CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

LES AVOCATS

L'AVOCAT, ACTEUR DES MODES AMIABLES DE RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS

2nd ÉDITION

DÉCEMBRE 2021

COMMISSION MARD

SOMMAIRE

EDITORIAL 3

AVOCAT ET MEDIATION 4

LES RÔLES MULTIPLES DE L'AVOCAT DANS LA MÉDIATION 6

... OU DANS LES AUTRES MODES AMIABLES DE RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS 9

LES AVOCATS AU CŒUR DE LA DÉMATÉRIALISATION DES MARD 11

LES TEXTES DE RÉFÉRENCE 13

ÉDITORIAL

Chers Confrères,

Comme vous le savez dans toutes les grandes réformes envisagées, les modes amiables et alternatifs de règlement des différends (MARD) ont une place importante.

Mais le Conseil national des barreaux ne les pas attendu. Il est en effet, et depuis longtemps, impliqué dans les MARD. Nous vous proposons ainsi une actualisation de ce guide dont la première version date de 2014. Le Conseil national des barreaux a également voté en 2020 la modification des articles 6.1 et 8.2 du RIN visant à faire des MARD un axe majeur dans l'avenir de l'avocat.

Par son travail avec les pouvoirs publics, le CNB a obtenu, dans le cadre de la loi « Confiance » et de ses décrets d'application, diverses avancées et notamment la force exécutoire de l'accord issu d'un MARD en la forme d'un acte d'avocat via un dispositif d'homologation simplifiée.

Dans la continuité de ces actions, par une décision du 12 février 2021, une commission ad-hoc MARD a été mise en place afin de vous accompagner dans votre pratique des MARD.

Il est important que l'avocat se saisisse des nouvelles opportunités qu'offrent les MARD. Il ne faut pas oublier que l'avocat est le seul à pouvoir mener une procédure participative assistée par avocat ou une procédure participative de mise en état, il doit donc impérativement s'en emparer d'autant que leur usage va se généraliser.

Qu'il l'accompagne, le conseille, ou qu'il ait un rôle actif dans le processus, la présence de l'avocat est primordiale et sa place ne doit plus faire de doute. Il est le seul à pouvoir être présent lors de toutes les phases de résolution du litige (avant, pendant et après). Il vient compléter une prestation judiciaire et offrir une résolution durable du litige. Il ne faut plus seulement attendre les MARD préalables, il faut penser l'intérêt de son client face à la réalité de la justice.

Le Conseil national des barreaux est à vos côtés dans cette mission et vous propose cette première approche transversale des MARD.

Jérôme Gavaudan,
président du CNB

Hirbod Dehghani-Azar,
responsable de la commission ad-hoc MARD

AVOCAT ET MEDIATION

La médiation 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 le juge saisi du litige.

Dans le cadre de ce processus, il peut être fait appel à un expert.

LA MEDIATION

- Choisir un cadre amiable tout en laissant **la possibilité du contentieux**
- Une logique gagnant, **renouer et sauvegarder durablement la relation**
- Privilégier l'**intelligence collective** dans un cadre **confidentiel**
- Privilégier la **coopération** plutôt que la compétition
- Être meilleur **avec** plutôt que contre
- Passer des positions non négociables à une **négociation des positions**
- Déterminer les faits avec objectivité et savoir entendre la subjectivité **des besoins, valeurs et croyances**
- Permettre une **intercompréhension** des émotions exprimées
- Déterminer les **options** pour construire une **solution**
- S'inscrire dans un dialogue responsable pour construire ensemble **un sens commun**

QUELS ARGUMENTS POUR CONVAINCRE SON CLIENT DE L'INTERET DE LA MEDIATION

- **La responsabilité** de mettre en œuvre la meilleure stratégie pour répondre aux besoins de nos clients et conformément à notre déontologie
- **La confidentialité** négocier sans risque
- **La rapidité** des délais maîtrisés avec quelques séances en quelques heures
- **L'efficacité** plus de 70 % d'accords en médiation
- **La pérennité** une solution négociée est plus pérenne qu'une solution imposée
- L'**application** du droit positif
- **La rentabilité** et la transparence un règlement amiable du litige à moindre coût et des honoraires facturés pour un temps pleinement passé avec le client et donc plus facile à comprendre
- **La liberté** possibilité d'arrêter la médiation à tout moment
- **La globalité** résoudre le différend dans tous ses aspects et enjeux
- **La simplicité** un cadre et un processus
- **L'ouverture** pouvoir inviter toute personne concernée, directement ou non par le conflit

COMMENT BIEN ACCOMPAGNER SON CLIENT DANS LA MÉDIATION

- **Informer** son client sur sa situation juridique, sur la médiation et le préparer
- **Être présent** en intervenant à la demande du médiateur ou de son client
- **Expert** en apportant un éclairage technique et juridique
- **Constructif** par l'utilisation des outils de la négociation raisonnée
- **Protecteur** avec son client en le sécurisant par sa présence
- **Attentif** à la prise en compte des besoins de son client
- **Bienveillant** avec les parties
- **Collaboratif** avec l'ensemble des acteurs de la médiation
- **Imaginatif** dans la recherche d'une solution adaptée aux besoins de chacun
- **Responsable** de la conformité au droit de la solution envisagée

COMMENT BIEN ACCOMPAGNER SON CLIENT DURANT LA MÉDIATION

- **Être convaincu** soi-même pour convaincre son client de la nécessité de résoudre le conflit autrement
- **Rassurer** le client par une analyse juridique technique de la situation avant d'explorer toute piste de résolution amiable
- **Expliquer** au client l'esprit, les avantages, les étapes et le déroulement de la médiation
- **Participer** activement au choix du médiateur en fonction du client et s'assurer de son adhésion quant à ce choix
- **Maîtriser** les outils de négociation pour accompagner efficacement son client
- **Aider** le client à identifier dès le premier rendez-vous ce qui est important pour lui derrière les demandes qu'il formule
- **Identifier** l'opportunité pour le client d'un accompagnement psychologique parallèlement à la mise en place du processus de médiation
- **Bâtir** une relation de confiance et de proximité indispensable pour que le client se sente pleinement accompagné dans le processus de médiation
- **Soutenir** le client par sa présence aux séances de médiation
- **Organiser** de manière systématique un rendez-vous avec le client pour préparer chaque rendez-vous de médiation et débriefer sur les séances

LES RÔLES MULTIPLES DE L'AVOCAT DANS LA MÉDIATION...

L'AVOCAT ACCOMPAGNATEUR

L'avocat est le conseil référent qui accompagne son client dans le choix du mode amiable de résolution des différends. A la fois conseil et défenseur, il a toutes les compétences, notamment une bonne connaissance de la négociation, pour juger de l'opportunité de recourir ou non à un mode amiable de résolution des différends et pour le recommander. Il le propose comme alternative au contentieux ou en cas d'échec d'une phase de négociation préalable.

L'avocat accompagnera son client durant tout le processus de médiation. Il l'informera sur le droit applicable. Il le préparera aux réunions de médiation qui auront lieu en présence du médiateur et de l'autre partieou des autres parties . Le processus autorise le client à demander, en cours de réunion, de suspendre la séance afin de pouvoir s'entretenir en aparté avec son avocat conseil. A l'issue de chaque réunion, le client pourra, avec son avocat conseil, en faire le bilan pour mieux préparer la suivante.

L'avocat veillera à l'équilibre de l'accord trouvé avec l'autre partie ou des autres parties en présence du médiateur ainsi qu'à la préservation des intérêts de son client.

Lorsque chacune des parties est accompagnée de son avocat, le protocole d'accord peut être sécurisé par un acte d'avocat de médiation.

En effet, si elle réussit la médiation débouche sur un accord amiable.

Si aucune forme n'est exigée (ce qui signifie que l'accord n'a pas besoin d'être dressé par écrit), un écrit est toutefois préférable à titre probatoire. Et s'il est possible de dresser un simple constat d'accord par acte sous seing privé, il est vivement conseillé d'établir un acte d'avocat de médiation, contresigné par l'avocat de chacune des parties, dont la valeur probatoire est renforcée dans le cadre de la loi « Confiance » et de ses décrets d'application, l'accord issu d'un MARD en la forme d'un acte d'avocat aura force exécutoire via un dispositif d'homologation simplifiée.

L'AVOCAT PRESCRIPTEUR

L'avocat doit être prescripteur en matière de médiation auprès de tous les partenaires et parties en cause dans un litige. En qualité de spécialiste, l'avocat évaluera les risques liés aux coûts, à la durée et aux aléas d'une procédure. Il conseillera l'intervention d'un tiers indépendant, lorsque la solution judiciaire n'est pas la solution adaptée. L'avocat, par sa formation, sait lorsqu'il s'agit ou non d'une voie pertinente qu'il doit proposer à son client.

L'article 6.1 du RIN (Modifié par DCN n° 2020-004, AG du CNB du 18-12-2020 - Publiée au JO par Décision du 18-12-2020 – JO n° 0015 du 17 janvier 2021)

Partenaire de justice et acteur essentiel de la pratique universelle du droit, l'avocat a vocation à intervenir dans tous les domaines de la vie civile, économique et sociale. Il est le défenseur des droits et des libertés des personnes physiques et morales qu'il assiste ou représente en justice, et à l'égard de toute administration ou personne chargée d'une délégation de service public comme à l'occasion de la réunion d'une assemblée délibérative ou d'un organe collégial.

Il fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques, la rédaction d'actes, la négociation et le suivi des relations contractuelles.

Il peut collaborer avec d'autres professionnels à l'occasion de l'exécution de missions nécessitant la réunion de compétences diversifiées et ce, aussi bien dans le cadre d'interventions limitées dans le temps et précisément définies, que par une participation à une structure ou organisation à caractère interprofessionnel.

Lorsque la loi ne l'impose pas, il est recommandé à l'avocat d'examiner avec ses clients la possibilité de résoudre leurs différends par le recours aux modes amiables ou alternatifs de règlement des différends préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, ou lors de la rédaction d'un acte juridique en introduisant une clause à cet effet.

Dans l'accomplissement de ses missions, l'avocat demeure, en toutes circonstances, soumis aux principes essentiels. Il doit s'assurer de son indépendance, et de l'application des règles relatives au secret professionnel et aux conflits d'intérêts.

L'article 8.2 du RIN (modifié par DCN n° 2020-004, AG du CNB du 18-12-2020 - Publiée au JO par Décision du 18-12-2020 – JO n° 0015 du 17 janvier 2021)

Avant toute procédure ou lorsqu'une action est déjà pendante devant une juridiction, l'avocat peut, sous réserve de recueillir l'assentiment de son client, prendre contact avec la partie adverse ou la recevoir afin de lui proposer un règlement amiable du différend. A cette occasion, il rappelle à la partie adverse la faculté de consulter un avocat et l'invite à lui en faire connaître le nom. Il s'interdit à son égard toute présentation déloyale de la situation et toute menace. Il peut néanmoins mentionner l'éventualité d'une procédure.

L'avocat, mandataire de son client, peut adresser toute injonction ou mise en demeure à l'adversaire de ce dernier.

La prise de contact avec la partie adverse ne peut avoir lieu qu'en adressant à cette partie une lettre, qui peut être transmise par voie électronique, en s'assurant préalablement de l'adresse électronique de son destinataire, rappelant la faculté pour le destinataire de consulter un avocat et l'invitant à lui faire connaître le nom de son conseil.

Ces règles s'appliquent également à l'occasion de toute relation téléphonique, dont l'avocat ne peut prendre l'initiative.

L'AVOCAT MÉDIATEUR

L'avocat médiateur est avant tout un professionnel de la négociation et un expert du contentieux juridique. Il est spécialement formé à la médiation. Le médiateur est un tiers, soumis à la déontologie, qui est à la fois indépendant, neutre, impartial et loyal. Le médiateur est le garant de la confidentialité des échanges et doit veiller à ce que le consentement des parties soit à la fois libre et éclairé. La médiation pourra se conclure par un accord écrit (protocole), ou non écrit, entre les parties. L'homologation est ensuite possible par le juge à la demande des conseils de parties.

… OU DANS LES AUTRES MODES AMIABLES OU ALTERNATIFS DE RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS

LA CONCILIATION

La conciliation est un mode amiable de règlement des différends qui consiste en un processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en vue de la résolution amiable de leur différend, avec l'aide d'un juge ou d'un tiers choisi par elles (conciliateur de justice bénévole) qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence. Le conciliateur peut proposer une solution.

L'avocat peut accompagner son client lors d'une conciliation.

LE DROIT COLLABORATIF

Le droit collaboratif est un mode amiable de résolution des différends qui intervient impérativement avant toute saisine judiciaire. Il s'agit pour les parties, assistées de leurs avocats de travailler à quatre mains sur un protocole d'accord. L'objectif est de rechercher un engagement contractuel des parties et de leurs avocats, de manière négociée et de bonne foi. Il s'agit d'un outil de négociation raisonnée qui permet de doter d'un cadre contractuel et donc de sécuriser la recherche de solutions amiables par les parties. Les avocats formés au droit collaboratif sont des experts reconnus qui jouent un rôle clé d'aide à la décision.

LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE ASSISTÉE PAR AVOCAT

La procédure participative est régie par le Code Civil, aux articles 2062 et suivants et à l'article 2238. Il s'agit d'un mode alternatif de résolution des différends débouchant sur une convention de procédure participative. Les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à sa résolution. Cette convention débouche sur un processus de résolution amiable comprenant deux étapes. La phase conventionnelle va permettre aux parties de rechercher un accord. La phase judiciaire est quant à elle facultative et servira à l'homologation de l'accord par le juge afin de lui donner force exécutoire ou à trancher les points restant en litige. Il s'agit d'un acte juridique signé par les parties assistées de leurs avocats. Le rôle de l'avocat est indissociable de ce mode alternatif, puisque sa présence est obligatoire tout au long du processus. Dans le cadre de ce processus, il peut être fait appel à un expert ou à un médiateur.

LA PROCÉDURE PARTICIPATIVE DE MISE EN ÉTAT

La procédure participative a été introduite en droit français par la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010. Elle avait initialement pour objectif de permettre aux parties de parvenir à un accord sur le fond, en amont de la saisine du juge. Son champ d'application a été élargi par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 et le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 pour en faire également un instrument de mise en état conventionnelle. L'usage de la procédure participative de mise en état a ensuite été déployé par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 et le décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021 (articles 1546-1 et s. du CPC).

Parce qu'elle est du monopole des avocats et permet une grande liberté, la procédure participative de mise en état est une opportunité, quelle que soit la procédure suivie, devant toute juridiction de l'ordre judiciaire.

Possible, dès le stade de l'audience d'orientation mais aussi à n'importe quel moment de l'instance, elle permet aux parties de se réapproprier leur litige et aux avocats de travailler de manière plus sereine et plus constructive. Elle apporte en outre une meilleure prévisibilité des coûts dans la mesure où les étapes et le calendrier sont maîtrisés par les avocats. Elle permet de recourir à un technicien, dont le rapport à une valeur équivalente à l'expertise judiciaire ou à un médiateur. De même, en accord avec les parties, un médiateur peut être saisi.

Enfin, lorsque les parties justifient d'avoir conclu une convention de procédure participative de mise en état en toutes lettres, le juge peut, à leur demande, fixer une date d'audience de clôture et de plaidoirie. À défaut, il ordonne le retrait du rôle. En cas d'issue favorable de la mise en état conventionnelle, les dispositions législatives prévoient la fixation d'une date d'audience à bref délai ce qui présente un intérêt significatif au regard des délais d'audiencement.

Le CNB met à votre disposition sur son site internet un guide pratique de la procédure participative de mise en état avec un modèle de convention et d'actes subséquents.

L'ARBITRAGE

Définition : L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des différends qui consiste à soumettre le règlement d'un litige à un ou plusieurs arbitres que les parties investissent de la mission de juger en droit ou en amiable composition. Le tribunal arbitral rend une décision, appelée sentence, qui s'impose aux parties et met fin au litige. La sentence arbitrale à la même autorité qu'un jugement.

L'Avocat est au cœur de l'arbitrage :

- Comme prescripteur en tant que rédacteur d'actes
- Comme conseil en tant que plaideur et gestionnaire de la procédure d'arbitrage ;
- Comme arbitre en tant qu'expert de la résolution des conflits

Retrouvez les cahiers de l'arbitrage, une plaquette de présentation détaillée et un e-learning sur le site du CNB.

LES AVOCATS AU CŒUR DE LA DÉMATÉRIALISATION DES MARD

LE CNMA-CENTRE NATIONAL DE MÉDIATION DES AVOCATS

Le Centre National de Médiation des Avocats est le centre d'information et de recherche du Conseil national des barreaux dédié à la promotion de la médiation.

Il poursuit un triple objectif :

- Promouvoir la médiation, faciliter l'accès du justiciable à l'avocat médiateur ainsi qu'à l'avocat qui les accompagnera durant la médiation ;
- Mettre à disposition des avocats les outils susceptibles de leur permettre de développer et de parfaire leur pratique de la médiation, qu'il s'agisse de l'information relative aux formations dispensées en matière de médiation, d'outils techniques, de modèles types ou d'espaces d'échanges entre avocats médiateurs ;
- Etre une force de proposition auprès des pouvoirs publics, promouvoir la médiation et les garanties apportées par la présence de l'avocat dans le cadre d'un processus de médiation.

La plateforme du CNMA met à disposition du grand public et des avocats des informations relatives à la médiation, au rôle de l'avocat en médiation, à la déontologie de l'avocat médiateur ou encore des vadémécum et guides pratiques pour accompagner les avocats qui interviennent en qualité de médiateur ou d'avocat conseil des parties à la médiation.

Si vous êtes avocat formé à la médiation, vous pouvez demander votre référencement sur l'annuaire des avocats médiateurs du CNMA.

E-MÉDIATION

La plateforme e-médiation comprenant un outil de visio-conférence offrant la possibilité de réaliser des médiations à distance dans le respect de la déontologie de l'avocat et de la déontologie du médiateur a été lancée le 21 octobre 2020. Directement intégrée à la nouvelle version d'e-Barreau, cette nouvelle plateforme vous permet de créer et gérer vos dossiers de médiation de manière centralisée et sécurisée.

Avec la nouvelle plateforme e-Médiation :

- Créez une nouvelle procédure de médiation ;
- Planifiez vos réunions de médiation ;
- Bénéficiez de modèles-types ;
- Organisez des visioconférences ;
- Partagez et consultez vos documents de médiation

E-PROCÉDURE PARTICIPATIVE

Vous pouvez gérer vos dossiers de procédure participative en ligne sur e-Barreau. Accessible sur la plateforme e-Acte, vous permet de proposer à vos clients une procédure entièrement dématérialisée.

Clients et avocats trouveront sur cette plateforme participative un espace d'échange virtuel et les outils numériques appropriés qui simplifieront les procédures et raccourciront les délais de traitement de leurs dossiers.

E-ACTE

Avec e-Actes, les parties peuvent contractualiser tous documents. Le médiateur peut notamment rédiger, puis signer avec les médiés, la convention de médiation en ligne.

LES TEXTES DE RÉFÉRENCE

La médiation judiciaire

- Art. 131-1 à 131-15 CPC
- Article 22 à 22-3 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO 9 février 1995, p. 2175
- Directive européenne du Parlement européen et du Conseil n° 2008 / 52 du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE n° L 136
- Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la Directive 2008 / 52 / CE du 21 mai 2008, JO 17 novembre 2011 p. 19286

La médiation conventionnelle

- Art. 21 à 21-5 de la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, JO 9 février 1995, p. 2175
- Art. 1530 à 1535 CPC
- Article 66-3-1 à 66-3-3 de la loi du 31 décembre 1971 (établissement par acte d'avocat de l'accord conclu à l'issue d'une médiation)
- Art. 1565 à 1567 CPC
  (homologation de l'accord conclu à l'issue d'une médiation)
- Art. 122 CPC
  (irrecevabilité de l'action en cas de violation d'une clause de médiation)
- Article 2238 du Code civil
  (suspension de prescription en cas de médiation)

Textes spéciaux relatifs au contentieux familial

- Art. 1071 CPC
- Art. 255 C. civ.
  (mesures provisoires pendant la procédure de divorce)
- Art. 373-2-10 et 373-2-13
  (autorité parentale)

La médiation administrative

- Art. 5 de la Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JO 19 novembre 2016, p.1
- Art. L213-1 et s. du Code de justice administrative

© Conseil national des barreaux
2nd édition | Décembre 2021
Établissement d'utilité publique
Art. 21-1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 modifiée

180 Boulevard Haussmann - 75008 Paris
Tél. 01 53 30 85 60 - Fax. 01 53 30 85 62
www.cnb.avocat.fr

Ce document est à destination exclusive des avocats

Il ne doit en aucun cas faire l'objet d'une diffusion ou d'une rediffusion en dehors du strict cadre de la profession. À ce titre, sa reproduction et sa réutilisation ne sont autorisées sans accord préalable qu'aux avocats et pour un usage lié à leur activité professionnelle. Toute autre diffusion ou réutilisation est soumise à autorisation préalable du Conseil national des barreaux qui en conserve tous les droits de propriété intellectuelle. Elle reste dans tous les cas subordonnée au respect de l'intégrité de l'information et des données et à la mention précise des sources.