d'un système original mais qui n'a pas tenu ses promesses.

L'expertise médicale est indispensable en droit du dommage corporel : avant toute transaction sur l'indemnisation, il faut que la victime ait été examinée par un médecin qui déterminera l'étendue de son dommage

D'autres types d'expertises technique, comptable, architecturale, d'ergothérapie peuvent intervenir en complément de l'expertise médicale. Dans le cas du dommage corporel cependant seul le médecin est prévu par les textes.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

II - QUAND LA LOI PREVOIT L'INTERVENTION DU MEDECIN DANS LE PROCESSUS TRANSACTIONNEL

- **A/ Loi Badinter** qui organise l'indemnisation des victimes de véhicule à moteur a prévu un système d'offre d'indemnisation qui sera précédée de l'examen par un médecin de la compagnie d'assurance.

Rappelons que dans la plupart des dossiers, il n'existe pas de discussion sur la responsabilité mais uniquement sur l'évaluation du préjudice qui succèdera à la description des dommages par le médecin.

a) Ce que prévoit la loi

L'article R211-43 Du code des assurances¹³ assigne à l'assureur l'obligation d'informer la victime qu'elle sera examinée par son médecin conseil avant que ne lui soit adressée une offre d'indemnisation (soit provisionnelle si la victime n'est pas consolidée, soit définitive).

La loi ne prévoit pas la désignation d'un expert judiciaire, c'est à dire d'un tiers extérieur aux parties, mais d'un médecin conseil rétribué par l'assureur et qui intervient usuellement pour ce dernier. La victime doit être avertie de ce qu'elle peut se faire assister elle-même par un médecin de son choix.

L'initiative de l'expertise doit donc selon la loi provenir de l'assureur. Mais comment peut-on parler de transaction si la victime n'est pas accompagnée, d'abord d'un médecin conseil pour la partie médico légale, puis par un avocat pour la partie évaluation de l'indemnisation ?

L'accompagnement par le médecin traitant n'est bien entendu pas une bonne idée puisque ce dernier n'est pas rompu à l'exercice médico-légal.

¹³ « En cas d'examen médical pratiqué en vue de l'offre d'indemnité mentionnée à l'article L. 211-9, l'assureur ou son mandataire avise la victime, quinze jours au moins avant l'examen, de l'identité et des titres du médecin chargé d'y procéder, de l'objet, de la date et du lieu de l'examen, ainsi que du nom de l'assureur pour le compte duquel il est fait. Il informe en même temps la victime qu'elle peut se faire assister d'un médecin de son choix. »

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

- b) Focus sur les bonnes pratiques pour faire indemniser une victime en restant dans le cadre amiable transactionnel:

Une véritable transaction ne pourra donc faire l'économie d'un examen unilatéral par le médecin conseil de victime puis d'un examen contradictoire entre médecins conseils.

Dans de nombreux dossiers, quand la victime est polytraumatisée, s'organiseront des expertises avec des médecins spécialistes

L'avocat a toute sa place dans l'expertise médico-légale puisque c'est là que se joue bien entendu la première partie de l'évaluation du préjudice.

Si les médecins conseils des parties s'entendent sur une évaluation du dommage de la victime en cotant les souffrances endurées, le préjudice esthétique etc...Ils n'ont pas la possibilité de chiffrer l'indemnisation de la victime. Les seuls postes pour lesquels une entente chiffrée pourrait être prise au niveau médical seraient ceux en rapport avec des frais médicaux futurs.

L'accord des médecins conseils se matérialise de plus en plus par un rapport d'expertise à double en tête, sorte de conciliation entre professionnels ...

Pour le cas où les médecins conseils ne pourraient s'entendre sur l'évaluation médico-légale, un expert judiciaire sera désigné par voie de compromis ou judiciaire.

Même si son rôle demeure central, et s'il peut fédérer l'accord des parties sur l'évaluation du dommage, l'expert, qu'il soit expert médical ou comptable, ne peut réaliser l'évaluation chiffrée du préjudice, compte tenu de la diversité de nature des postes de préjudice.

Il faut même aller plus loin : le chiffrage du préjudice par l'expert médical serait désastreux. On entend déjà trop souvent en expertise des allusions aux montants parfois importants qui peuvent s'attacher à l'indemnisation et cela nuit toujours à la victime.

Cela signifierait également que l'indemnisation a été totalement barémisée et qu'à la cotation de l'expert s'attache un « prix » ce qui serait intolérable dans le cadre du principe de la réparation intégrale du préjudice.

Enfin, on le voit dans beaucoup de dossiers, de nombreuses notions de droit s'invitent en fait entre la description du dommage et l'indemnisation du préjudice et l'œil du juriste est indispensable pour interpréter alors le rapport d'expertise à la lueur du droit et de la jurisprudence (état antérieur, analyse selon les besoins et non en fonction de justificatifs, absence d'obligation de limiter son dommage...)

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

B/ l'indemnisation des actes de terrorisme est encadrée par le même système d'offre

a) Ce que prévoit la loi

Article R422-7 du code des assurances¹⁴ prévoit de même système d'offre. Le FGTI (Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions) devant mettre en place une expertise médicale avant de formuler une offre indemnitaire.

b) Focus sur les bonnes pratiques et problèmes

Le FGTI se présente du fait des textes comme proche des victimes, comme orientant et conseillant les victimes alors qu'il est celui qui dispense l'indemnisation.

La transaction sera donc tout à fait déséquilibrée si la victime une fois de plus n'est pas accompagnée par médecin conseil et avocat.

La transaction ne sera pas non plus équilibrée si l'offre indemnitaire n'est pas réalisée sur la base d'un examen contradictoire entre les médecins de la victime et du FGTI, mais uniquement sur un rapport unilatéral du médecin du FGTI.

Cette question est encore au centre de débats dans les suites des attentats du 13 Novembre 2015 puis de Nice. Le nombre de victimes concernées et l'information pointue délivrée aux victimes par les associations ont obligé le FGTI à réfléchir sur le protocole d'expertise.

S'ajoute dans ce contexte la pénurie de médecins conseils pour le FGTI qui a sollicité des experts judiciaires psychiatres comme médecins conseil ce qui posera bien entendu des problèmes de conflits d'intérêts lorsque ces experts devront intervenir dans le cadre de leurs missions habituelles.

¹⁴ « En cas d'examen médical pratiqué sur la victime d'un acte de terrorisme à la demande du fonds de garantie, celui-ci l'informe quinze jours au moins avant la date de l'examen de l'identité et des titres du médecin chargé d'y procéder, de l'objet, de la date et du lieu de l'examen. Il lui fait savoir également qu'elle peut se faire assister d'un médecin de son choix.

Le rapport du médecin doit être adressé dans les vingt jours au fonds de garantie, à la victime et, le cas échéant, au médecin qui l'a assistée. »

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Ce modèle d'offre du débiteur de l'indemnisation a fait suffisamment la preuve d'une certaine efficacité pour que tous les textes spéciaux donnant à l'ONIAM¹⁵ le soin de régler des victimes passe de la même façon par une expertise unilatérale.

Ce n'est pourtant pas ce modèle qui a été retenu dans le cas des accidents médicaux qu'ils soient fondés sur la faute ou sur l'aléa thérapeutique.

C/ Les Commissions de conciliation et d'indemnisation (CCI) un système particulier où l'expert judiciaire a sa place dans un processus spécifique d'indemnisation non juridictionnel
En responsabilité médicale, il a toujours été et il reste difficile de transiger directement avec l'assureur du responsable, et la loi n'a pas prévu la transaction directe avec l'ONIAM, ce qui empêche cet organisme selon son interprétation de mener des négociations directes.

Fruit de la réforme de la loi Kouchner en 2002, les commissions de conciliation et d'indemnisation saisies par des victimes ont d'abord pour mission de dire s'il y a eu un accident médical ou pas, si cet accident est fautif et à qui revient la faute, ou si l'on se trouve dans le cadre d'un accident non fautif.

Les CCI ne statuent pas sur l'indemnisation de la victime, elles statuent uniquement sur la responsabilité et détaillent les postes de préjudice indemnifiables. L'avis n'est pas susceptible d'appel.

L'établissement de santé désigné comme responsable ou l'Office nationale d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) en cas d'aléa thérapeutique doivent ensuite formaliser une offre à la victime dans un certain délai.

Au cœur du système se trouve l'expert formé spécifiquement, souvent un expert de justice.

a) Ce que dit la loi

Article R1142-14 du code de la santé publique¹⁶ : L'expert judiciaire désigné par la CCI a deux missions : dire si le degré de gravité nécessaire à la compétence de la CCI est atteint et la mission plus classique en responsabilité et évaluation du dommage.

¹⁵ Office national d'indemnisation des accidents médicaux

¹⁶ « Afin d'apprécier si les dommages subis présentent le caractère de gravité prévu au II de l'article L. 1142-1, le président ou un président-adjoint peut soumettre pour observation les pièces justificatives mentionnées à l'article R. 1142-13 à un ou plusieurs experts. »

Article R1142-15-2 Créé par Décret n°2012-298 du 2 mars 2012 - art. 2 (suite bas de page 52)

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

La première mission est capitale et on apprend par le rapport de la cour des comptes 2017 (page 80) que depuis 2011 les CCI ont rejeté pour incompétence les trois quarts des 21 728 dossiers reçus, en l'absence d'un degré de gravité suffisant.

Conséquences, si le dossier est rejeté, la victime doit entamer une procédure judiciaire ou abandonner.

b) Focus sur les bonnes pratiques :

Il existe donc ici un tiers, l'expert médical, qui examine le dossier dans le cadre d'un processus original non juridictionnel.

Il va de soi que l'équilibre des parties ne peut exister que si la victime est assistée par un médecin conseil et un avocat (ce qui n'est pas souvent le cas) puisque le médecin ou l'établissement de santé en cause est bien entendu assisté.

Le rôle de l'expert est ici capital puisqu'il est la clé même d'accès au dispositif. Suivant ses conclusions sur le degré de gravité du dommage, la victime pourra obtenir un avis de la CCI lui permettant peut-être d'être indemnisée, ou se voir rejetée du dispositif.

Pour autant la CCI garde toute indépendance vis-à-vis de l'expert même si finalement la CCI ne va pas plus loin dans l'étude du dossier que la question de la responsabilité et la liste des préjudices indemnisables. La Commission de conciliation et d'indemnisation n'a en effet pas le pouvoir de chiffrer le préjudice.

Mais que signifie dans le sigle CCI le mot conciliation ?

« Lorsque la commission estime que les dommages subis présentent le caractère de gravité prévu au II de l'article L. 1142-1 ou lorsqu'elle est saisie d'une demande d'indemnisation des conséquences dommageables d'un acte réalisé dans le cadre d'une recherche biomédicale, le président ou un président-adjoint désigne aux fins d'expertise un collège d'experts choisis dans les conditions prévues à l'article L. 1142-12, dont l'un est obligatoirement inscrit sur la liste nationale des experts en accidents médicaux à raison de ses compétences dans le domaine de la réparation du dommage corporel ou possède des connaissances en matière de réparation du dommage corporel vérifiées dans les conditions prévues aux articles R. 1142-30-2 ou R. 1142-31-1. Toutefois, le président ou son adjoint peut ne désigner qu'un seul expert si celui-ci réunit l'ensemble des compétences nécessaires à la conduite de cette expertise. »

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

L'art 1114-4 du code de la santé publique, prévoit que si le degré de gravité n'est pas atteint, la CCI peut agir en formation de conciliation ou déléguer le dossier à l'un de ses membres ou à un médiateur.

Belle intention qui ne fonctionne absolument pas et on lira avec intérêt le rapport de la cour des comptes qui indique que moins de 7% des dossiers (1471 sur les 21 728) ont été suivis par la formation de conciliation et seulement des dossiers d'accidents médicaux fautifs, l'ONIAM s'y étant refusé pour les aléas thérapeutiques.

II – ROLE CENTRAL DE L'EXPERT ET DIFFICULTES

Certaines difficultés ne sont pas probablement pas propres à notre domaine de la réparation du dommage corporel :

- victimes livrées seules au médecin conseil de l'assurance et acceptant des offres sans que l'égalité des armes soit respectée. Ce n'est pas une conciliation qui est nécessaire dans ce cas, c'est l'assistance par un médecin conseil et un avocat. L'intervention d'un médecin de recours est en effet une nécessité mal connue des victimes et parfois même des avocats non spécialisés,
- l'usage abusif de la mention « expert »,
- la pénurie de médecins conseils et d'experts judiciaires dans certaines spécialités.
- les conflits d'intérêts. Et sur ce thème, il est juste que nous nous attardions. Principalement en province (est-ce l'effet de pénurie ?) on rencontre des experts triple casquette : médecin conseil d'assurance, médecin conseil de victime et expert judiciaire). Bien malvenu l'avocat qui s'attaque à cette anomalie.

La loi LEFRAND votée à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 16 février 2010, prévoyait un dispositif original afin à tout le moins qu'une information soit donnée aux victimes,

- les médecins devaient déclarer au conseil départemental de leur ordre le nom des compagnies d'assurances auxquelles ils prêtaient habituellement leur concours, ces renseignements étant accessibles au public
- était créée une compétence en réparation du dommage corporel
- l'assureur était tenu à peine de nullité de la transaction d'adresser à la victime notamment une liste des médecins ayant des compétences en réparation du dommage corporel établis par l'ordre des médecins du lieu de résidence de la victime et la liste des médecins auxquels l'assureur faisait habituellement appel également dans le même département.

Cette loi qui concernait une amélioration de l'indemnisation des victimes est déposée sur le bureau du Sénat depuis 2010 sans qu'aucune volonté politique ne la fasse progresser.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?



En conclusion, le réalisme oblige à dire que n'ayant pas encore résolu les problèmes rencontrés alors même que l'expert ne joue que son rôle déjà éminent de technicien, on est loin de pouvoir en faire un conciliateur.

Toutefois une bonne expertise permettra sans nul doute de participer à une solution transactionnelle entre les parties.



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Emmanuelle DUPARC - Expert près la Cour d'appel de Paris, médiateur



Le rapport d'expertise : ferment de la conciliation

L'expert de justice est sollicité pour donner un avis quand la matière objet du litige ou le litige

lui-même est si complexe ou si spécifique que le Juge ne peut rendre sa décision sans avoir préalablement fait appel aux connaissances du technicien. Le Juge du fond, même souverain dans sa décision, reste néanmoins soumis à l'exigence de motivation, corollaire du procès équitable.

Le Juge peut souhaiter solliciter l'avis de l'expert en cours d'instance à tous les stades de la procédure : lors de la mise en état, lors de l'audience des plaidoiries et même pendant le délibéré...

Ainsi les textes prévoient de nombreuses occasions pour l'expert d'apporter son concours à l'institution judiciaire. Mais, dans la pratique, le plus gros pourvoyeur de mesures d'instructions est le Juge des référés ; ainsi, l'article 145 du CPC qui permet au juge des requêtes ou des référés d'ordonner une mesure d'instruction en vue de faciliter la solution d'un litige avant même un procès. À ce titre, on se situe autour des 3/4 bien qu'aucune statistique officielle ne puisse l'étayer.

- Que se passe-t-il en suite de ce rapport d'expertise ?

Il peut être observé que, bien souvent, les parties ont renoncé à introduire une instance au fond : 80 % d'affaires disparaîtraient ainsi des écrans radars de l'institution judiciaire.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

- Mais alors que s'est-il passé ?

Il apparaît que ce renoncement à la procédure au fond s'expliquerait par le fait que les parties ont trouvé elles-mêmes une solution à leur différend : le rapport d'expertise n'est peut être pas étranger à cette situation.

- Faut-il s'en plaindre ? Le rôle de l'expert initialement conçu pour éclairer le Juge est-il ainsi dévoyé ?

En fait et paradoxalement, nous pouvons déclarer, sans forfanterie, que l'expertise a pleinement joué son rôle : les conclusions expertales ont éclairé les parties et se sont imposées à elles comme une sorte d'évidence. Et c'est à partir de là que les parties ont pu jeter les fondements de leur accord transactionnel. À défaut d'éclairer le Juge du fond qui n'aura pas à connaître l'affaire, le rapport d'expertise a éclairé les parties.

Pourtant, l'expert n'a pas cherché d'emblée l'émergence d'un accord. Il s'est attelé à ses travaux avec diligence et indépendance, avec pour seul objectif de répondre à la mission que lui a confié le Juge des référés.

In fine, le juge des référés, accédant à la demande d'expertise qui lui est adressée, a œuvré à la conciliation.

Le juge des référés : un conciliateur qui s'ignore !

In fine, le rapport d'expertise demandé en référé et conçu comme une mesure d'instruction potentiellement utile pour une procédure au fond, a amené les parties à transiger avant le procès.

Le rapport de l'expert : ferment de la conciliation.

L'expert dans la conciliation : un « pas de côté » mais pas une révolution complète

L'expertise judiciaire est en soi un temps et un espace d'apaisement. L'expert sort le litige de la conflictualité pour le placer dans le champ de l'investigation objective et technique.

Exemple : des entreprises s'affrontent avec véhémence sur la responsabilité d'un sinistre au cours d'une opération de transport de machine industrielle. Qui est responsable : le transporteur ? le levageur ? la victime elle-même ? la machine sinistrée n'était-elle pas déjà défailante avant le sinistre ? Les parties vont assister aux opérations de l'expert en transport désigné par le Juge. Le technicien procède aux analyses qui vont déterminer

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

l'origine du sinistre et les liens de causalité. Ses constatations s'imposent rapidement : l'assureur du responsable du dommage comprenant que la responsabilité de son assuré sera tôt ou tard recherchée, initie une approche transactionnelle avec l'entreprise sinistrée.

Exemple : Un conflit oppose un négociant, un commerçant et un dépositaire sur des prétendus détournements de produits : l'expert-comptable désigné par le Juge va procéder aux opérations d'inventaire, de rapprochement entre facturation / expédition/livraison d'examen des procédures de stockage du dépositaire etc. Les opérations de l'expert participent au désamorçage du conflit et à l'émergence d'une solution.

L'expert recentre inlassablement le débat sur des questions de fait, approchant le sujet de façon méthodique, partant d'une vision impartiale et objective pour aboutir à des constatations qui s'imposent aux parties. L'expert procède à ses diligences de manière concentrique pour toucher *in fine* au noyau central : la vérité des faits qu'il entrevoit et suggère dans son rapport. L'expert saura dire également « *je ne sais pas* » car dire « *on ne sait pas, c'est dire la vérité* » **André COMTE SPONVILLE**.

Sous le feu du questionnement de l'expert (De quoi s'agit-il ? Comment cela s'est-il passé ? Pouvez-vous expliquer de manière synthétique l'évolution de votre situation, avant le dommage, depuis le dommage ? Quelles sont vos prétentions, vous, demandeur ? Quelles preuves apportez-vous à l'appui de celles-ci ? Comment expliquer vous la situation que vous alléguiez et l'état du sujet ou de l'objet ...) les parties vont devoir répondre de manière factuelle. Ce questionnement quasi-scientifique sur les éléments du litige permet de les circonscrire et de dire le « *certainement faux du possiblement vrai. Karl Popper* ».

“Les gens qu'on interroge, pourvu qu'on les interroge bien, trouvent d'eux-mêmes les bonnes réponses”. Socrate

L'expert dans la conciliation : une déclinaison bien naturelle des missions qui nous sont confiées

À l'instar du Juge des référés qui, accédant à une demande d'expertise, évite (le plus souvent et alors que ce n'est pas le but initialement visé ?) le développement d'une procédure au fond favorisant *de facto* la conciliation des parties, le conciliateur de justice peut également souhaiter faire appel à un expert au début de la conciliation.

Ces missions sont-elles judiciaires ou extrajudiciaires ? Doivent-elles être soumises au principe de la contradiction ? Les délais nécessaires aux travaux de l'expert sont-ils compatibles avec la

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

procédure de conciliation ? Les constatations seront-elles rendues sous une forme écrite ou orale ? Qui supporte le coût de cette intervention ?

Le Président LUCQUIN nous a expliqué que le recours aux experts dans la conciliation judiciaire était une « voie nouvelle » en « période de démarrage ».

Ne disposant pas des résultats que donnerait une étude empirique ou la validation de la pratique, nous allons néanmoins tenter d'apporter des propositions de réponse.

S'agissant de missions non prévues par le CPC, l'intervention de l'expert dans la conciliation ne saurait être qualifiée d'expertise de justice quand bien même nous pourrions lui reconnaître un caractère hybride (judiciaire/amiable). Judiciaire en ce que la mission se situe dans le contexte d'une procédure judiciaire : un jugement a désigné un conciliateur qui lui-même propose aux parties le concours d'un expert. Amiable, car non prévue par le CPC et non soumis en tant que telle aux règles applicables en la matière. Les missions d'expertise dans la conciliation qui ont vu le jour au Tribunal de commerce de Paris revêtent la forme d'un « constat d'accord » entre le conciliateur de justice et les parties pour faire intervenir un expert sur des points spécifiques.

Cela étant précisé, il est toujours vivement conseillé aux experts intervenant dans un contexte extrajudiciaire de respecter les règles déontologiques applicables aux missions judiciaires. Ces principes sont exposés par le Conseil national des compagnies d'experts de justice : *l'expert de justice, intervenant comme consultant privé, doit respecter les mêmes principes de probité, objectivité et indépendance que dans le cadre des missions ordonnées par une juridiction*. Ainsi la qualification de mission extrajudiciaire ne devrait pas modifier le comportement de l'expert.

Il convient d'ajouter que le respect du principe de la contradiction permettra aux parties d'utiliser ultérieurement les conclusions de l'expert si elles ont levé la confidentialité.

Les délais / l'étendue de ces missions : il ne peut s'agir que d'interventions très ciblées (nature de travaux effectués, nature des désordres constatés, degré du défaut d'exécution allégué...) rapprochant ce type de mission de celles prévues à l'article 256 du CPC « *Lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation* ».

Au sujet de la consultation il y aura une expérience qui sera relatée par un expert dans la suite des exposés.

La forme écrite sera également conseillée.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Enfin la question des honoraires devra être réglée dès la désignation commune avec versement immédiat entre les mains de l'expert

Conclusion

Que la conciliation naisse de l'expertise (première table ronde) ou que l'expertise naisse de la conciliation (le sujet que nous traitons) : peu importe !

Il y a encore et toujours un technicien qui, apportant son concours, favorise le règlement amiable d'un litige.

Ne craignons pas que le recours à l'expertise dans la conciliation fasse échec à cette procédure en raison notamment de délais nécessaires et incompressibles.

La conciliation : l'expert peut y contribuer... l'expert doit y contribuer

Professeur CESARO : « *la vérité du fait détermine la vérité du droit... « Il doit demeurer une zone grise de relatif inconfort où les justiciables ont vocation à trouver des arrangements raisonnables.* » »

Nous experts, allons élargir notre office. S'il nous est interdit de concilier, nous ne sommes jamais restés sourds à la conciliation : nous y sommes prêts.



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

DEBAT AVEC LA SALLE

Maître Patrick de FONTBRESSIN,

A l'issue de ces excellents exposés, outre la nécessité de l'investigation objective que rappelait Madame BERNFELD, on perçoit l'importance d'une dimension psychologique aussi bien dans la démarche exposée par Monsieur le Président LUCQUIN au travers de l'expérience du tribunal de commerce de Paris, que dans celle évoquée par Madame DUPARC.

Si on reprend l'exemple des tentatives de conciliation en amont devant le tribunal de commerce de Paris qui s'inscrivent dans la droite ligne d'esprit d'apaisement de Michel de l'Hospital, on ne peut que constater l'évolution d'un processus psychologique chez les parties que la conciliation soit ou non couronnée de succès.

En effet, en présence du magistrat délégué conciliateur, sans que bien sûr celui-ci contraigne en aucune manière les parties à se concilier, celles-ci pourront déjà dans certains cas prendre conscience de ce qu'objectivement il pourrait être souhaitable de s'orienter vers une expertise dont elles pourraient ensemble déterminer le champ.

Ainsi, même en l'absence d'accord sur le fond va déjà pouvoir s'amorcer une démarche consensuelle, celle d'un premier accord sur une mission d'expert. Dans un tel contexte de déconflictualisation progressive où les avocats auront toute leur place, l'expertise permettra souvent de mieux déterminer les risques de poursuite d'un procès.

Mais en tout état de cause, qu'il y ait ou non conciliation, qu'il y ait ou non accord sur une mission d'expertise dans ce processus expérimenté par le tribunal de commerce de Paris, les parties n'auront pas perdu leur temps dès lors que dans le cabinet du conciliateur délégué elles auront été amenées à reprendre un dialogue et à mieux prendre conscience, à défaut de conciliation, des limites du rapport de force dont le juge du fond aura ultérieurement à connaître.

Jean-François JACOB

Avez-vous des questions ?

Maître Claude DUVERNOY

Je suis ancien bâtonnier des Hauts-de-Seine, et Président de la Fédération française des centres de médiation. Monsieur, j'ai bien entendu que la médiation n'était pas à l'ordre du jour, mais l'expert médiateur (qui est apparu dans une réforme récente) doit être neutre, ce qui me paraît totalement incompatible avec la mission d'expertise. La neutralité est au cœur de la médiation, ainsi que la posture de tiers. Quand j'entends dire qu'on a très vite une idée de la solution, on est manifestement un bon expert, mais pas un médiateur.

Vous avez évoqué la procédure 145, le référé, la conciliation, et l'expertise dans ces deux cadres-là. La procédure participative sera peut-être un jour pourvoyeuse d'expertise, et dans la mesure

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

où cette réunion d'aujourd'hui réunit nos deux professions, cela me paraissait important d'en dire deux mots. La procédure participative pose elle aussi de sérieux problèmes sur le traitement de la confidentialité, qui est un traitement obligatoirement et exclusivement conventionnel, donc pas simple à gérer pour les avocats et pour l'expert. Puis il y a une deuxième problématique importante et très intéressante pour nos deux professions, c'est la rédaction de la mission. Autant lorsque la mission vient du juge, elle n'est pas négociable, on revient éventuellement devant le juge chargé du contrôle pour la faire amodier, éventuellement un peu rectifier, mais en procédure participative, cette mission d'expertise, ces évolutions éventuelles, ces évolutions parfois même nécessaires seront totalement conventionnelles. Je pense que c'est une troisième source d'échanges entre nos deux professions qui me paraît extrêmement riche.

Maître Patrick de FONTBRESSIN

C'est tout à fait exact, et je pense qu'il peut d'ailleurs y avoir un certain cousinage entre la détermination de la mission dans le cadre d'une procédure participative, et la pratique du tribunal de commerce de Paris lorsque les parties parviennent à convenir d'une mission d'expertise, voire à s'accorder sur le nom d'un expert en qui ils ont confiance en présence du conciliateur délégué.

Jean-François JACOB

Je voulais quand même répondre au bâtonnier qui a dit qu'un bon expert connaît la solution assez tôt. Je m'interroge sur la neutralité du médiateur et le doute raisonné de l'expert, parce que pour moi, un bon expert est celui qui connaît la réponse à la fin, et qui est neutre par rapport à lui-même, et pas seulement par rapport aux parties.
(Applaudissements).

Rolande BERNE LAMONTAGNE (expert-comptable)

Je suis expert du chiffre, agréé par la Cour de cassation. Ma question s'adresse à Maître de FONTBRESSIN. J'ai entendu parler du périmètre de la mission de l'expert en matière de conciliation ou médiation, mais je n'ai pas entendu parler de la responsabilité. Ce volet de la mission de l'expert est-il couvert par nos assurances, et jusqu'où peut aller notre responsabilité ?

Maître Patrick de FONTBRESSIN,

S'il s'agit d'une mission conférée à l'expert dans le cadre d'une conciliation, celle-ci sera couverte dans le cadre du contrat- groupe souscrit par le CNCEJ au même titre qu'une mission d'expertise amiable. Mais en tout état de cause, il convient d'être particulièrement attentif au fait qu'en aucun cas si l'expert est désigné en qualité de conciliateur ou de médiateur, il ne saurait être rédacteur d'un protocole d'accord, une telle rédaction incombant aux conseils des parties. L'expert ne serait pas couvert s'il s'aventurait sur un tel terrain.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

TROISIEME TABLE RONDE : DEONTOLOGIE DE LA CONCILIATION ET PERSPECTIVES

Gina MARUANI – Avocat au Barreau de Paris, administrateur

INTRODUCTION – Etat des voies de conciliation actuelles

1. La conciliation et la médiation conventionnelles ont une définition commune qui nous est donnée par les articles 1530 à 1541 du CPC : *Processus structuré par lequel deux ou plusieurs parties*

tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence (art. 1530 CPC).

2. La saisine de la Commission Départementale de Conciliation (CDC) est une procédure de conciliation spécialement prévue en matière de baux commerciaux en matière de fixation de loyer de renouvellement par l'article L.145-35 du Code de commerce. La saisine de la CDC est un préalable **facultatif** pour les parties (*Civ. 3^{ème} 10 mars 2010 n°09-10.344*).

Avant la loi Pinel, sa compétence se limitait à la fixation des loyers renouvelés. La loi Pinel est venue étendre le champ d'application de sa compétence à la fixation des loyers révisés, ainsi qu'aux litiges relatifs aux charges et aux travaux.



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Sa composition : à parité de représentants des bailleurs et des locataires. S'il n'existe pas d'organisation de bailleurs ou d'organisation de locataires représentative au niveau départemental, ou en cas de carence de celles-ci, les CDC peuvent être composées de représentants des organisations de bailleurs ou de locataires représentatives au niveau régional ou, à défaut, au niveau national.

La représentation des parties : la représentation par avocat n'est pas obligatoire.

Bilan : un échec avéré

- Absence de prix de comparaison pour les dossiers en fixation de loyers lesquels sont majoritaires.
- Traitement expéditif des dossiers (environ 10 minutes par dossier).
- Perte de temps (à défaut d'avoir statué dans le délai de 3 mois, elle est dessaisit *de facto*).
- Fausse gratuité. Honoraires des conseils.
- Il ressort du rapport de Messieurs Thierry Mandon et Guillaume Poitrinal, dans le cadre du choc de simplification, des mesures préconisant la suppression de la CDC des baux commerciaux au moment même où la loi Pinel élargissait sa compétence...

3 . La médiation judiciaire (après saisine du juge) : Article 127 du CPC « *Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance.* » L'expérience prouve que les succès des médiations dépendent principalement du talent du conciliateur qui n'est pas nécessairement un expert de la matière concernée par la médiation.

**CONCLUSION, le succès de toute conciliation repose sur la formule gagnante suivante :
COMPETENCE + EXPERIENCE + INDEPENDANCE + RETRAIT DE L'AVOCAT = CONFIANCE ET
SUCCES.**

**PARTIE I – A L'HEURE ACTUELLE, QUELLES SONT LES REGLES DEONTOLOGIQUES QU'UN EXPERT
SE DOIT DE RESPECTER DANS LE CADRE DE LA PROCEDURE CIVILE**

Tout comme les Avocats, les Experts répondent à des obligations déontologiques très précises rappelées dans leur serment.

L'institution de la justice est représentée par une balance qui signifie aussi que le procès se doit d'être équitable et c'est ce que rappelle la convention européenne des droits de l'homme et

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

notamment son article 6-1, mais à la différence des avocats, les Juges et leur prolongement technique (les Experts) ont l'obligation d'être équitables.

Est-ce pour cette raison qu'il m'a été demandé en qualité d'Avocat de présenter devant vous les règles déontologiques qui s'imposent aux Experts Judiciaires en matière civile ainsi que les perspectives de celles-ci au regard d'une nouvelle mission qui pourrait leur être confiée dans le cadre d'une conciliation menée par un «Expert-Conciliateur», en attendant, qu'un nouveau nom leur soit attribué.

Les règles actuelles de la déontologie de l'Expert en matière civile sont simples et de bon sens, nous pouvons les diviser en deux catégories :

- Celles relatives à la personne de l'Expert
- Celles relatives à sa mission

Mais attention, ces deux catégories se cumulent bien évidemment.

1.1) - Les obligations déontologiques relatives à la personne de l'Expert

On rappellera que ces obligations sont codifiées dans le Code de Procédure Civile :

Article 233 : le technicien est investi par le Juge en raison de sa qualification, ce qui signifie qu'à tout le moins, l'Expert doit s'engager sur sa compétence et doit remplir personnellement la mission qui lui est confiée.

Article 237 : l'Expert doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité (on note immédiatement qu'il s'agit de l'exécution de la mission et non de la personnalité du technicien).

Article 238 : l'Expert ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique.

Article 239 : il doit respecter les délais qui lui sont impartis.

Article 240 : il ne peut recevoir de mission de concilier les parties !

Article 244 : il doit faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner et il lui est interdit de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission et enfin il ne peut faire état que des informations légitimement recueillies.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Article 248 : il lui est interdit de recevoir directement d'une partie sous quelque forme que ce soit une rémunération.

Article 273 : il doit informer le Juge de l'avancement de ses opérations et des diligences par lui accomplies.

1.2) – Les obligations déontologiques relatives à la mission de l'Expert

On peut citer de nouveau :

Article 233 qui rappelle que l'Expert doit remplir personnellement sa mission.

Article 237 : puisque la mission doit être menée avec conscience objectivité et impartialité.

Article 244 : l'Expert doit faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner, mais il lui est interdit de révéler les autres informations dont il pourra avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission et il ne peut faire état que des informations légitimement recueillies.

Article 276 : in fine, l'Expert doit faire mention dans son avis de la suite qu'il aura donné aux observations et réclamations présentées à lui.

Article 282 : si l'Expert a recueilli l'avis d'un autre technicien, cet avis doit être joint au rapport qui doit mentionner les noms et qualités des personnes qui ont prêté leur concours.

.....

En conséquence, les règles actuelles sont relativement simples et aisées à mettre en pratique, tout comme elles sont simples pour le justiciable à comprendre.

Qu'en sera-t-il demain dans le cadre d'une mission d'un expert conciliateur ?

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

PARTIE II – MODIFICATIONS DES REGLES QUI S'IMPOSERAIENT A L'EXPERT CONCILIATEUR

2.1 Il apparait immédiatement une première contradiction à vouloir ériger l'Expert en conciliateur à notre sens car il conviendrait incontestablement :

- a) De procéder aux modifications législatives qui s'imposent, puisqu'en effet ainsi que cela a été rappelé, le Juge ne peut pas donner au technicien une mission de concilier les parties.
- b) De modifier, également, les pouvoirs de l'Expert pour les étendre
- c) De les étendre au contradictoire qui ne s'imposerait plus à lui de manière aussi explicitement qu'actuellement
- d) Puis, de les étendre à ses compétences, puisque dans l'hypothèse d'une mission de conciliation, l'Expert n'aurait plus à justifier avoir les compétences et les qualifications requises à la matière dans laquelle il va être désigné.

2.2 Mais surtout des modifications totales relativement à ses missions

- a) En effet, il importera peu de savoir quelle partie au litige aura raison, le but qui sera poursuivi par l'Expert-Conciliateur sera justement celui de parvenir à une conciliation. Cela sous-entend une différence essentielle avec la mission de l'Expert actuel et de l'avis qu'il devait avoir en sa qualité de technicien.
- b) Le principe de la contradiction ne sera plus nécessairement respecté et ce contrairement aux dispositions des articles 14, 15 et 16 du Code de Procédure Civile.
- c) Le devoir de confidentialité sera gravement mis en cause à l'effet de mener à bien la conciliation.

Dans l'hypothèse d'une conciliation, l'avis de l'Expert est totalement laissé de côté, tout comme ses compétences techniques

Il ne visera dorénavant qu'un seul but qui sera défini dans sa mission et qui se concrétisera par la signature d'un accord ou un échec. Or, dans le cadre d'une mission usuelle, l'Expert ne doit ni ne peut échouer !

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

En conclusion, peu importe les moyens, seul le but est visé mais dans cette hypothèse la fin justifiera-t-elle les moyens, lorsque des situations de conflit d'intérêt vont fleurir risquant de mettre en cause l'impartialité de l'Expert conciliateur ?

PARTIE III – LES RISQUES

Les conflits d'intérêts et la mise à mal de l'impartialité du conciliateur

3.1. Notion de conflit d'intérêts afférente à la mission d'un Expert-Conciliateur

Il existe des matières, telle que la fixation du loyer de renouvellement, qui devront nécessairement faire appel à un technicien averti de la matière, or, le métier d'expert est avant tout une activité professionnelle. De fait, l'expert spécialisé connaîtra nécessairement le milieu professionnel concerné par la conciliation dont il a la charge et qui est très large (parties, avocats, experts amiables...), ce qui augmente le risque de conflit d'intérêts avec les parties.

Il n'existe pas de définition légale de la notion de conflit d'intérêts.

La partialité d'un expert étant un motif de récusation, la notion de conflit d'intérêts va donc se définir autour des motifs de récusation.

Les experts peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges (art. 234 CPC). Ces motifs sont énumérés par les articles 341 du CPC et L.111-6 du Code de l'organisation judiciaire.

Cela étant, la jurisprudence a considéré que le principe de récusation allait au-delà des règles de droit interne et que l'article 6-1 de la CEDH reste le premier fondement de toute demande de récusation, élevant le principe d'impartialité au rang de principe fondamental (*Cass. 3/07/1985 ; Civ.1^{ère} 28/04/1998, Civ.2^{ème} 05/2/2002, n° 01-00.224 : JurisData n° 2002-016615*). Les motifs de récusation sont donc pour leur grande majorité d'origine prétorienne.

a) Exemples de motifs légaux :

Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation ;
S'il y a amitié ou inimitié notoire entre le juge et l'une des parties.

b) Exemples de motifs jurisprudentiels :

Cas où la récusation de l'expert n'a pas été retenue :

Le fait d'être issu de la même promotion d'une grande école pour l'expert et le directeur départemental et régional de l'équipement, responsable du marché à l'origine du litige (*CAA Bordeaux 18/11/2008*).

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Le fait pour l'expert de se faire raccompagner par l'avocat d'une des parties après un accord (Civ. 1^{ère} 27/06/2006 n°04-10.680)

Ne constitue pas une cause de récusation le fait que l'expert ne révèle pas spontanément, en même temps qu'il accepte une mission, une expertise antérieure ponctuelle définitivement achevée l'ayant mis en relation avec l'une des parties, dès lors qu'elle n'a pas donné lieu ultérieurement à des contacts avec cette personne ou avec l'un de ses représentants (CA Versailles 7/11/1996).

Cas jurisprudentiels où la récusation de l'expert a été retenue :

Existence de liens commerciaux et financiers avec une des parties et l'expert (CA Paris, 1^{re} ch A 23/10/2007, Gaz. Pal, 5-6 mars 2008).

L'amitié notoire et les relations familiales unissant un expert et l'un des membres du syndicat des copropriétaires (CA Rouen 19/06/1979).

L'existence d'un procès ayant opposé l'une des parties à la société dont l'expert était le dirigeant et ce quelle que soit l'ancienneté du procès par rapport à l'instance en cause (CA de Pau du 2/09/2002).

En résumé, il y aura conflit d'intérêts chaque fois que des circonstances naîtront **un doute légitime et actuel sur l'indépendance et l'impartialité objective** de l'expert désigné.

Ainsi, l'indépendance et l'impartialité de l'expert s'apprécient *in concreto*.

3.2. Notion d'impartialité objective et subjective

L'articulation de ces notions nous vient essentiellement de la jurisprudence de la CEDH (Commission européenne des Droits de l'Homme).

La CEDH rappelle que lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'impartialité d'un juge, il faut, d'une part, tenir compte de la conviction et du comportement personnel du juge (démarche subjective) et, d'autre part, rechercher si ce juge offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime quant à son impartialité (démarche objective).

L'arrêt DUKAN DE NITYA C/ VR SERVICES de la Cour d'appel de Paris 22 mars 2016 s'inscrit dans la droite ligne de la position jurisprudentielle actuelle de la CEDH qui rappelle que la preuve de la partialité subjective du juge ne peut se faire que par des éléments objectifs et non sur de simples impressions. Toute appréhension doit être objectivement justifiée.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Il suffit qu'une des parties puisse concevoir légitimement, à travers des faits précis concordants, vérifiables et circonstanciés, un doute sur l'impartialité de l'expert pour que l'expert puisse être récusé (art. 6-1 de la CEDH).

En l'espèce, le preneur sollicitait la nullité du rapport d'expertise notamment pour non-respect par l'expert judiciaire des principes d'indépendance et d'impartialité s'appuyant sur une série d'éléments : les liens existants entre l'expert et l'ex-conseil du bailleur (tous deux membres de la fondation Boccara) ; l'expert était souvent désigné expert judiciaire dans de nombreux dossiers intéressant l'assureur du bailleur ; un avis critique d'un autre expert judiciaire sur le rapport ; le témoignage d'une des parties à l'expertise sur le parti pris de l'expert en faveur du bailleur ; l'absence d'un chiffrage sous forme de pré-rapport etc...

En dépit de ces nombreux moyens, la Cour d'appel rejette le moyen de nullité du rapport d'expertise du preneur estimant que l'ensemble de ces moyens ne reposaient que sur ses propres impressions et non sur des **éléments objectifs**.

Dès lors et dans ce contexte, quelles peuvent être les perspectives ?

Néanmoins, la CEDH rappelle que l'appréciation de l'impartialité subjective par le juge doit nécessairement reposer sur des éléments objectifs. Il faut donc que le préjugé du juge s'extériorise et soit apparent pour que la partialité subjective puisse être démontrée et soit susceptible d'entraîner sa récusation.

PARTIE IV – LES PERSPECTIVES

Incontestablement, il devra être établies des règles déontologiques très strictes.

4.1 - Prendre exemple sur les règles en matière d'arbitrage

En obligeant les experts conciliateurs et judiciaires à faire une révélation des affaires qu'ils ont eu à connaître à titre privé et qui pourraient avoir une influence sur la solution du litige, comme en matière de fixation de loyers de renouvellement de bail et de déplafonnement.

Extrait du règlement du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP) : « *Article 13 – Indépendance et impartialité des arbitres. 13.1. Les arbitres doivent, avant d'accepter leur mission, révéler à la Commission d'arbitrage toute circonstance susceptible d'affecter leur indépendance ou leur impartialité. Ils doivent également*

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de leur mission ».

4.2 - Prendre exemple en matière de convention de procédure participative

En obligeant les experts conciliateurs et judiciaires à faire une « *déclaration d'acceptation de mission, d'indépendance et d'information* » avant le début de leurs opérations.

L'article 1548 du CPC prévoit que dans la procédure conventionnelle, le technicien doit révéler aux parties, avant d'accepter sa mission, toutes circonstances susceptibles d'affecter son indépendance afin qu'elles puissent en tirer les conséquences qu'elles estiment utiles.



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

CONCLUSION :

Se pose la question de l'utilité de recourir à un expert-conciliateur dans la mesure où ce n'est pas le rôle d'un expert de concilier. L'expert est avant tout un technicien chargé de donner un avis motivé. Ce mélange des genres n'est pas souhaitable.

Il est donc préférable de laisser aux parties le soin de se concilier directement ou par l'intermédiaire d'un tiers conciliateur soit après avoir obtenu un avis d'un expert qu'elles auront désigné d'un commun accord, soit après avoir chacune recueilli l'avis d'un expert de façon à confronter les deux avis rendus.

De surcroît, le conciliateur ne pourra pas dire le droit, il ne cherche pas la vérité ni à s'en approcher. Ainsi, en matière de loyer de renouvellement par exemple va se créer un risque de « valeur de convenance » éloignée d'une réalité de marché, mais qui aura des conséquences dramatiques en termes de valeur de référence, valeur que le législateur demande au Juge et avec lui à l'Expert d'établir. En effet, le prix fixé ne sera plus « équitable » mais sera un prix de convenance, avec la complexité de la confidentialité qu'exigera probablement l'ensemble des parties.

Tous ces éléments vont appauvrir nécessairement les bases de données des Experts Judiciaires dont les missions survivront parallèlement.

Il nous paraît donc souhaitable, notamment dans notre spécialité, que les missions des Experts soient maintenues car leur objectivité est indispensable.

Pour le surplus, les parties ont à leur disposition d'autres sources d'aide à la conciliation.

Exemples complémentaires de motifs légaux de récusation :

Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties ;

Si lui-même ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement ;

S'il y a eu ou s'il y a procès entre lui ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

S'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties ;

Si le juge ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties ;

S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ;

S'il existe un conflit d'intérêts, au sens de l'article 7-1 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Les magistrats du ministère public, partie jointe, peuvent être récusés dans les mêmes cas. » (art. L.111-6 COJ)

Exemples complémentaires de motifs jurisprudentiels dans lesquels la récusation n'a pas été retenue :

Le fait qu'un ancien dirigeant d'entreprise préside une compagnie nationale d'experts dont est membre l'expert judiciaire, qui a à connaître un litige où cette entreprise est partie, n'est pas à lui seul un motif de récusation (Civ. 2^{ème} 5 avril 2001 n°99-15.689).

Ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui n'a pas recherché si l'expert avait personnellement entretenu avec l'une des parties des relations de nature à faire naître un **doute légitime et actuel sur son impartialité** (Com 5/10/2004). En l'espèce, l'arrêt d'appel censuré avait constaté la récusation au motif que l'expert avait fait partie d'une ou de deux sociétés de commissaires aux comptes étant intervenues pour le compte d'une des parties et que le fait que l'expert ait pu, ne serait-ce que quelques années avant la source du litige être lié, par quelque moyen que ce soit, à l'une des parties n'est pas en harmonie avec **l'impartialité objective**, exigence première de tout expert.

Le fait qu'un certain nombre de ces missions lui soient confiées pour des litiges concernant une même compagnie d'assurance n'est pas de nature, à lui seul, à mettre en cause son impartialité (Civ 2^{ème} 22/10/2009 n°07-21.487).

Le fait que l'expert se borne à faire état de « discussions pénibles » et refuse d'examiner un plafond qu'il ne pouvait atteindre, faute pour la partie d'avoir mis à sa disposition un escabeau qu'il avait expressément demandé dans sa convocation (CA Paris 16/05/2008).

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

L'existence d'un contentieux judiciaire entre l'expert et l'une des parties liée au non-paiement de sa rémunération ne constitue pas une cause de récusation (*Civ 2^{ème} 15/11/2007*).

Exemples complémentaires de motifs jurisprudentiels dans lesquels la récusation a été retenue :

Agression physique commise sur l'expert (*Civ.2^{ème} 13/10/2005 n°04-10.834*). Au motif qu'il existait un doute sur l'impartialité objective et apparente de

l'expert compte tenu des avis amiables qu'il avait pu émettre pour des boutiques situées à proximité et pour lesquelles il avait conclu au déplaçonnement en raison d'une modification des facteurs locaux de commercialité (*TGI 24/04/2001*).



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Robert MAZABRAUD – Expert près la Cour d’appel de Limoges,
agréé par la Cour de cassation

De prime abord, j’aurais tendance à dire « pas grand chose » car, dans la pratique, à la base, la prestation de l’expert de justice ne découle que des limites bien normales de compétence des juges qui ne sont pas en capacité de traiter « de » ou « des » différents d’ordre technique qui leur sont plus ou moins bien exposés par les parties et leurs conseils. C’est pour «  clairer » utilement le juge mais aussi sans doute avant tout les parties, que l’on fait appel au savoir-faire des « techniciens » du juge. Il va de soi que comme l’aurait dit Monsieur de Lapalisse, pour qu’il y ait perspective de « conciliation », il faut au préalable qu’un contentieux naisse.



Mais alors, qu’est-ce que cela risque de changer pour l’expert judiciaire qui n’a pas, à ce jour, la faculté de concilier les parties et qui, à mon sens, n’a pas à s’aventurer sur ce terrain car ce serait lui attribuer un rôle qui ne me semble pas être, en dernier ressort, le sien et qui doit demeurer celui du juge. Chacun devant rester à sa place, le technicien dans sa « spécialité » et le magistrat dans son domaine d’application du Droit. Ce « tandem » travaillant en confiance réciproque et ne pouvant guère fonctionner l’un sans l’autre.

Alors, me direz-vous, que vient faire l’expert dans la « conciliation » ? L , à il me semble possible d’envisager des perspectives dans lesquelles l’expert de Justice serait amené, s’il en a le talent, le savoir-faire, les capacités...   ce que se construise un enchaînement qui conduirait les parties à se rapprocher, au cours du temps judiciaire et avant tout procès, serait le moment charnière que lui seul serait à même d’appréhender et d’apprécier, au vu, durant l’expertise, du comportement et des aspirations des parties en présence, pour aider

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

à ce que ses dernières avec l'appui précieux de leurs conseils respectifs soient en mesure de transiger – concilier sur tout ou fraction des difficultés qui les opposent. Ce cheminement découlant :

- du professionnalisme du technicien qui n'aura négligé d'exploiter objectivement dans le moindre détail aucune pièce ni aucun argument avant de formuler un avis, cet avis qu'il se gardera d'asséner comme une vérité sans démonstration mais, au contraire qu'il distillera en faisant œuvre de pédagogie pour que même ceux qui ne seraient pas convaincus par ses conclusions, du fait de leur intime conviction ou de toute autre raison, bonne ou mauvaise, en arrivent à admettre, même si elles ne leur sont pas favorables, lesdites conclusions
- du comportement irréprochable de l'expert qui, quoiqu'il pense de l'affaire dans son for intérieur, ne laissera transparaître aucun signe ou apparence qui conduirait à ce que certaines parties doutent de son indépendance. Il est assez fréquent que l'expert après étude des pièces qui lui ont été communiquées, et même avant toute réunion, imagine au vu des éléments dont il dispose qu'une issue à l'amiable du conflit technique dont il a à connaître soit envisageable. Il se gardera bien, même s'il était tenté de le faire ne serait-ce que pour essayer d'amorcer la démarche qui pourrait aboutir à une conciliation, de s'entretenir en aparté avec l'une ou l'autre des parties.
- de la concision et de la pertinence de ses écrits, qualités primordiales pour que se crée un climat de confiance, où les « ennemis d'hier » seront amenés à comprendre que, techniquement, si leur cause est défendable, celle de leur adversaire l'est peut-être aussi un peu.

2/ C'est à partir de ce parcours souvent parsemé d'embûches que notre expert sera à même d'apprécier si, à un certain stade d'avancement de la mission qui lui a été confiée par le juge, pourraient potentiellement être réunies les conditions pour qu'un accord, ne serait-il que partiel, (et peut-être total) puisse être envisagé.

Il convient ici de rappeler que le libellé de la mission s'achève fréquemment par «procéder à toutes diligences et à toutes observations utiles au règlement du conflit» ce qui pourrait être interprété comme un quasi préalable à la phase de conciliation.

Il faut rester toutefois prudent car ce qui peut sembler acquis à l'issue d'une réunion peut, après réflexion, être remis en cause. C'est pourquoi il faudra sans tarder rédiger un pré-rapport (ou document de synthèse) qui constituera la pièce maîtresse nécessaire à l'éventuelle conciliation. Dans ce document qui retracera les différents épisodes de

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

l'expertise, qui énoncera les diverses démonstrations et qui formulera sans ambiguïté les conclusions provisoires de l'expert, les parties trouveront la matière, le lien nécessaire au rapprochement. Il va en effet de soi que c'est à partir des réponses données aux questions techniques que les parties seront en capacité de se positionner. Restera toutefois la problématique de l'évaluation des dommages et préjudices que le technicien du Juge aura dans la plupart des cas à traiter. L'expert (sauf avis contraire des parties) devra donner son avis sur le(s) préjudice(s) allégué(s). Qu'il y ait eu recours ou non à un « sapiteur », il ne reviendra pas à l'expert de donner la (ou les) clef(s) de répartition des imputabilités et il devra laisser, en proposant une hiérarchisation de ces imputabilités, au juge du fond la charge d'attribuer plus précisément des montants et des pourcentages.

Mais, me direz-vous, pourquoi tenez-vous tant à ce qu'il y ait un « véritable » pré-rapport ou document de synthèse qui a l'inconvénient, si un accord est « dans l'air » de renchérir le coût d'une prestation technique qui aboutit à une conciliation judiciaire ?

Pour plusieurs raisons, dont les plus importantes me paraissent :

- de figer dans le temps et par écrit l'avis de l'expert, avis à partir duquel (ou desquels) les parties décideront de se rapprocher « les écrits restent, les paroles s'envolent »,
- d'interdire ou au moins d'empêcher à certains experts qui auraient accepté une mission qu'ils ne seraient pas à même de maîtriser, de faire le « forcing » pour imposer, sans s'être véritablement positionné techniquement, une conciliation,
- de permettre aux parties, en cas d'échec total ou partiel de la conciliation, de poursuivre l'action engagée et de débattre au fond des conclusions de l'expert,
- de laisser une trace utile pour l'avenir dans certaines affaires qui débutent par un litige aux enjeux de prime abord mineurs mais qui débouchent sur des sinistres sériels aux conséquences considérables.

3/ Passé cette étape il incombera à l'expert d'en référer au juge (mais au fait quel juge ? j'y reviendrai) pour l'informer du fait qu'un accord semble envisageable et que les parties pourraient utilement revenir devant lui, à toute fin, pour officialiser la conciliation qui reste je le pense « de son office ».

Cette démarche ne se conçoit, cela va de soi, qu'avec l'aval des parties et de leurs conseils (qui doivent rester associés à cette phase des opérations, comme à celles qui sont susceptibles de suivre)

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Ce rôle possible de l'expert comme alerteur du juge avait été évoqué au congrès du CNEJ de Bordeaux, en 2008, mais sans alors avoir de suite...

Dans le prolongement de ce développement, il me semble utile ici de revenir aux fondamentaux qui intéressent, outre les parties et leurs conseils, les experts de justice à savoir :

- art. 145 du Cpc « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête, ou en référé* » Nota : il existe aussi dans le code de justice Administrative des articles qui traitent de ce sujet mais il en a déjà été beaucoup débattu et je n'en ferais pas ici état.

C'est en effet sur le fondement de cet article que sont ordonnées par le juge des référés la plupart des missions qui incombent aux experts. Or, ce juge des référés, lorsqu'il a rendu son ordonnance, missionnant un expert qui a accepté ladite mission, est en principe dessaisi de l'affaire et ne sera pas celui qui, en application de l'article 155.1, pour faire simple, assurera le contrôle de l'expertise durant son déroulement (délais, provisions, consignation, contestations...) et ce, jusqu'à sa conclusion et ne sera pas non plus celui qui, au fond, après peut-être plusieurs années de procédure, aura à juger ladite affaire.

Rappel de l'article : « *le président de la juridiction peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, désigner un juge spécialement chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction confiées à un technicien en application de l'article 232.* »

Article 232 : « *Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, une consultation ou pour une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien* ».

Or, si l'expert constate (de préférence après le dépôt de son pré-rapport ou de son document de synthèse) qu'une conciliation totale ou partielle est possible, il pourra être tenté d'en référer au juge chargé du contrôle, mais celui-ci n'aura pas la possibilité, parce que cela n'entre pas dans ses attributions, d'engager ladite conciliation soit par lui-même, soit en nommant un conciliateur voire un médiateur (qui ne peut, à mon avis, être l'expert ; i'y reviendrai). Il y a là un vide juridique qui mériterait un amendement de textes pour donner officiellement la capacité au juge de le faire.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Ce serait en effet possiblement une avancée qui permettrait dans bien des cas d'une part, de valoriser les conclusions provisoires de l'expert qui constitueraient ainsi la « pierre angulaire » de la conciliation ou de la médiation à venir et, d'autre part, de clore sans jugement au fond des affaires où les parties se satisferaient en définitif des avis de ce technicien, ce qui contribuerait à désengorger les tribunaux.

Il ne nous paraît pas inutile ici faire référence à un article paru dans la Revue Experts de juin 2009 où Mr Jean CHAPRON, Président de chambre à la Cour d'appel de Poitiers écrivait :

« Ce qui est important pour les experts, outre le fait de disposer d'une claire identification de leur interlocuteur judiciaire pendant l'exécution de la mission qui leur a été confiée, est de connaître l'étendue exacte de la délégation donnée au magistrat chargé du contrôle, donc les pouvoirs de celui-ci... »

Or l'article 155.1 du Code « vise le contrôle de l'exécution des mesures d'instruction » et c'est donc uniquement « un contrôle d'exécution » qui ne dispose que d'un pouvoir de gestion des mesures qui lui sont confiées, c'est à dire ne lui permet que de prendre des décisions d'administration judiciaire, dictées par l'intérêt d'une bonne administration de la justice et non des mesures de nature juridictionnelle.

Aussi le juge chargé du contrôle devrait pour l'essentiel limiter son intervention au respect des limites de la mission, du délai pour donner l'avis sollicité et du « cadre financier » initialement fixés par le juge désignataire (consignation de la provision et constatation éventuelle de la caducité de la mesure en cas d'absence de consignation)...

Si le juge du contrôle avait la possibilité de concilier les parties, ou d'ordonner une médiation ou une conciliation, ou même de la proposer (mais il faudrait dans tous ces cas modifier le code de procédure civile) alors ce juge serait en capacité de reprendre « la main » (je n'ose pas dire du procès, car en 145 on est « avant tout procès » mais reprendrait bien « la main »). L'expert verrait sa mission suspendue, en toute transparence, à l'égard de la juridiction qui elle conserverait la maîtrise des délais.

En cas d'échec de la tentative de conciliation et de rapprochement, l'expertise pourrait reprendre son cours pour arriver à son terme normal, c'est-à-dire le dépôt du rapport. Et c'est bien pourquoi, entre autres raisons, il n'est pas à mes yeux possible que l'expert de l'affaire puisse être nommé médiateur. Comment pourrait-il être nommé médiateur ? Comment pourrait-il reprendre son travail après les informations, le plus souvent non contradictoires, voire confidentielles, qu'il aurait reçues lors de la phase de rapprochement ?

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

4/ Dans un autre registre, il ne paraît pas dénué de sens de faire état de certaines expériences ayant trait à la « consultation ».

En effet, il y a déjà de nombreuses années, j'ai été missionné par un juge à plusieurs reprises comme consultant. Après étude des pièces, le magistrat réunissait les parties en ma présence et celle d'un greffier. Les questions ayant trait à l'affaire m'étaient posées et en fonction de mes réponses, avec «l'orchestration» du juge, un accord était trouvé, accord que l'on pourrait aujourd'hui qualifier de « conciliation ». Il me semble que bien des affaires dites simples, qui ne nécessitent pour la plupart que des réponses sans recherche approfondie à des questions d'ordre technique, pourraient être solutionnées dans l'intérêt des parties et dans un temps judiciaire court. Cela implique toutefois qu'il existe une volonté d'aboutir et dépend bien sûr des parties mais aussi du magistrat qui est en charge du contentieux. Et là encore, est-ce possible lorsque la procédure est engagée sur le fondement de l'art 145 du CPC ?

5/ **En conclusion** il apparaît que l'expert de justice pourrait de par son comportement exemplaire, son indépendance infaillible et son apport technique incontesté, être considéré comme l'artisan d'un rapprochement entre les parties et par la même à la base de la conclusion d'un accord. Je pense par contre et, quand bien même il en aurait les capacités, qu'il devrait s'abstenir de s'immiscer dans la rédaction de quelque protocole que ce soit en laissant cette tâche aux conseils éclairés des parties et en dernier ressort au juge du contrôle qui pourrait voir ses attributions judicieusement et efficacement renforcées, voire enrichies, par quelques aménagements des textes en vigueur.



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

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

L'EXPERT JUDICIAIRE, COLLABORATEUR DU JUGE CONCILIATEUR

Merci de m'avoir invité à ce colloque. J'ai trouvé très instructif les interventions des différents intervenants sur un sujet qui me passionne depuis des années, ayant développé dans toutes mes fonctions successives une pratique innovante de la médiation.

L'intitulé de la table ronde est « déontologie et perspective ». A titre personnel, je suis particulièrement intéressé par cette table ronde et ce colloque, car devant exercer les fonctions de juge des référés en septembre, je m'interroge sur la meilleure façon de développer la médiation et la conciliation à une audience de référé où je serai amené à désigner de nombreux experts.

Car il existe encore de nombreux freins (attitudes sceptiques voire hostiles des différents acteurs judiciaires), à cette pratique pourtant plébiscitée par nos concitoyens sondage après sondage. Tout récemment, une de mes collègues de province m'a indiqué avoir rencontré une grande hostilité lorsqu'elle a décidé d'expérimenter une permanence de médiateurs à son audience de référé.

Mais aujourd'hui, à ce grand colloque, les avocats, experts et magistrats ont l'air d'être très convaincus par les modes amiables, ce dont je me réjouis vivement.



LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

UNE APPROCHE COLLABORATIVE DE LA JUSTICE PAR LES DIFFERENTS ACTEURS JUDICIAIRES

Mais alors comment pouvons-nous, tous ensemble, les développer de manière harmonieuse et avec quelle déontologie des différents acteurs concernés ?

Dans le cadre de ce colloque ont déjà été évoquées de nombreuses pistes fort intéressantes.

Permettez-moi de vous livrer quelques réflexions qui ressortent de mon expérience de juge prescripteur de médiations et de conciliations mais aussi de juge conciliateur, collaborant activement sur ces questions avec les avocats, les experts et tous les auxiliaires de justice pour essayer de développer ces modes amiables dans l'harmonie, notamment dans le cadre de l'unité de médiation créée par la première présidente de la Cour d'appel de Paris, Chantal ARENS, qui promeut et soutient indéfectiblement toutes ces initiatives.

L'enseignement que je tire de mon expérience et des différents colloques organisés sur ces questions, est que nous ne pourrons avancer sur le sujet que si nous sommes tous réunis, et que si nous travaillons tous ensemble sur ces questions, puisqu'elles nous concernent tous. Sans une réflexion collective sur ce sujet, nous n'y arriverons pas. A mon sens, nous devons absolument créer un Observatoire national des modes amiables de résolution des différends, que tout le monde de la médiation appelle de ses vœux, afin que toutes les questions qui restent en suspens (formation des médiateurs, mesures incitatives financières, déontologie, institutionnalisation d'un service de médiation dans les juridictions...) soient abordées de manière globale, et pour qu'enfin une véritable politique publique des modes amiables soit lancée dans notre pays, comme cela a déjà été fait dans de nombreux pays, comme par exemple au Royaume Uni où les lois Wolf ont capitalisé les acquis des différentes expérimentations dans le cadre d'une ambitieuse politique publique nationale (en Angleterre plus de 85% du contentieux du travail est résolu par un système paritaire de conciliation médiation alors qu'en France le taux de conciliation dans les CPH (Conseil des Prud'hommes) est très faible).

Pour l'instant, c'est l'Europe qui est le fer de lance d'une telle politique. Ainsi par exemple, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 26 mars 2015, Momčilović contre Croatie, pose qu'il est légitime pour un Etat d'adopter une mesure imposant aux parties, à peine d'irrecevabilité de la demande en justice, de recourir préalablement à la saisine du juge à la médiation ou la conciliation. Cet arrêt considère qu'une telle disposition prise par un Etat poursuit deux buts légitimes, le premier, étant de faire réaliser des économies pour le ministère de la justice et le deuxième de développer les modes amiables.

Dans le cadre des nombreuses transformations annoncées de la justice dans notre époque post-moderne (justice prédictive, algorithmes, robotique), certains posent, avec un certain sens de la

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

provocation, la question de la disparition du juge. Peut-être que dans l'avenir, nous n'aurons plus besoin d'expert, ni d'avocat, ni de juge, mais nous n'en sommes pas encore là.

Dans le cadre de ces transformations : contractualisation de la justice, démocratie procédurale, justice participative, justice plurielle, ordre juridique négocié, quels rôles pour le juge, l'avocat, l'expert, dans le développement des modes amiables de résolution des différends et quelles postures doivent-ils adopter ?

La difficulté pour l'institution judiciaire de donner toute sa place à la médiation et la conciliation provient du fait que ces dernières reposent sur des paradigmes diamétralement opposés.

L'institution judiciaire française fonctionne dans une dimension verticale, autoritaire, organisée hiérarchiquement. Le juge, dans sa décision, vise à l'application d'une règle générale impersonnelle, à la rationalité juridique. Dans le cadre d'un rapport de forces entretenu par les parties sur des positions juridiques, il tranche le litige par le glaive du droit.

Alors que la médiation prône un rapport d'égalité entre des partenaires qui se réapproprient leur conflit, dans une dimension horizontale, empathique et respectueuse de l'autre, où l'équité doit trouver toute sa place. Elle traite des relations, des représentations, des émotions, et tend à trouver une solution mutuellement acceptable répondant aux besoins et aux intérêts des parties, une solution relevant du sur mesure dans une perspective d'avenir en abordant l'entièreté du conflit. Elle suppose l'intervention d'un juge, bienveillant, qui dans le cadre d'une écoute interactive, aidera les parties à tenter de renouer un dialogue, après avoir évoqué avec elles leurs intérêts et leurs besoins.

L'EXPERT JUDICIAIRE : UN CONCILIEUR IGNORE

En tant que futur juge des référés, j'aspire à devenir ce juge, bon père de famille parmi ces enfants, que le conventionnel Jean-Baptiste TREILHARD nous décrivait en disant qu'il doit placer sa gloire moins à prononcer entre ses enfants qu'à les concilier.

Si le rôle du juge qui tranche le conflit en appliquant la règle de droit est essentiel (par exemple trancher la question de la propriété d'une parcelle au vu de titres de propriété contradictoire), le juge doit également développer une autre facette de sa mission en aidant les justiciables à trouver la meilleure solution à leurs litiges qui peut passer par la médiation ou la conciliation.

Le litige est la traduction juridique du conflit. Or de nombreux litiges soumis aux juridictions ne traduisent qu'une partie du conflit opposant les parties, la justice dès lors ne pouvant pas donner de solution satisfaisante en tranchant ce litige, le conflit persistant. L'intérêt de la médiation, en effet, outre sa rapidité, évitant des procès lents et coûteux, et sa confidentialité,

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

est de permettre aux justiciables de se réappropriier le procès en évitant l'aléa judiciaire, d'en devenir des acteurs responsables, de leur permettre de porter eux-mêmes leur parole et d'écouter celle de l'autre, de se comprendre mutuellement, d'aborder l'entièreté du conflit aussi bien dans ses aspects économiques, relationnels, psychologiques, sociaux au-delà du litige strictement juridique qui bien souvent ne traduit pas la véritable origine du conflit, la réponse judiciaire à ce litige ne pouvant dès lors mettre fin à ce dernier.

Comment essayer de trouver la meilleure solution pour le litige soumis au juge ? Comme le disait le Président LUCQUIN, avec qui je travaille depuis de nombreuses années pour développer notamment la conciliation au tribunal de commerce de Paris, c'est la singularité de chaque cas que permet de prendre en considération la médiation et conciliation, une solution originale parfaitement adaptée aux enjeux spécifiques présentés par chaque affaire pouvant se dégager.

Pour une affaire ce sera peut-être la conciliation, ou la médiation, ou la convention de procédure participative ou l'expertise qui sera le moyen le plus pertinent pour résoudre le conflit ? Certains considèrent que l'expertise est un mode amiable de résolution des différends à part entière. D'ailleurs combien d'expertises ordonnées en référé ne donnent-elles lieu à aucune saisine du juge statuant au fond, ce qui démontre que l'organisation de l'expertise a permis de terminer tout conflit opposant les parties.

En effet, parfois, c'est devant l'expert que les parties vont se parler ou se reparler pour la première fois. Combien de fois les justiciables ne se parlent jamais au cours de leur procès, ne se rencontrent pas, ne se connaissent pas ? Souvent les justiciables, arc-boutés sur leurs positions juridiques, n'ont pas essayé de négocier, ne se sont jamais retrouvés autour d'une table pour discuter de leurs problèmes ? Le moment idéal pour essayer de se reparler est peut-être au tout début du conflit, avant qu'il ne se cristallise, au moment du référé expertise par exemple.

LE JUGE DES REFERES ET L'EXPERT JUDICIAIRE : UNE COLLABORATION A INVENTER DANS UN ESPRIT DE CONCILIATION

Pour organiser au mieux la conciliation au moment de l'expertise ordonnée en référé, il faut mettre à plat toutes les questions juridiques, déontologiques, conflits d'intérêts, qui peuvent se poser à cette occasion. Ce que vous avez d'ailleurs brillamment fait dans différentes tables rondes.

Je rappellerai l'article 281 du Code de procédure civile : « *Si les parties parviennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet* ». Il me semble donc que la conciliation fait partie de la mission de l'expert, de manière évidente même si pour l'instant, les textes ne traduisent pas cette réalité.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Le rôle de l'expert est d'éclairer le juge sur un fait technique, et cela, à priori, est bien éloigné de la mission du conciliateur ou du médiateur. En effet, si l'expert s'attache uniquement aux aspects techniques, sans empathie, cela ne sera pas très propice à réconcilier les parties. Alors que s'il exerce sa mission de manière bienveillante et dans un esprit de pacification, il arrivera très souvent à susciter un accord entre les parties. Pourquoi les experts judiciaires ne se formeraient-ils pas aux techniques de médiation et conciliation, comme les juges (moi-même je me suis formé), d'ailleurs de nombreux experts, comme les avocats, ont déjà suivi des formations à la médiation. Les techniques de communication sont essentielles à maîtriser pour s'adresser aux justiciables, aux avocats, notamment si l'on souhaite à les aider à se rapprocher.

Je pense que l'expert peut exercer sa mission sur le modèle du juge bon père de famille, bienveillant parmi ses enfants, cher au conventionnel TREILHARD, essayant d'amener les parties à trouver un accord aux mieux de leurs intérêts respectifs, plutôt que de les engluer dans des débats longs et coûteux, où chacun perdra des plumes.

Parfois, quand le problème qui oppose les parties est un problème purement technique, l'expert, par un avis technique, et l'apparence d'autorité que lui confère sa science, peut jouer un rôle de conciliateur très efficace.

Je pense que les experts sont parfaitement habiles à concilier dans de nombreux cas, lorsqu'il s'agit de trouver une solution de bon sens à un problème technique et il faut trouver un système permettant de développer au mieux cette capacité. Etant précisé, que la mission du conciliateur est bien distincte de celle du médiateur.

Monsieur LUCQUIN, quand il est conciliateur de justice, n'est pas médiateur, parce qu'il a une apparence d'autorité liée à cette fonction de conciliateur pour laquelle il a prêté serment à la Cour d'appel.

En tant que qu'experts judiciaires, vous avez, par votre science et votre technicité, également une autorité sur les parties.

Le médiateur est lui 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 (programmation neurolinguistique) 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.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Mais, à mon avis, expertise, conciliation et médiation sont compatibles, dès lors que nous nous mettons autour d'une table entre spécialistes avec les parties et que nous recherchons, au regard de l'affaire, la manière de régler au mieux le litige dans l'intérêt des parties. De plus, lorsque par exemple l'expertise a révélé un véritable problème à trancher par le juge et que la conciliation n'est pas adéquate, le juge doit trancher cette question, quitte ensuite à réinviter les parties à continuer le dialogue sur les autres aspects du litige. Je suis favorable au développement des passerelles entre les différents modes de résolution des litiges à tout moment de la procédure.

MODES AMIABLES DE RESOLUTION DES DIFFERENDS

Une difficulté importante actuellement pointée par de nombreux juristes, comme la professeure Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, est la confusion terminologique existant entre tous les modes amiables de résolution des différends, ce qui entraîne une incompréhension et une méfiance des acteurs concernés qui ont légitimement du mal à cerner la nature et le régime de ces modes amiables, et par conséquent l'intérêt qu'ils peuvent présenter. Il faudrait sérieusement se pencher sur cette problématique dans le cadre d'une politique publique ambitieuse.

Pour conclure, permettez-moi de vous dire toute ma satisfaction de voir réunis ici, experts, avocats, magistrats pour traiter de l'avenir de la conciliation et de la médiation et de vous livrer les propositions d'avenir formulées par l'unité de médiation de la Cour d'appel de Paris présidée par Chantal ARENS en espérant qu'elles pourront inspirer la politique publique ambitieuse que nous attendons tous dans ce domaine.

A l'occasion du futur décret relatif à l'organisation d'une liste de médiateurs par Cour d'appel (qui suppose au préalable la création d'un observatoire national de la médiation qui labellise les formulations à la médiation et les associations de médiateurs), prévu par la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle l'unité de médiation civile de la Cour d'appel de Paris a suggéré que pourraient également être adopté d'autres mesures concrètes relevant du pouvoir réglementaire, de nature à assurer enfin le développement significatif de la médiation et de la conciliation, ces propositions reposant sur les nombreuses expériences de médiation réalisées dans le ressort de cette Cour :

- A l'instar de ce qui a été mis en place dans les pays anglo-saxons, le juge devrait pouvoir sanctionner, par la condamnation aux frais de justice, un refus déraisonnable de participer à la résolution amiable du litige.
- Le juge devrait pouvoir demander aux parties de joindre à leurs premières conclusions en demande et en défense un questionnaire rempli et signé de l'avocat et de son client (sous

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

peine d'irrecevabilité des conclusions) afin de savoir si les parties ont tenté une solution amiable, dans la négative pourquoi cela n'a pas été possible et si une offre de médiation pourrait avoir un intérêt.

- Le juge devrait toujours pouvoir d'enjoindre les parties, non pas de recourir à la médiation, mais de s'informer sur la médiation, avec une incitation financière par le mécanisme de l'article 700 du code de procédure civile qui pourrait être modifié de la sorte : « lorsque que le juge a proposé une médiation, et a enjoint les parties de s'informer sur la médiation, toute demande formulée par une partie sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile serait automatiquement rejetée si celle-ci ne s'est pas effectivement informée sur la médiation ».
- Une mise au rôle prioritaire devrait être favorisée pour les affaires ayant fait l'objet d'une acceptation d'une médiation ou d'une conciliation pour éviter les dérives éventuelles à des fins dilatoires (échec, accord partiel, homologation).
- Les magistrats des tribunaux de grande instance et des cours d'appel devraient pouvoir déléguer leur pouvoir de concilier à un conciliateur de justice
- Un outil statistique informatisé national à destination des juridictions devrait être proposé avec un indicateur de performance tenant compte, dans les juridictions, du nombre de conciliations et de médiations ordonnées.
- Une institutionnalisation d'un service médiation pourrait être créée dans les juridictions avec un circuit procédural bien défini

Le code de l'organisation judiciaire pourrait prévoir des audiences de proposition de médiation avec la spécialisation de magistrats formés en la matière assistés d'un service de fonctionnaires du greffe et d'assistants de justice chargés de sélectionner les dossiers, de convoquer les parties et d'organiser les permanences de médiateurs, dans des locaux adaptés.

Une formation obligatoire théorique et pratique des avocats et des magistrats sur les modes amiables de résolution des différends pourrait être instaurée.

Une direction des modes amiables de résolutions des différends pourrait être créée à la chancellerie chargée de développer une politique nationale dans ce domaine.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Maître Patrick de FONTBRESSIN

Après ces exposés, aussi brillants qu'imaginés, nous n'aurons malheureusement pas beaucoup de temps pour donner la parole à la salle. J'aperçois dans la salle Pierre LOEPER, Président d'honneur du Conseil national des compagnies d'experts judiciaires, qui avait été à l'origine d'une notion qui a été évoquée tout à l'heure par Robert MAZABRAUD, qui est la notion d'expert alerteur. Je pense qu'il serait peut-être utile, pour l'auditoire, qu'il précise ce que voulait dire cette notion dans son esprit, et quelle initiative avait été prise à Bordeaux. Quelles sont les prémices de cette réflexion ?

Pierre LOEPER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

Nous avons effectivement évoqué cette idée de l'expert alerteur du juge au Congrès de Bordeaux. Cela n'a pas vraiment pris. Ce n'est peut-être pas une mauvaise idée, et pour que cela puisse marcher, que cela puisse déboucher vers une résolution des conflits sans qu'on soit nécessairement obligé d'aller jusqu'à la rédaction du rapport, il faut au moins deux conditions. La première, c'est que cela se passe en toute transparence, et même plus que de la transparence, en tout accord avec les avocats. Il faut que tout le monde soit d'accord pour que l'expert alerte le juge sur le fait qu'il s'agit d'une période où les esprits sont relativement apaisés, parce qu'il a bien joué son rôle de bon-papa, que tout le monde s'est exprimé, s'est défoulé, et a été entendu. Je partage totalement l'avis de Robert MAZABRAUD, il faut que l'expert écrive, et peut-être pourriez-vous les réunir. Pour l'instant, il n'y a pas de juge, mais peut-être pourrait-on les réunir pour savoir si une médiation serait envisageable sur la base de ce document.

Deuxième condition, l'expert ne doit surtout pas dire quel serait un bon équilibre pour lui. Il doit simplement dire qu'il existe une certaine maturité des temps, qui fait qu'il y a peut-être une opportunité à saisir, mais il doit se garder d'en dire davantage que ce qu'il a écrit dans son document de synthèse, de façon à pouvoir, si la conciliation ou la médiation échoue, reprendre son rôle d'experts, et rendre le service que lui a demandé le juge, c'est-à-dire de rendre un rapport.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Natalie FRICERO – Professeur à l'Université Côte d'Azur,
Directeur de l'Institut d'Etudes Judiciaires

SYNTHESE

L'expert se définit comme celui dont l'expérience et le savoir permettent d'éclairer le juge sur une question de fait dont dépend la solution du litige. La conciliation est un processus amiable structuré par lequel des parties parviennent à trouver un accord avec l'aide d'un tiers, indépendant, impartial et diligent. Pourquoi une réflexion sur le rôle de l'expert dans la conciliation ? **Patrick de FONTBRESSIN** nous a éclairés sur les objectifs poursuivis par l'Union européenne qui incite les Etats membres à développer des modes extrajudiciaires de résolution des litiges, et sur la jurisprudence de la Cour européenne qui rappelle que l'obligation de recourir à un mode amiable de règlement des différends est conforme aux exigences du procès équitable, parce qu'elle contribue à la protection de l'intérêt général et de l'intérêt des parties. Comme l'indique **Fabrice VERT**, la justice participative est en marche ! Elle modifie la posture des divers acteurs, juge, experts judiciaires et avocats. A cet égard, **Pascal EYDOUX** a précisé que l'avocat est un partenaire essentiel de la conciliation.



La question centrale de ce colloque est celle de la place de la conciliation dans l'expertise : quel rôle peut-on confier à l'expert judiciaire ? Celui d'un facilitateur indirect de la conciliation des parties ou celui d'un acteur direct de conciliation ?

I. L'expert, un facilitateur d'une conciliation des parties

L'expert apparaît comme un catalyseur de conciliation, un éclaireur d'une solution apaisée, aussi bien dans le cadre de l'expertise judiciaire que dans celui de l'expertise menée au cours de la pratique de la conciliation devant le tribunal de commerce.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

A. L'expert judiciaire et la conciliation

Par principe, l'expert n'est pas un conciliateur, comme l'a rappelé **Marc-Olivier PETIT**. L'expert doit répondre la mission que lui a confiée le juge afin d'aboutir à conclusion technique objective. Il n'est pas a priori un médiateur non plus, comme l'a démontré **Fabrice VERT** : la médiation n'a pas pour objectif l'établissement de la vérité des faits, mais au contraire de permettre la mise en évidence des subjectivités des parties. **Robert MAZABRAUD** a également insisté sur le rôle premier de l'expert, qui est d'éclairer le juge et les parties dans le strict respect de sa déontologie et du contradictoire.

Néanmoins, l'expert peut créer du lien entre les parties et participer à l'instauration d'un climat psychologique favorable à une conciliation par les parties. L'expert permet de renouer le dialogue, il est « un conciliateur que la loi ignore », il est l'artisan d'un rapprochement entre les parties.

Celles-ci bénéficient durant l'expertise de plusieurs facteurs favorables à l'aboutissement d'une transaction et dans les faits. Il a été observé par **Emmanuelle DUPARC** que bien souvent, les parties renoncent à introduire une instance au fond après un référé expertise fondé sur l'article 145 du code de procédure civile (le chiffre de 80 % d'affaires disparaissant de l'institution judiciaire est avancé). Cet évitement du juge s'explique par plusieurs facteurs détaillés par **Emmanuelle DUPARC** et **Robert MAZABRAUD**, permettant aux parties de trouver elles-mêmes une solution amiable à leurs différends :

d'une part, elles bénéficient d'un temps de réflexion suffisant pendant les opérations d'expertise pour mener à bien des pourparlers transactionnels ;

d'autre part, l'expert place le litige dans le champ de l'investigation objective et technique, les débats portent sur des questions de fait ; le processus de la mesure d'instruction aboutit, grâce à une vision objective et impartiale, à des constatations qui s'imposent aux parties ;

en outre, leur consentement est suffisamment éclairé par le dépôt de la première note de synthèse, d'un pré rapport ou document de synthèse pour pouvoir se concilier et entamer une démarche transactionnelle ; dans ces conditions, les parties peuvent négocier librement les termes de la transaction ; la rédaction du pré-rapport est un facteur déclenchant de la conciliation et il rassure les parties qui, en cas d'échec, peuvent poursuivre la procédure et se servir du rapport définitif ;

enfin, la rencontre contradictoire entre les parties dans ce terrain neutre que constitue le cabinet de l'expert peut favoriser la reprise d'un dialogue entre les parties et éventuellement, la possibilité d'un accord mettant fin au litige avant le prononcé du jugement.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

Claudine BERNFELD a mis en évidence une situation dans laquelle **la loi elle-même prévoit l'intervention d'un expert médecin dans le processus transactionnel**. Il s'agit notamment du processus de transaction pour indemniser les victimes d'un véhicule terrestre à moteur (art. R 211-43 du code des assurances), ainsi que de la réparation d'une victime d'un acte de terrorisme (art. R. 422-7 du code des assurances). Le rôle de l'expert est essentiel devant la Commission d'indemnisation et de conciliation.

Dans les faits, le temps de l'expertise est un moment privilégié pour que les parties se rapprochent et les dispositions légales ont envisagé cette situation. **Si les parties parviennent à un accord** les textes précisent que l'expert constate que sa mission est devenue sans objet et en fait immédiatement rapport au magistrat qui l'a commis (art. R. 621-7-2 code de la justice administrative et article 281 code de procédure civile).

B. L'expert « amiable » dans le cadre de la conciliation devant le tribunal de commerce

La conciliation fait partie de l'office du juge comme l'affirme l'article 21 du code de procédure civile. Certains juges, comme ceux des tribunaux de commerce et des tribunaux d'instance, peuvent déléguer cet office à un conciliateur de justice bénévole, inscrit sur une liste près la cour d'appel. Ainsi que nous l'a expliqué **Jean-Pierre LUCQUIN, le tribunal de commerce de Paris développe la conciliation judiciaire** depuis 2013 en mettant en place un circuit particulier qui permet de sélectionner des affaires éligibles un mode amiable de résolution des différends. Les parties rencontrent un conciliateur de justice en vue d'élaborer un accord transactionnel. Ce processus intègre parfaitement l'expertise puisque les parties peuvent se mettre d'accord sur le choix d'un expert, définir sa mission, le coût de l'expertise et la répartition de la rémunération de l'expert. Sur la base de l'avis de l'expert « amiable » les parties peuvent poursuivre la négociation et conclure un arrangement officialisé par un constat d'accord signé par les parties et le conciliateur. Cette pratique soulève la question de la confidentialité du rapport d'expertise.

Emmanuelle DUPARC s'est interrogée sur le rôle de cet expert amiable. Le Conseil national des compagnies d'experts de justice rappelle que l'expert doit respecter les mêmes principes de probité, d'objectivité et d'indépendance que dans le cadre des missions ordonnées par un juge. De même, dans le cadre de la procédure participative assistée par avocat, le code de procédure civile régit l'expertise amiable en la soumettant aux mêmes principes que l'expertise judiciaire : ceci permet aux parties de produire le rapport de l'expert de justice en cas d'échec du processus amiable.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

II. L'expert, un acteur en devenir de la conciliation des parties

La réforme de la justice administrative invite à se poser la question d'un expert-médiateur. Si cette activité accessoire est étendue à la matière civile, il conviendra de définir une nouvelle déontologie de l'expert conciliateur ou médiateur...

A. Une nouvelle mission de médiation ou de conciliation pour l'expert ?

Comme l'indique **Marc-Olivier PETIT**, la conciliation joue un rôle extrêmement important dans les contentieux relatifs à la fixation des loyers des baux commerciaux. Pourtant, il observe que la mise en place de la Commission de conciliation qui rend un avis dans un délai raisonnable, gratuitement et à l'issue d'une saisine peu formaliste, n'a pas eu le succès escompté.

C'est au contentieux administratif et plus exactement à la réforme de la « justice administrative de demain » que l'on doit l'apparition de l'expert médiateur. Ainsi que nous l'a expliqué **Jean-Marc LE GARS**, l'article 23 du décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016 précise que « *l'expert peut se voir confier une mission de médiation. Il peut également prendre l'initiative, avec l'accord des parties, d'une telle médiation* ». L'expert médiateur remplace l'ancien expert conciliateur de l'article R. 621-1 du code de la justice administrative qui précisait que la mission confiée à l'expert pouvait viser à concilier les parties. Les nouveaux textes opèrent donc une distinction entre la conciliation réservée au juge et la médiation en matière administrative qui peut être confiée à un tiers ainsi qu'à l'expert désigné par le juge. Il n'est pas certain que cette modification terminologique entraîne une modification substantielle de la mission confiée à l'expert. En effet depuis la transposition de la directive de 2008 de l'Union européenne en matière de médiation, la conciliation comme la médiation sont des processus structurés permettant aux parties grâce à l'intervention d'un tiers, indépendant, impartial, compétent et diligent, de trouver un accord mettant fin à leurs différends (l'article 1530 du code de procédure civile donne la même définition de la conciliation et de la médiation : on oppose ces deux notions par le rôle de chacun ; le conciliateur peut proposer un accord et il rédige le constat d'accord qu'il signe avec les parties, alors que le médiateur, en principe, ne propose pas d'accord et n'établit ni ne signe aucun écrit).

Jean-Jacques ISRAEL a rappelé que l'expert médiateur peut être particulièrement qualifié pour tenter de mettre fin à un différend né de questions principalement techniques. Le code de la justice administrative permet donc à l'expert de prendre l'initiative avec l'accord des parties d'une médiation (art. L. 621-1 CJA) ; alors même qu'il existe une différence d'objet entre la finalité de l'expertise qui réside dans l'établissement de faits et d'une vérité technique, et la finalité de la médiation qui est de trouver une solution mutuellement acceptable pour les parties. De nombreuses questions ne manqueront pas de se poser pour articuler l'expertise et la

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

médiation, relatives à la confidentialité et au principe de la contradiction. En outre, la question se pose de savoir si l'unité de nature entre la médiation et la conciliation entraîne également une unité de posture et de pouvoirs entre le médiateur et le conciliateur ! Il est vrai qu'en matière administrative cette distinction perdra sa raison d'être (art. L. 213-1 du CJA qui définit la médiation comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination...»). La spécificité de la matière administrative implique également un contrôle par le juge administratif portant notamment sur les concessions réciproques en matière de transaction (contrôle global de la disproportion manifeste, jurisprudence CE Société foncière Europe, 9 décembre 2016).

Faut-il étendre cette possibilité à l'expert judiciaire en matière civile ? Si l'on en juge par les critiques formulées par les différents intervenants, cette extension ne paraît pas opportune parce qu'elle soulève de nombreuses difficultés d'ordre déontologique : comment l'expert peut-il gérer la confidentialité de la conciliation et la transparence de l'expertise, comment peut-il garantir son impartialité en cas d'échec de la conciliation ou de la médiation s'il doit ensuite déposer un rapport ? Comment gérer l'obligation d'impartialité lorsque l'expert exerce une mission de médiation après avoir rédigé et déposé son rapport définitif, dès lors que son avis va à l'encontre des observations déposées par l'une des parties ? Quels sont les éléments qui doivent rester confidentiels ?

La question se pose de savoir si le médiateur doit être un expert de la matière du litige ! L'article 131-5 du code de procédure civile incite à se poser cette question puisqu'il indique, parmi les conditions requises pour être médiateur désigné par le juge, que la personne physique peut « posséder par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du litige » : un expert serait donc qualifié pour faire de la médiation dans son champ de compétence technique...

B. Une nouvelle déontologie pour l'expert médiateur ou conciliateur ?

La réflexion sur la déontologie de l'expert conciliateur doit être menée dans cette perspective ainsi que l'a souligné **Gina MARUANI** qui a exprimé son scepticisme à l'égard de l'expert-médiateur. Si l'expert judiciaire peut être conciliateur, tout en menant sa mission d'expertise, il sera soumis cumulativement à deux déontologies :

- d'une part, celle de l'expert judiciaire dans la rédaction de son avis : respect de l'exigence d'indépendance et d'impartialité, devoirs de compétence, de diligence et de conscience, respect du contradictoire ; il devra veiller à éviter toute situation de conflit d'intérêts, et rester impartial aussi bien subjectivement qu'objectivement.

LA CONCILIATION : LE GRAND RETOUR ?

- d'autre part, en tant que médiateur ou conciliateur, il devra respecter la déontologie du médiateur ou conciliateur : impartialité, compétence, diligence et confidentialité des constatations et déclarations recueillies. Il devra aussi éviter les conflits d'intérêts.

La difficulté consistera à faire le lien entre les deux missions : si le conciliateur ou médiateur échoue dans la conciliation ou la médiation, il ne pourra plus rédiger le rapport définitif sous peine d'être suspecté de partialité objective comme l'indique **Didier FAURY**...

La conclusion n'est pas simple et suppose sans doute de rechercher une autre voie !

Les experts pourraient se former à la médiation et solliciter leur **inscription sur la liste des médiateurs**, destinée à l'information des juges, telle qu'elle est prévue par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 (cette liste devrait être établie auprès de chaque cour d'appel, lorsque le décret d'application sera promulgué). Ils pourraient alors exercer des missions de médiation, mais ne seraient pas désignés pour élaborer un rapport d'expertise dans la même affaire, ce qui supprimerait toute difficulté déontologique !

Une autre solution réside peut-être dans un partenariat rénové : le juge qui considère que l'affaire peut donner lieu à une conciliation pourrait réunir les parties et l'expert judiciaire désigné lors d'une audience de conciliation, et permettre l'émergence d'un accord à l'issue des discussions. La conciliation serait menée par le juge (art. 21 CPC), **l'expert jouant un rôle essentiel pour éclairer le consentement des parties.**

Voilà encore une nouvelle posture des acteurs judiciaires à définir pour contribuer au « grand retour de la conciliation » ! (*Applaudissements*)

- Fin du colloque -





CONTACTS UTILES

CNCEJ

10 rue du Débarcadère—75852 Paris Cedex 17

Tel : 01 45 74 50 60—Fax : 01 45 74 67 74

Site: www.cncej.org

CNB

22, rue de Londres—75009 Paris

Tel : 01 53 30 85 60—Fax : 01 53 30 85 61

Site : www.cnb.avocat.fr

REMERCIEMENTS

pour leur aide précieuse et efficace :

À Nicole RIBERE, secrétaire de la compagnie
des ingénieurs experts de Paris

À Marie-Christine LANCHANTIN, expert près la Cour d'appel
de Versailles (pour le reportage photographique)

Liste des membres du groupe de travail :

Experts de justice

Michel CHANZY, *Conseiller du Président du CNCEJ*

Emmanuelle DUPARC, *Expert près la Cour d'appel de Paris*

Didier FAURY, *Président d'honneur du CNCEJ*

Jean-François JACOB, *Conseiller du Président du CNCEJ*

Pierre LOEPER, *Président d'honneur du CNCEJ*

Robert MAZABRAUD, *Administrateur du CNCEJ*

Avocats

Patrick BARRET, *Membre du CNB*

Patrick de FONTBRESSIN, *Conseil du CNCEJ*

Jean-Pierre FORESTIER, *Membre du CNB*

Jean-Michel HOCQUARD, *Personnalité qualifiée du CNB*

Secrétariat et communication

Nathalie BEDU, *CNCEJ*

Deborah MAILLET, *CNB*

Jeannine MANRIQUE, *CNCEJ*

Organisation et supervision

Jean-François JACOB, *Conseiller du Président du CNCEJ*



**Conseil National
des Compagnies
d'Experts de Justice**



**Conseil
National
des Barreaux**