



HAL
open science

Le développement du recours aux modes amiables en matière civile : étude comparée entre la France, les Etats-Unis et le Canada

Geoffrey Watrin

► **To cite this version:**

Geoffrey Watrin. Le développement du recours aux modes amiables en matière civile : étude comparée entre la France, les Etats-Unis et le Canada. Droit. Université de Strasbourg, 2023. Français. NNT : 2023STRAA016 . tel-04646458

HAL Id: tel-04646458

<https://theses.hal.science/tel-04646458>

Submitted on 12 Jul 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES
CENTRE DE DROIT PRIVÉ FONDAMENTAL (EA1351)

THÈSE présentée par :

Geoffrey WATRIN

soutenue le : **07 décembre 2023**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Sciences juridiques – Droit privé

**Le développement du recours aux
modes amiables en matière civile**
**Étude comparée entre la France, les États-Unis
et le Canada**

THÈSE dirigée par :

Madame Sylvie PIERRE-MAURICE Maître de conférences HDR à l'université de Strasbourg
Monsieur Nicolas NORD Maître de conférences HDR à l'université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame Corinne BLÉRY Professeur à l'université polytechnique Hauts-de-France
Madame Catherine TIRVAUDEY Maître de conférences HDR à l'université de Franche-Comté

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame Sylvette GUILLEMARD Présidente, professeur à l'université Laval (Québec)

*Change is the law of life.
And those who look only
to the past or present are
certain to miss the future.*

- John F. Kennedy -

REMERCIEMENTS / ACKNOWLEDGEMENTS

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mes directeurs de thèse, Madame Sylvie Pierre-Maurice et Monsieur Nicolas Nord. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma reconnaissance pour l'ensemble des conseils avisés dont ils m'ont fait bénéficier, ainsi que pour la confiance qu'ils m'ont témoignée tout au long de ces travaux. Qu'il me soit également ici permis d'adresser mes remerciements tous particuliers à Monsieur le professeur Philippe Hoonakker, qui m'a également fait l'honneur de diriger ces travaux pendant cinq années. Que chacun d'entre eux voit en cette thèse le témoignage de ma gratitude.

J'adresse également mes remerciements les plus respectueux à l'ensemble des professionnels qui ont eu la grande gentillesse de me recevoir à l'occasion de mon séjour de recherches en Amérique du Nord. Que Maîtres Violaine Belzile et Christopher Arnold, ainsi que les professeurs Jean-François Roberge et David Hoffman reçoivent ici l'expression de ma profonde reconnaissance pour leur disponibilité, mais également pour les nombreuses informations et indications qui m'ont permis d'enrichir ces travaux.

J'aimerais également remercier tout particulièrement les universités Harvard, de Berkeley, du Québec à Montréal et d'Ottawa de m'avoir autorisé à gracieusement accéder à l'ensemble de leurs fonds documentaires, afin de procéder à mes recherches. Je leur adresse ici ma vive reconnaissance.

Qu'il me soit enfin permis de remercier mes parents, ma famille, mes amis et mes collègues, pour le soutien indéfectible dont ils ont fait preuve tout au long de ces six années. Il est évident que leur présence est pour beaucoup dans l'achèvement de ces travaux, que j'ai le grand honneur de leur dédier.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS / ACKNOWLEDGEMENTS	5
SOMMAIRE	7
LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS	9
INTRODUCTION	11
PARTIE 1 – LE DÉVELOPPEMENT DES MODES AMIABLES PAR L’INCITATION AU RECOURS	31
Titre 1 ^{er} – L’incitation par l’éducation et l’information	32
Titre 2 – L’incitation par la procédure	154
PARTIE 2 – LE DÉVELOPPEMENT DES MODES AMIABLES PAR L’OBLIGATION	282
Titre 1 ^{er} – Le développement constant des recours obligatoires aux modes amiables	283
Titre 2 – Le difficile passage au recours obligatoire	326
CONCLUSION	399
TABLE DES MATIÈRES	409
BIBLIOGRAPHIE	415
ANNEXES	446
Annexe 1 – Schéma structurel simplifié du système judiciaire étatique et fédéral des Etats-Unis	446
Annexe 2 – Schéma structurel simplifié du système judiciaire provincial et fédéral du Canada	447

LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS

ABA	American Bar Association
Alb. R. Court	Alberta Rules of Court
BDE	Bulletin de droit économique
Cal. R. of Court	California Rules of Court
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
Cardozo J. of Conflict Resolution	Cardozo Journal of Conflict Resolution
Disp. Res. Mag.	Dispute Resolution Magazine
Duke L. J	Duke Law Journal
Éd. / ed.	Édition / edition
Fam. Court. Rev.	Family Court Review
Gaz. pal.	La gazette du palais
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Iss.	Issue
JCP G	La semaine juridique, edition générale
JDJ	Journal du droit des jeunes
J. Disp. Resol.	Journal of Dispute Resolution
Justice Syst. J.	Justice System Journal
LPA	Les petites affiches
MARC/MARD	Modes alternatifs de résolution des conflit /différends
Mich. Law Rev.	Michigan Law Review
N°/No.	Numéro/Number
N. D. Law Rev.	North Dakota Law Review
Nev. Law J.	Nevada Law Journal
Ohio St. J. on Disp. Resol	Ohio State Journal on Dispute Resolution
PRD	Prévention et règlement des différends
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit processuel
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Tex. Civ. Prac. & Rem. Code	Texas Civil Practice & Remedies Code
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review

Villanova Law Rev.

Vol.

Willamette L. Rev

Windsor Y. B. Access Just.

Wis. L. Rev

Yale L. J.

Villanova Law Review

Volume

Willamette Law Review

Windsor Yearbook of Access to Justice

Wisconsin Law Review

Yale Law Journal

INTRODUCTION

1. « Il est plus facile de faire la guerre que la paix »¹. En prononçant ces mots le 14 juillet 1919, Georges Clemenceau aurait-il pu imaginer que la portée de cette citation serait encore, un siècle plus tard, autant d'actualité ? L'histoire ne pourra probablement jamais répondre à cette question, mais le sens de ces paroles, lui, demeure d'un intérêt certain. Il est bien évident qu'en les prononçant au sortir de la Grande Guerre, le Tigre, comme on l'appelait alors, faisait davantage référence au conflit armé tout juste achevé, qu'à la joute judiciaire qui oppose des parties en litige. C'est pourtant dans ce sens qu'elle nous accompagnera, de près ou de loin, tout au long de ces travaux.

2. **Un constat : l'encombrement judiciaire** - Il est vrai que depuis de nombreuses années, la communauté judiciaire doit faire face à une situation pour le moins inquiétante, principalement causée par deux facteurs. Le premier concerne l'accroissement constant du nombre d'affaires portées devant les juridictions civiles et commerciales² ; le second porte quant à lui sur le maintien, voire la réduction des moyens alloués à la justice³. Le goulot d'étranglement ainsi créé par ce cumul d'éléments a dès lors conduit l'ensemble des praticiens à constater l'apparition d'un phénomène désormais bien connu : l'encombrement judiciaire. Cette situation, préjudiciable pour les justiciables, s'avère particulièrement désastreuse pour la justice elle-même, en ce qu'elle occasionne un allongement parfois considérable des délais de traitement des requêtes. La Cour européenne des droits de l'Homme ne manque d'ailleurs pas de rappeler, au moyen

¹ G. CLEMENCEAU, *Discours de Verdun*, Verdun, 14 juillet 1919.

² Un bref rapprochement des rapports statistiques édités par le ministère de la Justice démontre en effet que le nombre de décisions rendues par les juridictions civiles et commerciales a augmenté d'un peu plus de 700.000 entre 1999 et 2016, passant de 1.920.660 à 2.630.085 (Respectivement : *Les chiffres clés de la justice 2000*, Ministère de la Justice, 2000, disponible sur : <https://www.tmp.justice.gouv.fr/chiffres-clefs-2000> ; C. CHAMBAS (dir.), *Les chiffres clés de la justice 2017*, Ministère de la Justice, 2017, p. 4).

³ Il n'est pas ici uniquement question du budget alloué à la justice, qui par ailleurs semble en légère hausse ces dernières années. Il faut en effet prendre en compte d'autres facteurs tels que les personnels disponibles au sein des palais de justice, qui sont bien entendus nécessaires au bon fonctionnement du système judiciaire. À ce titre, voir : R. PIASTRA, « Un budget de la justice sans précédent », *Revue politique et parlementaire*, (26 janvier 2023), disponible sur <https://www.revuepolitique.fr/un-budget-de-la-justice-sans-precedent/#:~:text=Le%20budget%20allou%C3%A9%20%C3%A0%20la,est%20une%20augmentation%20sans%20pr%C3%A9c%C3%A9dent> [consulté le 15 juin 2023].

de l'article 6§1 de la Convention éponyme⁴, que « *justice delayed is justice denied* »⁵. Il faut néanmoins reconnaître que satisfaire à cette exigence n'est pas chose aisée pour les juges nationaux, qui n'ont généralement d'autre choix que réduire le temps passé sur les affaires qui leur sont présentées, au détriment parfois d'une justice de qualité. Dans le but de mettre en avant ce problème, un rapport de 2014 alerte quant à plusieurs dysfonctionnements qu'il considère comme « contraires à l'exigence de probité et de dignité que les citoyens sont en droit d'attendre »⁶. Se basant sur l'examen de plusieurs témoignages, le document évoque ainsi, de manière non exhaustive, des disparitions de pièces de procédure, des altérations de preuves, mais aussi le non-respect systématique du contradictoire, voire la violation de règles de droit⁷.

3. **Quelles solutions ?** – Les conséquences de l'encombrement judiciaire sont donc bien réelles, au même titre que la nécessité d'y remédier. Pour inverser la tendance, il conviendrait par conséquent d'agir soit sur l'accroissement du nombre d'affaires, soit sur la réduction des moyens alloués à la justice, que nous évoquions à l'instant. Dans la mesure où opérer sur les seconds impliquerait une augmentation significative du budget – ce qui, au regard des enjeux économiques actuels, constitue une difficulté importante malgré les récentes annonces de la Chancellerie⁸, seule une action menée sur le premier est dès lors susceptible de produire des effets suffisants. En dehors de l'éradication pure et simple du conflit, qui, on en conviendra, ne semble que peu vraisemblable, la réduction du flux de demandes en justice doit par conséquent être envisagée sous l'angle de la mise en œuvre d'alternatives, permettant une meilleure répartition des masses. Selon nous, ce

⁴ Notamment : CEDH, 22 mai 2003, *Gouveia da Siva Torrado c/ Portugal* ; CEDH 29 mars 2006, *Cocchiarella c/ Italie* ; CEDH, 24 sept. 2009, *Sartory c/ France*.

⁵ Cette fameuse maxime britannique souligne en effet qu'une « justice retardée est une justice niée ». Il est à ce titre possible d'en trouver quelques réminiscences dans la doctrine française. À ce titre, voir : M. BEN SOUSSEN, « Encombrement des tribunaux, nouvelle forme de déni de justice ? », (7 mai 2007), disponible sur : <https://www.bsm-avocats.com/une-nouvelle-forme-de-deni-de-justice/>, [consulté le 8 juillet 2018].

⁶ N. SAIDI, *Les justiciables face au Service public de la justice*, 2014, p. 5.

⁷ *Ibid.*

⁸ On notera en effet que le garde des Sceaux a annoncé, début 2023, une hausse importante du budget de la justice, mais également la création de 10.000 postes au sein du monde judiciaire d'ici à 2027, parmi lesquels 1.500 magistrats et 1.500 greffiers. Voir à ce titre : A. MESTRE, « Budget 2024 : pour la justice, une quatrième hausse consécutive », *Le Monde*, (27 sept. 2023), disponible sur : https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/09/27/budget-2024-pour-la-justice-une-quatrieme-hausse-consecutive_6191227_823448.html#:~:text=Le%20budget%20du%20minist%C3%A8re%20de,9%2C3%20milliards%20en%202023 [consulté le 05/10/2023] ; ou encore <https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/budget-2023-nouvelle-hausse-exceptionnelle-justice> [consulté le 05/10/2023].

rôle de substitution pourrait, en tout ou partie, être assuré par les modes alternatifs de règlement des conflits.

4. **Utilisation du droit comparé** – Afin d’approfondir notre réflexion sur le sujet et d’apporter une originalité à ces travaux, nous proposons de recourir au droit comparé afin de nous inspirer de la pratique et des règles en vigueur aux États-Unis et au Canada, où le recours à ces méthodes est bien plus développé qu’en France. Ce choix est justifié par plusieurs raisons. Tout d’abord, ces deux territoires sont géographiquement proches, mais sont empreints de deux cultures juridiques différentes : le système en vigueur aux États-Unis repose sur la *common law* alors qu’au Canada, il est fondé sur un droit mixte mêlant *common law* (pour les provinces anglophones) et droit civil (pour le Québec). Il est ainsi possible de classer la France, le Canada et les États-Unis en deux groupes, permettant par conséquent une comparaison plus aisée entre leurs systèmes. On notera, dans le même état d’esprit, que cette proximité géographique a considérablement facilité nos déplacements lors de nos recherches, permettant ainsi d’optimiser notre collecte de données auprès des professionnels et professeurs de droit que nous avons eu l’occasion de rencontrer, mais également des universités qui nous ont permis d’utiliser leurs infrastructures et ressources documentaires. Le choix de ces deux pays fut ensuite justifié par les langues qui y sont parlées, à savoir l’anglais et le français, avec lesquels nous sommes familiers. Enfin et surtout, les États-Unis et le Canada sont généralement reconnus comme le lieu de naissance et de développement de plusieurs modes alternatifs modernes, tels que la médiation, le droit collaboratif, ou encore les conférences de règlement à l’amiable⁹, dont la France s’est considérablement inspirée afin d’élaborer les audiences de règlement amiable, instaurées par le décret n°2023-686 du 29 juillet 2023¹⁰.

5. Comme nous le verrons, l’ensemble de ces dispositifs – dont la liste n’est bien entendu pas exhaustive – présentent deux avantages majeurs. Le premier consiste à dévier une partie des flux généralement dirigés vers la justice traditionnelle ; le second à pacifier les relations entre les parties, permettant, pour reprendre les termes du garde

⁹ Créée par la loi n° XX du XX d’orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 et inspirée de la conférence de règlement à l’amiable québécoise. Nous aurons l’occasion d’aborder ce dispositif plus en détail dans les lignes qui suivront.

¹⁰ Appelées audiences de règlement amiable (ou ARA), ces dernières sont désormais codifiées aux articles 774-1 et s. du code de procédure civile.

des Sceaux, de sortir « de la culture de la castagne »¹¹. Mais en quoi consistent-ils réellement ?

6. **Définition** – On définit généralement les modes alternatifs de règlement des conflits comme « un ensemble de procédés visant à résoudre des conflits ou des litiges, sans recourir à un juge »¹². Il s'agit donc, en d'autres termes, de permettre aux parties de résoudre le conflit qui les oppose de manière négociée et/ou avec l'assistance d'un ou de plusieurs tiers (hors magistrat), dont le rôle consistera tantôt à trancher (arbitrage), tantôt à renouer et faciliter le dialogue, afin qu'elles puissent parvenir à un accord (médiation, conciliation, procédure participative, etc.).

7. **Une qualification aux multiples variations** – Si leur définition ne pose aucun problème majeur, il est toutefois important de noter que leur qualificatif, lui, est susceptible de subir quelques variations. Parmi elles, certaines peuvent être utilisées comme des équivalents. Ainsi pourra-t-on parler indifféremment de modes alternatifs de résolution ou de règlement des conflits¹³. D'autres, à l'inverse, donnent lieu à certains questionnements. Nous en retiendrons principalement deux. Pour commencer, doit-on distinguer entre les conflits, les différends et les litiges ? Certains considèrent que ces trois termes doivent être perçus comme des synonymes. Le législateur, qui fait partie de ceux-là, n'hésite d'ailleurs pas à les interchanger, parfois dans la même phrase. La version antérieure de l'article 131-1 du code de procédure civile en est un bon exemple, en disposant que « le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose ». À l'inverse, d'autres auteurs considèrent que chacun de ces termes dispose d'un sens qui lui est propre et opposent tout particulièrement le conflit au litige. Hélène Gebhardt retient par exemple que le premier est « une notion beaucoup plus vaste »¹⁴ que le second et semble

¹¹ E. DUPOND-MORETTI, Entrevue télévisuelle avec D. ROCHEBIN, *Le 20h de Darius Rochebin*, LCI, (18 juin 2023).

¹² S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 22^{ème} éd., Dalloz, 2014, p. 653.

¹³ Il existe en réalité une différence subtile entre les termes « règlement » et « résolution » comme l'exposent les professeurs Loïc Cadiet et Thomas Clay, mais il semblerait qu'elle soit de faible impact en pratique, en ce que ces derniers sont régulièrement interchangés et utilisés comme des synonymes. Tel est par exemple le cas, pour ne citer qu'elle, de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui fait à la fois mention du « règlement amiable des différends » et de la « résolution amiable du litige ». Pour plus de précisions, voir : L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3^{ème} éd., Dalloz, « Connaissance du droit », 2019, pp. 22-24.

¹⁴ H. GEBHARDT, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.*, n°125, (16 avr. 2013), pp. 9-11.

appuyer l'idée selon laquelle la résolution du conflit relèverait plutôt des modes négociés, alors que celle du litige s'inscrirait davantage dans le cadre de l'office du juge¹⁵. Loïc Cadiet et Thomas Clay rappellent néanmoins qu'une telle distinction n'est pas vraisemblable, dans la mesure où elle est – entre autres – condamnée par la version antérieure de l'article 131-1 du code de procédure civile¹⁶, qui utilise les deux termes dans le cadre de la médiation. Ils rejoignent toutefois Hélène Gebhardt en reconnaissant que « la notion de conflit est générale » et qu'elle peut à ce titre « englober la notion de litige, qui est une espèce de conflit »¹⁷. Ils ajoutent par ailleurs que le litige doit être perçu comme un conflit « juridiquement relevant »¹⁸. Dès lors, un conflit n'est pas nécessairement un litige et ne le devient que s'il peut être traduit en des termes juridiques¹⁹. Afin d'illustrer ce propos, il est possible de faire référence au conflit opposant un employeur et ses salariés qui, à l'occasion de revendications salariales, décident d'user de leur droit de grève et d'occuper les locaux de l'entreprise. Si l'employeur décide de saisir le juge afin qu'il ordonne l'expulsion des grévistes, ce dernier ne se prononcera pas sur le bien-fondé du conflit originel, à savoir les motivations qui ont poussé les salariés à occuper leur lieu de travail, mais bel et bien sur le litige qui en est issu. En d'autres termes, la décision du juge ne portera que sur le bien-fondé de l'employeur à demander l'expulsion de ses salariés des locaux sur lesquels il a un droit de propriété, en vertu de la loi en vigueur²⁰. De son côté, la notion de différend bénéficie généralement d'un statut relativement neutre, comme le démontre la définition retenue par Gérard Cornu, qui la décrit comme « une contestation entre deux ou plusieurs personnes provenant d'une divergence d'avis ou d'intérêt »²¹. Sa proximité avec la notion

¹⁵ H. GEBHARDT, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. pal.*, n°104 à 106, (14 au 16 avril 2013), pp. 9-11. On notera que cette distinction est également effectuée par B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens. Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD Civ.*, n°3, (2003), pp. 409 et s.

¹⁶ L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ En revanche, un litige est systématiquement un conflit.

²⁰ B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *op. cit.*, note 14, p. 412.

²¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., Quadrige, 2018, p. 348. On notera par ailleurs que cette définition est relativement proche de celle donnée par le même ouvrage au conflit : « Opposition de vues ou d'intérêts ; mésentente, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait » (G. CORNU, *Ibid.*, p. 232). Il faut encore souligner que cette définition n'est pas universellement acceptée par la doctrine, qui considère parfois que le différend est « une variété de litige » qui suppose un désaccord entre deux personnes, « ce qui n'est pas nécessairement le cas du litige » (L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, *op. cit.*, p. 26). Nous ne retiendrons cependant pas cette définition dans le cadre de nos travaux.

de conflit nous conduira donc à utiliser ces deux termes comme des synonymes tout au long de ces travaux.

8. Ensuite, faut-il distinguer entre les modes alternatifs et les modes amiables de résolution des conflits ? Si la doctrine, pour l'heure, ne s'est pas réellement emparée du sujet, il convient toutefois selon nous d'émettre une distinction entre les deux notions. Là encore, tout est question de perspective. On peut définir l'alternative comme ce « qui laisse un choix entre deux ou plusieurs solutions ; [ce] qui ouvre une option entre deux ou plusieurs partis »²². En ce sens, les modes alternatifs de règlement des conflits concernent donc l'ensemble des options, des choix laissés à la disposition des parties en vue de mettre un terme au différend qui les oppose. De son côté, la notion d'amiable suppose l'existence d'un commun accord et se dit de « tout acte (convention, constat) que les intéressés établissent eux-mêmes, sans recours à un juge ou à un auxiliaire de justice »²³. Par conséquent, les modes amiables de résolution des conflits se rapportent à un ensemble plus restreint de méthodes, dont l'issue ne peut donner lieu qu'à une solution négociée par les parties elles-mêmes²⁴, à un compromis²⁵. Ils s'opposent dès lors aux techniques reposant sur un modèle juridictionnel, qui offrent aux protagonistes la possibilité de voir leur conflit tranché par un tiers, à l'instar de l'arbitrage²⁶. Ainsi est-il possible de résumer en disant que tous les modes amiables sont alternatifs, mais pas le contraire.

9. Dans le cadre de ces travaux, nous avons fait le choix de n'aborder que les méthodes répondant au schéma des modes amiables. Cette décision, loin d'être arbitraire, repose en réalité sur trois arguments. Tout d'abord, les recherches préparatoires à la réalisation de cette thèse nous ont permis de constater l'existence d'une grande quantité de travaux portant sur l'arbitrage. Il a dès lors semblé inutile d'aborder ce sujet, qui a d'ores et déjà été traité sous de nombreux angles. Ensuite, il a été décidé de limiter ces

²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note 20, p. 59.

²³ *Ibid.*, p. 62.

²⁴ Il faut toutefois noter que la présence d'un tiers n'est pas interdite, mais elle doit se résumer à la facilitation du dialogue entre les parties, sans jamais intervenir de manière directe dans le processus de décision qui lui, fait partie de la prérogative des parties. Le tiers peut dès lors aider, éventuellement influencer (nous verrons que cette possibilité est discutée), mais jamais décider.

²⁵ Parmi les modes amiables de résolution des conflits, on pourra notamment citer la médiation, la procédure participative ou encore le droit collaboratif.

²⁶ R. DUMAS, *Fiches des modes alternatifs de règlement des différends*, Ellipses, 2023, p. 8.

recherches aux différends survenant entre personnes physiques ²⁷. Néanmoins, la pratique démontre que dans la majorité des cas, l'arbitrage est utilisé par dans le cadre de conflits opposants des personnes morales. L'intérêt de l'intégrer à cette étude paraît donc limité. Enfin, cette exclusion repose sur des motifs pratiques. Nous sommes en effet convaincus que le règlement pacifique des conflits constitue une solution plus acceptable pour les parties, dans la mesure où il leur permet de maintenir un lien entre elles, qui aurait sans doute été rompu avec l'arbitrage ou un mode contentieux de résolution des différends, qui placent les parties dans une logique d'opposition.

10. Les avantages des modes amiables de résolution des conflits – Les modes amiables de résolution des conflits présentent deux séries d'avantages. À l'égard du système judiciaire tout d'abord, ils permettent, comme nous l'avons déjà mentionné, de détourner une partie du flux d'affaires présentées au juge et donc de réduire à la fois l'encombrement judiciaire, mais également les délais de procédure, particulièrement élevés à l'heure actuelle²⁸. Par ce biais, ils contribuent indirectement à favoriser la qualité de la justice, dans la mesure où les magistrats, délestés de certains cas chronophages, acquièrent la possibilité de consacrer davantage de temps aux litiges qu'ils sont amenés à traiter. Envers les parties ensuite, les modes amiables procurent le bénéfice de quatre avantages majeurs²⁹. Le premier réside dans le fait que ces dernières sont amenées à prendre une part plus active dans la résolution de leur conflit. Celle-ci se manifeste d'ailleurs dès le choix de la méthode elle-même, qui offre une quantité importante de possibilités. Ainsi, les parties pourront-elles, entre autres, opter pour la médiation ou la conciliation si elles estiment avoir besoin de l'assistance d'un tiers neutre susceptible de les aider à renouer le dialogue et de les guider vers une solution établie par elles. Si, à l'inverse, elles préfèrent négocier directement entre elles et exclusivement en la présence de leurs avocats, elles auront la possibilité de se diriger vers des techniques telles que la procédure participative ou le droit collaboratif. Enfin, si aucune de ces méthodes ne leur convient pleinement, il est également possible pour les parties de procéder à une

²⁷ Ce choix repose lui-même sur l'idée selon laquelle cette catégorie de personnes concerne une grande majorité de justiciables : en réalité, un tel sujet est susceptible de toucher tout le monde.

²⁸ On note en effet qu'en 2021, 95% des affaires civiles devant les tribunaux judiciaires se terminent au bout de 30,1 mois ; 42,4 mois devant les cours d'appel (P. CHEVALIER (dir.), *Les chiffres clés de la justice 2022*, Ministère de la Justice, 2022, p. 11).

²⁹ Cette démonstration en quatre points est tirée des travaux de Romain Dumas (R. DUMAS, *Fiches des modes alternatifs de règlement des différends*, Ellipses, 2023, pp. 31-32).

hybridation, en combinant par exemple les avantages de la médiation et de l'arbitrage (Méd-Arb), ou en faisant appel à plusieurs tiers neutres de différents horizons (comédiation). Le second avantage pour les justiciables réside quant à lui dans la flexibilité offerte par les modes amiables. Au-delà de leur grande faculté d'adaptation aux besoins des parties, que nous venons de mettre en lumière, ces derniers permettent également d'être pratiqués en tout lieu. À l'inverse du recours à une procédure judiciaire classique qui leur impose la plupart du temps de se rencontrer au palais de justice, il suffit ici d'un endroit neutre, tel qu'un bureau ou une salle de réunion. Par ailleurs, la récente pandémie de covid-19 a permis de démontrer qu'il était également possible de recourir à ces techniques à distance, au moyen des nombreux outils numériques, désormais disponibles à cette fin. Le troisième intérêt des modes amiables réside pour sa part dans la confidentialité qu'ils offrent généralement aux parties. Si cette dernière impose à l'ensemble des personnes en présence de garder le silence sur le conflit, aussi bien quant à son existence qu'au regard de son contenu³⁰, elle permet également aux protagonistes de s'exprimer ouvertement, sans crainte que ce qui sera dit ou présenté n'engendre de conséquences à l'occasion d'un éventuel procès à suivre. En leur permettant ainsi d'échanger librement les informations dont elles disposent, la confidentialité offre aux parties l'opportunité de nommer et d'identifier les différents éléments du conflit et augmente ainsi les chances qu'elles parviennent à un accord³¹. Enfin, le quatrième avantage des modes amiables concerne quant à lui leur capacité à pacifier les relations entre les parties. Contrairement à une procédure judiciaire, qui aura tendance à les opposer, ces derniers leur permettent de faire d'elles des partenaires, dont le rôle consiste à œuvrer de concert afin de trouver une solution aux problèmes qui les affectent. Cet état d'esprit différent leur ouvre en outre la perspective de maintenir de bonnes relations à l'issue de la mesure – que cette dernière aboutisse ou non – puisqu'ici, il n'y a ni gagnant, ni perdant. Les modes amiables constituent à ce titre une excellente alternative dans le cadre d'affaires opposant des parties aux relations suivies, tels que les membres d'une même famille, des voisins ou des partenaires commerciaux.

³⁰ R. DUMAS, *Fiches des modes alternatifs de règlement des différends*, op. cit., pp. 30-31.

³¹ Tel n'est généralement pas le cas dans le cadre d'une procédure judiciaire, dans la mesure où tel contexte pousse les parties à retenir certaines informations, afin de ne pas se désavantager au vu du procès à venir.

11. **Un gain de temps et d'argent ?** – On pourrait facilement imaginer que les modes amiables de résolution des conflits permettraient à la fois de gagner du temps et de l'argent. Il est vrai que sur le papier tout du moins, cette possibilité est envisageable. Après tout, recourir à l'une de ces méthodes permet non seulement d'éviter les délais, mais également les actes de procédure particulièrement nombreux qui interviennent dans le cadre d'une procédure judiciaire classique. Par conséquent, si, comme le disait Benjamin Franklin, « le temps, c'est de l'argent »³², il est évident que les parties ont financièrement tout intérêt à recourir aux modes amiables. Néanmoins, il semblerait que la réalité soit quelque peu différente pour la plupart d'entre eux³³. Comme le notent certains auteurs tels que Loïc Cadiet et Thomas Clay, il peut en effet arriver que la résolution d'un cas, même par la voie amiable, s'avère complexe et nécessite dès lors un travail préparatoire plus important à la charge des avocats, ou la mise en œuvre de moyens supplémentaires, tels que le recours à un expert³⁴. Compte tenu de cet état de fait, nous préférons par conséquent nous montrer prudents en nous abstenant de citer cet argument au titre des avantages offerts par les modes amiables, en ce qu'il ne constitue qu'une éventualité.

12. **Pratique des modes amiables en Amérique du Nord** – Maintenant que les modes amiables de résolution des conflits ont été définis, attachons-nous à aborder leur développement en Amérique du Nord. Leur histoire moderne outre-Atlantique débute aux États-Unis dans les années 1960. Décennie charnière dans l'histoire du pays en raison des différentes luttes qui y sont menées, aussi bien au regard des droits civiques que des droits sociaux et de la libération des mœurs, cette période est également synonyme d'augmentation du nombre d'affaires nouvelles enregistrées auprès des juridictions américaines, rapidement dépassées par l'ampleur du phénomène³⁵. En réponse à cette situation préoccupante, plusieurs programmes voient le jour, d'abord en

³² B. FRANKLIN, « Advice to a Young Tradesman », in G. Fisher, *The American Instructor : or Young Man's Best Companion*, 14th ed., H. GAIN, 1748, disponible sur <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-03-02-0130> [consulté le 30/05/2023].

³³ Il faut en effet noter par exemple que la conciliation est une technique gratuite, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire pour les parties de rémunérer le conciliateur de justice, qui s'acquitte de sa tâche bénévolement. Elle fait toutefois figure d'exception dans le paysage des modes amiables.

³⁴ Voir par exemple : L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., pp. 152-53 ; ou encore R. DUMAS, *Fiches des modes alternatifs de règlement des différends*, op. cit., p. 33.

³⁵ J. FOLBERG, « Development of Mediation Practice in the United States », *Juris Dictio*, Année 16, vol. 17, (Feb.- Jul. 2015), p. 36.

dehors des tribunaux, avec les *community-based mediation programs*, dont le rôle consiste à régler amiablement les conflits de voisinage, puis par l'intermédiaire des juridictions dans le cadre des *court-directed ADR*, pour lesquels elles feront appel à du personnel spécialement dédié au fur et à mesure du développement de ces méthodes³⁶. Il faudra toutefois attendre 1998 pour que le Congrès des États-Unis vote la mise en vigueur d'un premier texte important pour le développement des modes amiables, à savoir l'*Alternative Dispute Resolution Act*. Pourvu d'un double effet³⁷, il impose tout d'abord à l'ensemble des cours fédérales de district³⁸ de mettre en œuvre un programme de résolution amiable des conflits, si tel n'est pas déjà le cas ; il offre ensuite aux juges fédéraux la possibilité d'ordonner aux parties de recourir à un de ces programmes.

13. Dans le but d'étendre leur portée et de former les professionnels de demain, plusieurs universités américaines de renom ont entrepris d'enseigner les modes amiables, par le biais d'outils professionnalisants. En 1986, l'Université de Pennsylvanie fut ainsi l'une des premières à créer sa *Mediation Clinic*, dont le programme vise à offrir aux étudiants l'opportunité de se former en participant à la résolution de cas réels. Elle sera suivie quelques années plus tard par les universités de New-York, de Columbia, de Harvard, ou encore par l'université d'État de l'Ohio.

14. On notera enfin que les États-Unis sont également le lieu de naissance de plusieurs nouvelles méthodes qui visent à la résolution amiable des conflits. Parmi elles, le droit collaboratif, à l'origine destiné à résoudre plus humainement les divorces, mais également le processus d'*Early Neutral Evaluation (ENE)*³⁹, ou encore des dérivés de techniques déjà existants, comme la médiation scolaire.

15. Le développement des modes amiables au Canada est, à quelques années près et dans les grandes lignes, le même qu'aux États-Unis. La médiation y fait ainsi son

³⁶ J. FOLBERG, « Development of Mediation Practice in the United States », *op. cit.*, p. 36.

³⁷ 28 U.S. Code §651.

³⁸ Des explications sur le fédéralisme sont disponibles aux pages 32 et s.

³⁹ Aussi appelé évaluation impartiale, le processus d'*Early Neutral Evaluation* vise, pour les avocats, à soumettre leur cas à un expert, dont le rôle consistera à effectuer des prévisions quant à l'issue probable de l'affaire, au regard des dispositions en vigueur et de l'état de la jurisprudence. Le résultat obtenu est censé inciter les parties à trouver une solution amiable. À ce titre, voir C. H. CROWNE, « The Alternative Dispute Resolution Act of 1998 : Implementing a New Paradigm of Justice », *N.Y.U Law Review*, Vol. 76, (Déc. 2001), p. 1776.

apparition dans les années 1970, en commençant tout d'abord par s'implanter dans les provinces anglophones, pour ensuite s'établir au Québec⁴⁰. Afin de promouvoir, de développer et de faciliter l'accès à cette technique, il fut décidé, dès 1973, de créer l'ADR Institute of Canada, qui ouvrira la voie, quelques années plus tard, à l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec (1977), ou encore à l'ADR Institute of British Columbia (1980).

16. Les praticiens canadiens, à l'instar de leurs homologues américains, connaissent par ailleurs d'autres méthodes, telles que l'évaluation impartiale (ou *Early Neutral Evaluation*), le droit collaboratif – apparu au début des années 2000, ainsi que certaines techniques dérivés, telles que la médiation scolaire ou la comédiation⁴¹. Comme aux États-Unis, la pratique fut la première à s'intéresser au développement des modes amiables, grâce à l'élaboration de plusieurs projets pilotes en vue de faire connaître cette nouvelle voie de résolution des conflits auprès du grand public, d'abord en 1981 au palais de justice de Montréal, puis en 1992⁴² et en 1994 à la Cour supérieure du district de Montréal⁴³, qui ont à la fois permis de mettre en évidence l'intérêt des justiciables et des professionnels pour ces nouvelles approches, mais également le règlement plus rapide des cas résolus par le biais de ces méthodes⁴⁴. Ces résultats probants ont d'ailleurs conduit le comité tripartite porteur du projet de 1994 à émettre la recommandation selon laquelle un programme permanent devrait voir le jour au sein de la juridiction⁴⁵. Ce dernier aurait alors notamment consisté à suggérer à l'ensemble des dossiers de longue durée, civils et commerciaux, un recours à la médiation ou la conciliation.

⁴⁰ E. GADBOUT et al., « Le recours à la médiation familiale au Québec : exploration des facteurs sociodémographiques et contextuels », *Informations sociales*, n°3, (2022), pp. 32-33 ; I. JUES, « Une histoire de la médiation familiale en 6 tableaux », *Tiers*, n°1, (2018), p. 85.

⁴¹ La co-médiation est une méthode particulièrement utilisée en Ontario. Cette forme de médiation repose sur la coopération d'au moins deux médiateurs, généralement issus de milieux professionnels différents, dans le but à la fois d'offrir aux parties un éventail plus large de compétences, et aux médiateurs la possibilité d'apprendre et de s'améliorer grâce à son binôme.

⁴² Si le projet de 1981 a effectivement conduit le législateur québécois à mettre en vigueur la loi du 13 février 1986 sur le divorce (L.R.C. (1985), c. 3.) qui obligeait les avocats à informer leurs clients quant à la possibilité de recourir à la médiation, le projet de 1992 élaboré à la Cour supérieure par le juge Rouleau a quant à lui permis de laisser entrevoir le « vif intérêt » suscité par cette approche nouvelle de la résolution des conflits (J. GUIBAULT, « Les moyens alternatifs de résolution de conflits en matière civile et commerciale dans une perspective de réforme du Code de procédure civile », *Les Cahiers de droit*, vol. 40, n°1, 1999, p. 78).

⁴³ Les projets de 1992 et 1994 consistaient notamment à suggérer à l'ensemble des dossiers de longues durées portant sur les matières civile et commerciale de recourir à une médiation ou une conciliation dans le cadre du conflit qui opposait les parties (*Ibid.*, pp. 78-79).

⁴⁴ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 82.

17. On notera par ailleurs que si les législateurs canadiens et provinciaux ont généralement peu légiféré sur la question des modes amiables au cours des dernières décennies, l'Ontario et surtout le Québec ont eu l'occasion d'établir quelques règles solides, aussi bien du point de vue du recours ou de l'information préalable obligatoire des modes amiables⁴⁶, que de leur place dans la société⁴⁷. Dans le même état d'esprit et afin de répandre le règlement amiable des différends, les barreaux du Canada décidèrent d'insérer, indépendamment les uns des autres, des mesures visant à imposer aux avocats d'informer leurs clients sur cette possibilité et ses avantages. En 2000, le barreau de l'Ontario fut l'un des premiers à faire figurer dans son code de déontologie deux articles intitulés : « *Obligation d'encourager la transaction ou le règlement à l'amiable* »⁴⁸. Si les autres barreaux suivirent globalement cette tendance, la Fédération des ordres professionnels de juristes canadiens entreprit tout de même de rédiger un code type, faisant figurer des règles similaires, dans l'idée d'uniformiser les pratiques sur le sol canadien. Cette initiative rencontra un tel succès qu'à l'heure actuelle, chaque province dispose d'un code de déontologie incluant de semblables mesures.

18. **Bilan et résultats obtenus par la pratique nord-américaine** – Aux États-Unis, les statistiques démontrent à la fois que les objectifs escomptés ont été globalement atteints, mais également que la culture amiable s'est répandue aussi bien du côté des justiciables que des professionnels. À ce titre, il est par exemple intéressant de noter que l'État de Californie enregistre une baisse de plus de 14 % des affaires civiles, passant de 1.700.445 cas en 1998, à 1.461.111 en 2007. Plus impressionnante encore est la baisse du nombre de cas atteignant le procès devant les Cours fédérales américaines, s'élevant à 11 % en 1962, contre seulement 1,8 % en 2002. Enfin, les données recueillies font mention

⁴⁶ Si l'Ontario, en vertu de la règle 24.1 des Règles de procédure civile, a mis en œuvre un programme de médiation préalable obligatoire en matière civile, le Québec, de son côté, a opté pour une solution moins sévère en n'obligeant que les parties en instance de divorce à s'informer, préalablement à toute action, quant aux possibilités offertes par la médiation familiale (loi du 19 juin 1997).

⁴⁷ Brièvement, car nous aurons l'occasion d'y revenir dans nos futurs développements, la récente réforme du code de procédure civile québécois entreprise en 2014 a conduit le législateur à faire du recours aux modes amiables un principe, en les consacrant dès l'article 1^{er} du nouveau texte.

⁴⁸ Articles 2.02 (2) et (3) de l'Ancien code de déontologie de l'Ontario, version en vigueur au 1^{er} novembre 2000.

d'une baisse significative (plus de 25 %) des procès exécutés devant jury au sein de vingt-deux États⁴⁹.

19. S'il n'existe bien entendu aucun lien fermement établi entre cette diminution importante du nombre d'affaires présentées aux juges et le recours aux modes amiables, on ne peut pour autant se contenter de percevoir cette concomitance comme un pur hasard. Cette hypothèse se confirme d'ailleurs lorsque l'on s'attache à étudier le taux de satisfaction ressentie par la population américaine au regard de ces techniques. En effet, plusieurs études statistiques mettent en lumière des chiffres tout à fait intéressants, qui révèlent par exemple que 94 % des personnes interrogées sont satisfaites de la solution trouvée, alors que 84 % d'entre elles recommanderaient l'usage de ce processus à un ami⁵⁰.

20. La pratique canadienne semble confirmer cette tendance. Dans une interview accordée au *Law Times*, Trevor Farrow, directeur du Winkler Institute for Dispute Resolution de la faculté de droit d'Osgoode Hall (Toronto), rappelait en effet que seules 7 % des personnes en situation de conflit optent pour la voie contentieuse au Canada chaque année⁵¹. Aussi, si certains d'entre eux admettent être satisfaits du système judiciaire⁵², plus nombreux encore sont ceux qui reconnaissent l'efficacité des services de médiation familiale. Une étude québécoise réalisée en 2008 démontre d'ailleurs que les personnes y ayant eu recours lui ont octroyé la note de 8,09/10⁵³.

21. Un intérêt grandissant du législateur français pour les modes amiables – Ce sont probablement ces bons résultats qui ont conduit le législateur français à s'intéresser aux modes amiables dès l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure

⁴⁹ J. FOLBERG, « Development of Mediation Practice in the United States », *Juris Dictio*, Année 16, Vol. 17, (Feb.-Jul. 2015), pp. 38-39.

⁵⁰ J. K. ALBERTS, B. L. HEISTERKAMP et R. M. MCPHEE, « Disputant Perceptions of and Satisfaction with a Community Mediation Program », *The International Journal of Conflict Management*, Vol. 16, N°3, 2005, p. 230.

⁵¹ M. BRUINEMAN, « Focus : Mediators largely unregulated in Canada », *Law Times*, (17 avril 2017), disponible sur : <https://www.lawtimesnews.com/article/focus-mediators-largely-unregulated-in-canada-13294/> [consulté le 16/05/2023].

⁵² Un sondage effectué par le ministère de la Justice du Québec a révélé une satisfaction mesurée des québécois pour leur système judiciaire, qui lui avait attribué une note de 6,74/10. À ce titre, voir : Ministère de la Justice du Québec, *Etude sur la qualité de la prestation de services et la satisfaction des personnes ayant obtenu un jugement en matière familiale à l'égard du service de médiation familiale*, Juin 2018, pp. 44-45.

⁵³ *Ibid.*, pp. 45-46.

civile, le 5 décembre 1975. Tournant majeur dans le cadre de la reconnaissance des modes amiables, son article 21 consacre pour la première fois dans un code la conciliation, en disposant qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Bien que certains mouvements furent initiés en amont dans le but de contribuer à son développement⁵⁴, il faudra attendre vingt ans avant d'assister à la consécration de la médiation, par la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Cet intérêt du législateur pour la méthode sera par ailleurs réitéré à deux reprises, par les lois du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale et du 26 mai 2004 portant réforme au divorce. En 2008, la commission Guinchard instiguera un nouveau mouvement en faveur des modes amiables, en préconisant la mise en œuvre d'une méthode encore inconnue en France : la procédure participative⁵⁵. Inspirée du droit collaboratif déjà appliqué en Amérique du Nord, cette dernière verra le jour à l'occasion de la mise en vigueur de la loi du 22 décembre 2010⁵⁶, donnant naissance aux articles 2062 à 2068 du code civil, relatifs à la convention de procédure participative. On notera enfin que la dernière décennie fut probablement la plus productive au regard de la promotion des modes amiables. Synonyme de durcissement des stratégies de développement de ces techniques, cette dernière donnera lieu à l'élaboration de nombreux textes, tels que le décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable qui rendra obligatoire la recherche d'une solution négociée avant l'introduction de toute instance en matière civile⁵⁷. Ces dispositions seront par ailleurs confirmées et précisées les années suivantes, à l'occasion de la mise en vigueur successive des lois n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle et n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, mais également du décret n°2022-245 du 25 février 2022 qui donnera naissance à l'article 750-1 du code

⁵⁴ On citera par exemple l'organisation, en 1988, du premier colloque sur la médiation familiale en France, par l'Association Pères, Mères, Enfants de Versailles, avec pour invitée d'honneur la médiatrice québécoise Lorraine Filion. Son intervention permettra notamment d'éclairer les Français sur le développement de cette nouvelle forme de médiation au Québec. On pourra également ajouter la création l'Association pour la Promotion de la Médiation Familiale, dont l'objectif consistait déjà à dispenser des formations, ainsi que d'informer les justiciables et les professionnels sur cette nouvelle possibilité.

⁵⁵ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, p. 23.

⁵⁶ Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

⁵⁷ Déc. n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable, art. 18 et 19 (portant modification aux articles 56 et 58 du code de procédure civile).

de procédure civile⁵⁸, ou encore le projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, qui créera notamment deux nouveaux modes amiables, inspirés de systèmes étrangers parmi lesquelles figure le Québec. Cette énumération – non exhaustive – de textes démontre deux choses : tout d'abord l'intérêt certain du législateur ainsi que des gouvernements successifs pour la matière ; ensuite, que les tentatives de démocratisation des modes amiables semblent s'accélérer, comme pour tenter de répondre à la problématique grandissante de l'essoufflement du système judiciaire. Rien n'indique par conséquent que les modes amiables répondent à simple un effet de mode : ils constituent en réalité une solution à laquelle on cherche de plus en plus à faire référence. Le récent discours du garde des Sceaux prononcé le 13 janvier 2023 en est d'ailleurs un témoignage flagrant, en annonçant notamment la mise en œuvre d'une « politique de l'amiable »⁵⁹.

22. Pratique des modes amiables en France – Si les tentatives de promotion des modes amiables sur le plan législatif sont nombreuses, qu'en est-il réellement en pratique ? Peut-on mesurer un réel gain d'intérêt pour ces méthodes, aussi bien du côté des professionnels que des justiciables ? Lors de la publication de son rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends en 2015, l'Inspection Générale des Services Judiciaires a fait état d'une pratique plutôt mitigée. Elle souligne ainsi « l'insuccès de la médiation judiciaire », en rappelant notamment que cette dernière n'a pas atteint les résultats escomptés lors de son introduction en droit français, en 1995. À ce titre, elle relève qu'en 2013, seules 277 affaires civiles ont fait l'objet d'un renvoi en médiation par les juges des ex-tribunaux de grande instance (hors droit de la famille)⁶⁰, alors qu'en 2012, le ministère de la Justice comptabilisait 549.188 affaires nouvelles (hors droit de la famille) devant ces mêmes juridictions⁶¹. Dans le même temps, les auteurs du rapport font mention du « succès de la médiation conventionnelle »⁶². À première vue

⁵⁸ Qui retient notamment qu'à « peine d'irrecevabilité que le juge peut relever d'office », les parties doivent procéder à une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative avant l'introduction de toute instance, lorsque la demande « tend au paiement de toute somme n'excédant pas 5.000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ».

⁵⁹ E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, 13 janvier 2023.

⁶⁰ I.G.S.J., *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, N°22-15, Avril 2015, p.17.

⁶¹ Source : SDSE, Chiffres clés de la Justice, 2013.

⁶² I.G.S.J., *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, *op. cit.*, p. 21.

réjouissant, ce titre porte toutefois à confusion et doit être appréhendé avec prudence. En effet, s'il existe bel et bien une évolution notable de cette pratique, cet intitulé omet de préciser qu'elle n'a bénéficié qu'à certains domaines, principalement attachés à l'administration, tels que l'éducation nationale ou encore les marchés publics⁶³. De son côté, la conciliation, après un départ peu assuré, semble attirer un nombre croissant de justiciables. Les statistiques éditées par le ministère de la Justice démontrent en effet qu'en 1999, les conciliateurs ont été saisis de 92.650 affaires, contre plus de 133.000 en 2013⁶⁴, soit une augmentation non négligeable de 44,06 % en près de 15 ans. Pour beaucoup, ce succès repose sur la gratuité du service proposé, qui n'est pas de mise pour les autres modes amiables. Ceci explique peut-être que la conciliation fait figure d'exception dans ce paysage.

23. Confrontation des données - Il est toutefois important de souligner que ces données, parce qu'elles ne couvrent pas l'ensemble des modes amiables pris individuellement, ne peuvent manifester qu'une tendance générale⁶⁵. Néanmoins, certains éléments permettent sans trop de difficultés d'établir un schéma clair de leur situation en France, aux États-Unis et au Canada. Tel est dans un premier temps le cas des réflexes adoptés par les justiciables et les professionnels du droit en cas de conflit, qui permettent précisément de distinguer deux groupes de pratiques. D'un côté, les systèmes au sein desquels la résolution du différend prendra principalement une forme contentieuse, à l'instar de la France ; de l'autre, ceux qui privilégieront la voie amiable, tels que les États-Unis et le Canada. Ceci amène nécessairement à se questionner sur la conception de la justice défendue pendant une longue période par le corps judiciaire français. En effet, s'il n'est ici nullement question de remettre en cause l'utilité du juge, force est de constater qu'il n'est pas toujours indispensable dans le processus de résolution des différends et qu'il est, par conséquent, possible aux parties de trouver une solution par d'autres moyens. C'est en tout cas ce que nous prouvent les pratiques américaines et canadiennes.

⁶³ *Ibid.*, pp. 21-22.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁵ En effet, la majorité des statistiques recueillies concernent à titre principal la médiation, d'une part car elle est le mode amiable le plus connu, mais également parce qu'elle est souvent pratiquée auprès des services judiciaires, qui peuvent transmettre sans trop de difficulté leurs données aux instituts de sondage.

24. La comparaison de ces systèmes met dans un second temps en lumière la possibilité bien réelle de réduire le nombre de recours devant les tribunaux, grâce aux modes amiables. Cette tendance est observable aux États-Unis comme au Canada, qui enregistrent tous deux une baisse progressive des actions contentieuses, dès l'arrivée de la médiation dans les années 1960-70.

25. **Les méthodes de droit comparé privilégiées dans le cadre de cette thèse** – Compte tenu des résultats obtenus en France, aux États-Unis et au Canada, il est désormais important de nous interroger sur la manière de procéder, afin d'utiliser le droit comparé dans son plein potentiel. Dans la mesure où celui-ci cherche non seulement à mettre en lumière les différences et les similitudes qui existent entre des systèmes juridiques donnés, mais également à s'inspirer des solutions mises en œuvre par eux pour remédier à certaines problématiques, son utilisation semble particulièrement indiquée dans le cadre de notre sujet, afin de comprendre d'où viennent les différences d'appréciation et de pratiques qui perdurent au sein des trois pays. À ce titre, la question de la méthode a, en particulier au 20^{ème} siècle, conduit les chercheurs à imaginer un ensemble de procédés qui ont plus ou moins perduré dans le temps. Dans le cadre de cette thèse, nous avons pris le parti d'en sélectionner principalement trois. Ce choix repose sur le postulat selon lequel chaque méthode répond à une application précise. Correctement alliées, elles peuvent dès lors se compléter afin de parvenir à un résultat intéressant. La première est probablement la plus évidente : la méthode conceptuelle. Cette dernière, dans la plus grande des simplicités, vise à mettre en comparaison plusieurs éléments entre eux, qu'ils s'agissent d'institutions, de textes ou de notions. Le seul impératif – qui n'est d'ailleurs pas étranger aux autres méthodes - consiste à ce que ces éléments correspondent entre eux : on ne compare donc que le comparable⁶⁶. La deuxième est probablement la plus importante dans le cadre de cette thèse : la méthode fonctionnelle.

⁶⁶ Voir notamment : U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 130-132, ou encore B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *RIDC*, n°1, (2005), pp. 39-41. Cette simplicité est en effet à double tranchant, en ce sens qu'elle peut engendrer bon nombre d'écueils. René David rappelait à ce titre qu'il était important de ne comparer que les éléments d'une même catégorie. Cela implique qu'il faut aussi accepter qu'il n'existe pas d'équivalent de l'élément en question dans le système étudié (R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, 10^e éd., 1992, p. 12). Ces observations rejoignent à ce titre les travaux de Léontin-Jean Constantinesco, qui critiquait l'approche universaliste, dont le défaut majeur résidait à considérer - sans le vouloir - les objets étudiés comme des constantes et non comme des variables (L. J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome II, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 23).

Cette dernière, à l'inverse de la précédente, part d'un problème donné afin d'analyser le cheminement pris par les systèmes étudiés dans le but de trouver une solution. En l'espèce, c'est bel et bien cette méthode qui soutient l'idée générale de cette thèse, dans la mesure où nous étudierons les moyens mis en œuvre par les États-Unis et le Canada afin de développer les recours aux modes amiables, dans le but de les comparer avec ceux qui ont été mis en œuvre en France, l'idée étant de s'en inspirer pour arriver à des résultats similaires⁶⁷. Enfin, la troisième est importante afin de comprendre l'environnement dans lequel cette problématique a été abordée. Il s'agit de la méthode contextualiste. Aussi appelée méthode culturelle, elle vise à placer la notion étudiée dans un spectre plus large que celui du droit seul. Cet exercice, comme le rappelait René David, est particulièrement important dans la mesure où « le droit ne saurait être compris sans la connaissance de la société qu'il gouverne »⁶⁸. Ceci nous rappelle que le droit et la sociologie sont deux matières pratiquement indissociables lorsqu'il s'agit de comparer entre deux systèmes étrangers, en particulier avec un sujet comme le nôtre, qui nécessite de comprendre l'état d'esprit des justiciables et des professionnels du droit par rapport aux mesures évoquées.

26. Problématique – Si la tendance du législateur à s'intéresser aux modes amiables est bel et bien établie, on notera que cette dernière se vérifie également auprès des universités, qui adaptent depuis peu leurs enseignements en intégrant par exemple des éléments tels que « la justice sans juge » aux programmes de procédure civile⁶⁹. Plus nombreux sont également les articles, ouvrages et colloques organisés autour de cette question⁷⁰, qui attestent d'une prise de conscience de plus en plus appuyée à l'égard des modes amiables. Les écoles d'avocats n'ont également pas échappé à cette tendance, dans

⁶⁷ U. KISCHEL, *Comparative Law*, *op. cit.*, pp. 166-167.

⁶⁸ R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, L.G.D.J., 1950, p. 17 ; ou encore B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *op. cit.*, pp. 42-43.

⁶⁹ On peut citer par exemple : A. DAMIENS et al., *Cours de procédure civile. MARD. Voies d'exécutions*, Enrick B. Editions, « CRFPA », 5^{ème} éd., 2024, 812p ; N. FRICERO, *Procédure civile. Cours intégral et synthétique*, Gualino, « Mémentos », 20^{ème} éd., 2023, 272p ; ou encore S. GUINCHARD et al., *Procédure civile*, 8^{ème} édition, Dalloz, « HyperCours », 2023, 1060p.

⁷⁰ Pour les colloques, on peut citer : CNB, *États généraux des MARD. La complémentarité des MARD et la stratégie de l'avocat*, Colloque, Maison de la Chimie, Paris, 23 septembre 2022 ; ou encore S. BRUNENGO, A. ALBARIAN, *Regards croisés France/Québec : L'essor et l'adaptation des MARD/PRD dans un contexte de crise*, Colloque, Université Aix-Marseille, 6-7 octobre 2023 ; Pour les articles : L. CADIET, « Panorama sur les modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, No. 28, (2011), pp. 147-67 ; G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *AJ Famille*, n°6, (Juin 2023), pp. 308-123 ; ou encore F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effective du juge français ? », *JCP G*, n°24 (suppl.), (19 juin 2023), pp. 23-27.

la mesure où l'intitulé de l'examen de procédure civile au CRFPA a été modifié, afin d'y intégrer les « modes alternatifs de règlement des différends »⁷¹. Néanmoins, la pratique mitigée des modes amiables en France laisse entrevoir un faible développement de ces techniques sur le territoire, à l'inverse de l'Amérique du Nord, où leur pratique semble établie. Plusieurs éléments auraient pu expliquer ce phénomène. La faible adhésion de certains professionnels, tels que les magistrats⁷², aurait par exemple pu conduire à penser que ces méthodes n'étaient pas efficaces, en ne parvenant pas à atteindre les résultats escomptés. Les chiffres contredisent néanmoins cette hypothèse, en démontrant que, lorsqu'elles sont utilisées, ces techniques donnent lieu à un taux de satisfaction particulièrement élevé, pouvant atteindre les 70 % pour la médiation familiale⁷³. La faute n'est également pas à chercher du côté de l'absence des modes amiables sur le territoire, qui sont représentés dans leur ensemble. La France bénéficie en outre du service de praticiens, certes parfois en nombre insuffisant⁷⁴, mais dont la formation permet d'utiliser ces méthodes de manière optimale.

27. Rien n'indique par conséquent que la situation en France soit telle qu'elle ne permette d'entrevoir aucun réel progrès au regard de ces techniques sur le territoire. Ceci nous amène dès lors à poser la problématique suivante : comment développer le recours aux modes amiables ? Il n'est, bien entendu, pas aisé de répondre à cette question dans la mesure où plusieurs facteurs sont susceptibles d'intervenir, mais s'atteler à cette tâche et trouver une réponse, c'est tout d'abord contribuer à soulager le système judiciaire à moindre coût, mais c'est aussi et surtout encourager les justiciables à privilégier une voie plus pacifique de résolution des conflits, bien souvent plus adaptée à leur situation⁷⁵.

⁷¹ Arrêté du 17 octobre 2016 fixant le programme et les modalités de l'examen d'accès au centre régional de formation professionnelle d'avocats, art. 5 4°.

⁷² I.G.S.J., *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, op. cit., p.17.

⁷³ J. MINONZIO, « Les données statistiques disponibles sur la médiation familiale », *Recherches et Prévisions*, N°70, 2002, p. 79.

⁷⁴ Comme le soulignait par exemple le Conseil d'Etat dans : CE, 22 septembre 2022, n° 436939, §42.

⁷⁵ En particulier lorsque l'on sait que les nouvelles affaires enregistrées devant les juridictions civiles les plus représentées chaque année concernent le droit de la famille et le droit des contrats, deux matières pour lesquelles les modes amiables sont généralement indiquées au regard des relations suivies qu'elles sont susceptibles d'engendrer. Pour plus de précisions, voir : P. CHEVALIER (dir.), *Les chiffres clés de la justice 2021*, Ministère de la justice, 2021, p. 5 ; C. CHAMBAS (dir.), *Les chiffres clés de la justice 2020*, Ministère de la Justice, 2020, p. 6 ; ou encore C. CHAMBAS (dir.), *Les chiffres clés de la justice 2019*, Ministère de la Justice, 2019, p. 10.

28. **Annnonce du plan** – En gardant à l’esprit l’ensemble des éléments qui précèdent, nous observerons que dans nos trois pays d’étude, le développement du recours aux modes amiables peut être abordé de deux façons. La première correspond à la méthode douce. Cette dernière vise avant tout à mettre en œuvre des dispositifs non coercitifs, qui permettront d’inciter les justiciables et les professionnels du droit à recourir à l’amiable. Cette méthode repose ainsi sur l’idée qu’il faut accompagner les protagonistes du procès, afin qu’ils s’approprient les MARD et qu’ils comprennent par conséquent les intérêts qu’ils représentent pour eux (Partie I).

29. La seconde méthode repose quant à elle sur un modèle plus strict, en ce qu’elle implique d’imposer le recours aux modes amiables. Plus dure, cette dernière permet néanmoins de détourner de manière quasi immédiate une partie du flux des affaires traditionnellement portées devant le juge, et présente par conséquent l’avantage de proposer des effets plus rapidement perceptibles pour les juridictions (Partie II).

PARTIE I – LE DÉVELOPPEMENT DES MODES AMIABLES PAR L’INCITATION AU RECOURS

1. Inciter les justiciables à recourir aux modes amiables n’est pas chose facile, tant le champ d’action est vaste et incertain. Plusieurs études se sont néanmoins intéressées de près ou de loin à cette question en France, à l’instar des travaux menés par le Recteur Guinchard⁷⁶ en 2008 et Jean-Claude Magendie⁷⁷ en 2009, qui tous deux soulignent à la fois le besoin de réformer la justice française, mais également la nécessité de développer le recours aux modes amiables à cette fin. Pour ce faire, plusieurs propositions furent émises, parmi lesquelles figurent la création d’un cadre pour le statut de médiateur, la proposition systématique des modes amiables en cours de procédure, ou encore l’élaboration de nouvelles méthodes. Dans beaucoup de cas, ces suggestions sont malheureusement restées sans effet, souvent faute de moyens⁷⁸.

2. À l’inverse, les États-Unis et le Canada semblent être les témoins d’une tendance différente, d’une situation dans laquelle la question du recours aux modes amiables n’est plus réellement d’actualité, tant ces derniers sont inscrits dans la culture juridique locale. Bien entendu, il serait erroné de croire qu’un tel contexte ait pu naître sans la moindre résistance, dans la mesure où une telle réaction est en principe inhérente à tout changement. Néanmoins, à force de persévérance, les professionnels attachés à la pratique de ces méthodes ont réussi, au fil des années, à les placer sur le devant de la scène juridique. L’espoir n’est donc pas vain de voir les modes amiables réussir à intéresser les justiciables français, dans un futur que l’on peut espérer le plus proche possible.

3. Cette première partie vise donc à la fois à analyser les pratiques issues des systèmes juridiques français, américains et canadiens, afin d’en faire la synthèse et d’émettre des propositions dans le but d’améliorer et de développer le recours aux modes

⁷⁶ S. GUINCHARD, *L’ambition raisonnée d’une justice apaisée*, Documentation française, 2008.

⁷⁷ J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La médiation ; une autre voie*, Cour d’appel de Paris, 2009.

⁷⁸ Toutes ne sont néanmoins pas restées vaines, à l’instar du renforcement du pouvoir d’injonction du juge de rencontrer un médiateur proposé par Serge Guinchard (S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 162), instauré par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, aujourd’hui prévu par l’article 127-1 du code de procédure civile.

amiables. À ce titre, il semblerait opportun de distinguer entre deux catégories d'éléments susceptibles d'inciter les justiciables à opter pour ces outils. D'un côté, l'éducation et l'information de la population et des professionnels du droit (Titre 1^{er}). Si cette proposition peut à première vue interroger, elle est en réalité fondamentale afin d'insuffler l'impulsion nécessaire, non seulement à la découverte, mais également à l'appropriation des modes amiables par l'ensemble des acteurs de la justice, afin qu'ils deviennent un réflexe naturel de la pratique juridique. De l'autre, la procédure civile elle-même, qui, comme nous allons le voir, contient de part et d'autre de l'Atlantique des outils susceptibles d'inciter les parties à recourir aux modes amiables (Titre 2).

Titre 1^{er} – L'incitation par l'éducation et l'information

4. Loin d'être une tâche aisée, l'incitation à recourir aux modes amiables n'en est pas moins nécessaire, pour ne pas dire indispensable. Cela, la France, les États-Unis et le Canada l'ont bien compris. C'est d'ailleurs pour parachever ce but que, tout au long des dernières décennies, à une période plus ou moins proche de la nôtre, ces trois pays ont décidé d'instaurer un certain nombre de dispositifs. Ces mesures ont, pour certaines, perduré au fil des années, témoignant ainsi du succès qu'elles ont apporté au développement des modes amiables. Plusieurs pistes ont d'ailleurs été envisagées, certaines sans doute plus contestables que d'autres. En premier lieu, un élément qui fut en son temps qualifié par Nelson Mandela d'« arme puissante » pouvant aller jusqu'à « changer le monde » : l'éducation. Plusieurs chercheurs et professionnels français et nord-américains ont en effet reconnu que cette dernière constituait un passage obligé dans le développement des modes amiables, aussi bien du côté de ceux qui seront les justiciables de demain que des professionnels futurs et actuels (Chapitre 1^{er}). Si cette première étape est susceptible de porter ses fruits sur le plus ou moins long terme, il ne faut également pas oublier que le développement des modes amiables dépend également de ceux qui sont les justiciables d'aujourd'hui. À ce titre, la problématique de l'accès aux modes amiables est donc fondamentale, notamment au travers de leur lisibilité et de la bonne information des parties (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} – L'éducation : un outil de développement des modes amiables

5. Le développement du recours aux modes amiables est subordonné à une nécessité impérieuse : celle d'être connus du grand public⁷⁹. Il semble néanmoins opportun de remarquer qu'en France, tel n'est pas toujours le cas. À vrai dire, c'est même plutôt l'inverse en pratique. Si cette situation n'est pas sans conséquences à l'égard du faible taux de recours aux modes amiables, leur méconnaissance affecte également la culture juridique française, en l'empêchant d'amorcer son évolution vers l'acceptation de ces processus. Afin de remédier à cette problématique, plusieurs programmes américains et canadiens ont cherché à mettre en œuvre des solutions visant à placer l'éducation au centre de cette phase de transition. Partant de là, nous pensons que ce changement doit s'opérer autour de deux axes. Tout d'abord, cette promotion doit s'effectuer auprès des citoyens de demain, en particulier grâce aux programmes dits de médiation scolaire. Si ces derniers visent à inciter les élèves à résoudre leurs différends entre eux, par des moyens pacifiques, ils pourraient également permettre d'opérer un changement précoce des mentalités et par là même inviter ces citoyens en devenir à recourir à ces dispositifs à l'âge adulte (§1). En second lieu, nous pensons que l'impulsion nécessaire au développement des modes amiables doit venir des professionnels du droit eux-mêmes, et plus particulièrement des avocats et des magistrats. Pour cette raison, il apparaîtrait opportun d'instaurer, à l'instar de nombreuses universités nord-américaines, un ou plusieurs programmes d'enseignement des modes amiables, dans le but de familiariser les professionnels de demain avec ces dispositifs, aussitôt que possible (§2).

§1 – Du développement des programmes de médiation scolaire

6. **L'impulsion des Quakers** – La médiation scolaire, également appelée médiation par les pairs (*peer mediation*) est progressivement apparue aux États-Unis à l'aube des années 1970, sous l'impulsion de divers groupes tantôt religieux, tantôt

⁷⁹ Il apparaît en effet difficile de recourir ou de conseiller un recours aux modes amiables de résolution des différends lorsque ces derniers ne sont connus ni des protagonistes, ni des professionnels du droit.

sociaux. La communauté Quaker⁸⁰ fut sans doute l'une des premières à repérer le potentiel que la résolution pacifique des conflits pouvait apporter aux écoles. Convaincue par ses bienfaits, elle recherchera, puis instaurera dès 1972 le premier programme de gestion de conflit⁸¹. D'abord appelé *Children's Project for Friends*, puis *Children's Creative Response to Conflict*, ce dernier fut premièrement instauré dans une école new-yorkaise dans le but de promouvoir une meilleure communication entre les élèves, ainsi que la philosophie véhiculée par la résolution non violente des différends⁸². C'est en outre la forte implication des Quakers qui offrira à ces valeurs une expansion rapide sur le territoire américain, en particulier grâce aux multiples formations prodiguées auprès d'un certain nombre d'enseignants de tout le pays. Au cours des années suivantes et plus particulièrement au début des années 1980, ce projet contribuera plus ou moins directement à inspirer d'autres initiatives, à l'instar du *Conflict Manager Program* élaboré en 1982 par le *Community Board* de San Francisco, ou encore la *School Mediators' Alternative Resolution Team* instaurée par la *Victim Services Agency* en 1983 dans plusieurs écoles de New-York.

7. **La médiation : un modèle accessible** – Par ailleurs, parmi cette diversité de programmes visant à promouvoir les formes souvent qualifiées aux États-Unis de justice réparatrice (*restorative justice*), on remarque que dans la grande majorité des cas, c'est la médiation qui se démarque⁸³. On peut en réalité expliquer cela de deux façons. Tout d'abord, il convient de rappeler que cette époque constitue, en Amérique du Nord, l'âge d'or du développement de la médiation et qu'elle bénéficie à ce titre d'une publicité plus importante. Ensuite, ce processus, contrairement à d'autres, répond à un schéma tout à fait élémentaire selon lequel un tiers, appelé médiateur, aide les parties en conflit à communiquer entre elles afin qu'elles parviennent, dans le meilleur des cas, à trouver un

⁸⁰ Il n'est en effet pas étonnant que cette communauté ait été la première à promouvoir la résolution amiable des conflits tant elle est connue pour ses ambitions pacifistes. Cette réputation ne date par ailleurs pas d'hier, dans la mesure où Voltaire en faisait déjà une description similaire en 1734, dans les *Lettres Philosophiques* (VOLTAIRE, *Lettres Philosophiques*, Mille et une nuits, 1999, p. 12).

⁸¹ Il faut en effet noter que le concept de médiation scolaire n'apparaît qu'une décennie plus tard dans la littérature éducative et juridique.

⁸² J-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF éditeur, « Actions Sociales/Confrontations », 2000, p.29.

⁸³ S. PAVELKA, « Practices and Policies for Implementing Restorative Justice within Schools », *The Prevention Researcher*, Vol. 20, (Feb 2013), p. 16.

accord. Dans la mesure où cette méthode doit être comprise et pratiquée par des élèves d'âges divers, cette caractéristique est donc essentielle.

8. **Une arrivée tardive en France** - Par ailleurs, à la différence du Canada où ces initiatives sont apparues relativement rapidement (à l'exception du Québec où les recherches sont plus récentes), il faudra attendre 1993 pour que le premier projet de médiation scolaire soit élaboré en France par l'Association de Médiation de Lyon⁸⁴. Si ce dernier donne lieu à quelques répliques dans les années qui suivent, il contribuera également à intéresser le ministère de l'Éducation nationale, qui rédigera un an plus tard le Nouveau contrat pour l'école, où figure l'intention d'instaurer un organe de médiation dans chaque collège et lycée du pays⁸⁵. On notera toutefois que la plupart de ces initiatives officielles, lorsqu'elles ont été mises en œuvre, n'ont en règle générale pas perduré sur le long terme. De nos jours, les progrès de la médiation scolaire en France sont relativement minces. En effet, ayant totalement disparu de la scène politique, le travail de promotion de ces programmes est *de facto* revenu aux associations locales, qui, il faut bien le dire, peinent à atteindre les objectifs escomptés.

9. Bien que peu encourageants, ces résultats ne doivent néanmoins pas faire perdre de vue les intérêts que présentent ces programmes, aussi bien pour les écoles que pour la société tout entière. À ce titre, deux objectifs sont généralement invoqués pour justifier l'instauration d'un programme de médiation scolaire. Le premier s'applique plutôt à court terme et vise à réduire la violence à l'école (A) ; le deuxième, moins répandu, émet l'hypothèse selon laquelle ces projets permettraient, au moyen d'une mise en contact prolongée avec la médiation, d'apporter aux élèves une vision nouvelle de la résolution de conflit amenant à une évolution de la culture juridique sur le sujet (B).

⁸⁴J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, op. cit., p. 33.

⁸⁵ Cet intérêt du gouvernement pour la médiation scolaire reste néanmoins limité dans la mesure où il ne lui consacra que deux des cent cinquante-cinq propositions que compte le projet, dont une seule ne porte réellement sur la question. Proposition n°97 : « Un médiateur de l'Éducation nationale est désigné dans chaque rectorat et dans chaque inspection académique », et la proposition n°124 : « Une instance de médiation composée de personnels éducatifs et d'élèves est créée dans chaque collège et lycée. Elle a pour objet de faciliter le dialogue et la concertation ».

A. La médiation par les pairs : un outil de lutte contre la violence en milieu scolaire

10. **Définition de la violence** – Avant toute chose, il convient de s'entendre sur une définition de la violence dans ce contexte particulier qu'est l'école. En effet, si l'on considère qu'elle correspond à l'ensemble des crimes et délits graves impliquant des élèves dans l'enceinte d'un établissement scolaire, on s'aperçoit que les statistiques sont plutôt rassurantes. En effet, une étude menée à la fin des années 1990 a démontré que sur les 5.000 morts par armes à feu de moins de 19 ans recensées chaque année aux États-Unis, seules 50 (soit 1%) sont survenues dans l'enceinte d'une école⁸⁶. La France ne semble par ailleurs pas déroger à cette tendance, en enregistrant sur la totalité de ses infrastructures scolaires 1 homicide et 771 cas de violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail (ITT) supérieure à 8 jours, au cours de l'année 1993⁸⁷. Néanmoins, il convient d'être réaliste : il est impossible de limiter la définition de la violence scolaire à ces faits graves sans méconnaître un bon nombre d'actes subis par les élèves, en particulier lorsque 18% des lycéens disent être confrontés à la violence dans leur établissement, et que 7% avouent ne pas s'être rendu en cours au moins une fois dans l'année par crainte d'en être victime. Dès lors, la violence en milieu scolaire devrait s'entendre de toute action causant un préjudice physique ou moral à un élève. Une telle définition permettrait ainsi de couvrir un spectre bien plus large. En effet, de nombreuses études statistiques menées en France, aux États-Unis et au Canada démontrent l'existence d'une variété considérable de violences perpétrées à l'école. Ces actes se manifestent tantôt physiquement en prenant la forme de rixes⁸⁸ ou de rackets⁸⁹, tantôt moralement

⁸⁶ K. KOCH, « School Violence – Are American Schools Safe? », *CQ Researcher*, Vol. 8, n°38, (Oct. 1998).

⁸⁷ DIRECTION CENTRALE DE LA SECURITE PUBLIQUE, *Mineurs, femmes, personnes âgées ; quelques données statistiques*, 1994, p. 6.

⁸⁸ Une étude canadienne menée par le groupe de recherche SÉVEQ (*Portrait de la violence dans les établissements d'enseignement au Québec*, Université Laval, Juin 2014) soutient que 28,9% des élèves du primaire déclarent avoir été frappés au moins une fois dans l'année. L'étude américaine menée par le National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion confirme cette tendance en démontrant qu'à l'échelle nationale en 2007, 35,5% des étudiants avaient participé à une rixe au cours des 12 derniers mois (D. K. EATON, L. KANN et al., « Youth Risk Behavior Surveillance – United States », *Morbidity and Mortality Weekly Report. Surveillance Summaries/CDC*, 57 (4), (2008)). Enfin en France, Le Nouvel Observateur révélait dans un article paru en 2013 que sur l'année 2010/2011, 33,4% des élèves du secondaire disaient s'être retrouvés dans une bagarre (C. BRIZARD, « Harcèlement, racket, violence à l'école : attention, danger ! », in *L'obs*, 24 avril 2013, disponible sur : <https://www.nouvelobs.com/le-dossier-de-l-obs/20130423.OBS6760/harcèlement-racket-violences-a-l-ecole-attention-danger.html>).

⁸⁹ Une étude menée par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt dans des établissements du Rhône et de la Seine-Maritime au début des années 2000 démontre qu'environ 11% des élèves disent avoir été victime de racket : 12,2% dans le Rhône et 10,2% en Seine-Maritime (J-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, op. cit., p. 19).

par le biais de harcèlements, de moqueries, d'insultes ou de rumeurs⁹⁰. Par ailleurs, l'utilisation de plus en plus importante des réseaux sociaux a donné naissance à de nouveaux comportements violents chez les jeunes. On parle alors de cyberviolence⁹¹. Ce phénomène, qui dépasse bien souvent l'enceinte des établissements scolaires, consiste généralement à humilier un camarade par le biais de messages, de photographies ou de vidéos visibles par toute la communauté scolaire sur internet. Si ces comportements ne dépassent généralement pas le stade du désagréable pour la victime, ils peuvent parfois donner lieu à des événements dramatiques, amenant dans certains cas jusqu'au suicide de l'individu concerné⁹².

11. Dès lors que la violence en milieu scolaire n'a pas de frontière, les écoles des trois pays ont été confrontées à une même problématique : être en mesure d'apporter une réponse efficace à ces comportements déviants. Partant de là, deux modèles principaux ont pu être mis en œuvre. D'un côté, un schéma traditionnel reposant sur la discipline, parfois critiqué pour son manque d'adaptation aux réalités actuelles (1) ; de l'autre une

⁹⁰ La grande majorité des violences subies en milieu scolaire ne dépasse en effet pas le stade du verbe. L'étude menée par le SEVEQ (*Portrait de la violence dans les établissements d'enseignement au Québec, op cit.*, note 78) démontre en effet que la forme de violence la plus présente au sein des écoles primaires du Québec sont les insultes (59% des élèves de primaire disent avoir été insulté au moins une fois dans l'année), suivies des commérages (39,9% des élèves de primaire disent avoir été victimes de commérages au moins une fois dans l'année), des menaces (21,7% des élèves de primaire disent avoir été menacés au moins une fois dans l'année) et des fausses rumeurs (17,9% des élèves de primaires disent avoir été victimes de fausses rumeurs au moins une fois dans l'année). En outre, dans son rapport le harcèlement à l'école, le National Center for Education Statistics rapporte qu'au cours de l'année 2014-15, 20,8% des élèves de 14 à 18 ans déclaraient avoir été victime de harcèlement scolaire (NATIONAL CENTER FOR EDUCATION AND STATISTICS, *Students Reports of Bullying : Results From the 2015 School Crime Supplement to the National Crime Victimization Survey*, Dec. 2016, T-3). Enfin, les travaux de Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (J-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves, op. cit.*, p. 20) rapportent qu'environ 76% des élèves interrogés affirment avoir été victime d'insultes (75,4% dans le Rhône et 77,6% en Seine-Maritime).

⁹¹ Voir par exemple : T. LABATUT, « Harcèlement scolaire via internet et les médias sociaux : quels moyens de lutte ? », *LPA*, n°257, (23 déc. 2019), pp. 11 et s. ; ou encore J. GUIVARCH et al., « Malaise à l'école », *L'information psychiatrique*, vol. 94, n° 8, pp. 681 et s.

⁹² Cette problématique fut notamment abordée en 2018 par Channarong Intahchomphoo, alors chercheur à l'Université d'Ottawa, lors de la 26^{ème} conférence européenne sur les systèmes d'information de Portsmouth (Royaume-Uni). A cette occasion, il a notamment pu rappeler que le Canada et les Etats-Unis n'étaient pas épargnés par ce phénomène, en soulignant que plusieurs étudiants victime de cyber harcèlement se suicident chaque année (C. INTAHCHOMPHOO, « Social Media and Youth Suicide : A Systematic Review », in *Twenty-Sixth European Conference on Information Systems (ECIS2018)*, Portsmouth, UK, 2018. Par ailleurs, des cas similaires ont pu être détectés en France, comme le démontre notamment Louis Chahuneau, journaliste chez Le Point, en recueillant les propos de Catherine Blaya, alors chercheuse sur ce sujet depuis 2010 (L. CHAHUNEAU, « La cyberviolence à l'école peut mener à la dépression, voire au suicide », *Le Point*, 22 décembre 2012, disponible sur https://www.lepoint.fr/societe/la-cyberviolence-a-l-ecole-peut-mener-a-la-depression-voire-au-suicide-4--22-12-2017-2181974_23.php [consulté le 22/10/2023]).

élaboration novatrice au sein de laquelle les programmes de médiation occupent une place centrale (2).

1. Gestion de la violence et discipline : un modèle à bout de souffle

12. **Une montée de la violence** – Bien que la question de la discipline à l'école n'en soit pas à ses premières années, – on a tous en tête les récits de nos grands-parents nous rappelant les châtiments, souvent corporels, qu'eux ou leurs camarades indisciplinés ont enduré par le passé – il est important de comprendre les origines qui ont poussé ce phénomène à être ce qu'il est aujourd'hui. Pour cela, il convient de se replacer dans le contexte du début des années 1980, qui marquent un tournant dans les politiques de lutte contre la violence en France. Motivées par le sentiment naissant d'insécurité chez les Français, ces dernières ont principalement consisté au durcissement de la loi pénale, et plus généralement à la sécurisation de la société française par le biais d'un arsenal de mesures de lutte contre la délinquance. Les intentions sont donc claires : c'est la répression qui doit primer. Dès lors, discipline et répression ne font plus qu'un. Bien entendu, cette idée n'a rien de nouveau – c'est même à vrai dire le principe de la loi pénale, en ce qu'elle vise à faire régner l'ordre public par la menace de la sanction. Deux choses sont en réalité à retenir ici. Tout d'abord, le quasi-fanatisme pour la sécurité qui règne alors dans la politique française⁹³ et qui a lourdement contribué à marquer les esprits ; ensuite le choix de solutions dures, quand d'autres plus douces auraient pu être envisagées afin d'enrayer la hausse des violences.

13. **Gestion de la violence en milieu scolaire** – Par ailleurs, l'école, en tant que miroir de la société, n'a pas échappé à la montée en puissance de ce phénomène. Officiellement enregistrée à partir du début des années 1990⁹⁴, la violence en milieu scolaire a subi un traitement similaire à celui appliqué quelques années plus tôt à la

⁹³ On remarque cet attrait pour la sécurité de la politique française grâce à deux éléments. Tout d'abord, on notera qu'entre 1980 et 1990, le gouvernement français a commandé plusieurs rapports sur la question, montrant ainsi son intérêt pour ce sujet. Ensuite, au regard du nombre de normes qui ont été prises tout au long de cette période afin d'éradiquer la délinquance et d'ôter le sentiment d'insécurité ressenti par les Français.

⁹⁴ A vrai dire la violence en milieu scolaire n'est pas apparue dans les années 1990. C'est plutôt une prise de conscience globale du problème qui a eu lieu à cette période. Auparavant, aucune statistique n'était tenue en la matière, et certains faits, tels que le racket, était très peu connus.

société tout entière. D'abord initié par l'engouement médiatique généré par les manifestations lycéennes de 1990⁹⁵, puis par les différentes actions et études menées par le ministère de l'Éducation nationale entre 1991 et 1995⁹⁶, plusieurs mesures ont pu voir le jour afin de freiner la progression de la violence à l'école. Parmi elles, le plan Lang de 1992 qui a instauré un rapprochement entre la police et les écoles, suivi quelques années plus tard par les plans Bayrou (1995-1996), qui ont à la fois visé à réduire la taille des écoles, mais également à améliorer la formation des personnels afin d'apprendre à mieux gérer les violences. Enfin, le plan Allègre de 1998 est venu confirmer la logique présente dans les textes précédents, en affirmant d'une part la nécessité d'engager plus de personnels d'encadrement dans certaines écoles (le plan annonce 7.000 postes supplémentaires), mais également celle d'améliorer la coopération entre les écoles et la police, en lui permettant d'intervenir directement dans les établissements. Cet état de fait démontre donc sans surprise que la violence scolaire a été traitée de la même façon que dans les milieux urbains, mais cette solution est-elle la plus adaptée ?

14. Toute la problématique de cette question touche en réalité à la gestion de la violence en milieu scolaire. On est dès lors en droit de se demander si la discipline-sanction, cette astuce de grand-mère remise au goût du jour par les différents plans successifs de lutte contre la violence, fonctionne encore, ou si elle n'est tout bonnement pas obsolète. Deux mouvements de pensée s'affrontent ici. D'un côté, le groupe des pro-sanctions, principalement implanté en France et aux États-Unis, pour qui la répression à l'école est une réponse adaptée, sinon indispensable au milieu scolaire (a) ; de l'autre, celui des sceptiques, pour qui la sanction, loin d'être primordiale, peut même s'avérer dangereuse et inefficace (b)⁹⁷.

⁹⁵ Ces manifestations lycéennes étaient intervenues en France à la suite nombreuses violences entre élèves survenues au sein de différents établissements scolaires français, en vue d'alerter le gouvernement sur le sentiment d'insécurité de plus en plus important au sein de la communauté scolaire.

⁹⁶ E. DEBARBIEUX, « Violence à l'école et politique : la France entre démagogie et méconnaissance », *JDJ*, n°5, (2006), p. 23.

⁹⁷ Cette conception est plutôt présente au Canada, en particulier au Québec. On en trouve néanmoins des traces chez certains philosophes, sociologues ou professionnels de l'éducation en France et aux États-Unis.

- a. La sanction en tant que réponse adaptée au milieu scolaire

15. **Un usage encore important de la sanction dans les écoles** – Pendant longtemps, en France, aux États-Unis et au Canada, on a envisagé la sanction comme l'unique moyen de faire régner la discipline à l'école. L'évolution de la société aurait néanmoins pu laisser penser que cette logique serait progressivement abandonnée, au profit de méthodes plus douces et responsabilisantes. Force est de constater que son utilisation est toujours bien présente aujourd'hui. On notera toutefois qu'à la différence des deux premiers, le Canada a réussi à opérer un changement d'état d'esprit. En effet, si la menace de la sanction existe bel et bien dans les établissements scolaires canadiens, son usage reste généralement résiduel⁹⁸, ce qui nous contraint donc à l'exclure, au moins partiellement, de ce paragraphe.

16. **La sanction en tant que nécessité absolue : l'exemple de Kant** – Plusieurs grands noms se sont prononcés en leur temps en faveur de cette logique répressive en milieu scolaire. Parmi eux figurent notamment Kant, pour qui ce système constitue une nécessité absolue⁹⁹, dans la mesure où l'enfant, considéré comme un « sauvage », a besoin de se soumettre à un ensemble de règles générales dans le but d'apprendre à obéir¹⁰⁰. Selon lui, la sanction ne doit pas être la même selon le stade de développement de l'individu. Ainsi, chez l'enfant, Kant considère que la sanction doit être physique, dans la mesure où le sujet n'a aucune réelle faculté de réflexion. Elle ne devient morale qu'à l'adolescence, période à laquelle une personne est amenée à développer ses facultés d'analyse, au moins suffisamment pour intérioriser les notions de règle et de devoir. Elle consiste alors à « *humilier, blesser, faire honte* »¹⁰¹. De nos jours, les modes de sanction ont pour la plupart évolué et peuvent prendre différentes formes. Certaines sont communes à la France et aux États-Unis, telles que l'isolement (*seclusion*), la retenue

⁹⁸ En réalité, il semblerait que la notion de sanction comme nous l'entendons en France ne soit pas particulièrement comprise au Canada. Si l'on prend l'exemple du Québec, on parle bien plus volonté de « gestion de classe » ou de « gestion des comportements inappropriés » que de sanction. Ces méthodes reposent par ailleurs sur un système d'anticipation, permettant d'éviter les violences et donc, à terme, les sanctions. À ce titre, voir N. GAUDREAU, *Gérer efficacement sa classe : les cinq ingrédients essentiels*, PUQ, « Education – Intervention », 2017.

⁹⁹ A. BARRAL, « Kant et la violence éducative », *Oveo*, disponible sur <https://www.oveo.org/kant-et-la-violence-educative/#note42>.

¹⁰⁰ C. GREMOND, « Place de la sanction à l'école : comparaison franco-québécoise », *Mémoire de Master MEEF*, dir. E. BRASSAT, Université de Cergy-Pontoise, 2018, p.11.

¹⁰¹ E. PRAIRAT, *La sanction en éducation*, PUF, « Que sais-je ? », 2011, pp. 60-61.

(*detention*), la suspension, ou l'exclusion, alors que d'autres sont propres aux États-Unis, telles que le châtiment corporel, encore pratiqué dans dix-neuf États américains¹⁰², ou encore la retenue physique (*restraint* ou *physical restraint*)¹⁰³, généralement réservée aux hôpitaux psychiatriques en France¹⁰⁴.

17. Si quelques-uns des exemples évoqués peuvent sembler étonnants, choquants, voire dépassés au regard de l'époque à laquelle nous vivons, certains avancent l'argument selon lequel la sanction serait nécessaire à des fins d'éducation (*i.*). Toutefois, d'autres rappellent que pour être efficace, cette dernière se doit d'être appliquée selon des modalités bien précises (*ii.*).

i. La sanction : un outil nécessaire à l'éducation

18. **La sanction : un outil pédagogique** – Selon certains, la sanction est nécessaire à plusieurs titres. Tout d'abord, elle sert de cadre aux élèves, ce qui, aux dires d'un directeur d'école, doit être la réponse à donner à la violence¹⁰⁵. Elle constituerait en outre un atout dans le développement de l'enfant, en ce qu'elle permettrait de le mettre face à ses actes¹⁰⁶. Dès lors, la sanction n'est pas à appréhender comme un simple châtiment, mais plutôt comme un outil pédagogique permettant à l'enfant de comprendre les notions de bien et de mal, mais aussi d'intérioriser progressivement les réactions suscitées par la transgression d'une règle. Cela revient en d'autres termes à familiariser l'enfant avec la loi, et à lui inculquer les mécanismes qui s'appliqueront à lui au cours de sa vie d'adulte. Un tel système permet dès lors d'anticiper les actions qui pourraient être

¹⁰² Cela peut paraître étonnant du point de vue français dans la mesure où ce type d'actes est officiellement interdit en France depuis près de 30 ans (circulaire de l'Education nationale du 6 juin 1991). En réalité, il n'existe aux États-Unis aucune interdiction fédérale concernant le châtiment corporel à l'école. Cette question est d'autant plus délicate que la Cour suprême a estimé, en 1977, que la *Cruel and Unusual Punishments Clause* du 8^{ème} Amendement ne s'appliquait pas aux « *corrections corporelles disciplinaires dans les écoles publiques* » (*Ingraham v. Wright*, 430 US 651 (1977)).

¹⁰³ Cette méthode est généralement inconnue des écoles françaises tant elle est extrême. Elle consiste en effet à retenir un élève violent par la force, soit physiquement au moyen d'une chaise équipée de sangles, soit par voie médicamenteuse.

¹⁰⁴ Cette méthode vise d'ailleurs davantage à protéger les autres élèves et le personnel qu'à sanctionner la violence de l'individu en question.

¹⁰⁵ M. KALUSZYNSKI, J.-C. FROMENT, *Rapport final sur les pratiques et politiques de gestion de la violence à l'école primaire*, CERAT / CERDAP, 2000, p. 87.

¹⁰⁶ Eirick Prairat considère en effet que la sanction, en mettant l'enfant face à ses actes, permet de le responsabiliser. E. PRAIRAT, « Penser la sanction », *Revue de pédagogie*, vol. 127, (avril, mai, juin 1999), p. 110.

commises par ces citoyens en devenir : mieux vaut sanctionner un acte peu grave réalisé durant l'enfance, qu'un crime commis à l'âge adulte.

19. **La sanction : un outil politique** – Suivant la même logique, la sanction en milieu scolaire pourrait également avoir des fins politiques. Là encore, cette hypothèse repose sur la reproduction d'un schéma social à l'école, où l'enseignant, détenteur de l'autorité sur les élèves, contribuerait, au moyen de son pouvoir de sanction, à familiariser les enfants à l'autorité du pouvoir politique¹⁰⁷. L'enseignant est donc ici perçu comme une sorte de modèle, dont le rôle consiste à former un ensemble de citoyens respectueux de l'ordre établi. Toutefois, il est fort à parier que l'impact de ce postulat n'est aujourd'hui plus aussi fort que ce qu'il a pu être quelques décennies en arrière. En effet, l'idée d'un enseignant tout puissant est, de nos jours, quelque peu délicate à envisager, tant du point de vue de l'autorité sans limite que de la sanction.

20. Il serait par conséquent erroné de ne pas reconnaître au système de sanction les avantages qui sont les siens. Il est en effet évident que la vie en société nécessite la présence de règles, elles-mêmes chapeautées par l'existence de sanctions. L'école, en tant que haut lieu de socialisation ne doit donc pas être une exception à ce principe. Toutefois, pour produire ses effets positifs, certains chercheurs considèrent que la sanction doit être pratiquée selon des critères bien particuliers.

ii. Les modalités d'application d'une sanction fructueuse en milieu scolaire

21. **L'art de sanctionner** – Le système de sanction en milieu scolaire n'est donc pas aussi obsolète que ce que l'on pourrait bien vouloir croire. Néanmoins, son succès repose sur certaines modalités qu'il convient de préciser. En effet, pour bénéficier de retombées positives, celle-ci doit posséder une dimension éducative. *Exit* donc la sanction qui viserait simplement à asseoir l'autorité de l'adulte qui l'a prononcée sur l'élève, ou ce que le psychanalyste Jean Bergeret qualifiait de « [récupération narcissique] de son emprise et de sa violence sur l'enfant »¹⁰⁸. Sanctionner relève donc de l'art, mais encore faut-il savoir en maîtriser les subtilités.

¹⁰⁷M. KALUSZYNSKI, J.-C. FROMENT, *Rapport final sur les pratiques et politiques de gestion de la violence à l'école primaire, op. cit., p. 84.*

¹⁰⁸J. BERGERET, « Freud et la punition », in *Quand et comment punir les enfants ?* ESF, 1989, p. 18.

22. **La sanction doit être individuelle** – Dès lors, plusieurs éléments doivent être réunis lors du prononcé et de l'application de la sanction afin qu'elle puisse obtenir cette visée éducative. Dans un premier temps, cette dernière doit être individuelle. Bien que de plus en plus rare, il arrive, encore aujourd'hui, que certains enseignants cèdent à la tentation de la sanction collective. Ces derniers ont bien souvent leurs raisons – il peut s'agir d'un doute concernant le réel coupable ou de la volonté de marquer les esprits, mais il faut le reconnaître, cette pratique relève davantage des usages militaires que scolaires. Par ailleurs, ce type de sanction va à l'encontre des principes fondamentaux qui animent un État de droit, parmi lesquels figurent notamment l'impossibilité de condamner une personne si elle n'a pas commis d'infraction.

23. **Renoncer au spectaculaire** – Ceci nous amène d'ailleurs au deuxième élément : la renonciation au spectaculaire. En effet, certains auteurs considèrent qu'une sanction éducative ne doit pas servir pour l'exemple¹⁰⁹. À ce titre, la sanction doit donc être juste et adaptée à la situation, sans chercher à être dissuasive pour les autres. Toutefois selon Kant, cet abandon du spectaculaire ne doit pas engendrer un renoncement au solennelle¹¹⁰, qui permet de marquer le sérieux de cet acte dans l'esprit du protagoniste.

24. **Une sanction proportionnée** – Dans un troisième temps, il convient de s'attacher au contenu de la sanction. Ceci rejoint en réalité le point qui précède. En effet, si la sanction ne doit pas être spectaculaire, c'est que quelque part, elle doit être proportionnée à l'acte litigieux et au but recherché. Partant de là, l'enseignant, par la sanction qu'il prononce, ne doit pas chercher à humilier l'élève fautif. Eirick Prairat, en citant le sociologue américain Erving Goffman, en fait d'ailleurs la démonstration. Selon lui, on « ne cultive pas la responsabilité en humiliant »¹¹¹. Il ajoute en outre que la honte procurée par une telle sanction contribue à ouvrir « une faille dans l'identité personnelle du sujet »¹¹², ce qui bien entendu peut s'avérer désastreux à cet âge. Cet argument peut

¹⁰⁹ E. PRAIRAT, « Penser la sanction », *Revue de pédagogie*, vol. 127, (avril, mai, juin 1999), p. 111.

¹¹⁰ E. KANT, *Métaphysique des mœurs, doctrine du droit*, Librairie philosophique J. Vrin, 1988. II, 1re section, remarque E.

¹¹¹ E. PRAIRAT, « Penser la sanction », *op. cit.*, p.112.

¹¹² *Ibid.*

par ailleurs être invoqué à l'encontre des châtiments corporels, encore pratiqués dans certains États américains, qui semblent autrement inadaptés au regard de cet argument, en particulier lorsqu'ils sont pratiqués devant la classe. De telles sanctions ne peuvent avoir aucun effet positif. Au mieux, elles apportent le conformisme par la peur. Dès lors, la solution se trouve dans l'idée selon laquelle la sanction ne doit pas être appréhendée en direction du passé, mais plutôt vers l'avenir. Pour ce faire, elle peut par exemple consister à réparer le dommage causé volontairement ou non par l'enfant. Cette réaction, simple et immédiate, permet à la fois à l'élève de prendre conscience de l'ampleur de ses actes, mais sert également les intérêts de la communauté. Elle est donc constructive.

25. **L'importance de l'explication** – Enfin, et c'est sans doute le point le plus important, la sanction doit être expliquée. Comme l'écrivait Maria Edgeworth en son temps, « *toute punition qui n'est pas comprise est cruelle, puisqu'elle fait du mal sans qu'il en résulte un bien* ». C'est donc dans cet état d'esprit que l'enseignant ou l'éducateur doit s'assurer de la bonne compréhension de l'élève en faute. Pour ce faire, il faut en premier lieu que tous deux s'attachent de manière consensuelle à définir le comportement litigieux¹¹³. Il faut donc, en d'autres termes, qu'éducateur et élève s'entendent sur l'acte que l'on ne souhaite pas voir se reproduire. En second lieu, il convient pour l'éducateur de formuler des attentes claires quant au comportement qu'il souhaite voir l'élève appliquer à l'avenir. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourra accepter et comprendre la sanction qui a été prononcée à son encontre.

26. Ainsi, nous l'avons vu, le système de sanction peut présenter quelques avantages, à condition de respecter certaines règles d'application élémentaires. Toutefois, certaines voix s'élèvent à son encontre afin d'exprimer des préoccupations à son sujet.

¹¹³ S. A. SPAULDING et al., « Schoolwide Social-Behavioral Climate, Student Problem Behavior, and Related Administrative Decisions. Empirical Patterns From 1.510 Schools Nationwide », *Journal of Positive Behavior Interventions*, vol. 12, no. 2, (April 2010), p.70.

b. La sanction en tant qu'outil inadapté aux besoins actuels

27. La sanction peut avoir des effets positifs si elle est correctement appliquée. Néanmoins, cette hypothèse ne correspond qu'à la théorie, qui ne se vérifie pas toujours en pratique. En effet, plusieurs chercheurs ont exprimé leurs préoccupations au sujet de ce système, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, ils estiment que dans bien des cas, la sanction n'était pas primordiale et pouvait s'avérer inefficace (*i.*). Ensuite, ils considèrent qu'elle pourrait même représenter un danger pour l'élève concerné, qui verrait sa situation empirer dans certains cas (*ii.*).

i. La sanction : un outil accessoire et inefficace

28. **Un exemple québécois : la gestion de classe** – Nous l'avons vu, le recours à la sanction vise principalement à faire régner la discipline au sein des établissements scolaires. Toutefois certains chercheurs considèrent que la sanction n'est pas essentielle à cette fin. En effet, la pratique démontre que la discipline peut être maintenue par le biais d'autres moyens, souvent moins agressifs. C'est en tout cas ce que démontrent les écoles québécoises, qui ont, depuis plusieurs années, entamé une transition vers des méthodes plus douces. Ce concept, appelé gestion de classe, vise en effet à empêcher l'apparition des comportements violents par le biais de l'anticipation. Dans cet état d'esprit, la sanction est donc perçue comme une réaction tardive de l'éducateur, qui aurait pu l'éviter par une démarche préventive.

29. La professeure québécoise Nancy Gaudreau, qui a largement contribué à élaborer ce concept, retient que plusieurs éléments doivent être pris en compte. Outre l'action préventive¹¹⁴, elle considère que la formation des enseignants est primordiale afin d'être en mesure de gérer des comportements difficiles¹¹⁵. En effet, face à un élève turbulent ou violent, il arrive fréquemment que l'éducateur, probablement par manque de connaissances ou de pédagogie, cherche à lui affliger une sanction. Si cette méthode

¹¹⁴ Par préventive il faut ici entendre que le problème de comportement doit être réglé le plus tôt possible, pas seulement dans la genèse de l'action litigieuse, mais plutôt dans le cursus. En effet, Nancy Gaudreau préconise de traiter ces problèmes dès la maternelle ou le primaire, dans la mesure où une action trop tardive serait bien plus difficile à aboutir. Voir à ce titre : N. GAUDREAU, « La gestion des problèmes de comportement en classe inclusive : pratiques efficaces », *Education et francophonie*, vol. 39, n°2, (Automne 2011), p. 130.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 126 et s.

peut en effet dissuader un élève sans problème particulier de récidiver, il n'en sera néanmoins pas de même pour un enfant sujet à des troubles du comportement, pour qui cette dernière ne constituera qu'une énième source d'éloignement et de différenciation au regard de ses pairs. Dans un tel cas de figure, la gestion de classe, plutôt que d'éloigner l'intéressé, permet au contraire de l'inclure dans la vie de la classe, notamment par le biais d'un suivi personnalisé visant à l'intéresser, à lui faire prendre conscience de ses qualités, mais aussi à chercher l'origine du problème¹¹⁶. Bien entendu, de telles actions de la part du personnel enseignant impliquent nécessairement l'acquisition de connaissances approfondies, notamment au regard de la psychologie de l'enfant. Ceci explique donc l'importance que revêtent les formations de qualités souhaitées par Nancy Gaudreau. Malheureusement, plusieurs études révèlent que dans beaucoup de pays, la qualité des enseignements octroyés aux enseignants n'est pas forcément au rendez-vous. En outre, Nancy Gaudreau préconise l'instauration de bonnes relations entre les élèves et le professeur¹¹⁷. Elle estime en effet qu'un enseignement de qualité, mêlé à un encadrement chaleureux, favorisent la réussite des élèves, à la fois sur le plan social et scolaire. Elle ajoute par ailleurs que l'expression d'un certain degré de sensibilité pendant la classe permettrait d'éviter les situations conflictuelles et contribuerait à apprendre aux élèves à autoréguler leurs émotions.

30. Par ailleurs, si le recours à la sanction n'est pas primordial, il semblerait qu'il soit également inefficace dans bon nombre de situations. Prenant l'exemple de la retenue ou de l'exclusion, plusieurs études démontrent en effet que ces mesures restent bien souvent sans effet sur les personnes à l'encontre desquelles elles ont été prises. D'ailleurs, il arrive bien souvent que celles-ci soient prononcées à plusieurs reprises contre les mêmes élèves¹¹⁸, ce qui démontre au passage la fragilité de leurs effets. Ces résultats sont notamment confirmés par Nancy Gaudreau, qui rappelle que la retenue ou l'exclusion ne sont que très rarement dissuasives auprès des élèves à problèmes, qui

¹¹⁶ Fernand Deligny disait : « *n'oublie jamais de regarder si celui qui refuse de marcher n'a pas un clou dans sa chaussure* ». Cette citation illustre parfaitement la problématique évoquée, en ce sens qu'elle manifeste l'intérêt de ne pas se fier aux apparences, quand bien même cela semblerait plus facile. L'enseignant doit donc chercher à creuser davantage pour comprendre l'essence du problème auquel lui et l'élève sont confrontés. Ce n'est qu'à cette condition qu'ils arriveront à travailler ensemble pour le résoudre.

¹¹⁷ N. GAUDREAU, « La gestion des problèmes de comportement en classe inclusive », *op. cit.*, pp. 130-131.

¹¹⁸ M. S. ATKINS et al., « Suspensions and detentions in an urban, low-income school: punishment or reward? », *Journal of Abnormal Child Psychology*, Vol. 30, N°4, pp. 361-371.

n'hésitent pas à récidiver¹¹⁹. Pour elle, l'explication est à trouver du côté du but de la retenue prononcée à l'encontre de l'élève, qui, il faut bien l'avouer, est rarement éducatif. Dès lors, si cette sanction leur apprend que tout acte engendre des conséquences, elle ne leur enseigne jamais le comportement qu'il serait préférable d'adopter¹²⁰. Elle conduit de ce fait à un éternel recommencement pour les élèves concernés, dans la mesure où ces derniers ne sont pas capables de comprendre clairement ce qui est attendu d'eux. À ce titre, une étude menée en 2014 pour le magazine Forbes a confirmé cette hypothèse, en démontrant que la retenue n'avait aucun effet positif sur le comportement des élèves¹²¹. Elle constitue donc une perte de temps aussi bien pour les protagonistes que le personnel scolaire.

31. Par ailleurs, si une partie de la littérature s'entend sur le fait que la sanction n'est qu'un accessoire souvent inefficace, certains s'inquiètent également du fait qu'elle puisse constituer un danger pour les élèves qui en sont victimes.

ii. La sanction : un potentiel danger pour les élèves

32. Il ne s'agit pas ici de mettre toutes les formes de sanction dans le même panier¹²², mais plutôt de viser les plus graves telles que la retenue ou l'exclusion, qui ont particulièrement intéressé la doctrine ces dernières années. Il semblerait en effet que ces méthodes disciplinaires puissent être à l'origine de certains dangers pour les élèves qui les subissent, en particulier s'ils sont victimes de troubles du comportement. Parmi ces risques, certains sont bien entendu moins graves que d'autres¹²³.

33. **La sanction : un vecteur d'échec scolaire** – Plusieurs études québécoises et américaines reconnaissent ainsi que la retenue peut, dans certains cas, être à l'origine

¹¹⁹ N. GAUDREAU, « La gestion des problèmes de comportement en classe inclusive », *op. cit.*, p. 135.

¹²⁰ N. GAUDREAU, « La gestion des problèmes de comportement en classe inclusive », *op. cit.*, p. 135.

¹²¹ N. MORRISON, « The Surprising Truth About Discipline in Schools », *Forbes*, (Aug. 31, 2014), disponible sur : <https://www.forbes.com/sites/nickmorrison/2014/08/31/the-surprising-truth-about-discipline-in-schools/#667b14443f83>, [consulté le 23/06/2023].

¹²² Il faut bien reconnaître que toutes les formes de sanction n'ont pas le même impact sur les élèves. Par exemple, une simple remontrance verbale, à partir du moment où elle est respectueuse de l'élève et de ses capacités, ne peut être comparée à une exclusion temporaire ou permanente d'un établissement scolaire.

¹²³ Il convient toutefois de garder à l'esprit que certains risques en apparence anodins peuvent se révéler être sources de conséquences plus inquiétantes, comme nous aurons l'occasion de le voir dans quelques instants.

d'un sentiment d'infériorité chez l'enfant, de décrochage, ou encore d'échec scolaire¹²⁴. Si ces effets peuvent être plus ou moins facilement réglés, il n'en demeure pas moins qu'ils sont susceptibles d'engendrer certaines conséquences plus inquiétantes. En partant en effet du principe que la retenue peut donner lieu à un échec scolaire, il est fort à parier que l'ennui que ce dernier procure à l'élève en classe sera source de nouveaux comportements inappropriés, engendrant à leur tour le recours au même type de sanction. Cette spirale est bien entendu dangereuse pour l'élève à plusieurs titres. Tout d'abord, il compromet son avenir scolaire et professionnel, ce qui, bien entendu, n'est pas souhaitable, mais il risque également de sombrer dans certaines formes de violences plus graves, telle que la délinquance. Cette affirmation s'appuie sur une hypothèse qui a déjà été formulée à plusieurs reprises au sujet de la prison chez les primo-délinquants. Cette dernière repose sur l'idée selon laquelle la mise en contact prolongée ou répétée d'un jeune délinquant avec des criminels endurcis pourrait exercer une mauvaise influence sur leur comportement futur. Il serait en réalité parfaitement envisageable de transposer cette hypothèse à la retenue, qui répond à la même logique¹²⁵. Ainsi et selon la même idée, un élève sans passé violent n'est pas à l'abri d'être influencé par des élèves coutumiers du fait. À ce titre, sa motivation à agir peut émaner de diverses sources. Elle peut par exemple être justifiée par la crainte des représailles, ou encore par l'effet de groupe. Dans un cas comme dans l'autre, les conséquences peuvent toutefois prendre une ampleur insoupçonnée, en particulier si le problème fait l'objet d'une attention trop tardive de la part du personnel enseignant ou des parents.

34. Sanction et activités criminelles – C'est d'ailleurs dans cet état d'esprit que plusieurs auteurs ont souhaité attirer l'attention au sujet de la retenue, de la suspension ou de l'expulsion, en invoquant certains éléments intéressants. Tout d'abord, il existerait bien selon eux une corrélation entre la retenue et le risque plus accru pour un élève de s'adonner à des activités criminelles. Toutefois, si Nancy Gaudreau reconnaît que cela peut arriver, elle souligne néanmoins qu'un tel résultat ne survient généralement

¹²⁴ N. GAUDREAU, « La gestion des problèmes de comportement en classe inclusive », *op. cit.*, p. 135.

¹²⁵ La retenue consiste en effet, à l'instar de la prison, en une privation temporaire de liberté, avec néanmoins pour différence la durée, qui dépasse rarement une demi-journée en milieu scolaire. Au sujet des effets du contact entre délinquants endurcis et primo-délinquants, voir : C. TROENDLÉ, M. AMIEL, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la réinsertion des mineurs enfermés*, Sénat, n°726, 2018, p. 76.

qu'à la suite d'un usage répété de cette sanction¹²⁶. S'agissant de la suspension et de l'expulsion de l'établissement, les statistiques révèlent un fait nettement plus inquiétant. Mis en avant par l'universitaire américaine Kathryn Monahan lors d'une étude menée en 2014, il démontre que les chances pour un enfant exclu au moins temporairement de l'école augmenteraient le risque pour lui de faire l'objet d'une arrestation policière, même sans passé judiciaire¹²⁷. Bien qu'aucune proportion ne soit explicitement révélée, l'auteure rappelle que bien souvent en pareils cas, les enfants les plus touchés sont ceux pour lesquels les parents sont le moins présents. Partant de là, il est plutôt aisé d'établir une suite logique, dans la mesure où l'enfant, sans repère et sans but pendant la durée de sa sanction, est libre de faire ce que bon lui semble et notamment de rencontrer d'autres jeunes dans sa situation¹²⁸. Plutôt que de le tirer vers le haut, cette sanction contribue donc à obtenir l'inverse de l'effet escompté, rendant la situation de l'élève encore plus précaire qu'elle ne pouvait l'être¹²⁹.

35. Tout cela nous ramène dès lors à la problématique que nous exposons il y a quelques pages : le système de sanction en milieu scolaire est-il encore adapté aux besoins actuels, ou correspond-il à une vision surannée de l'éducation ? S'il est bien une chose que démontrent les développements qui précèdent, c'est que la doctrine reste partagée sur cette question. Deux éléments méritent toutefois d'être retenus. Tout d'abord, c'est que la sanction, si elle est bien utilisée¹³⁰, est susceptible de présenter certains bénéfices, comme celui d'apprendre à l'enfant à évoluer dans un cadre normatif, tel qu'il devra le faire à l'âge adulte. Ensuite, c'est l'idée selon laquelle la discipline n'est pas exclusivement tributaire de la sanction et que d'autres méthodes peuvent être utilisées à cette fin. Nous avons notamment eu l'opportunité de mentionner le concept de gestion de classe, établi par la québécoise Nancy Gaudreau, mais il en existe également

¹²⁶ N. GAUDREAU, « La gestion des problèmes de comportement en classe inclusive : pratiques efficaces », *Education et francophonie*, vol. 39, n°2, (Automne 2011), p. 135.

¹²⁷ K. C. MONAHAN et al., « From the School Yard to the Squad Car: School Discipline, Truancy, and Arrest », *J Youth Adolescence*, (2014), pp. 1118-1119.

¹²⁸ Il faut noter ici que l'étude fait une différence entre les jeunes en dehors de l'école suite à une suspension ou une exclusion, et ce pour lesquels cette situation relève de leur propre choix. Voir K. C. MONAHAN et al., *ibid.*, p. 1111.

¹²⁹ Pour être tout à fait exact, il convient toutefois de noter que cet exposé ne correspond, à notre sens, pas à une généralité. Il semble en effet bon de rappeler que l'environnement dans lequel vit l'élève interagit beaucoup avec sa prédisposition à entrer en délinquance. Par conséquent, même si cette étude mentionne des mécanismes et des inquiétudes parfaitement fondées et légitimes, il convient de se montrer prudent au moins au regard des proportions assez peu explicites de l'étude.

¹³⁰ Dans le cas contraire elle peut représenter un danger, comme nous l'avons vu à l'instant.

d'autres, qui très souvent sont perçues comme des solutions d'avenirs. Parmi elles, la médiation scolaire.

2. La gestion de la violence par la médiation scolaire : une solution novatrice

36. La médiation scolaire par les pairs tend depuis quelques années à s'imposer au sein des écoles nord-américaines¹³¹. Généralement instaurée afin de réduire la violence au sein des établissements d'enseignement, cette méthode vise à maintenir la discipline par le biais de procédés innovants en milieu scolaire. Attachons-nous dès lors à comprendre les nouveautés apportées par la médiation par les pairs (a), avant de nous pencher sur les réalisations de la médiation au regard de la violence scolaire (b).

a. La médiation scolaire en tant que solution innovante

37. La médiation scolaire est innovante à plusieurs titres. Dans la mesure où elle est jeune, elle représente à la fois une solution nouvelle d'un point de vue chronologique (i.), mais également une logique moderne, bien différente des considérations anciennes accordées à la sanction (ii.).

i. La médiation scolaire : une méthode jeune

38. **Origines de la médiation scolaire** – Apparue au début des années 1970 aux États-Unis grâce aux convictions pacifistes des Quakers, la médiation s'est considérablement développée dans les années 1980 avec l'apparition de nombreux programmes tels que le *Conflict Resolution Resources for Schools and Youth* élaboré par le Community Board de San Francisco en 1982, la *School mediator's alternative resolution team* développée par la Victim Service Agency de New York en 1983, ou encore le *Resolving Conflict Creatively Program*, créé en 1985 par l'action conjointe de l'association des Educators for Social Responsibility¹³² et du New York Central Board for Education.

¹³¹ En effet, un quart des écoles américaines disposeraient à ce jour d'un programme de médiation scolaire (<http://www.peermediationonline.org/peer-mediation-online-about.html>, [consulté le 23/06/2023]).

¹³² L'association des Educators for Social Responsibility a par ailleurs élaboré un autre programme un an plus tôt (1984) intitulé Model Peace Education Program. Créé en temps de guerre froide, ce projet visait à mettre en avant l'éducation à la paix dans les écoles américaines en formant les élèves à la gestion de conflits. À ce titre, voir. J-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, op. cit., p. 29.

39. **L'impulsion des États-Unis et du Canada anglophone** – Bien d'autres projets suivront ces premières esquisses aux États-Unis et bénéficieront d'un fort retentissement dans le monde anglophone, en particulier au Canada, proximités linguistiques et géographiques obligent. La France et le Québec resteront quant à eux en retrait pendant encore une décennie avant de franchir le pas au début des années 1990, époque à laquelle certaines associations s'empareront du sujet afin d'adapter ou de développer leurs propres projets. Si le premier programme de médiation scolaire québécois fut ainsi créé en 1991, sous l'impulsion d'un groupe d'écoles anglophones de Montréal¹³³, il faudra attendre trois années supplémentaires pour voir naître le premier projet francophone, élaboré grâce au travail de l'Institut pacifique de Montréal, à l'origine d'un programme intitulé *Vers le pacifique*, encore en œuvre à l'heure actuelle. Du côté français, le premier projet de médiation par les pairs sera créé en 1993, à l'initiative de l'Association de Médiation de Lyon, qui instaurera un programme test au sein de deux collèges de Seine-Maritime¹³⁴. D'autres associations contribueront à étoffer l'offre en la matière, telle que Résonance, qui élaborera quelques années plus tard plusieurs programmes de médiation scolaire à Montpellier¹³⁵.

40. La jeunesse de la médiation scolaire, loin d'être un défaut, lui offre en réalité un certain dynamisme. Son développement fut à ce titre très soutenu dans les années 1980 aux États-Unis et au Canada anglophone, et dans les années 1990 en France et au Québec. On peut alors se demander quelles sont les raisons de cet attrait soudain de la part des établissements scolaires et des pouvoirs publics pour cette méthode. Si la curiosité liée à un outil nouveau peut constituer un premier argument, il reste néanmoins plus vraisemblable que la logique moderne apportée par cette méthode en soit la cause principale.

¹³³ Ce projet consistait en une adaptation d'un programme américain. À ce titre, voir J. GRENIER, *L'implantation de la médiation scolaire au primaire au Québec. Une étude de cas*, mémoire de maîtrise en sociologie, Laval, Université Laval (Canada), 2016, pp. 15-16.

¹³⁴ J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF éd., 2000, pp. 33-34.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 34.

ii. *La médiation scolaire : une logique moderne*

41. **Des codes similaires à la « médiation classique »** - La médiation scolaire est une déclinaison de la médiation « classique », à la différence près qu'elle s'applique à des mineurs¹³⁶ plutôt qu'à des adultes. Les caractéristiques propres à cette méthode restent donc inchangées. En d'autres termes, deux ou plusieurs parties en conflit tentent de trouver un accord amiable avec l'aide d'un tiers, appelé médiateur, dont le rôle consiste à la fois à faciliter la communication et l'écoute mutuelle entre ces dernières. Ainsi, la nouveauté n'est pas à chercher du côté de la médiation elle-même, mais plutôt du lieu où elle est pratiquée. En effet, comme il a déjà été possible de l'étudier, les établissements scolaires répondaient, en particulier à l'aube des années 1980 et 1990, à une logique plutôt opposée à ces préoccupations. Cette dernière reposait en effet sur l'idée que la discipline ne pouvait être obtenue qu'à travers une démonstration continue et systématique de force de la part l'équipe enseignante, qui consistaient principalement à sanctionner les élèves au moyen des divers dispositifs que nous évoquions plus haut. Il est évident que ces méthodes sont bien éloignées de l'état d'esprit véhiculé par la médiation, qui repose généralement sur des considérations plus pacifiques de dialogue et d'écoute. Elle a dès lors contribué à apporter un regard nouveau sur les pratiques éducatives de l'époque en soulevant certaines problématiques, notamment au regard de la nécessité, voire du bienfondé du châtimeur, qu'il soit physique ou moral. En somme, la médiation a offert à de nombreux établissements scolaires la possibilité d'entrer dans une logique moderne, où les remontrances laissent place à la discussion et la sanction aux accords amiables.

42. En effet, la médiation peut se targuer d'offrir à ses usagers certains avantages, en particulier à l'école où selon plusieurs études, elle contribue à réduire la violence entre les élèves.

¹³⁶ Il peut également arriver que la médiation scolaire s'applique à un ensemble de majeurs et de mineurs, par exemple lorsqu'un conflit oppose un élève et un professeur. Ce type de situation reste néanmoins résiduel en pratique.

b. La médiation en tant qu'outil de lutte contre les violences scolaires

43. Bien que la médiation scolaire n'ait pas été créée à cette fin (*i.*), elle s'avère être une méthode particulièrement efficace de lutte contre la violence (*ii.*).

i. De la gestion de conflit à la lutte contre la violence : un cheminement difficile

44. **La médiation : un parfait compromis** – A l'aube de leur création en 1972, les premiers programmes de médiation scolaire furent conçus dans la perspective d'apprendre aux élèves à mieux gérer et exprimer leurs émotions. Cet objectif s'inscrivait en effet dans l'appréciation qu'avaient les Quakers de la société. Voltaire le démontre d'ailleurs dans ses *Lettres philosophiques*, à l'occasion desquelles il rappelle que cette communauté est non seulement pacifiste, mais également profondément religieuse et égalitaire. Dès lors, confier au juge un pouvoir que les parties détiennent par nature constituerait un non-sens important, et remettrait en cause la notion d'égalité chère aux Quakers, ainsi que le bienfondé de la religion dans laquelle Dieu représente la seule autorité légitime ¹³⁷. La médiation constitue à ce titre le parfait compromis dans la mesure où elle allie respect des croyances, pacifisme et égalité entre les parties et le tiers. Rien d'étonnant donc à ce que cette communauté soit l'une des premières à avoir envisagé l'adaptation de cette méthode à un public scolaire.

45. **Un changement de cap engendré par l'augmentation de la violence** – Il ne faudra toutefois pas longtemps pour que la ligne imaginée par les Quakers change subitement de cap quelques années plus tard, afin de laisser place à une conception nouvelle de la médiation, sans doute plus adaptée aux besoins de l'époque. En effet, la deuxième moitié des années 1970 laissera apparaître certaines problématiques nouvelles, parmi lesquelles figure une augmentation généralisée de la violence ¹³⁸.

¹³⁷ Voltaire dépeint assez précisément cet état de fait dans ses *Lettres philosophiques* (1734). A cette occasion, il décrit par exemple une scène dans laquelle un Quaker, à l'occasion d'un témoignage dans un tribunal en Angleterre, refuse à la fois de se découvrir devant le juge, mais aussi de prêter le serment de vigueur. Ceci nous informe sur deux éléments. Tout d'abord, que le juge n'est pas perçu par les Quakers comme une personne supérieure à n'importe quel membre de la communauté ; ensuite, le fait que le serment « civil » irait à l'encontre des préceptes religieux qu'il se doit de respecter, sans quoi il commettrait un blasphème.

¹³⁸ J-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, op. cit., p. 30. Par ailleurs, il faut ici entendre que cet accroissement de la violence a à la fois touché la société civile, mais également les établissements scolaires.

Plusieurs solutions ont dès lors pu être envisagées, certaines à l'échelle législative, d'autres à l'initiative des associations locales et des établissements scolaires. Si dans le premier cas les États-Unis¹³⁹ et le Canada sont restés relativement discrets, la France a quant à elle cherché à endiguer massivement ce phénomène au moyen de textes divers, tels que les plans Lang (1992) ou Allègres (1998), spécialement dédiés aux violences scolaires. Au côté de ces considérations régaliennes, certaines associations ont pris le parti d'adapter la médiation scolaire à cette nouvelle problématique. Le Community Board de San Francisco fut le premier à effectuer cet exercice, afin de proposer une méthode à même de réduire la violence en hausse dans les établissements scolaires. Plusieurs autres projets similaires suivront, tels que le *Peace Pal Program*¹⁴⁰ aux États-Unis, *Vers le pacifique* au Québec, ou encore les différents projets indépendants élaborés dans les années 1990 en France, tel que celui de l'Association de médiation de Lyon¹⁴¹.

46. La médiation : une solution adaptée aux écoles – Il convient toutefois de noter que cette nouvelle version de la médiation, au même titre que l'ancienne, n'a pas immédiatement convaincu l'ensemble des établissements scolaires à qui elle fut présentée. Ceci s'explique en réalité par la diversité de solutions qui s'offraient alors à eux. En effet, chaque établissement disposait – et c'est encore le cas aujourd'hui – d'un choix difficile à effectuer afin de lutter contre les violences qui sévissaient entre leurs murs. Certaines de ces options ont déjà été mentionnées plus haut. C'est par exemple le cas du durcissement des sanctions disciplinaires ou de la gestion de classe élaborée par la québécoise Nancy Gaudreau. Bien que différentes, ces méthodes n'offrent pour autant pas de solution optimale auprès des élèves, dans la mesure où chacune d'elles se situe à un extrême opposé. La médiation constitue à ce titre une alternative intéressante pour plusieurs raisons. En effet, comme nous l'énoncions à l'instant, l'approche disciplinaire et la gestion de classe sont différentes, en particulier sur deux points : la chronologie et la nature de l'action. Ainsi, lorsque l'approche disciplinaire nécessite que l'acte violent se soit déjà produit afin d'établir une sanction, la gestion de classe privilégie une action

¹³⁹ Il faut toutefois noter que les États-Unis, sans doute motivés par les différentes fusillades de masse qui se sont produites sur leur sol, ont notamment envisagé la question du port d'armes à l'école au travers de différents textes fédéraux, tels que le Gun Free Schools Act (1994), qui criminalisa le fait, pour quiconque, d'apporter une arme à feu proche de l'enceinte d'un district scolaire. Plusieurs États américains ont également suivi cette tendance du bannissement des armes à feu à l'école.

¹⁴⁰ R. SCHELLENBERG, A. PARKS-SAVAGE, M. REHFUSS, « Reducing Levels of Elementary School Violence with Peer Mediation », *American School Counselor Association*, (June 2007).

¹⁴¹ J-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, op. cit., pp. 33-39.

anticipée afin que l'acte en question ne soit pas en mesure de se réaliser. En outre, si la première privilégie les décisions imposées, la seconde préfère le recours à une forme plus douce de discussion dirigée¹⁴², dans le but d'éviter à l'élève de commettre des actes regrettables. La médiation scolaire se situe quant à elle entre ces deux pôles. Dans la chronologie de l'action, elle offre ainsi un compromis attrayant dans la mesure où pour être utilisée, la médiation nécessite l'existence d'un conflit ou d'un acte au moins naissant, mais pas forcément achevé. Aussi, et à la différence des méthodes précédentes, la médiation préfère le recours à la négociation plutôt qu'à la solution imposée ou semi imposée. Elle vise donc à atteindre une solution mutuellement acceptée par les parties, élément qui ne constitue pas une priorité pour les méthodes précédentes. Enfin, là où les deux premières ne permettent qu'aux adultes d'agir, la médiation scolaire autorise quant à elle des élèves à jouer le rôle de tiers, ce qui, nous aurons l'occasion de le voir, peut s'avérer particulièrement profitable.

47. Ce sont probablement ces avantages qui ont fini par séduire un certain nombre d'écoles en Amérique du Nord et qui ont encouragé les organismes spécialisés à rivaliser d'idées afin d'affiner et de développer cette méthode. Toutefois, la théorie, bien qu'importante, n'est rien si la pratique démontre qu'elle avait tort. Dès lors, la médiation scolaire est-elle aussi efficace que ce que l'on pourrait croire ?

ii. *Une méthode de lutte contre la violence particulièrement efficace*

48. **Des professeurs réservés** – Comme toute nouvelle méthode, la médiation scolaire a été à l'origine de plusieurs interrogations émanant des sceptiques, qui considéraient ce concept comme inefficace. Les enseignants furent à ce titre les plus nombreux à émettre des réserves, en particulier en France¹⁴³. Certains estimaient en effet, encore jusqu'à très récemment, que la médiation ne pouvait aboutir que dans un nombre très restreint de situations, notamment dans les cas où les enfants en conflit présentent des signes de sensibilité. La médiation serait à l'inverse infructueuse lorsqu'elle implique

¹⁴² Par-là, il faut entendre que l'enseignant tente d'amener la solution qu'il souhaite appliquer à l'élève par la discussion. Elle n'est donc pas imposée aussi durement que dans le modèle disciplinaire, mais n'est pas pour autant négociée avec l'élève.

¹⁴³ Ce phénomène n'a toutefois pas épargné l'Amérique du Nord. Voir par exemple P. LINDSAY, « Conflict Resolution and Peer Mediation in Public Schools: What Works? » *Mediation Quarterly*, vol. 16, n°1, (Fall 1998), p. 89.

des élèves dont le caractère est plus affirmé, ou qui présentent un trouble du comportement¹⁴⁴. Ces arguments sont en outre corroborés par un certain nombre d'observations plutôt négatives exprimées à l'encontre des résultats engendrés par la médiation scolaire¹⁴⁵. Plusieurs enseignants allèguent en effet que les améliorations apportées sont plutôt dérisoires au regard des violences perpétrées au sein de l'école, allant parfois jusqu'à mentionner l'absence totale de résultat. La proportion assez importante d'études menées à ce sujet démontre néanmoins le caractère relativement anecdotique de cette position. La grande majorité d'entre elles atteste en effet du bon fonctionnement de la médiation scolaire, mais également de ses résultats probants en matière de lutte contre la violence à l'école.

49. **La médiation scolaire : une méthode aux résultats probants** – Ainsi, dans son étude portant sur les effets à court terme de la médiation scolaire dans les lycées américains (*high school*)¹⁴⁶, Kathy Kolan est arrivée à la conclusion que cette méthode constituait « *une alternative permettant de gérer la violence de manière constructive* »¹⁴⁷. Pour ce faire, elle fonde principalement ses résultats sur certaines données statistiques, telles que le taux d'accords passés après une séance de médiation (93%), ou le taux d'accords encore en cours d'exécution cinq à sept jours après leur signature (82%). Ces résultats viennent en outre confirmer les données avancées par une étude réalisée quelques années plus tôt par trois chercheurs nord-américains¹⁴⁸, qui concluait au même taux de succès de la médiation scolaire dans une école élémentaire du Maryland (États-Unis). Toutefois, à la différence des précédents, ces travaux démontraient avec une plus grande précision l'effectivité de cette méthode au regard de la violence. Ainsi, on y apprend que le programme de médiation scolaire étudié aurait permis non seulement de faire baisser le nombre d'exclusions disciplinaires (*disciplinary suspensions*), mais également de renvois vers le bureau du principal¹⁴⁹. Par ailleurs, les travaux de perception

¹⁴⁴ J.-P. BONAFE-SCHMITT, « La médiation scolaire par les pairs : une alternative à la violence à l'école », *Revue de Recherches en Education*, n°37, (2006), p. 180.

¹⁴⁵ J.-P. BONAFE-SCHMITT, « La médiation scolaire par les pairs », *op. cit.*, p. 180.

¹⁴⁶ K. KOLAN, « An Analysis of the Short-Term Impact of Peer Mediation on High School Disputants in an Ethnically Diverse Suburban School System », Thèse de doctorat en science de l'éducation, dir. Dr. L. WEST, Washington, George Washington University, 1999.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p.130.

¹⁴⁸ K. E. POWELL, L. MUIR-MCCLAIN, L. HALASYAMANI, « A Review of Selected School-Based Conflict Resolution and Peer Mediation Projects », *Journal of School Health*, vol. 65, n°10, (Dec. 1995).

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 428.

menés par Paul Lindsay sur la médiation par les pairs auprès de dix-sept écoles publiques américaines¹⁵⁰ ont démontré que 53% du corps enseignant estimait que l'atmosphère de l'école était plus sûre après la mise en œuvre du programme, et 38% ont déclaré avoir observé une diminution des altercations physiques dans l'enceinte de l'école¹⁵¹.

50. Bien que ces études mettent en exergue certaines tendances, il faudra néanmoins attendre 2007 pour que des chercheurs consacrent exclusivement leurs travaux à la relation qui existe entre la médiation et la violence à l'école. Rita Schellenberg, Agatha Parks-Savage et Mark Rehfuss furent à ce titre les premiers à démontrer, par le biais de données statistiques, que la médiation par les pairs jouait un rôle effectif sur la violence scolaire. Afin de parvenir à ces résultats, ces trois professeurs américains ont étudié un programme instauré dans une école élémentaire de la région mid-atlantique des États-Unis¹⁵². Ces travaux, conduits sur une durée de cinq ans, ont non seulement permis de démontrer l'existence de plusieurs formes de violences, mais également que la médiation produisait des effets sur plusieurs années, en réduisant notamment les mauvais comportements à l'école. L'étude révèle à ce titre qu'entre 1999/2000, année précédant l'instauration du programme et 2002/2003, année suivant l'instauration du programme, les violences (toute catégorie confondue) ont subi une baisse impressionnante de 76%¹⁵³. On notera toutefois que cette régression n'a pas été aussi forte les deux années suivantes, puisque ces diminutions ont respectivement atteint 68 et 61% par rapport à 1999/2000¹⁵⁴. Bien que moindres, ces résultats particulièrement élevés permettent de démontrer l'impact positif de ce programme sur l'école et, par conséquent, son effectivité au regard de la lutte contre la violence scolaire.

¹⁵⁰ Ces écoles représentent l'ensemble de la palette proposée par le système éducatif public américain. Ainsi sur ces 17 établissements, on dénombre six *elementary schools* (de 5 à 11 ans), six *middle schools* (de 11 à 14 ans) et cinq *high schools* (de 14 à 18 ans).

¹⁵¹ P. LINDSAY, « Conflict Resolution and Peer Mediation in Public Schools », *op. cit.*, pp. 89-90.

¹⁵² La région mid-atlantique s'étend sur le territoire de plusieurs Etats situés au nord-est des Etats-Unis. Elle inclut le Delaware, le District de Columbia, le Maryland, la Virginie, la Pennsylvanie, ainsi qu'une partie du New-Jersey, de l'Etat de New-York et de la Caroline du Nord.

¹⁵³ R. SCHELLENBERG, A. PARKS-SAVAGE, M. REHFUSS, « Reducing Levels of Elementary School Violence with Peer Mediation », *op. cit.*

¹⁵⁴ Ce ralentissement peut s'expliquer de plusieurs façons. Tout d'abord, par l'augmentation des effectifs dans l'établissement concerné. En effet, l'étude menée par Madame Schellenberg et son équipe a enregistré une hausse de 179 élèves entre 1999/2000 et 2004/2005 (p. 479). Ensuite, bien que l'étude ne le mentionne pas, cette régression peut également s'expliquer par une réduction du nombre de médiateurs ou par une diminution de la communication réalisée en faveur du programme.

51. À l'inverse des études anglophones, les études francophones sont moins nombreuses. Certains chercheurs québécois et français se sont toutefois penchés sur cette problématique en parvenant à des résultats similaires. Les travaux français et québécois proposent toutefois une approche différente, en se focalisant principalement sur les effets de la médiation scolaire sur les médiateurs, plutôt que sur l'ensemble des élèves ayant bénéficié du programme. Tel est par exemple le cas de l'expérimentation menée par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt au sein de différents collèges français. À cette occasion, il constate que la majorité des personnes interrogées¹⁵⁵ affirme avoir perçu une amélioration du comportement des élèves depuis l'instauration du programme de médiation scolaire¹⁵⁶. Toutefois, cette déclaration aux apparences générales est rapidement réduite aux élèves médiateurs par l'ensemble des témoignages rapportés par le chercheur, qui ne mentionnent qu'eux. L'étude québécoise menée quelques années plus tôt par Normand Rondeau, François Bowen et Jean Bélanger arrive, elle aussi, aux mêmes résultats. Elle conclut ainsi à une amélioration notoire du comportement des élèves médiateurs, non seulement en comparaison à celui de leurs pairs, mais également à celui des élèves des écoles dites « de contrôle »¹⁵⁷, qui restent stables¹⁵⁸. Ces travaux distinguent toutefois deux périodes. La première concerne l'année de naissance du programme et ne bénéficie donc principalement qu'aux élèves médiateurs, qui voient ainsi leur agressivité diminuer¹⁵⁹. La deuxième porte quant à elle l'année suivant l'instauration du programme et concerne l'ensemble de la population estudiantine de l'école, qui bénéficie alors de « retombées positives plus nombreuses »¹⁶⁰. Ces termes généraux doivent néanmoins appeler à une certaine prudence. En effet, il n'est ici pas certain que ces retombées positives englobent une diminution des violences scolaires, dans la mesure où cette information ne fait l'objet d'aucune mention à ce stade de l'étude. Il n'en demeure pas moins que certains indices autorisent une interprétation en ce sens. Tel est par exemple le cas lorsque que les auteurs font part d'une amélioration des comportements ou des relations sociales entre les élèves. Un tel changement laisse en effet entendre que le

¹⁵⁵ Ces personnes étaient des membres du corps enseignant des établissements visés par l'étude.

¹⁵⁶ J. P. BONAFE-SCHMITT, « La médiation scolaire par les pairs » *op. cit.*, p. 179.

¹⁵⁷ Afin d'établir des résultats aussi précis que possible, cette étude québécoise compare les résultats obtenus dans les écoles bénéficiant d'un programme de médiation par les pairs avec ceux de certaines écoles de référence, appelées « écoles de contrôle ».

¹⁵⁸ N. RONDEAU, F. BOWEN, J. BELANGER, *Evaluation d'un programme de promotion de la conduite pacifique en milieu scolaire primaire. Rapport final*, Institut Pacifique, Juin 1999, p. 57.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 58.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 59.

programme de médiation scolaire a instauré un climat plus apaisé au sein de l'établissement, impliquant par là même une réduction du nombre de violences. Il appartiendra néanmoins à chacun de forger sa propre opinion à ce sujet.

52. Pour conclure, la lutte contre la violence à l'école constitue, depuis bon nombre d'années, une préoccupation importante pour les pouvoirs publics comme pour les établissements scolaires. Plusieurs réponses ont pu être apportées, certaines bien différentes des autres. La première d'entre elle – et la plus répandue – fut la sanction disciplinaire, parfois décriée, mais également utile dans la mesure où elle offre aux élèves l'opportunité de s'acclimater au traitement que leur réserve la société, qui repose principalement sur la règle de droit. La seconde repose quant à elle sur une vague de concepts alternatifs, parmi lesquels figurent la gestion de classe et plus encore la médiation par les pairs. Cette dernière offre bien entendu de nombreuses possibilités en permettant aux élèves de se responsabiliser davantage et de pacifier les relations qui sont les leurs. Néanmoins, si la médiation scolaire présente de bons résultats en matière de lutte contre la violence, il convient tout de même d'avouer qu'elle n'est pas infaillible. Plusieurs études démontrent en effet que son efficacité est mise à mal dans les cas de fortes violences¹⁶¹. Dès lors, il semblerait opportun de ne pas considérer la sanction disciplinaire et la médiation scolaire comme deux méthodes rivales, mais plutôt comme deux outils complémentaires à même d'élargir le spectre de la lutte contre la violence à l'école.

53. En outre, si l'objectif premier de la médiation scolaire consiste à réduire les comportements déviants, elle peut également contribuer à faire changer les mentalités au regard du recours aux modes amiables de résolution des conflits.

¹⁶¹ Voir par exemple R. CHURCHILL, « Today's Children, Tomorrow's Protectors: Purpose and Process for Peer Mediation in K-12 Education », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 13, n°2, (2013), p. 376. Cette étude prend notamment l'exemple de violences particulièrement extrêmes telles que les fusillades. Selon l'auteur, la médiation n'aurait, dans des cas de figure tels que la fusillade de Columbine, pas pu empêcher ces événements de se produire.

B. La médiation scolaire : vers une évolution de la mentalité des citoyens de demain

54. On a peut-être tendance à l'oublier, mais les justiciables ont pour la grande majorité un point en commun : ils ont été élèves un jour. Pour beaucoup, les aptitudes développées à l'école ont permis à la fois de façonner et d'enrichir leur personnalité afin de créer les personnes qu'ils sont aujourd'hui. Ce schéma dont l'immuabilité n'est plus à discuter, s'appliquera, de la même manière, aux enfants de notre temps. Cette situation pousse dès lors à poser certaines questions. En effet, en partant du principe que l'esprit d'un enfant est plus malléable que celui d'un adulte, il ne semble pas invraisemblable d'imaginer que leur mise en contact plus ou moins prolongée avec les modes amiables puisse entraîner des conséquences sur la société de demain. Bien qu'il n'existe à l'heure actuelle aucune étude exclusivement consacrée à ce sujet, certains chercheurs ont permis de démontrer que les programmes de médiation scolaire pouvaient avoir un impact sur les élèves, en leur permettant de se responsabiliser face au conflit, mais également de modifier leur comportement sur le long terme¹⁶². Pour comprendre ce phénomène et savoir s'il peut trouver à s'appliquer en toute vraisemblance, il convient en premier lieu d'étudier l'impact qu'ont ces programmes sur les élèves d'aujourd'hui (1), afin de se pencher ensuite sur les conséquences qu'ils pourraient engendrer sur les adultes de demain (2).

1. L'impact de la médiation scolaire sur les élèves d'aujourd'hui

55. Si plusieurs des études qu'il nous a été donné de mentionner démontrent l'efficacité de la médiation scolaire auprès des élèves¹⁶³, qu'en est-il exactement de l'impact qu'elle a pu avoir sur eux ? Ce point est en effet déterminant afin d'établir le lien qui peut exister entre la mise en contact des élèves avec les modes amiables et l'utilisation qu'ils en feront une fois arrivés à l'âge adulte. Toutefois, il faut bien le reconnaître, l'implication des différents acteurs au sein de ces projets est loin d'être identique. Dès lors, il est impossible d'affirmer que les retombées d'un tel programme seront les mêmes

¹⁶² J. GRENIER, *L'implantation de la médiation scolaire au primaire au Québec. Une étude de cas*, mémoire de maîtrise en sociologie, Laval, Université Laval (Canada), 2016, pp. 58-59.

¹⁶³ On note en effet que dans la majorité des cas à l'issue du processus, les parties en conflit parviennent à la signature d'un accord.

pour un élève médiateur, qui a suivi une formation généralement aboutie, et un enfant qui en a seulement bénéficié ou entendu parlé. Plusieurs études viennent par ailleurs confirmer cette hypothèse en démontrant que les élèves médiateurs étaient bien plus concernés par les effets positifs de la médiation scolaire que les autres, notamment grâce à leur degré d'implication accru dans le processus. Toutefois, il serait également erroné de considérer que les autres élèves ne bénéficient pas des retombées des programmes de médiation scolaire.

56. Dès lors, il semblerait opportun de s'intéresser plus en détail à la nature de cet impact sur les élèves (a), avant de voir que ce dernier n'est pas de même intensité selon le groupe auquel ils appartiennent (b).

a. La nature de l'impact sur les élèves

57. L'impact d'un programme de médiation scolaire comporte principalement deux volets. D'un côté, il permet aux élèves d'intégrer une perception positive du conflit (i.) ; de l'autre il leur offre la possibilité d'ouvrir leur esprit en leur montrant qu'il existe d'autres moyens de le résoudre (ii.).

i. *La perception du conflit en tant qu'évènement positif*

58. **Le conflit traditionnellement perçu comme négatif** – Dans l'imaginaire collectif, il faut le reconnaître, le conflit jouit d'une très mauvaise réputation. Nombreux sont d'ailleurs ceux qui cherchent à tout prix à l'éviter. Cette quête n'est toutefois pas aisée, pour ne pas dire perdue d'avance, dans la mesure où aussi désagréable qu'il puisse-t-être, le conflit est parfois inévitable. Mais d'où provient alors cette triste renommée ? La réponse n'est en réalité pas difficile à obtenir et se trouve dans le ressenti des individus ayant affronté une telle épreuve. Chacun d'entre nous reconnaitra en effet que le conflit donne naissance, si ce n'est à une situation délicate, tout du moins à un ensemble de sentiments négatifs. Parmi eux, on retrouve notamment la peur, la colère, la frustration, mais également l'anxiété ou l'agression. Dans la plupart des cas, cette situation donne

lieu à deux issues : la bataille ou la fuite¹⁶⁴. Là encore, l'une et l'autre de ces options donnent naissance à des conséquences particulièrement négatives. Dans le premier cas, l'individu se demande quelles seront les conséquences d'un tel affrontement, alors que dans le second persiste un certain nombre de non-dits potentiellement dévastateurs sur le long terme.

59. L'école, en tant que haut lieu de socialisation, ne fait pas exception à cet ensemble et contribue indirectement à renforcer l'image négative du conflit, en cultivant l'idée selon laquelle il est à éviter et que ses conséquences sont bien souvent douloureuses. Ce phénomène est par ailleurs si important qu'il touche parfois certains programmes de médiation scolaire. Dans son étude réalisée en 1998, le sociologue américain Richard Hessler a en effet démontré qu'un nombre tout à fait résiduel de programmes définissaient encore le conflit comme une anomalie « *devant être résolue, voire éradiquée* »¹⁶⁵.

60. L'impact positif de la médiation scolaire sur la perception du conflit –
C'est notamment pour lutter contre cette approche que plusieurs voix se sont élevées au cours des dernières décennies. Parmi elle, la thérapeute Françoise Picouleau, qui dénonçait déjà il y a quelques années cette limite dualiste selon laquelle le conflit ne pourrait donner lieu qu'à une bataille ou un abandon. Selon elle, il semblerait opportun d'adjoindre à ces deux opposés une troisième option : le dialogue¹⁶⁶. D'après l'auteure, cette possibilité permettrait de préserver une atmosphère positive autour des protagonistes, tout en limitant l'afflux des sentiments négatifs présent dans le cadre du conflit pris dans son entendement traditionnel. Cette appréciation positive du conflit est par ailleurs privilégiée par de nombreux concepteurs de programmes de médiation scolaire, qui le considèrent comme un événement positif, voire nécessaire¹⁶⁷. Imprégnés par cet état d'esprit, les projets véhiculent dès lors une conception différente du conflit auprès des élèves, qui bien souvent n'y restent pas insensibles, en particulier lorsqu'ils

¹⁶⁴ F. PICOULEAU, « Le conflit, une opportunité de changement », *Cahier d'éthique sociale et politique*, n°53, (1997), p. 18.

¹⁶⁵ R. M. HESSLER, S. HOLLIS, C. CROWE, « Peer Mediation: A Qualitative Study of Youthful Frames of Power and Influence », *Mediation Quarterly*, vol. 15, n°3, (Spring 1998), p. 188.

¹⁶⁶ F. PICOULEAU, *op. cit.*, pp. 18-19.

¹⁶⁷ R. M. HESSLER, S. HOLLIS, C. CROWE, « Peer Mediation: A Qualitative Study of Youthful Frames of Power and Influence », *op. cit.*, p. 188.

sont eux-mêmes médiateurs¹⁶⁸. Les travaux menés par Roger et David Johnson, professeurs à l'université du Minnesota, illustre d'ailleurs bien ce phénomène¹⁶⁹. Les deux frères démontrent en effet qu'à l'issue de leur formation, les élèves médiateurs abordent le conflit avec plus de sérénité. Il semblerait en outre que leur attitude auparavant très négative à son égard soit désormais plus positive au sortir de ces enseignements¹⁷⁰.

61. Bien qu'aucune étude ne le mentionne avec suffisamment de précision, il n'est pas impossible d'imaginer que la médiation scolaire puisse avoir des effets au regard de l'appréciation qu'ont les autres élèves du conflit. En effet, comme le rappelle Robert Hessler, ces programmes sont conçus dans l'idée de leur apprendre que le conflit est nécessaire¹⁷¹. Dès lors, il semblerait particulièrement invraisemblable que les élèves, en particulier lorsqu'ils ont bénéficié de la médiation, n'aient pas été touchés par cette approche positive du conflit.

62. En outre, il semblerait que les programmes de médiation scolaire contribuent également à démontrer à la population étudiante qu'il existe, aux côtés des formes traditionnelles de résolution des différends consistant à référer le problème à un adulte, d'autres méthodes permettant d'arriver à cette fin.

ii. L'apprentissage d'une forme nouvelle de résolution du conflit

63. Les formes « compétitives » de résolution du conflit en milieu scolaire
– De nos jours, lorsqu'un conflit survient en milieu scolaire, plusieurs stratégies peuvent être adoptées par les élèves. Ce choix dépend généralement de plusieurs facteurs hétérogènes pouvant aller de l'environnement, à l'éducation des enfants concernés. Les observations menées par quelques chercheurs démontrent à ce titre que deux groupes d'options prédominent en la matière. Le premier est sans doute le plus commun et consiste à amener le conflit devant un adulte, le plus souvent un enseignant. Le second,

¹⁶⁸ A l'heure actuelle, aucune étude ne permet avec suffisamment de précision d'affirmer que la médiation scolaire permette d'impacter positivement l'attitude des élèves dans leur globalité à l'égard du conflit.

¹⁶⁹ R. T. JOHNSON, D. W. JOHNSON, « Teaching Students to be Peacemakers: A Meta-Analysis », *Journal of Research in Education*, vol. 12, no. 1, (Fall 2002), p. 35.

¹⁷⁰ R. T. JOHNSON, D. W. JOHNSON, « Teaching Students to be Peacemakers: A Meta-Analysis », *op. cit.*, p. 35.

¹⁷¹ R. M. HESSLER, S. HOLLIS, C. CROWE, « Peer Mediation: A Qualitative Study of Youthful Frames of Power and Influence », *op. cit.*, p. 188.

plus radical, vise quant à lui à intimider ou contraindre ses opposants par la force afin d'obtenir gain de cause. Bien que différentes, ces deux méthodes ont en commun une appréciation similaire du conflit et de sa résolution, qui repose, selon les termes employés par Roger et David Johnson, sur des stratégies compétitives visant à « gagner » au détriment de l'autre partie¹⁷². Largement présente et ancrée dans l'ensemble de la société civile, qu'il s'agisse de la France, des États-Unis, ou du Canada, cette dernière suppose que l'opposant, loin d'être un allier, est en réalité un adversaire. L'objectif de cette manœuvre est alors simple : faire fructifier ses propres intérêts.

64. **La médiation scolaire : une stratégie gagnant-gagnant** – Nous le savons déjà, la médiation, qu'elle soit pratiquée en milieu scolaire ou non, présente des caractéristiques différentes visant à favoriser le dialogue et le compromis. À l'inverse des méthodes qui précèdent, l'objectif consiste donc à privilégier une stratégie gagnant-gagnant en vue d'offrir au conflit une résolution aussi pacifique que possible. À cet égard, deux questions peuvent être posées. Tout d'abord, cette logique nouvelle a-t-elle un impact quelconque sur les élèves ? Ensuite, peut-on imaginer que cette même logique puisse traverser les années, en entraînant des conséquences sur ces mêmes individus à l'âge adulte ?

65. **Le fort impact de la médiation scolaire la résolution des conflits** – S'il n'existe à ce jour aucune étude en mesure d'élucider cette deuxième interrogation, il a été possible pour certains d'apporter des éléments de réponse à la première. Roger et David Johnson font partie de ceux-là. Au travers de leur étude, ces derniers ont cherché à observer le comportement des élèves dans une dizaine d'écoles américaines et canadiennes ayant instauré le *Teaching Student to be Peacemakers Program*, dont le but consiste notamment à promouvoir le recours à la médiation. Ces travaux, menés sur plus d'une décennie¹⁷³, ont conduit les deux chercheurs à démontrer l'existence d'une prédisposition chez les étudiants non entraînés à privilégier une logique compétitive¹⁷⁴. Cette dernière pouvait notamment se manifester sous diverses formes, telles que l'appel

¹⁷² R. T. JOHNSON, D. W. JOHNSON, « Teaching Students to be Peacemakers: A Meta-Analysis » *op. cit.*, p. 32.

¹⁷³ Cette étude regroupe en effet plusieurs travaux réalisés par les auteurs, ayant chacun duré jusqu'à 8 mois consécutifs. Mis bout à bout, ces travaux permettent d'analyser l'application du programme sur une période de 12 ans.

¹⁷⁴ R. T. JOHNSON, D. W. JOHNSON, « Teaching Students to be Peacemakers: A Meta-Analysis » *op. cit.*, p. 32.

au soutien d'un adulte, mais aussi « *la requête répétée auprès d'un autre élève, le recours à la menace, l'agression, ou encore l'ordre d'abandonner ses revendications personnelles* »¹⁷⁵. Afin de mesurer l'impact du programme sur les élèves, Roger et David Johnson ont élaboré un test sous forme de cas pratique à leur intention. À cette occasion, chacun des participants fut placé dans une situation de conflit pour laquelle deux choix étaient possibles : opter pour une stratégie compétitive visant à maximiser son propre intérêt, ou privilégier le compromis afin d'obtenir un bénéfice partagé¹⁷⁶. Ce test fut en outre proposé à deux groupes, l'un ayant bénéficié de la formation offerte par le *Teaching Student to be Peacemakers Program*, et l'autre n'ayant bénéficié d'aucune formation. À ce titre, les résultats obtenus par les frères Johnson sont sans appel et démontrent une volonté massive de recours à la négociation pour les élèves ayant suivi le programme. À l'inverse, ils soulignent une absence totale de recours à cette pratique pour les élèves non entraînés¹⁷⁷.

66. Ces résultats sont intéressants à plusieurs titres. Ils permettent tout d'abord, par la technique employée, de mettre en avant des éléments à la fois précis et explicites, permettant de se faire une idée particulièrement claire des tendances en matière de médiation scolaire. Ils mettent ensuite et surtout en lumière le fait que cette méthode, lorsqu'elle est employée à l'école, a bel et bien un impact sur les élèves¹⁷⁸. La comparaison effectuée par les frères Johnson est en effet parlante : les élèves en contact avec la médiation ont tendance à y recourir bien plus massivement que les autres. Ces résultats démontrent à l'inverse qu'entendre sommairement parler de la médiation ne suffit pas à déclencher ce mécanisme dans l'esprit des élèves¹⁷⁹. À ce titre, il est à regretter

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ R. T. JOHNSON, D. W. JOHNSON, « Teaching Students to be Peacemakers: A Meta-Analysis » *op. cit.*, pp. 34-35.

¹⁷⁷ R. T. JOHNSON, D. W. JOHNSON, « Teaching Students to be Peacemakers: A Meta-Analysis » *op. cit.*, p. 35.

¹⁷⁸ D'autres études sont également parvenues à ce résultat, à l'instar de celle menée par les américains Julie Hart et Mark Gunty au milieu des années 1990, qui par un jeu de comparaison quelque peu différent (il était ici question d'étudier le comportement des élèves de plusieurs écoles alors que certaines disposaient d'un programme de médiation scolaire mais pas d'autres, mais également sur plusieurs périodes), parviennent à des résultats similaires. Les deux chercheurs arrivent en effet à la conclusion dans les écoles qui pratiquent la médiation, les élèves semblent plus enclins à utiliser une stratégie gagnant/gagnant que les autres. Ils notent également une réduction significative du recours à des stratégies gagnant/perdant, que David et Roger Johnson qualifiaient de logique compétitive. J. HART, M. GUNTY, « The Impact of a Peer Mediation Program on an Elementary School Environment », *Peace & Change*, vol. 22, no. 1, (Jan. 1997), pp. 85-86.

¹⁷⁹ Pour avancer cela, nous partons du principe que les élèves qui n'ont pas participé de près ou de loin aux formations dispensées par le *Teaching Students to be Peacemakers Program* en ont au moins entendu parler, dans la mesure où il s'est implanté dans l'enceinte de leur école.

que cette étude ne prenne pas en compte les enfants qui ont recouru à la médiation sans pour autant y être formés, qui constituent pour ainsi dire un intermédiaire entre ces deux extrêmes. Il reste malgré tout envisageable d'émettre une hypothèse à ce sujet. En effet, il n'est pas impossible d'imaginer que ces élèves puissent eux-mêmes chercher à promouvoir ces programmes, en particulier lorsque cette expérience s'est avérée positive à leur égard. Cette supposition a d'ailleurs pu être vérifiée à de nombreuses reprises en France, aux États-Unis et au Canada auprès d'adultes qui, satisfaits de leur expérience, ont fait le choix de la recommander à leur entourage. Dès lors, rien n'empêche de penser que des élèves ne suivent pas le même chemin, en particulier lorsque l'on sait que la médiation scolaire offre généralement une issue fructueuse aux parties en conflit¹⁸⁰.

67. **Des résultats partiellement confirmés en France** – Par ailleurs, une étude réalisée par le sociologue français Jean-Pierre Bonafé-Schmitt en 2000 a partiellement confirmé ces résultats, en démontrant que la médiation scolaire avait bel et bien un impact sur l'appréciation qu'ont les élèves médiateurs du conflit et de sa résolution, mais également en confirmant qu'elle pouvait exercer une influence sur les autres élèves¹⁸¹. Ces résultats sont toutefois à envisager avec une certaine prudence pour deux raisons. Tout d'abord, la période sur laquelle se sont poursuivis ces travaux est beaucoup moins importante que dans le cas précédent. Ensuite, ces résultats reposent principalement sur l'observation d'instituteurs ou de professeurs dont le jugement a pu être affecté par des a priori sur la médiation mais surtout qui n'ont pas été formés à cette tâche. Il n'est dès lors pas impossible – sans bien entendu chercher à mettre en doute les travaux de M. Bonafé-Schmitt, que certaines d'entre elles ne reflètent pas une parfaite réalité de la situation.

68. Pour résumer, la nature de l'impact que peut avoir la médiation scolaire sur les enfants est double. Elle leur permet d'une part d'apprécier le conflit de manière positive, mais également d'intégrer d'autres moyens afin d'y mettre un terme. Toutefois, il ressort généralement des études qui ont été mentionnées jusqu'alors que certains bénéficient de ces avantages plus que d'autres.

¹⁸⁰ R. SCHELLENBERG et al., « Reducing Levels of Elementary School Violence with Peer Mediation », *ASCA*, vol. 10, no. 5, (2007), p. 478.

¹⁸¹ J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF éd., 2000, p. 201.

b. Un impact différent entre les élèves

69. **Une différence fondée sur le degré d'implication des élèves dans le programme** – L'impact des programmes de médiation scolaire sur les élèves n'est généralement pas le même pour chacun d'eux. Il ressort en effet de plusieurs études menées en Amérique du Nord et en France que ces derniers ne bénéficient pas équitablement des avantages offerts par la médiation. Cette différence s'explique principalement par le degré d'implication des élèves dans le processus, qui offrirait aux élèves médiateurs une longueur d'avance sur leurs camarades. En effet, la formation que ces derniers ont suivie préalablement à leur entrée en fonction contribue, en plus de la pratique, à leur apporter une sensibilisation supplémentaire aussi bien par rapport à l'appréciation du conflit que du recours aux modes amiables. Il serait toutefois erroné de ne pas reconnaître l'impact que ces programmes peuvent avoir sur les autres élèves. En effet, bien que moins imprégnés par cette culture, ces derniers ont toutefois pu bénéficier de certains de ses enseignements à l'occasion des séances de médiation offertes par leurs camarades médiateurs. Ces dernières, loin d'être sans effet, marquent généralement leur esprit en développant une nouvelle aptitude bien souvent partagée avec les médiateurs : *l'empowerment*. Équivalant à une prise de conscience, cette dernière permet selon nous d'amorcer un changement dans l'esprit des élèves non-initiés à la pratique de la médiation, afin potentiellement d'éveiller en eux un intérêt suffisant pour réitérer l'expérience dans le futur. Attachons-nous dès lors dans un premier temps à étudier cette notion afin de comprendre comment elle impacte les élèves (*i.*), avant de chercher à démontrer que les médiateurs sont malgré tout plus touchés que les autres par cet état d'esprit (*ii.*).

i. L'empowerment en tant qu'outil de prise de conscience collective

70. **Définition** – *L'empowerment* est un concept à première vue difficile à définir tant il est général. Plutôt connu en Amérique du Nord, ce terme fait référence selon sa traduction littérale à la notion de responsabilisation¹⁸². Peu parlante en matière de médiation, cette dernière doit être mise de côté afin de lui préférer une définition plus adéquate. En se penchant sur les origines de ce terme, on apprend que « *empowerment* »

¹⁸² Traduction par *Le Robert & Collins*, 9^{ème} Ed., 2010.

vient du verbe anglais « *to empower* », qui signifie donner le pouvoir. Beaucoup plus claire, cette traduction se rapproche plus fidèlement de la définition souvent donnée par certains chercheurs selon laquelle, en matière de médiation, l'*empowerment* correspondrait à une prise de conscience permettant aux individus de comprendre qu'ils sont capables de régler leur différend par leurs propres moyens¹⁸³. En d'autres termes, cette notion les investit du pouvoir de décider pour eux-mêmes.

71. La nécessité de l'*empowerment* dans la résolution du conflit – De surcroît bien présent dans le cadre de la médiation entre adultes, l'*empowerment* n'en est pas moins compatible avec la population scolaire. Plusieurs études démontrent en effet que les enfants peuvent, au même titre que les adultes, devenir acteurs de cette prise de conscience¹⁸⁴. Intéressante par sa flexibilité, cette notion présente en outre l'avantage de toucher à la fois les élèves en conflits et les jeunes médiateurs. Cette possibilité repose en réalité sur l'acquisition commune de certaines compétences par ces acteurs. Ces dernières peuvent être de plusieurs ordres et correspondent généralement au développement de la connaissance de soi (*self-awareness*)¹⁸⁵ et de ses besoins¹⁸⁶, accompagnée d'un accroissement de l'empathie¹⁸⁷. Cette combinaison est d'ailleurs particulièrement intéressante. Elle rappelle en effet que la résolution amiable d'un conflit requiert deux choses. Tout d'abord, l'admission qu'en tant que personne, on éprouve des sentiments et des besoins et qu'il est possible de les exprimer. Ensuite, la compréhension que chaque être humain est doté de ces mêmes caractéristiques. S'il apparaît difficile de connaître avec précision le moment où se produira cette illumination – car chaque individu est

¹⁸³ Voir notamment J. D. BAILEY, D. MCCARTY, « Assessing Empowerment in Divorce Mediation », *Negotiation Journal*, (July 2009), p. 328 ; ou encore M. M. PEARROW, « A Critical Examination of an Urban-Based Youth Empowerment Strategy : The Teen Empowerment Program », *Journal of Community Practice*, vol. 16, no 4, (2008), p. 510.

¹⁸⁴ Dans leur étude intitulée « Empowering Children in Mediation. An Intervention Model », Ernest Sanchez et Sherrie Kibler-Sanchez reconnaissent que les enfants peuvent bénéficier de l'*empowerment*. Ces conclusions ne furent toutefois pas évidentes dans la mesure où un grand nombre de problématiques se sont offertes aux auteurs. Parmi elles, on retrouve notamment le questionnement sur la capacité de l'enfant à intérioriser cette prise de pouvoir, mais également sa faculté à l'opposer à d'autres individus, tels que des adultes. Pour approfondir : E. A. SANCHEZ, S. KIBLER-SANCHEZ, « Empowering Children in Mediation. An Intervention Model », *Family Court Review*, vol. 42, no 3, (July 2004), pp. 554-575.

¹⁸⁵ M. M. PEARROW, « A Critical Examination of an Urban-Based Youth Empowerment Strategy: The Teen Empowerment Program », *Journal of Community Practice*, Vol. 16, No 4, (2008), p. 510.

¹⁸⁶ S. COBB, « Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective », *Negotiation Journal*, (July 1993), p. 246.

¹⁸⁷ C. CASSINERIO, P. S. LANE-GARON, « Changing School Climate One Mediator at a Time: Year-One Analysis of a School-Based Mediation Program », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 23, no. 4, (Summer 2006), pp. 455-456.

différent, il est en revanche certain que cette étape est nécessaire à la fois à la poursuite du processus de résolution amiable, mais aussi et surtout pour prendre conscience que chacun est à même de mettre fin à un conflit par ses propres moyens. Néanmoins, si l'*empowerment* touche bien les médiateurs et les parties, force est de constater qu'il ne le fait pas au même moment.

72. L'empowerment chez les élèves médiateurs – Du côté des premiers, ce conditionnement intervient en effet bien plus tôt, et plus précisément à l'occasion de leur formation initiale. Préalable à leur entrée en fonction, cette dernière se prolonge généralement sur plusieurs heures, voire plusieurs jours et insiste principalement sur l'importance de l'écoute¹⁸⁸ et de la communication¹⁸⁹ – avec un accent particulier placé sur l'expression des sentiments¹⁹⁰. Si cette longueur d'avance permet aux élèves médiateurs de bénéficier de cette prise de conscience plus tôt, elle leur offre également la possibilité de mettre des mots sur ce phénomène. En apparence anodin, ce deuxième point est en réalité très important. Il permet en effet aux élèves médiateurs de comprendre le fonctionnement de l'*empowerment* pour mieux le restituer aux parties lors des séances de médiation qui leur seront offertes.

73. L'empowerment chez les élèves en conflit – On aura dès lors compris que s'agissant des élèves en conflit, l'impulsion nécessaire au développement de la connaissance de soi et de l'empathie menant à l'*empowerment* vient généralement des médiateurs. Dans ce cas de figure, cette notion devient donc un but à atteindre. Pour ce faire, les élèves formés bénéficient de plusieurs moyens également utilisés pour les conflits entre adultes. Le plus important d'entre eux répond à l'appellation d'équilibrage des pouvoirs (*balancing powers*)¹⁹¹. Ce dernier consiste principalement à aider le médiateur à maintenir une certaine forme d'équité entre les parties, aussi bien s'agissant du temps de parole que de leur capacité à exprimer leur volonté sans être interrompu. Cette technique permet ainsi au médiateur de contraindre les parties à s'écouter

¹⁸⁸ A. CELESTE, P. BULLER, « Peer Mediation in United States High Schools », *College of Saint Benedict and Saint John's University*, (2012), p. 7.

¹⁸⁹ D. CRAWFORD, R. BODINE, *Conflict Resolution Education. A Guide to Implementing Programs in Schools, Youth-Serving Organizations, and Community and Juvenile Justice Settings. Program Report*, October 1996, p. 25.

¹⁹⁰ La liste n'est ici pas exhaustive. A cela s'ajoute bien entendu les techniques de négociation, l'apprentissage de la gestion de la colère, etc.

¹⁹¹ S. COBB, « Empowerment and Mediation », *op. cit.*, pp. 247-248.

mutuellement afin qu'elles prennent conscience des sentiments éprouvés par la partie adverse, mais également d'entendre ses revendications afin d'entamer le processus de négociation. À l'inverse, elle permet aussi à celui qui a la parole de se sentir entendu et de prendre conscience de ses propres besoins. Cette méthode revient donc, en d'autres termes, à réunir l'ensemble des éléments nécessaires à l'apparition de l'*empowerment*¹⁹².

74. Cette prise de conscience selon laquelle le conflit peut être résolu par ses propres moyens touche donc communément médiateurs et élèves ayant recouru à la médiation¹⁹³. Est-elle néanmoins suffisamment importante à elle seule pour permettre le développement du recours à l'amiable à l'âge adulte ? Il est pour l'heure difficile d'apporter une réponse certaine à cette question pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il n'existe à ce jour aucune étude permettant d'affirmer que l'*empowerment* marque l'esprit des élèves d'une manière telle qu'ils recourront à la médiation à l'âge adulte¹⁹⁴. Ensuite, il est relativement compliqué d'établir que chaque individu réagira de la même façon à l'issue du processus de médiation. Ceci peut s'expliquer d'une part à cause de l'âge des élèves concernés¹⁹⁵, mais aussi par leurs facultés de mémorisation ou encore tout simplement par l'intensité de leur ressenti à l'issue de l'expérience. Une chose reste néanmoins certaine : plus le contact avec la médiation est prolongé, plus forte seront les chances pour les individus d'être marqués par cette logique pacifique. À ce titre, les jeunes médiateurs sont d'ailleurs largement avantagés.

ii. *Un impact plus important chez les élèves médiateurs*

75. Si les programmes de médiation scolaire sont en mesure d'influencer l'ensemble des élèves qui les ont approchés, les jeunes médiateurs restent de loin ceux qui en bénéficient le plus. La cause de ce phénomène est en réalité d'ordre pratique. En effet, à la différence des autres élèves, les médiateurs suivent généralement une formation

¹⁹² Il arrive parfois aux médiateurs de citer d'autres sources permettant d'arriver à la prise de conscience occasionnée par l'*empowerment*. Parmi elles, le contrôle qu'ils exercent sur le processus ou encore l'impartialité du médiateur. Pour approfondir, voir S. COBB, *ibid.*, pp. 247-249.

¹⁹³ Ceci exclu *de facto* les élèves qui n'ont eu aucun contact plus ou moins proche avec la médiation.

¹⁹⁴ On notera en effet que dans la plupart des cas, les études qui permettent de répondre à cette question portent davantage sur les élèves qui ont suivi une formation, plutôt que sur ceux qui ont bénéficié de la médiation. En l'état, il semble donc délicat de déterminer si l'*empowerment*, à lui seul, a pu aider d'anciens élèves à recourir à la médiation à l'âge adulte.

¹⁹⁵ L'esprit d'un jeune élève est en effet généralement plus malléable que celui d'un camarade plus âgé.

leur permettant d'apprendre les rudiments de la méthode qu'ils sont sur le point de mettre à exécution. Cet apprentissage, qui diffère d'un programme à l'autre, peut varier quant à sa précision, mais également quant à sa durée – généralement de quelques heures à quelques jours. À l'issue de cette étape, les élèves médiateurs sont généralement autorisés à pratiquer la médiation selon les principes enseignés par les formateurs.

76. Une telle atmosphère n'est dès lors pas sans conséquence sur ces jeunes médiateurs. C'est en tout cas ce que démontrent un certain nombre d'études menées sur des enfants d'âges différents en Amérique du Nord. Ces dernières permettent à ce titre d'affirmer deux choses. La première, c'est que les élèves formés développent un ensemble de connaissances précises et durables sur les mécanismes de résolution amiable (α) ; la seconde, c'est qu'ils sont plus enclins à y recourir en cas de conflit (β).

α - Une connaissance plus approfondie et durable des mécanismes de résolution amiable

77. Il ressort d'un certain nombre de travaux que les formations prodiguées dans le cadre des programmes de médiation scolaire ainsi que leur mise en œuvre permettent aux futurs médiateurs d'acquérir des connaissances solides en matière de médiation et de mécanismes de résolution amiable.

78. **La médiation scolaire : source de connaissances durables** – Deux études menées auprès d'une école élémentaire et d'un lycée américains bénéficiant d'un programme en résolution de conflit ont ainsi permis de mettre en lumière la grande effectivité de ces formations à l'égard de leurs bénéficiaires. Elles sont en effet parvenues à démontrer, au moyen d'un test de mémoire effectué peu après les enseignements, que 90% des élèves formés à l'école élémentaire¹⁹⁶ et 92% de ceux formés au lycée¹⁹⁷ étaient en mesure de se souvenir de toutes, ou presque toutes les étapes du processus de négociation et de médiation. Il est en outre particulièrement intéressant de noter que ces connaissances ne semblent pas s'estomper avec le temps. Les travaux menés auprès des jeunes médiateurs du lycée démontrent en effet que la plupart sont encore capables de

¹⁹⁶ D. W. JOHNSON et al., « Effects of Conflict Resolution Training on Elementary School Students », *The Journal of Social Psychology*, vol. 134, no. 6, (2001), p. 809.

¹⁹⁷ L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated Into a High School Social Studies Curriculum », *The Journal of Social Psychology*, vol. 142, no. 3, (2002), p. 316.

mentionner et d'appliquer ces connaissances sept mois après la fin de l'étude¹⁹⁸. Un test similaire effectué à l'école élémentaire a par ailleurs permis d'arriver à des résultats similaires quatre mois après la clôture des travaux¹⁹⁹.

79. **L'amiable : une logique nécessitant un apprentissage** – Ces chiffres sont d'autant plus parlants lorsqu'ils sont comparés aux résultats obtenus par ces mêmes élèves quelque temps avant leur formation. On apprend ainsi qu'à l'exception de quelques-uns capables de citer une ou deux étapes de négociation, la grande majorité des élèves n'a pas été capable de parler de négociation ou de médiation²⁰⁰. Les résultats obtenus sont donc similaires à ceux des élèves n'ayant suivi aucune formation par la suite. Cet élément démontre en réalité que la logique amiable ne fait pas partie intégrante de l'esprit des élèves si cette dernière ne leur est pas enseignée. Cette hypothèse est par ailleurs vérifiable peu importe leur âge, qu'il s'agisse d'individus plus âgés comme c'est le cas ici, ou plus jeunes, comme le démontre une étude menée par Laurie Stevahn auprès d'élèves de maternelle, pour qui la violence, le *forcing*, ou l'appel à l'aide d'un adulte pour trancher le conflit semblent plus naturels²⁰¹.

80. Afin de se faire une idée de l'évolution des élèves médiateurs par rapport aux autres, il semble également opportun de s'interroger sur les différences de résultats qui peuvent exister entre ces deux groupes. Les travaux réalisés auprès du lycée manifestent à ce titre un progrès tout à fait remarquable des premiers par rapport aux seconds. Ainsi, lorsque 92% des élèves formés sont en mesure de citer l'ensemble des étapes qui composent une négociation ou une médiation, 93% des élèves non formés n'ont été capables d'en mentionner aucune²⁰². En d'autres termes, lorsque les premiers sont imprégnés par la logique amiable, les seconds en sont presque dénués.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ D.W. JOHNSON et al., « Effects of Conflict Resolution Training on Elementary School Students », *op. cit.*, p. 810.

²⁰⁰ L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated Into a High School Social Studies Curriculum », *op. cit.*, p. 316.

²⁰¹ L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated into a Kindergarten Curriculum », *Child Development*, vol. 71, no. 3, (May/June 2000), pp. 779-781.

²⁰² L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated into a High School Social Studies Curriculum », *op. cit.*, p. 316.

81. Les programmes de médiation scolaire, et plus particulièrement les formations qu'ils procurent sont donc particulièrement intéressants pour les élèves médiateurs en matière d'acquisition des connaissances durables. Ces derniers ne s'arrêtent toutefois pas là, dans la mesure où ils les incitent également à recourir aux modes amiables plus naturellement.

ß - Un recours spontané aux modes amiables

82. La médiation en tant que méthode par défaut pour les élèves formés –
Si les programmes de médiation scolaire offrent aux élèves médiateurs un ensemble de connaissances approfondies et durables en matière de résolution amiable, ils contribuent également à leur apprendre à recourir plus naturellement à ces méthodes. Plusieurs études ont à ce titre confirmé cette hypothèse auprès d'élèves de tous âges aux États-Unis. Afin d'arriver à ces conclusions, chaque chercheur a utilisé une technique proche du cas pratique visant à soumettre une situation conflictuelle aux élèves, dans l'objectif d'analyser la stratégie qu'ils auraient employée afin de mettre un terme au différend. Dans le but de donner une meilleure lisibilité aux résultats obtenus, deux types de rapprochements ont été effectués. Certaines études ont dans un premier temps privilégié une comparaison n'incluant que les élèves médiateurs, dans l'idée d'analyser leur évolution avant et après leur formation. Les résultats obtenus doivent être appréhendés en deux temps. Ils démontrent tout d'abord qu'avant le début du programme et dans une situation de conflit similaire, les élèves préfèrent pour la plupart (plus de 50% des cas) recourir à l'arbitrage d'un adulte. Ces chiffres chutent à moins de 15% après que ces mêmes élèves ont reçu leur formation²⁰³. Ces résultats montrent également que si aucun de ces individus n'a pensé à recourir à une solution amiable avant sa formation, plus de 60% l'ont privilégiée par la suite²⁰⁴. Ces premiers travaux démontrent ainsi que la formation dispensée aux futurs médiateurs dans le cadre des programmes de médiation scolaire est relativement efficace, mais ne permettent pas de situer l'évolution de ces élèves par rapport aux autres.

²⁰³ D.W. JOHNSON et al., « Effects of Conflict Resolution Training on Elementary School Students », *op. cit.*, p. 809.

²⁰⁴ *Ibid.*

83. Mise en perspective de ces résultats entre élèves formés et non formés à la médiation scolaire – Afin de pallier ce manque, d'autres études ont préféré se pencher plus en détail sur les différences qui pourraient exister entre les individus formés et les autres. Les résultats obtenus ont permis de démontrer qu'il était bien plus fréquent pour un élève médiateur de recourir à une solution négociée, même en dehors de tout cadre institutionnel. À titre d'exemple, les travaux menés par l'équipe de Laurie Stevahn dans un lycée américain ont permis de souligner que 74% des élèves formés ont opté pour une résolution amiable dans le cadre d'un conflit, alors que 80% de leurs camarades non entraînés ont privilégié des méthodes telles que la contrainte, la fuite ou la soumission²⁰⁵. Valables pour les adolescents, ces données le sont également pour les élèves de maternelles. Une seconde étude menée par Laurie Stevahn appuie en effet cette hypothèse en démontrant que chacun des seize binômes formés à la résolution amiable au cours de ses travaux a privilégié une solution négociée, alors qu'aucun des quinze binômes non formés n'a pensé à y recourir ²⁰⁶.

84. Un recours à la médiation même en dehors du cercle scolaire – Mentionnons finalement une dernière étude menée par Carolyn Waldon-Johnson, quelque peu différente par son approche. En effet, à la différence des travaux qui précèdent, l'auteure fait ici le choix du contact direct avec les élèves, en leur offrant l'opportunité de s'exprimer à l'occasion de différents entretiens. Grâce à cette technique, Carolyn Waldon-Johnson nous rapporte un ensemble de témoignages particulièrement intéressants, dans lesquels plusieurs élèves partagent leurs expériences respectives. On y apprend ainsi que les jeunes médiateurs semblent recourir assidûment à la résolution amiable des conflits à l'école, mais également au sein de leurs sphères familiale et privée²⁰⁷.

²⁰⁵ L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated into a High School Social Studies Curriculum », *op. cit.*, p. 323. On notera également qu'une autre étude menée par Pamela Lane-Garon était parvenue à mettre en évidence une tendance similaire deux ans plus tôt. À ce titre, voir : P. S. LANE-GARON, « Practicing Peace: The Impact of a School-Based Conflict Resolution Program on Elementary-Students », *Peace & Change*, vol. 25, no. 4, (Oct. 2000), pp. 472-475.

²⁰⁶ L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated into a Kindergarten Curriculum », *op. cit.*, pp. 779-781.

²⁰⁷ C. J. WALDON-JOHNSON, *Impact of an Urban High School Conflict Resolution Program on Peer Mediator: A single Case Study*, Thèse de doctorat en Science de l'éducation, Walden University, Minneapolis, 2015, pp. 114-115.

85. **Un avantage important pour les élèves médiateurs** – Quelle conclusion convient-il dès lors de tirer de l'ensemble de ces développements ? Tout d'abord, il faut garder à l'esprit que les programmes de médiation scolaire peuvent bénéficier à l'ensemble des élèves d'une même école, qu'ils soient médiateurs ou médiés et ce, grâce à la notion d'*empowerment*, qui leur permet d'étudier leur capacité à résoudre leur conflit par eux-mêmes. Ceci implique néanmoins d'avoir participé à une ou plusieurs séances de médiation. Qu'en est-il dès lors des élèves qui ont préféré garder leurs distances par rapport à ces programmes ? À vrai dire, il semble assez difficile de répondre à cette question, dans la mesure où aucune étude ne lui a été consacrée. Les travaux menés par Laurie Stevahn en maternelle ont néanmoins démontré qu'un affichage des différentes étapes de la négociation dans les classes ainsi qu'un rappel ponctuel des instituteurs n'étaient pas suffisants pour déclencher une logique amiable chez les élèves²⁰⁸. En d'autres termes, un enseignement théorique et sommaire des modes amiables n'est pas aussi efficace qu'un entraînement pratique pour modifier durablement l'esprit des élèves.

86. En outre, les travaux mentionnés jusqu'alors laissent apparaître un avantage certain pour les élèves médiateurs. Ces derniers sont en effet généralement plus emprunts de cette culture nouvelle par rapport à leurs camarades. Selon nous, deux éléments peuvent expliquer ce phénomène. Le premier correspond bien entendu à l'investissement personnel dans le projet, bien plus fort chez les élèves formés. Rappelons en effet que chacun d'eux passe, suivant le programme concerné, entre plusieurs heures et plusieurs jours à apprendre les rudiments de la résolution amiable des conflits. Le second élément fait quant à lui référence aux connaissances et aux aptitudes durables développées à l'issue de ces formations, ainsi qu'à la tendance naturelle de ces élèves à se tourner vers des solutions négociées, bien plus présentes chez eux que chez leurs camarades.

87. L'ensemble de ces données permet ainsi de dégager une tendance à un instant précis de la vie de l'ensemble de ces élèves. Est-il néanmoins possible de déterminer quelle sera son influence sur les adultes qu'ils deviendront demain ?

²⁰⁸ L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated into a Kindergarten Curriculum », *op. cit.*, p. 779.

2. Les conséquences de la médiation scolaire sur les adultes de demain

88. Comme le paragraphe précédent a permis de le démontrer, certains effets sont d'ores et déjà perceptibles sur les élèves d'aujourd'hui. Qu'advient-il néanmoins de ces connaissances après quelques années ? Cette logique du compromis résiste-t-elle à l'épreuve du temps ?

89. **Les difficultés à établir une réponse claire** – Il est pour l'heure particulièrement délicat d'apporter une réponse incontestable à ces questions, dans la mesure où aucune étude ne s'est à ce jour attachée à lever ce doute. Il est vrai qu'en France, l'implantation des programmes de médiation scolaire est relativement récente – elle ne date guère plus que des années 1990. Il semble dès lors compliqué de dégager une tendance qui, pour être appréciable, devrait être mesurée sur une période de quarante ou cinquante ans²⁰⁹. Par ailleurs, si la médiation scolaire est plus ancienne au Canada et à plus forte raison aux États-Unis, il est à déplorer qu'aucune étude n'y ait été menée. À vrai dire, de tels travaux représenteraient une tâche titanesque pour la personne qui oserait les entreprendre. Plusieurs problèmes seraient en effet à envisager sur une période si longue, à commencer par les moyens financiers. En effet, mener une étude d'une telle envergure nécessite d'une part de pouvoir l'implanter dans plusieurs écoles, de préférence éloignées les unes des autres afin de bénéficier d'un échantillon aussi représentatif que possible et d'autre part, d'engager un personnel dédié à cette tâche d'observation, afin d'obtenir des résultats précis. De tels travaux imposent également à leurs auteurs de garder un contact étroit avec leurs sujets dans le but de récolter des informations suivies afin de respecter des besoins de l'enquête. Difficile dès lors de garder la trace de chacun de ses individus sur un laps de temps aussi long.

90. Si l'on peut aisément comprendre que ces éléments puissent se montrer décourageants, ils n'ont pour autant pas empêché certains chercheurs, tels que Jennifer Grenier (université Laval), à émettre des arguments en vue d'appuyer cette hypothèse, selon laquelle les programmes de médiation scolaire peuvent exercer une influence à l'âge

²⁰⁹ Il faut en effet partir du principe que pour obtenir des données solides et acceptables, les chercheurs devraient non pas uniquement se pencher sur les quelques années qui suivent l'entrée dans la vie active des anciens élèves, mais bel et bien sur toute une partie de leur vie d'adulte. Il semblerait en effet intéressant de déterminer si ces individus ont d'une part suffisamment été imprégnés par cette logique de résolution amiable et d'autre part, de voir s'ils sont capables de l'étendre à leur entourage.

adulte, en instaurant une certaine forme de culture nouvelle (i.). En imaginant que cette théorie soit avérée, il semblerait également opportun de s'interroger sur les éléments qui permettraient à ces programmes d'impacter suffisamment la population, afin d'engendrer une modification des comportements à l'âge adulte (ii.).

i. La médiation scolaire en tant que vecteur d'une culture nouvelle : une théorie vraisemblable

91. Si on peut envisager la médiation scolaire comme un vecteur de culture nouvelle propre à développer la logique amiable, il convient de rappeler qu'à l'heure actuelle, cette allégation n'a pas dépassé le stade de l'hypothèse. Cette dernière prend néanmoins tout son sens lorsque sont évoqués deux arguments en particulier. D'un côté, certains avancent que les bienfaits de la médiation scolaire peuvent d'ores et déjà s'étendre à tout un pan de la société sans même que les élèves ne soient arrivés à l'âge adulte (i). De l'autre, plusieurs observations ont permis de démontrer que la pratique de la médiation aidait généralement à lever les barrières et autres blocages psychologiques qui pouvaient exister à son encontre. Partant de là, il semblerait intéressant de s'interroger sur les effets qu'elle pourrait avoir si elle est appliquée à un jeune âge (ii).

α - De l'école à la société : une transmission directe de la logique amiable par les élèves

92. **Transmission de la logique amiable des élèves aux proches** - À l'occasion de ses travaux réalisés en 2016 auprès de l'université Laval (Québec), Jennifer Grenier écrivait qu'au-delà « de répondre à un besoin disciplinaire immédiat, [la médiation scolaire] permettait aux enfants de se responsabiliser face au conflit »²¹⁰. Elle ajoutait en outre que leur « participation à la gestion de [ces] conflits pouvait ainsi modifier – à long terme et dans le meilleur des cas – [leur] comportement »²¹¹. En réalité, cette première étape est cruciale dans le processus de développement de cette nouvelle culture par les élèves. Elle correspond en effet à la prise de conscience que nous mentionnions, aussi appelée *empowerment*. Ce n'est qu'une fois convaincus par les avantages qu'offrent ces moyens pacifiques de résolution des conflits que les élèves accepteront de les utiliser par

²¹⁰ J. GRENIER, *L'implantation de la médiation scolaire au primaire au Québec. Une étude de cas*, mémoire de maîtrise en sociologie, Laval (Canada), Université Laval, 2016, p. 58.

²¹¹ *Ibid.*

eux-mêmes. Partant de là, rien ne les empêche d'y recourir en dehors du cadre institutionnalisé de l'école²¹², en particulier avec leurs proches, familles et amis. Il convient toutefois de noter que dans la plupart des cas, ce sont les élèves médiateurs qui se montrent les plus enclins à transmettre ces connaissances.

93. Plusieurs témoignages affluent d'ailleurs en ce sens. Dans ses travaux réalisés en 2015 aux États-Unis, Carolyn Waldon-Johnson révèle ainsi que chacun des jeunes médiateurs qu'elle a interrogés a reconnu avoir recouru à la médiation avec sa famille au sujet de conflits mineurs²¹³. Une jeune fille a par exemple déclaré avoir aidé ses deux frères à résoudre le différend qui les opposait. Dans d'autres cas, certains utilisent même leurs compétences avec leurs parents, comme en témoigne Alia, qui admet recourir à la médiation dans les conflits qui l'opposent parfois à sa mère²¹⁴. Bien qu'en France la médiation scolaire soit moins répandue qu'en Amérique du Nord, certains témoignages permettent de confirmer cette tendance, démontrant ainsi que les élèves médiateurs français ne font pas exception²¹⁵.

94. On peut dès lors se demander quel impact cette application étendue de la médiation scolaire peut avoir sur la société. Plusieurs effets sont en réalité envisageables. D'un côté, elle permet d'informer l'entourage direct des élèves sur les intérêts que présentent généralement les modes amiables de résolution des conflits. Ainsi, les parents, frères, sœurs et amis apprennent d'une part que de telles méthodes existent, mais également comment elles fonctionnent. Dans le meilleur des cas, elle peut également permettre d'éveiller leur curiosité et les pousser à s'informer sur le sujet. D'un autre côté, cette application étendue peut entraîner les proches de ces élèves à parler de ces programmes de médiation ou de ces modes de résolution amiable autour d'eux, potentiellement à des personnes en situation de conflit et à la recherche de solutions. Il n'est dès lors pas exclu qu'à terme, elle contribue à développer cette culture nouvelle.

²¹² MAIF, « Cinq bonnes raisons d'envisager la médiation en milieu scolaire », *MAIF.fr*, (Janvier 2020), p. 6. Disponible sur : <https://www.maif.fr/files/live/sites/maif-fr/files/pdf/enseignants/gerer-votre-classe/mediation-milieu-scolaire.pdf> [consulté le 22/10/2023] ; ou encore J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF éd., 2000, pp. 201-02.

²¹³ C. J. WALDON-JOHNSON, *Impact of an Urban High School Conflict Resolution Program on Peer Mediator: A single Case Study*, *op. cit.*, pp. 114-116.

²¹⁴ *Ibid.* pp. 114-115.

²¹⁵ J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF éd., 2000, pp. 200-01.

95. **Une transmission uniquement locale de la logique amiable** – Il convient toutefois de rester prudent quant à de telles allégations. En effet, si cet impact est parfaitement envisageable, il ne faut pour autant pas le surestimer. Rappelons que dans une société, les habitudes priment souvent sur le changement, et que s'il est aisé de prodiguer un conseil, il est également facile de ne pas le respecter. Dans ce cas d'espèce, les programmes de médiation scolaire et leur application extérieure à l'école par les élèves peuvent avoir un impact sur une population réduite. Dès lors, pour espérer tirer des effets directs et importants de ces programmes, il faudrait que chaque école puisse en bénéficier, ce qui n'est ni le cas aux États-Unis et au Canada, ni *a fortiori* en France. Dès lors, le développement de cette culture de l'amiable doit nécessairement passer par un changement des habitudes de chacun. Ce dernier repose alors sur le pari que la formation des élèves d'aujourd'hui permettra de lever les blocages qu'ils pourraient ressentir à l'idée de recourir à la médiation plus tard.

ß - L'évolution des mentalités par la pratique de la médiation

96. **Une levée de barrière nécessaire** – Cette théorie, principalement défendue par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, repose en réalité sur le taux de satisfaction mesuré en fin de processus. Très souvent élevé, que l'issue soit favorable ou non²¹⁶, cet indicateur est souvent rapproché à la propension des parties à recourir à un nouveau mode négocié de résolution des différends, généralement tout aussi importante. Partant de là, le sociologue analyse ce phénomène comme une levée de barrière provoquée par la pratique de la médiation. En d'autres termes, il considère que sans cette étape expérimentale, les parties se montreraient réticentes à l'idée de recourir à l'un de ces processus amiables par elles-mêmes²¹⁷.

97. **Corrélation entre les adultes et les élèves** – Partant de là, deux observations peuvent donc être faites. La première, porte sur les individus eux-mêmes. En effet, si ce taux de satisfaction combiné à cette propension à réutiliser un mode amiable est élevé chez les adultes, rien n'empêche de penser que les enfants fassent exception. Plusieurs études américaines ont par ailleurs permis de confirmer cette hypothèse, en

²¹⁶ Voir par exemple : J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, op. cit., p. 200.

²¹⁷ Il faudrait pour cela qu'un tiers agisse comme un élément déclencheur. Il pourrait s'agir d'un avocat, d'un magistrat, ou bien encore d'un proche satisfait par sa propre expérience.

démontrant que ce phénomène était bel et bien présent chez les élèves²¹⁸. La seconde porte quant à elle sur la corrélation entre le recours expérimental à un mode amiable et la levée des réticences des parties à les utiliser. Reconnue vraisemblable par Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, cette dernière permet en outre d'ajouter du crédit aux programmes de médiation scolaire, dans la mesure où ces derniers offrent aux jeunes parties la possibilité de lever bien plus tôt les blocages mentionnés par le sociologue. En d'autres termes, plus cet exercice est pratiqué à un jeune âge, plus forte seront les chances pour les élèves de recourir naturellement aux modes amiables à l'âge adulte.

98. À l'issue de ce développement, il est dès lors possible d'admettre que la théorie selon laquelle les programmes de médiation scolaire peuvent jouer un rôle plus ou moins important dans le développement d'une culture de l'amiable, apparaît réaliste. Néanmoins, une question demeure. En effet, pour que de tels résultats soient perceptibles, il convient de privilégier certains moyens à mêmes de renforcer l'impact qu'ils pourront avoir sur la population, mais quels sont-ils ?

ii. *Des moyens qui permettent de renforcer l'impact de la médiation scolaire sur les adultes de demain*

99. Si l'on admet la véracité de cette hypothèse, les programmes de médiation scolaire peuvent donc avoir un impact sur la société. Toutefois, comme il nous a déjà été donné de le voir, certains individus seront davantage touchés par ces effets que d'autres. Dès lors, comment permettre au plus grand nombre d'en profiter ?

²¹⁸ À ce titre, il est par exemple possible de se référer aux travaux de Rita Schellenberg et son équipe, qui mettent en lumière un taux de satisfaction proche de 100% (R. SCHELLENBERG, A. PARKS-SAVAGE, M. REHFUSS, « Reducing Levels of Elementary School Violence with Peer Mediation », *op. cit.*, p. 479), ou encore de Nancy Burrell, qui confirme cette tendance en rapportant un taux équivalant à 88% (N. A. BURRELL, C. S. ZIRBEL, M. ALLEN, « Evaluating Peer Mediation Outcomes in Educational Settings: A Meta-Analytic Review », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 21, no. 1, (2003), p. 17). Kathy Kolan confirme quant à elle à la fois l'existence d'un taux « très important » d'accords trouvés et de satisfaction, mais ajoute que pour elle, le taux de satisfaction dépend généralement de la volonté des parties à recourir au programme de médiation scolaire. Ainsi, le taux de satisfaction sera bien plus important chez les élèves qui ont décidé par eux-mêmes de participer à cette expérience que dans les cas où il y aurait été fortement incité ou contraint (K. KOLAN, *An Analysis of the Short-Term Impact of Peer Mediation on High School Disputants in an Ethnically Diverse Suburban School System*, *op. cit.*, pp. 118 et 138).

100. **Constat : les élèves médiateurs sont avantagés** – Pour répondre à cette question, il convient de se référer à un constat simple. À l'issue de l'observation d'un grand nombre de programmes, il apparaît en effet tel une constante qu'un élève sera plus enclin à recourir spontanément à un mode négocié de résolution des conflits s'il a été en contact étroit avec lui²¹⁹. En d'autres termes, il existe donc bel et bien une corrélation entre le temps passé par l'élève à étudier, bénéficier ou pratiquer cette méthode, et sa faculté à la réutiliser dans le futur. Ceci explique qu'à l'heure actuelle, les élèves médiateurs soient largement avantagés sur leurs camarades, aux côtés - dans une moindre mesure - de ceux qui ont bénéficié de leurs connaissances à l'occasion de la résolution de leur différend.

101. **Solution : généraliser l'apprentissage pratique de la médiation à l'école** – Partant de là, plusieurs mesures peuvent être envisagées. La première consiste bien entendu à généraliser l'information dans l'ensemble des écoles françaises au sujet des modes amiables de résolution des conflits et plus particulièrement de la médiation qui répond à une logique simple et accessible à l'ensemble des élèves, quel que soit leur âge. Là encore, plusieurs moyens peuvent être mis en œuvre, tels que l'affichage d'informations relatives à la médiation, ou encore l'organisation de séances visant à promouvoir cette méthode²²⁰. Insuffisante à elle seule, l'information doit être complétée par l'implantation d'un programme de médiation scolaire plus ou moins développé, mais généralisé à l'ensemble des élèves de l'école. L'objectif d'un tel projet serait au minimum d'octroyer une formation théorique à l'ensemble de la population scolaire en vue d'une part de la sensibiliser à la logique amiable et d'autre part, de l'inciter à y recourir lorsque cela est possible. Néanmoins, si ces enseignements basiques permettent aux élèves de s'informer et de se familiariser avec ces méthodes, il semblerait que leur impact sur les élèves ne soit pas aussi important qu'on pourrait le croire. C'est en tout cas ce qu'ont permis de démontrer les travaux menés par Laurie Stevahn auprès de jeunes enfants américains. À cette occasion, elle a pu constater qu'une formation théorique sommaire (en l'occurrence une seule et unique leçon sur la négociation), des affiches, ainsi que l'incitation occasionnelle de l'institutrice à recourir à cette méthode n'étaient pas à même

²¹⁹ Voir par exemple : C. E. CUNNINGHAM et al., « The Effects of Primary Division, Student-mediated Conflict Resolution Programs on Playground Agression », *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 39, no. 5, (1998), p. 659 ; ou encore C. J. WALDON-JOHNSON, *Impact of an Urban High School Conflict Resolution Program on Peer Mediator: A single Case Study*, op. cit., pp. 114-116.

²²⁰ Ces séances d'information peuvent prendre la forme de présentations, de vidéos, ou encore de cours relatifs à la médiation ou à la résolution amiable des différends.

de créer un impact suffisamment important dans l'esprit des élèves²²¹. Ces résultats, accompagnés de ceux obtenus par d'autres chercheurs, nous permettent dès lors d'affirmer qu'un enseignement pratique reste la solution la plus appropriée en vue d'engendrer l'impact recherché sur la population étudiante. En effet, comme nous l'avons vu, les élèves médiateurs sont, par leur proximité avec la méthode, les plus touchés par cette logique nouvelle. Plusieurs des travaux que nous mentionnions sont d'ailleurs unanimes lorsqu'il s'agit de reconnaître à ces élèves la faculté de recourir spontanément à un mode de résolution amiable²²².

102. Des coûts variables de mise en œuvre – Si cette méthode est de loin la plus efficace, elle n'est pour autant pas sans inconvénient. En effet, l'instauration d'un programme de médiation scolaire est tout d'abord synonyme d'investissement financier. D'importance variable, ce dernier dépend le plus souvent des prestations offertes par les organismes recrutés, qui peuvent être de deux ordres. Les premiers, plus abordables, consistent en une initiation théorique des écoles, matérialisée sous la forme de fascicules²²³. Dans ce cas de figure, il leur appartient donc de former elles-mêmes les élèves à la méthode proposée par l'organisme de rattachement. Moins cher, ce procédé comporte également des risques, notamment quant à la bonne application des principes du programme. En effet, l'enseignement de la médiation implique tout d'abord d'en connaître les fondements, mais également de faire preuve d'une pédagogie particulière à l'égard de ces élèves, parfois très jeunes. Bien entendu, la plupart des fascicules édités par ces organismes essaient de prendre en compte ces risques en détaillant au maximum

²²¹ Dans ces travaux, il était question de l'enseignement de la négociation auprès d'enfants de maternelle, Bien que différente de la médiation sur le plan formel, cette méthode répond à une logique similaire : il s'agit dans les deux cas de trouver une solution amiable à un problème donné. En l'espèce, Laurie Stevahn apporte quelques données statistiques intéressantes afin d'étayer son propos. Ainsi, lorsque 70% des élèves ayant reçu une formation pratique retiennent entre 4 et 6 étapes de la négociation, seuls 32% des élèves n'ayant reçu qu'une formation théorique en sont capables. On retrouve par ailleurs ce phénomène lorsqu'il s'agit de choisir une méthode de résolution de conflit. Dans la grande majorité des cas, ce sont ainsi les élèves qui ont bénéficié d'une formation pratique qui opteront pour une solution amiable, alors que les autres préféreront en appeler à l'arbitrage de l'instituteur. À ce titre, voir L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated into a Kindergarten Curriculum », *op. cit.*, pp. 780-781.

²²² Voir par exemple : C. E. CUNNINGHAM et al., « The Effects of Primary Division, Student-mediated Conflict Resolution Programs on Playground Aggression », *op. cit.*, p. 659 ; ou encore C. J. WALDON-JOHNSON, *Impact of an Urban High School Conflict Resolution Program on Peer Mediator: A single Case Study*, *op. cit.*, pp. 114-116.

²²³ En Amérique du Nord, ces fascicules sont généralement édités en plusieurs exemplaires, un par groupe de classes. Ainsi, le San Francisco Community Boards propose-t-il par exemple plusieurs guides établis en fonction du niveau des élèves, tel que des leçons pour les grades 3 à 5 (CE2 à CM2), 6 à 8 (6^{ème} à 4^{ème}) ou encore 9 à 12 (3^{ème} à terminale).

les étapes à suivre afin de faire de ces programmes une réussite pour tous. Ces derniers restent cependant moins efficaces que le deuxième type de prestation, qui consiste quant à lui à faire appel à un formateur agréé. Forcément plus coûteuse, cette technique permet néanmoins de bénéficier des conseils d'un professionnel disposant de méthodes d'enseignement et de communication plus abouties. L'idée derrière une telle offre est bien entendu de garantir à l'école un suivi personnalisé dans le but de former au mieux les élèves à la pratique de la médiation.

103. Un investissement humain important – L'instauration d'un programme de médiation scolaire est ensuite synonyme d'investissement humain important. En effet, assurer son bon fonctionnement, surtout à ses débuts, n'est pas chose aisée, en particulier lorsque les écoles ont choisi la première des deux options que nous mentionnions à l'instant. En pareille situation « persévérance » reste donc le maître mot. Cet état d'esprit se manifeste d'ailleurs sous plusieurs formes. La première consiste, en plus des difficultés liées à la formation des élèves, en une campagne d'information soutenue tout au long de l'année. La seconde, plus importante, vise à recevoir le soutien du personnel scolaire, et plus particulièrement du corps enseignant. Ce sont en effet les professeurs qui sont souvent les plus exposés aux conflits entre élèves. Ainsi, plutôt que de préférer l'arbitrage, il leur revient de générer une impulsion suffisante auprès des jeunes parties afin qu'elles se tournent vers la médiation. Aussi simple que cela puisse paraître, ce cas de figure se retrouve bien souvent mis à mal soit par manque de conviction personnelle de certains professeurs au sujet de la médiation, soit par des impératifs de temps qui les pousse à céder à la facilité de l'arbitrage.

104. Une mise en œuvre difficile – Pour toutes ces raisons, la formation généralisée et suivie de l'ensemble des élèves français représente un défi de taille et ce pour deux raisons. La première est bien entendu d'ordre économique. En effet, la mise en œuvre d'un programme d'une telle ampleur n'est pas sans engendrer d'importants coûts que l'État n'est, à l'heure actuelle, sans doute pas prêt à assumer. Outre le manque apparent de moyens dont il dispose, cette position peut également s'expliquer par le fait qu'aucune étude n'a permis à ce jour de confirmer avec certitude l'impact de la médiation scolaire sur le recours aux modes amiables à l'âge adulte. Le choix d'implanter ou non ces programmes est dès lors laissé à la libre appréciation des établissements scolaires, qui,

eux non plus, ne disposent pas de moyens illimités. La seconde raison est quant à elle d'ordre pratique. Pour rappel, la France comptait en 2019 61.860 écoles pour un total de 12.393.400 élèves (tout établissement et classe confondus)²²⁴. La simple évocation de ces données démontre à elle seule l'ampleur des moyens humains à mettre en œuvre afin de former l'ensemble de cette population scolaire. Or, il semble bien évident qu'à l'heure actuelle, les quelques associations locales de promotion de la médiation ne disposent pas des ressources nécessaires afin de mener un tel projet à bien.

105. Quelques alternatives – Ces éléments ne doivent néanmoins pas laisser penser que le développement de la médiation scolaire est impossible en France. En effet, si un tel programme national constitue un objectif ambitieux et efficace, au moins du point de vue de la formation des élèves, d'autres alternatives moins coûteuses restent parfaitement envisageables. Certaines d'entre elles ont d'ores et déjà été mentionnées dans les paragraphes qui précèdent. C'est par exemple le cas des différentes prestations souvent proposées par les associations de promotion de la médiation. D'autres solutions peuvent encore être imaginées, tel qu'un rapprochement entre certaines écoles et des centres locaux de médiation. L'objectif d'un tel projet consisterait alors à organiser plusieurs rencontres au cours de l'année scolaire, dans le but à la fois de faire découvrir la médiation aux élèves, mais également de leur permettre de la pratiquer à l'occasion d'ateliers ludiques²²⁵. Enfin, à l'instar des pratiques nord-américaines, il est possible d'envisager un travail collaboratif entre les écoles et les universités, qui, outre-Atlantique, interviennent parfois dans le but d'épauler les écoles désireuses de former leurs élèves à la résolution amiable des conflits²²⁶. Pour ce faire, ces dernières peuvent agir de différentes manières. Certaines proposent ainsi leur expertise en tant que consultantes,

²²⁴ Ces chiffres proviennent des statistiques annuelles éditées par le ministère de l'éducation nationale et de la jeunesse, disponibles sur <https://www.education.gouv.fr/les-chiffres-cles-du-systeme-educatif-6515> [consulté le 23/06/2023].

²²⁵ Bien entendu, cette configuration n'est pas sans rappeler le schéma des programmes de médiation scolaire classiques. En réalité, elle ne diffère que sur le plan du suivi, bien évidemment moins soutenu, et du coût, ici très faible comparé à un programme standard.

²²⁶ Plusieurs articles mentionnent en effet ce phénomène, tels que P. S. LANE-GARON, « Practicing Peace : The Impact of a School-Based Conflict Resolution Program on Elementary-Students », *Peace & Change*, vol. 25, no. 4, (Oct. 2000), p. 472, ou encore K. E. POWELL et al., « A Review of Selected School-Based Conflict Resolution and Peer Mediation Projects », *Journal of School Health*, vol. 65, no. 10, (1995), p. 431, ou encore C. J. WALDON-JOHNSON, *Impact of an Urban High School Conflict Resolution Program on Peer Mediator: A single Case Study*, op. cit., p.59. On retrouve même parfois une action conjointe des universités et centre de médiation locaux : A. M. DAVIS, « Dispute Resolution at an Early Age », *Negotiation Journal*, (July 1986), p. 292.

afin d'améliorer les résultats d'un programme déjà existant, alors que d'autres, telles que l'université du Minnesota, propose de mettre en place un projet crée par ses équipes²²⁷.

106. On l'aura dès lors compris, beaucoup de possibilités permettent aux écoles intéressées par cette nouvelle approche de résolution de conflits de former leurs élèves afin qu'à terme, ces derniers entament le changement souhaité par les trois États objets de notre étude. Par ailleurs, si ces enseignements peuvent contribuer à éduquer la population au sujet des modes amiables, il ne faut pas oublier que d'autres méthodes sont également disponibles, afin de compléter ces effets. Nous parlions jusqu'à présent des élèves en tant que citoyens de demain, mais il convient également de penser aux futurs professionnels, notamment du droit, qui devront être capables de renseigner leurs clients aux sujets de ces méthodes et le cas échéant, les inciter à y recourir. Ici encore, l'éducation occupe une place primordiale, en prenant la forme d'enseignements universitaires et post-universitaires adaptés.

§2 – Le développement des modes amiables par l'éducation des professionnels de demain

107. Le développement des modes amiables de résolution des conflits puise ses forces au milieu d'un ensemble de facteurs, parmi lesquels se trouvent les professionnels. S'ils sont désormais nombreux à pouvoir exercer une fonction en lien avec ces méthodes – il n'existe pour l'heure aucune restriction délimitant leur exercice, nous nous efforcerons de nous limiter au cas des juristes, et plus particulièrement celui des avocats, qui bien souvent jouent le rôle de catalyseur. Premiers contacts des parties en cas de conflit, ces derniers, grâce à leur expertise, peuvent jouer un rôle important dans le développement des modes amiables en dirigeant les parties vers une solution négociée, s'ils l'estiment possible et dans l'intérêt de leurs clients respectifs. Afin de pouvoir envisager une telle alternative, les professionnels du droit doivent toutefois connaître son existence avec suffisamment de précision, non seulement pour rassurer les parties, mais

²²⁷ Voir par exemple A. CELESTE, P. BULLER, « Peer Mediation in United States High Schools », *College of Saint Benedict and Saint John's University*, (2012), pp. 3-4, ou encore D. CRAWFORD, R. BODINE, *Conflict Resolution Education*, *op. cit.*, p. 35.

également pour les conseillers sur la méthode la plus adaptée à leurs besoins. On comprend dès lors l'importance que joue l'éducation dans un tel cas de figure. À l'heure actuelle, plusieurs options sont offertes en France, aux États-Unis et au Canada afin de répondre à cette problématique. À ce titre, deux types de formation peuvent généralement être dispensés : d'un côté, celles qui sont intégrées à un cursus universitaire ou professionnel (A) ; de l'autre, les formations indépendantes, entièrement dédiées à la résolution amiable des conflits (B).

A. L'éducation par l'intégration d'une formation au cursus universitaire ou professionnel

108. La formation des futurs professionnels du droit à la résolution amiable des conflits peut être envisagée sous deux angles. Elle peut tout d'abord intervenir dans le cadre des études universitaires, par le biais de cours exclusivement dédiés à cette matière. Cette possibilité, plutôt populaire auprès des universités américaines, est également présente dans un certain nombre d'établissements canadiens. De leur côté, les facultés de droit françaises ne méconnaissent pas cette option et offrent également à certains de leurs étudiants la possibilité de bénéficier de tels enseignements²²⁸. Cette formation à la logique amiable peut ensuite être intégrée à un cursus professionnel, notamment lorsque les futurs avocats intègrent l'école du barreau. Dans la mesure où les États-Unis et le Canada anglophone ne connaissent pas cette étape – les étudiants diplômés ayant directement accès à la profession sous couvert de réussir l'examen d'entrée au barreau – et qu'au Québec aucune formation n'est proposée à ce stade, les écoles d'avocats françaises sont donc les seules à offrir cette option, en tout cas pour certaines d'entre elles.

109. Ces éléments laissent en outre apparaître un débat sous-jacent, qui porte sur la question du moment. En d'autres termes, à quelle période du cursus convient-il de dispenser ces enseignements ? Bien que pour l'heure la doctrine ne se soit pas emparée de cette problématique, on remarque que la pratique ne laisse apparaître aucun consensus. Côté nord-américain, on partage plutôt l'idée selon laquelle la familiarisation avec les modes amiables doit avoir lieu dès les premières années de la formation

²²⁸ Néanmoins, à la différence des universités américaines et canadiennes, cette option n'est souvent proposée en France qu'à l'entrée en master, elle-même soumise à certaines conditions.

juridique. À l'inverse en France, les universités réservent plutôt ces enseignements aux étudiants avancés, généralement aux masters. Reprenons dès lors ces éléments afin de réfléchir à cette question. Chronologie oblige, abordons dans un premier temps le modèle nord-américain (1), avant de nous attarder sur le système appliqué en France, qui préfère consacrer ces enseignements aux étudiants avancés dans leur formation juridique (2).

1. Une formation anticipée aux modes amiables : le modèle nord-américain

110. **Des différences dans les cursus universitaires** – Les universités américaines et canadiennes ont, pour certaines et à la différence de la France, fait le choix de proposer des enseignements dédiés aux modes amiables dès les premières années de cursus. À ce titre, il semble opportun de rappeler qu'à l'exception du Québec - et de l'Ontario dans une certaine mesure - où les études supérieures se déroulent selon un schéma similaire à la France²²⁹, les universités américaines et du Canada anglophone répondent à une logique sensiblement différente. En effet, si chez nous les études en droit peuvent être envisagées dès l'obtention d'un diplôme de fin de cursus secondaire, tel n'est pas le cas aux États-Unis et dans la majeure partie du Canada anglophone, dont les établissements requièrent l'obtention d'un diplôme de premier cycle (*undergraduate degree*)²³⁰, obtenu auprès d'un *college*²³¹. Par conséquent, un étudiant ne peut envisager d'intégrer une faculté de droit (*law school*) qu'à compter de sa cinquième année d'étude.

111. **Des études généralement plus longues et plus chères en Amérique du Nord** – On comprend dès lors, avec ces débuts tardifs, que bon nombre d'universités aient fait le choix d'enseigner les modes amiables si tôt dans la progression des étudiants, qui, en plus d'une formation théorique accélérée, doivent être préparés à l'exercice de leurs

²²⁹ Les étudiants peuvent entamer des études de droit dès l'obtention d'un diplôme de sortie du secondaire (équivalent au baccalauréat en France). On notera toutefois que le diplôme universitaire de premier cycle, appelé baccalauréat au Québec, n'est attribué qu'à l'issue de quatre années d'études, contre trois en France pour obtenir une licence.

²³⁰ Ce diplôme est généralement décerné après trois, ou plus souvent quatre années d'études. Il est généralement délivré par une université au Canada, ou par un *college* aux États-Unis (qui font une distinction entre le *college*, à savoir l'établissement que l'on intègre en vue d'obtenir son diplôme de premier cycle, et l'*university*, qui délivre les diplômes de grades supérieurs).

²³¹ On notera que ce diplôme peut être obtenu dans le domaine de son choix. Il n'a donc pas nécessairement à être en lien avec la matière juridique.

futures fonctions ²³². Au-delà même des modes amiables, c'est donc toute la logique de la formation universitaire à la française qui est ici remise en cause. En effet, lorsque cette dernière préconise une formation juridique théorique tout au long du cursus – à l'exception de certains masters, le système nord-américain allie à la fois théorie et pratique. Plusieurs motifs peuvent justifier une telle organisation. L'absence de structures professionnalisantes, telles que les écoles d'avocats, est un premier élément de réponse. Néanmoins, l'explication la plus vraisemblable est à trouver du côté de la durée importante des études supérieures aux États-Unis et au Canada anglophone, qui s'élève au total à sept années²³³ - contre généralement cinq en France, ainsi que des coûts élevés qu'elles représentent²³⁴.

112. Par ailleurs, les enseignements consacrés aux modes amiables peuvent prendre plusieurs formes, mais dans la plupart des cas, ces derniers correspondront à des cours à la fois théoriques et pratiques. Ces derniers, qui s'inscrivent le plus souvent dans le cadre de programmes proposés par les facultés de droit nord-américaines mettent en avant deux pratiques possibles. D'un côté, et ce sont les plus nombreuses, les universités laissent aux étudiants le choix d'opter ou non pour une formation aux modes amiables (a) ; de l'autre, elles les érigent telle une condition d'obtention de leur diplôme (b).

a. L'apprentissage facultatif des modes amiables

113. Dans la grande majorité des cas, les universités qui proposent des enseignements dédiés à l'apprentissage de la logique amiable laissent la possibilité à leurs

²³² Il faut en effet garder à l'esprit qu'aux États-Unis et dans le Canada anglophone, il n'existe aucun équivalent à nos écoles du barreau françaises, dont le rôle est justement de faire la transition entre les études universitaires et la vie professionnelle.

²³³ Il faut en effet compter quatre ans afin d'obtenir le diplôme de premier cycle (undergraduate degree) nécessaire à l'entrée en faculté de droit, plus trois ans afin d'obtenir un diplôme en droit, la plupart un Juris Doctor (J.D).

²³⁴ Le coût des études, en particulier aux États-Unis, est très élevé comparé à la France. Par exemple, une année d'enseignements (2023-2024) dans le cadre d'un Juris Doctor à la faculté de droit de l'université de Harvard coûte environ 75.000\$, soit un peu plus de 68.000€ (voir : <https://hls.harvard.edu/dept/sfs/financial-aid-policy-overview/student-financial-aid-budget/> [consulté le 24/06/2023]), contre 56.500\$, soit environ 51.500€ à l'Université de Californie à Los Angeles (UCLA) (voir : <https://law.ucla.edu/admissions/tuition-fees/> [consulté le 23/06/2023]). A l'inverse, ces coûts sont moins élevés au Canada, où il faut tout de même prévoir entre 12.800 et 13.600 CAD (soit environ 8.860 à 9.400€) par an pour le même diplôme au sein de la faculté de droit de l'université de Colombie Britannique concernant l'année 2023-2024 (voir : <https://allard.ubc.ca/programs/juris-doctor-jd-program/costs-and-funding/tuition-and-program-fees> [consulté le 24/06/2023]).

étudiants de les suivre ou non. Tel est par exemple le cas des universités Harvard ou de Berkeley aux États-Unis, ou encore des universités de Montréal et de Sherbrooke au Canada. À ce titre, il existe généralement deux types de formations. D'un côté, une forme traditionnelle d'apprentissage à travers des cours (i.) ; de l'autre, un enseignement plus précis grâce à la création de cliniques de médiation (ii.).

i. *Un enseignement traditionnel : les cours dédiés aux modes amiables*

114. Une liste de cours variés : exemple des universités Harvard et de Sherbrooke – S'il est une chose récurrente dans la vie d'un étudiant, ce sont bel et bien les cours. Indispensables à l'apprentissage de la matière qui les concerne, leur contenu peut varier et s'adapter à un nombre infini de sujets et de pédagogies. Rien d'étonnant donc à ce que la plupart des universités aient choisi cette option afin d'enseigner la logique amiable. Fréquente aux États-Unis, on notera toutefois que cette philosophie n'a pas suscité le même engouement au Canada, où ces cours se font plus rares. Toutefois pas inexistantes, ces derniers sont davantage présents dans les établissements de l'est du pays, tels que les universités d'Ottawa, de Montréal ou encore de Sherbrooke, qui propose à ce jour le programme le plus développé en la matière. Côté américain, le titre est probablement détenu par l'université Harvard, qui donne notamment accès à une quinzaine de cours dédiés à la logique amiable. Ces deux universités disposent donc chacune d'un ensemble particulièrement abouti en la matière, mais que contiennent-ils au juste ?

115. Des cours à vocation pratique – À ce titre, il convient de noter qu'il n'existe aucun programme parfaitement identique. L'université Harvard propose par exemple une sélection très diverse de cours portant de près ou de loin sur les modes amiables. Parmi eux, on dénombre ainsi plusieurs enseignements dédiés à l'art de la négociation tels que le *Negotiation Workshop*, destiné à former les étudiants désireux d'en apprendre davantage sur l'élaboration et la conduite de négociations dans le cadre d'une résolution de conflit. L'université permet également aux étudiants de choisir un cours exclusivement dédié au droit collaboratif. Plutôt rare dans les établissements nord-américains, cette matière leur permet de s'initier à cette méthode souvent peu connue du grand public, et ce, grâce à une formation reposant sur l'enseignement conjoint de la

théorie et la pratique. Souvent mise de côté en France²³⁵, cette pédagogie se révèle intéressante à plusieurs titres. Polyvalente, elle permet tout d'abord d'acquérir des connaissances au sujet de l'encadrement de l'activité des avocats en droit collaboratif, notamment quant aux exigences morales formulées par l'*American Bar Association* (ABA), ou encore de la philosophie qui sied à cette méthode. Plusieurs moyens sont dès lors mis en œuvre afin de parachever ce but. Les lectures préparatoires, le partage de connaissances du professeur aux étudiants, mais aussi le visionnage de vidéos²³⁶, ainsi que l'intervention de professionnels extérieurs à l'université en font partie. À cela s'ajoute également certaines méthodes moins fréquemment utilisées chez nous, telles que les jeux de rôles, qui permettent aux étudiants non seulement d'endosser le rôle qu'ils seront amenés à jouer plus tard, mais également de comprendre et de vivre le ressenti de leurs clients. Ces entretiens fictifs sont, dans le cadre du cours de droit collaboratif de l'université Harvard, filmés par le professeur et diffusés à l'occasion du dernier cours, afin de permettre aux étudiants d'autoévaluer leurs prestations et d'apprendre de leurs erreurs respectives. On retiendra également que les remarques formulées au cours de cette dernière séance sont souvent très précises. Elles portent tantôt sur les erreurs éthiques commises par les avocats fictifs, tantôt sur leurs difficultés techniques, mais aussi sur un langage corporel inapproprié à la situation. Pour résumer, ce cours, plus qu'un simple enseignement n'a pas uniquement vocation à parler du droit collaboratif. Il a également pour but de former de futurs avocats afin de les préparer à exercer dans ce domaine.

116. L'université de Sherbrooke propose dans le même état d'esprit un certain nombre de cours dédiés à l'apprentissage des modes amiables. Accessibles pour la plupart dès les premières années d'études, ces derniers visent à faire découvrir aux étudiants l'ensemble des méthodes disponibles à ce jour. Tel est par exemple le cas du cours d'introduction aux modes de prévention et de règlement des différends, dont l'objectif consiste à familiariser les étudiants avec la logique amiable, là aussi au moyen de la théorie (exposés du professeur) et de la pratique (simulations autour de la médiation et de la négociation).

²³⁵ En particulier lors des premières années d'étude et souvent faute de moyens.

²³⁶ Il s'agit souvent d'extraits de films mettant en scène des avocats en exercice.

117. Enfin, il arrive parfois que les universités Harvard et de Sherbrooke proposent des enseignements similaires, tels que le cours de médiation. Présent dans les deux établissements, ce dernier répond toutefois à deux conceptions plutôt différentes. En effet, lorsque Harvard reprend un schéma parfaitement identique à celui de son cours de droit collaboratif²³⁷, Sherbrooke opte pour une formule exclusivement dédiée à la pratique, dans laquelle les étudiants n'apprennent les rudiments de cette matière qu'au travers d'un cas fictif, résolu tout au long du semestre. Pour ce faire, ces derniers disposent d'une trame factuelle élaborée par le professeur et doivent, au moyen des recherches qu'ils auront préalablement effectuées, formuler une opinion juridique solide afin de déterminer les solutions à envisager au regard des éléments du dossier, mais également mettre en œuvre des démarches de résolution amiable afin de clore le conflit dans le meilleur intérêt des parties. Dans ce cas de figure, et à l'inverse du cours plus institutionnalisé proposé par l'université Harvard, cette formule mise davantage sur les étudiants eux-mêmes ainsi que sur leur capacité à développer des compétences grâce à leurs facultés de raisonnement. À ce titre, elle est un bon compromis entre le cours – par les éléments fictifs qu'elle fait intervenir, et l'enseignement clinique, davantage orienté vers la pratique.

ii. Un enseignement professionnalisant : les cliniques de médiation

118. **Les cliniques de médiation : un programme exigeant** – Peu développés en France, les enseignements cliniques sont en revanche bien présents dans les universités nord-américaines. Polyvalents, ces programmes couvrent une large palette de sujets, passant de la défense des condamnés à mort au droit de l'environnement, ou encore du droit des affaires aux droits humains. Plutôt propice à cette forme d'enseignement orientée sur la pratique, la médiation ne fait pas exception et vient s'ajouter à cette liste déjà bien complète de matières disponibles. Si toutes les universités n'en proposent pas, faute de moyens, il est possible d'observer un développement progressif de ces programmes, en particulier sur le sol américain. À ce titre, on notera d'ailleurs que Harvard se démarque à nouveau dans ce domaine, avec l'une des cliniques de médiation les plus estimées aux États-Unis. En plus d'un nombre de places restreint et

²³⁷ Ces informations sont le fruit d'observations menées par nos soins dans le cadre d'une visite de recherches effectuée à l'université Harvard, à l'invitation du professeur de médiation David Hoffman, qui nous a accueilli à l'occasion de deux de ses cours, les 18 et 25 avril 2019.

réservées aux seules premières années²³⁸, ce programme requiert des étudiants un investissement important et ce à plusieurs titres. Tout d'abord, y adhérer engendre une inscription obligatoire à certains cours, tels que le *Mediation Clinical Seminar*, dont le but est de former les participants à la pratique de la médiation. Absolument indispensable afin de valider son affiliation au programme, cette étape consiste à participer à quatre jours complets de formation généralement répartis sur deux week-ends, afin d'intégrer les subtilités de leur futur rôle. Sur le plan pratique, l'adhésion à la clinique de médiation impose ensuite plusieurs obligations supplémentaires. Il est en effet demandé aux membres, d'une part, de s'acquitter d'une heure hebdomadaire de travail au sein des bureaux du *Harvard Mediation Program*, et d'autre part, de se rendre au moins une fois par semaine au palais de justice de Boston afin d'observer ou de pratiquer une médiation, au bénéfice d'affaires portant tantôt sur des petites créances, tantôt sur des ordonnances de prévention de harcèlement²³⁹.

119. Des programmes aux nombreux avantages – A la lumière de ces éléments, il est possible d'affirmer que l'apprentissage clinique de la médiation revêt plusieurs avantages. Tout d'abord il permet aux étudiants de prendre conscience du poids des obligations professionnelles qui seront les leurs, dans la mesure où le programme nécessite à la fois leur présence à une formation, dans des bureaux et au palais de justice, au risque d'être remerciés en cas d'absence illégitime. Ensuite, et c'est sans doute le point d'orgue de cette expérience, il offre aux étudiants la possibilité d'entrevoir la difficulté que représente la bonne conduite d'une médiation. En effet, à la différence d'un jeu de rôle où les faits sont fictifs, la situation vécue par les parties est ici bien réelle. Ceci permet dès lors aux étudiants de mettre en pratique leurs connaissances tout en développant de nouvelles stratégies, notamment à l'égard de la gestion des tensions générées par les parties. Par ailleurs, s'il existe désormais un véritable enjeu, le contenu des affaires traitées dans le cadre du programme clinique reste bien souvent abordable, aussi bien d'un point de vue juridique que factuel, permettant ainsi aux étudiants d'apprendre efficacement sans avoir à craindre le poids de responsabilités trop importantes.

²³⁸ La participation à la clinique de médiation n'est en effet permise que pour les étudiants en JD (trois premières années), à l'exclusion donc des années supérieures, telles que les LL.M.

²³⁹ La clinique de médiation de l'université estime la durée de cet engagement à environ trois heures par semaine.

120. Dès lors et pour toutes ces raisons, un programme clinique dédié à la médiation constitue un excellent moyen d'apprendre cette méthode. On notera toutefois que dans la mesure où il concerne de vraies affaires, il requiert des étudiants qu'ils possèdent au préalable un certain nombre de connaissances, tantôt liées à la résolution pacifique des différends, tantôt au corpus juridique qui encadre les méthodes concernées, voire au domaine des affaires qui leur seront présentées. Le but, bien entendu, est de pouvoir conduire une médiation en toute autonomie. C'est pour ces raisons qu'il nous semble opportun d'associer les programmes cliniques à un ou plusieurs enseignements théoriques et pratiques, tels que les cours de médiation ou de droit collaboratif proposés par les universités Harvard ou de Sherbrooke, pour ne citer qu'elles.

121. La première clinique de médiation en France : l'exemple de l'université Lyon 2 – Enfin, si les cliniques de droit ne sont pour l'heure pas très répandues en France, il convient toutefois de noter qu'elles ne sont pas totalement inexistantes. À ce titre, il nous semble particulièrement important de souligner l'initiative ambitieuse de l'université de Lyon 2, qui a récemment entrepris d'ouvrir la première clinique de médiation en France. Similaire quant à l'intention de mise en pratique des connaissances des étudiants, cette dernière fonctionne toutefois selon un schéma quelque peu différent. En effet, lorsque les membres de la clinique de médiation de Harvard sont autorisés, voire contraints de conduire une ou plusieurs médiations au cours du semestre, ceux de la clinique de Lyon ne sont admis qu'à informer quant aux possibilités qu'offre cette méthode, à accompagner les parties intéressées auprès d'une structure de médiation partenaire et à assister au processus afin d'observer les subtilités des techniques employées. Par ailleurs, il convient de noter que les universités de Lyon 2 et de Sherbrooke préparent à l'heure actuelle un projet commun et innovant appelé Clinique de la médiation, dont le but consistera notamment à mettre les membres des deux pays en relation afin, entre autres, d'échanger sur les techniques employées au sein des deux pays.

122. Quoiqu'il en soit, si l'inscription au sein de ces ensembles n'est généralement pas obligatoire, nous allons voir que certaines universités ont décidé de les ériger au rang de préalable nécessaire à l'obtention du diplôme en droit.

b. L'apprentissage obligatoire des modes amiables

123. Bien que minoritaires dans le monde des études supérieures, plusieurs universités ont considéré, de manière assez innovante, que l'apprentissage des modes amiables devait constituer un passage obligé pour tous les étudiants. Ainsi érigés au rang de matière fondamentale, au même titre que le droit pénal ou la procédure, les modes pacifiques de résolution des différends gagnent ainsi en visibilité. Cette nouvelle position propose en effet aux étudiants une vision dualiste de la justice, avec d'un côté la voie amiable, et de l'autre la voie contentieuse. En mettant ces deux conceptions de la justice sur un pied d'égalité, on autorise dès lors les professionnels de demain à jouer un rôle sur les deux tableaux, permettant ainsi de développer la pratique des modes amiables.

124. Si l'on souhaite toutefois se montrer réaliste, il convient de noter que ce type d'enseignement ne se trouve à l'heure actuelle qu'à une phase que l'on pourrait qualifier d'expérimentale. Ceci implique dès lors deux choses. La première bien entendu concerne le nombre très faible d'universités ayant adhéré à ce principe ; la deuxième fait quant à elle référence aux méthodes employées par ces établissements. À ce titre, on notera en effet l'existence de deux pratiques distinctes : d'un côté la découverte ponctuelle des modes amiables au travers d'une *conflict resolution week* (i.), de l'autre, un enseignement régulier de ces méthodes au moyen d'un cours dispensé pendant un semestre (ii.).

i. *Un enseignement obligatoire ponctuel : l'exemple des dispute resolution weeks.*

125. **Une méthode en vigueur à l'université de la Saskatchewan** – Sur le terrain de l'enseignement obligatoire des modes amiables, certaines universités ont préféré opter pour une contrainte douce, au travers des *dispute resolution weeks* (ou semaines de la résolution de conflit). Principalement pratiquées à l'université de la Saskatchewan (Canada), ces dernières s'adressent à un public exclusivement composé d'étudiants de premières années et sont, la plupart du temps, organisées à l'aube du deuxième semestre. Obligatoire en vue d'obtenir son diplôme de fin d'étude, la *dispute resolution week* vise, plus qu'à enseigner la logique amiable à proprement parler, au moins à éveiller un intérêt pour elle.

126. **Un objectif principal : informer les étudiants quant à l'existence des modes amiables** – Si cette dernière n'est pas exclusivement consacrée aux modes pacifiques de résolution des différends – le but étant principalement de replacer la relation avocat/client au centre des préoccupations, on notera toutefois que plusieurs activités visent à informer les étudiants quant à leur existence. Plusieurs moyens sont dès lors mis en œuvre afin de parachever ce but. Parmi eux, on notera notamment la présence de nombreux professionnels tels que des médiateurs ou des avocats en droit collaboratif invités par l'université afin d'animer séminaires et groupes de discussion tout au long de la semaine. Les derniers jours, les étudiants sont également invités à participer à des simulations de négociation et de médiation dans le but non seulement de découvrir activement ces pratiques, mais aussi de laisser une trace plus ou moins durable de cette expérience dans leur esprit²⁴⁰.

127. Pour conclure, on comprendra aisément que l'objectif d'une telle initiative n'est en aucun cas d'apporter des connaissances précises, mais plutôt d'informer les étudiants sur l'existence de la voie amiable. L'obligation d'y assister en première année revêt quant à elle une intention double. Elle vise dans un premier temps à mettre tous les étudiants sur un pied d'égalité face à la connaissance de ce domaine. Dans un second temps, elle ambitionne également d'introduire la logique amiable suffisamment tôt dans le cursus universitaire, afin que les étudiants puissent approfondir leurs connaissances sur ce sujet au cours des années suivantes, évitant ainsi qu'ils se concentrent à titre exclusif sur les mécanismes contentieux.

128. Bien que sommaire, la *dispute resolution week* présente donc certains avantages. Force est toutefois de constater qu'elle n'apporte pas le même savoir-faire qu'un cours obligatoire régulier.

²⁴⁰ On notera par ailleurs que l'agenda universitaire de l'université du Saskatchewan n'a pas été choisi au hasard. Placée au début du deuxième semestre, la *dispute resolution week* est organisée à une période charnière au sein de laquelle les étudiants disposent déjà de certaines connaissances sommaires en droit, sans pour autant être imprégnés par une logique contentieuse trop importante. Elle correspond dès lors à une époque intéressante du cursus pour introduire cette conception dualiste de la justice avec d'un côté la voie amiable et de l'autre, l'action contentieuse.

ii. *Un enseignement obligatoire suivi par le biais de cours dédiés*

129. **Un enseignement obligatoire dès la première année** - D'autres établissements considèrent quant à eux que l'apprentissage de la logique amiable, au même titre que la procédure, est indissociable d'un cursus juridique. Pour mettre l'ensemble des jeunes étudiants en droit sur un pied d'égalité, il a donc été décidé de rendre l'enseignement des modes amiables de résolution des conflits obligatoire dès la première année. Véritable fer de lance de son programme juridique, l'université de Sherbrooke fut à ce titre l'une des premières à soutenir une telle pédagogie en demandant à ses étudiants de participer à un cours intitulé « Prévention et règlement des différends ».

130. **Des enseignements théoriques et pratiques** - À la fois théorique et pratique, ce dernier vise à intégrer plusieurs notions propres à la philosophie des modes amiables et aux possibilités qu'ils offrent. C'est donc dans cet état d'esprit que les premières séances sont généralement consacrées à l'étude de la terminologie et des particularités propres à chacune de ces méthodes, mais aussi à l'apprentissage de la réglementation applicable au Québec²⁴¹. À cela s'ajoutent également des interrogations quant à la déontologie, ou encore à la place du droit dans les modes de prévention et de règlement des différends. Les séances ultérieures sont quant à elles réservées à l'initiation des étudiants à certaines méthodes, telles que la négociation, la médiation, l'arbitrage, ou encore à des techniques hybrides comme le « med-arb »²⁴².

131. **Développer un autre regard sur la justice** - À l'instar des *dispute resolution weeks*, ces enseignements n'ambitionnent pas de faire des étudiants de parfaits connaisseurs des modes amiables. Leur but consiste plutôt à ouvrir leur regard sur la justice, en leur montrant, dès le début de leur cursus, que le contentieux, loin d'être l'unique remède aux maux des parties, n'est en réalité qu'une voie parmi d'autres afin de régler un différend. En dehors du fait qu'elle place chaque étudiant sur un pied d'égalité face à ces connaissances, cette formule présente également l'avantage d'offrir un contenu plus précis que les *dispute resolution weeks*, de telle sorte qu'elle contribue réellement à

²⁴¹ Avec une attention particulière portée sur l'interprétation et l'application des dispositions préliminaires du code de procédure civile du Québec, ainsi que des articles 1 à 7 du même code.

²⁴² Comme son nom le laisse entrevoir, le « med-arb » est une méthode hybride qui permet aux parties de prévoir un arbitrage en cas d'échec de la médiation initialement tentée.

les former sur le sujet²⁴³. On notera à ce titre que les modalités d'évaluation confirment cet état de fait, dans la mesure où elles n'ont rien à envier à l'exigence propre aux matières traditionnelles du droit²⁴⁴.

132. Pour conclure, la formation anticipée aux modes amiables de résolution des conflits peut s'avérer intéressante à plusieurs titres. Tout d'abord, elle permet d'initier les étudiants à une logique nouvelle, différente du caractère généralement contentieux des études de droit. Son intervention précoce au sein du cursus donne ensuite aux étudiants un avantage notoire sur leurs camarades, dans la mesure où elle leur permet d'intégrer plus facilement l'une et l'autre de ces approches, et pas uniquement la logique contentieuse. À la lumière des précisions qui ont pu être faites plus haut, il nous a été possible de mettre en exergue plusieurs pratiques en vigueur en Amérique du Nord. Ces dernières permettent de susciter un débat à la fois quant au contenu des enseignements (sommaires ou approfondis), mais aussi à la nécessité de contraindre les étudiants à les suivre. Aucune étude ne permet à ce jour de déterminer l'efficacité de l'une ou l'autre de ces formules. Il ne nous est dès lors permis que de supposer. À ce titre, nous pensons qu'un programme incluant au moins un cours obligatoire dédié à la logique amiable constitue l'un des meilleurs compromis afin de développer les modes pacifiques de résolution des différends, pour la simple et bonne raison qu'ils placent l'ensemble des étudiants – et donc des professionnels de demain – sur un pied d'égalité face à ce savoir-faire nouveau. Libre à eux par la suite d'approfondir ces connaissances grâce aux divers enseignements optionnels généralement proposés par les universités.

133. Les établissements nord-américains ont donc fait le choix d'une formation précoce aux modes amiables de résolution des conflits. Cette pédagogie ne fait toutefois pas l'unanimité dans le monde et en particulier en France, où l'on préfère au contraire faire appel à un apprentissage plus tardif.

²⁴³ À la différence des *dispute resolution week* qui contribuent davantage à informer les étudiants sur l'existence des modes pacifiques de résolution des différends.

²⁴⁴ En effet et sans chercher à entrer dans des détails trop techniques, le cours de Prévention et règlement des différends est sanctionné par un examen intermédiaire d'une durée de deux heures, un travail de groupe et un examen final d'une durée de trois heures, au même titre qu'une matière principale en France.

2. Une formation tardive aux modes amiables : l'exemple du système français

134. À la différence des universités nord-américaines, le modèle français privilégie un enseignement tardif des modes amiables puisque dans la plupart des cas, ce dernier n'intervient pas avant la première ou deuxième année de master. Les récentes réformes de la procédure civile auraient pourtant pu laisser croire à un remaniement de ce schéma, dans la mesure où la loi du 18 novembre 2016 a introduit l'obligation pour les parties de tenter une résolution amiable préalablement à toute saisine du juge²⁴⁵ et que dans le même état d'esprit, la loi du 23 mars 2019 l'a étendue à un nombre plus important de différends²⁴⁶. Il faut néanmoins se rendre à l'évidence : à l'exception d'une légère mise à jour des cours de procédure civile au regard de la justice sans juge, la mise en œuvre d'enseignements exclusivement consacrés aux modes amiables et destinés aux premières années de droit ne constitue, pour le moment, pas une priorité. Nous n'aborderons dès lors pas cette possibilité.

135. Loin de constituer un désavantage à proprement parler, on notera qu'à ce jour, cette formation tardive intervient principalement auprès de deux groupes d'établissements. D'un côté les universités, dont les cours s'adressent principalement aux masters (a) et de l'autre, les écoles professionnelles, telles que les écoles d'avocat, dont le rôle n'est pas à négliger (b).

a. La formation universitaire : l'exemple des universités de Lyon et Bordeaux

136. **Des masters consacrés aux modes amiables** – En dehors du fait qu'elle intervienne bien plus tard qu'aux États-Unis et au Canada, la formation universitaire des étudiants aux modes amiables est également très peu présente en France, pour ne pas dire anecdotique. À ce jour, seul un très petit nombre d'universités proposent en effet ce

²⁴⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, art. 4.

²⁴⁶ Cette notion de tentative préalable et obligatoire de résolution amiable existait en effet déjà depuis la loi du 18 novembre 2016, qui prévoyait déjà qu'à « *peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice* ». La loi du 23 mars 2019 a quant à elle étendu ces dispositions au tribunal de grande instance (la distinction entre ces deux juridictions n'est plus à faire depuis la création, le 1^{er} janvier 2020, du tribunal judiciaire), ainsi qu'à d'autres modes amiables tels que la médiation ou la procédure participative.

type d'enseignements. Par ailleurs, l'intérêt variable que ces dernières portent à cette matière conduit à classer ces établissements en deux catégories. D'un côté, ceux qui font simplement mention des modes amiables sans véritablement proposer de formation dédiée, tel que l'université de Paris II Panthéon-Assas, qui ne les abordent qu'à l'occasion d'un cours de procédure civile. De l'autre, les établissements qui ont démontré un réel engouement pour cette matière, comme les universités de Lyon et de Bordeaux, qui, au-delà d'offrir quelques cours, ont consacré un master 2 aux modes amiables de résolution des conflits. On notera toutefois qu'à intérêt égal, chacune de ces deux universités a adopté une approche présentant à la fois des similitudes notamment quant à l'intérêt de la pratique au sein de la formation (*i.*), mais également certaines dissemblances, en particulier au sujet de son internationalisation (*ii.*).

i. L'importance de la formation pratique

137. Une porte d'entrée vers le monde du travail – Les universités de Bordeaux et de Lyon ont toutes deux envisagé leur master 2 tel une porte d'entrée vers le monde du travail, donnant à ces formations une dimension pratique importante, à l'instar de celles que l'on trouve en Amérique du Nord. C'est dès lors dans cet état d'esprit que le master 2 Modes alternatifs de règlement des litiges de Bordeaux affiche de nombreux cours tantôt consacrés à la théorie générale des MARL, tantôt à la stratégie ou la psychologie du conflit ou encore à la pratique de la médiation ou de la conciliation, pour la plupart animés par des praticiens.

138. Stage obligatoire : l'exemple de l'université de Lyon – En plus de ces composantes et afin de parachever la formation de ses étudiants, le master 2 Justice, Procès et Procédures, parcours médiation de Lyon a quant à lui enrichi son programme d'un stage obligatoire de trois mois dans un des domaines d'action de la médiation. Ce dernier s'avère bien entendu être un véritable bénéfice dans la mesure où il permet à ces futurs professionnels de sortir du carcan des mises en situation fictives, afin de se pencher plus en détail sur la résolution de cas bien réels, notamment en observant les séances animées par les praticiens qui les accueillent. Notons également que dans le même état d'esprit, les étudiants de l'université de Lyon ont la possibilité de mettre leurs connaissances au service de la communauté, grâce à la création de la première clinique

de médiation universitaire en France, qui constitue là encore un atout considérable au regard de l'intégration de cette méthode à leur cursus.

139. Bien que similaires, il est d'ores et déjà possible d'entrevoir quelques différences d'appréciation entre ces deux formations. Attachons-nous dès lors à les étudier plus en détail.

ii. Une formation nationale ou internationale

140. **Universalité des modes amiables** – Le choix d'une formation nationale ou internationale est souvent source de divergences entre les différents acteurs de l'enseignement supérieur et plus particulièrement pour les facultés de droit, dont le domaine est à l'origine de nombreuses discordances d'un État à un autre. Le cas des modes amiables de résolution des conflits doit toutefois faire preuve d'un traitement particulier, dans la mesure où il consiste davantage à se familiariser avec une logique quasi universelle, qu'à étudier un corpus législatif et jurisprudentiel non applicable dans son pays d'origine.

141. **Partenariats internationaux entre universités** – Parfaitement représentatives de cette opposition, il est particulièrement intéressant d'observer que les universités de Bordeaux et de Lyon ont opté pour des solutions différentes. Ainsi, lorsque la première privilégie un master strictement national, l'université de Lyon propose quant à elle un cursus international en collaboration avec l'université de Sherbrooke (Canada). Ce programme, plutôt innovant en matière de médiation, repose ainsi sur la notion de « double formation pour un double diplôme ». En d'autres termes, il permet aux étudiants, en plus de leur formation française, de bénéficier d'un semestre d'étude à l'université de Sherbrooke, séjour qui leur permettra non seulement d'obtenir leur master français, mais aussi une maîtrise en prévention et règlement des différends québécoise, équivalente à un LL.M. Les avantages d'un tel partenariat sont donc multiples. En dehors de ce double diplôme, il permet tout d'abord aux étudiants de bénéficier de l'expertise non négligeable de l'université de Sherbrooke, qui, comme on le sait, est très engagée sur le plan du développement des modes amiables. Il leur offre en outre l'opportunité d'appréhender la

culture du règlement pacifique des conflits, en constant développement depuis les années 1990 au Québec, en particulier en matière familiale²⁴⁷.

142. **Des formations nationales de pointe** – Bien qu’une formation internationale puisse s’avérer intéressante aussi bien d’un point de vue culturel que pratique, il ne constitue pour autant pas un passage obligé en vue de développer la culture des modes amiables en France. Le master Modes alternatifs de règlement des litiges de l’université de Bordeaux démontre en effet qu’il est parfaitement possible d’élaborer un programme complet et susceptible d’offrir une formation de pointe aux futurs professionnels du droit. Il apparaît donc parfaitement envisageable de développer la pratique des modes amiables sans devoir procéder à un séjour à l’étranger bien souvent onéreux.

143. Ces deux masters français s’inscrivent donc dans le cadre d’un cursus universitaire en vue de l’obtention d’un grade de deuxième cycle. Bien qu’à l’heure actuelle ces formations soient peu nombreuses dans l’hexagone²⁴⁸, il n’est pas impossible d’imaginer que leur développement puisse avoir un effet sur la pratique des modes amiables à plus ou moins court terme. Cette affirmation est d’autant plus vraisemblable que les écoles professionnelles, à l’instar des écoles d’avocat, commencent à se saisir du sujet.

b. Des formations professionnelles

144. **Le rôle particulièrement important des magistrats et des avocats dans le développement des modes amiables** – Les formations professionnelles constituent généralement la dernière étape avant l’entrée des futurs juristes dans le monde du travail. À ce titre, leur spécialisation peut leur faire jouer un rôle plus ou moins important,

²⁴⁷ Cette familiarisation avec le savoir-faire québécois est particulièrement intéressante dans la mesure où elle permet aux étudiants d’apprécier la pratique de la médiation au sein d’une société dans laquelle elle ne rencontre plus de résistance ou presque. En d’autres termes, elle n’est plus représentative de ce que certains qualifient de contreculture de la médiation. Rapporté à la France, l’on se rend compte que cette évolution n’a, pour l’heure, pas eu lieu dans les mêmes proportions, dans la mesure où la médiation et plus généralement les modes amiables font encore l’objet de certaines réticences auprès de la population et des professionnels.

²⁴⁸ Ce faible nombre de masters dédiés à l’enseignement des modes amiables constitue en effet un frein considérable au développement de cette culture en France, dans la mesure où les places très limitées.

notamment au regard du développement des modes amiables, car c'est indéniable, tous n'auront pas la même emprise à ce sujet. À ce titre, nous pensons donc que deux professions peuvent tirer leur épingle du jeu. Les magistrats tout d'abord, qui depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, peuvent enjoindre les parties de rencontrer un médiateur ; les avocats ensuite, qui sont généralement les premiers intermédiaires en cas de conflit et dont le rôle consiste non seulement à conseiller les parties sur leurs intérêts, mais également à déterminer le meilleur moyen de mettre un terme à la situation délicate dans laquelle elles se trouvent.

145. Afin de les former au mieux, chacune de ces deux professions dispose d'une ou plusieurs écoles : l'Ecole nationale de la magistrature (ou ENM) située à Bordeaux pour la première, les écoles d'avocats (ou EDA) réparties sur l'ensemble du territoire français pour la seconde. Ces deux institutions fonctionnent selon le même schéma en proposant une formation initiale, qui constitue un passage obligé pour les élèves et une formation continue, qui s'adresse aux professionnels dans le but de les tenir à jour des éventuelles évolutions tenant à leur activité respective. Dans la mesure où nous traitons ici des formations intégrées au cursus, nous laisserons donc la formation continue de côté afin de nous consacrer exclusivement à la formation initiale, dernier rempart avant l'accès au monde du travail.

146. On notera par ailleurs que si avocats et magistrats sont amenés à jouer un rôle important dans le développement des modes amiables, ils ne jouissent pour autant pas d'une égalité parfaite sur le plan de leur formation initiale. En effet, alors qu'une petite majorité d'écoles d'avocat propose un certain nombre d'ateliers ou d'enseignements dédiés à cette matière, l'Ecole nationale de la magistrature n'en propose quant à elle sous aucune forme²⁴⁹. Dans cette configuration, seuls les avocats peuvent donc prétendre à recevoir une formation aux modes amiables. Mais par quels moyens les EDA les organisent-elles ?

²⁴⁹ Pour l'heure, l'Ecole nationale de la magistrature ne propose d'ateliers consacrés aux modes amiables qu'au titre de la formation continue des magistrats, qui n'intervient donc qu'à la suite de leur entrée dans le monde professionnel.

147. **Inégalités face à la formation** – Sur ce point, il convient tout d’abord de souligner que si magistrats et avocats ne sont pas égaux, la situation des avocats entre eux ne l’est pas forcément davantage. Leur formation initiale repose en effet sur deux branches distinctes. D’un côté le tronc commun, dont le contenu plutôt varié est fixé par décret, arrêté et décision à caractère normatif²⁵⁰. De l’autre, un programme libre généralement organisé par les intervenants et pouvant varier d’une année à l’autre. Dans la mesure où aucun de ces textes ne mentionne les modes amiables de résolution des conflits, leur enseignement est donc laissé à l’appréciation des écoles et de leurs intervenants²⁵¹. On notera toutefois que malgré cette absence de contrainte, bon nombre d’entre elles en proposent depuis quelques années, à l’instar de l’EDA Aliénor (Bordeaux), de l’Ecole du Centre-Ouest des Avocats (Poitiers), ou encore de l’Ecole des Avocats du Rhône-Alpes pour ne citer qu’elles.

148. **Des formations souvent théoriques et pratiques** – Parce qu’ils dépendent principalement des intervenants qui les dispensent, les enseignements proposés par les EDA diffèrent d’une école à l’autre. Si leur contenu est généralement gardé secret, leur forme reste relativement accessible. Une brève comparaison des formules proposées démontre ainsi que, lorsqu’ils sont à disposition, ces enseignements prennent le plus souvent la forme d’ateliers théoriques et pratiques obligatoires²⁵². Le volume d’heures prévu pour ces ateliers permet néanmoins d’affirmer que ces formations relèvent davantage de l’information. En effet, il ressort de plusieurs programmes en vigueur, notamment à Bordeaux et à Poitiers, que sur les 320 heures consacrées aux enseignements fondamentaux des élèves avocats, seules une dizaine sont généralement attribuées aux modes amiables²⁵³.

²⁵⁰ Respectivement le décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d’avocat ; l’arrêté du 7 décembre 2005 fixant le programme et les modalités de l’examen d’aptitude à la profession d’avocat ; la décision du 7 janvier 2015 définissant les principes d’organisation et harmonisant les programmes de la formation des élèves avocats.

²⁵¹ Tel que prévu par l’article 6 al. 2 de la décision du 7 janvier 2015 définissant les principes d’organisation et harmonisant les programmes de la formation des élèves avocats qui dispose que « les centres régionaux de formation professionnelle d’avocats peuvent imposer à leurs élèves avocats des formations non prévues dans la présente décision, à condition qu’elles soient consacrées à la pratique professionnelle de l’avocat et que le volume horaire total de la formation de base ne dépasse pas 320 heures en présentiel, sans compter l’enseignement de langues étrangères ».

²⁵² Certaines écoles, selon les parcours proposés, offrent également des cours dédiés aux modes amiables en sus. On retrouve cette possibilité à l’EDA Aliénor, qui propose à la fois ces enseignements dans le tronc commun, mais aussi dans les parcours « droit public », « droit judiciaire » et « entreprise ».

²⁵³ La répartition de ces heures n’est pas identique d’une école à l’autre. L’EDA Aliénor privilégie par exemple l’enseignement des modes amiables sous la forme d’un cours général dédié à cette matière alors

149. **Un trop faible volume de formation** – Ce faible volume horaire laisse donc penser que pour avoir un réel bénéfice, ces formations ne doivent pas être dispensées pour elles-mêmes, mais plutôt être perçues comme un complément. En d'autres termes, il s'agirait davantage de les envisager sous l'angle de la mise à jour ou du perfectionnement de connaissances déjà existantes et acquises à l'occasion d'un parcours universitaire et/ou scolaire, plutôt que sous la forme d'un enseignement de découverte. Il semblerait en effet peu probable qu'un élève avocat puisse, en l'espace de deux ou trois heures, maîtriser un sujet aussi vaste que la médiation ou les modes amiables. Une telle appréciation de ces formations ne correspondrait donc pas à la réalité.

150. Pour conclure, il apparaît difficile de dégager parmi l'ensemble des formations intégrées au cursus une méthode infaillible. Chacune a ses avantages et ses inconvénients. En Amérique du Nord, on constate par exemple que l'enseignement des modes amiables est généralement accessible dès les premières années, avant l'acquisition par les étudiants de certains automatismes contentieux. À l'inverse en France, où cet apprentissage, lorsqu'il existe, est plus tardif, les étudiants disposent déjà d'un bagage, de connaissances juridiques plutôt approfondi leur permettant peut-être de mieux comprendre les enjeux qui se cachent derrière les modes pacifiques de règlement des différends.

151. Bien entendu, nous pensons qu'il n'est pas impossible d'allier l'étude du contentieux – qui reste bien entendu plus qu'indispensable dans un cursus juridique – et l'apprentissage de la logique amiable. Si les proportions restent évidemment à définir²⁵⁴, cette configuration permettrait de lever les potentielles résistances des étudiants bien plus tôt qu'à l'heure actuelle en France, mais également d'intégrer cet état d'esprit pacifique continuellement et sur une période plus longue, afin de mettre un terme à l'utilisation par défaut du contentieux. En prenant exemple sur l'Amérique du Nord et en proposant de tels enseignements dès la licence, on permettrait également aux étudiants de bénéficier de ce savoir nouveau sans les contraindre à une spécialisation dans ce

que l'Ecole du Centre-Ouest des Avocats a préféré procéder sous forme d'ateliers scindés avec trois heures consacrées à la médiation, deux heures à la procédure participative, etc.

²⁵⁴ Car il faut définir quel volume attribuer à l'une et l'autre de ces branches du droit, à savoir la justice amiable d'un côté et contentieuse de l'autre.

domaine ou dans celui de la procédure, comme c'est le cas à l'heure actuelle²⁵⁵. Il pourrait également sembler judicieux, à l'image de ce qui existe à l'université de Sherbrooke, de rendre un ou deux cours consacrés aux modes amiables obligatoires, afin d'offrir aux étudiants une base commune en la matière et ainsi leur laisser le choix d'approfondir ou non ces connaissances en temps voulu.

152. Les formations intégrées au cursus présentent donc un intérêt certain dans le cadre du développement des modes amiables, en ce sens qu'ils permettent d'informer les étudiants sur leur nature. Elles contribuent ainsi à lever le voile sur ces voies alternatives encore peu connues et incitent donc ces futurs professionnels du droit à les emprunter à l'avenir. Ces dernières ne sont néanmoins pas les seules à pouvoir jouer ce rôle dans la mesure où d'autres formations, indépendantes cette fois, peuvent également avoir un impact sur le développement des modes amiables.

B. Les formations indépendantes exclusivement dédiées aux modes amiables

153. On ne peut être parfaitement complet au sujet du développement du recours aux modes amiables par l'éducation, sans aborder les formations indépendantes. À la différence des formations intégrées au cursus qui s'adressent principalement aux futurs professionnels du droit, ces dernières sont plutôt destinées aux professionnels déjà installés, tels que les avocats ou les magistrats. On notera néanmoins que toutes ne sont pas fermées aux étudiants, tel que les diplômes universitaires (DU) de médiation en France. Contrairement aux précédentes, les formations indépendantes ne s'intègrent pas nécessairement dans un cursus : elles sont par conséquent purement facultatives²⁵⁶ et ne s'adressent donc qu'à un petit groupe d'initiés, désireux d'apprendre ou de perfectionner leur pratique des modes amiables. Quel est dès lors l'impact de ces formations sur le recours aux modes amiables ? Est-il non seulement palpable ? L'état actuel du

²⁵⁵ Pour rappel, les seuls enseignements consacrés aux modes amiables à l'heure actuelle en France sont dispensés dans le cadre de masters dédiés aux modes alternatifs de résolution des différends, ou plus généralement encore à la procédure.

²⁵⁶ Il n'est par exemple pas obligatoire pour un avocat nord-américain d'être détenteur d'un LL.M (ou Masters of Law), ni pour un avocat français d'obtenir un diplôme universitaire (DU).

développement de ces formations hors cursus nous pousse à penser que, si elles peuvent avoir un effet (1), leur impact restera néanmoins limité (2).

1. Des effets sur le développement des modes amiables

154. L'effet des formations hors cursus sur le développement des modes amiables n'est pour l'heure qu'hypothétique. Leur expansion récente en Amérique du Nord et en France permet toutefois d'imaginer qu'elles pourront avoir un impact sur la pratique de ces méthodes dans un futur plus ou moins proche pour deux raisons. La première porte sur le contenu particulièrement complet que certaines de ces formations proposent aux personnes qui les suivent, notamment s'agissant des diplômes universitaires (DU) et des LL.M (a). La seconde concerne quant à elle le public généralement présent à ces formations. On notera en effet qu'il s'agit la plupart du temps des professionnels du droit déjà en exercice. Ce constat nous pousse donc à croire qu'à l'inverse des formations intégrées aux cursus ou de la médiation scolaire, ces dernières ont la possibilité de provoquer un développement des modes amiables au présent (b).

- a. Un impact par des formations complètes : l'exemple des diplômes universitaires et des LL.M

155. **Le plus fort impact d'une formation détaillée sur la pratique** – C'est une des critiques qu'il nous a été donné de faire à plusieurs reprises à l'égard de certaines formations intégrées au cursus : elles sont parfois sommaires. Un tel cas de figure n'offre dès lors guère plus de possibilité que de susciter un intérêt naissant auprès des étudiants qui les ont suivies. Suivant cette logique, nous admettrons ici l'hypothèse selon laquelle le degré de complétude d'une formation peut, dans une certaine mesure, influencer la pratique des modes amiables de résolution des conflits. En d'autres termes, plus la formation est détaillée, plus l'impact sur la pratique sera important.

156. **Deux types de formations : les diplômes universitaires et les LL.M** – À ce titre, deux types de formation doivent attirer notre attention. D'un côté, les diplômes universitaires (DU) de médiation et de gestion de conflit, plutôt répandus en France mais sans réel équivalent en Amérique du Nord ; de l'autre, les LL.M spécialisés en modes

amicales de résolution des différends²⁵⁷, présents aux États-Unis et au Canada mais inexistantes en France. Bien que différents sur le plan formel²⁵⁸, mais aussi au regard de la reconnaissance professionnelle – les LL.M jouissant généralement d'une meilleure réputation notamment grâce au prestige des universités qui les délivrent, on notera toutefois que sur le fond, ces deux parcours jouissent d'une relative similitude, notamment au regard de leur contenu. Attachons-nous dès lors à étudier ces programmes plus en détail.

157. Les LL.M : l'exemple des universités de Pepperdine et de Sherbrooke –

Tout d'abord, il convient de noter qu'à la différence des diplômes universitaires, les LL.M spécialisés en résolution de conflit permettent à leurs étudiants de choisir leurs matières parmi une gamme intéressante de cours. Les universités de Pepperdine (États-Unis) et de Sherbrooke en sont de bons exemples. Chacun des programmes présents dans ces établissements propose à ce titre plusieurs parcours possibles. Le LL.M en résolution de conflit de l'université de Pepperdine prévoit ainsi un parcours général avec possibilité de spécialisation en médiation, en arbitrage ou encore – et cela peut à première vue sembler paradoxal – en contentieux (*litigation*)²⁵⁹. Afin de conduire les étudiants à s'intéresser à plusieurs domaines, le programme repose sur une structure plurielle. À ce titre, chaque étudiant, qu'il ait choisi de se spécialiser ou non, doit dans un premier temps assister à un ensemble de cours obligatoires, tels que « la théorie et la pratique de la médiation », « la théorie et la pratique de la négociation », ou encore « la psychologie du conflit et la communication ». Cette base commune peut ensuite être complétée plus ou moins librement selon que les étudiants aient choisi ou non de se spécialiser. Une concentration sur la médiation imposerait par exemple au participant de choisir un minimum de trois cours en lien avec cette matière. À l'inverse, un étudiant sans spécialisation est

²⁵⁷ En Amérique du Nord, un LL.M a généralement une portée générale. Il permet le plus souvent aux étudiants de choisir les matières qu'ils se verront enseigner au cours de l'année, notamment sur la base de leurs affinités personnelles. L'université de Harvard propose par exemple aux étudiants en LL.M de faire leur choix parmi les matières présentes sur le catalogue des étudiants en *Juris Doctor*, où figurent en outre plusieurs cours sur les modes amiables. Dans le cadre de ce paragraphe, nous n'aborderons toutefois pas ces parcours généraux, dans le but de nous focaliser uniquement sur les LL.M spécialisés.

²⁵⁸ À la différence des LL.M qui proposent généralement des programmes à temps complet à l'image de nos masters 2 Français, les DU fonctionnent plutôt sur le modèle des formations en alternance dont les cours ne se déroulent que deux à trois jours par semaine.

²⁵⁹ Cette dernière spécialisation concerne en réalité la pratique des modes amiables dans la phase procédurale d'un procès, avec des cours portant notamment sur le moyen de trouver un accord dans le cadre d'une procédure contentieuse.

parfaitement libre de choisir les cours qu'il souhaite suivre au sein d'une liste de plus de trente matières consacrées de près ou de loin à la résolution amiable des conflits²⁶⁰. Enfin, pour conclure cette année de LL.M, le programme propose à ses étudiants d'opter entre une expérience pratique – qui consiste soit en un stage en lien avec le domaine étudié, soit à la participation à une clinique de médiation, ou un parcours plutôt axé sur la recherche – conclu par un mémoire (*thesis*), ou un projet personnel.

158. Du côté canadien, le LL.M en prévention et règlement des différends de l'université de Sherbrooke propose également deux parcours : le premier avec projet de fin d'étude, le second avec essai²⁶¹. Construit selon le même modèle que le précédent, ce dernier est composé d'un tronc commun incluant lui aussi des matières plutôt variées, telles que l'application des modes de prévention et règlement des différends à la gouvernance internationale, mais également la psychologie qui leur est intrinsèquement liée, ou encore les règles qui leur sont appliquées. De manière plutôt innovante, on notera également que le tronc commun, à la différence de beaucoup de programmes dans le monde, propose un cours dédié à la prévention des différends afin non seulement de comprendre « les sources potentielles d'émergence » des conflits, mais également d'apprendre à établir des systèmes de prévention permettant de gérer, voire de stopper l'évolution de ces différends. Dans le même état d'esprit que le programme proposé à l'université de Pepperdine, Sherbrooke offre ensuite à ses étudiants la possibilité de choisir leurs cours parmi une liste d'une trentaine de matières portant aussi bien sur la médiation, que l'arbitrage, ou encore sur la créativité en matière de prévention et règlement des différends.

159. Complètes en termes de contenu, ces deux LL.M semblent également l'être par leur forme. En effet, à l'image des masters 2 Français, ces parcours se déroulent généralement sur une année et reposent la plupart du temps sur un régime d'inscription à temps complet. La configuration de ces programmes leur permet donc de se consacrer pleinement à l'apprentissage de la logique amiable ainsi que du savoir-faire qui s'y attache, aussi bien par l'intermédiaire de cours théoriques que pratiques.

²⁶⁰ Parmi lesquels on trouve par exemple la pratique de l'arbitrage, l'arbitrage commercial international, la résolution de conflit dans l'éducation, la médiation du divorce et familiale, la résolution de conflit et la religion, ou encore les conflits interculturels et la résolution de conflits pour ne citer qu'eux.

²⁶¹ Dans ce cas de figure, l'essai se rapproche de ce que nous appelons en France un mémoire.

160. Les diplômes universitaires : l'exemple des universités de la Rochelle, de Lorraine et de Panthéon-Assas – Les LL.M n'existent pas dans les universités françaises, qui leur ont préféré un substitut plus flexible : les diplômes universitaires. De plus en plus présents dans le paysage académique, ces cursus permettent notamment à leur participant d'acquérir ou de préciser certaines connaissances dans un domaine donné. C'est donc tout naturellement que depuis quelques années, bon nombre d'établissements ont choisi d'ouvrir la voie à la création d'un tel diplôme consacré aux modes amiables de résolution des conflits. Sont-ils néanmoins aussi complets que les LL.M nord-américain ? En réalité, tout dépend de l'angle de comparaison. Sur le fond, on remarque que beaucoup n'ont rien à leur envier. Le DU de médiation et règlement de conflit de l'université de La Rochelle propose par exemple un ensemble relativement varié de cours théoriques et pratiques portant sur des thèmes tels que la communication, la dynamique du conflit, les étapes de la médiation ainsi que l'éthique qui s'y rapporte, mais également les règles applicables aux modes amiables ou encore la gestion du stress du médiateur. Dans le même état d'esprit, le DU de médiation de l'université Panthéon-Assas et le DU de médiation et autres modes alternatifs de résolution des différends de l'université de Lorraine proposent tous deux une étude de cette matière sous des axes qui prennent notamment en compte la sociologie ou la psychologie de la médiation.

161. Différences structurelles entre DU et LL.M – Si cette variété de matières permet de mettre en lumière la richesse de contenu des diplômes universitaires français, il faut toutefois avouer que sur la forme, les choses sont quelque peu différentes. Il convient en effet de noter qu'à la différence des LL.M, qui se déroulent le plus souvent à temps complet, les DU français, en privilégiant une forme d'enseignement plus flexible, ne sont généralement qu'à temps partiel²⁶². Afin d'illustrer cette différence, on notera par exemple que le volume horaire moyen d'un DU en France avoisine généralement les 150 à 200 heures pour une année (évaluations incluses), contre environ une dizaine d'heures par semaine pour un LL.M²⁶³, ce qui amène à un rapport du simple au double. Or on le

²⁶² La plupart des DU dédiés à la médiation ou aux modes amiables ne propose en effet d'enseignements que deux jours par semaine. Tel est par exemple le cas du de médiation de l'université Panthéon-Assas qui n'organise des cours que les lundis et mardis.

²⁶³ Tel est par exemple le cas pour le DU médiation et autres modes alternatifs de résolution des différends de l'université de Lorraine, qui comptabilise 128h de formation en présentiel, auxquelles s'ajoutent 42h de mise en pratique (<https://fac-droit.univ-lorraine.fr/sites/fac-droit.univ->

sait, une telle décision implique nécessairement des conséquences, notamment à l'égard du contenu des programmes concernés. On peut principalement en dénombrer deux. Tout d'abord l'impossibilité pour les étudiants en DU de choisir leurs matières en fonction des besoins qui sont les leurs²⁶⁴. Ensuite, un approfondissement limité des thèmes abordés en DU par rapport à ceux envisagés dans le cadre d'un LL.M. S'il semble délicat de vérifier cette dernière hypothèse au moyen d'une comparaison absolument fiable des contenus de chacun de ces programmes – à la fois en raison de la variété des matières existantes mais aussi de l'inaccessibilité de leur contenu global pour les personnes extérieures, une observation effectuée lors de nos recherches a néanmoins permis de mettre en lumière un fait plutôt intéressant. En effet, nous avons pu constater que, si le volume horaire est bien différent d'un programme à l'autre, le nombre de matières par étudiant est quant à lui à peu de chose près identique. Ces deux informations recoupées nous amènent donc à penser que, dans la plupart des cas, le contenu proposé par les DU de médiation est, par la force des choses, moins précis que celui en vigueur dans un LL.M nord-américain.

162. Mais cela impacte-t-il la pratique ? En réalité, tout porte à croire que non, ou en tout cas dans une mesure relativement faible. Il est bien entendu évident que les LL.M donnent accès à des connaissances plus précises et donc à un parcours plus complet. Les thèmes abordés dans le cadre des DU correspondent néanmoins à un essentiel, à une base permettant aux professionnels déjà en exercice de mettre en pratique ces nouvelles compétences, ou simplement de les mettre à jour. Les DU, bien que moins précis, sont donc suffisamment complets afin de permettre aux professionnels de développer leur activité dans ce secteur et par là même, de répandre la culture des modes amiables.

163. Dès lors, si LL.M et DU permettent d'offrir une formation suffisamment solide afin de permettre une pratique sereine des modes amiables, nous allons voir que le public concerné par ces formations peut engendrer un développement encore plus rapide de cette voie pacifique.

lorraine.fr/files/du_mard_031023.pdf) ; il en va de même pour le DU de médiation de l'université Panthéon-Assas, qui comptabilise 145h de formation (<https://www.u-paris2.fr/fr/formations/offre-de-formation/diplome-duniversite-la-mediation> [consultés le 22/10/2023]).

²⁶⁴ A la différence des étudiants en LL.M qui ont la plupart du temps la possibilité de choisir parmi une liste plutôt conséquente de matières.

- b. La formation des professionnels : un atout majeur du développement rapide des modes amiables

164. La forte influence des professionnels du droit sur le développement du recours aux modes amiables – Le développement du recours aux modes amiables de résolution des conflits par l'éducation présente donc des perspectives d'évolution tout à fait intéressantes. L'un de ses principaux inconvénients réside toutefois dans la lenteur de son processus, dont les effets ne sont généralement perceptibles qu'après plusieurs années, voire plusieurs décennies. Si tel est généralement le cas de la médiation scolaire ou des formations intégrées au cursus, il apparaît toutefois que les caractéristiques présentées par les formations autonomes²⁶⁵ sont différentes. En effet, alors que les premières s'adressent généralement à public relativement jeune, les secondes sont le plus souvent fréquentées par des professionnels, déjà installés dans la vie active. Ainsi, à la différence des étudiants, ces derniers ont la possibilité de mettre leurs connaissances à profit sur-le-champ et donc de contribuer à un développement quasi immédiat des modes amiables. Néanmoins, afin d'appréhender l'intérêt de ces formations, il convient tout d'abord de comprendre l'importance du rôle que ces professionnels - et plus particulièrement que les avocats - peuvent jouer dans le développement des modes amiables.

165. Professionnels du droit et incitation au recours – À ce titre, il est en effet nécessaire de rappeler que bon nombre de ces professionnels peuvent, par leur action ou leur inaction, influencer sur le développement de la culture des modes amiables. Pour ce faire, deux possibilités s'offrent généralement à eux. La première concerne principalement les avocats, qui, en leur qualité de premiers interlocuteurs des personnes en situation de conflit, doivent à la fois émettre un diagnostic, mais aussi également aiguiller les parties vers une solution appropriée à leurs besoins. Cette étape peut, dans le cas où le professionnel a reçu une formation adéquate – ou est tout du moins suffisamment informé, le conduire non seulement à inciter ses clients à recourir à une solution négociée, mais également à leur proposer ses services en tant que tiers pacificateur²⁶⁶. Il faut en

²⁶⁵ Tels que les LL.M ou les diplômes universitaires (DU) spécialisés en modes amiables de résolution des conflits.

²⁶⁶ On regroupe ici les médiateurs, les avocats en droit collaboratif, ou encore les conciliateurs pour ne citer qu'eux.

effet bien comprendre que cette incitation, dans de nombreux cas, peut constituer l'effet déclencheur nécessaire au développement des modes amiables. Comme nous l'avons vu dans le cadre de la médiation scolaire, le recours à ces méthodes dépend principalement de la levée des barrières qui empêchent généralement les parties à franchir le cap. Suivant cette logique, cette proposition constitue donc une première avancée vers une potentielle démocratisation de la logique amiable.

166. Le nécessaire investissement des professionnels – Outre ces facultés d'incitation, il convient également de ne pas négliger l'influence que peuvent avoir les professionnels du droit aussi bien sur leur profession, que sur la société tout entière. L'exemple du Québec est à ce titre le plus parlant. Lorsqu'est créée ce qui deviendra l'Association de médiation familiale du Québec en 1985, aucun cadre ne fixait alors les modalités d'exercice de cette pratique dans la province. À l'origine composée d'une poignée de professionnels, l'AMFQ a marqué le début de l'institutionnalisation de la médiation en élaborant des guides de bonne pratique, mais également en jouant le rôle de formateur auprès des médiateurs québécois. On notera toutefois que ces efforts, à la condition qu'ils aient été remarqués, ont été loin de provoquer l'intérêt escompté chez les professionnels du droit. À vrai dire, c'est même plutôt l'inverse, dans la mesure où la plupart des avocats se sont massivement opposés à la généralisation de cette pratique, qu'il avait été dans un premier temps question de rendre obligatoire en matière familiale. C'est notamment cette hostilité qui bloquera toute au long des années qui suivirent le développement de la médiation familiale au Québec, preuve que l'influence des différents corps professionnels peut servir, ou desservir la cause des modes amiables. Il faudra en réalité attendre 1997 pour que la tendance s'inverse et que les avocats, qui jusqu'alors considéraient la médiation comme le symbole de leur possible banqueroute, voient en cette méthode un bénéfice pour les parties, ainsi qu'un outil permettant de diversifier leur activité ²⁶⁷. Ce revirement fut possible pour deux raisons. La première concerne l'environnement juridique de la médiation, qui fût enrichi cette année-là d'une mesure rendant obligatoire la présence des parties à une séance d'information sur la médiation dans les cas de divorce, mais aussi et surtout par un programme gouvernemental de subvention visant à prendre en charge une partie des honoraires facturés par les

²⁶⁷ V. BELZILE, Communication personnelle, Montréal, 21 février 2019.

médiateurs du Québec. Cette évolution n'aurait toutefois pas vu le jour sans l'intervention de la seconde cause de ce revirement, rendu possible grâce au travail de concertation effectué par les professionnels de l'AMFQ, qui, depuis 1985, ont contribué à ouvrir le dialogue entre les divers acteurs de la vie juridique et sociale de la province, afin de les rassurer sur ces pratiques nouvelles. On notera pour finir que cette longue entreprise de vulgarisation de la logique amiable n'a pas été vaine. Lors de notre voyage de recherche au Canada en février et mars 2019, maître Violaine Belzile, avocate au barreau du Québec engagée dans le développement des modes pacifiques de prévention et de résolution des différends, a rappelé à l'occasion de notre entretien à quel point la profession était aujourd'hui, plus que jamais, imprégnée par la volonté de trouver une solution amiable, en soulignant par ailleurs que les avocats qui s'y dérobaient étaient « *plutôt mal vus* » par leurs pairs²⁶⁸.

167. Cet exemple permet donc de démontrer que si une réforme, prise au bon moment, peut effectivement accentuer le développement de la culture des modes amiables, il n'en demeure pas moins que l'appui des professionnels du droit est particulièrement important, pour ne pas dire fondamental, afin de parachever ce but. La France a d'ailleurs démontré à plusieurs reprises que cette hypothèse était en réalité loin d'en être une. Plusieurs des réformes amorcées en vue de développer le recours aux modes amiables n'ont en effet pas produit les résultats escomptés, notamment en raison du manque d'appropriation de ces mesures par les avocats et les magistrats, qui la plupart du temps ont cherché à les contourner. Cette hostilité aurait toutefois probablement pu être évitée si ces derniers avaient reçu une formation au cours de leur cursus, ou une fois installés en tant que praticiens. Ceci permet donc de mettre en avant l'importance que ces dernières peuvent revêtir pour la pratique et le développement des modes amiables.

168. Nous allons toutefois constater que si ces formations hors cursus présentent des caractéristiques intéressantes, elles ont toutefois un effet relativement limité sur la pratique.

²⁶⁸ V. BELZILE, Communication personnelle, Montréal, 21 février 2019.

2. Un impact limité sur le développement des modes amiables

169. Les formations hors cursus peuvent donc constituer un atout non négligeable dans le développement des modes amiables, mais elles présentent pour la plupart un défaut qui limite plus ou moins considérablement leur impact sur la société : elles ont tendance à manquer de visibilité (a). Particulièrement handicapant au regard de l'objectif visé, l'on doit ajouter à cette lacune un public généralement restreint, qui n'arrange pas forcément le développement des modes amiables (b).

a. Des formations à faible visibilité

170. S'il est un problème qui touche généralement les formations hors cursus, c'est bel et bien leur manque de visibilité. Si les LL.M nord-américains doivent être mis à part dans la mesure où les universités qui les proposent leur assurent la plupart du temps une publicité suffisante, il faut toutefois le reconnaître, les autres formations se font généralement plus discrètes, ou passent pour le moins inaperçues. Comment expliquer cela ? Un bref aperçu de la situation actuelle nous permet de mettre en avant l'incidence de deux éléments. Le premier concerne le caractère souvent épars de ces formations ; le second, la faible communication des organismes qui les dispensent ou tout du moins ses maigres retombés.

171. **Des formations éparses** – Le premier constat est donc clair, il existe, en France et outre-Atlantique, un nombre relativement important de formations professionnelles dédiées de près ou de loin aux modes amiables de résolution des différends, ou plus spécifiquement à la médiation. Cette abondance, qui à première vue pourrait sembler positive, est en réalité loin d'être un atout. En effet, le caractère sporadique avec lequel elles se sont développées au cours des dernières années a créé un flou non négligeable autour de l'enseignement des modes amiables auprès des professionnels. Une telle situation n'encourage donc pas le public visé à franchir le cap.

172. Le flou qui entoure ces formations repose en réalité sur trois points. Le premier concerne les infrastructures qui les dispensent. Dans les quelques lignes qui précèdent, nous avons d'ores et déjà eu l'occasion de présenter l'une des sources

d'enseignement hors cursus des modes amiables en France et en Amérique du Nord, à savoir l'université. Si cette dernière reste bien entendu la plus importante, il faut toutefois savoir que beaucoup d'autres structures ont développé une activité similaire, qui s'avère parfois lucrative. Parmi elles, se trouvent en premier lieu les associations spécialisées. Plutôt actives sur le plan du développement des modes amiables, certaines proposent des formations aussi bien dans le cadre des programmes de médiation scolaire que de la médiation dite « communautaire », que l'on traduirait en France par le concept de médiation de proximité (ou sociale). Dans la grande majorité des cas, ces dernières s'adressent à une population locale. Tel est par exemple le cas de l'association Alsace médiation implantée à Strasbourg et Colmar, ou encore d'Amely pour la ville de Lyon. Il arrive toutefois – et c'est plus rare – que certaines associations aient un champ d'action élargi à tout le territoire. On peut citer à ce titre France médiation, qui regroupe 70 structures, en métropole et Outre-mer. Dans le même état d'esprit, il est possible de mentionner les *Community Boards* de San Francisco ou encore l'Association des médiateurs familiaux du Québec, qui proposent eux aussi plusieurs types de formations à ce sujet. On notera par ailleurs que de plus en plus d'instituts, publics ou privés, s'investissent dans ce domaine. Parmi eux, on retrouve par exemple l'ADR Institute of Canada (ou Institut d'arbitrage et de médiation du Canada), accompagné de ses différentes affiliations provinciales, telles que l'ADR Institute of Ontario, l'ADR Institute of British Columbia ou encore l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, qui proposent un certain nombre de formations réservées aux professionnels exerçant dans ce milieu. Côté français, plusieurs structures du même type permettent quant à elles d'accéder au diplôme d'État de médiateur familial²⁶⁹, telles que l'Institut des sciences de la famille de Lyon, l'Institut régional du travail social de Poitiers, ou encore l'Institut régional de développement du travail social en Guyane pour ne citer qu'eux.

173. On l'aura donc compris, la grande diversité d'établissements et de formations proposées ne facilite pas vraiment le choix des professionnels. Universités, instituts, associations, structure publique ou privée, rien ne relie de prime abord ces entités en dehors de leur but. Si cette diversité est souhaitable à de nombreux égards, car

²⁶⁹ Nous aurons d'ailleurs l'occasion de voir que cela contribue d'ores et déjà à entretenir un certain flou autour de ce diplôme, dans la mesure où plusieurs types de structures peuvent la dispenser. Il peut en effet s'agir d'instituts, d'IUT ou encore de facultés de droit.

elle permet d'aborder les modes amiables sous de nombreuses approches, il n'en demeure pas moins que de telles variables peuvent avoir un effet plutôt néfaste, notamment au regard de la crédibilité que ces formations reflètent. Bien entendu, il ne s'agit pas de donner à l'université le monopole de l'enseignement des modes amiables, mais peut-être semblerait-il opportun de réunir certaines structures autour de ce sujet, afin de leur offrir une visibilité plus importante et efficace²⁷⁰. Bien entendu, l'idée n'est pas de dénigrer le travail des associations qui revêt une importance toute particulière dans la formation des professionnels, notamment grâce à leurs actions de proximité, mais plutôt de faire cohabiter les deux systèmes, à l'image de ce que l'on peut observer au Canada. En d'autres termes, il semblerait intéressant de créer une structure semblable à l'ADR Institute of Canada doté de succursales locales, qui permettraient aux professionnels français de suivre une formation reconnue par leurs pairs. De cette manière, il incomberait à l'université de dispenser un contenu plus précis, pendant que les instituts et associations aborderaient certains sujets particuliers en un laps de temps plus court.

174. Des formations floues – Le second point sur lequel repose le flou de ces formations concerne quant à lui leur contenu. Nous venons en effet de le mentionner brièvement, ce dernier est parfois sujet à variations ce qui, pour un œil pas ou peu initié, rend difficile le choix d'une formation compatible avec ses propres besoins. Loin d'être propice au développement rapide des modes amiables²⁷¹, cette situation pose en réalité le problème de la précision du contenu et à travers lui – là encore - de la crédibilité des formations professionnelles sur le sujet. Cette crainte, il faut l'avouer, semble légitime : comment peut-on imaginer qu'un novice soit initié à la pratique des modes amiables en seulement quelques heures ? Il est en effet difficile d'envisager qu'une formation professionnelle dispensée par une université française ou nord-américaine soit équivalente à une formation délivrée par un institut ou une association, en particulier lorsque la première est répartie sur un an, alors que la seconde dure difficilement plus de quelques jours. Néanmoins, si cette situation génère un flou, elle constitue dans le même

²⁷¹ Nous le mentionnions en effet, il n'est pas impossible que la formation des professionnels déjà en poste puisse avoir un effet immédiat sur la pratique des modes amiables, dans la mesure où à l'inverse des étudiants, ces derniers peuvent directement mettre en pratique leurs nouvelles connaissances.

temps un atout pour les professionnels initiés, qui, par ce moyen, peuvent se mettre rapidement à jour des nouveautés propres à leur pratique des modes amiables.

175. Formations diplômantes ou non – Enfin, le troisième élément de doute concerne l'issue de ces formations. Nous le savons désormais, lorsque l'une d'elles s'achève dans une université française, américaine ou canadienne, qu'il s'agisse d'un diplôme universitaire (DU) ou d'un LL.M, elle donne lieu à la délivrance d'un diplôme. Ces derniers, généralement reconnus par l'ensemble de la société, permettent dès lors d'attester d'un parcours et d'un savoir-faire prédéfini. Si les futurs médiateurs familiaux peuvent également jouir de ce privilège en France lorsqu'ils ont été formés par une structure agréée, il convient toutefois de noter que cette pratique est plutôt rare, dans la mesure où beaucoup de ces parcours sont proposés par des associations, qui par définition, ne sont pas habilitées à délivrer de tels documents, et pour lesquelles les formations ne sont pas sanctionnées par un examen, à l'inverse des DU, LL.M ou autres diplômes d'État de médiateur familial. Là encore, il faut bien comprendre qu'au final, chaque type de parcours répond à des besoins spécifiques. Une formation accélérée ne vaudra donc pas une formation diplômante²⁷² et inversement. Toutefois, si l'on se place du point de vue d'un jeune professionnel parfaitement novice en matière de modes amiables, on admettra que la crédibilité de ces formations peut sembler discutable. Le fait que certaines d'entre elles soient diplômantes et pas d'autres peut en effet laisser entrevoir, dans l'esprit de la population, une sorte de classement inconscient des formations sur cette base. En d'autres termes, il n'est pas exclu qu'un parcours diplômant soit perçu comme plus sérieux ou plus abouti qu'un enseignement ne donnant lieu à aucune forme de distinction particulière. Dans cet état d'esprit, il apparaît que le diplôme offre une certaine forme de solennité à la formation qu'il sanctionne, tout en donnant de l'importance aux modes amiables. Le fait que certaines d'entre elles n'amènent à l'obtention d'aucune sorte de certification instaure donc l'idée selon laquelle cette matière n'est peut-être réellement sérieuse. Bien entendu, un tel raisonnement est à mettre en perspective dans la mesure où, comme nous le disions, cette diversité manifeste en réalité une gamme de besoins variés. Il n'est par exemple pas nécessaire pour un professionnel

déjà formé de bénéficier d'un enseignement aussi précis qu'un novice. Dans ce cas de figure, une simple mise à jour est généralement suffisante.

176. Ces trois points permettent donc de comprendre que, pour un novice, la visibilité des formations professionnelles aux modes amiables n'est pas optimale, en particulier aux États-Unis et en France où elles sont plutôt éparses. Le Canada se démarque quant à lui grâce à la création, en 1974²⁷³, de l'ADR Institute of Canada, qui concentre la majeure partie de l'attention des professionnels sur le sujet. On ne peut toutefois pas conclure sans souligner la récente initiative du conseil national des barreaux français, qui, par la création du centre national de médiation des avocats, a contribué à l'effort de développement des modes amiables, aussi bien auprès des parties en conflit que des avocats²⁷⁴.

177. En attendant d'être mesurée de percevoir les effets produits par cette structure en France, il convient de reconnaître que bon nombre des formations professionnelles proposées sur le territoire bénéficient d'une faible visibilité qui constitue *de facto* un frein au développement des modes amiables. On notera toutefois que le public plutôt restreint présent à ces formations n'est pas d'une grande aide en vue de parachever ce but.

b. Un public restreint : les *numerus clausus*

178. Si le développement de la pratique des modes amiables de résolution des conflits peut être ralenti par le manque de visibilité des formations professionnelles, il l'est également par leurs capacités d'accueil généralement restreintes. Le cas des LL.M et des diplômes universitaires (DU) est en l'occurrence le plus marquant.

²⁷³ L'ADR Institute of Canada a, au cours de son existence, changé à la fois de forme et de nom. À l'origine uniquement consacré à l'arbitrage sous le nom de Arbitrators Institute of Canada (1974), ce dernier élargit son champ d'action une dizaine d'années plus tard, en devenant l'Arbitration and Mediation Institute of Canada (1986). En 1994, concomitamment à son existence, sera créée la Canadian Foundation for Dispute Resolution, qui, en 2001, fusionnera son action avec l'Arbitration and Mediation Institute of Canada, pour former l'ADR Institute of Canada.

²⁷⁴ Le centre national de médiation des avocats poursuit en effet trois objectifs principaux. Le premier consiste bien entendu à promouvoir la médiation auprès des justiciables notamment en leur facilitant l'accès à cette méthode par le biais d'une liste d'avocats médiateurs établie par le centre. Le deuxième vise quant à lui à développer la formation des avocats sur le sujet. Le troisième ambitionne enfin d'agir de concert avec les pouvoirs publics afin de parfaire le développement de la médiation.

179. **Environ vingt places par formation en Amérique du Nord** – Comme il a déjà été possible de le voir, rare sont les LL.M qui proposent une spécialisation en termes de modes amiables de résolution des conflits. À l'exception de l'université de Sherbrooke au Canada, ces derniers se révèlent la plupart du temps généraux, mais permettent à leurs étudiants de suivre un nombre plus ou moins varié de cours portant tantôt sur la médiation ou la négociation, tantôt sur des sujets plus pointus tels que les dilemmes contemporains de la résolution de conflits, ou la diversité et la résolution de conflit. Si l'accès à ces programmes n'est généralement pas limité²⁷⁵, le nombre d'étudiants par matière, lui, est plus souvent sujet à restriction. À titre d'exemple, le cours de *mediation advocacy* de l'université de Berkeley ne propose que seize places (tout niveau confondu)²⁷⁶, alors que le cours de médiation de l'université Harvard ne compte qu'une vingtaine de places, parmi lesquelles seulement cinq sont attribués aux LL.M. Le cas de la maîtrise en prévention et règlement des différends de l'université de Sherbrooke (équivalente à un LL.M) est quant à lui quelque peu particulier. En effet, à la différence des LL.M classique, le programme proposé par l'établissement québécois, car il est spécialisé, est assorti d'un *numerus clausus* en apparence plus important, à savoir soixante places. Il convient toutefois de préciser que ce décompte inclut également deux autres parcours²⁷⁷, ramenant ainsi le nombre d'étudiants par formation à vingt en moyenne. Ceci démontre donc que la disponibilité des formations aux modes amiables orientées vers les professionnels est relativement restreinte, aussi bien aux États-Unis qu'au Canada.

180. **Un nombre de places plus important en France** – Côté français, la situation n'est pas franchement meilleure et ce pour deux raisons. La première correspond au faible nombre de DU consacrés aux modes amiables disponibles en France. En effet, à l'inverse des États-Unis et dans une moindre mesure du Canada, où la plupart des universités proposent au moins un cours consacré à ce thème, les établissements d'enseignement supérieur français sont beaucoup plus rares à offrir de telles formations. Compte tenu de nos dernières estimations, il semble en effet difficile d'en compter plus

²⁷⁵ Il faut comprendre ici qu'il n'y a pas de *numerus clausus*.

²⁷⁶ Les cours proposés en LL.M en Amérique du Nord sont en effet accessibles aux J.D, ou, en d'autres termes, aux étudiants postulant pour l'obtention du grade inférieur au LL.M.

²⁷⁷ Respectivement le diplôme d'études spécialisées de 2^{ème} cycle et le microprogramme de 2^{ème} cycle en prévention et règlement des différends.

d'une dizaine. Si cette situation est d'ores et déjà problématique en elle-même, il faut encore lui ajouter le manque de places disponibles dont ces programmes sont victimes. À titre d'exemple, les DU de médiation des universités de Paris-Assas et de Nice ne sont ainsi accessibles qu'à un maximum de trente étudiants, contre respectivement vingt et quinze pour ceux des universités de Lyon et de La Rochelle. Il n'existe en réalité qu'une seule et unique exception à ce nombre restreint d'accès : le DU de médiateur de l'institut catholique de Paris, qui dispose d'une limite de cent soixante participants par session et par niveau, soit trois cent vingt accès. Additionnées, on peut ainsi estimer le nombre de places disponibles à environ quatre cent soixante pour l'ensemble du territoire français (cent quarante sans le DU de l'institut catholique de Paris)²⁷⁸. On l'aura donc compris, leur nombre est plus que restreint, en particulier lorsque l'on sait qu'en 2019, 69.900 personnes exerçaient la profession d'avocat en métropole²⁷⁹.

181. Un nombre de places restreint au sein des formations non diplômantes – Par ailleurs, si les parcours universitaires sont généralement plus visibles, il ne faut pas pour autant en oublier l'existence des formations professionnelles non diplômantes dispensées par les associations, dont le rôle dans le développement de la pratique des modes amiables ne doit pas être nié. Leur discrétion rend toutefois l'accès à certaines données difficiles, notamment concernant le contenu et le public attendu aux formations organisées. L'ADR Institute of Canada fait cependant exception. On apprend alors que dans le cadre de la plupart des formations dispensées par cet organisme, seules dix à vingt places sont généralement disponibles. Parmi elles, on peut notamment citer l'exemple du *National Introductory Mediation Course* organisé à Edmonton (Alberta, Canada) ouvert à douze personnes²⁸⁰. Tout comme dans les parcours universitaires, il est

²⁷⁸ Ce chiffre se détaille comme suit : DU La Médiation de l'université Paris-Assas : 30 places ; DU Médiation, processus, techniques, développements de l'université de Lyon : 20 places ; DU de Médiation de l'université Côte d'Azur (Nice) : 30 ; DU de médiation : droit et pratiques de la médiation en matière civile, commerciale et sociale de l'université de Toulouse 1 Capitole : 25 places ; DU Médiation et règlement des conflits de l'université de La Rochelle : 15 places ; DU Médiation et gestion des conflits de l'université de Tours : 20 places ; DU de médiateur de l'institut catholique de Paris : 160x2 soit 320 places. Le total s'élève donc à 460 places environ pour la rentrée 2020/2021. Ce montant n'est toutefois qu'un minimum, dans la mesure où certaines formations n'ont pas pu être comptabilisées, faute de données suffisantes, à l'instar du DU Médiation et autres modes alternatifs de règlement des différends de l'université de Lorraine. On notera toutefois que ce programme a été comptabilisé dans le nombre de DU disponibles en France.

²⁷⁹ Chiffres émis par le Conseil national des barreaux au 9 septembre 2019. Disponibles sur <https://www.cnb.avocat.fr/fr/les-chiffres-cles-de-la-profession-davocat> [consulté le 24/06/2023].

²⁸⁰ Cette formation fut notamment organisée entre les mois d'avril et mai 2021. La liste des formations disponibles est quant à elle visible sur : <https://adralberta.com/Course-Calendar> [consulté 24/06/2023].

possible de noter que la capacité d'accueil des formations dispensées par les associations est relativement restreinte.

182. Que faut-il donc penser de ces formations professionnelles et de leur impact sur le développement des modes amiables ? Bien qu'il soit encore difficile d'évaluer leurs effets réels sur la pratique, il est fort à parier que les avocats ou plus généralement les juristes entraînés ou bien informés sur le sujet peuvent contribuer, à leur manière, à accroître le recours à ces méthodes. La faible visibilité de ces formations ainsi que leurs capacités restreintes d'accueil nous poussent toutefois à croire que cette évolution auprès des professionnels d'aujourd'hui sera lente. Ces limites ne sont toutefois pas insurmontables et des solutions peuvent être trouvées. Ainsi, si la visibilité des parcours universitaires aux modes amiables est généralement suffisante en Amérique du Nord, elle peut être quelque peu améliorée en France, notamment par une meilleure promotion des diplômes universitaires (DU) dédiés aux modes amiables. Les associations peuvent quant à elles travailler à développer une diffusion plus importante des enseignements qu'elles proposent, notamment en établissant des partenariats aussi bien avec les universités, qu'avec les différentes composantes professionnelles susceptibles de jouer un rôle dans ce domaine. Enfin et toujours dans un souci de visibilité, il est plus que nécessaire de poursuivre le développement du Centre national de médiation des avocats, qui, à l'image de l'ADR Institute of Canada, jouera le rôle de structure centralisatrice à la fois auprès de la profession, mais également du grand public, afin de promouvoir le recours aux modes amiables efficacement. Concernant les capacités d'accueil restreintes des formations professionnelles (universitaires ou associatives), il semblerait judicieux de ne pas les modifier, tout du moins concernant les parcours déjà existants. Il faut en effet bien comprendre que ces limites reposent en grande partie sur l'aspect pratique des cours qui y sont proposés. Augmenter leurs capacités d'accueil reviendrait donc à réduire leur qualité, ce qui n'est évidemment pas souhaitable. La solution pourrait alors consister à développer le catalogue des formations disponibles dans le but à la fois d'ouvrir de nouveaux accès à ces enseignements, mais aussi de les diversifier davantage.

183. **Conclusion de chapitre** – « L'éducation est l'arme la plus puissante que l'on puisse utiliser pour changer le monde » disait Nelson Mandela²⁸¹. Si dans notre cas un simple changement de mentalité peut s'avérer suffisant, il semble encore trop tôt pour déterminer avec exactitude le degré d'impact de l'éducation sur le développement des modes amiables de résolution des conflits. Bon nombre d'éléments convergent toutefois en direction d'une évolution favorable des mentalités en la matière. Les témoignages d'enfants ayant participé aux programmes de médiation scolaire sont à ce titre plutôt intéressants. Ils démontrent en effet leur efficacité à faire naître un intérêt, voire une vocation chez certains individus. Certains sociologues, comme Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, soulignent en outre qu'un contact avec les modes amiables permet d'effacer les réticences des parties à recourir aux modes amiables. En extrapolant ces résultats, il devient donc possible de reconnaître une certaine utilité aux programmes de médiation scolaire dans le développement du recours aux modes amiables, puisqu'ils permettent une mise en contact prolongée et anticipée des élèves avec ces méthodes. En d'autres termes, ils contribuent donc à lever les réticences avant même qu'elles n'apparaissent.

184. La formation des professionnels et futurs professionnels du droit représente quant à elle une opportunité importante de développement rapide des modes amiables. Comme nous avons pu le voir, ces derniers et plus particulièrement les avocats sont des acteurs importants - pour ne pas dire essentiels - de cette évolution intellectuelle. Rappelons en effet que le rôle joué par les avocats nord-américains dans ce processus fut loin d'être anecdotique et a permis, à de nombreux égards, de faire évoluer la pratique des modes amiables. C'est notamment le cas au Québec, où la plupart des praticiens recherchent aujourd'hui quasi systématiquement une solution négociée²⁸². Soulignons encore que la plupart de ces méthodes elles-mêmes ont été imaginées par des avocats. Le droit collaboratif, élaboré par Stuart Webb au cours des années 1990, en est un bon exemple. Dès lors, il apparaît que la formation des professionnels du droit est primordiale en vue d'un développement rapide et durable des modes amiables. En effet, s'il semble difficile de mesurer avec exactitude l'impact des programmes universitaires et postuniversitaires en France, aux États-Unis et au Canada, il est en revanche possible de

²⁸¹ N. MANDELA, *Lighting your way to a better future*, Launch of Mindeset Network, Johannesburg, July 16th 2003.

²⁸² V. BELZILE, Communication personnelle, Montréal, 21 février 2019.

conjecturer que leur mise en œuvre est un investissement nécessaire pour une justice d'avenir, une justice pacifique. Sans eux, il devient à l'inverse difficile d'envisager une évolution rapide des mentalités et des pratiques professionnelles à ce sujet, dans la mesure où, privé de ces connaissances, les praticiens et surtout les étudiants ne seront en mesure d'appréhender que ce que la justice a à offrir de contentieux.

185. Notons en revanche que la médiation scolaire, au même titre que les programmes universitaires et associatifs présentent un problème de taille : ils excluent un pan entier de la population, à savoir les non étudiants et non professionnels du droit ou en d'autres termes, la population civile actuelle. Existe-t-il dès lors des solutions pour cette majorité de personnes qui permettraient de développer le recours aux modes amiables à plus court terme ?

Chapitre 2 – L'information : une ressource inexploitée au regard de l'accès des justiciables aux modes amiables

186. Les avocats, magistrats et plus généralement les professionnels du droit ont un rôle important à jouer dans l'évolution de la culture juridique française. Néanmoins, seuls, ils ne peuvent rien. Guy Rocher, sociologue québécois, rappelait en effet il y a quelques années que la culture juridique, aussi vaste soit-elle, ne devait pas être perçue tel un concept singulier, mais bel et bien comme une notion plurielle²⁸³. Selon lui, il convient en effet de distinguer entre la culture juridique professionnelle, qui regroupe l'ensemble des juristes, et la culture juridique profane, qui inclue quant à elle le reste de la population du pays considéré²⁸⁴. S'il est ainsi possible de faire évoluer la première au moyen de programmes universitaires et postuniversitaires adaptés – c'était l'objet du chapitre précédent, qu'en est-il de la seconde ? La médiation scolaire est une solution envisageable, mais elle ne concerne que la société en devenir du pays. Se contenter d'attendre que ces élèves deviennent eux-mêmes adultes représenterait par conséquent un sacrifice bien trop important, en particulier si l'on souhaite parvenir à un

²⁸³ G. ROCHER, « Les cultures juridiques professionnelles et profanes », *Revue de prévention et de règlement des différends*, n°5, vol. 1, (2007).

²⁸⁴ *Ibid.* pp. 5-9.

développement rapide de la culture de l'amiable. La seule solution plausible réside donc dans l'information des justiciables actuels. Cette tâche est toutefois loin d'être aisée. Comme le souligne en effet Guy Rocher, « la culture juridique profane est très variable »²⁸⁵, dans la mesure où elle n'est issue ni d'un enseignement, ni d'un apprentissage professionnel²⁸⁶. S'appuyant sur une enquête sociologique menée au Québec par Pierre Noreau en 1993²⁸⁷, il conclut que la culture juridique profane est donc étroitement liée à la catégorie socioprofessionnelle des citoyens, et plus particulièrement à leur niveau d'étude, qui induit des besoins en information particulièrement différents d'un groupe à l'autre.

187. Or, le contexte dans lequel évoluent les justiciables et les professionnels du droit peut, de notre point de vue, être source de nombreuses incompréhensions, tant la lisibilité des modes amiables est complexe. En effet, depuis la mise en vigueur des premiers textes sur la conciliation à la fin des années 1970²⁸⁸, la République française n'a eu de cesse d'acter, de décréter ou encore de légiférer sur les modes amiables. Beaucoup d'auteurs ont d'ailleurs eu l'occasion d'écrire à ce sujet en soulignant, année après année, les dangers d'une textualisation trop abondante (§1). Cette volonté exacerbée de la France de faire de la logique amiable la culture juridique par défaut est par ailleurs doublée d'une problématique de taille représentée par l'apparente confusion qui règne entre certains modes amiables (§2).

§1. Une textualisation abondante : un danger pour la bonne lisibilité des modes amiables

188. Depuis quelques années en France, un peu plus longtemps aux États-Unis et au Canada, les modes amiables tendent à se développer au fur et à mesure de l'apparition d'une demande plus ou moins timide. Afin non seulement d'encadrer mais aussi de valoriser ces voies nouvelles, chacun de ces États a donc pris ses dispositions en établissant un ensemble de règles touchant à la fois à l'éthique et à la procédure, afin

²⁸⁵ G. ROCHER, « Les cultures juridiques professionnelles et profanes », *op. cit.*, p. 9.

²⁸⁶ *Ibid.* p.8.

²⁸⁷ P. NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit », *Les cahiers de droit*, vol. 38, n°4, (décembre 1997), pp. 741-768.

²⁸⁸ Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs.

d'harmoniser les pratiques déjà existantes notamment auprès des juridictions qui les avaient d'ores et déjà adoptées. Essentielle au bon développement du recours aux modes amiables, cette phase d'enrichissement textuel n'a toutefois pas pris la même forme en France et outre-Atlantique.

189. Une textualisation peu abondante en Amérique du Nord – À vrai dire, la différence est même flagrante lorsque l'on s'attache à observer le volume de textes mis en vigueur au fil des années par ces deux groupes d'États. Un léger approfondissement conduit en effet à constater que les États-Unis et le Canada, à la différence de la France, ont pris le parti d'une législation peu abondante sur le sujet. Quelques textes fondateurs ont en réalité suffi à encadrer et encourager la pratique. Parmi eux, on trouve notamment l'*Alternative Dispute Resolution Act* de 1998 qui régit la pratique des modes alternatifs de résolution des conflits au sein des juridictions fédérales américaines, ou encore des textes locaux tels que les articles 1.700 et s. des Règles de procédure civile de Floride, qui permettent d'une part de définir la portée de la médiation, et qui autorisent d'autre part les juges floridiens à renvoyer les parties en médiation s'ils l'estiment nécessaire. Côté canadien, il n'existe aucun texte régissant le recours aux modes amiables devant les Cours fédérales. Seules certaines Provinces ont légiféré sur le sujet, avec en tête l'Ontario, qui fut le premier à rendre la médiation obligatoire en matière civile au travers de sa désormais célèbre Rule 24.1²⁸⁹, instaurée par l'*Ontario Mandatory Mediation Program* du 4 janvier 1999. Dans un état d'esprit quelque peu différent, le Québec a quant à lui pris le parti d'institutionnaliser la médiation familiale par une loi du 10 mars 1993 instaurant les articles 815.2 et s. au code de procédure civile, complétée par la loi du 19 juin 1997 rendant la séance d'information sur la médiation obligatoire pour les conflits relatifs à la famille, tels que la garde des enfants, ou le patrimoine familial²⁹⁰.

190. Une quantité importante de textes en France – A la différence des États-Unis et du Canada, la France s'est quant à elle illustrée par l'élaboration d'une quantité assez importante de textes portant sur les modes amiables de résolution des conflits. S'il semble difficile d'en dresser une liste exhaustive, on notera l'existence de nombreux

²⁸⁹ Ontario Rules of Civil Procedure, R. 24.1.

²⁹⁰ C. pr. civ. Q. (anc.), art. 814.3, nouvellement c. pr. civ. Q., art. 417 depuis 2014.

décrets et ordonnances²⁹¹, mais également de plusieurs lois parmi lesquelles figure notamment la loi du 8 février 1995, texte fondateur s'il en est, puisqu'il institutionnalise la médiation judiciaire en France²⁹². D'autres lois sont également nées quelques années plus tard, à l'instar de celle du 22 décembre 2010²⁹³, institutionnalisant la convention de procédure participative par l'instauration des articles 2062 et s. du code civil, de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, qui a notamment rendu le recours à un mode amiable obligatoire préalablement à toute action en matière familiale²⁹⁴, ou encore de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019, qui poursuit l'œuvre de la précédente. On notera enfin l'existence au moment de la rédaction de ces travaux du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, qui prévoit notamment la mise en œuvre de deux nouveaux modes amiables.

191. On aurait dès lors pu croire cette différence fondée sur la culture juridique des pays concernés, les États-Unis et le Canada anglophone répondant, à l'inverse de la France, davantage de la *common law* que du droit écrit. La position du Québec nous pousse néanmoins à reconsidérer cette hypothèse²⁹⁵. En réalité, il faut bien comprendre que les raisons qui ont poussé à la textualisation ne sont pas les mêmes. Aux États-Unis et au Canada, où la pratique des modes amiables était déjà plus ancienne – on en retrouve des prémices à partir des années 1970-80, la mise en vigueur, au cours des années 1990, des différentes lois existantes à ce jour n'ont eu que pour seul et unique but

²⁹¹ Pour en donner quelques exemples : le décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs, le décret n°96-652 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaire (pris en application de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative), le décret n°2010-1165 du 1^{er} octobre 2010 relatif à la conciliation et à la procédure orale en matière civile, ou encore l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale pour ne citer qu'eux.

²⁹² Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21 et s.

²⁹³ Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, art. 37.

²⁹⁴ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, art. 7.

²⁹⁵ En effet, le Québec, comme la France, répond d'un système majoritairement emprunt des traditions civilistes. Si l'hypothèse de la culture juridique était avérée, elle aurait dès lors permis de constater l'existence d'une quantité de textes au moins similaire à celle de la France. Tel n'est cependant pas le cas. On remarque en effet d'une part que la quantité de textes applicables, si elle est supérieure par rapport aux autres provinces du Canada, reste inférieure à celle que nous connaissons en France, et d'autre part que pour la plupart, ils sont inscrits dans le code de procédure civile du Québec, à la différence de la France qui dispose encore d'un certain nombre de textes épars (même si, depuis ces dernières années, le législateur tend à corriger cette erreur).

d'institutionnaliser des outils déjà connus des professionnels. En France, cet objectif fut considéré du point de vue opposé, en ce sens qu'il incombait à la loi de promouvoir les dispositifs dont elle faisait mention. Tel fut par exemple le cas de la loi du 8 février 1995 sur la médiation judiciaire, mais également de l'ensemble des lois successives sur le sujet, qui visaient à apporter un peu plus d'amiable dans la culture juridique française²⁹⁶.

192. Néanmoins, l'espoir que cet acharnement législatif porte un jour ses fruits est mince²⁹⁷. À vrai dire, nous craignons même qu'il ne produise l'effet inverse. Plusieurs auteurs ont d'ailleurs assez tôt critiqué ces vagues successives de lois en France, en soulignant les potentiels dangers desquels elles pourraient être l'origine. Pour les besoins de nos travaux, nous en retiendrons principalement deux. Le premier réside dans l'utilisation massive de différents termes nuancés, souvent incompréhensibles des justiciables (A), le second dans les revirements législatifs et réglementaires, qui complexifient le régime des modes amiables et ne manquent pas de mettre à mal leur développement (B).

A. Une terminologie inappropriée au développement des modes amiables

193. **Une terminologie plus accessible en Amérique du Nord** – Les droits français, américain et canadien ont vu naître au cours des dernières années un nombre important de nouveaux domaines, parmi lesquels figurent les modes amiables de résolution des conflits. Gage d'une dynamique nécessaire à l'adaptation de la justice aux besoins de la société, ces événements entraînent pour la plupart des évolutions pratiques, mais aussi terminologiques du droit, auxquelles les modes amiables n'ont pas échappé. C'est ainsi qu'au fur et à mesure de leur développement, il est apparu nécessaire de trouver un vocable permettant de regrouper l'ensemble de ces méthodes sous un seul et même qualificatif. L'impulsion vient alors des États-Unis puis du Canada anglophone, qui

²⁹⁶ On remarque d'ailleurs que cet état d'esprit reste inchangé, dans la mesure où le projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 défendu par la Chancellerie répond parfaitement à cette logique. Le garde des Sceaux rappelait d'ailleurs à ce titre que cette réforme devait s'inscrire dans le cadre d'une « politique de l'amiable » (Voir à ce titre : E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, Paris, 13 janv. 2023).

²⁹⁷ On remarque en effet qu'en presque trente ans, depuis la mise en vigueur de la loi du 8 février 1995, cette méthode est loin d'avoir porté ces fruits, dans la mesure où les pratiques en la matière n'ont que peu évolué.

parleront les premiers d'*alternative dispute resolution*, simplifié sous le sigle *ADR* et traduit en français par « modes alternatifs de résolution des conflits ». Le Québec, qui utilisera la formule francophone pendant un temps, finira quant à lui par lui préférer la qualification de « modes de prévention et de règlement des différends », autrement appelés modes de PRD.

194. **Le débat terminologique français** – Si cette formule n'est pas utilisée en France, c'est probablement parce que le droit français en compte déjà des dizaines d'autres. En effet, à la différence des États-Unis et du Canada où aucun débat terminologique n'a réellement eu lieu au sujet des modes amiables – ce qui explique par ailleurs qu'il existe aussi peu de dénominations, la doctrine française a quant à elle trouvé opportun de s'interroger sur l'exactitude des termes utilisés. Cette attitude a toutefois conduit à l'apparition de certaines dérives, comme le montre la variété de qualificatifs disponibles à ce jour. Nous en mentionnerons plus particulièrement trois.

195. **Conflit, litige, différend** – À première vue, on pourrait les penser synonymes. C'est d'ailleurs le cas dans le langage courant, qui les considère bien souvent comme tels. Ainsi, lorsque le conflit est défini comme une « opposition de sentiments, d'opinions entre des personnes ou des groupes »²⁹⁸, le différend consiste quant à lui en une « divergence d'opinions, d'intérêts »²⁹⁹, alors que le litige constitue plutôt une « contestation quelconque »³⁰⁰. De son côté, le législateur ne semble pas davantage disposé à effectuer une distinction particulière entre ces trois termes, qu'il utilise indifféremment à tour de rôle. La grande majorité des textes mis en œuvre ces dernières années en témoigne. La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative en est un bon exemple. Dans sa version la plus récente³⁰¹, on remarque en effet au fil des articles que le législateur – volontairement ou non – mentionne conjointement les termes « différend » et « litige »³⁰². Si certains auteurs pouvaient d'ores et déjà s'offusquer de cette ambiguïté rédactionnelle, c'était sans

²⁹⁸ C. GIRAC-MARINIER, *Dictionnaire Maxipoche+ Larousse*, Larousse, « Maxipoche », 2021, p. 288.

²⁹⁹ *Ibid.* p. 413.

³⁰⁰ *Ibid.* p. 816.

³⁰¹ C'est à dire à jour de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2021 et de réforme de la justice.

³⁰² Respectivement aux articles 21 (« [...] 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, [...] ») et 22-1 (« [...] lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible [...] ») de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

compter sur l'écriture de l'article 131-1 du code de procédure civile qui réunit les termes « litige » et « conflit » dans la même phrase.

196. Cette confusion sémantique n'est pourtant pas sans déplaire à une bonne partie de la doctrine, qui rappelle depuis de nombreuses années la nécessité d'apporter une nuance entre ces notions. Béatrice Gorchs fut à ce titre parmi les premières en France à émettre une telle distinction, en soulignant que « trancher le litige n'est pas forcément résoudre le conflit »³⁰³. On comprend dès lors que l'un et l'autre ne doivent pas être considérés comme des synonymes, mais sur quelle base fonder cette différence ? Selon l'auteure, mais également selon l'ancienne magistrate et désormais médiatrice Hélène Gebhardt, cette distinction est en réalité une distinction d'échelle. C'est dans cet état d'esprit que Béatrice Gorchs souligne qu'à l'inverse du conflit, « le litige serait un différend juridique »³⁰⁴. En d'autres termes, la notion de conflit serait « beaucoup plus vaste que celle de litige »³⁰⁵. Si le professeur Loïc Cadiet adhère à cette définition, il mentionne également l'existence d'une autre thèse principalement défendue par le code du travail, selon laquelle le litige serait réservé aux « situations individuelles », le conflit étant quant à lui réservé aux « situations collectives »³⁰⁶.

197. Si la distinction entre ces deux premières notions a suscité de riches échanges au sein de la doctrine, on ne peut pas en dire autant du différend, souvent mis de côté par les auteurs. Défini par Antoine Jeammaud comme un « *désaccord juridique non encore porté, formalisé, devant une juridiction* »³⁰⁷, ce dernier n'est alors ni un conflit, ni un litige, mais un peu des deux à la fois. Particulièrement flou, il sert parfois dans la littérature juridique de terme générique afin de définir le litige ou le conflit³⁰⁸, de telle sorte qu'il n'existe à ce jour aucun réel consensus sur la question.

³⁰³ B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens – Essai de mise en perspective du conflit et du litige », *RTD civ.*, n°3, (2003), p. 415.

³⁰⁴ *Ibid.* pp. 415-416.

³⁰⁵ H. GEBHARDT, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. Pal.*, n°106, (16 avr. 2013), pp. 9 et s.

³⁰⁶ L. CADIET, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, « Connaissance du droit », 1^{ère} éd. 2016, pp. 20-21.

³⁰⁷ A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n°34, (2001), p. 18.

³⁰⁸ Il est en effet intéressant d'observer que certains auteurs tels que Béatrice Gorchs définissent le conflit comme « un différend non juridique » et le litige comme un « différend juridique » (B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *op. cit.*, pp. 415-416).

198. Bien que théoriques, ces distinctions ont le bénéfice de la précision, puisqu'elles permettent en effet de mettre en évidence sans avoir à les décrire – au moins - deux phases procédurales. Bien qu'utiles, il ne faut toutefois pas qu'elles nuisent au bon développement des modes amiables en semant un trouble terminologique aussi bien auprès des professionnels que des justiciables. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que Loïc Cadiet dénonce ces querelles qu'il considère parfaitement inutiles et contreproductives³⁰⁹, qui, comme nous allons le voir, engendrent également d'autres questionnements terminologiques.

199. **Alternatif, amiable** – Par tradition, les professionnels français ont pendant longtemps parlé de modes alternatifs de résolution des conflits, traduction littérale de l'expression américaine *alternative dispute resolution*. Courante dans la littérature nord-américaine anglophone, cette dernière fut néanmoins mise de côté au Québec au profit de ce qui fut dans un premier temps appelé les « solutions de rechange au règlement des litiges »³¹⁰, par la suite remplacées par les « modes de prévention et de règlement des différends »³¹¹. Si la France n'a pas repris cette formule, on notera toutefois que la doctrine s'est assez rapidement interrogée sur le caractère « alternatif » des modes extrajudiciaires de résolution des conflits, qui pose en réalité deux problèmes. Le premier porte sur l'imprécision de sa définition. Certains auteurs tels que le professeur Jean-Baptiste Racine rappellent en effet que l'alternative dont il est ici question peut être perçue de deux façons différentes³¹². Tout d'abord – et c'est notamment la version retenue par Gérard Cornu³¹³ – elle constitue une voie dérobée à la justice étatique. Dans ce cas de figure, les modes alternatifs sont alors opposés à la justice traditionnelle. Ils regroupent alors toute méthode permettant aux parties de trouver une solution au problème qui les

³⁰⁹ L. CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, n°230, (18 juill. 2016), p. 11.

³¹⁰ C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC*, n°2, (1997), p. 328.

³¹¹ Ces deux expressions sont en effet intéressantes tant elles démontrent le cheminement intellectuel poursuivi par les Québécois afin de qualifier ces modes. En effet, bien qu'elles désignent la même chose, il semble opportun de souligner que leur portée est tout sauf identique. En parlant de « solutions de rechange au règlement des litiges », on met en opposition les modes extrajudiciaires et judiciaires de résolution des conflits. On apprécie donc les premiers par rapport aux seconds : ce n'est donc – au même titre que l'*alternative dispute resolution* américaine - pas une appellation autonome (à ce titre, voir, C. JARROSSON, *ibid.*, p. 328). À l'inverse, les « modes de prévention et de règlement des différends » assoient une conception nouvelle selon laquelle loin d'être rivales, ces méthodes sont en réalité complémentaires du schéma traditionnel de résolution des litiges.

³¹² J.-B. RACINE, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? (Contribution à la définition du terme « alternatif ») », *LPA*, n°105, (25 mai 2001), pp. 16-17.

³¹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd., PUF, « Quadrige », 2014, p. 59.

oppose sans faire appel à un juge. Ensuite, l'alternative peut être définie par rapport aux prérogatives données au tiers intervenant dans la résolution du conflit. Serait donc alternative toute méthode par laquelle le tiers, par son concours, contribue à mettre fin à un différend sans détenir de pouvoir juridictionnel. Cette définition exclut donc *de facto* l'arbitrage, au sein duquel le tiers, nommé arbitre, dispose de la prérogative de trancher le conflit. Sa tâche équivaut donc en tout point à celle d'un magistrat, à l'exception près qu'il n'est investi d'aucun *imperium*, ne permettant pas à la sentence de se voir conférer la force exécutoire.

200. Le second problème est quant à lui posé par le caractère non autonome des « modes alternatifs de résolution des conflits ». En effet, comme le laissent entendre les deux définitions qui précèdent, les modes extrajudiciaires sont, par cette terminologie, soit opposés entre eux, soit opposés à la justice traditionnelle. Dans le premier cas, le justiciable est confronté à la complexification d'un système déjà peu accessible pour une personne non initiée ; dans le second, on met en cause le travail du juge et l'efficacité de la justice traditionnelle, ce qui, loin d'apaiser les tensions, en crée davantage – un comble pour des méthodes pacificatrices. Dans un cas comme dans l'autre, l'utilisation de cette terminologie constitue donc un frein au bon développement des modes extrajudiciaires de règlement des conflits.

201. Par ailleurs, si le terme « alternatif » fut pendant longtemps privilégié aussi bien par la doctrine que par les professionnels, il est intéressant de noter que ce dernier est de plus en plus opposé à la notion d'amiable, communément définie comme « ce qui concilie des intérêts opposés »³¹⁴. Rapportée aux modes extrajudiciaires de résolution des conflits, elle fait généralement référence aux méthodes permettant aux parties d'arriver à une solution négociée. La médiation, la conciliation, le droit collaboratif ou encore la procédure participative sont donc des modes amiables, puisque le tiers pacificateur aide les protagonistes à trouver un accord par eux-mêmes³¹⁵. À l'inverse, cette définition exclut à nouveau l'arbitrage, qui n'est pas un mode négocié de résolution des conflits dans la mesure où l'arbitre est investi par les parties de la *jurisdictio*, qui lui donne le pouvoir de

³¹⁴ C. GIRAC-MARINIER, *Dictionnaire Maxipoche+ Larousse*, Larousse, « Maxipoche », 2021, p. 47.

³¹⁵ Notamment en leur permettant de renouer le dialogue entre elles, mais aussi en leur rappelant l'importance d'une bonne écoute mutuelle.

trancher le litige. Néanmoins et contrairement à la seconde définition donnée par Jean-Baptiste Racine, l'arbitrage est ici un mode alternatif. Pourquoi ? Tout simplement car dans ce cas de figure, ce terme est pris dans sa première définition, à savoir toute méthode permettant de résoudre un conflit sans faire appel à la justice traditionnelle. On comprend dès lors que la distinction entre ces deux termes repose sur une différence d'échelle, l'un étant la sous-catégorie de l'autre. Ainsi, tous les modes amiables sont alternatifs, mais pas l'inverse.

202. Si ces deux termes ainsi définis permettent de contraster le vocabulaire juridique en la matière, ils contribuent également à le complexifier davantage rendant cette matière beaucoup moins accessible aussi bien pour les justiciables que pour les professionnels. À ce titre, peut-être serait-il préférable d'opter pour une expression à la fois unique, mais également exempte de toute comparaison avec les voies juridictionnelles classiques. Le concept de modes de prévention et de règlement des différends québécois nous semble ainsi être un parfait compromis par sa simplicité et son autonomie, tout en permettant de souligner qu'un conflit peut être résolu avant même d'être né.

203. **MARD, MARC, MARL : une prolifération d'acronymes** – Les Nord-Américains anglophones ont les *ADR* (Alternative Dispute Resolution), les Québécois évoquent les modes de PRD (Prévention et Règlement des Différends) et les Français parlent quant à eux des MARD, MARC et MARL. Plutôt pratiques par la légère économie de temps qu'ils permettent, ces acronymes restent néanmoins difficilement accessibles pour les novices, *a fortiori* lorsque ceux-ci sont sujets à une telle variabilité.

204. En effet, si les États-Unis et le Canada utilisent des acronymes uniques, la France en emploie quant à elle plusieurs, qui témoignent par ailleurs des nombreux désaccords terminologiques dont la doctrine fait preuve sur le sujet. En effet, leur signification fluctue généralement d'un auteur à l'autre, rendant la matière bien plus complexe qu'elle ne devrait l'être. Ainsi, si l'on distingue aisément le désormais traditionnel triptyque différend (MARD)/conflit (MARC)/litige (MARL) que nous évoquions plus haut, il est en revanche plus difficile de différencier l'alternatif de l'amiable. Or ceci n'est pas sans poser de problèmes, dans la mesure où, comme il nous a

également été permis de le voir, l'un et l'autre ne font pas référence aux mêmes groupes de méthodes. On l'aura donc compris, ces acronymes réunissent, en plus des difficultés qui sont les leurs (principalement la mauvaise lisibilité), l'ensemble des problèmes afférant aux autres débats vus précédemment.

205. Dans la mesure où l'on ne peut néanmoins lier leur praticité, il conviendrait là encore de s'inspirer du modèle québécois qui, en plus d'employer une formule neutre, s'attache également à n'utiliser qu'un acronyme unique, facilitant ainsi la bonne compréhension des justiciables et des professionnels au regard des modes extrajudiciaires de résolution des différends.

B. Le régime instable des modes amiables de résolution des conflits

206. Ces dernières décennies sont pour les modes amiables synonymes de développement, marqué par un intérêt croissant pour les idéaux qu'ils représentent. Les années 1990 constituent à ce titre un point de référence important, car elles correspondent à une prise de conscience législative ayant mené les États-Unis, le Canada et la France à enrichir leur corpus juridique à ce sujet. Comme toute matière nouvellement introduite en droit, les modes amiables ont suscité un grand nombre de réflexions ayant conduit le législateur à fixer le régime qu'il a estimé le plus adéquat compte tenu non seulement des besoins, mais aussi des attentes des professionnels et des justiciables. Or, comme tout juriste le sait, la loi est souvent faite pour être défaite et les modes amiables ne font, en particulier dans le cas de la France, pas exception. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans un instant.

207. **Un régime stable en Amérique du Nord** – La situation juridique des modes pacifiques de résolution des différends semble à l'inverse répondre à davantage de stabilité outre-Atlantique. Les États-Unis, qui disposent pourtant d'un nombre important de textes³¹⁶ en la matière, en sont un bon exemple. Principalement mis en

³¹⁶ Pour rappel, les États-Unis fonctionnent selon un système fédéral. Ce régime peut, et c'est le cas ici, engendrer la création d'un nombre conséquent de textes juridiques sur un même sujet, dans la mesure où l'État fédéral et les États fédérés sont libres de légiférer à leur propre convenance. En matière procédurale, ces entités peuvent alors décider d'emprunter des voies différentes autorisant par exemple un recours obligatoire, semi-obligatoire ou volontaire aux modes amiables.

vigueur au cours des années 1990, ces derniers s'appliquent tantôt aux juridictions civiles fédérales, tantôt aux juridictions civiles fédérées, et donnent un certain contraste au paysage législatif américain, en raison de la grande diversité des régimes applicables aux modes amiables qu'ils mettent en œuvre. Différents les uns des autres, ces derniers, pris individuellement, font néanmoins preuve d'une grande stabilité. Tel est par exemple le cas de plusieurs textes fondateurs, à l'instar de l'*Alternative Dispute Resolution Act*³¹⁷ qui, depuis sa mise en vigueur en 1998, n'a subi aucune réforme majeure³¹⁸. Dans le même état d'esprit, on notera que plusieurs textes fédérés manifestent la même tendance, à l'instar des Règles de procédure civile de l'Idaho (*Idaho Rules of Civil Procedure*). En effet, bien que ces dernières aient fait l'objet d'une réforme en 2016, il est intéressant d'observer que le régime applicable aux modes amiables, s'il a été précisé, n'a pas été modifié, laissant toujours aux juges des cours de district locales le pouvoir de renvoyer les parties en médiation s'ils l'estiment nécessaire³¹⁹.

208. Dans le même état d'esprit, les dispositions canadiennes sur les modes amiables jouissent d'une certaine stabilité. Bien que le Canada ne possède aucune réelle disposition sur les modes amiables à l'échelle fédérale, à l'exception de quelques articles inclus dans les *Federal Court Rules*, il apparaît en effet que la plupart des textes en vigueur à ce jour au sein des juridictions provinciales n'ont pas, ou peu été modifiés. Tel est par exemple le cas de la règle 24.1 des Règles de procédure civile de l'Ontario, qui instaure la médiation obligatoire préalable en matière civile. Initialement mise en vigueur le 4 janvier 1999 à Ottawa et Toronto et progressivement étendue à la ville de Windsor (décembre 2002) puis au comté d'Essex (janvier 2010), son régime n'a toutefois subi aucune réforme depuis lors.

209. Si les règles en vigueur en Ontario sont bel et bien restées inchangées, tel n'est pas exactement le cas au Québec, où la récente réforme du code de procédure civile a apporté quelques modifications au régime alors applicable. Il convient dans un premier

³¹⁷ Ce texte, aujourd'hui codifié aux sections 651 et s. du titre 28 de l'*United States Code*, prévoit notamment que sauf exception, toute partie à une affaire civile introduite devant une juridiction fédérale (en l'occurrence une *district court*) devra considérer le recours à un mode alternatif à une phase appropriée du procès (§652 U.S.C).

³¹⁸ A l'échelle fédérale, on peut encore citer les articles 16 (a) (5) et 16 (c) (2) (I) des *Federal Rules of Civil Procedure*, qui, dans le même état d'esprit, n'ont subi aucune modification au cours des années qui précèdent.

³¹⁹ I.R.C.P, R. 37.1 (d).

temps de rappeler qu'historiquement, le recours à la médiation et plus largement aux modes amiables est strictement volontaire au Québec. C'est d'ailleurs dans cet état d'esprit que l'article 151.6 5° du code de procédure civile (anc.) disposait qu'en matière civile, le tribunal pouvait, au moment de la présentation de la demande, « inviter » les parties à recourir à la médiation. En matière familiale, la question fut toutefois plus difficile à trancher. Ainsi, si la médiation reste volontaire, la loi du 16 juillet 1997 instaurant les articles 814.3 et s. au sein du code de procédure civile (anc.) enjoint toute partie à un différend relatif - entre autres - à la garde des enfants³²⁰, à participer à une séance d'information sur la médiation. Si la réforme de la procédure civile de 2014 n'a rien changé à ce régime, il convient en revanche de noter qu'en matière civile, les choses ont quelque peu évolué. Sans pour autant bouleverser la tradition volontariste en place jusqu'alors, le nouveau code de procédure civile prévoit désormais que les parties à un procès civil « doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux »³²¹. À la différence de l'Ontario, le Québec refuse donc d'imposer le recours aux modes amiables, mais invite désormais les justiciables à davantage considérer cette option³²².

210. Une succession de régimes nouveaux : l'exemple de la France – À l'inverse des États-Unis et du Canada, la France a successivement instauré plusieurs régimes, rendant la lisibilité des modes amiables quelque peu compliquée. La loi française permet en effet de mettre en évidence trois étapes majeures dans le développement de ces méthodes. La première débute avec le décret du 9 décembre 1975 à l'origine – entre autres - de l'article 127 (anc.) du code de procédure civile³²³, qui consacre pour la première fois la conciliation en instaurant un régime mixte, ce dernier reposant tantôt sur la volonté des parties, tantôt sur celle du juge lorsqu'il l'estime nécessaire. En vigueur jusqu'en 2010, cet article cohabitera avec la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, à l'origine de la

³²⁰ Le régime de l'article 814.3 du code de procédure (anc.) du Québec s'appliquait également aux conflits attractant « aux aliments dus à une partie ou aux enfants ou au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile »

³²¹ NCPCQ, art. 1 al. 3.

³²² On notera également que cette dernière revêt pour le législateur québécois une importance particulière, compte tenu de la place éminemment symbolique qui lui est accordée dans le nouveau code de procédure civile : l'article 1^{er}.

³²³ C. pr. civ (anc.), art. 127. : « Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance ».

deuxième phase de cette évolution. Caractérisée par un premier revirement, cette dernière impose un recours strictement volontaire à la médiation et à la conciliation. Son article 21 souligne à cet effet que le juge n'est en mesure de renvoyer les parties vers l'une ou l'autre de ces méthodes, qu'après avoir obtenu leur accord. Outre le changement de régime qu'il impose, il est intéressant de noter que le législateur, volontairement ou par négligence, n'a pas jugé bon de réformer l'ancien article 127 du code de procédure civile, fondateur du régime mixte que nous mentionnions à l'instant. Cet oubli a contribué à créer une situation pour le moins contradictoire et défavorable à la bonne compréhension des modes amiables, aussi bien par les justiciables que les professionnels du droit. On peut toutefois estimer que ce paradoxe s'est estompé au fil des réformes successives, qui ont conduit à confirmer le caractère volontaire de la médiation, de la conciliation et par la suite de la procédure participative.

211. Il faudra attendre 2016 et la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle pour assister aux prémices du dernier revirement en date, à savoir l'ère du recours partiellement obligatoire. Applicable devant les anciens tribunaux d'instance, ce nouveau régime, plutôt révolutionnaire, soumettait pour la première fois en France la saisine du juge à un passage obligé par la conciliation, à peine d'irrecevabilité que ce dernier pouvait prononcer d'office³²⁴. Confirmé, ce régime sera en outre modifié et étendu par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice du 23 mars 2019 aux tribunaux de grande instance (tribunaux judiciaires depuis le 1^{er} janvier 2020). On notera toutefois, à la différence de la première, que celle-ci réduit lourdement le champ d'application de l'obligation, puisque seules les demandes tendant « au paiement d'une somme d'argent n'excédant pas [5.000 euros] ou [...] relative à un conflit de voisinage »³²⁵ sont concernées. Cette réforme, déjà particulièrement lourde de sens, aurait pu s'arrêter là. C'était sans compter la volonté du législateur de l'enrichir d'une mesure supplémentaire, cette fois à l'attention des juges. En effet, s'il n'existait jusqu'à présent aucun outil permettant aux juges de contraindre les parties à recourir aux modes amiables (en dehors des cas prévus successivement par les lois du 18 novembre 2016 et du 23 mars 2019), ces derniers disposent désormais d'une sorte de pouvoir d'injonction allant en ce sens. En effet à la

³²⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, art. 4 (anc.),

³²⁵ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 3) portant modification de l'article 4 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle.

différence de certains juges nord-américains qui peuvent effectivement renvoyer les parties en médiation, les juges français devront pour le moment se contenter de pouvoir enjoindre les parties de rencontrer un médiateur, afin qu'il les informe sur ce processus pacifique, s'il estime qu'une résolution amiable est possible³²⁶.

212. On l'aura donc compris, la situation des modes amiables en France est particulièrement floue. La stratégie du législateur visant à successivement réformer leur régime par des règles sinon diamétralement opposées, au moins contradictoires, a en effet lourdement contribué à ce manque de lisibilité. La réforme du 23 mars 2019 n'a d'ailleurs pas fait exception en complexifiant davantage l'application des modes amiables, dont le recours est tantôt volontaire, tantôt obligatoire, tantôt soumis à la discrétion du juge. Ainsi, à la différence des États américains et Provinces canadiennes qui n'ont généralement opté que pour l'une de ces trois formes, la France, elle, les applique désormais toutes les trois, selon le cas de figure. Outre le flou qu'elles expriment, ces réformes manifestent surtout l'indécision du législateur français, tiraillé entre le maintien d'une institution immémoriale et la volonté toujours plus grande de voir se développer la logique amiable dans l'esprit des professionnels et des justiciables français. Pour l'heure, ces tentatives répétées n'ont pas permis d'apporter le changement d'envergure escompté. L'avenir nous dira si la loi du 23 mars 2019 et le projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 auront pu inverser la tendance.

§2. L'apparente confusion entre les modes amiables

213. L'appropriation des modes amiables par le public et les professionnels du droit passe également par la clarté de leur développement respectif. Bien que la pratique en soit dans la plupart des cas l'instigatrice, il n'en demeure pas moins que le rôle du législateur est essentiel dans la bonne compréhension de ces processus. On remarque en effet qu'en France, aux États-Unis et au Canada, la consécration légale des modes amiables a contribué, sinon à augmenter leur visibilité, au moins à éclaircir certains points de

³²⁶ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (art. 3) portant modification de l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

définition dans un esprit d'uniformisation des pratiques. Sur ce point, on notera qu'aux États-Unis et au Canada, les textes en vigueur, lorsqu'ils existent³²⁷, permettent une distinction plutôt claire des méthodes disponibles. En France, si le législateur s'est également adonné à cet exercice, il faut reconnaître que certaines de ses interventions ont contribué à semer le doute au regard de la distinction entre certains modes. Tel est par exemple le cas de la médiation et de la conciliation, pour lesquelles la doctrine, la jurisprudence et la loi peinent à dégager une quelconque différence (A). Par ailleurs, s'il appartient généralement à la pratique de créer de nouvelles méthodes³²⁸, on notera que le législateur a pris l'initiative de consacrer un nouveau mode amiable : la procédure participative. Fortement inspirée du droit collaboratif américain, nous aurons l'occasion de voir que cette élaboration n'est pas sans semer de trouble (B).

A. La confusion entre la médiation et la conciliation

214. **Une synonymie entre les deux termes** – On pourrait les qualifier de miroirs ou de sœurs jumelles, mais l'idée est celle-là : la conciliation et la médiation sont similaires, parfois même identiques. Il est dès lors possible de s'interroger sur la pertinence d'utiliser deux méthodes aussi proches l'une de l'autre, d'autant plus qu'outre-Atlantique, la première est très peu répandue, pour ne pas dire inexistante. À l'inverse, si la France a souhaité les faire coexister, c'est probablement que l'une et l'autre sont susceptibles d'apporter quelque chose à la résolution pacifique des conflits. Alors comment les distinguer ? Comment sont-elles définies ? Sur ce point, le dictionnaire n'est pas d'une grande aide tant il considère ces concepts comme de parfaits substituts. Plusieurs grands dictionnaires de langue française vont même jusqu'à reconnaître l'existence d'une certaine synonymie entre ces termes³²⁹. Pour y voir plus clair, il

³²⁷ Il est en effet intéressant de noter que certains modes amiables semblent privilégiés par rapport à d'autres. Ainsi à l'inverse de la médiation, le droit collaboratif est beaucoup moins défini par la loi aux États-Unis dans le Canada anglophone. Au Québec, et dans une moindre mesure en France, on peut considérer qu'il est pris en compte sous le qualificatif générique de modes privé de prévention et de résolution des différends, ou de modes amiables de résolution des conflits.

³²⁸ Ceci ne constitue bien entendu pas une règle établie, mais correspond à une simple observation du processus d'élaboration des modes amiables.

³²⁹ Tel est par exemple le cas du Petit Robert, qui reconnaît à la fois l'existence d'une synonymie entre la conciliation et la médiation (A. REY, J. REY-DEBOVE (*dir.*), *Le Petit Robert*, Le Robert, 2021, p. 498), mais qui définit également la médiation comme une « entremise destinée à mettre d'accord, à concilier ou à réconcilier des personnes, des partis » (*Ibid.*, p. 1561). Dans le même état d'esprit, on notera que le Larousse définit de son côté la médiation comme « une procédure qui propose une solution de conciliation aux parties en litige » (C. GIRAC-MARINIER, *Dictionnaire Maxipoche+ Larousse*, Larousse, « Maxipoche », 2021, p. 871)

conviendrait donc de se tourner vers les textes en vigueur. À ce titre, le code de procédure civile distingue selon que la médiation/conciliation intervienne dans un cadre judiciaire – auquel cas elle sera régie par les articles 127 et s., ou conventionnel – qui répond quant à elle du titre premier, livre cinquième du code de procédure civile. On aurait pu, à juste titre d'ailleurs, penser que cette profusion de textes serait bénéfique à la distinction entre la conciliation et la médiation. C'est en réalité tout l'inverse. En effet, on note en premier lieu que si la médiation judiciaire est bel et bien définie par l'article 21 de la loi du 8 février 1995, tel n'est pas le cas de la conciliation, qui ne bénéficie à ce jour d'aucune définition légale³³⁰.

215. Un rapprochement légal entre les deux notions – C'est sans doute en pensant arranger les choses que le gouvernement a, le 20 janvier 2012, pris le décret n°2012-66 relatif à la résolution amiable des différends, instaurant le livre cinquième du code de procédure civile. Plutôt intéressant sur le plan sémantique – car il consacre pour la première fois le concept de résolution amiable des différends dans le code de procédure civile, on aurait pu légitimement s'attendre à ce que le pouvoir réglementaire contribue au moyen de ce nouvel outil, à donner une définition claire permettant enfin de distinguer la conciliation et la médiation. Au lieu de cela, le gouvernement sème plus de doute qu'il n'en dissipe. Cela commence dès l'intitulé du titre premier du livre V du code de procédure civile, où l'on comprend qu'il n'est aucunement dans l'intention du pouvoir réglementaire de distinguer la médiation de la conciliation. Simplement dénommé « *la médiation et la conciliation conventionnelles* », ce premier titre est inauguré par l'article 1530, qui dispose que « la médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi [n° 95-125] du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Cette définition doit retenir notre attention sur au moins trois points. Tout d'abord, on notera – sans que cela ne dénote avec le titre – que la conciliation et la médiation sont traitées indistinctement l'une de l'autre. Elles

³³⁰ Cette situation est d'autant plus préoccupante qu'elle a déjà été soulignée par certains auteurs, parmi lesquels Béatrice Gorchs, qui en faisait déjà mention en 2003 (B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.*, n°3, 2003, p. 412.

sont donc, là encore, considérées comme de parfaits substituts. Sans grand étonnement, il est ensuite possible de constater, notamment grâce au renvoi à l'article 21 de la loi du 8 février 1995, que la médiation conventionnelle est ici définie par rapport à la médiation judiciaire. L'une et l'autre de ces déclinaisons sont en effet parfaitement similaires et ne nécessitent donc qu'une légère adaptation de la définition déjà existante. Le pouvoir réglementaire l'a d'ailleurs parfaitement compris, en précisant que le processus considéré devait intervenir « *en dehors de toute procédure judiciaire* ». Plus étonnant en revanche, on remarquera que ce renvoi à l'article 21 est également effectué à l'endroit de la conciliation conventionnelle. L'absence de définition légale pour la conciliation judiciaire nous permet à ce titre de nous interroger sur les rapprochements à effectuer entre la définition mixte de l'article 1530 du code de procédure civile et ce « vide juridique » qui laisse place à l'incertitude. En d'autres termes, faut-il considérer que le renvoi à l'article 21 de la loi du 8 février 1995 définissant la médiation judiciaire s'applique également à la conciliation judiciaire ?

216. Il semblerait d'autant plus tentant de céder à cette facilité que la Cour de cassation elle-même avait, dès 1993, effectué ce rapprochement en soulignant que la médiation était « *une modalité d'application de l'article 21 du nouveau code de procédure civile* »³³¹, qui confie au juge la mission de concilier les parties. Il nous semblerait toutefois erroné d'adopter un tel raisonnement, dans la mesure où cette décision fut prise à une époque où aucune disposition en matière de médiation n'avait vu le jour – la loi du 8 février 1995 n'entrant en vigueur que deux ans plus tard. Il convient ensuite de rappeler que si la médiation et la conciliation semblent bel et bien indissociables lorsqu'elles sont pratiquées à titre conventionnel³³², tel n'est pas exactement le cas lorsqu'elles interviennent dans le cadre judiciaire. En effet, comme nous venons de le mentionner, le code de procédure civile confie originellement au juge saisi d'une affaire la mission de concilier les parties. La pratique a néanmoins démontré que ce dernier, probablement par manque de temps ou pour éviter la critique³³³, n'honorait que très rarement cette étape.

³³¹ Cass. 2^e civ., 16 juin 1993, n°91-15332 : Bull. civ. II, n°211.

³³² S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2019, p. 57.

³³³ La décision de procéder à une conciliation et la solution transactionnelle (au moins partielle) qui peut en résulter peuvent en effet être sujettes à interprétation par les avocats des deux parties, qui peuvent, en cours du processus, entrevoir une prise de position du juge en faveur de l'une ou l'autre des parties avec le risque, en cas d'échec, que ces derniers tiennent compte aussi bien de leur attitude que des déclarations qu'elles auraient pu faire à cette occasion. À ce titre, voir B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *op. cit.*, p. 411.

Aussi le pouvoir réglementaire a-t-il décidé, dès 1978, d'épauler les magistrats en leur permettant de déléguer cette tâche à un tiers, le conciliateur de justice³³⁴. Sur le papier, cette réforme est plutôt intéressante dans la mesure où elle permet au juge de se consacrer aux affaires nécessitant sa présence – c'est-à-dire celles où il est nécessaire de trancher, tout en évitant le risque de prendre position. Force est toutefois de constater que, loin d'avoir apporté les effets escomptés³³⁵, cette mesure a, le temps passant, contribué à semer le trouble dans les esprits. La consécration légale de la médiation judiciaire quelques années plus tard finira d'ancrer cette tendance. Il est vrai que ces deux méthodes se ressemblent étroitement, à partir du moment où le juge ne conduit pas la conciliation lui-même : sur la forme, un tiers neutre, impartial et dénué de tout pouvoir décisionnel rencontre les parties en conflit ; sur le fond, l'une et l'autre de ces méthodes visent à mettre un terme au différend qui les oppose, grâce à un savant mélange d'écoute et de dialogue.

217. **Une confusion dans le rôle du tiers** – En réalité, la difficulté à distinguer la conciliation de la médiation repose sur la définition du rôle du tiers, ici appelé conciliateur ou médiateur selon la méthode considérée. La confusion fut tout vraisemblablement engendrée par le parlement à l'occasion des travaux préparatoires de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Les débats et autres rapports démontrent à cet effet l'existence d'un désaccord entre les deux chambres quant à la mission exacte du médiateur. Pour l'Assemblée nationale, ce dernier est investi du pouvoir de proposer un accord aux parties, le conciliateur ne devant s'en tenir qu'à les guider vers une solution dont elles auront convenu seules³³⁶. À l'inverse, le Sénat considère de son côté que le seul pouvoir du médiateur consiste à rapprocher les parties, sans possibilité pour lui de leur proposer un accord³³⁷.

218. La doctrine ne tardera d'ailleurs pas à se faire l'écho de cette cacophonie ambiante, en débattant sur les mêmes problématiques : qui du médiateur ou du conciliateur propose la solution ? Et plus largement quelle est la différence entre ces deux

³³⁴ Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

³³⁵ JO Sénat, doc. Rapp. P. Fauchon, n°30, t. 1, p. 99.

³³⁶ JOAN, doc. rapp. M. PORCHIER, n°1427, t. 2, p. 36.

³³⁷ JO Sénat, doc. rapp. P. FAUCHON, n°30, t. 1, p. 104.

pacificateurs ? À nouveau les opinions divergent. Le rapport conduit par Serge Guinchard en 2008, intitulé *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rappelle d'ailleurs que deux écoles prédominent. Selon la première, le médiateur joue le rôle le plus actif et propose un accord aux parties, qui sont libres de le refuser. Le doyen Carbonnier rappelait en outre que « la médiation est plus dynamique », en précisant par ailleurs qu'elle « négocie avec [les parties] un projet qui transcende les prétentions »³³⁸. Serge Guinchard, André Varinard et Thierry Debard soulignaient dans ce même état d'esprit que le rôle du médiateur se démarquait en ce qu'il « recherche des éléments d'une entente qu'il propose aux parties, sans d'ailleurs pouvoir la leur imposer »³³⁹. À l'inverse, la deuxième école considère qu'il incombe au conciliateur de justice d'user de cette prérogative, en ce qu'il s'inscrit dans le prolongement du pouvoir du juge, qui est seul détenteur de cette faculté, conformément à l'article 21 du code de procédure civile. Pour Béatrice Blohorn-Brenneur, si la médiation a les moyens d'aller plus loin que la conciliation, c'est bel et bien au conciliateur de proposer la solution, qui est ici comparé à un arbitre³⁴⁰. Ancienne magistrate, elle rappelle d'ailleurs qu'au cours de ses années d'exercice, il lui apparaissait indispensable de renvoyer les parties en médiation dans les cas où elle estimait qu'elles devaient trouver un accord par elles-mêmes, « au plus proche de leurs intérêts »³⁴¹. Bruno Oppetit partage ce point de vue en ajoutant toutefois que le médiateur serait « plus directif que le conciliateur »³⁴², en ce qu'il permettrait aux parties de prendre en compte les positions adverses avec davantage de précision³⁴³.

219. Si le débat législatif était à l'origine de ce flou, il faut bien le reconnaître, le débat doctrinal n'aura eu pour effet que de l'épaissir. Ceci nous amène en réalité à nous interroger sur le bien-fondé des problématiques abordées jusqu'alors. La question de savoir quelles différences distinguent la médiation de la conciliation n'est-elle par artificielle ? En existe-t-il seulement une ? Certains auteurs reconnaissent d'ailleurs ne

³³⁸ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, « Forum », 1996, pp. 80-81.

³³⁹ S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, *op. cit.*, p. 60.

³⁴⁰ B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.* (2001), p. 251.

³⁴¹ B. BLOHORN-BRENNEUR, « Du juge décideur au juge conciliateur au juge médiateur : partage d'expérience », in C. TIRVAUDEY (dir.), *Le rôle du juge en matière de MARD/PRD. Regards croisés Québec, Suisse, Belgique, France*, Presses universitaires de Franche-Comté, 2020, p. 27.

³⁴² B. OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, n°1, (1995), p. 56.

³⁴³ *Ibid.*

pas comprendre ce débat. Ainsi Michèle Guillaume-Hoffnung parle-t-elle de « nébuleuse médiation-conciliation »³⁴⁴, quand Alain Cornevaux admet que « la différence entre la médiation et la conciliation [lui] échappe »³⁴⁵.

220. Vers un abandon de la distinction ? Quelques propositions – Au fond, ne devrions-nous pas admettre qu'à l'exception des cas où la conciliation est directement conduite par le juge, les deux méthodes sont en pratique parfaitement identiques ? Rares sont à ce jour les auteurs qui ont milité en ce sens. Loïc Cadiet fait néanmoins partie de ceux-là, en ce qu'il avance que « la conciliation déléguée à un conciliateur de justice au seuil de l'instance sur le fondement des articles 129-2 à 129-6 CPC doit être considérée comme une médiation »³⁴⁶. On parlerait dès lors de médiation préalable ou de médiation incidente selon le moment auquel elle survient, à l'image de ce qui existe aux États-Unis et au Canada depuis plusieurs années³⁴⁷. La conciliation constituerait quant à elle la prérogative exclusive du juge, au sens de l'article 21 du code de procédure civile et pourrait être utilisée pour les cas ne présentant aucune difficulté majeure.

221. Un tel système présenterait en réalité plusieurs avantages. Le premier concerne bien entendu la simplicité. Retenir la médiation comme principe permettrait ainsi d'éviter les débats inutiles et de rendre une visibilité non négligeable aussi bien à la conciliation qu'à la médiation, dans la mesure où les rôles en matière judiciaire sont parfaitement définis : la première est exercée par le juge, la seconde est prononcée par ses soins lorsqu'il l'estime nécessaire ou à la demande des parties sous forme de renvoi. Dans un cadre conventionnel, la médiation devient la seule méthode applicable afin d'éviter l'applicabilité de deux outils redondants. Le deuxième avantage concerne quant à lui la dynamique de la méthode envisagée. En effet, comme il nous a été donné de le voir, plusieurs auteurs considèrent que la médiation permet une étude plus approfondie des cas qui lui sont présentés. Ceci est notamment permis par le temps consacré à l'affaire, généralement plus long qu'en conciliation, mais aussi par la formation suivie par le tiers pacificateur. Bien que sur le papier, conciliateur et médiateur soient désormais astreints

³⁴⁴ M. GUILLAUME-HOFFNUNG, *La médiation*, PUF, « Que sais-je ? », 2020, p. 47.

³⁴⁵ A. CORNEVAUX, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *LPA*, (26 juin 1998), pp. 51 et s.

³⁴⁶ L. CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, n°199, (17/05/2015), pp. 10 et s.

³⁴⁷ On notera également qu'à l'instar des pratiques nord-Américaines, la directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008 ne retient pas la distinction médiation/conciliation, privilégiant ainsi la première à la seconde.

à des obligations de formations similaires³⁴⁸, il convient toutefois de souligner qu'en pratique, le savoir-faire des seconds est généralement plus abouti. Ceci s'explique simplement par le fait que, contrairement à la conciliation, la médiation a entraîné la création de nombreuses filières diplômantes, permettant ainsi perfectionner les professionnels actifs dans ce domaine.

222. Tout cela nous pousse donc à plaider en faveur de la médiation en tant que mode amiable par défaut lorsqu'il s'agit de l'opposer à la conciliation. Pour autant, il nous semble particulièrement délicat de valider son abolition pure et simple pour deux raisons. La première, c'est qu'un tel acte contribuerait à nier le travail considérable mené par certains magistrats et autres conciliateurs de justice, qui convaincus par cette méthode et par leurs propres moyens, œuvrent en faveur d'une pacification des relations des parties qui se présentent à elles ; la seconde, c'est qu'abandonner la conciliation, c'est mettre un terme à l'existence du dernier mode amiable entièrement gratuit pour les justiciables³⁴⁹.

223. La distinction presque impossible entre médiation et conciliation n'a donc pas fini de faire couler l'encre des commentateurs. Le débat, s'il tend à arriver à son terme, reste donc encore en suspens. Dans un état d'esprit quelque peu similaire en apparence, le droit collaboratif et la procédure participative sont souvent rapprochés l'un à l'autre. Est-ce pour autant justifié ?

³⁴⁸ Concernant les conciliateurs, les articles 2 et 3-1 du décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice prévoient que ces derniers doivent justifier à la fois d'une « formation ou d'une expérience juridique », ainsi que d'une « journée de formation initiale » au cours de l'année suivant leur nomination, complétée par une journée de « formation continue » dans les trois années suivant chaque renouvellement de fonction. De leur côté, les médiateurs doivent, conformément à l'article 131-5 du code de procédure civile, attester selon les cas d'une « formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation », mais aussi de « la qualification requise eu égard à la nature du litige ». Notons par ailleurs que cette exigence n'a pas évolué depuis l'entrée en vigueur de la loi du 8 février 1995.

³⁴⁹ Bien entendu l'aide juridictionnelle permet, depuis 2016, de couvrir les frais de médiation judiciaire ou conventionnelle si le médiateur sollicite une homologation de l'accord auprès du juge (qui restent au demeurant généralement moins élevés que les coûts engendrés par une procédure judiciaire classique), mais cette dernière ne s'applique pas de manière universelle, puisque soumise à des conditions de revenus. Voir à ce titre le décret n° 2016-1876 du 27 déc. 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique ; la circulaire du 20 janvier 2017 relative à la prise en charge de la médiation au titre de l'aide juridique, p. 4.

B. Droit collaboratif et procédure participative : des méthodes apparemment similaires

224. Un nouveau schéma de résolution amiable : le droit collaboratif –

Comme la plupart des modes amiables en Amérique du Nord, c'est la pratique qui est à l'origine du droit collaboratif. Élaborée en 1990 par l'avocat Minnésotain Stuart Webb, qui considérait les procédures de divorce comme dévastatrices pour les familles, cette méthode repose sur plusieurs éléments lui permettant de se démarquer des modes amiables déjà existants, en particulier par sa forme. En effet, à la différence de la médiation et de la conciliation qui font intervenir un tiers pacificateur, le droit collaboratif repose quant à lui sur un schéma quadrangulaire fondé sur la négociation entre les parties et leurs avocats, préalablement formés à cette pratique³⁵⁰. Ceci implique dès lors plusieurs choses. Tout d'abord, la méthode est bien plus juridique que ne pourrait l'être une médiation, pour laquelle le tiers n'est pas forcément juriste. Ensuite, elle est exclusivement conventionnelle en ce sens que les parties et leurs avocats, pour recourir à ce processus, doivent signer une charte collaborative, laquelle les protégera, les dirigera et sera source d'obligations que nous aurons l'occasion de mentionner dans les lignes qui suivent.

225. Voyant que le droit collaboratif se développait rapidement aux États-Unis et au Canada aussi bien en matière familiale que dans les conflits en règle générale, il devint évident pour certains avocats³⁵¹ que cette méthode devait figurer parmi les outils de résolution amiable applicables en France. Il faudra à ce titre attendre l'hiver 2007/2008 pour assister à la fois aux premières diffusions d'informations sur le sujet, mais aussi aux premières discussions organisées au sein de différentes institutions françaises, à l'instar de l'institut de la famille et du patrimoine³⁵². À l'image de ce qui existait déjà en Amérique du Nord, les praticiens intéressés par cette méthode ont constitué des groupes afin non seulement de se former, mais aussi d'échanger et

³⁵⁰ En effet et bien qu'aucun texte ne le mentionne, la conduite de négociation collaborative relève du monopole des avocats, qui, pour se faire, doivent avoir reçu une formation adéquate à l'exercice de cette méthode. Notons par ailleurs que cette exigence est renouvelée au sujet de la procédure participative en France, au sein de l'article 2064 du code civil, qui dispose notamment que « toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative ».

³⁵¹ On citera notamment maîtres Charlotte Butruille-Cardew et Jean-Luc Rivoire qui font tous deux parties des précurseurs en matière de droit collaboratif en France.

³⁵² J.-L. RIVOIRE, « La mise en place du droit collaboratif en France s'organise », *AJ famille*, n°6, (Juin 2010), p. 255.

d'informer autour du droit collaboratif. Parmi eux, on soulignera notamment la création de l'Association française des praticiens du droit collaboratif, ou encore de l'Association des professionnels de droit collaboratif interrégionale.

226. **Un droit collaboratif à la française : la procédure participative** – Fort de ce nouvel élan donné aux modes amiables en France, la commission Guinchard s'est emparée de cette question en élaborant, puis en proposant dans son rapport remis au Garde des sceaux en 2008 une nouvelle méthode inspirée du droit collaboratif : la procédure participative assistée par avocat. Consacrée par le législateur avec la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 ajoutant un titre XVII au livre III du code civil intitulé « De la convention de procédure participative », cette dernière repose sur les mêmes principes fondateurs que le droit collaboratif. On retrouve donc sans surprise un schéma quadrangulaire réunissant les parties et leurs avocats, ainsi qu'une convention visant à organiser, protéger et obliger les parties au bon déroulement de la procédure.

227. À ce stade, on notera donc que droit collaboratif et procédure participative sont très similaires. Ce trait pousse d'ailleurs bon nombre d'auteurs à parler de la seconde comme d'un droit collaboratif à la française³⁵³. Ceci peut dès lors nous conduire à nous demander si la volonté de la commission Guinchard, appuyée par le législateur en 2010, n'est finalement pas redondante au point de confondre les deux méthodes. En d'autres termes, était-ce bien utile de consacrer la procédure participative lorsqu'une simple mention du droit collaboratif aurait suffi ?

228. En réalité, c'est plutôt le concept de droit collaboratif à la française qui est trompeur : il n'est ni plus ni moins qu'un abus de langage. En effet, cette apparente similitude entre les deux méthodes laisse deviner un état d'esprit bien différent entre le droit collaboratif et la procédure participative. Plusieurs éléments permettent en effet de les distinguer, qu'il s'agisse de la consécration légale, inexistante pour le droit collaboratif en France, de l'impératif de confidentialité, fondamental pour le droit collaboratif mais optionnel pour la procédure participative, la suspension du délai de prescription, inexistante pour le premier mais en vigueur pour la seconde, ou encore du procédé en lui-

³⁵³ M. BRUGGEMAN, « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », *Dr. Fam.*, n°3, (Mars 2015).

même, bien plus détaillé pour la première de ces deux méthodes. On notera toutefois que cette différence d'état d'esprit est manifestement perceptible sur deux points particuliers : la question du retrait de l'avocat en cas d'échec (1) et celle des liens qu'entretiennent ces méthodes avec la justice traditionnelle (2).

1. La procédure participative : le possible retrait de l'avocat en cas d'échec

229. Lorsqu'un accord au moins partiel est trouvé entre les parties, ce dernier peut faire l'objet d'une homologation par le juge afin de lui conférer la force exécutoire. Sur ce point, droit collaboratif et procédure participative s'entendent parfaitement. Tel n'est cependant pas le cas lorsque les négociations ont été infructueuses, en particulier au regard du rôle de l'avocat. Doit-il se dessaisir ou peut-il représenter son client devant une juridiction ?

230. **Le droit collaboratif et l'entente de désistement** – La réponse à donner à cette question repose principalement sur les conditions fixées par la convention signée au préalable entre les parties et leurs avocats, qui varient d'une méthode à l'autre. En ce qui concerne le droit collaboratif, c'est l'entente de désistement qui fixe le régime applicable. Particulièrement stricte, cette dernière oblige non seulement l'avocat collaboratif à se dessaisir de l'affaire, mais empêche également ses confrères s'ils exercent dans le même cabinet que lui. On notera également qu'au-delà de l'échec, cette clause s'impose également à l'avocat qui détecterait une violation des règles de la charte collaborative par son client, notamment concernant les obligations de transparence et de bonne foi auxquelles il s'est engagé en début de processus³⁵⁴. L'entente de désistement est donc lourde de sens aussi bien pour les parties que pour leurs conseils, et ses conséquences peuvent s'avérer dramatiques. En effet, l'échec des négociations implique nécessairement de reprendre l'affaire à zéro. Un tel cas de figure constituerait donc non seulement une perte de temps considérable, mais aussi une dépense supplémentaire à laquelle la plupart des parties ne pourraient subvenir³⁵⁵.

³⁵⁴ E. DEFLERS, « Le droit collaboratif en droit de la famille et au-delà », *JCP G*, n°25, (21 juin 2010), p. 1320 ; S. HENRY-GUILLEMARD et al., « Le processus de droit collaboratif », *JCP G*, n°37, (10 septembre 2018), p. 1622.

³⁵⁵ Le rapport Macfarlane de 2005 rapporte à ce titre le témoignage d'un homme quelque peu agacé par la situation dans laquelle il a été mis par le processus collaboratif. En effet, après neuf mois de négociation et environ 24.000 CAD d'honoraires, ce dernier estime qu'il est difficile de faire machine arrière. Voir : J.

231. **L'entente de désistement : une source de garanties** – Bien que l'entente de désistement ne soit pas exempte de quelques critiques³⁵⁶, on notera toutefois qu'elle est la plupart du temps bien accueillie par les clients. Cette dernière constitue en réalité le pilier du processus collaboratif et ce pour plusieurs raisons. Elle vise en premier lieu à mettre les parties à égalité en évitant la tentation d'un procès – et par là même les rapports de force que de telles menaces peuvent engendrer. Elle permet à ce titre, comme certains clients ont pu le décrire, « d'échapper au dilemme du prisonnier »³⁵⁷ en instaurant un climat rassurant entre les parties. Dans le même état d'esprit, l'entente de désistement permet dans un second temps de garantir la confidentialité des échanges, la bonne foi et la transparence entre les usagers du processus collaboratif. En effet, ces obligations, qui font partie intégrante de la charte collaborative signée par les parties, se doivent d'être respectées au risque que la clause soit mise en application par les avocats, qui y seraient contraints. Enfin, cette dernière permet d'instaurer un climat de confiance tout d'abord entre l'avocat collaboratif et son client, qui s'engagent ensemble et deviennent partenaires de négociation³⁵⁸ ; ensuite entre les parties elles-mêmes, qui se retrouvent dans la même situation, conventionnellement contraintes à trouver une solution³⁵⁹.

232. On l'aura donc compris, bien qu'effrayante, l'entente de désistement incarne l'esprit même du droit collaboratif. Dans son rapport publié en 2005 au Canada, Julie Macfarlane n'hésite d'ailleurs pas à rappeler qu'elle constitue à la fois la faiblesse et l'avantage de ce processus. Il n'en demeure pas moins que les résultats semblent plutôt plaider en sa faveur, dans la mesure où le droit collaboratif enregistre un taux de succès d'environ 85%³⁶⁰.

MACFARLANE, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : Etude de cas qualitative*, ministère de la Justice du Canada, 2005, Rapport n°2005-FCY-1F, p. 42.

³⁵⁶ Outre les critiques liées au risque financier qu'elle engendre (voir note précédente), certains clients ont parfois du mal à comprendre l'intérêt de cette clause, en particulier au regard de l'obligation de désistement de l'avocat en cas d'échec des négociations (J. MACFARLANE, *ibid.*, p. 43).

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 42.

³⁵⁸ J.-L. RIVOIRE, L. BERTAGNA, « Conflits familiaux et droit collaboratif. Une nouvelle civilité », *Etudes*, n°4204, (Avril 2014), p. 49.

³⁵⁹ J. MACFARLANE, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC)*, *op. cit.*, p. 42.

³⁶⁰ B. DESARNAUTS, « L'avocat et le droit collaboratif », *JCP G*, n°36, (1^{er} septembre 2014), p. 1562.

233. **Procédure participative et abandon de l'entente de désistement** – En élaborant la procédure participative, la commission Guichard s'est bien entendu heurtée à la question du retrait éventuel de l'avocat en cas d'échec des négociations. Soulevant les inconvénients et les risques importants que pouvait engendrer l'entente de désistement, il fut proposé de ne pas reprendre cette mesure phare du droit collaboratif. En assurant ainsi aux avocats la possibilité de représenter leur client devant le juge, la commission entend garantir aux parties un droit d'accès effectif à la justice³⁶¹.

234. Reprise par le législateur en 2010 à l'occasion de l'entrée en vigueur de la procédure participative, cette opportunité apporte un changement considérable à la pratique. Ainsi, lorsqu'avec le droit collaboratif les parties sont quasi-contraintes par l'entente de désistement à trouver une solution, la procédure participative leur permet quant à elle d'envisager une résolution amiable reposant exclusivement sur l'accord libre et éclairé des protagonistes. En ce sens, les parties ont donc bel et bien la maîtrise de leur destin, dans la mesure où en cas de mésentente, il leur est possible de mettre un terme à la résolution amiable de leur conflit afin de le soumettre à un juge, sans que cela n'engendre de pertes financières ou temporelles importantes. Dans le même temps, il faut toutefois admettre que l'absence d'entente de désistement dans la procédure participative peut engendrer certaines conséquences potentiellement négatives, à la tête desquelles figure l'abandon anticipé des pourparlers. En effet, en l'absence de tout caractère coercitif, forte devient la tentation aussi bien pour les parties que pour leur conseil de saisir le juge. Bien que certaines dispositions aient été prises afin d'éviter cette éventualité – notamment l'engagement des parties de ne pas recourir à la justice tant que la mesure est en cours, celle-ci n'est toutefois pas anecdotique. L'article 1555 du code de procédure civile le rappelle d'ailleurs fort bien, en disposant notamment que « la procédure participative s'éteint par la résiliation anticipée et par écrit de cette convention par les parties assistées de leurs avocats ». Il est toutefois envisageable que cette situation ne dépasse pas le stade de la théorie, en ce qu'il appartient aux avocats, de par la formation qu'ils ont préalablement reçue, de chercher tous les moyens possibles afin d'éviter la saisine du juge.

³⁶¹ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008, p. 170.

235. Dans le même état d'esprit, on soulignera également que la violation des obligations incombant aux parties – qui sont équivalentes à celle du droit collaboratif, à savoir la bonne foi, la loyauté, etc. - par l'un des protagonistes entraîne des conséquences différentes. Alors qu'avec dans le processus de droit collaboratif, les avocats sont conventionnellement tenus de se dessaisir, l'article 1555 du code de procédure civile prévoit quant à lui que la partie victime est libérée de ses obligations, l'autorisant ainsi à saisir le juge avec le concours de son avocat.

2. La procédure participative : un lien plus étroit avec la justice traditionnelle

236. **Une méthode hybride** – Le droit collaboratif, par sa nature, est la méthode qui entretient la relation la plus distante avec la justice traditionnelle, dans la mesure où elle se limite à l'homologation de l'accord – total ou partiel - par le juge. Loin d'être une exception, cette quasi-autarcie est en réalité partagée par la plupart des modes amiables dits conventionnels³⁶². Bien que la procédure participative partage ces caractéristiques, il est intéressant de noter que sa conception par la commission Guinchard en fait une méthode hybride particulièrement intéressante, Ni totalement conventionnelle, ni totalement judiciaire³⁶³, cette dernière entretient en effet un lien atypique avec la justice traditionnelle qui lui permet de bénéficier des avantages du droit collaboratif – notamment en ce qui concerne sa flexibilité, tout en évitant ses inconvénients – en particulier au regard de la perte importante de temps et d'argent qu'il peut occasionner.

237. **Une possible exemption au titre de l'article 750-1 du code de procédure civile** – En réalité, cette sécurisation est rendue possible par l'adossement de la procédure participative à la procédure civile qui, en cas d'échec des négociations,

³⁶² Cette qualification peut porter à confusion dans la mesure où les modes amiables sont tous conventionnels par nature, puisqu'ils visent à négocier un accord dans le meilleur intérêt des parties. Il faut ici comprendre le terme au sens que lui donne notamment le code de procédure civile, et donc l'appréhender en « opposition » aux modes amiables dits judiciaires. Le droit collaboratif est donc conventionnel, au même titre que la médiation ou la conciliation conventionnelle, qui n'entrent en contact avec la justice traditionnelle qu'à l'occasion de l'homologation d'un accord éventuel.

³⁶³ La procédure participative n'est en effet comparable à aucun autre mode amiable en vigueur en droit français. Elle n'est à la fois pas totalement judiciaire, en ce sens qu'elle ne peut, à la différence de la médiation judiciaire, faire l'objet d'aucune forme de renvoi même avec l'accord des parties ; mais elle n'est dans le même temps pas totalement conventionnelle, dans la mesure où elle entretient des liens étroits avec la justice qui lui permettent notamment, comme il nous sera donné de le voir, d'éviter la phase de mise en état de l'affaire en cas d'échec des négociations.

permet aux parties de bénéficier de deux avantages majeurs. Le premier vise à exempter les parties du recours préalable obligatoire à un autre mode amiable, comme le voudrait normalement l'article 750-1 du code de procédure civile, notamment concernant les demandes qui tendent au paiement d'une somme inférieure ou égale à 5.000 euros³⁶⁴. Il est d'ailleurs intéressant de noter que ce privilège, inexistant lors de la mise en vigueur de la procédure participative en 2010, ne fut instauré pour la première fois qu'en 2019, à l'occasion de l'extension du recours obligatoire aux modes amiables devant le tribunal de grande instance (pour toute demande tendant au paiement d'une somme inférieure ou égale à 5.000 euros)³⁶⁵. Paradoxalement, cette possibilité n'avait pas été retenue par le législateur lors de l'introduction de cette mesure devant le tribunal d'instance en 2016, où seule la conciliation était envisagée³⁶⁶. Il n'en demeure pas moins que cette volonté d'inclure la procédure participative à la liste des modes amiables disponibles dans le cadre du dispositif de l'article 750-1 du code de procédure civile manifeste une volonté sérieuse de développer cette méthode encore peu connue par la pratique.

238. Une méthode utile aux fins de mise en état de l'affaire – Le second avantage offert par cette méthode est probablement le plus intéressant, en ce qu'elle permet aux parties d'éviter la phase de mise en état de l'affaire en cas d'échec total ou partiel des négociations. Ainsi, lorsque dans une telle situation le processus de droit collaboratif entraînerait l'obligation pour les parties de recourir à un nouveau mode amiable (si la requête concerne un paiement d'une somme n'excédant pas 5.000 euros) suivie, dans le cas d'un échec réitéré avec la seconde méthode, d'une phase de mise en état classique, la procédure participative infructueuse permet quant à elle d'accéder directement au juge du fond – en plus de tous les bénéfices personnels d'ores et déjà acquis lors des négociations, qui, dans la plupart des cas, permettent de renouer le dialogue entre les parties. En bref, la procédure participative, par son lien suffisamment étroit avec la justice traditionnelle, est en mesure de rassurer les parties tout en leur

³⁶⁴ Auxquelles il faut ajouter les actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire.

³⁶⁵ Cette avancée fut permise par l'entrée en vigueur du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, qui crée l'article 750-1 du code de procédure civile applicable à l'introduction de l'instance devant le tribunal judiciaire.

³⁶⁶ L'article 4 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle disposait en effet que « la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe [devait] être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice ».

permettant de sérieusement envisager une solution amiable au conflit qui les oppose, sans se sentir contrainte par la méthode.

239. Cette fonction de mise en état anticipée fut en réalité prévue dès son élaboration en 2008 par la commission Guinchard, qui proposait à l'occasion de la publication de son rapport la même année, que le juge puisse « statuer sur les points de désaccord sans que l'affaire soit renvoyée à la mise en état, compte tenu de l'avancement des échanges entre les parties pendant le cours de la procédure participative »³⁶⁷. Il est toutefois intéressant de noter que cette possibilité ne fut pas immédiatement mentionnée par le législateur à l'occasion de l'inscription de ce nouveau mode amiable dans le code civil en 2010. En effet, son article 2066 disposait simplement que faute de parvenir à un accord, « les parties soumettent leur litige au juge », sans préciser s'il s'agissait du juge de la mise en état ou du juge du fond. Il faudra attendre le décret du 20 janvier 2012 instaurant la procédure participative dans le code de procédure civile pour enfin trouver une mention – discrète - de cette fonction, inscrite en son article 1543. Celui-ci dispose qu'en cas de désaccord entre les parties à l'issue de la procédure conventionnelle, cette dernière se poursuit par « une procédure aux fins de jugement ». Cette règle fut en outre confirmée à la même occasion par l'article 1559 du code de procédure civile, qui prévoit par ailleurs quelques exceptions relativement anecdotiques permettant le renvoi devant le juge de la mise en état³⁶⁸. Aux termes de ces deux articles, et pour résumer, le principe, en cas d'échec des négociations, réside donc dans la soumission de l'affaire directement au juge du fond. Peu réglementée, cette pratique a toutefois suscité certains problèmes notamment à l'égard des affaires dont la mise en état n'était pas achevée à l'issue infructueuse de la procédure participative.

240. Étonnamment, cette zone d'ombre ne sera pas éclairée par le décret du 6 mai 2017, qui précise pourtant considérablement le régime de la mise en état dans le cadre de la procédure participative. Il faudra en réalité attendre la réforme du 11 décembre 2019 pour que soit ajoutée cette précision à l'article 1564-1 du code de procédure civile tout d'abord, qui dispose désormais que le juge statue « sur la partie du litige persistant ou statue sur l'entier litige après avoir, le cas échéant, mis l'affaire en état

³⁶⁷ S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, op. cit., p. 170.

³⁶⁸ Ces dernières concernent principalement les cas de demande nouvelles effectuées par les parties.

d'être jugée » ; mais aussi au sein d'un tout nouvel article 1564-5, plus explicite car entièrement dédié à cette problématique, qui confirme cette position.

241. Avec les réformes successives de 2016 et 2019, la procédure participative, plus qu'un mode amiable, est donc devenue « une technique conventionnelle de gestion de l'instance »³⁶⁹, marquant ainsi nettement son lien avec la justice traditionnelle, son caractère hybride et par là même sa différence avec le droit collaboratif.

242. **Conclusion de chapitre** – L'ensemble de ce qui précède nous aura permis de mettre en lumière quelques-unes des difficultés que peuvent rencontrer les justiciables au regard des lacunes qui existent dans l'information qui leur parvient sur les modes amiables. Comme nous l'avons vu, ces dernières sont principalement de deux ordres et sont liées à la fois à une volonté toujours plus grande de légiférer sur cette matière, couplée à l'existence d'une certaine confusion entre quelques méthodes. Beaucoup de travail reste donc à effectuer du côté de la doctrine, qui doit s'attacher à préciser davantage la terminologie attachée aux modes amiables, tout en essayant de les rendre plus accessibles au grand public. Cette tâche incombe également à l'État, qui doit impérativement revoir sa stratégie selon laquelle il faut légiférer pour inciter. Après en effet plus de 25 ans, il est désormais évident que le succès des modes amiables repose davantage sur l'appropriation qu'en feront les professionnels - et par là même les justiciables, et qu'aucun texte à lui seul ne pourra obtenir le changement d'envergure tant attendu par le législateur et les gouvernements successifs.

243. Si l'éducation et l'information constituent deux sources importantes de développement pour les modes amiables de résolution des conflits, nous allons voir que certains dispositifs déjà en vigueur en procédure civile française, américaine et canadienne peuvent également contribuer à parachever ce but.

³⁶⁹ L. CADIET, « Le développement de la procédure participative », *Procédures*, n°3, (Mars 2020), p. 17.

Titre 2 – L’incitation par la procédure

244. Si, comme nous l’avons vu, l’éducation et l’information garantissent des fondations solides au développement du recours aux modes amiables, la procédure doit quant à elle servir à en amorcer la construction. Par ce biais, les parties, qui à ce stade sont probablement confrontées à un conflit, doivent chercher un moyen de le résoudre. Plusieurs options s’offrent à elles à cette fin, la plus connue étant à ce jour la voie contentieuse, encore souvent choisie par les justiciables et les professionnels du droit. Nous verrons néanmoins que même dans ce cas de figure, certains outils permettent encore de les inciter à recourir aux modes amiables. Parmi eux, certains ont été créés à des fins pacificatrices. Principalement utilisés en Amérique du Nord, ces derniers sont tantôt exécutés par les juges, tantôt par des avocats (Chapitre 1^{er}). D’autres, présents en France ou outre-Atlantique, ont à l’inverse été établis en vue d’être utilisés dans le cadre de la procédure civile classique, mais peuvent contribuer à inciter les parties à recourir aux modes amiables (Chapitre 2).

Chapitre 1^{er} – La développement par des outils prévus aux fins de résolution à l’amiable : l’exemple des *judicial dispute resolutions* et des *early neutral evaluations*

245. Utilisées respectivement au Canada et aux Etats-Unis, les *judicial dispute resolutions* (JDR) et les *early neutral evaluations* (ENE), bien que particulièrement différentes, partagent un point commun : elles ont été élaborées dans le but d’aider les parties à parvenir à un accord. Nous verrons à ce titre que si les premières sont caractérisées par leur grande flexibilité (§1), les secondes ressemblent davantage à un « procès à l’amiable » (§2).

§1 - La *judicial dispute resolution* (ou JDR) : une méthode flexible de résolution de conflit

246. **Prise de conscience des magistrats** – L’année 1976 et plus particulièrement la conférence Roscoe Pound sur les modes alternatifs de résolution des conflits furent déterminantes dans la prise de conscience qui frappa de nombreux

magistrats à travers l'Amérique du Nord³⁷⁰. Beaucoup comprirent alors non seulement que la justice, loin d'être réduite à la seule intervention contraignante de l'appareil judiciaire, pouvait être rendue par un ensemble de moyens hétérogènes de résolution des différends, mais aussi qu'ils – les juges – n'étaient pas exclus de ce processus de pacification négociée des relations. Probablement touchés par ce message, les juges albertains, qui ont procédé une quinzaine d'années plus tard à l'élaboration du premier programme de *judicial dispute resolution* (JDR), ont procédé à une réflexion reposant sur un double constat. John Rooke, alors juge en chef associé de la Cour du Banc de la Reine (aujourd'hui Cour du Banc du Roi) en Alberta, explique ainsi dans ses travaux que certains magistrats ont non seulement manifesté une certaine insatisfaction à l'égard des limites du procès et du système judiciaire dans le cadre de la résolution des conflits, mais ont également émis des interrogations quant à l'office du juge lui-même, qui, pris dans sa conception traditionnelle de *common law*, ne peut offrir davantage qu'un rôle passif, dont le seul but consiste à trancher l'affaire présentée par-devant lui³⁷¹.

247. Élaboration d'un programme hétérogène – C'est en partant de ce constat que plusieurs juges albertains ont entrepris d'intégrer un ensemble hétérogène de méthodes inspirées des modes alternatifs de résolution des conflits, qui font aujourd'hui partie intégrante de ce que l'on appelle désormais les JDR. Parmi elles, on retrouve bien entendu la médiation – sous plusieurs formes -, mais aussi le mini-procès ou encore l'évaluation préliminaire neutre (ou *Early Neutral Evaluation*)³⁷². Certaines de ces méthodes peuvent par ailleurs être dotées, selon la volonté des parties, d'un caractère plus ou moins contraignant, mais aussi d'une portée facilitatrice ou évaluative comme il nous sera donné de l'étudier dans quelques instants³⁷³.

248. Développement progressif des JDR – On notera par ailleurs que les programmes de JDR albertains ont connu un développement progressif. Ainsi, si certains

³⁷⁰ J. CLIFFORD WALLACE, « Judicial Reform and the Pound Conference of 1976 », *Mich. Law Rev.*, vol. 80, no. 4, (March 1982), p. 596 ; H. PIQUET, « La résolution judiciaire du conflit (JDR) par les juges en Alberta : un modèle hybride », *RIDC*, n°1, (2016), p. 158.

³⁷¹ J. D. ROOKE, *Improving Excellence: Evaluation of Judicial Dispute Resolution Program in the Court of Queen's Bench of Alberta (Evaluation Report)*, 2009, pp. 2-12, disponible sur https://fcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/22338-improving_excellence.pdf ; H. PIQUET, *ibid.*, pp. 159-160.

³⁷² H. PIQUET, « La résolution judiciaire du conflit (JDR) par les juges en Alberta : un modèle hybride », *op. cit.*, p. 161.

³⁷³ *Ibid.*

modes alternatifs de résolutions des conflits (ADR) apparaissent à la Cour du banc du Roi dès la fin des années 1980, il est intéressant de constater que certaines méthodes, bien que déjà pratiquées par le passé, ne sont formalisées qu'à partir de 1992, à l'instar du mini-procès. Il faudra par la suite attendre 1996 pour voir la structure du programme se renforcer davantage et prendre le nom que nous lui connaissons aujourd'hui³⁷⁴.

249. Champ d'application varié des JDR – Le champ d'application des JDR est quant à lui rester globalement identique depuis leurs débuts et concerne principalement la responsabilité civile, le droit du travail, le droit des assurances, ou encore le droit des obligations. Le droit de la famille est bien entendu également concerné et a même fait l'objet de l'instauration d'un projet pilote d'une durée d'un an devant la Family and Youth Court d'Edmonton (Alberta) en 2000, afin de déterminer si les JDR pouvaient s'appliquer efficacement aux affaires familiales et à la protection de l'enfance (*child welfare and family matters*), ce qui fut le cas³⁷⁵.

250. Formalisation de la pratique – La dernière évolution notoire du programme interviendra quant à elle en 2010, avec l'instauration de l'article 4.16 des *Alberta Rules of Court* consacré aux processus de résolution de conflit et des articles 4.17 à 4.21 consacrés aux JDR, qui viennent formaliser davantage leur pratique³⁷⁶.

251. Application géographique des JDR localisée en Alberta – Pour conclure sur le développement des programmes de JDR, qu'en est-il de leur implantation géographique ? Ont-ils pu s'implanter ailleurs qu'en Alberta ? À vrai dire, on ne peut pas l'affirmer avec certitude. En effet, depuis plusieurs années, parfois même plusieurs décennies, de nombreuses juridictions nord-américaines, qu'elles soient fédérales ou fédérées, ont cherché à mettre en œuvre des programmes faisant intervenir les modes alternatifs de règlement des conflits. Néanmoins, il ne suffit de proposer une médiation pour répondre aux critères des JDR élaborés par les juges albertains. Ce qui fait en réalité

³⁷⁴ En effet, avant que le qualificatif de JDR ne soit inventé, on préférerait davantage parler d'ADR (Alternative Dispute Resolution), faisant ainsi tout simplement référence aux méthodes employées. À ce titre, voir : J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, xiii et s.

³⁷⁵ J. GOSS, « Judicial Dispute Resolution. Program Setup and Evaluation in Edmonton », *Fam. Court Rev.*, vol. 42, no. 3, (Jul. 2004), p. 511.

³⁷⁶ Il est à noter que ces articles, qui furent pour certains réformés en 2015 et 2020, ne s'appliquent que devant la Cour du banc de la Reine ainsi que la Cour d'appel de l'Alberta, conformément à l'article 1.1(1) des *Alberta Rules of Court*.

l'essence de ces programmes, c'est à la fois la variété de méthodes qu'ils proposent et leur organisation innovante. Or, dans la grande majorité des cas, les juridictions – peut-être par manque de temps ou de moyens – ne peuvent proposer qu'un, voire deux modes alternatifs (généralement la médiation elle-même, souvent déléguée à un médiateur, et l'arbitrage). On notera toutefois que si, à ce jour, aucun programme exactement similaire n'a été élaboré ailleurs que dans la province, certains tendent à s'en approcher ou ont tout du moins rencontré des problématiques similaires. Tel est par exemple le cas des *judicial settlement conferences* que l'on peut trouver dans beaucoup de juridictions d'Amérique du Nord, dans lesquelles les magistrats, en charge de l'affaire ou non, réunissent les parties au cours de réunions prévues pendant la phase de *pretrial* dans le but de trouver un accord, le plus souvent au moyen de techniques de médiation³⁷⁷.

252. Il relève de l'ensemble de ce qui précède que le développement progressif des JDR permet de mettre en lumière deux éléments majeurs. Tout d'abord, par la variété des méthodes qu'ils laissent à sa disposition, ils offrent une liberté importante au juge afin d'aider les parties à parvenir à un accord (A). Nous verrons néanmoins que la jeunesse de ces programmes n'a pas encore permis de parer certains dangers importants (B).

A. Les JDR : source de liberté pour le juge

253. Les JDR sont généralement caractérisés par la grande flexibilité dont ils font preuve. À la Cour du banc du Roi, on observe qu'elle est tout d'abord mise en évidence par l'organisation qui entoure leur pratique. Ceci est notamment rendu possible par le volontariat, les coûts ou encore l'accessibilité de la méthode.

254. **Volontariat** – Ce détail peut à première vue sembler insignifiant mais il est en réalité essentiel afin de garantir la flexibilité des JDR : la participation des parties au programme est volontaire. Les articles 4.17 et 4.18(1) des règles de Cours de l'Alberta rappellent à ce titre que ce programme est « initié par les parties » et qu'un « arrangement pour un processus de JDR ne peut être engagé qu'avec le seul accord des parties

³⁷⁷ On peut notamment faire référence au *Virginia's judicial settlement conference program* élaboré en 2003 qui fait appel à des juges retraités afin d'aider les parties à parvenir à un accord (G. RAVINDRA, « Virginia's Judicial Settlement Conference Program », *Justice Syst. J.*, vol. 26, no 3, (2005), pp. 293 et s.) ; ou encore aux Settlement conferences du Northern District of California pour ne citer qu'elles.

participantes »³⁷⁸. Revendiqué à plusieurs reprises dès les premiers articles consacrés aux JDR, on peut dès lors se demander en quoi le volontariat incarne la flexibilité du programme. La réponse est en réalité très simple : il permet à la Cour de supprimer une étape particulièrement fastidieuse de sélection des dossiers, très consommatrice en moyens humains et matériels. Dans cet état d'esprit, le volontariat permet ainsi à la Cour d'uniquement se consacrer aux dossiers pour lesquels une résolution amiable présente de fortes chances de réussite, dans la mesure où les parties se trouvent déjà dans un état d'esprit de coopération.

255. L'organisation pratique de la Cour – Le volontariat n'est toutefois pas le seul élément qui donne sa souplesse aux JDR : l'organisation pratique de la Cour en est un autre. Cette dernière implique à ce titre de mentionner plusieurs composantes, à commencer par les modalités de prise de rendez-vous, qui présentent plusieurs particularités. En effet, contrairement à de nombreuses juridictions, la Cour du Banc du Roi offre tout d'abord aux parties un accès direct au juge par le biais d'internet, qui leur permet non seulement d'accéder aux disponibilités d'un certain nombre de juges pratiquant les JDR, mais également de prendre rendez-vous avec le magistrat de leur choix en remplissant numériquement le formulaire d'enregistrement (*booking form*) présenté sur le site de la Cour. Le formalisme – si l'on peut dire – est donc ici réduit à l'extrême, permettant ainsi de simplifier l'accès au juge dans le cadre du programme de JDR³⁷⁹.

256. En plus de cet accès direct, il est possible pour les parties de sélectionner le juge qui correspond le mieux à leurs attentes. Ceci est à nouveau rendu possible par le calendrier mis en ligne par la Cour qui fait à la fois mention des disponibilités des

³⁷⁸ L'article 4.17 des règles de Cours de l'Alberta utilise le terme « party-initiated » ; l'article 4.18(1) dispose quant à lui que « an arrangement for a judicial dispute resolution process may be made only with the agreement of the participating parties [...] ».

³⁷⁹ On notera toutefois qu'à l'occasion de la mise en œuvre d'un projet pilote devant la *Provincial Court of Alberta, Family and Youth Court* de Calgary (Cour du premier degré) entre juillet 1998 et mai 1999, il fut question d'instaurer une procédure de sélection des dossiers (*screening*) à l'endroit des affaires concernant le droit de la famille et le bien-être de l'enfant. L'objectif de cette mesure était notamment de mettre en avant les cas pour lesquelles une résolution amiable n'était pas souhaitable ou appropriée, en particulier lorsque le dossier impliquait des violences sexuelles ou conjugales (voir à ce titre : N. A. FLATTERS, « Family/Child Judicial Dispute (JDR). An overview of One Canadian Court's Settlement Conference Approach to the Pretrial Resolution of Family and Child Welfare/Protection Matters », *Fam. Court. Rev.*, vol. 41, no. 2, (April 2003), pp. 183-191). Il semblerait toutefois que cette proposition n'ait pas été reprise par la Cour du banc de la Reine, qui dispose pourtant de compétences en la matière.

magistrats, mais également de leurs spécialités. En d'autres termes, ce système permet aux parties de connaître par avance les méthodes qui sont pratiquées par chacun des juges participants³⁸⁰, afin de contacter le magistrat susceptible de répondre au mieux à leurs attentes. S'il permet d'assurer la flexibilité du programme, on notera toutefois que ce modèle, qualifié par certains de « *judge shopping* », ne fait pas l'unanimité auprès de la magistrature canadienne, qui le perçoit « très négativement »³⁸¹. Cela ne semble néanmoins pas poser problème aux juges concernés, qui sont à ce jour plus de soixante à pratiquer les JDR sur les deux sites de la Cour du banc du Roi, dans les villes d'Edmonton et de Calgary³⁸².

257. Méthodes modulables – La flexibilité des JDR est autrement garantie par le caractère modulable des méthodes utilisées dans le cadre du programme. L'article 4.18(1)(b) des règles de Cours de l'Alberta dispose à ce titre que les parties doivent autant que possible se mettre d'accord sur les règles à suivre au cours du processus. Cet accord doit en outre comporter la mention de la nature du processus, ou en d'autres termes de la méthode envisagée, les matières qui donnent lieu à la mise en œuvre du processus, mais également la manière dont les parties entendent mener la méthode ou encore le rôle que le juge devra jouer (devra-t-il par exemple occuper une position plutôt facilitatrice ou évaluative ?)³⁸³. Bien que le texte ne le mentionne pas directement³⁸⁴, le juge n'est, par son indépendance³⁸⁵, jamais contraint d'accepter les conditions établies par les parties et peut à ce titre refuser de participer au processus. Il leur reviendra le cas échéant de contacter un autre magistrat qui acceptera de prendre part au processus pour lequel les parties se sont mises d'accord. Il est par conséquent important pour ces dernières de bien

³⁸⁰ Le calendrier met par exemple en lumière le fait que certains juges refusent de pratiquer des « binding JDR », dont l'issue s'impose aux parties, ou encore le fait que le juge pratique l'ensemble des méthodes proposées par les JDR.

³⁸¹ Voir notamment : R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution Advocacy », *Journal of Canadian College of Construction Lawyer*, (2012), p. 5 ; ou encore H. PIQUET, « La résolution judiciaire du conflit (JDR) par les juges en Alberta : un modèle hybride », *op. cit.*, p. 165.

³⁸² R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *Canadian Institute for the Administration of Justice*, (2016), p. 5, disponible sur : <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/05/m5.pdf?id=7733&1634220984>.

³⁸³ Règles de Cours de l'Alberta, art. 4.18(1)(b).

³⁸⁴ L'article 4.18 des règles de Cours de l'Alberta ne mentionne en effet pas la possibilité pour le juge de refuser de participer au processus de JDR proposé par les parties. Le rédacteur a néanmoins prévu que figure une note informative sous cet article qui mentionne cette éventualité.

³⁸⁵ H. PIQUET, « La résolution judiciaire du conflit (JDR) par les juges en Alberta : un modèle hybride », *op. cit.*, p. 165.

analyser les spécialités de chacun des magistrats, afin de gagner du temps sur la résolution du conflit qui les oppose.

258. **Coûts** – Enfin, la dernière composante qui offre au programme de JDR la souplesse qui le caractérise réside probablement dans les coûts qu'ils occasionnent, à savoir aucun. En effet, dans la mesure où les magistrats participants sont payés par l'État, les parties ne doivent déboursier aucune somme d'argent supplémentaire pour bénéficier des JDR. Si elles sont représentées, ces dernières restent néanmoins tenues de rémunérer leurs avocats respectifs pour cette étape supplémentaire. Cet élément constitue donc un atout non négligeable dans l'incitation à recourir à ce programme, en particulier lorsqu'il est mis en balance avec les coûts parfois pratiqués par certains médiateurs privés au Canada³⁸⁶.

259. L'alliance de l'ensemble de ces éléments permet donc à l'organisation générale des JDR à la Cour du Banc du Roi de constituer une source importante de flexibilité et donc de simplifier les relations entre les parties et la juridiction. Dans cet ordre d'idée, il aurait en effet été inconcevable qu'un tel programme soit difficilement accessible, dispose de règles à la portée restrictive ou encore de coûts prohibitifs eu égard des revenus de chacun. Il apparaît néanmoins que cette organisation, à elle seule, ne soit pas l'unique source de cette flexibilité tant recherchée. En effet, si celle-ci en constitue les fondations, son essence se trouve quant à elle dans la diversité des combinaisons applicables dans le cadre des JDR.

260. En effet, comme il nous a été donné de le voir, l'article 4.18(b)(1) des règles de Cours de l'Alberta prévoit que les parties doivent se mettre d'accord, entre elles et avec le juge, aussi bien sur la méthode à utiliser qu'au regard des règles à appliquer. L'analyse

³⁸⁶ H. PIQUET, « La résolution judiciaire du conflit (JDR) par les juges en Alberta : un modèle hybride », *op. cit.*, p. 163.

Il convient toutefois de nuancer ces propos en rappelant que si ces programmes ne représentent pas de dépenses supplémentaires pour les parties (à l'exception de celles qui sont représentées dans le cas où les JDR échouent), ils ne leur font pas pour autant économiser. En effet, certains auteurs soulignent que le processus de JDR ne fait pas forcément gagner d'argent aux parties par rapport aux coûts qu'auraient occasionné un procès, dans la mesure où beaucoup d'actes de procédure ont souvent d'ores et déjà été réalisés, occasionnant au passage des coûts importants. Voir par exemple N. A. FLATTERS, « Family/Child Judicial Dispute (JDR). An overview of One Canadian Court's Settlement Conference Approach to the Pretrial Resolution of Family and Child Welfare/Protection Matters », *Fam. Court. Rev.*, vol. 41, no. 2, (April 2003), p. 183.

de la pratique nous pousse à ce titre à émettre deux constats. Le premier, c'est que chacune des méthodes employées dans le cadre des JDR n'admet pas le même degré de variation (on note à ce titre que l'évaluation préliminaire neutre (ENE) est par exemple moins flexible que la médiation) ; le second, que le spectre dans lequel s'inscrit cette flexibilité repose sur un axe double qui concerne principalement le rôle du juge. Ce dernier implique d'un côté la relation entre le caractère « facilitateur » ou « évaluateur » de l'intervention du juge (1) et de l'autre, le caractère plus ou moins contraignant de la méthode, autrement appelée *binding* ou *non-binding JDR*³⁸⁷ (2). Dans la mesure où il constitue l'aspect le plus important de ces deux constats, c'est sur ce double spectre que nous proposons désormais de nous attarder.

1. L'axe facilitateur / évaluateur

261. **Définitions** – Lorsque le juge intervient dans le cadre d'un programme de JDR, il peut être amené à occuper un rôle plus ou moins intrusif auprès des parties. Il sera alors facilitateur ou évaluateur. Deux moyens permettent par ailleurs de définir ce rôle. Le premier porte sur la méthode envisagée par les parties, qui fait preuve d'une flexibilité plus ou moins importante. Par exemple, l'évaluation préliminaire neutre (ENE), comme son nom l'indique, est peu mobile sur le spectre facilitateur/évaluateur et conduira donc le juge à adopter – sans surprise - un comportement d'évaluateur. À l'inverse, la médiation offre une flexibilité importante qui conduira – et c'est le deuxième moyen – les parties à exprimer leur préférence au juge, afin qu'il se positionne d'un côté ou de l'autre de ce spectre³⁸⁸. Mais en quoi consistent réellement ces deux rôles ?

262. Afin de les définir, bon nombre d'auteurs préfèrent rapprocher ces concepts de la médiation, qui permet, grâce à la souplesse qu'elle présente sur cet axe, d'effectuer une comparaison intéressante des comportements laissés à la disposition du juge. On parle alors de médiation facilitatrice ou évaluative. Le professeur Murray Levin rappelle ainsi que dans le cadre de la première, il est communément admis que les parties soient

³⁸⁷ En reprenant l'exemple comparatif précédent, on constate que l'évaluation préliminaire neutre est placée à l'extrême de l'axe « facilitateur/évaluatif » que nous mentionnions. Il dispose néanmoins d'une bonne mobilité sur l'axe *binding/non-binding JDR*. À l'inverse, la médiation est quant à elle parfaitement mobile sur les deux axes, comme il nous sera donné de le voir. C'est ce qui nous permet d'affirmer qu'elle est plus flexible que l'évaluation préliminaire neutre.

³⁸⁸ Conformément aux dispositions de l'article 4.18(b)(1) des règles de Cours de l'Alberta.

les plus à même de trouver une solution appropriée à la résolution de leur conflit. À ce titre, le tiers pacificateur, qu'il appelle ici le médiateur mais qui peut également être un juge, ne doit se limiter qu'à une intervention aussi faible que possible, consistant simplement à renouer le dialogue entre les protagonistes et recentrer le débat sur les éléments importants du conflit, si nécessaire³⁸⁹. En d'autres termes, le tiers pacificateur, s'il joue le rôle de facilitateur, ne doit prodiguer ni conseil, ni opinion, ni avis quant à la valeur des arguments présentés ou des solutions proposées³⁹⁰. Cette définition peut nous paraître familière et pour cause, elle correspond à la définition originelle de la médiation. C'est notamment ce qui explique que certains considèrent que le concept même de médiation facilitatrice est redondant³⁹¹.

263. À l'inverse, la médiation évaluative, qui est arrivée plus tardivement à la suite d'une évolution de la pratique au cours des années 1990 aux États-Unis, correspond davantage à une forme dirigée de la médiation. Sur le spectre que nous évoquions, elle se trouve donc à l'extrême opposé de la variante facilitatrice. Plusieurs éléments permettent dans cet état d'esprit de la caractériser. Le premier concerne bien entendu le degré d'intervention du tiers pacificateur, qui est ici bien plus important. Sur cette base et à l'inverse du médiateur – ou du juge – facilitateur, le médiateur évaluateur sera notamment amené à conseiller les parties, mais également à émettre des diagnostics sur la situation, ainsi que des avis sur les problèmes exposés au cours du processus³⁹². Il lui reviendra également de donner son opinion quant à l'issue éventuelle du cas s'il devait être présenté à une juridiction, compte tenu des éléments qui sont à sa disposition. Enfin, le médiateur évaluateur peut également émettre un point de vue quant aux solutions proposées par les parties, en leur conseillant d'accepter – ou de refuser – l'offre effectuée par l'une d'entre elles. Le deuxième élément qui caractérise son rôle concerne son point

³⁸⁹ M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 16, no. 2, (2001), p. 268. Beaucoup d'autres auteurs reconnaissent une définition similaire du rôle facilitateur du tiers pacificateur. On peut citer C. MORRIS, « Definitions in the Field of Conflict Transformation », disponible sur: <http://www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.html> ; J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, pp. 94-96 ; N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes : Consensus and Controversy », *Confl. Resolut. Q.*, vol. 29, no. 3, (Spring 2012), p. 310.

³⁹⁰ M.S. LEVIN, *Ibid.*

³⁹¹ J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, p. 95 ; ou encore K. K. KOVACH, L. P. LOVE, « Evaluative Mediation is an Oxymoron », *Alternatives to High Cost Litig.*, vol. 14, no. 3, (March 1996).

³⁹² M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation », *op. cit.*, pp. 269-271 ; J. D. ROOKE, *ibid.*, pp. 96-98 ; C. MORRIS, « Definitions in the Field of Conflict Transformation », *op. cit.* ; N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes », *op. cit.*, pp. 315-316.

de concentration dans le cadre de la résolution du conflit. Ainsi, lorsque le médiateur facilitateur se focalise sur l'intérêt des parties en conflits, le médiateur évaluateur, à l'image d'un magistrat exposé à la résolution judiciaire d'un litige, préférera cibler son action sur leurs droits³⁹³. Au-delà des différences de pratique que cela implique, c'est donc l'état d'esprit même de la médiation qui est ici modifié, puisqu'elle devient un processus adversarial, où les parties sont davantage amenées à faire valoir leurs droits auprès du tiers pacificateur, plutôt que leurs intérêts. Empreinte de cet état d'esprit, la médiation évaluative se rapproche donc de l'arbitrage³⁹⁴, à l'exception près qu'ici, même si elles sont guidées par le médiateur afin d'y parvenir, les parties gardent une certaine maîtrise quant à la solution à adopter.

264. L'état du droit nord-américain sur l'axe facilitateur/évaluateur –Le professeur Murray Levin brosse un portrait plutôt évocateur de la question, en montrant notamment que le droit américain est particulièrement ambigu. À l'échelle fédérée, Levin constate que chaque État dispose de ses propres règles et par là même, de ses propres définitions. Ainsi le *Texas Alternative Dispute Resolution Procedures Act* définit-il la médiation comme « un forum au sein duquel une personne impartiale, le médiateur, facilite (*facilitates*) la communication entre les parties afin de promouvoir la réconciliation, l'accord ou la compréhension mutuelle »³⁹⁵. Le texte ajoute par ailleurs qu'« un médiateur ne devrait pas imposer son propre jugement sur les problèmes rencontrés »³⁹⁶, laissant donc a priori aux parties la primeur de la solution à apporter³⁹⁷. Dans le même état d'esprit, les *California Rules of Court* définissent la médiation comme un procédé facilitateur, au sein duquel « un ou des personnes neutres facilitent la

³⁹³ M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation », *op. cit.*, p. 269.

³⁹⁴ Plusieurs auteurs notent cette ressemblance de la médiation évaluative avec l'arbitrage. On pense notamment à Carrie Menkel-Meadow pour qui cette variante est une forme hybride qui se situe entre la médiation et l'arbitrage (C. MENKEL-MEADOW, « The Many Ways of Mediation : The Transformation of Tradition, Ideologies, Paradigms, and Practices », *Neg. J.*, vol. 11, no. 3, (1995), pp. 228-229) ; ou encore à Catherine Morris, qui perçoit la médiation évaluative comme une méthode similaire « aux processus adjudicatifs tels que l'arbitrage non contraignant ». (C. MORRIS, « Definitions in the Field of Conflict Transformation », disponible sur: <https://www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.html> [Consulté le 22/10/2023]).

³⁹⁵ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code, §154.023(a): « Mediation is a forum in which an impartial person, the mediator, facilitates communication between parties to promote reconciliation, settlement, or understanding among them ».

³⁹⁶ Tex. Civ. Prac. & Rem. Code, §154.023(b) : « A mediator may not impose his own judgment on the issue for that of the parties ».

³⁹⁷ M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 16, no. 2, (2001), p. 272

communication entre les contestataires afin de les aider à atteindre un accord mutuellement acceptable »³⁹⁸. Elles prévoient par ailleurs que le médiateur doit « s'efforcer de ne contraindre aucune partie à prendre une décision ou à continuer de participer à la médiation »³⁹⁹, mais également « rester impartial à l'égard de l'ensemble des participants et à chaque instant du processus de médiation »⁴⁰⁰.

265. Levin remarque toutefois que dans la plupart des cas, les définitions mises en avant aussi bien par les règles locales que par les tentatives d'unification à l'échelle fédérale⁴⁰¹ présentent des failles qui permettent à la fois de percevoir la médiation comme un outil facilitateur et évaluateur. Partant du postulat que la plupart d'entre elles abordent les thèmes de l'autodétermination des parties (*self-determination*) et de l'impartialité du médiateur, qui à première vue favorisent l'aspect facilitateur de la médiation, il note ainsi que, la plupart du temps, la formulation employée est suffisamment imprécise pour contourner le sens initial de la règle et permettre au médiateur d'adopter une approche évaluative. Concernant le premier thème, Levin retient par exemple qu'il existe un décalage entre la théorie émise par l'article 31(a) des *Tennessee Supreme Court Rules*⁴⁰² - qui garantit le droit pour les parties de prendre leur propre décision - et la pratique. Selon lui, la frontière est en effet particulièrement mince entre « l'influence facilitatrice et la coercition », en particulier lorsque les services de médiation – ou les juges eux-mêmes – mettent en avant des taux de réussites importants, pouvant conduire les médiateurs à favoriser une approche évaluative dans le but d'arriver à un accord certes plus rapide, mais d'une qualité possiblement amoindrie⁴⁰³.

³⁹⁸ Cal. R. of Court, R. 3.852(1): « "Mediation" means a process in which a neutral person or persons facilitate communication between the disputants to assist them in reaching a mutually acceptable agreement ».

³⁹⁹ Cal. R. of Court, R. 3.853(3): « A mediator must conduct the mediation in a manner that supports the principles of voluntary participation and self-determination by the parties. For this purpose a mediator must: [...] refrain from coercing any party to make a decision or to continue to participate in the mediation ».

⁴⁰⁰ Cal. R. of Court, R. 3.855(a): « A mediator must maintain impartiality toward all participants in the mediation process at all times ».

⁴⁰¹ On citera notamment à l'*Uniform Mediation Act*, dont le but fut d'unifier la réglementation sur la médiation à l'échelle fédérale, qui définit là aussi cette méthode comme un procédé facilitateur, mais dont certaines notes explicatives des auteurs reconnaissent à la fois que l'objectif du texte n'est pas de distinguer entre les différentes formes de médiation, mais également la possibilité pour le médiateur de recourir à l'approche évaluative en accord avec les parties. À ce titre, voir M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation », *op. cit.*, pp. 272-73.

⁴⁰² Dont la rédaction n'est guère très différente des autres textes que nous citons jusqu'alors. Tenn. Sup. Ct. R. 31(a): « A mediator shall assist the parties in reaching an informed and voluntary settlement. Decisions are to be made voluntarily by the parties themselves ».

⁴⁰³ M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation », *op. cit.*, p. 275.

266. La même question se pose par ailleurs au regard de l'impartialité du médiateur : lui est-il possible d'émettre une évaluation tout en garantissant ce principe élémentaire ? À première vue, les *Florida Rules of Court for Certified and Court-Appointed Mediators* répondent par la négative, rappelant que « le médiateur maintiendra l'impartialité au cours du processus de médiation », et définissant l'impartialité comme « une absence de favoritisme ou de biais aussi bien dans les mots, les actions ou les apparences »⁴⁰⁴. Cette règle aurait somme toute été claire sur les intentions des rédacteurs si ces derniers n'en avaient pas fait une interprétation aussi large. On peut en effet lire au sein d'un commentaire rédigé à la suite de l'article, que « le médiateur devra rester impartial même lorsqu'il aborde des questions telles que la réalité, la justesse, l'équité, la durabilité ou la faisabilité d'une option proposée à des fins d'accord »⁴⁰⁵. Levin émet à ce titre de sérieuses réserves quant à l'adéquation entre la lettre d'un tel texte et la possibilité pour le médiateur d'aborder des questions telles que celles évoquées dans le commentaire des rédacteurs, qui ne pourraient avoir d'autre effet que de dévoiler son opinion. Levin rappelle à cet effet que l'impartialité dans le cadre de la médiation ne peut souffrir d'aucune exception sans porter atteinte à son essence même, qui vise à ne favoriser aucune des parties en présence⁴⁰⁶.

267. Cette situation ambiguë, que l'on retrouve par ailleurs dans certains textes fédéraux américains et canadiens, ne permet donc pas en l'occurrence de déterminer si le médiateur ou le juge JDR doit préférer une approche à une autre.

268. Faut-il préférer la médiation facilitatrice ou évaluative ? Le point de vue de la doctrine – Le point de vue de la doctrine ne permet quant à lui pas davantage d'apporter une réponse tranchée à cette question. C'est même, à vrai dire, plutôt l'inverse tant les opinions sur le sujet divergent. Plusieurs éléments mettent ainsi les auteurs en désaccords. Tout d'abord, certains, comme le juge albertain Lawrie Smith, considèrent que les magistrats ne devraient se limiter qu'à exercer la médiation évaluative, qui selon

⁴⁰⁴ Fla. Rules of Ct. for Certified and Court-Appointed Mediators, R. 10.330 (a): « A mediator shall maintain impartiality throughout the mediation process. Impartiality means freedom from favoritism or bias in word, action, or appearance, and includes a commitment to assist all parties, as opposed to any one individual ».

⁴⁰⁵ Le commentaire, inscrit à la suite de la R. 10.330 des Florida Rules of Court for Certified and Court-Appointed Mediators est rédigé comme suit en début de second paragraphe : « During the mediation, a mediator shall maintain impartiality even while raising questions regarding the reality, fairness, equity, durability and feasibility of proposed options for settlement ».

⁴⁰⁶ M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation », *op. cit.*, pp. 275-276.

lui correspond davantage à leur domaine d'expertise, à charge pour les médiateurs privés de jouer le rôle de facilitateurs⁴⁰⁷. Dans le même état d'esprit, d'autres auteurs tels que Wayne Brazil estiment qu'il faut maintenir une distinction claire entre la médiation facilitatrice et sa variante évaluative⁴⁰⁸. Il considère en effet que la mise en œuvre d'un processus hybride constituerait un danger pour les parties, qui ne seraient dès lors plus en mesure de comprendre le rôle exact du tiers pacificateur⁴⁰⁹. Il convient donc, en d'autres termes, de choisir entre un tiers facilitateur ou évaluateur, ou, pour le dire autrement, entre un processus qui se concentre sur la protection des intérêts des parties ou de leurs droits.

269. La pratique en vigueur à la Cour du banc du Roi de l'Alberta semble toutefois démontrer que ces deux théories sont erronées. Si dans leurs travaux Robert Graesser et John Rooke semblent en effet leur donner raison, en reconnaissant que la pratique des juges JDR au sein de cette juridiction est particulièrement éclatée entre d'un côté les facilitateurs et de l'autre les évaluateurs⁴¹⁰, ces derniers tentent néanmoins de rappeler que la réalité est bien plus subtile. Le fait est qu'en pratique, il est assez difficile

⁴⁰⁷ Voir à ce titre J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, pp. 94-96, p. 101, qui résume la pensée de Smith sur la question. On notera par ailleurs, grâce à la citation d'un juge de la Cour supérieure de Toronto recueillie par N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes », *op. cit.*, p. 316, que cette pensée selon laquelle les juges doivent naturellement se tourner vers l'approche évaluative est partagée par de nombreux auteurs, qui considèrent notamment que les parties qui s'adressent à un juge dans le cadre de la résolution amiable de leur conflit le font pour obtenir son expertise ainsi qu'une évaluation de leur cas à la lumière du droit et de ses connaissances juridiques, et non pour ses qualités de facilitateur. On pensera par exemple à E. BRUNET, « Judicial Mediation and Signaling », *Nev. Law J.*, vol. 3, no. 2, (2002), p. 234 ; T. D. LAMBROS, « The Judge's Role in Fostering Voluntary Settlements », *Villanova Law Rev.*, vol. 29, no. 6, p. 1371.

⁴⁰⁸ W. D. BRAZIL, « Continuing the Conversation about the Current Status and the Future of ADR: View from the Courts », *J. Disp. Resol.*, vol. 2000, no. 1, (2000), pp. 34-35 ; W. D. BRAZIL, « Court ADR 25 Years After Pound : Have We Found a Better Way ? », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol. 18, no. 1, (2002), pp. 143-144.

⁴⁰⁹ Le danger étant alors, selon Wayne Brazil, que la méthode prenne la forme d'une médiation facilitative avec un tiers pacificateur qui, en adoptant un rôle évaluatif, outrepassé ses fonctions afin d'influencer les parties dans le cadre de leur prise de décision (W. D. BRAZIL, « Court ADR 25 Years After Pound : Have We Found a Better Way ? », *op. cit.*, pp. 143-144).

⁴¹⁰ R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *Canadian Institute for the Administration of Justice*, p. 1. Il faut également souligner plusieurs conceptions au sujet du rôle que devrait employer un magistrat dans le cadre de la résolution amiable d'un conflit qu'il présiderait. La pensée dominante en *common law* consiste à dire que le rôle du juge étant naturellement de trancher, son rôle dans ce cadre ne devrait être qu'évaluatif (Voir par exemple : N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes », *op. cit.*, p. 321 qui cite plusieurs juges déclarant ne pas être médiateurs et qui rappellent à cette occasion que leur rôle évaluatif les distingue des médiateurs). À l'inverse, la doctrine et la pratique québécoise retiennent que le rôle du juge dans le cadre d'un tel programme ne peut être que facilitateur (Voir par exemple J. F. ROBERGE, « « Sense of Access to Justice » as a Following for Civil Procedure Justice Reform : An Empirical Assessment of Judicial Settlement Conferences in Quebec (Canada) », *Cardozo J. of Conflict Resolution*, vol. 17, no. 323, (2016), p. 333).

de distinguer les deux rôles avec précisions. À vrai dire, il arrive même fréquemment aux juges JDR d'adopter les deux approches dans le cadre de la résolution d'un même conflit. John Rooke va même jusqu'à reconnaître que cela est parfois nécessaire⁴¹¹. En effet, un processus tel que la médiation amène généralement les parties à passer par plusieurs stades, qui contraignent parfois le tiers à adopter une position plus ou moins directive. En l'occurrence, cela implique que la grande majorité des juges, qu'ils appartiennent à un côté ou un autre du spectre, aura tendance à entamer le processus en tant que facilitateur, pour le conclure, si les discussions stagnent, sinon en tant qu'évaluateur, au moins avec des méthodes plus directives⁴¹². Certains auteurs relèvent à ce titre qu'un changement d'approche par le tiers pacificateur peut présenter des bénéfices sur l'issue des négociations, en aidant les parties à percevoir le conflit sous un angle différent afin, peut-être, de débloquer la situation dans le but de parvenir à un accord.

270. John Rooke désapprouve par ailleurs la théorie de Wayne Brazil selon laquelle il ne faudrait pas cumuler les rôles de facilitateur et d'évaluateur. Il fonde à ce titre son raisonnement sur le fait que, si le tiers en a la capacité, aucune raison ne devrait lui interdire de mettre son plein potentiel au service des parties. Cette observation pose toutefois la question de la formation des juges JDR, qui devient par conséquent très importante, pour ne pas dire fondamentale, au bon déroulement du programme. Dans la mesure où les juges peuvent lourdement influencer l'issue du processus⁴¹³, il fut prévu, dès la mise en application du programme, que chacun des juges JDR devrait être entraîné, afin de développer les compétences de neutralité nécessaire au bon déroulement du

⁴¹¹ J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, p. 98.

⁴¹² A. ZARISKI, « Judicial Dispute Resolution in Canada: Towards Accessible Dispute Resolution », *Windsor Y. B. Access Just.*, vol. 35, (2018), p. 453. Cela peut en outre se manifester par le fait, pour le tiers pacificateur, de proposer une solution appropriée aux parties compte tenu de leur situation. Cette position du tiers est alors relativement intermédiaire sur le spectre facilitateur/évaluateur, puisqu'ici, il n'émet aucune évaluation quant à la valeur des arguments proposés ou à l'issue juridique que pourrait prendre l'affaire si elle était présentée devant le juge du fond.

⁴¹³ A cause du statut dont ils jouissent auprès des parties, un simple geste, ou comportement ou la moindre question peut laisser croire aux parties que l'opinion du juge est faite et qu'elles doivent par conséquent s'y conformer, par crainte de contrarier le juge dans le cas où il serait amené à trancher l'affaire si les discussions n'aboutissent pas. A ce sujet, voir par exemple J. RESNIK, « Managerial Judges », *Harv. L. Rev.*, vol. 96, no. 374, (1982), pp. 426-27 ; ou encore M. KEET et B. COTTER, « Settlement Conferences and Judicial Role : The Scaffolding for Expanded Thinking About Judicial Ethics », *Can. Bar. Rev.*, vol. 91, (2012), pp. 378-81. Il est par ailleurs arrivé que certains magistrats cherchent à contraindre voire intimider certaines parties dans le cadre plus général des *settlement conferences* qu'ils présidaient, comme le rapporte notamment J. C. CRASTLEY, « Judicial Ethics and Judicial Settlement Practices : Time for Two Strangers to Meet », *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, vol 21, no. 3, (2006), p. 575.

processus⁴¹⁴. Néanmoins, assez curieusement d'ailleurs, ni la juridiction, ni les règles de Cour de l'Alberta ne prévoient le contenu exact de cette formation. À vrai dire, il n'en est fait mention nulle part. C'est d'ailleurs cette situation qui poussa, dès 2003, le juge Hugh Landerkin et le professeur Andrew Pirie à se questionner quant aux qualités que devrait posséder un tel magistrat⁴¹⁵. Partant du constat que les juges, par leurs parcours respectifs, sont inégaux face aux connaissances propres au règlement amiable des conflits, ils considèrent ainsi que plusieurs pistes sont envisageables. La première consiste à demander aux juges de suivre la formation classique d'un médiateur accrédité⁴¹⁶. Cette dernière a l'avantage d'être très complète – environ 200h d'une province à l'autre - mais demande un investissement important, probablement incompatible avec un exercice simultané profession. La deuxième viserait à développer des compétences « types » que Landerkin et Pirie appellent la « boîte à outils de compétences » (*toolbox of skills*)⁴¹⁷. Parmi elles, on retrouve la capacité à développer la confiance des parties, la promotion d'une communication constructive, ou encore le conseil et l'évaluation⁴¹⁸. La troisième enfin consisterait à s'assurer que les juges disposent des deux qualités indispensables au bon déroulement des JDR, à savoir « la nécessité d'être un bon facilitateur » et la compréhension par l'intéressé que « les capacités à dialoguer sont essentielles »⁴¹⁹. À notre sens, les deux dernières propositions constituent un compromis intéressant, dans la mesure où elles permettent aux juges concernés de se former tout en maintenant leur activité judiciaire, qui, comme on le sait, est essentielle au bon fonctionnement des juridictions, elles-mêmes de plus en plus engorgées.

271. Pour conclure, si la doctrine est partagée quant à la possibilité, pour le juge, de jouer à la fois les rôles de facilitateur et d'évaluateur, le droit nord-américain semble quant à lui tolérer les deux approches. Le danger que représente cette possibilité, comme il nous sera notamment donné de l'étudier avec davantage de précision dans les lignes qui

⁴¹⁴ J. GOSS, « Judicial Dispute Resolution. Program Setup and Evaluation in Edmonton », *Fam. Court Rev.*, vol. 42, no. 3, (July 2004), p. 515.

⁴¹⁵ H. F. LANDERKIN, A. J. PIRIE, « Judges as Mediators: What's the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada », *Can. Bar Rev.*, vol. 82, (2003), pp. 293-97.

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 294. Hugh Landerkin et Andrew Pirie prennent notamment l'exemple de la formation de 200h nécessaire aux médiateurs de Colombie-Britannique afin de pouvoir prétendre à une accréditation officielle et ainsi devenir « *roster-mediator* ».

⁴¹⁷ *Ibid.*, pp. 294-95.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 295.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 296.

suivront, concerne principalement l'influence que le juge peut avoir sur l'autodétermination des parties et, par là même, sur l'issue du processus de négociation. Cette influence est décuplée lorsque ce dernier occupe le rôle d'évaluateur, dans la mesure où ses conseils et son expertise quant à l'éventuelle issue de l'affaire devant une juridiction, sont déterminants dans la prise de décision des parties. Le fait, par ailleurs, que le processus de JDR ne donne lieu à aucune possibilité d'appel ou de contrôle extérieur (en raison des impératifs de confidentialité qui encadrent la mesure) accentue encore davantage les risques auxquels s'exposent les protagonistes. Il serait toutefois contreproductif de contraindre les juges à se cantonner au rôle de facilitateurs, et ceux pour deux raisons. Tout d'abord, parce que cela reviendrait à réduire leurs capacités à celles des médiateurs privés, qui, s'ils sont excellents dans leur domaine, ne disposent généralement pas d'une expertise juridique suffisante pour évaluer les mérites de l'affaire. Ensuite, parce que l'approche évaluative, même si elle présente certains risques, permet au juge de débloquer la situation en donnant un souffle nouveau aux négociations. Ce qu'il faut en réalité bien comprendre, c'est que l'une ou l'autre de ces approches ne s'adresse généralement pas aux mêmes cas de figure. Elles dépendent plus largement de facteurs tels que la personnalité des parties, ou encore le degré d'avancement du conflit, qui peuvent rendre les négociations plus difficiles et par là même nécessiter le déploiement de moyens plus avancés⁴²⁰. À cet effet, nous pensons que les dangers éventuels que représente la médiation évaluative peuvent être évités par la formation adéquate des juges, comme le démontre le programme de JDR albertain, qui affiche des taux de satisfaction particulièrement élevés⁴²¹.

272. Attachons-nous désormais à étudier le deuxième axe de ce spectre, à savoir l'aspect plus ou moins contraignant de la mesure.

⁴²⁰ Cela correspond en quelque sorte à l'idée évoquée en son temps par le juriste allemand Fritz Fleiner, qui, pour rappeler le principe de proportionnalité, soulignait que « [l'on] ne doit pas tirer sur les moineaux à coups de canon ». J.-M. SAUVE, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les cahiers de Portalis*, n°5, (2018), p. 9.

⁴²¹ Le rapport d'évaluation du programme de JDR établi par John Rooke en 2006 rapporte par exemple que 90% des clients indiquent qu'ils choisiraient le même juge s'ils étaient amenés à se retrouver dans une situation de conflit dans le futur, mettant ainsi en avant les qualités des juges JDR en Alberta. J.D. ROOKE, *Improving excellence, op. cit.*, p. 262.

2. L'axe *binding* / *non-binding* JDR

273. **Définitions** – Aux côtés de la distinction qu'il convient d'effectuer entre l'approche facilitatrice et évaluative, il existe un deuxième axe sur le spectre que nous évoquions à l'instant, à savoir l'opposition entre les *binding* et *non-binding* JDR, ou, en d'autres termes, entre les JDR contraignants et non contraignants. Si les seconds ne posent aucun problème particulier, dans la mesure où ils correspondent aux formes classiques de modes amiables de résolution des conflits⁴²², les premiers apportent quant à eux une subtilité qu'il convient d'aborder avec plus de précision. En effet, à la différence des JDR non contraignants, les JDR contraignants impliquent qu'en cas d'échec total ou partiel des négociations, le juge JDR soit habilité à trancher le reliquat de conflit qui persiste entre les parties. Ces derniers ne sont pas sans rappeler le *med-arb* pratiqué dans le secteur privé, qui réunit, selon les termes employés par le juge Rooke, « le consensualisme de la médiation et la finalité de l'arbitrage »⁴²³. Cette méthode, qui est bien connue en Amérique du Nord, vise ainsi à permettre aux parties de trouver une solution négociée à leur conflit, tout en anticipant un éventuel échec, en permettant au médiateur, si la situation le justifie, d'endosser le rôle d'arbitre en substituant sa décision à celle des parties, au regard des éléments pour lesquels aucun accord n'a pu être trouvé.

274. D'abord initié à la Cour du banc du Roi par les avocats, qui souhaitaient s'assurer d'une conclusion certaine du cas à l'issue des négociations, le concept de JDR contraignant repose en réalité sur trois fondements majeurs. Le premier correspond à l'article 8 du *Judicature Act* de 2000⁴²⁴, qui permet à une juridiction de trancher, dans leur totalité, toutes les questions en litige entre les parties afin d'éviter qu'elles ne multiplient les procédures judiciaires. Le deuxième se rapporte quant à lui à l'article 4.18(1) des *Alberta Rules of Courts*, qui retient que les parties sont libres de déterminer la méthode à employer dans le cadre de la résolution de leur conflit, en se mettant notamment d'accord sur les règles à respecter au cours de ce processus, mais aussi sa nature, ou la manière

⁴²² A savoir qu'en cas d'échec total ou partiel des négociations, le tiers n'est, sauf à de rares exceptions, pas habilité à trancher le résidu de conflit qui persiste entre les parties. Elles doivent dès lors s'en remettre à un autre mode amiable ou engager une procédure judiciaire si elles désirent mettre un terme total au différend qui les oppose.

⁴²³ J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, op. cit., pp. 116-17.

⁴²⁴ Il convient de préciser que ce texte n'est applicable qu'à la Cour du banc du Roi et à la Cour d'appel de l'Alberta. Il n'a donc pas de portée générale ou fédérale.

avec laquelle il sera conduit. Le dernier fondement intervient quant à lui au terme de l'arrêt *Abernethy*⁴²⁵ rendu par la Cour d'appel de l'Alberta le 11 avril 2005, au sein duquel les appelants mettaient en cause la compétence des juges à pratiquer des JDR contraignants. Après avoir rappelé les bases légales applicables à cette pratique, les juges Picard, Fruman et Ritter confirmèrent cette prérogative⁴²⁶, en soulignant notamment que « le processus de règlement [était] flexible et qu'aucune distinction n'[était] faite entre les JDR contraignants et non contraignants »⁴²⁷.

275. **Mise en œuvre** – Si les juges sont autorisés à les mettre en œuvre, comment les JDR contraignants se déroulent-ils en pratique ? Les premières phases du processus sont en réalité communes aux deux types de JDR⁴²⁸. Elles supposent dès lors que les parties enregistrent leur affaire auprès de la Cour du banc du Roi et, comme le prévoient les articles 4.18(1) des *Alberta Rules of Courts* et 6 des *Guidelines for Judicial Dispute Resolution*, qu'elles se mettent d'accord sur la méthode à adopter en vue de la résolution de leur conflit. Elles pourront ensuite, en fonction de ce qui précède, sélectionner le juge JDR dont les pratiques correspondent le mieux à leurs attentes – et qui, en l'occurrence, acceptera de mettre en œuvre un JDR contraignant⁴²⁹. Ce n'est qu'à partir de là que l'exercice des JDR diffère. Alors que dans sa perspective non contraignante, le processus envisagé par les parties et accepté par le juge pourrait suivre son cours, il en ira différemment de sa déclinaison contraignante, qui requiert du juge qu'il recueille – généralement en début de processus⁴³⁰ – l'accord écrit des parties dans lequel ces

⁴²⁵ *J.W. Abernethy Management & Consulting Ltd v 705589 Alberta Ltd and Trillium Homes Ltd*, 2005 ABCA 103.

⁴²⁶ *Ibid.*, para. 22-23.

⁴²⁷ *Ibid.*, para. 22.

⁴²⁸ On se réfèrera ici à l'interprétation des textes fondateurs des JDR par la Cour d'appel de l'Alberta dans *Abernethy* (note 739), qui souligne qu'« aucune distinction n'est à faire entre les JDR contraignants et non-contraignants » (para. 22).

⁴²⁹ Ce qui, selon le juge Graesser, semble un peu plus délicat dans la mesure où beaucoup de juge refuse de s'adonner à cet exercice, préférant se limiter à la pratique des JDR non-contraignants. Voir à ce titre R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *C.I.A.J.*, [Mediation Conference, Toronto], (2016), p. 2.

⁴³⁰ J. D. ROOKE, (2010) *The Multi-Door Courthouse is Open in Alberta: Judicial Dispute Resolution is Institutionalized in the Court of Queen's Bench*, [Thèse en droit, University of Alberta], p. 31. On notera toutefois que, si la signature d'un accord est bien nécessaire, rien n'indique cependant qu'elles doivent impérativement intervenir en début de processus. Il est donc parfaitement envisageable qu'elle intervienne en cours ou même en fin de processus. À notre sens, une signature tardive, c'est-à-dire intervenant après que la phase de médiation n'ait débuté, ne constituerait néanmoins pas une alternative intéressante. Il est en effet fort à parier que, dans la situation où les négociations ne se déroulent pas comme prévu pour l'une des parties, cette dernière refuse purement et simplement de signer l'accord portant sur les JDR contraignants, retirant ainsi au processus et à la solution qui en découle toute valeur juridique.

dernières lui octroient le pouvoir de trancher les questions laissées en suspens par elles, faute d'être parvenues à un accord total à l'issue de la phase de médiation. Cet accord, également signé par le juge, peut dans le même état d'esprit aborder d'autres thèmes tels que la confidentialité ou encore la renonciation à donner toute suite judiciaire au processus. Ce dernier peut alors être rédigé comme suit :

« The binding mediation process is agreed to by both parties. If a settlement cannot be reached by agreement at the mediation session, it is the parties' wish and agreement that the mediator impose upon them a resolution of all outstanding issues. The parties recognize that binding mediation is an extraordinary process and requires them to waive all rights of appeal or judicial review. The parties hereby expressly waive all such rights »⁴³¹.

276. Dans la pratique courante des JDR contraignants à la Cour du banc du Roi, ce n'est qu'après la signature d'un tel accord que s'ouvre la phase dite de médiation⁴³², au cours de laquelle les parties entament les négociations assistées par le juge JDR. À cette occasion, les techniques employées peuvent varier d'un magistrat à l'autre. Le juge Graesser précise par exemple qu'à la Cour du banc du Roi, les déclarations des parties représentées, mais également celles de leurs avocats et du juge ne font l'objet d'aucun enregistrement au cours du processus. Par précaution, il en va différemment lorsque ces dernières ne bénéficient pas de l'assistance d'un avocat, afin de leur offrir une protection suffisante en cas de conflit avec le magistrat.

277. Par ailleurs, afin d'éviter de donner un caractère adversarial à cette phase, le juge Graesser explique qu'il ne requiert jamais des avocats qu'ils exposent leurs griefs en début de processus. Il préfère à ce titre procéder lui-même à un résumé des faits, en mettant en avant ce qu'il considère comme étant le ou les problèmes dominants de

⁴³¹ Cet exemple est tiré de l'accord ayant donné lieu à l'affaire *Abernethy* (cf. note 739) et peut être traduit comme suit : « Le processus de médiation contraignant est accepté par les deux parties. Dans le cas où une résolution ne peut être atteinte par le biais d'un accord au cours de la séance de médiation, il est convenu par le souhait et l'accord des parties que le médiateur leur impose une résolution quant à l'ensemble des questions en suspens. Les parties reconnaissent que la médiation contraignante est un processus extraordinaire, et requiert d'elles qu'elles abandonnent leurs droits d'appel ou d'interprétation judiciaire. Les parties abandonnent expressément par la présente l'ensemble de ces droits » (traduction personnelle).

⁴³² R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *op. cit.*, p. 3.

l'affaire⁴³³. Cet exercice évite ainsi aux négociations d'être entachées de rivalité, permettant donc d'aborder la suite des événements avec un état d'esprit approprié.

278. Une fois que les faits ont pu être discutés avec une précision suffisante, les parties, et plus particulièrement leurs avocats lorsqu'elles en ont un, sont invitées à aborder les questions de droit afin, ensuite, de pouvoir procéder aux négociations à proprement parler. À ce titre, le juge Graesser explique qu'il utilise une méthode proche de la réflexion de groupe (ou *brainstorming*) utilisée dans le cadre de la médiation, où l'ensemble des protagonistes cherchent conjointement à trouver une solution appropriée à la résolution du conflit. Il précise par ailleurs que, dans le cas où les négociations s'essouffleraient, il ne refuse pas d'adopter une approche plus évaluative afin d'éventuellement aider les parties à reprendre le chemin de discussions fructueuses⁴³⁴.

279. Si, à l'issue de cette phase, les parties parviennent à un accord total, la mesure de JDR contraignant prend fin et l'accord qui en découle devient obligatoire pour les parties. Dans le cas contraire, plusieurs options sont possibles : passer à la phase suivante – dite d'arbitrage, ou opter pour une phase intermédiaire qui donnerait aux parties une nouvelle chance de parvenir à une solution négociée. C'est cette dernière possibilité qui est retenue par le juge Graesser, qui, dans un tel cas de figure, encourage généralement les protagonistes à discuter à nouveau afin de régler les questions qui restent en suspens. À nouveau, si cette phase est fructueuse, l'accord qui en découle s'impose aux parties.

280. Dans le cas contraire et après que les parties l'ont approuvé⁴³⁵, le juge doit passer à l'étape suivante : la phase d'arbitrage (ou de jugement (*adjudication*) selon les auteurs). Pour ce faire, ce dernier peut revenir sur les problèmes non résolus afin d'en discuter plus précisément avec les parties. Le but de cette manœuvre est de lui permettre de comprendre avec précision la nature des questions qui restent en suspens. Après confirmation par les parties des points pour lesquels elles sont parvenues à un accord et

⁴³³ R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *op. cit.*, p. 3.

⁴³⁴ *Ibid.* p. 4.

⁴³⁵ Cette approbation ne porte pas sur la possibilité pour le juge d'arbitrer l'affaire, puisqu'en théorie, les parties l'ont déjà accepté dans l'accord qui porte sur le déroulement de la mesure de JDR contraignants. Cette approbation correspond davantage à la reconnaissance par les parties qu'elles n'arriveront pas à parvenir à un accord sur les questions en suspens.

de ceux qui sont laissés à l'appréciation du juge, la session prend fin. Les éléments recueillis au cours de cette phase devant lui permettre de décider pour les parties, ce dernier sera amené, à l'issue de sa réflexion, à rendre une opinion dite non contraignante (*non-binding JDR opinion*)⁴³⁶. Ne nous méprenons toutefois pas sur la terminologie employée ici, qui est trompeuse. Il faut en effet bien insister sur le fait que, si le juge rend effectivement, dans ce cas de figure, une opinion non contraignante en tant que telle, cette dernière, dans la mesure où les parties ont conjointement accepté les règles du jeu établies par l'accord signé en début de processus les oblige, au même titre que l'accord qu'elles auraient conclu au terme d'une médiation. En d'autres termes, si cette opinion « non contraignante » s'impose aux parties, ce n'est pas en raison de l'*imperium* dont le juge est investi – puisqu'il n'agit pas ici en sa qualité de magistrat disposant de l'autorité judiciaire –, mais simplement en raison de l'engagement contractuel des parties, incarné par l'accord qu'elles ont signé en début de processus⁴³⁷.

281. Une fois que le juge a tranché, il peut, selon les pratiques en vigueur à la Cour du banc du Roi, soit soumettre aux parties un brouillon afin de s'assurer que l'ensemble des problèmes en suspens ait bien été réglé par lui, soit simplement en les informant de son opinion définitive par écrit⁴³⁸.

282. **Une seconde méthode : la *binding JDR decision*** – Si l'opinion non contraignante (*non-binding JDR opinion*) est la seule technique utilisée dans le cadre des JDR contraignants à la Cour du banc du Roi⁴³⁹, cette dernière peut, auprès de certaines juridictions, être secondée par une autre méthode appelée *binding JDR decision*. Parfaitement identiques quant à leur déroulement respectif⁴⁴⁰, la première se distingue néanmoins de la seconde par la forme que prendra l'issue de la phase d'arbitrage, si elle s'avère nécessaire. Ainsi, lorsque, dans la première, le juge n'émet qu'une opinion non contraignante, il rend une décision sous la forme d'un jugement dans la seconde⁴⁴¹. Bien

⁴³⁶ J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, op. cit., p. 121.

⁴³⁷ *Ibid.*, ou encore J. D. ROOKE, *The Multi-Door Courthouse*, op. cit., note 460, p. 31.

⁴³⁸ R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », op. cit., p. 5.

⁴³⁹ L.N v. S.M, 412 A.R. 232 (CA); 2007 ABCA 258.

⁴⁴⁰ La technique de la *binding JDR decision* reprend en effet le même schéma que celle de la *non-binding JDR opinion* : les parties saisissent la juridiction et se mettent d'accord sur la méthode après quoi elles sélectionnent le juge en fonction des méthodes qu'ils pratiquent. La technique se déroulera également en deux phases, à savoir la médiation et « l'arbitrage » en cas de problèmes persistants.

⁴⁴¹ J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, op. cit., p. 122.

que cette distinction paraisse anecdotique de prime abord, elle engendre en réalité une différence de régime importante, en particulier à l'égard des conséquences qu'un désaccord des parties sur l'application de l'accord final peut engendrer à l'issue de la mesure. Ainsi, lorsque, dans le cadre d'une opinion non contraignante, une partie souhaite contraindre la seconde à appliquer la solution établie par le juge, elle devra saisir une juridiction de première instance d'une action en exécution forcée de l'accord - celui issu de la mesure de JDR contraignante⁴⁴². Dans ce cas de figure, il s'agirait donc d'une affaire nouvelle portant sur le contrat qui lie les parties et non sur l'opinion du juge⁴⁴³. À l'inverse, une telle intervention ne serait d'aucune utilité dans le cadre d'une *binding JDR decision*, qui bénéficie du même régime que les jugements. Cela implique dès lors, contrairement à l'opinion non contraignante, qu'en cas de désaccord de l'une des parties avec la solution présentée par le juge, cette dernière puisse interjeter appel de cette décision. Cette possibilité reste toutefois soumise à l'éventualité que les parties n'aient pas convenu, en début de processus, d'abandonner leurs droits de recours, comme il est souvent coutume de le faire dans le cadre des JDR contraignants⁴⁴⁴.

B. De la flexibilité au danger : les JDR, une source de risque

283. Cette problématique n'est pas nouvelle et divise bien souvent les juristes de *common law* et de droit civil : doit-on préférer un système stable et prévisible, la plupart du temps établi par la loi, mais entaché par une réactivité modérée, ou bien un système flexible, particulièrement dynamique, mais moins prévisible et de fait moins sécuritaire pour le justiciable ? La question est d'autant plus importante concernant les modes amiables de résolution des conflits, dont le succès repose en grande partie sur la souplesse des méthodes envisagées⁴⁴⁵. C'est d'ailleurs cet état d'esprit qui a guidé les JDR tout au

⁴⁴² J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, pp. 121-122.

⁴⁴³ Puisque, pour rappel, cette dernière s'impose aux parties par voie de contrat, conformément à l'accord qu'elles ont signé en début de processus.

⁴⁴⁴ Les parties peuvent en effet convenir de renoncer à leurs droits de recours à l'occasion de l'élaboration de l'accord prévoyant les règles applicables au processus de JDR contraignant. Ces clauses sont généralement plébiscitées par les avocats, en ce qu'elles offrent la garantie que le conflit sera réglé soit par une solution négociée par les parties, soit par celle qui aura été établie par le juge à l'issue de la mesure de JDR contraignant. À ce titre, voir J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁴⁵ On peut en effet estimer qu'un encadrement trop important des modes amiables porterait assez lourdement atteinte à l'intérêt qu'ils présentent. On peut en effet imaginer que la mise en vigueur d'une mesure visant, par exemple, à fixer l'ensemble des étapes de la médiation constituerait une contrainte trop importante à l'égard du médiateur, qui ne disposerait dès lors d'aucune marge de manœuvre afin d'adapter le processus aux besoins des parties. La médiation deviendrait donc aussi rigide que la procédure civile.

long de leur évolution. Leur faible encadrement le prouve d'ailleurs fort bien. En effet, bien que les Règles de Cour de l'Alberta dédient une subdivision aux JDR⁴⁴⁶, on constate néanmoins que beaucoup de questions relatives à leur application restent en suspens. Il est alors difficile de déterminer si cette absence d'information correspond à un oubli des rédacteurs, ou bien à leur volonté de laisser au juge le plus grand champ d'action possible. Le fait est qu'une trop grande liberté en la matière peut conduire à certaines dérives, en particulier lorsque l'on sait que dans la plupart des cas, les parties abandonnent contractuellement leur droit d'appel (lorsque celui-ci existe). À notre sens, cette situation engendre des incertitudes – et donc des risques - au regard de deux éléments majeurs. Le premier porte sur la vaste question de la confidentialité des JDR telle qu'elle est garantie par l'article 4.20 des Règles de Cour de l'Alberta⁴⁴⁷ (1) ; le second vise quant à lui la possibilité pour un même juge de statuer sur une affaire qu'il a déjà connue à l'occasion d'un JDR (2).

1. Des risques liés à la confidentialité des JDR

284. Il faut être très clair sur ce point : la confidentialité dans le cadre des programmes de JDR – et des modes amiables en règle générale – est absolument nécessaire. Elle permet d'un côté de protéger les informations, parfois sensibles, dévoilées par les parties, en leur assurant que ces dernières ne seront jamais dévoilées au public ; elle aide, d'un autre côté, à rassurer les parties, en ce que ces informations ne pourront pas être utilisées par le juge, ou la partie adverse, dans l'éventualité d'un procès. Il n'en demeure pas moins qu'en matière de JDR, la confidentialité, telle qu'elle est définie par l'article 4.20 des Règles de Cour de l'Alberta⁴⁴⁸, pose deux problèmes majeurs. Le premier, c'est la relative généralité de sa définition. L'article dispose en effet que « *A judicial dispute resolution process is a confidential process intended to facilitate the resolution of a dispute* »⁴⁴⁹, sans apporter de précision supplémentaire quant à l'application pratique de ce concept. Il en résulte dès lors une situation vaporeuse dans

⁴⁴⁶ Alb. R. Court, art. 4.17 et s.

⁴⁴⁷ Qui aborde la question très largement sans aucune mention de son application en pratique.

⁴⁴⁸ L'alinéa premier dispose que : « *A judicial dispute resolution process is a confidential process intended to facilitate the resolution of a dispute* » (« Un processus judiciaire de résolution des conflits (JDR) est un processus confidentiel destiné à faciliter la résolution d'un conflit » (traduction personnelle)).

⁴⁴⁹ « *Un processus judiciaire de résolution des conflits (JDR) est un processus confidentiel destiné à faciliter la résolution d'un conflit* » (traduction personnelle).

laquelle persistent certaines hésitations, aux conséquences potentiellement graves pour les parties, notamment en cas de *caucus* (a). Le second problème soulevé par cet emploi général de la confidentialité est quant à lui souligné par certains auteurs, qui considèrent que la confidentialité des JDR est préjudiciable à l'ensemble de la société (b).

a. Des risques pour les parties : les *caucus*

285. Il ne faut pas se méprendre quant à la connotation généralement politique dont jouissent les *caucus*, qui font, dans l'anglais américain, tantôt référence à un comité électoral, tantôt à la réunion de désignation d'un candidat⁴⁵⁰. En matière de JDR, la doctrine fait en effet souvent appel à ce terme afin de désigner les apartés susceptibles d'intervenir en cours de processus entre le juge et les avocats, ou plus souvent entre le juge et l'une des parties. Il s'agit en d'autres termes pour le juge de pouvoir échanger à huis clos avec l'un des protagonistes, à sa demande ou à celle du juge, afin, par exemple, d'informer la partie sur des points divers, de s'assurer qu'elle prend une décision éclairée et qu'elle en comprend les conséquences⁴⁵¹, ou, pour le juge, de s'informer plus en détail sur le point de vue respectif des parties, ou encore de leur présenter une évaluation confidentielle du cas⁴⁵².

286. **Des avantages** - Les *caucus* présentent, à vrai dire, certains avantages non négligeables. Ils permettent par exemple de mettre en confiance la partie qui désire divulguer au juge une information sensible qu'elle ne souhaite pas porter à la connaissance de la partie adverse. Ils contribuent en outre à mettre un terme à une situation de blocage en permettant au juge de comprendre, avec l'une et l'autre des parties, ce qui les empêche de poursuivre les négociations. Le caucus présente également l'avantage de pouvoir rétablir l'équilibre entre les parties dans le cadre de leurs relations contractuelles. On peut à ce titre citer un exemple très parlant issu de l'expérience de

⁴⁵⁰ B. DHUICQ, D. FRISON, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Pocket, « Business Management Series », 2004, p. 37.

⁴⁵¹ M. KEET, B. COTTER, « Settlement Conferences and Judicial Role: The Scaffolding for Expanded Thinking About Judicial Ethics », *Can. Bar. Rev.*, vol. 91, (2012), p. 386. Précisions ici que les auteurs font référence aux *caucus* qui surviennent à l'occasion d'une médiation. Nous considérons toutefois que les motivations qui poussent les médiateurs privés à accepter cette pratique sont les mêmes que celles des juges JDR, dans la mesure où les uns et les autres partagent le même objectif, à savoir aider les parties à parvenir à un accord.

⁴⁵² E. BRUNET, « Judicial Mediation and Signaling », *op. cit.*, p. 235.

David Hoffman, maître de conférences (*jr. lecturer*) à l'université Harvard, médiateur et ancien avocat, qui, à l'occasion d'un entretien en vidéo entrepris par Mushegh Manukyan⁴⁵³, donne des indications au sujet d'un cas de divorce dans lequel il a été amené à intervenir en tant que médiateur. Il explique à ce titre que dans cette affaire, le mari était perçu par son épouse comme un homme dominant et impulsif. Plutôt que d'organiser la séance de médiation en conviant l'ensemble des parties dans une même pièce, David Hoffman prend alors le parti d'installer les deux protagonistes dans deux pièces séparées, à charge pour lui de se déplacer d'un endroit à l'autre afin de communiquer les revendications de chacun. Cette utilisation du *caucus* a ainsi non seulement permis à l'épouse de parler plus librement sans avoir à affronter la colère exprimée par son mari, mais également de parvenir à un accord bien plus équilibré que dans le cadre d'une confrontation directe entre les deux parties.

287. Des inconvénients – Nulle pratique n'est parfaite et à ce titre, les *caucus* ne font pas exception. La doctrine met en effet régulièrement en avant certains inconvénients de diverses natures. Parmi eux, on citera par exemple l'absence de transparence, ou encore le risque, pour la partie exclue de l'aparté, de mal interpréter la conversation privée qui survient entre le juge et la partie adverse, en particulier lorsqu'elle est réalisée à la demande de la seconde⁴⁵⁴. Certains auteurs considèrent en effet qu'un tel cas de figure est propice à laisser croire à la partie écartée qu'il existe une forme de favoritisme entre elles et que de fait, le juge se positionne implicitement en faveur de son opposant, posant, à ses yeux en tout cas, des problèmes d'intégrité et d'impartialité⁴⁵⁵. On notera également que pour d'autres, le *caucus* rompt avec l'état d'esprit originel des JDR – et des modes amiables en général – en ce qu'ils incitent à retenir certaines informations. Rappelons en effet que le succès de tels outils repose pour beaucoup sur la transparence des parties au regard des informations qu'elles possèdent,

⁴⁵³ Entretien entrepris par M. MANUKYAN, « 16 Minutes of ADR – David Hoffman on « Fairness & Mediation » », *16 Minutes of ADR, Youtube*, publiée le 4 mars 2016, et disponible sur https://www.youtube.com/watch?v=oYVHV0Vxsh0&ab_channel=16MinutesofADR.

⁴⁵⁴ J. D. ROOKE, *Improving Excellence, op. cit.*, p. 405.

⁴⁵⁵ M. KEET, B. COTTER, « Settlement Conferences and Judicial Role », *op. cit.*, pp. 377-78 ou encore E. BRUNET, « Judicial Mediation and Signaling », *op. cit.* ; Cette question est également en partie traitée par Rooke, qui cite notamment la réflexion de la juge canadienne Lawrie Smith sur ce sujet : J. D. Rooke, *ibid.*, pp. 404-05.

le but étant, pour ces dernières, de tout mettre sur la table dans un état d'esprit de coopération en vue de parvenir à un accord⁴⁵⁶.

288. Application stricte du principe de confidentialité : des risques pour les parties - Bien que ces inconvénients entachent quelque peu l'image des *caucus*, on ne peut affirmer qu'ils constituent, à eux seuls, une menace pour les parties. À vrai dire, ils peuvent même être corrigés assez facilement, comme il nous sera donné de le voir dans quelques instants. La réelle menace, à notre sens, provient de l'absence de règle claire quant à leur application par rapport au principe de confidentialité. Comme nous l'évoquions en introduction, l'article 4.20(1) des Règles de Cour de l'Alberta dispose très largement que les JDR correspondent à un processus confidentiel visant à faciliter la résolution des conflits. Aucune des exceptions prévues à l'article 4.20(2) ne concernant les *caucus*, il convient dès lors de considérer que le principe de confidentialité s'applique, sauf exception prévue expressément par cet article, non seulement aux débats et documents produits ou créés à l'occasion du processus de JDR, mais également à tout ce qui l'entoure, à l'instar du *caucus*. Cela implique dès lors plusieurs choses. Tout d'abord, cela astreint le juge à une obligation de discrétion à l'égard des informations recueillies à l'occasion des apartés réalisés avec l'une ou l'autre des parties⁴⁵⁷. Cette application stricte du principe de confidentialité aux *caucus* expose ensuite les parties à des risques de plusieurs natures. Le premier, c'est que dans ce cadre informel, le juge use de son influence pour inciter la partie avec qui il s'entretient en privé à accepter une proposition ou un accord. Ce cas de figure est notamment mis en avant par la professeure Judith Resnik, qui, au moyen de *Paulson v. Danforth Ltd.*⁴⁵⁸, illustre son propos en rappelant la stratégie très appuyée employée par le juge Kinser lors de la phase de *pretrial*. Elle rappelle à ce titre que les juges sont particulièrement puissants et que la transformation de leur rôle de juger en celui de gestionnaire « étend les opportunités pour le juge

⁴⁵⁶ N. A. FLATTERS, « Family/Child Judicial Dispute Resolution (JDR). An Overview of One Canadian Court's Settlement Conference Approach to the Pretrial Resolution of Family and Child Welfare/Protection Matters », *Fam. Court. Rev.*, vol. 41, no. 2, (Apr. 2003), p. 187.

⁴⁵⁷ Indépendamment du fait de mettre le juge dans une situation particulièrement inconfortable, cette absence de transparence contribue en outre à maintenir un climat adversarial entre les parties, qui se montrent alors méfiantes aussi bien par rapport à la partie adverse qu'à l'égard du juge.

⁴⁵⁸ *Paulson v. Danforth Ltd*, USDC, 1982. Une description de l'affaire est par ailleurs réalisée par Judith Resnik : J. RESNIK, « Managerial Judges », *Harv. L. Rev.*, vol. 96, (1982), pp. 388 et s.

d'utiliser – ou d'abuser de – ce pouvoir »⁴⁵⁹. Tel fut, selon Judith Resnik, le cas avec le juge Kinser dans l'affaire *Paulson*, où, à l'occasion de divers apartés réalisés avec l'une et l'autre des parties, il a pleinement usé de son statut afin de les pousser à « capituler », dans le but de les faire parvenir à un accord⁴⁶⁰. Dans une situation telle que celle-ci, le risque majeur pour les parties consiste bien entendu à accepter un accord par défaut, à la fois inadapté à leurs besoins et donc ineffectif, ce dans l'unique but de satisfaire le juge. Or, comme le rappelle le juge Graesser, c'est cette forme latente de contrainte qu'il faut à tout prix chercher à éviter dans le cadre des JDR, en ce qu'elle contrevient, en tout point, avec l'état d'esprit des modes amiables de résolution des conflits, qui placent la volonté des parties au centre de la totalité du processus⁴⁶¹.

289. La seconde source de danger pour les parties est à nouveau évoquée par la professeure Resnik, qui met cette fois en cause le mode de transmission des informations au juge, lors des *caucus*⁴⁶². Particulièrement informel⁴⁶³, ce dernier engendre en effet plusieurs problèmes, à commencer par le fait que ces informations échappent à toute forme de règle de preuve. Elles arrivent donc aux oreilles du juge sans qu'aucun filtre ni vérification n'aient pu être effectués. Il est vrai que cette situation est absolument identique à celle de la quasi-totalité des modes amiables qui fonctionnent selon le même modèle⁴⁶⁴. Il en irait par exemple de même avec un médiateur privé, qui reçoit la quasi-totalité des informations dont il a besoin par l'intermédiaire des parties. Il existe toutefois une différence très importante entre ces deux cas de figure. Tout d'abord, il est ici

⁴⁵⁹ Judith Resnik aborde ce thème dans le cadre de ses recherches sur le « nouveau » rôle de gestionnaire des juges, qui sont amenés, au cours des phases de *pretrial*, à gérer les flux d'affaires qui se présentent à eux grâce à un ensemble d'outils parmi lesquels figure notamment la médiation. Pour plus de détails, voir : J. RESNIK, *ibid.*, p. 425. Cette position est également appuyée par N. A. FLATTERS, « Family/Child Judicial Dispute Resolution (JDR) », *op. cit.*, p. 187.

⁴⁶⁰ Judith Resnik explique à ce titre que le juge Kinser a notamment cherché « à contester les arguments avancés par les parties », ainsi qu'à leur proposer de « nouveaux modèles d'accord » : J. RESNIK, *ibid.*, p. 425. L'influence des juges sur les parties peut également prendre d'autres formes

⁴⁶¹ Le juge Graesser, qui est ici cité par la professeure Hélène Piquet, démontre (sur le plan plus général des JDR et pas seulement des apartés) que ce problème n'est pas anecdotique. Il est même, à vrai dire, au centre des préoccupations du Conseil canadien de la magistrature, qui a reçu plusieurs plaintes de parties rapportant avoir subi des contraintes de la part du juge en vue d'accepter l'accord qui leur était présenté. À ce titre, voir : H. PIQUET, « La résolution judiciaire du conflit (JDR) par les juges en Alberta : un modèle hybride », *RIDC*, n°1, (2016), p. 174.

⁴⁶² J. RESNIK, « Managerial Judges », *op. cit.*, p. 427.

⁴⁶³ La transmission des informations au juge est informelle en ce sens qu'elles lui arrivent directement de la bouche de la partie avec qui il s'entretient en privé. Il n'y a donc pas de transmission d'écrit ou de preuve permettant de corroborer ce qui a été dit.

⁴⁶⁴ Il faut en effet rappeler qu'il n'existe guère plus de règle de preuve dans le cadre d'une médiation privée par exemple, où les parties sont amenées à évoquer des faits parfois invérifiables.

question de transmettre ces informations à un juge qui, par son office et à la différence d'un médiateur privé, est investi de l'*imperium* et dispose, par conséquent, d'un éventuel pouvoir coercitif à l'encontre des parties. Bien qu'il ne soit pas supposé l'utiliser dans le cadre des JDR, rien n'indique qu'il ne sera pas amené à le faire dans le futur, notamment dans le cas où il pratique un JDR contraignant (*binding JDR*)⁴⁶⁵, ou dans celui où il devrait trancher l'affaire à l'occasion d'une procédure judiciaire classique, qui surviendrait à la suite de l'échec du processus⁴⁶⁶. Il faut rappeler ensuite que, s'il n'existe effectivement pas de règle de preuve dans le cadre des JDR – ou des autres modes amiables, les informations sont généralement dévoilées par une partie en présence de l'autre. Il devient donc possible pour cette dernière de répondre et, le cas échéant, de contester ce qui sera dit : c'est le principe du contradictoire. En appliquant une confidentialité stricte aux *caucus*, il devient donc impossible au juge qui reçoit une information de la part d'une des parties de la dévoiler à la seconde, et par conséquent d'entendre sa réplique. Le cumul de ces deux problématiques est donc particulièrement préoccupant, en ce qu'elles contreviennent à l'un des principes directeurs de la justice, à savoir l'impartialité des magistrats⁴⁶⁷. Dans un tel cas de figure, il devient dès lors difficile pour le juge d'exercer son office dans le cadre d'une éventuelle prise de décision, qui reposerait alors sur un regard biaisé de la situation vécue par les parties et donc sur une solution injuste.

290. Il découle par conséquent de l'ensemble de ce qui précède que le risque pour le juge d'abuser de sa position - et *a contrario* pour les parties de subir des pressions ou, selon les cas, de se voir appliquer une solution inappropriée - est omniprésent lorsqu'il est fait recours aux apartés strictement confidentiels. Ce risque est d'autant plus préoccupant qu'il est, en application du principe de confidentialité, à première vue impossible pour un magistrat tiers, par exemple un juge d'appel⁴⁶⁸, de contrôler à la fois que les informations transmises par les parties n'ont pas conduit le juge JDR à rompre

⁴⁶⁵ Pour plus de précision sur cette notion, nous renvoyons au paragraphe qui leur est consacré, pp. 288 et s.

⁴⁶⁶ Ce cas de figure n'existe pas dans le cadre du programme de JDR appliqué par la Cour du banc de la Reine de l'Alberta, mais n'est pas interdit par d'autres juridictions, comme il nous sera permis de l'étudier plus loin.

⁴⁶⁷ Le Conseil supérieur de la magistrature français rappelle d'ailleurs qu'il « ne suffit pas que [le juge] soit impartial dans l'exercice de ses fonctions, encore faut-il qu'il apparaisse impartial » (Conseil supérieur de la magistrature, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, La documentation française, 2019, p. 21). Dans notre cas de figure, c'est effectivement l'apparence d'impartialité qui pose le plus problème, en particulier lorsque l'on se place du point de vue de la partie exclue de l'aparté.

⁴⁶⁸ A condition que l'appel soit possible.

avec le principe d'impartialité, mais aussi qu'il n'a pas cherché à leur imposer une solution.

291. **L'adaptation de la pratique** – Afin d'éviter le risque de dérives aussi bien pour le juge que pour les parties, certains magistrats de la Cour du banc de la Reine ont adapté la mise en œuvre du principe de confidentialité aux *caucus*, passant d'une application absolue à une application relative. Afin de s'adonner à cet exercice, le juge Graesser met ainsi en avant deux conditions principales. La première, c'est qu'il ne s'agisse pas d'un JDR contraignant⁴⁶⁹, en ce que ce contexte le place dans une position inconfortable où il sera probablement amené à prendre une décision contraignante, à l'issue du processus. Ce cas de figure engendrerait en effet, comme nous venons de le mentionner, un danger au regard du principe d'impartialité. La seconde, c'est qu'il n'entend pas être astreint au secret absolu au regard de ce qui a été dit en aparté. Pour ce faire, il indique donc aux parties que, si elles entendent recourir aux *caucus*, elles doivent au préalable accepter l'idée selon laquelle il se réserve le droit de dévoiler les informations reçues à cette occasion à l'autre partie, s'il l'estime nécessaire⁴⁷⁰.

292. L'adaptation proposée par le juge Graesser a le mérite d'alléger certains inconvénients, notamment à l'égard des parties⁴⁷¹, et renoue avec l'état d'esprit des JDR, selon lequel ces dernières doivent coopérer par le biais d'un échange transparent d'informations. L'interdiction des *caucus* dans le cadre des JDR contraignants présente également un intérêt majeur, en ce qu'elle allège les effets indésirables de l'éventuelle absence de contradictoire dans le cadre du processus (puisque le juge ne sera pas amené à trancher). Néanmoins, même dans ce cas de figure, certains risques subsistent. En effet, l'influence du juge JDR ne se limite pas à son rôle de décideur ; elle intervient également dans sa capacité à aiguiller les parties ou à évaluer les mérites de leur cas. Or, comme nous l'avons vu, de tels comportements en aparté peuvent contribuer à lourdement influencer les parties dans le cadre de leur réflexion, et les pousser à opter pour une solution plutôt qu'une autre.

⁴⁶⁹ R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *op. cit.*, p. 3.

⁴⁷⁰ R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *op. cit.*, p. 5.

⁴⁷¹ On pense notamment aux erreurs d'interprétations que la partie exclue de l'aparté est susceptible de réaliser.

293. **Les caucus : un outil digne d'intérêt** - Il n'en demeure pas moins que les statistiques démontrent un engouement croissant des avocats et des parties pour les *caucus* en Alberta⁴⁷². Certains, comme le juge Rooke, militent même pour leur maintien au sein des programmes de JDR, en rappelant les intérêts qu'ils représentent⁴⁷³. L'instauration d'un outil tel que celui-là au sein de notre système mériterait donc réflexion, mais nécessiterait de subir quelques ajustements. Il conviendrait tout d'abord de définir légalement le champ d'application du principe de confidentialité aux *caucus* : doit-il être total ou partiel ? À notre sens, c'est le second qui devrait prévaloir afin d'éviter un risque de dérives trop important⁴⁷⁴. Il paraîtrait ensuite opportun d'instaurer certaines règles d'éthique, afin de diriger le juge JDR dans sa tâche. Ces dernières, loin de retirer sa flexibilité au processus, auraient en réalité pour but d'en simplifier la pratique, en ôtant tout questionnement inutile. À notre sens, elles devraient contenir des dispositions relatives au consentement libre et éclairé des parties à recourir aux *caucus* (dans le but d'éviter au juge de les leur imposer), mais également des règles concernant le comportement que le juge devrait adopter à cette occasion, notamment au regard des évaluations – aussi bien des arguments que du cas - qu'il émet⁴⁷⁵. Enfin, il semblerait intéressant de définir des critères clairs et objectifs de formation pour les juges JDR. Il faut en effet rappeler que le rôle qu'ils occupent dans le cadre de ce processus est très différent de leur office habituel. Les règles d'éthiques et le comportement qu'ils doivent adopter à l'égard des parties nécessitent donc de faire l'objet d'un apprentissage permettant d'en saisir les subtilités, afin aussi bien de protéger les parties que d'aiguiller le juge.

294. Ainsi, nous l'avons vu, la confidentialité des *caucus* a pour conséquence fâcheuse d'écarter l'une des parties des discussions, l'empêchant *de facto* de connaître le

⁴⁷² J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, p. 787.

⁴⁷³ Le juge Rooke souligne notamment que les caucus aident à la bonne administration de la justice. Voir à ce titre : J. D. ROOKE, *ibid.*, p. 405. On peut encore rappeler certains des avantages qui ont été cités plus haut, tels que les perspectives de déblocage que peuvent offrir les apartés, ou le sentiment de sécurité qu'ils offrent aux parties en cas de déséquilibre entre elles.

⁴⁷⁴ Cela impliquerait dès lors d'autoriser le juge à divulguer certaines informations recueillies à l'occasion d'un aparté, lorsqu'il l'estime nécessaire (la nécessité étant définie comme ce qui aiderait les parties à parvenir à un accord). Il conviendrait toutefois de rappeler l'essence de ce droit aux parties, afin qu'elles se confient en connaissance de cause.

⁴⁷⁵ Le but de ces deux mesures consisterait ainsi à éviter que l'emprise du juge n'influence trop les parties au cours du processus de JDR, ou des apartés eux-mêmes. Elles sont notamment mises en avant par le juge Rooke : ⁴⁷⁵ J. D. ROOKE, *Improving Excellence : Evaluation of Judicial Dispute Resolution Program in the Court of Queen's Bench of Alberta (Evaluation Report)*, 2009, p. 407, disponible sur https://fcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/hosted/22338-improving_excellence.pdf.

contenu des échanges entre son adversaire et le juge. On notera que cette caractéristique est également dénoncée par certains auteurs à plus grande échelle, en ce que la confidentialité des JDR est susceptible de porter atteinte à la société tout entière.

b. La confidentialité : un préjudice pour l'ensemble de la société

295. Dans une étude publiée en 2004, le professeur américain Marc Galanter soulevait un fait intéressant : le nombre de procès civils devant les U.S. district courts (juridictions fédérales) était en diminution quasi-constante depuis 1985⁴⁷⁶. Galanter note en parallèle de ce constat que le nombre de requêtes enregistrées auprès des juridictions ne semble quant à lui enregistrer qu'une faible diminution⁴⁷⁷. Selon lui, l'explication est claire : si les affaires sont bel et bien enregistrées au greffe mais non tranchées par le juge, c'est qu'elles sont détournées de la procédure contentieuse en cours de route⁴⁷⁸. Toute la question est de savoir en faveur de quelle méthode. Marc Galanter émet alors quelques hypothèses dont une doit particulièrement retenir notre attention : cela pourrait être lié au recours grandissant aux modes alternatifs de résolution des conflits (ADR)⁴⁷⁹, dont la popularité n'a cessé de croître depuis 1985.

296. En gardant ces informations à l'esprit, il convient dès lors de se questionner sur l'impact de la confidentialité de mécanismes tels que les JDR – et à vrai dire, cette réflexion pourrait être élargie à l'ensemble des modes alternatifs de résolution des conflits – sur la société tout entière. Plusieurs auteurs ont à ce titre consacré leurs travaux à ce sujet, tels qu'Owen Fiss, Tracy Walters McCormack ou encore de Thomas Stipanowich⁴⁸⁰. Pour les besoins de ce paragraphe, nous nous fonderons néanmoins sur

⁴⁷⁶ En effet, après avoir enregistré une augmentation quasi-constante entre 1962 et 1985, les U.S. district courts ont expérimenté une diminution assez importante du nombre de procès civils présentés devant elles, passant de plus de 12.500 cas en 1985 (*bench trials* et *jury trials* confondus), à environ 4.500 en 2002, soit une diminution de 60% en 20 ans. Pour plus de précisions, voir M. GALANTER, « The Vanishing Trial : Examination of the Trials and Related Matters in Federal and State Courts, *J. Empirical Legal Stud.*, vol. 1, no. 3, (Nov. 2004), pp. 461 et 464.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 516.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 516.

⁴⁷⁹ Marc Galanter émet également l'hypothèse selon laquelle ce phénomène peut être lié à ce qu'il appelle « l'argument économique ». Selon cette idée, il considère en effet que beaucoup de procès ne se terminent pas, faute de moyens financiers insuffisants des parties, qui ne peuvent subvenir aux coûts grandissants du traitement de leur dossier par une juridiction publique. Pour approfondir, *Ibid.*, p. 517.

⁴⁸⁰ Respectivement : O. FISS, « Against Settlement », *Yale L. J.*, vol. 93, no. 6, (May 1984), pp. 1073-1092 ; T. WALTERS MCCORMACK, « Privatizing the Justice System », *Rev. Litig.*, vol. 25, no. 4, (2006), pp. 735-746 ;

l'étude très précise réalisée par le professeur canadien Trevor Farrow⁴⁸¹, pour qui l'application stricte du principe de confidentialité pose cinq problèmes majeurs. Ces derniers peuvent être rassemblés en deux catégories. D'un côté, les problèmes qui ne concernent que les parties⁴⁸² – que nous laisserons ici de côté dans la mesure où ils ont été traités dans le paragraphe précédent ; et de l'autre, ceux qui touchent la société dans son entier. À ce titre et en s'appuyant sur les travaux de Marc Galanter que nous évoquions à l'instant, le professeur Farrow parvient à la conclusion que la confidentialité qui entoure les modes amiables met en péril à la fois le bon développement de la *common law* (i), mais plus largement encore la démocratie (ii).

i. *La mise en péril du développement du droit : l'érosion de la common law*

297. Diminution du nombre de décisions : un risque pour la qualité du droit

– En *common law*, il existe principalement deux sources de droit. D'un côté, le droit positif, composé de l'ensemble des lois (fédérales et fédérées) et de la constitution⁴⁸³ ; de l'autre, le droit prétorien, composé quant à lui de l'ensemble des décisions de justice, où la règle du précédent occupe une place importante. Si la première de ces sources est hiérarchiquement supérieure, la seconde joue un rôle d'interprétation non négligeable, permettant d'adapter le droit positif aux besoins de la société. Ronald Dworkin ne disait-il d'ailleurs pas que « le droit devient souvent ce que dit le juge »⁴⁸⁴ ? En ce sens, les juridictions ont donc bel et bien une fonction créatrice de normes, dans la mesure où les juges, par leur interprétation, donnent non seulement un sens à la loi, mais permettent également à l'ensemble de la population de déterminer la manière dont elle sera appliquée. Cette mission, c'est celle que Trevor Farrow qualifie de fonction prospective de la cour⁴⁸⁵. Or selon lui, c'est cette dernière qui est menacée par la confidentialité des

ou encore à ceux de T. J. STIPANOWICH, « ADR and the Vanishing Trial : The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution », *Empirical Legal Stud.*, vol. 1, no. 3, (2004), pp. 843-912.

⁴⁸¹ T. C. W. FARROW, *Civil Justice, Privatization, and Democracy*, University of Toronto Press, 2014, 379p.

⁴⁸² Cette première catégorie regroupe notamment ce que Farrow nomme « l'exagération des bénéfices des ADR », où il remet notamment en cause l'argument souvent évoqué par les défenseurs des modes alternatifs selon lequel ces méthodes permettent aux parties de faire des économies, et le manque de garanties procédurales, qui par conséquent met les parties en danger. Pour approfondir, respectivement : *ibid.*, pp. 219-223 et pp. 232-251.

⁴⁸³ Comme nous le verrons, le droit positif peut également être affecté par la confidentialité des modes amiables, qui ne permet plus aux juridictions publiques de susciter un débat démocratique suffisant en vue de générer la production législative nécessaire à la bonne évolution du droit.

⁴⁸⁴ R. DWORKIN, *L'empire du droit*, PUF, « Recherches politiques », 1994, p. 2.

⁴⁸⁵ Farrow oppose cette fonction prospective à la fonction rétrospective, qu'il qualifie de fonction première de la cour, à savoir celle de résoudre des différends. Ainsi, alors que la première est exercée au bénéfice de

modes amiables, ou plutôt par ce qu'il appelle la « privatisation du système de justice civile ».

298. Car selon lui, le problème est en effet celui-là. Les diverses tentatives des États-Unis et du Canada de détourner les justiciables du procès civil en vue de réduire l'encombrement judiciaire ont, semble-t-il, porté leurs fruits. Les résultats des travaux de Marc Galanter en attestent⁴⁸⁶. Or, le défaut majeur de ces mécanismes privés réside bel et bien dans le fait qu'ils s'exercent systématiquement à huit-clôt, engendrant *de facto* une dégradation du développement du droit et donc une perte pour la société⁴⁸⁷. En d'autres termes, plus on privatise la justice civile, moins les juges ont l'occasion d'enrichir le droit par les précédents qu'ils créent⁴⁸⁸. Farrow appelle ce phénomène « l'érosion » de la *common law*.

299. L'exemple de l'Ontario Lottery and Gaming Corporation – Plusieurs affaires d'ampleurs ont ainsi été éloignées de la cour au bénéfice d'une résolution amiable, alors que la solution dégagée par les juges aurait permis de contribuer à la modernisation du droit civil canadien. Tel fut par exemple le cas avec les affaires impliquant l'Ontario Lottery and Gaming Corporation (OLGC)⁴⁸⁹, qui autorisait des addicts aux jeux à utiliser ses infrastructures en dépit de leur volonté solennelle (puisqu'ils avaient signé un accord d'auto-exclusion) de se sortir de leur situation. En amont des premières audiences, le gouvernement de l'Ontario prit le parti d'amorcer un nombre important de négociations

la société tout entière, la seconde ne concerne que les parties et leur affaire. Pour approfondir : T. C. W. FARROW, *Civil Justice*, *op. cit.*, pp. 17-26.

⁴⁸⁶ Ces données sont notamment confirmées par Peter Murray, qui estime que moins de 2% des affaires enregistrées au greffe sont tranchées par le juge : P. MURRAY, « The Privatization of the Civil Justice », *Judicature*, vol. 91, no. 6, (May-June 2008), p. 273.

⁴⁸⁷ D'autres auteurs parviennent également à cette conclusion. L'argumentaire d'Owen Fiss repose par exemple sur l'argument selon lequel « la justice vaut mieux que la paix ». Selon lui, un accord (*settlement*) privera ainsi une juridiction de l'occasion, et peut-être de la capacité, d'émettre une interprétation » (O. FISS, « Against Settlement », *op. cit.*, p. 1085) ; Tracy Walters McCormack se questionne quant à elle sur les fondements actuels de la « judge-made law » (le droit crée par le juge) en se demandant notamment sur quoi la *common law* repose désormais dans la mesure où la plupart des cas sont réglés avant même de parvenir au juge (T. WALTERS MCCORMACK, « Privatizing the Justice System », *op. cit.*, p. 744) ; Peter Murray constate quant à lui que « la *common law* a besoin d'un flux constant de décisions judiciaires » afin de permettre aux magistrats d'exercer leur fonction créatrice de droit afin de l'adapter aux besoins actuels. Il note néanmoins que la privatisation du système de justice civile constitue « une perte potentielle de précédent judiciaire » (P. MURRAY, « The privatization of the Civil Justice », *op. cit.*, p. 274).

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 224.

⁴⁸⁹ L'OLGC est une agence en charge de la gestion de différentes loteries ou encore d'établissements de jeux en Ontario.

qui fut, selon Farrow, « largement perçu comme une tentative afin d'éviter la création d'un mauvais précédent qui aggraverait considérablement la potentielle responsabilité de l'OLGC »⁴⁹⁰. Le but de ces recours systématique aux modes amiables dans ces affaires était donc clair : empêcher les juges de statuer – et donc de créer un précédent – sur le programme de préservation des personnes dépendantes, mis en place par l'OLGC⁴⁹¹, afin de maintenir à son profit une liberté d'action pleine et entière.

300. À l'inverse, on peut également se demander ce que serait aujourd'hui le droit américain ou encore le droit français si certaines affaires importantes avaient été réglées en dehors des prétoires. Qu'en serait-il, par exemple, de la situation raciale aux États-Unis sans *Brown v. Board of Education* ? La ségrégation dans les écoles aurait-elle sévi encore longtemps ? Existerait-elle toujours aujourd'hui ? Dans le même état d'esprit, la loi du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse aurait-elle vu le jour sans le procès de Bobigny (1972) ?

301. Au-delà des évolutions d'ampleurs provoquées par ces affaires, ces dernières permettent de remarquer que les juridictions jouent un rôle bien plus large que celui de « simplement » enrichir le droit : elles donnent l'occasion d'engager le débat, élément constitutif, sinon fondamental, de la démocratie.

ii. *Un impact négatif sur la démocratie*

302. La doctrine et la jurisprudence mettent fréquemment en exergue le rôle éminemment important que jouent les juridictions au sein d'une démocratie⁴⁹². Le professeur Farrow le rappelle lui-même dès les premières lignes de ses recherches, en soulignant que « la fonction de juger est clairement un pilier central des processus démocratiques de gouvernement »⁴⁹³. Il ressort par ailleurs de ses travaux que ce rôle s'exerce sur deux dimensions interdépendantes.

⁴⁹⁰ T. C. W. FARROW, *Civil Justice*, op. cit., p. 226.

⁴⁹¹ T. C. W. FARROW, *Civil Justice*, op. cit., p. 226.

⁴⁹² Le juge Lebel (Cour suprême du Canada) eu notamment l'occasion de le rappeler dans *Named Person c. Vancouver Sun*, en soulignant que « les juridictions jouent un rôle clé dans une démocratie » : *Named Person c. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 252, §85.

⁴⁹³ *Ibid.*, p. 6.

303. **Une perspective politique** - Il s'inscrit tout d'abord, comme le relevait déjà Tocqueville en son temps⁴⁹⁴, dans une perspective politique. Il est vrai que le juge est occasionnellement amené à prendre des décisions au contenu plus ou moins politique. C'est par exemple ce que fit la Cour suprême des États-Unis en établissant la *judicial review* avec *Marbury v. Madison* (1803)⁴⁹⁵, ou plus récemment en reconnaissant, après avoir invoqué le quatorzième amendement de la Constitution (*due process clause*), que le droit au respect de la vie privée devait garantir le droit à l'avortement, avec *Roe v. Wade* (1973)⁴⁹⁶. On comprend dès lors aisément la position de certains auteurs, pour qui les juridictions constituent tantôt « une réelle branche du gouvernement », emprunte d'« un rôle important dans la formation des orientations générales de la société »⁴⁹⁷, tantôt un « véhicule de projets idéologiques »⁴⁹⁸. Ce qu'il faut en réalité retenir, c'est que pris sous cet angle, le rôle du juge est non seulement de donner un sens aux droits et devoirs des individus⁴⁹⁹, mais plus largement encore de « donner force aux valeurs incarnées par les textes faisant autorité, tels que la Constitution et les lois »⁵⁰⁰. Le rôle politique du juge s'exprime encore par le message qu'il est susceptible d'envoyer à l'ensemble de la société. En effet, dans le cadre de sa prise de décision, il pourra, dans certains cas, être amené à statuer en faveur ou en défaveur d'un comportement donné⁵⁰¹. Le résultat de sa réflexion s'appliquera bien entendu aux parties, mais il résonnera également auprès de la société dans sa globalité. C'est d'ailleurs ce que rappelle l'ancien juge en chef de l'Alberta, en soulignant que « ce qui se passe au palais de justice a un impact profond sur ce qui se passe dans la communauté » : la décision du juge engendre de nouvelles normes, qui, si elles peuvent avoir un caractère politique, sont également susceptibles d'amener à la seconde dimension que nous évoquions plus haut, à savoir la capacité à engendrer le débat public.

⁴⁹⁴ À l'occasion de son voyage aux États-Unis, Tocqueville relève en effet que dans ce pays, « le juge est une puissance politique » : A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Flammarion, 1981, p. 167. Cette réalité fut plus récemment évoquée par le professeur Miguel Schor, qui considère que les juridictions, qui par définition ont la prérogative d'effectuer la *judicial review* (qui aux États-Unis se rapproche de notre contrôle de constitutionnalité des lois), « sont de puissants acteurs politiques et juridiques » : M. SCHOR, « Judicial Review and American Constitutional Exceptionalism », *Osgoode Hall L. J.*, vol. 46, no. 3, (2008), p. 537.

⁴⁹⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137.

⁴⁹⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113.

⁴⁹⁷ H. FIX-FERRO, *Courts, Justice and Efficiency: A Socio-Legal Study of Economic Rationality in Adjudication*, Hart Publishing, 2003, pp. 14-15.

⁴⁹⁸ D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, 1997, p. 1.

⁴⁹⁹ Tr. Hon. B. MCLACHLIN, citée par T. C. W. FARROW, *Civil Justice*, *op. cit.*, p. 27.

⁵⁰⁰ O. FISS, « Against Settlement », *op. cit.*, p. 1085.

⁵⁰¹ Notamment dans les cas où les textes sont peu clairs, voire muets sur le comportement en question.

304. **La capacité à engendrer le débat public** – Les travaux du professeur Farrow confèrent un second rôle aux juridictions : celui de susciter le débat et d'éveiller des questionnements au sujet d'une situation donnée, aussi bien du côté des individus, que de la presse et de l'État. On notera en effet que certains sujets se prêtent parfaitement à ce rôle, en ce qu'ils parviennent à diviser des sociétés entières. Plusieurs d'entre eux ont déjà pu être abordés, tels que les droits civiques (aux États-Unis) ou encore le droit à l'avortement. La dernière décennie a toutefois laissé apparaître une question de plus en plus récurrente en France, à savoir celle de la gestation pour autrui. Alors que la relation de l'État avec cette pratique nouvelle débute avec l'entrée en vigueur de la loi bioéthique du 29 juillet 1994 - qui déclare nulle toute convention « portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui »⁵⁰², l'évolution de la jurisprudence française sur le sujet semble quant à elle manifester une position moins catégorique. Si dans un premier temps, en dépit du développement d'une forme de tourisme procréatif grandissant, la Cour de cassation refuse de reconnaître la transcription des actes de naissances et la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger – aussi bien à l'égard des parents biologiques que d'intention⁵⁰³, cette dernière, probablement aidée par la Cour européenne des droits de l'Homme⁵⁰⁴, a entamé un revirement de jurisprudence progressif, passant de la reconnaissance d'une transcription partielle⁵⁰⁵, à celle d'une transcription intégrale de l'acte de naissance de l'enfant issu de GPA à l'étranger⁵⁰⁶.

305. Outre le dialogue engendré entre la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de cassation, ce sujet a également animé les députés français qui, à l'issue des débats suscités par ces affaires, ont voté l'amendement n°1528 appuyant partiellement la position adoptée par la Cour de cassation. Ce dernier admet ainsi une transcription limitée de l'acte d'état civil étranger au seul parent biologique, à charge pour les parents d'intention de recourir à une procédure d'adoption.

⁵⁰² Ayant donné naissance à l'article 16-7 c. civ.

⁵⁰³ La cour se fondait alors sur les notions de contrariété à l'ordre public international français (Cass. 1re civ., 6 avr. 2011, n° 09-66486, 09-17130 et 10-19053) et de fraude caractérisée (Cass. 1re civ., 13 sept. 2013, nos 12-30138 et 12-18315). Voir également : A. CATHELIN-ROULAUD, « Les discordances du droit français en matière de GPA », *LPA*, n°138, (10 juillet 2020), pp. 20 et s.

⁵⁰⁴ CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c. France* et CEDH, 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c. France*.

⁵⁰⁵ Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50002 et 14-21323 à l'égard de la filiation biologique, puis Cass. 1re civ., 5 juill. 2017, n° 16-16455 et Cass. 1re civ., 5 juill. 2017, n° 15-28597 à l'égard des parents d'intention.

⁵⁰⁶ Cass. ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19053 qui reconnaît la transcription intégrale à titre exceptionnel, puis Cass. 1re civ., 18 déc. 2019, n° 18-12327 et 18-11815 qui admet la généralisation de la solution précédente.

306. **Conséquences du recours aux JDR sur la démocratie** – Si l'on admet que les juridictions disposent bel et bien de la double fonction évoquée par le professeur Farrow – à savoir un rôle politique et une faculté à engendrer le débat public, doit-on considérer qu'un détournement important des affaires civiles du système public vers les systèmes privés de résolution des conflits met la démocratie en danger ? En toute vraisemblance, la réponse devrait être affirmative. C'est en tout cas la position défendue par la professeur Farrow, qui considère qu'une telle privatisation ne représente ni plus ni moins qu'une élimination importante de la manière dont est réalisée la démocratie⁵⁰⁷. Selon lui, l'éloignement d'une affaire potentiellement importante du regard du public met donc à mal le bon exercice de la double fonction que nous évoquions, en ce qu'il ne permet pas d'engendrer les questionnements et les débats pourtant nécessaires à l'évolution du droit. Prenons à titre d'exemple le cas utilisé par Farrow tout au long de ses travaux : celui du *dealership case*⁵⁰⁸. Dans cette affaire, qui opposait deux sociétés dont le conflit a été résolu par voie d'arbitrage, plusieurs problèmes ont pu être mis au jour. Farrow explique tout d'abord que la confidentialité, qui s'imposait alors aux parties dans le cadre de ce processus, a empêché la mise en garde des autres acteurs du secteur au sujet du comportement litigieux de la société défenderesse, qui était au demeurant impliqué dans une douzaine d'autres affaires similaires, toutes réglées de la même façon. Il souligne ensuite – et c'est le point le plus important - que cette même confidentialité avait rendu impossible toute présentation de l'affaire à l'opinion publique, afin que s'engage une réflexion ou un débat. On passe alors à côté de nombreux questionnements qui auraient pu bénéficier à l'ensemble des justiciables. Par exemple : quelles sont les précautions à prendre avant de s'engager dans des relations contractuelles ? Ou encore : la protection qui entoure les cocontractants dans ce cadre sont-elles suffisantes ? En suivant la logique établie par Farrow, l'absence de questionnement collectif n'a dès lors été qu'une occasion manquée de faire évoluer le droit, dans la mesure où ni les instances législatives, ni le juge n'ont pu user de leur fonction créatrice de normes.

307. Pour conclure, la question de la confidentialité des JDR – et plus largement des modes amiables - est épineuse. D'un côté, cette dernière est nécessaire au bon déroulement du processus, puisqu'elle garantit aux parties la possibilité de s'exprimer

⁵⁰⁷ T. C. W. FARROW, *Civil Justice*, *op. cit.*, pp. 252-253.

⁵⁰⁸ Pour le détail des faits : *ibid.*, pp. 1-4.

sans crainte que ce qui sera dit ne soit utilisé contre elles. En ce sens, elle constitue donc un bouclier solide contre les attaques de la partie adverse dans le cadre d'un procès éventuel, dans le but de favoriser l'apparition d'un dialogue apaisé. D'un autre côté, cette même confidentialité sécurisante engendre des failles aux conséquences potentiellement graves pour les parties⁵⁰⁹, mais également pour la société dans son ensemble. Il convient toutefois de ne pas exagérer ces problèmes pour plusieurs raisons. Tout d'abord, certains d'entre eux, tels que les risques pour la démocratie, semblent, pour l'heure, plus théoriques que pratiques, dans la mesure où il apparaît délicat de démontrer leur impact réel sur la société, notamment au Canada et aux États-Unis⁵¹⁰. Pour d'autres, tels que les problèmes d'impartialité engendrés par les *caucus*, ou l'absence quasi-systématique de voie de recours, il faut ensuite bien comprendre qu'une solution est envisageable. Pour les premiers par exemple, il est intéressant de noter que le bon déroulement des JDR n'est pas soumis à l'existence des *caucus*. Il est par conséquent parfaitement possible d'envisager l'instauration d'une telle pratique en France, sans qu'il soit fait appel à leur usage⁵¹¹. Au sujet de l'absence de voie de recours, il convient également de se montrer prudent pour plusieurs raisons. Tout d'abord, elle ne concerne qu'une portion restreinte des affaires présentées aux juges JDR, qui dans la grande majorité des cas, parviennent à un accord dès la première phase du processus, sans que ces derniers n'aient à décider pour les parties. Ensuite, le réel danger pour les affaires qui subsistent ne porte, selon nous, pas tant sur le fond de la décision que sur la manière dont elle est prise. En effet, le risque dans un tel cas de figure porte principalement sur les dérives qui peuvent émaner du juge, notamment en cas de contrainte à l'égard des parties, ou de non-respect du principe d'impartialité (en particulier si la pratique des *caucus* est admise). Il serait

⁵⁰⁹ On pense notamment au risque engendré par la transmission au juge d'informations non-filtrées par la règle de la preuve à l'occasion des *caucus*, qui peut contrevenir au principe d'impartialité. On peut encore mentionner l'absence de contrôle engendré par la confidentialité, qui empêche dans la plupart des cas les parties d'interjeter une quelconque forme d'appel (dans la mesure où l'ensemble des documents produits à l'occasion des JDR sont détruits et qu'aucune transcription des échanges oraux ne peut être réalisée).

⁵¹⁰ Où ces méthodes sont pourtant introduites depuis un long moment.

⁵¹¹ Il faut noter à cette occasion que dans la pratique albertaine des JDR, certains juges ont d'ores et déjà décidé de ne pas user des JDR sans que cela ne contrevoie à l'atteinte de résultats concluant (voir par exemple R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *Canadian Institute for the Administration of Justice*, (2016), p. 3, disponible sur : <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/2016/05/m5.pdf?id=7733&1634220984>). Dans le même état d'esprit, certains auteurs appelaient à abandonner le recours aux *caucus* dans certaines matières, telles que le droit de la famille, dans la mesure où leur nécessité n'était pas avérée (voir notamment l'article rédigée par la juge Nancy Flatters à ce sujet : N. A. FLATTERS, « Family/Child Judicial Dispute Resolution (JDR). An Overview of One Canadian Court's Settlement Conference Approach to the Pretrial Resolution of Family and Child Welfare/Protection Matters », *Fam. Court Rev.*, vol. 41, no. 2, (April 2003), p. 187).

toutefois possible de régler ces problématiques par une mesure qui a fait ses preuves en Alberta : la formation approfondie des juges à la pratique des JDR. Cette dernière permettrait en effet d'éviter que certaines erreurs se produisent⁵¹², en particulier car le rôle de facilitateur est bien différent de celui auquel les magistrats sont habitués⁵¹³. La question de l'instauration d'un organe de contrôle aurait également pu être évoquée, mais semble, en réalité, constituer une mauvaise alternative. Il contribuerait tout d'abord à considérablement alourdir les JDR, qui se caractérisent plutôt par leur flexibilité⁵¹⁴ ; il contreviendrait ensuite au maintien de la confidentialité du processus⁵¹⁵, qui, comme nous l'avons vu, est indispensable à son bon déroulement.

308. La question des risques liés à la confidentialité a, comme nous l'évoquions, fait couler beaucoup d'encre dans la littérature juridique plus ou moins récente. Une autre problématique, plus discrète mais non moins importante, doit néanmoins être abordée : celle des risques engendrés par les systèmes à un juge.

2. Les risques des systèmes à un juge

309. Nous nous trouvons ici dans l'hypothèse où le processus de JDR non contraignant a échoué, en tout ou partie⁵¹⁶. La problématique est alors la suivante : le juge JDR peut-il être saisi et statuer sur la même affaire dans le cadre d'une procédure traditionnelle ? A la Cour du banc du Roi, la réponse est claire : sauf accord écrit de

⁵¹² Nous parlons ici volontairement d'erreur afin d'insister sur le fait que si des écueils ont bel et bien été commis (comme l'a notamment démontré la professeure Noel Semple : N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes : Consensus and Controversy », *Confl. Resolut. Q.*, vol. 29, no. 3, (Spring 2012), p. 323), ces derniers ne concernent qu'une faible minorité de juges, qui pour la plupart réalisent beaucoup d'efforts afin de respecter les principes directeurs du processus.

⁵¹³ Cette affirmation doit néanmoins être mise en balance avec l'article 21 du code de procédure civile qui dispose qu'il « entre de la mission du juge de concilier les parties ». Bien que cette mission ait été déléguée en grande partie aux conciliateurs de justice, faute de temps, nos entretiens nous ont permis de noter que de plus en plus de magistrats semblent s'intéresser à ces techniques.

⁵¹⁴ S'il s'agit en effet d'instaurer le même niveau d'exigence pour les JDR qu'une procédure judiciaire classique, il n'y a bien évidemment plus grand intérêt à y recourir.

⁵¹⁵ Une telle initiative nécessiterait en effet à la fois de ne pas détruire les documents produits à l'occasion des sessions de JDR, mais également de consigner l'ensemble des échanges des parties par écrit, ce qui n'est pas envisageable dans le cadre d'un tel processus.

⁵¹⁶ Il faut en effet rappeler qu'un JDR contraignant ne connaît en théorie pas d'échec puisque le juge est amené à trancher le cas si les parties ne parviennent pas à trouver une solution par elles-mêmes.

chacune des parties et accord du juge⁵¹⁷, c'est non, disent les *Alberta Rules of Court*⁵¹⁸. On parle alors d'un système à deux juges, avec un juge JDR et un juge du fond distincts. En partant du principe que les parties sont parfaitement informées et qu'elles effectuent, à cet effet, un choix éclairé, il n'y a à notre sens aucune contre-indication à ce que l'affaire soit transmise au même juge – à savoir celui qu'elles ont connu dans le cadre du processus de JDR⁵¹⁹. Cela peut même avoir quelques avantages⁵²⁰. Mais qu'en est-il des modèles où les parties n'ont d'autre choix que de présenter leur affaire au même juge ?

310. Très peu implantés au Canada, ces systèmes à un juge sont communément acceptés aux États-Unis, où la coexistence des deux modèles est admise par l'*American Bar Association's Model Code of Judicial Conduct*. Plusieurs éléments invitent toutefois à se montrer prudent face à ces systèmes. Aussi les rédacteurs du *Model Code of Judicial Conduct* ont-ils mis en garde les juges, en leur rappelant « l'effet que les négociations peuvent avoir, non seulement sur leur objectivité et leur impartialité, mais également sur l'apparence de leur objectivité et de leur impartialité »⁵²¹. Une grande partie de la doctrine partage d'ailleurs ces arguments, et met généralement en exergue trois risques majeurs.

311. **Un risque de contrainte** - Le premier, c'est la contrainte que le magistrat est susceptible de faire peser sur les parties à l'occasion des négociations. Dans le cadre d'un système à un juge, plus fort est en effet le risque pour ce dernier d'inciter, voire d'imposer une solution aux parties. De tels agissements se caractérisent alors par différents moyens, parmi lesquelles figurent en premier lieu les pressions directes. Une avocate new-yorkaise interrogée par la professeure canadienne Noel Semple explique alors que « parfois, les juges essayeront de résoudre le cas à l'amiable en disant : « vous parlez au juge des faits (*trier of fact*), alors je vous dis maintenant que tout ce dont vous

⁵¹⁷ L'article 4.21(1) des *Alberta Rules of Court* ne précisant pas que l'accord du juge doit être écrit, on peut en conclure que ce dernier peut être oral en ce qui le concerne.

⁵¹⁸ Alb. R. Court, art. 4.21(1) : « *The judge facilitating a judicial dispute resolution process in an action must not hear or decide any subsequent application, proceeding or trial in the action without the written agreement of every party and the agreement of the judge* ».

⁵¹⁹ Il faut toutefois bien comprendre que le fait de laisser le choix aux parties n'annule pas tous les risques. La qualité de l'information qui leur est transmise est à ce titre primordiale et devrait, à notre sens, être effectuée par un tiers, tel qu'un avocat ou éventuellement un autre magistrat, afin de ne pas biaiser le regard des parties sur cette possibilité.

⁵²⁰ Dans un tel cas de figure, le processus décisionnel est facilité par les connaissances déjà acquises par le juge à l'occasion de la phase de JDR. Cette maîtrise préalable des faits permet ainsi au juge et aux parties de gagner du temps, sans compromettre l'issue de l'affaire.

⁵²¹ *Model Code of Judicial Conduct* (2004), commentaire (cinquième alinéa) sous le Canon 3 (B)(7)(d).

m'avez fait part aujourd'hui ne me donne pas envie de croire votre client ; vous devriez trouver un accord »⁵²². Selon le professeur américain James Alfini, ce comportement s'expliquerait par la volonté de certains magistrats de faire sortir l'affaire du rôle au plus vite, dans un souci de gestion des flux⁵²³. Dans un tel cas de figure, le juge fait alors primer ses propres intérêts au détriment de ceux des parties, argument qui justifie, selon l'auteur, l'interdiction d'un tel modèle⁵²⁴.

312. Crainte de répercussions et rétention d'informations - Le système à un juge présente encore l'inconvénient de rendre certaines parties hésitantes à dévoiler l'ensemble des informations qu'elles possèdent⁵²⁵. Cette crainte est généralement fondée sur le fait que le juge qui les assiste à l'occasion des *pretrial conferences* sera, dans la grande majorité des cas, celui qui tranchera l'affaire au fond - si aucun accord n'est trouvé au préalable. Une telle situation suggère alors aux parties que ce qui sera révélé à l'occasion des négociations pourra se retourner contre elles lors de l'éventuel procès qui suivra. Loin d'être anecdotique, ce cas de figure s'est notamment présenté au sein d'une juridiction new-yorkaise, où plusieurs parties se sont plaintes du fait que leurs affaires respectives avaient été « préjugées » par le magistrat en fonction à l'occasion des *pretrial conferences*⁵²⁶. Au-delà du manque flagrant d'éthique que suggère un tel comportement⁵²⁷, il occasionne également auprès des parties un défaut de confiance qui empêche les négociations d'aboutir favorablement. Le système à un juge enferme alors les protagonistes dans un cercle vicieux où les parties, qui décident par précaution de ne pas dévoiler les informations qu'elles détiennent, ne parviennent pas à se mettre d'accord

⁵²² N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes: Consensus and Controversy », *Confl. Resolut. Q.*, vol. 29, no. 3, (Spring 2012), p. 323.

⁵²³ J. J. ALFINI, « Risk of Coercion Too Great. Judges should not mediate cases assigned to them for trial », *Disp. Reso. Mag.*, (Fall 1999), p. 13.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ Plusieurs auteurs défendent ce point de vue. Voir par exemple : W. D. BRAZIL, « Protecting the Confidentiality of Settlement Negotiation », *Hastings L. J.*, vol. 39, no. 5, (1988), p. 957 ; W. L. ADAMS, « Let's Make a Deal : Effective Utilization of Judicial Settlements in State and Federal Courts », *Or. L. Rev.*, vol. 72, no. 2, (Summer 1993), pp. 448-49, ou encore N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes », *op. cit.*, p. 322.

⁵²⁶ Cet argument est issu du témoignage d'une des magistrats rattachées à cette juridiction new-yorkaise reçu par la professeure Semple, qui mentionne l'existence de plusieurs lettres de plaintes rédigées par des parties mécontentes. Pour approfondir : N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes », *op. cit.*, p. 322.

⁵²⁷ Qui par ailleurs est prohibé par le droit américain, puisque l'article 408 des Federal Rules of Evidence prohibe notamment l'utilisation des déclarations réalisées dans le cadre des négociations. On retrouve la même interdiction dans le cadre des JDR albertains au sein de l'article 4.20 (2) des Alberta Rules of Court qui, dans le même état d'esprit, protège les documents et déclarations issus du processus.

– puisque nous l’avons vu, cet échange d’information est capital afin de parachever ce but. Ce cheminement rapproche par conséquent les parties d’un procès désormais inévitable, où le même juge, qui a déjà forgé son opinion, tranche l’affaire sur des fondements probablement biaisés. Il ne s’agit bien entendu pas ici de faire des généralités du comportement de certains, mais plutôt de montrer que le risque existe. Bien que rare, un tel cas de figure pose néanmoins un problème dont la réalité peut avoir de lourdes conséquences pour les parties, dans la mesure où le juge, qui encore une fois est en charge de la même affaire du début à la fin, est ici caractérisé par son incapacité à distinguer entre sa fonction traditionnelle, c’est-à-dire celle de juger (*decision maker*) et celle de concilier les parties en vue de les faire parvenir à un accord.

313. Le risque pour le juge d’être influencé – Le dernier des aléas mis en avant par la doctrine est dans une certaine mesure lié au précédent, en ce qu’il correspond au risque pour le juge d’être influencé par le comportement ou les informations dévoilées par les parties à l’occasion des négociations. Loin d’être récent, ce problème fut en réalité soulevé dès 1989 par le professeur américain Leroy Tornquist, qui pose alors la question suivante : « est-il possible pour les juges de mettre de côté les informations irrecevables dévoilées à l’occasion des négociations ? »⁵²⁸. À première vue, le droit devrait permettre de répondre favorablement à cette interrogation. L’article 408 des *Federal Rules of Evidence* abonde par exemple en ce sens⁵²⁹, en rappelant notamment qu’il est interdit au juge et aux parties d’utiliser les déclarations faites à l’occasion des négociations. Comme nous l’avons déjà mentionné, cette position fut également partagée par les rédacteurs de l’*ABA Model Code of Judicial Conduct*, qui rappelaient encore en 2007, que « le juge [devait] garder à l’esprit l’effet que sa participation aux négociations pouvait avoir, non seulement sur sa propre vision de l’affaire, mais aussi sur les perceptions des avocats et des parties si le cas restait entre [ses] mains après que les efforts en vue de parvenir à un accord aient été infructueux »⁵³⁰.

⁵²⁸ L. J. TORNQUIST, « The Active Judge in Pretrial Settlement: Inherent Authority Gone Awry », *Willamette L. Rev.*, vol. 25, no.4, (Fall 1989), p. 760.

⁵²⁹ C’était déjà le cas à l’époque de rédaction de l’article, comme le rappelle le professeur Tornquist : L. J. TORNQUIST, *ibid.*

⁵³⁰ ABA Model Code of Judicial Conduct (2007), commentaire (deuxième alinéa) sous la Rule 2.6 (B).

314. Cette mise en garde, bien que nécessaire, démontre néanmoins que le risque existe⁵³¹. Elle met en réalité l'accent sur la différence qui persiste entre la théorie et la pratique. En l'espèce, le droit interdit effectivement au juge d'utiliser les informations recueillies à l'occasion des négociations : c'est la théorie. La pratique a néanmoins démontré qu'il n'était pas toujours aisé pour le juge d'y parvenir. Le témoignage rapporté par la professeure Semple en est un bon exemple, dans la mesure où les nombreuses plaintes reçues par la juridiction portaient exactement sur ce sujet. Or c'est bel et bien là que réside le danger : dans le fait que le juge forge son opinion précisément lors de cette phase de la procédure. En effet, il est bon de rappeler que les *pretrial conferences* jouissent d'un régime bien moins formel que le procès civil, en ce que l'ensemble des déclarations faites à cette occasion n'est soumis à aucune règle de preuve, ni serment⁵³². À ce titre, le système à un juge présente donc une faille importante en ce que ce dernier, s'il est amené à trancher l'affaire à l'occasion du procès, sera probablement amené à faire entrer des éléments invérifiés dans le cadre de sa prise de décision, portant par la même occasion un coup au principe d'impartialité que nous mentionnions plus haut.

315. **Quelques avantages ?** - Aussi périlleuse que cette situation puisse paraître, on notera néanmoins qu'en 2006, 82% des juges interrogés à l'occasion d'un sondage réalisé en Californie étaient favorables à un tel système⁵³³. Plusieurs auteurs semblent dans le même état d'esprit persister à le défendre. Mais sur quels fondements ? Pour le juge Michael Hogan, il convient de remettre en cause l'argument selon lequel le magistrat qui a participé aux négociations lors d'une phase de *pretrial* ne peut être impartial lors de l'examen de l'affaire au fond⁵³⁴. Cela correspondrait alors à une mauvaise compréhension du rôle du juge. Selon lui, il apparaît en effet peu réaliste qu'un magistrat cherche à blâmer ou sanctionner la ou les parties qui n'auraient pu parvenir à un accord, en particulier car la loi est censée les en protéger⁵³⁵. Sur ce point, nous rejoignons l'argumentaire de Michael

⁵³¹ La réalité de ce risque fut également appuyée par la professeure américaine Judith Resnik, qui rappelait que le fait que les juges soient en contacts étroits avec les avocats et les parties à l'occasion des négociations les conduisaient nécessairement à entendre « des opinions, des insinuations et des rumeurs » qui pouvaient conduire à les influencer. Voir : J. RESNIK, « Managerial Judges », *Harv. L. Rev.*, vol. 96, no. 2, (1982), p. 433.

⁵³² Cet argument est notamment souligné par le professeur Tornquist : L. J. TORNQUIST, « The Active Judge in Pretrial Settlement », *op. cit.*, p. 760.

⁵³³ P. ROBINSON, « Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them for Trial », *J. Disp. Resol.*, vol. 2006, no. 2, (2006), p. 346.

⁵³⁴ M. R. HOGAN, « Judicial Settlement Conferences: Empowering the Parties to Decide Through Negotiation », *Willamette L. Rev.*, vol. 27, no. 3, (Summer 1991), pp. 438-39.

⁵³⁵ *Ibid.* p. 439.

Hogan sans discuter. Seulement, s'en tenir là revient selon nous à omettre tout un pan de la problématique que nous évoquions à l'instant. S'il semble en effet peu probable qu'un juge sanctionne les parties de ne pas l'avoir suivi dans son raisonnement amiable lors du procès, il apparaît nettement plus réaliste que ce dernier subisse l'influence des informations recueillies à l'occasion des négociations. Nous renvoyons encore une fois à l'exemple donné par la professeure Semple⁵³⁶.

316. Le second argument en faveur du modèle à un juge repose sur l'hypothèse selon laquelle ce système serait plus efficace. Michael Hogan estime à cet effet qu'ajouter un magistrat au processus reviendrait à alourdir le procédé de couches supplémentaires, le rendant, selon ses termes, trop administratif⁵³⁷. Cet argument est par ailleurs appuyé et précisé par la professeure américaine Judith Resnik, qui souligne non seulement le travail important qu'implique la prise de connaissance d'une affaire pour le juge, mais également l'incohérence que représenterait le doublement de ce travail, qui correspondrait alors à une « duplication substantielle d'efforts »⁵³⁸. Pour elle, la logique dicterait alors de prôner l'application d'un modèle garantissant une prise en charge totale de l'affaire par un seul et même juge, des négociations au procès – s'il a lieu. Elle estime en effet qu'un tel système offrirait de nombreux avantages, à commencer par une meilleure connaissance de l'affaire par le juge, qui serait alors amené à en maîtriser les détails avant même la survenue d'un éventuel procès. Cela permettrait en outre de garantir aux parties une meilleure gestion du calendrier par le magistrat, qui serait en ce cas au fait des difficultés de l'affaire, permettant ainsi de la traiter plus rapidement et efficacement⁵³⁹. Enfin, la juge new-yorkaise interviewée par la professeure Noel Semple met en évidence un argument pratique : selon elle, « seul le juge qui siégera au procès (*trial judge*) sera pris au sérieux par les parties à l'occasion d'une *pretrial conference* ». Elle ajoute à cet effet que le modèle à un juge rend impossible le fait pour les avocats d'émettre, auprès de leurs clients, l'idée selon laquelle il n'est pas nécessaire de faire des

⁵³⁶ Voir notamment les explications données à ce sujet note 801 ou pour plus de précisions : N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes », *op. cit.*, p. 322.

⁵³⁷ Michael Hogan utilise la formule appuyée de « *layers of administrative bureaucracy* », qui souligne bien son opposition au système à deux juges, qui, selon lui, rendrait le processus moins efficace en raison de sa lourdeur. Pour approfondir : M. R. HOGAN, « Judicial Settlement Conferences », *op. cit.*, p. 440.

⁵³⁸ J. RESNIK, « Managerial Judges », *op. cit.*, p. 434.

⁵³⁹ Sur ce point, la professeure Resnik émet l'hypothèse selon laquelle en pareils cas (à savoir lorsqu'il est en charge d'une affaire de ses prémices au procès), le juge est tenu « responsable (*accountable*) de la progression de l'affaire », rendant possiblement son traitement plus rapide (J. RESNIK, *ibid.*, p. 434).

concessions, car « ce n'est pas le vrai juge » ou parce qu'« on aura un meilleur juge au procès »⁵⁴⁰.

317. On l'aura donc compris, cette joute doctrinale met en opposition deux intérêts importants. D'un côté, la sécurité offerte par le système à deux juges et de l'autre, la flexibilité garantie par le modèle à un juge. Deux possibilités s'offrent alors à nous. La première vise à effectuer un choix en privilégiant l'un ou l'autre de ces éléments. À ce titre, nous nous prononcerions plutôt en faveur du premier, qui réduit drastiquement les risques de dérives, en distinguant les fonctions de facilitation et de décision du juge⁵⁴¹. On évite ainsi non seulement que des informations non filtrées ne lui parviennent et ne l'influencent dans le cadre de sa prise de décision au fond, mais également, dans une certaine mesure, que le magistrat ne contraigne les parties à opter pour la solution qu'il propose, au moyen de diverses pressions. Nous renvoyons à ce titre aux arguments que nous évoquions plus haut. La seconde possibilité consisterait, dans un monde idéal, à concilier les deux modèles, en ne gardant que leurs points forts. On ne peut néanmoins que rester dubitatif face à une telle solution, qui n'offre qu'un champ d'action réduit. La seule option qui, à notre avis, semble présenter un certain potentiel, consisterait à instaurer un processus de principe à deux juges, avec possibilité pour le juge facilitateur – à savoir celui qui intervient au cours de la phase de négociation – de prendre en charge la mise en état de l'affaire, puis son jugement au fond, avec l'accord explicite des parties, ou, de préférence, à leur demande. Un tel système, qui par ailleurs correspond à celui appliqué en Alberta, permettrait d'éviter aux parties la charge de solliciter un changement de juge, qui en pratique peut s'avérer délicate⁵⁴². Ce roulement automatique en cas d'échec des négociations permet alors de protéger les droits des parties, en leur évitant de subir les éventuelles pressions du magistrat négociateur, qui, sauf requête contraire des parties, sera remplacé dès l'amorce de la phase de mise en état.

⁵⁴⁰ N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes », *op. cit.*, p. 325.

⁵⁴¹ Si on demande dans le même temps aux parties de mettre l'affaire en état, est-ce qu'on les maintient aussi bien elles que le juge dans un état d'esprit de coopération ?

⁵⁴² Dans le cadre d'un système à un juge, une telle requête peut en effet s'avérer délicate à réaliser pour les parties, qui doivent, de manière active, s'opposer au juge qui les suivait jusqu'alors. Tel n'est pas le cas dans un système à deux juges, où les parties, en cas de désaccord persistant, n'ont qu'à laisser le processus suivre son cours dans le cas où elles souhaitent bénéficier de l'expertise d'un second juge.

318. **Conclusion de paragraphe** – Les JDR tels que pratiqués en Alberta constituent à la fois une alternative intéressante au procès tout en permettant aux parties de ne pas trop s'en éloigner. Ils correspondent en ce sens à une alternative à l'alternative, dont l'essence consiste non seulement à aider les parties à parvenir à un accord, mais également à économiser du temps en cas de désaccord persistant (en particulier dans le cas des JDR contraignants⁵⁴³). S'il n'y a désormais plus aucun doute quant à l'efficacité de la méthode en Alberta⁵⁴⁴, une question reste toutefois en suspens : pourrions-nous introduire les JDR en France ? Légalement rien ne l'en empêche. À vrai dire, le droit y est même favorable. Rappelons en effet qu'en France, la conciliation est traditionnellement rattachée à l'office du juge depuis fort longtemps. L'article 48 du code de procédure civile de 1806 imposait-il ainsi aux parties de procéder à une tentative obligatoire de conciliation devant le juge de paix avant toute demande principale introductive d'instance. Depuis 1976, c'est l'article 21 du code de procédure civile qui accorde cette prérogative, en disposant plus sobrement – mais non moins efficacement – qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties ». On aurait pu penser que le tout nouvel article 750-1 du code de procédure civile aurait pu indirectement contrevenir à l'instauration des JDR en France. Il est vrai qu'il réintroduit le recours préalable obligatoire⁵⁴⁵ - qui contrevient lui-même au volontarisme qui caractérise les JDR, mais surtout qu'il écarte à première vue le juge en réservant la pratique de la conciliation au seul conciliateur judiciaire⁵⁴⁶. Pour autant, il est difficile d'affirmer que cet article s'opposerait à l'introduction des JDR en droit français. Deux éléments nous poussent à formuler cet argument. Tout d'abord, la terminologie restrictive choisie par le législateur ne constitue pas, selon nous, une volonté délibérée de sa part d'écarter le juge de la conciliation. Elle s'inscrit plutôt sur une ligne dont le point de départ correspond à la mise

⁵⁴³ Puisqu'en cas de désaccord persistant entre les parties à l'issue de la première phase (celle de négociation), le juge tranchera les points qui restent en suspens.

⁵⁴⁴ Les statistiques attestent en effet d'un taux de succès particulièrement élevé des JDR (qui oscille entre 80 et 85% toute matière confondue selon le district albertain envisagé) : J. D. ROOKE, *Improving Excellence*, *op. cit.*, p. 784.

⁵⁴⁵ Dans le cas présent, uniquement concernant les demandes en paiement dont la somme n'excède pas 5.000 euros ou lorsqu'elles sont relatives « à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ». On notera également que l'article 750-1 du code de procédure civile ne limite pas la tentative préalable obligatoire à la seule conciliation, mais reconnaît également cette possibilité pour la médiation et la procédure participative.

⁵⁴⁶ L'article 750-1 du code de procédure civile dispose en effet que « la tentative de conciliation [est] menée par un conciliateur de justice ». La formulation choisie par le législateur laisse donc entendre que cette prérogative est limitée au seul conciliateur, à l'exclusion de tout autre professionnel. En revanche, aucune limite n'est imposée pour la procédure participative (au sein de laquelle le juge ne peut de toute façon pas intervenir) et la médiation, qui bénéficient également d'une mention dans l'article.

en vigueur du décret n°78-381 du 20 mars 1978 instaurant les conciliateurs de justice, qui devait permettre aux magistrats de faire face à l'encombrement judiciaire en déléguant cette prérogative à un tiers. Le second élément concerne quant à lui la chronologie des deux outils. Lorsque le mécanisme prévu par l'article 750-1 du code de procédure civile ordonne que la résolution amiable intervienne avant la saisine du juge, le processus de JDR n'est quant à lui envisageable qu'après que cette dernière soit intervenue. L'un et l'autre ne visent donc pas les mêmes objectifs : alors que le premier consiste à éloigner les affaires du juge, le second vise au contraire à les en rapprocher. Néanmoins, il est important de noter que l'article 750-1 ne trouve à s'appliquer que dans le cadre de certaines affaires bien particulières, telles que les conflits de voisinage, ou les demandes en paiement n'excédant pas une somme de 5.000€. Par ailleurs, il n'est pas exclu d'envisager que la saisine du juge aux fins de procéder à des JDR puisse faire office de tentative de résolution amiable préalable, afin de respecter la lettre de l'article.

319. Si le droit ne s'oppose pas à leur instauration en France, comment conviendrait-il alors de procéder ? Donner une réponse réaliste à cette question impose bien entendu de prendre en compte l'état actuel de la justice civile française et en particulier son encombrement. Il est bien évident que dans un tel cas de figure, les possibilités du juge sont limitées dans la mesure où il doit se consacrer en priorité aux affaires qui nécessitent d'être tranchées. Nous pensons néanmoins qu'il serait possible d'envisager la mise en œuvre d'un calendrier permettant aux juges qui le souhaitent (et qui auront été préalablement formés) de consacrer une demi-journée ou une journée entière aux JDR. Un tel système permettrait ainsi de concilier l'ensemble des activités du juge sans contrevenir à la bonne administration de la justice. Par ailleurs, il semblerait opportun de prévoir quelques ajustements au regard de la pratique des JDR, notamment au regard du nombre de juges devant intervenir dans le processus (nous sommes plutôt en faveur d'un système à deux juges, qui garantirait davantage de sécurité pour les parties et pour le juge), ou encore des *caucus* (qui, dans la mesure où ils ne nous semblent pas indispensables, devraient être écartés).

320. Les développements qui précèdent démontrent que les JDR offrent au juge une grande amplitude dans le cadre de son action pacificatrice. Cette dernière ne fait néanmoins pas l'unanimité auprès de la pratique et des auteurs, qui préfèrent parfois

recourir à une méthode plus protectrice des parties et qui ressemble à quelques différences près à un procès traditionnel : l'*early neutral evaluation*.

§2- L'*early neutral evaluation* (ou ENE) : un procès à l'amiable

321. Parler de procès à l'amiable est à première vue antinomique. La nature de ces deux notions rend en effet toute confusion entre elles impossible : dans le meilleur des cas, elles se complètent. La structure atypique de l'*early neutral evaluation* (ou ENE) permet toutefois de se questionner sur cette affirmation. Peu connue du grand public et bien moins utilisée que la médiation⁵⁴⁷, celle-ci trouve ses racines à la Cour fédérale du district de Californie du nord, où elle fut expérimentée pour la première fois en 1985⁵⁴⁸. Ni totalement médiation, ni parfaitement arbitrage⁵⁴⁹, les ENE reposent en réalité sur le concept d'évaluation franche (*candid evaluation*)⁵⁵⁰. Bien que différente d'un jugement, les conditions dans lesquelles elle survient rappellent néanmoins le schéma du procès. Ainsi, pareillement à une procédure contentieuse traditionnelle, les parties - et le cas échéant leurs avocats - sont reçues par un tiers, appelé évaluateur (*evaluator*) ou *neutral*, qui, après avoir entendu les griefs de chacun, est tenu d'émettre un avis, ici appelé évaluation (*evaluation*). Si les règles qui entourent les ENE sont particulièrement floues quant à la forme et au contenu auxquels cette dernière est astreinte, l'évaluation diffère d'un jugement principalement sur deux points : elle est confidentielle et non

⁵⁴⁷ W. D. BRAZIL, « Early Neutral Evaluation or Mediation? When Might ENE Deliver More Value? », *Disp. Resol. Mag.*, vol. 14, no. 1, (Fall 2007), p. 10, ou encore W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, American Bar Association, « Section of Dispute Resolution », 2012, pp. 34-38. On soulignera toutefois que dans certaines juridictions telles que celles du Northern District of California (où ont été élaborées les ENE) la tendance s'est inversé. Ainsi, sur l'ensemble des 227 cas étudiés ayant été référés à un ADR en 1995, 36 ont opté pour la médiation et 68 par une ENE (R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies for Resolving Intellectual Property Cases without Trial. Early Neutral Evaluation », *J. World Intell. Prop.*, vol. 1, no. 4, (1998), p. 646.

⁵⁴⁸ C'est en effet en 1982 que furent initiés les premiers travaux qui conduiront, en 1985, à la mise en œuvre du premier projet pilote sur les ENE à la Cour fédérale du district Nord de Californie, qui donnera par la suite son nom à la méthode. Pour plus de précisions voir : W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation : An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution », *Judicature*, vol. 69, no. 5, (Feb. – Mar. 1986), p. 279 ; D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : The Second Phase », *J. Disp. Resol.*, vol. 1989, (1989), pp. 1-3 ; R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies for Resolving Intellectual Property Cases without Trial », *op. cit.*, pp. 643-44 ; ou encore J. SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *Fam. Ct. Rev.*, vol. 42, no. 2, (2004), p. 325.

⁵⁴⁹ Jordan Santeramo décrit dans ses travaux les rapports parfois ambigus qui existent entre la médiation, l'arbitrage et les ENE, qui partagent certains points communs. Voir : J. SANTERAMO, *ibid.*, pp. 326-27.

⁵⁵⁰ R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies for Resolving Intellectual Property Cases », *op. cit.*, p. 645.

contraignante. Bien que purement informative, on notera que cette dernière n'est pas sans effet. En premier lieu, et c'est particulièrement étonnant compte tenu des motivations qui ont à l'origine poussé à la création des ENE⁵⁵¹, elle peut inciter les parties à négocier – et par là même parvenir à un accord. La pratique a en effet démontré que ce phénomène, loin d'être anecdotique, se présentait dans plus de la moitié des cas⁵⁵². En second lieu, il convient néanmoins de préciser que si l'évaluation dans le cadre des ENE peut constituer un atout pour les parties, elle peut également, si elle est mal utilisée, engendrer un effet totalement inverse, annulant toute perspective d'accord et un allongement de la procédure contentieuse. Cette probabilité est d'autant plus inquiétante que des zones d'ombre persistent sur plusieurs éléments cruciaux des ENE.

322. C'est en gardant ce qui précède en tête, que nous proposons dans un premier temps d'étudier le fort potentiel de résolution amiable des ENE (A), pour, dans un second temps, nous attarder davantage sur la nécessité de préciser certains éléments de leur pratique afin d'éloigner les potentiels effets négatifs qui peuvent les accompagner (B).

⁵⁵¹ Il est vrai que les motivations qui ont poussé à l'élaboration du premier projet visaient principalement à permettre aux parties de se rencontrer plus tôt dans le processus de résolution de conflit afin de réduire la durée de la *discovery*, alors jugée inutilement longue. Cette méthode aurait alors permis de réguler les flux auprès des juridictions et les coûts pour les parties. L'éventualité de parvenir à un accord était quant à elle largement laissée au second plan (voir à ce titre : W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation : An Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 284, ou encore D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : A Follow-up Report », *Judicature*, vol. 70, no. 4, (Dec. - Jan. 1987), p. 238).

⁵⁵² Plusieurs études ont permis de démontrer l'impact positif des ENE sur l'accord amiable. La première, conduite par Joshua Rosenberg et Jay Folberg en 1994, analyse la probabilité d'y parvenir en démontrant que 52% des parties déclaraient que l'évaluation anticipée avait « amélioré les perspectives d'accord ». On notera toutefois que les chiffres sont plus mitigés chez les avocats, qui ne partageaient ce point de vue qu'à 31% (J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution : An Empirical Analysis », *Stan. L. Rev.*, vol. 46, no. 6, (Jul. 1994), p. 1514). La seconde, dirigée par Wayne Brazil en 2012 confirme cette tendance en rapportant que les perspectives de parvenir à un accord dans le cadre d'un ENE sont de 60% (W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, note 581, p. 142). La dernière étude a quant à elle utilisé une approche différente en cherchant à démontrer l'impact effectif des ENE sur le taux d'accords. Menée par Yvonne Pearson en 2006, elle souligne ainsi que, sur 349 cas soumis à l'ENE, 51% sont parvenus à un accord total, 12% à un accord partiel et 23% sont allés jusqu'au procès (Y. PEARSON, « Early Neutral Evaluations : Applications to Custody and Parenting Time Cases Program Development and Implementation in Hennepin County, Minnesota », *Fam. Ct. Rev.*, vol. 44, no. 4, (Oct. 2006), p. 680).

A. L'early neutral evaluation : une méthode au fort potentiel de résolution amiable

323. Au cours de la première partie des années 1980, le juge en chef Robert Pekham (United States District Court for the Northern District of California) constate que de plus en plus d'affaires civiles sont abandonnées prématurément, parfois même avant que le juge n'ait pu intervenir⁵⁵³. Pour lui, la raison de ce détachement doit être trouvée dans l'augmentation des coûts et des délais de procédure, devenus insupportables pour les parties⁵⁵⁴. Dans l'intention de remédier à cette problématique, Robert Pekham demanda à ses collaborateurs de rechercher les principales sources et causes de ces coûts et délais « inutiles »⁵⁵⁵. Cette consultation permit de mettre au jour plusieurs explications. La première concernait les communications maigres ou tardives entre les parties elles-mêmes, ou avec leurs avocats. Celles-ci furent suivies par la procrastination, les difficultés à prioriser les prétentions, ou encore, pour ne citer que ces raisons, une vision irréaliste du cas par les clients ou leurs avocats⁵⁵⁶. Ce constat poussa Robert Pekham et son équipe à élaborer une méthode qui, loin de se substituer à la procédure civile, viserait plutôt à s'intégrer à elle, au cours de la phase de *pretrial*. Cette dernière devait par ailleurs poursuivre deux objectifs majeurs. Outre l'évaluation, qui en constitue la finalité, la méthode devait avant tout pousser les avocats (ou les parties si elles se représentaient elles-mêmes) à engager les investigations le plus tôt possible. Elle devait ensuite inciter les parties à communiquer plus en amont de la procédure, afin d'éviter l'accumulation trop importante de non-dits ou d'idées biaisées⁵⁵⁷.

324. Les ENE, qui résultèrent de cette réflexion, furent ainsi élaborées comme un outil hybride situé entre l'arbitrage non contraignant, dont le but vise à trancher une

⁵⁵³ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.* p. 11.

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ *Ibid.*, pp. 24-25. Par ailleurs, si elle intervient bel et bien de manière anticipée dans le processus judiciaire, le moment exact auquel l'ENE survient varie considérablement d'une juridiction à l'autre (voire dans une même juridiction). Une étude menée par David Levine en 1989 à l'occasion de la mise en œuvre des ENE par le projet pilote de la cour fédérale du district nord de Californie démontre à ce titre qu'une première séance avait été menée au cours des 240 jours suivant le dépôt de l'affaire au greffe dans 75% des cas (D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : The Second Phase », *op. cit.*, p. 31). Il reste cependant difficile d'établir un délai clair au sein duquel les ENE doivent intervenir. Joshua Rosenberg et Jay Folberg rappellent à cet effet que si l'objectif originel avait été fixé à 150 jours suivant le dépôt de l'affaire au greffe, les délais appliqués en pratique pouvaient parfois dépasser un an (J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1496).

situation conflictuelle donnée⁵⁵⁸, et la médiation, qui consiste à la fois à donner aux parties une perception plus réaliste de leur cas, tout en émettant la perspective de parvenir à une solution négociée⁵⁵⁹. Hybrides, les ENE ne disposent pour autant pas moins d'un fonctionnement qui leur est propre, façonné autour de deux axes majeurs. Le premier concerne la phase de préparation de l'ENE (1) ; le second se rapporte à la séance d'ENE à proprement parler (2).

1. La phase préparatoire de l'early neutral evaluation

325. La phase préparatoire de l'ENE vise à guider les parties et leurs avocats afin de procéder à une élaboration rapide de leur dossier. Cette dernière s'exécute par l'intermédiaire de plusieurs étapes.

326. **Sélection de l'évaluateur**⁵⁶⁰ – La sélection de l'évaluateur est particulièrement importante, dans la mesure où l'issue de la mesure dépend en grande partie de lui⁵⁶¹. Cette dernière peut être effectuée de deux manières alternatives, qui dépendent en réalité des règles fixées par la juridiction qui supervise la pratique de l'ENE. Les *Local Rules for Alternative Dispute Resolution*, applicables devant l'United States District Court for the Northern District of California, prévoient ainsi qu'il incombe à la juridiction⁵⁶² de nommer l'évaluateur, dont le nom doit se trouver sur une liste elle-même instaurée par la cour⁵⁶³. À l'inverse, les règles de bonne pratique établies par le Conseil judiciaire du Minnesota ne prévoyant aucune disposition à ce sujet, il revient aux parties et à leurs avocats de sélectionner l'évaluateur qui les accompagnera⁵⁶⁴. Qu'il s'agisse de

⁵⁵⁸ Le résultat de ce processus n'est donc émis qu'à titre informatif.

⁵⁵⁹ J. SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *op. cit.*, pp. 326-27. Il est également important de relever que le mélange que nous évoquons ici ne correspond pas exactement à l'état d'esprit des ENE telles qu'elles ont été conçues à l'origine, dans la mesure où l'accord ne représentait alors qu'une option secondaire. Les concepteurs demandaient même aux évaluateurs de s'exclure de toute forme de négociation, leur rappelant qu'ils n'étaient pas médiateurs et que les ENE ne devaient pas devenir une conciliation (*settlement conference*).

⁵⁶⁰ Le rôle de l'évaluateur sera quant à lui traité dans les pages qui suivent.

⁵⁶¹ D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1529.

⁵⁶² En l'occurrence, c'est l'ADR Unit de la cour qui se charge d'effectuer cette nomination.

⁵⁶³ ADR L. R., art. 5-3(a).

⁵⁶⁴ Cette information est notamment confirmée par Kelly Browe Olson et Marty Swaden dans « The View from Minnesota: How Early Neutral Evaluation Can Help in Family Cases, *Disp. Resol. Mag.*, vol. 25, no. 3, (Spring 2019), p. 15.

l'un ou l'autre de ces cas, il est communément admis⁵⁶⁵ que l'évaluateur doit présenter une expertise juridique dans le domaine concerné par le conflit pour lequel son aide est requise. À titre de comparaison, cet impératif marque une différence importante avec la médiation, dans la mesure où le médiateur n'est tenu de justifier d'aucune autre expertise que celle liée au fonctionnement du processus⁵⁶⁶. Enfin, dans certaines formes plus rares d'ENE, il est également possible que d'autres critères s'appliquent. Tel est par exemple le cas des *Social Early Neutral Evaluations* (ou SENE) en vigueur dans le Minnesota, qui requièrent la présence de deux évaluateurs dont l'un doit justifier d'une expertise juridique dans le domaine concerné et l'autre de connaissances suffisantes en psychologie⁵⁶⁷. Les règles de bonnes pratiques établies par le Conseil judiciaire du Minnesota prévoient également que les SENE doivent être présidées par une équipe composée d'un homme et d'une femme⁵⁶⁸.

327. **La *presession conference*** – Une fois sélectionné, l'évaluateur doit mettre en œuvre une *presession conference* (ou *conference call* selon les juridictions). Bien qu'aucun délai ne soit clairement établi par les règles en vigueur, les *ADR Local Rules* applicables devant l'United States District Court for the District of Northern California prévoient que ces dernières doivent avoir lieu « promptement » après sa nomination⁵⁶⁹. Généralement tenue par téléphone avec les avocats des parties⁵⁷⁰, cette conférence a non seulement pour but de renseigner l'évaluateur sur les faits généraux de l'affaire⁵⁷¹, mais doit également lui permettre de solliciter certaines pièces et informations, telles qu'une copie des déclarations de revenus des parties, ou encore une estimation de leurs dépenses mensuelles respectives. Cette étape permet également à l'évaluateur de s'assurer que l'ensemble des acteurs a bien compris les règles qui encadreront le processus et contribue

⁵⁶⁵ Soit par les règles de cour (par exemple ADR L. R. art. 5-3(a) pour l'United States district court for the northern district of California), soit par la pratique.

⁵⁶⁶ R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies for Resolving Intellectual Property Cases », *op. cit.*, p. 648.

⁵⁶⁷ K. OLSON, M. SWADEN, « The View from Minnesota », *op. cit.*, p. 16.

⁵⁶⁸ Minnesota Early Case Management (ECM) and Early Neutral Evaluation (ENE) Best Practices for Family Court (2012), ENE Best Practice Six.

⁵⁶⁹ ADR L. R., art. 5-4(a).

⁵⁷⁰ ADR L. R., art. 5-7. Les parties peuvent également y participer, mais leur présence n'a rien d'obligatoire (W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 5). Dans le cas où les parties (ou l'une d'entre elles) ne sont pas représentées, il leur incombe de participer elles-mêmes à cette conférence préliminaire (K. OLSON, M. SWADEN, « The View from Minnesota », *op. cit.*, p. 15).

⁵⁷¹ Notamment en mettant en avant les faits qui nécessitent une attention particulière de la part de l'évaluateur.

à fixer une date et un lieu de rendez-vous pour la première séance, ainsi que les dates butoirs auxquelles devront être remis les documents requis par l'évaluateur⁵⁷². La *presession conference* a enfin pour vocation d'aiguiller les avocats des parties sur le contenu des déclarations écrites qui devront être transmises par la suite⁵⁷³.

328. Les déclarations écrites (ou *written ENE statements*) – La phase préparatoire des ENE s'achève, sauf exception prévue par l'évaluateur, au maximum 7 jours avant la date de la première séance d'ENE, avec la transmission à l'évaluateur et à la partie adverse des *written ENE statements* (ou déclarations écrites)⁵⁷⁴. Protégée par la confidentialité garantie par l'article 5-8(b) des *ADR Local Rules*, cette dernière est astreinte à quelques règles de forme et de fond. Les premières sont pour ainsi dire peu nombreuses ; il n'en existe qu'une : la déclaration doit être succincte⁵⁷⁵. Bien qu'aucune précision ne soit apportée par le texte, Wayne Brazil précisait à l'occasion de la présentation du premier projet pilote mis en œuvre devant l'US District Court for the District of Northern California que les déclarations écrites ne devaient pas dépasser dix pages⁵⁷⁶. Ce qu'il convient en réalité de comprendre, c'est qu'il appartient aux avocats de rechercher, par un travail de synthèse poussé, les principaux éléments de fait et de droit qui permettent au conflit d'exister. Cette tâche leur impose par conséquent de prioriser les problématiques en présence, afin de circonscrire le champ des discussions à l'essentiel, lors de la séance d'ENE⁵⁷⁷.

329. À l'inverse de son bref énoncé sur les règles de forme, l'article 5-8(c) des *ADR Local Rules* apporte de nombreuses précisions quant au contenu des déclarations

⁵⁷² L'article 5-7 de Selon les pratiques en vigueur, l'évaluateur peut également être tenu de faire parvenir aux avocats et aux parties un courriel récapitulatif confirmant les dates, lieu, documents et délais ainsi que les frais applicables à sa prestation (K. OLSON, M. SWADEN, « The View from Minnesota », *op. cit.*, p. 15).

⁵⁷³ ADR L. R., art. 5-7.

⁵⁷⁴ ADR L. R., art. 5-8(a).

⁵⁷⁵ L'article 5-8(c) des *ADR Local Rules* emploie le terme « *concise* », sans plus de précision. Lorsqu'il présentait le projet pilote mis en œuvre devant l'US District Court for the District of Northern California, Wayne Brazil précisait quant à lui que ces déclarations écrites ne devaient pas dépasser 10 pages (W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation », *op. cit.*, p. 281). L'idée qui sous-tend cette règle consiste à obliger les avocats à synthétiser leur travail afin d'éviter toute digression inutile à la résolution du conflit. En bref, il faut aller à l'essentiel. Loin d'être aisée, cette tâche impose aux avocats de prioriser les problématiques juridiques en présence, dans le but de ne s'attarder que sur les questions qui permettent encore au conflit d'exister.

⁵⁷⁶ W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation », *op. cit.*, p. 281

⁵⁷⁷ Il ne faut néanmoins pas oublier qu'à ce stade les avocats disposent de très peu de données sur l'affaire dans la mesure où cette dernière ne leur a été soumise que quelques jours/semaines en amont.

écrites. Il rappelle tout d'abord de manière générale qu'elles « peuvent inclure toute information potentiellement utile à l'évaluateur ». Cette première mention, facultative, est suivie de cinq éléments cumulatifs et obligatoires, qui peuvent être classés en deux catégories. La première concerne l'identification par « leur nom et titre ou statut » des personnes qui participeront à la séance⁵⁷⁸ ; la seconde vise quant à elle à caractériser les points clés de l'affaire, notamment par le biais d'un bref descriptif des faits, ou encore d'un récapitulatif des griefs de chacun. Dans le but d'engager des discussions productives à l'occasion de la séance d'ENE, l'article 5-8(c)(3) requiert également des parties qu'elles mentionnent les éventuels problèmes juridiques ou factuels dont la résolution anticipée pourrait contribuer à engager des négociations en vue d'une résolution amiable, ou au moins de réduire l'étendue de l'affaire. Dans le même état d'esprit, les parties sont également invitées à dévoiler l'ensemble des actes de *discovery* qui, selon elles, constitueraient un atout en vue de discussions amiables⁵⁷⁹. Enfin, l'article 5-8(c) des *ADR Local Rules* impose aux parties d'analyser les preuves invoquées dans les déclarations écrites⁵⁸⁰, mais également de joindre une copie de l'ensemble des documents à l'origine de l'affaire (à l'instar de contrats), ou des documents qui peuvent apporter une plus-value à la séance d'ENE (tels que des rapports médicaux)⁵⁸¹.

330. On notera pour finir que ces formalités tranchent avec le fonctionnement des autres modes amiables. Les caractéristiques qui guident la pratique des ENE sont en effet bien différentes. Il faut dire que le cœur de la méthode réside avant tout dans l'évaluation, plus que dans la discussion (qui, contrairement à la médiation, n'occupe ici que la seconde place)⁵⁸². Bien que non contraignante, cette dernière, dont les effets peuvent, comme nous le verrons, avoir un impact important sur l'issue de l'affaire, impose néanmoins la mise en œuvre de certaines garanties visant à offrir aux parties une évaluation aussi fidèle que possible à la décision du juge que le juge donnerait en cas de procès. Ces formalités en sont donc la manifestation directe⁵⁸³.

⁵⁷⁸ ADR L. R., art. 5-8(c)(1)

⁵⁷⁹ ADR L. R., art. 5-8(c)(4)

⁵⁸⁰ ADR L. R., art. 5-8(c)(2).

⁵⁸¹ ADR L. R., art. 5-8(c)(5).

⁵⁸² C'est probablement ce qui en fait l'un des modes amiables les plus proches de la procédure civile traditionnelle, JDR évaluatifs contraignants mis à part.

⁵⁸³ Difficile par exemple d'imaginer l'évaluateur fonder son opinion sur des oui-dire. Ceci explique notamment que les parties doivent, en amont de la séance d'ENE, préparer un dossier suffisamment étayé afin de donner à l'évaluation toute sa substance.

331. La phase préparatoire du ENE s'achève avec la transmission des *written ENE statements* à l'évaluateur et la partie adverse, pour donner lieu, sept jours plus tard, à la première séance d'ENE dont il convient désormais d'aborder les subtilités.

2. La séance d'*early neutral evaluation* (ou séance d'évaluation)

332. **Généralités** - La séance d'ENE (ou séance d'évaluation) est caractérisée par la réunion de plusieurs éléments importants, parmi lesquels la confidentialité figure en bonne position⁵⁸⁴. À vrai dire, rien de nouveau ici en ce que les ENE s'inscrivent dans la logique applicable à l'ensemble des modes amiables de résolution des conflits, dont la pratique n'a aucunement vocation à être publique⁵⁸⁵. À ce titre et sauf exception⁵⁸⁶, chacun des participants est tenu de considérer comme confidentielle toute information divulguée à l'occasion de la séance, oralement ou par écrit, mais également toute position ou opinion dévoilée par une personne en lien avec la mesure⁵⁸⁷. Le second de ces éléments concerne quant à lui l'obligation faite aux parties citées à la séance d'ENE (par les *written ENE statements*) ainsi qu'à leurs avocats respectifs d'être présents⁵⁸⁸. Cette règle vise avant tout à mettre en avant l'importance que revêt la rencontre physique et anticipée des parties, dans le but de favoriser le dialogue entre elles avec, le cas échéant, l'aide de l'évaluateur. La troisième caractéristique correspond finalement à la durée relativement courte de la séance d'ENE : une demi-journée⁵⁸⁹, mais rarement plus. Dans le même état d'esprit et à l'inverse de la médiation, la structure de la séance est conçue pour que cette dernière soit unique⁵⁹⁰.

333. Bien que certaines variations puissent exister selon les juridictions – voire selon les praticiens, on remarque que le déroulement de la séance d'ENE suit

⁵⁸⁴ Ce principe est fréquemment rappelé par la doctrine (EXEMPLES), mais également par les textes (ADR L. R., art. 5-12 pour l'US District Court for the District of Northern California par exemple).

⁵⁸⁵ On retrouve par conséquent – et dans une certaine mesure seulement – les mêmes problématiques que celles énoncées à l'occasion des JDR.

⁵⁸⁶ ADR L. R., art. 5-12(b).

⁵⁸⁷ ADR L. R., art. 5-12(a). On notera également qu'aucune sorte d'enregistrement n'est gardée à l'issue des ENE (W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 6).

⁵⁸⁸ ADR L. R., art. 5-10(a).

⁵⁸⁹ R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies for Resolving Intellectual Property Cases », *op. cit.*, p. 647.

⁵⁹⁰ Même si à notre connaissance, aucune disposition n'interdit l'organisation de plusieurs séances.

généralement la trame établie par le programme d'origine, sur lequel nous proposons de nous attarder. Comme pour la phase préparatoire, plusieurs étapes le composent⁵⁹¹.

334. Présentation de la séance d'ENE par l'évaluateur – La séance d'ENE est ouverte par l'évaluateur, qui présente à la fois le but et la structure du processus. Cette présentation est également l'occasion de rappeler aux parties et à leurs avocats les règles qui vont s'appliquer tout au long de la session (telles que celles qui encadrent la confidentialité).

335. Présentations par les parties – La présentation des parties correspond à l'une des étapes les plus importantes de la séance d'ENE. À titre de comparaison, elle pourrait être considérée comme l'équivalent des plaidoiries en procédure civile. Il s'agit donc ici de convaincre le tiers, en l'espèce l'évaluateur, du bien-fondé de sa position. Le fait que l'avis rendu à cette occasion ne soit pas contraignant permet néanmoins d'alléger la forme que doivent prendre ces présentations⁵⁹². Leur contenu n'est par conséquent pas réglementé et il incombe aux parties de déterminer ce qu'elles y feront figurer. On notera toutefois que dans la plupart des cas, ces dernières comportent un récapitulatif des faits ainsi qu'une analyse des problèmes de faits et de droits vécus par la partie. Ces exposés peuvent également inclure une présentation et une analyse des preuves⁵⁹³. Dans ce même état d'esprit de non-formalisme, on retient que la pratique ne prévoit pas lequel de l'avocat ou de son client doit effectuer la présentation. Ainsi, bien qu'il s'agisse la plupart du temps du premier, certains évaluateurs requièrent expressément qu'elles soient effectuées par les parties elles-mêmes. À l'US District Court for the District of Northern California, Wayne Brazil concilie ces deux positions en précisant qu'il incombe le plus

⁵⁹¹ A l'US District Court for the Northern District of California, cette phase est régie par l'article 5-11 des ADR Local Rules.

⁵⁹² Wayne Brazil rappelle en effet que ces présentations ne doivent prendre aucune forme particulière. Il n'y a donc ni règle de preuve, ni *cross-examination*. Dans le même état d'esprit, il n'est possible à personne d'objecter lorsque la partie adverse présente ses observations (W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 6). On notera toutefois qu'en pratique, cette exigence n'a pas toujours été appliquée à la lettre. Joshua Rosenberg et Jay Folberg rapportent en effet que certains évaluateurs ont parfois requis des parties qu'elles procèdent à une présentation « quasi formelle », notamment caractérisée par des questions de la part de l'évaluateur qui s'apparentaient à une *cross-examination* (D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1525). Dans le même état d'esprit, David Levine soulignait déjà en 1987 que la qualité des présentations variait beaucoup en ce qu'elle pouvait prendre une forme parfaitement similaire à celle que prendrait une plaidoirie chez certains avocats, ou être totalement improvisée chez d'autres, sans aucune forme particulière (D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : A Follow-up Report », *op. cit.*, p. 237).

⁵⁹³ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 6 ; ou encore R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies for Resolving Intellectual Property Cases », *op. cit.*, p. 647.

souvent aux avocats de procéder à la présentation, mais que les parties sont parfois amenées à y apporter une contribution non négligeable. Elles peuvent par ailleurs être complétées par l'intervention d'experts ou de témoins⁵⁹⁴ – ce qui est plutôt rare⁵⁹⁵ dans la mesure où les présentations doivent généralement être courtes.

336. À l'issue de ces présentations initiales, les ENE donnent, comme dans le cadre d'un procès, la possibilité pour les parties de répondre aux observations de la partie adverse : c'est ce que certains auteurs appellent les présentations de réponse (ou *responsive presentations*)⁵⁹⁶. À cette occasion, les parties peuvent être non seulement amenées à remettre en cause les éléments invoqués lors des présentations initiales, mais également à soulever de nouveaux faits ou présenter de nouvelles preuves à l'évaluateur⁵⁹⁷.

337. **L'analyse des présentations par l'évaluateur** – Après avoir écouté les parties, l'évaluateur est amené à réaliser un premier travail d'analyse qui ne correspond toutefois pas encore à l'évaluation. À cette occasion, il doit chercher à éclaircir les positions de chacun en commençant par résumer les principaux éléments de faits et de droits évoqués lors de l'étape précédente, afin de permettre aux parties de le corriger ou de préciser leurs arguments en cas de malentendu⁵⁹⁸. Lorsque tout le monde s'accorde sur la bonne compréhension des versions de chacun, l'évaluateur analyse les éléments qui réunissent les parties, ainsi que les points qui ne nécessitent pas d'intervention immédiate ou qui ne sont pas essentiels dans la résolution du conflit. À cet effet, il est également amené à soulever les problématiques les plus importantes afin non seulement de focaliser la séance sur ces questions, mais également de permettre aux parties de bien

⁵⁹⁴ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 6. David Levine relevait également en 1987 que la parole des parties était aléatoire, en ce qu'il ne leur était pas toujours permis d'intervenir à l'occasion des présentations. Selon lui, cette pratique était une erreur dans la mesure où ces dernières étant au centre du conflit, il est important que leur point de vue soit entendu de l'évaluateur (D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : A Follow-up Report », *op. cit.*, p. 237).

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ *Ibid.* ; voir également R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies », *op. cit.*, p. 647.

⁵⁹⁷ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁹⁸ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 6 ; voir également : R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies », *op. cit.*, p. 647, ou encore D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1490.

comprendre les enjeux de l'affaire et, le cas échéant, d'utiliser le temps de l'évaluation pour considérer la question d'un potentiel accord⁵⁹⁹.

338. **L'évaluation** – Après s'être assuré de la bonne compréhension des éléments de fait et de droit invoqués par les parties, l'évaluateur se retire en privé et analyse ce qui a été dit afin de dresser son évaluation. Bien que cela ne soit pas prévu par les textes, on notera que l'évaluation doit être « franche, sincère et explicite »⁶⁰⁰. L'article 5-11 des *ADR Local Rules* apporte quant à lui une idée du contenu qu'elle doit arborer⁶⁰¹. Ainsi est-il prévu que l'évaluateur apprécie les forces et les faiblesses des argumentaires et preuves de chacun. Ces observations doivent bien entendu être motivées afin de permettre aux parties de saisir le raisonnement qui a poussé l'évaluateur à parvenir à cette conclusion⁶⁰². Dans le même état d'esprit, les textes prévoient encore la nécessité pour ce dernier d'étudier les probabilités de succès et/ou d'échec de tous les protagonistes lorsque cela est possible, mais également de chiffrer le montant des dommages évoqués par les parties⁶⁰³. En pratique, il est également recommandé à l'évaluateur de structurer ses observations afin de les rendre plus accessibles, mais également de préférer une terminologie compréhensible par l'ensemble des personnes présentes⁶⁰⁴. Une fois parvenu au terme de sa réflexion, l'évaluateur est tenu de formuler son évaluation par écrit⁶⁰⁵, en vue de la présenter aux parties et à leurs conseils à l'occasion du dévoilement du contenu de l'évaluation.

⁵⁹⁹ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, pp. 105-106 ; On notera également que lors de cette phase, certaines juridictions autorisent l'évaluateur à pratiquer les caucus. Tel est par exemple le cas de l'United States District Court for the Northern District of California (ADR L. R., art. 5-11(a)(7)).

⁶⁰⁰ Cette exigence relève en effet de la volonté des concepteurs des ENE (D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : A Follow-up Report », *op. cit.*, p. 237).

⁶⁰¹ Il faut toutefois souligner que l'article 5-11 des ADR Local Rules ne fixe que des objectifs généraux pour l'évaluateur. Il ne précise à aucun moment que l'évaluation doit contenir les éléments énoncés, mais plutôt que ces derniers doivent avoir été réunis à l'issue de la mesure. Il en va par exemple ainsi lorsque l'article 5-11(a)(4) rappelle la nécessité pour l'évaluateur d'estimer les probabilités de succès de l'une des parties : rien ne dit que cela doit être fait à l'occasion de l'évaluation, bien qu'en pratique cela semble constituer le moment le plus opportun.

⁶⁰² ADR L. R., art. 5-11(a)(3).

⁶⁰³ ADR L. R., art. 5-11(a)(4).

⁶⁰⁴ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, pp. 114-115. Rappelons par ailleurs que cet impératif est essentiel à l'accomplissement des objectifs des ENE, en ce qu'ils visent non seulement à permettre aux parties de déterminer si leur défense est adéquate, mais également de leur donner l'opportunité d'apprécier l'affaire sous un prisme nouveau afin qu'elles puissent prendre conscience de la réalité de la situation (*ibid.*, p. 108).

⁶⁰⁵ Il n'existe néanmoins aucune indication claire selon laquelle l'évaluation doit être écrite. Cette exigence doit en réalité être devinée à la lecture de l'article 5-11(c) des ADR Local Rules, qui prévoit que dans le cas où « les parties l'acceptent, elles pourront procéder à des négociations amiables après que l'évaluation a été écrite mais avant qu'elle soit présentée ».

339. **L'information des parties** – Le prononcé de l'évaluation est précédé par une étape intermédiaire d'information des parties. Après les avoir fait rappeler, l'évaluateur leur confirme que ses observations ont bien été consignées par écrit et qu'il appartient dès ce moment à chacune d'elles de déterminer si elle souhaite en connaître le contenu. Ce droit étant individuel, il n'est pas nécessaire de réunir le consensus de l'ensemble des personnes présentes : la décision peut donc être prise par une partie seule. Néanmoins, il est important de souligner que ce choix, bien qu'individuel, s'impose à tous les participants, en ce que l'évaluateur n'est autorisé à délivrer ses observations qu'en présence de l'ensemble des parties – sans quoi l'une d'elles serait incontestablement avantagée, au détriment du contradictoire. À ce titre, il appartient également à l'évaluateur de les informer quant aux conséquences que peut engendrer la divulgation du contenu de l'évaluation, en particulier au regard des éventuelles négociations que les parties souhaiteraient déclencher.

340. À ce stade, ces dernières disposent alors de plusieurs options. Elles peuvent tout d'abord décider d'un commun accord de ne pas être informées sur le contenu de l'évaluation pour le moment. Ce cas de figure leur permet généralement de procéder à des négociations⁶⁰⁶, souvent incitées par leur rencontre précoce, mais également par le suspens généré par la situation, qui laisse indiscutablement planer le doute chez les protagonistes : qui l'aurait emporté devant le juge⁶⁰⁷ ? Les parties peuvent ensuite, soit d'un commun accord soit de manière unilatérale, demander à connaître le contenu de l'évaluation. Bien que cela ne leur interdise pas d'entrer en négociation, il devient toutefois plus difficile d'aboutir à un résultat satisfaisant une fois que ce dernier a été dévoilé, comme il nous sera permis de le voir plus tard. Pour cette raison, ce choix, lorsqu'il est pris directement après le retour de l'évaluateur, laisse généralement

⁶⁰⁶ Dans ce cas de figure, l'article 5-11(c) des ADR Local Rules retient que pour ce faire, l'évaluateur doit avoir, au préalable, recueilli l'accord de l'ensemble des parties. Là encore, plusieurs options s'offrent à elles, puisqu'elles peuvent déterminer si les négociations auront lieu en séance conjointe (*joint session*), en séance privée (*private caucusing*), ou selon un modèle hybride de séance où les parties négocient dans la même pièce et organisent des apartés avec l'évaluateur selon les besoins. Pour plus de précisions sur le déroulement des négociations, voir W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, pp. 122-125.

⁶⁰⁷ On notera qu'il n'est pas impératif que les négociations interviennent le jour même. Les parties peuvent effectivement décider de s'en tenir là pour le moment et éventuellement de rencontrer l'évaluateur une nouvelle fois, afin soit de bénéficier de son aide dans le cadre d'une résolution amiable, soit de connaître le contenu de son évaluation.

entendre que les parties préfèrent bénéficier de son expertise afin d'établir un calendrier prévisionnel, dans le but de structurer la *discovery*.

341. **Le dévoilement du contenu de l'évaluation** – Lorsqu'au moins une des parties le choisit, l'évaluateur dévoile le contenu de son évaluation à l'ensemble des participants. Ne s'applique ici aucune règle particulière autre que celles qui régissent le bon sens. C'est donc dans cet état d'esprit que l'évaluateur doit veiller à ce que le prononcé de ses observations – qui se fait oralement⁶⁰⁸ - soit clair et compréhensible par tous⁶⁰⁹. Il lui appartient par conséquent d'éviter l'utilisation de termes ou de formules trop juridiques. Il est également important de rappeler que l'évaluation qui découle de la réflexion de l'évaluateur est non seulement purement informative à l'égard des parties, mais qu'elle est également confidentielle, ce qui empêche notamment le juge d'en connaître le contenu⁶¹⁰.

342. **Le case development planning** - Dans le cas où les parties n'ont pas réussi à parvenir à un accord, il est possible pour l'évaluateur de les assister dans une étape supplémentaire qui consiste à organiser la préparation de l'affaire en vue de le présenter au juge. C'est ce que l'on appelle le *case development planning*. On notera toutefois qu'en pratique, cette option est très peu utilisée par les parties⁶¹¹. Nous ne nous attarderons donc pas davantage sur ce point.

343. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, le processus d'ENE présente de belles perspectives d'accompagnement des parties, ainsi que de nombreuses options leur permettant de parvenir à un règlement amiable de leur affaire. Si l'import d'un tel dispositif en France présente par conséquent un intérêt important, nous allons voir que certaines zones d'ombre existent encore quant à son fonctionnement.

⁶⁰⁸ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, op. cit., p. 106.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 118.

⁶¹⁰ ADR L. R., art. 5-12.

⁶¹¹ Wayne Brazil avance trois possibles explications au fait que cette option soit très peu utilisée. La plus importante concerne la période à laquelle elle est invoquée. Elle intervient en effet après plusieurs étapes éprouvantes pour les parties : les présentations, les contre-présentations, les éventuelles négociations et l'évaluation. Il explique alors qu'à ce stade, les parties sont psychologiquement trop épuisées pour entreprendre d'organiser la *discovery* de leur affaire. Pour plus de précisions à ce sujet, voir W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, op. cit., pp. 138-140.

B. *L'early neutral evaluation* : un outil au fonctionnement indéfini

344. Bien que les ENE soient, pour l'heure, peu connues en France, la question de leur potentielle introduction en droit français doit nous conduire à réfléchir sur la manière de les mettre en œuvre. À ce titre, leur application en Amérique du Nord met en lumière deux éléments d'imprécision qui, selon nous, peuvent en compromettre l'issue. Le premier concerne le moment de la présentation de l'évaluation (1) ; le second porte sur l'évaluateur lui-même (2).

1. *L'incertitude sur le moment de présentation de l'évaluation*

345. Le moment auquel l'évaluateur dévoile aux parties le contenu de son évaluation est crucial. Ce dernier peut en effet considérablement influencer sur l'issue de la mesure, et plus particulièrement sur l'éventualité qu'elle puisse déboucher sur un accord amiable. La problématique qui règne ici repose alors sur la question suivante : la présentation de l'évaluation doit-elle intervenir avant ou après les éventuelles négociations des parties ? Sur ce point, bon nombre de juridictions semblent prôner la flexibilité, en permettant à ces deux formes de coexister⁶¹². La doctrine semble de son côté plus partagée. En effet, bien qu'une grande majorité d'auteurs appellent à privilégier la seconde option, considérant qu'une présentation anticipée de l'évaluation compromettrait toute chance de parvenir à un accord⁶¹³, un auteur en particulier semble défendre l'idée selon laquelle cette présentation peut intervenir en amont des négociations. Cette position unique pourrait en réalité passer inaperçue si l'auteur en question n'était autre que le juge Wayne Brazil, l'un des concepteurs de la méthode. Attachons-nous dès lors à étudier plus en détail ces deux positions, en essayant dans un premier temps de comprendre en quoi la présentation tardive de l'évaluation constitue un atout pour la résolution amiable du conflit (a), avant de nous attacher à étudier plus en détail la position défendue par Wayne Brazil, qui considère que cette théorie est limitée (b).

⁶¹² Pour le *Northern District of California*: ADR L. R., art. 5-11(c).

⁶¹³ Par exemple : D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : A Follow-up Report », *op. cit.*, p. 240 ; D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1491 ; R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies », *op. cit.*, p. 647.

a. La présentation tardive de l'évaluation : un atout pour la résolution amiable du conflit

346. **Un avantage pour les parties** - Afin de bien comprendre la situation, il convient avant toute chose de la replacer dans son contexte. Rappelons en effet qu'à ce stade, l'évaluateur a déjà pris sa décision et rédigé son évaluation, sans que son contenu ne soit connu des parties. Dans le cas où ces dernières souhaitent négocier, la question suivante doit alors être posée : faut-il informer les parties de la teneur de l'évaluation dès sa rédaction, ou est-il préférable d'attendre l'issue des négociations ? Sur ce point, la littérature en matière d'ENE semble privilégier la seconde option⁶¹⁴, en ce qu'elle offrirait un climat plus favorable à la résolution amiable du conflit. La validation de cette théorie repose avant tout sur une bonne compréhension de la psychologie des parties, et plus particulièrement de l'impact que l'évaluation peut provoquer chez elles. Lorsque l'évaluateur dévoile son analyse, il est en effet plus que probable que l'une des parties soit avantagée par rapport à l'autre : il y a alors un « gagnant » et un « perdant ». Comme on peut s'en douter, les effets produits par une telle situation peuvent être divers, mais bien souvent négatifs. Cette observation est par ailleurs valable pour l'une comme pour l'autre des parties : alors que celle qui se retrouve en position de faiblesse risque de présenter des signes de colère et d'hostilité, celle qui remporte la joute, confortée dans sa position de force, sera à l'inverse tentée de maintenir ses prétentions sans aucune possibilité de discussion⁶¹⁵. Au regard de cette théorie, il apparaît dès lors préférable pour l'évaluateur de dévoiler son analyse au moins après que les négociations aient débuté – et si possible après qu'il ait constaté que ces dernières sont vouées à l'échec⁶¹⁶. Dans le cas contraire, le *neutral* risque de contraindre les parties à privilégier une logique adversariale, qui est bien entendu incompatible avec la résolution amiable du conflit.

347. Le climat favorable instauré par la présentation tardive de l'évaluation s'explique ensuite par le fait que justement, les parties n'en connaissent pas le contenu. Wayne Brazil reconnaît d'ailleurs que cette dernière constitue « l'outil le plus puissant à

⁶¹⁴ D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation : A Follow-up Report », *op. cit.*, p. 240 ; D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1491 ; R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies », *op. cit.*, p. 647.

⁶¹⁵ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 126.

⁶¹⁶ L'étude menée par Joshua Rosenberg et Jay Folberg démontre à ce titre que les parties sont plus satisfaites par la mesure lorsque l'évaluateur n'a pas dévoilé le contenu de son évaluation avant le début des négociations (D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1527).

disposition de l'évaluateur »⁶¹⁷. La logique derrière cet argumentaire rejoint en quelque sorte ce qui vient d'être dit et repose sur l'idée que dans l'incertitude, les parties sont plus disposées à négocier. Dans un tel cas de figure en effet, ces incitations sont plus équitablement réparties entre elles, leur offrant un champ de négociations bien plus important que si le contenu de l'évaluation avait été dévoilé en amont. L'incertitude créée par cette situation appelle donc les parties à se montrer plus flexibles.

348. Une position inconfortable pour l'évaluateur - Notons pour conclure que si la déclaration tardive constitue effectivement un atout important pour la résolution amiable du conflit dans le cadre des ENE, elle place néanmoins l'évaluateur dans une position inconfortable, en ce que la moindre réaction est susceptible de trahir sa position. Afin de ne pas risquer de compromettre les négociations auxquels il participe en tant que tiers facilitateur, il est important pour ce dernier de prendre plusieurs précautions dès le début des discussions amiables. Il apparaît en premier lieu opportun qu'il rassure les parties quant au fait que rien de ce qui pourra être dit ne sera susceptible de modifier le contenu de l'évaluation, qui a été rédigé en amont et placé sous enveloppe. Il est par ailleurs de bon ton qu'il assure les parties de son intégrité, notamment en leur précisant qu'il ne dévoilera aucun élément de son évaluation à l'occasion des éventuels *caucus* qui seront pratiqués. Enfin – et c'est probablement le plus difficile, il s'agit pour l'évaluateur de ne montrer aucun signe permettant aux parties d'interpréter les positions qui ont été prises à l'occasion de son évaluation, afin de n'avantager personne.

349. Cette position particulièrement inconfortable doit selon Wayne Brazil conduire à nous faire réfléchir quant à l'effectivité d'une telle pratique, qui limiterait en réalité le potentiel de la phase de négociation des ENE.

b. Les limites de la présentation tardive : la position défendue par Wayne Brazil

350. Rares sont les auteurs qui défendent la mise en œuvre d'une présentation anticipée⁶¹⁸ de l'évaluation dans le cadre des ENE, tant les risques qu'elle comporte sont

⁶¹⁷ Il en parle toutefois de manière négative, en ce qu'elle constituerait pour l'évaluateur une source de tentations afin de se faire apprécier des parties. Voir : W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, *op. cit.*, p. 128.

⁶¹⁸ Il faut entendre par là que la présentation de l'évaluation intervient avant ou à un stade très précoce des négociations.

nombreux⁶¹⁹. C'est pourtant l'une des pistes envisagées par l'un des pères fondateurs des ENE, le juge Wayne Brazil. Selon lui, deux axes principaux permettent de justifier que le contenu de l'évaluation soit dévoilé avant les négociations.

351. La présentation tardive : une effectivité illusoire ? – L'auteur met tout d'abord en avant l'hypothèse selon laquelle la présentation tardive de l'évaluation suggère que l'on cherche, assez artificiellement, à passer d'une évaluation à une médiation⁶²⁰. La logique qui anime ces deux méthodes est néanmoins différente. Alors que la seconde requiert du médiateur de rester neutre tout au long du processus, la première impose à l'évaluateur de prendre position. Compte tenu de ce raisonnement, il apparaît difficile selon Brazil de remplacer l'une par l'autre sans en affecter l'essence et le résultat. Dans le cadre des ENE, cet exercice est d'autant plus délicat que l'évaluation est réalisée avant la phase de négociation. Dans un tel cas de figure, la neutralité affichée par l'évaluateur ne peut donc être qu'illusoire et potentiellement affecter l'issue du processus, en ce que les parties pourraient non seulement manifester une certaine méfiance, mais également se montrer plus disposées à déceler chez l'évaluateur des signes leur permettant de déterminer leur éventuelle position de force ou de faiblesse, qu'à réellement chercher un accord⁶²¹.

352. Le rôle de l'évaluateur poussé à son plein potentiel – Le second argument mis en avant par le juge Brazil concerne les effets bénéfiques liés à l'élargissement important du rôle du *neutral*. Alors que dans le cadre d'une présentation tardive ce dernier ne peut, dans la mesure où il est tenu au secret, qu'exercer un rôle de facilitateur⁶²², il sera amené, à l'occasion d'une présentation anticipée, à bénéficier d'une palette d'outils plus étendue afin d'exercer un rôle d'évaluateur à part entière⁶²³. En pratique, cela signifie qu'à la différence du premier cas de figure, le *neutral* est ici libre d'apporter son point de vue à tout moment concernant les propositions effectuées par les

⁶¹⁹ Le risque le plus important correspond sans aucun doute à la possibilité importante que l'annonce de l'évaluation engendre un blocage des négociations par la rigidification de la position des parties.

⁶²⁰ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, op. cit., p. 126.

⁶²¹ Un tel cas de figure serait nécessairement atténué dans la situation où la présentation de l'évaluation a été faite avant le début des négociations, dans la mesure où l'évaluateur n'entretient plus le secret auprès des parties.

⁶²² En ce que ses interventions ne sont dévolues qu'au maintien d'une communication saine entre les parties en vue de garantir des négociations fructueuses.

⁶²³ W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation*, op. cit., p. 136.

parties au cours des négociations. Une telle manœuvre permet alors aux parties non seulement de prendre conscience de la réalité de la situation, mais également d'ajuster leurs positions en conséquence afin de parvenir à un accord crédible et raisonné.

353. Peut-on néanmoins considérer la présentation tardive comme la solution la plus adaptée ? Wayne Brazil reconnaît lui-même que même dans ce cas de figure, la position de l'évaluateur reste compliquée. S'il est effectivement vrai qu'avec elle les négociations peuvent être conduites plus librement, il ne faut pas oublier que cette présentation est susceptible d'engendrer de nombreux blocages si l'évaluateur ne parvient pas à surmonter à la fois l'excès de confiance de la partie favorisée et le ressentiment de celle qui se retrouve en position de faiblesse⁶²⁴. On notera par ailleurs que la présentation anticipée de l'évaluation contribue à la cristallisation d'un climat adversarial entre les parties, qui bien entendu n'est pas propice à la conduite de négociations efficaces. Dans les faits, il semble donc difficile de trancher entre ces deux méthodes et c'est probablement la raison pour laquelle les *ADR Local Rules for the District of Northern California* autorisent leurs pratiques conjointes. En ce sens, la meilleure pratique correspondrait donc à celle qui convient le mieux aux besoins des parties⁶²⁵. Bien que chaque cas soit unique, on soulignera néanmoins pour conclure – et à titre d'information – que l'étude statistique réalisée par Joshua Rosenberg et Jay Folberg en 1994⁶²⁶ démontrait que dans la majorité des cas, les parties se disaient plus satisfaites par les ENE lorsque les recommandations de l'évaluateur étaient données après le début des négociations.

⁶²⁴ À ce titre, Wayne Brazil propose à l'évaluateur de rappeler aux parties que ses remarques ont été effectuées compte tenu des éléments qui lui ont été présentés et qu'elles reflètent donc la situation uniquement à cet instant, dans la mesure où il ne peut être exclu que cette dernière évolue au fil des investigations qui seront menées en amont du procès. En d'autres termes, il semble opportun de faire comprendre aux parties que ces remarques ne garantissent en rien une issue similaire à l'occasion d'un procès et que la situation des parties reste toujours incertaine (Ibid., pp. 136-38).

⁶²⁵ Cette réponse est en réalité caractéristique de l'état d'esprit des modes amiables, dont la flexibilité est un élément majeur, pour ne pas dire essentiel. Là encore, c'est le choix éclairé des parties qui doit à la fois guider le législateur et les praticiens. Ainsi, plutôt qu'un encadrement sévère qui encombrerait considérablement la pratique, il paraît plus opportun de privilégier la bonne information à la fois des parties, mais également des praticiens, dans le but de garantir un chacun l'expérience d'une négociation aussi adaptée et fructueuse que possible.

⁶²⁶ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1527.

354. Si l'incertitude quant au moment de procéder à la présentation de l'évaluation peut constituer un atout pour les négociations, peut-on considérer qu'il en va de même au sujet du rôle de l'évaluateur ?

2. Le rôle de l'évaluateur : un grand inconnu des early neutral evaluations

355. Lorsque le sujet des tiers pacificateurs est abordé dans le cadre des modes amiables de résolution des conflits, deux questions peuvent être posées : « qui est-il ? » et « que peut-il faire ? ». Dans une grande majorité de cas, les règles qui les encadrent donnent une réponse claire. Par exemple, on sait qu'aucune condition de diplôme n'est légalement exigée en France afin d'exercer la profession de médiateur⁶²⁷. Malgré cela, on sait également que ce dernier est tenu à plusieurs obligations non seulement par la loi, mais également par des règles de bonnes pratiques, telles que la confidentialité, l'impartialité, etc.⁶²⁸. S'il est assez aisé de répondre à la première de ces questions dans le cadre des ENE, tel n'est cependant pas le cas de la seconde qui, pour l'heure, ne donne lieu à aucun réel consensus.

356. **Qui est l'évaluateur ?** – Bien qu'elle ne soit pas réglée par les différents textes en vigueur, cette question n'a jamais réellement fait débat au sein de la littérature. Bon nombre d'auteurs s'accordent en effet pour reconnaître que l'exercice du rôle d'évaluateur est soumis à trois conditions cumulatives. La première porte sur la profession occupée à titre principal par cette personne, qui doit être avocate ou juge à la retraite⁶²⁹. Si l'accès à cette fonction est aussi restreint, c'est parce qu'à la différence d'une

⁶²⁷ À la différence des médiateurs familiaux qui doivent, sauf exception, par la nature sensible des sujets qu'ils sont amenés à traiter, justifier de la détention d'un diplôme d'Etat dont l'obtention est réglementée par les articles R451-54 et s. du code de l'action sociale et des familles.

⁶²⁸ Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21-2 et 21-3. On notera par ailleurs que les règles de bonnes pratiques n'ont ici qu'une valeur informative pour les médiateurs, dans la mesure où elles sont généralement mises en œuvre par des associations. Non contraignantes, ces dernières présentent néanmoins l'intérêt de pouvoir guider les médiateurs dans leur pratique, ce qui n'est pas le cas en matière d'ENE.

⁶²⁹ Il est en effet peu souhaitable qu'il soit ici fait appel à des magistrats en exercice, qui seraient en l'espèce susceptibles d'effrayer les parties. Pour approfondir : R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies », *op. cit.*, p. 649. Il convient également de souligner que dans certains Etats américains tels que le Minnesota, cette limite (selon laquelle les évaluateurs ne devraient être qu'avocats ou magistrats à la retraite), bien que souvent respectée en pratique (K. OLSON, M. SWADEN, « The View from Minnesota », *op. cit.*, p. 17), ne constitue pas un impératif insurmontable. Les règles locales applicables ne soumettent en effet l'accès à ce rôle à aucune condition de profession déterminée. Elles requièrent toutefois du candidat qu'il soit un « professionnel chevronné, capable de détecter des violences domestiques, de rassembler des informations

médiation, l'ENE nécessite que le tiers pacificateur dispose de solides connaissances juridiques, dans la mesure où son rôle implique de prévoir le plus fidèlement possible la décision que prendrait un magistrat à sa place, compte tenu des éléments qui lui sont présentés par les parties⁶³⁰.

357. La deuxième condition concerne quant à elle les compétences de l'évaluateur, qui doit justifier d'une expertise dans le ou les domaines concernés par le conflit. Bien que souvent mentionnées par la doctrine, cette dernière reste néanmoins difficilement mesurable. En pratique, plusieurs options furent envisagées afin de parachever ce but. La première consiste à rapprocher l'expertise de l'avocat à la durée d'exercice dans le domaine concerné. C'est par exemple dans cet état d'esprit que la Cour supérieure de Californie du comté de Santa Barbara retient que l'évaluateur doit justifier de trois années d'expérience contentieuse dans le domaine envisagé⁶³¹. D'autres juridictions ont quant à elles privilégié un système quelque peu différent, en couplant cette exigence d'expérience quantifiée à la nécessité de justifier d'une réelle expertise dans un domaine donné. Tel est notamment le cas de l'*Early Neutral Evaluation Program for the County of Nassau* (État de New-York), qui requiert non seulement cinq années d'expérience en droit matrimonial⁶³², mais également la démonstration – au moyen de références et de sa réputation – que l'évaluateur candidat dispose d'une expérience solide en la matière⁶³³.

358. La troisième – et dernière – condition porte finalement sur la formation de l'évaluateur. Si la grande majorité de la doctrine s'accorde pour reconnaître que ce dernier doit en bénéficier avant de pouvoir exercer, on constatera néanmoins qu'elle reste particulièrement évasive quant à la forme qu'elle doit revêtir⁶³⁴. Dans un tel cas de figure,

de manière efficace et de déterminer les forces et faiblesses de chaque cas rapidement » (*Early Case Management and Early Neutral Evaluation Best Practices for Family Court*, art. III ENE Best Practice). Bien que cela ne soit pas explicité, on comprend néanmoins qu'il apparaît difficile d'accéder à ce rôle sans occuper une position en lien avec le monde juridique.

⁶³⁰ Tel n'est pas le cas pour le médiateur, qui, la plupart du temps, évitera de faire appel au droit afin d'inciter les parties à uniquement se concentrer sur les moyens pacifiques qui sont à leur disposition afin de remédier à leurs problèmes.

⁶³¹ J. LEIGH SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *op. cit.*, p. 334.

⁶³² Ce programme ne concerne en effet que les affaires matrimoniales.

⁶³³ J. LEIGH SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *op. cit.*, p. 334 ; ou encore K. OLSON, M. SWADEN, « The View from Minnesota », *op. cit.*, p. 17.

⁶³⁴ La plupart des auteurs qui mentionnent la nécessité de procéder à ces formations s'en tient généralement là, sans apporter plus de détails. On parle alors de l'obligation pour l'évaluateur de suivre un

nous serions donc tentés d'étudier plus en détail les règles qui encadrent les ENE. Cependant, bon nombre d'entre elles restent tout aussi silencieuses sur la question, ne mentionnant, pour certaines, même pas l'impératif de formation des évaluateurs⁶³⁵. Fort heureusement, l'un de ces textes, l'article III (ENE) des *Early Case Management and Early Neutral Evaluation Best Practices for Family Court* éditées par le *Minnesota Judicial Council*, contribue – indirectement – à donner un aperçu de la forme que ces enseignements peuvent prendre, en expliquant que « chaque programme d'ENE devrait développer un minimum de qualifications pour les *neutrals*, qui incluent la complétion d'une formation approuvée par l'État (*state-approved*) ». Cette information semble à première vue bien modeste, mais elle contient en réalité une indication importante : il existe dans le Minnesota des formations « types » permettant d'accréditer les évaluateurs. L'une d'elles est d'ailleurs mise en œuvre par l'administration judiciaire elle-même⁶³⁶. Afin de former les futurs évaluateurs aux subtilités du rôle qui les attend, le *State Family Early Case Management/Early Neutral Evaluation Program*⁶³⁷ est décomposé en deux curriculums indépendants. Le premier porte sur les *Social Early Neutral Evaluations* (ou SENE) ; le second sur les *Financial Early Neutral Evaluations* (ou FENE)⁶³⁸. Parce qu'elles sont plus délicates à appréhender compte tenu de la forte charge émotionnelle qu'elles suscitent, les SENE font l'objet d'une formation plus approfondie pour les évaluateurs. Ainsi, à l'inverse du second curriculum dont la formation ne s'étend que sur quelques heures, le premier fait quant à lui l'objet d'un enseignement de deux jours. À cette occasion, plusieurs thèmes sont abordés, tels que la manière d'aborder la préparation des SENE (en particulier parce que ces dernières se pratiquent systématiquement par équipe de deux)⁶³⁹, ou encore la présentation des différentes phases du processus (l'introduction

entraînement et de justifier d'une expérience de médiateur (W. D. BRAZIL, *Early Neutral Evaluation, op. cit.*, p. 5), ou encore de la nécessité de suivre une formation d'une journée (R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies », *op. cit.*, p. 647).

⁶³⁵ On citera par exemple les ADR Local Rules for the District of Northern California, qui s'appliquent pourtant sur les juridictions qui ont vu naître les ENE.

⁶³⁶ On citera notamment la Court Services Division, le State Court Administrator's Office, ou encore le Minnesota Judicial Center.

⁶³⁷ Initial Early Neutral Evaluation (ENE) Provider Training Program Manual, disponible sur : [https://www.mncourts.gov/mncourtsgov/media/ECM-ENE/Initial-ENE-Provider-Training-Application-\(7-28-17\).docx](https://www.mncourts.gov/mncourtsgov/media/ECM-ENE/Initial-ENE-Provider-Training-Application-(7-28-17).docx).

⁶³⁸ Dans le Minnesota, la pratique des ENE est principalement centrée sur le droit de la famille et est scindée en deux catégories distinctes. D'un côté les Social Early Neutral Evaluations (SENE), qui traitent principalement des conflits portant sur l'aspect social des divorces tel que la garde des enfants, et de l'autre les Financial Early Neutral Evaluations (FENE), qui concernent les désaccords portant sur les pensions alimentaires, l'assistance entre époux etc. Pour plus de détails, voir : K. OLSON, M. SWADEN, « The View from Minnesota », *op. cit.*, pp. 14-15.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 16.

par les évaluateurs, l'exposition des griefs par les parties, les négociations etc.). Le programme prévoit également de sensibiliser les futurs évaluateurs à l'éthique, ainsi qu'aux risques et problématiques importantes susceptibles d'être rencontrés en cours de processus. À ce titre, sont abordés des sujets tels que l'impartialité et la nécessité d'un traitement égal entre les parties, mais également l'importance de l'analyse des comportements de chacun afin de mettre en évidence d'éventuels signes de violences domestiques, ou de problèmes liés à la santé mentale des parties, qui bien entendu nécessiteraient un traitement approprié. Afin de préparer au mieux les évaluateurs, on notera enfin que ces enseignements ont une vocation à la fois théorique et pratique, grâce à l'emploi de jeux de rôles portant sur un ensemble de situations susceptibles d'être rencontrées par ces acteurs en cours de carrière.

359. De son côté, le curriculum consacré aux FENE est beaucoup moins dense. Ceci s'explique notamment par le fait qu'il n'est ouvert qu'aux personnes ayant suivi le programme précédent. Très similaire, ce dernier correspond davantage à une mise à jour qu'à un enseignement à part entière. Sans surprise, l'utilisation de la théorie et de la pratique est donc omniprésente dans le but de permettre aux évaluateurs de préciser les compétences déjà acquises, en intégrant des connaissances propres au fonctionnement des ENE financières – qui ne diffèrent principalement que sur le fond, puisque les matières abordées ne sont pas les mêmes⁶⁴⁰.

360. **Quelles sont ses prérogatives ?** – La majorité des textes qui régissent la pratique des ENE donne à l'évaluateur un cadre qui lui permet de diriger la conduite générale de la séance. Pour ce faire, les *ADR Local Rules* (Northern District of California) lui imposent par exemple la mise en œuvre de huit étapes successives⁶⁴¹, incluant entre autres le fait de permettre aux parties d'exprimer leurs griefs et leurs défenses, l'examen des forces et des faiblesses de chaque argumentaire ou encore la détermination de possibles terrains d'entente afin de parvenir à un accord⁶⁴². L'article 5-13(d) du même texte précise toutefois les contours des prérogatives de l'évaluateur et plus

⁶⁴⁰ La seule différence de forme entre les deux méthodes concerne le nombre d'évaluateurs présents : deux dans le cadre des SENE ; un seul pour les FENE.

⁶⁴¹ ADR L. R., art. 5-11(a). On notera également que ces prérogatives sont mentionnées dans le Northern District of California Amended General Order 26 (art. 6b), également applicable dans le *Northern District of California*.

⁶⁴² Respectivement ADR L. R., art. 5-11(a)(1), (3) et (7).

particulièrement leurs limites. Ainsi apprend-on qu'il est impossible pour ce dernier d'agir en dehors des étapes susvisées, d'obliger les parties à exercer quelque action qu'il soit dans le cadre d'une *discovery*, ou encore de prévoir des sanctions. Il ne peut, en outre, imposer aucune limite aux activités des parties à l'occasion de la phase de *pretrial*⁶⁴³. Néanmoins, flexibilité oblige, la définition textuelle du rôle de l'évaluateur n'est guère plus exhaustive. Dès lors, si l'on en connaît désormais les grandes lignes, il demeure impossible de réellement entrevoir les subtilités de cette fonction sans observer au préalable la manière avec laquelle elle est appréhendée par la pratique.

361. Une grande liberté pour l'évaluateur – À ce titre, l'étude réalisée par Joshua Rosenberg et Jay Folberg⁶⁴⁴ démontre qu'en dehors des quelques limites fixées par les textes que nous venons d'énoncer, l'évaluateur dispose en réalité d'une grande liberté dans l'exercice de sa tâche⁶⁴⁵. Les résultats de ces travaux mettent ainsi en évidence l'existence d'une variété saisissante de pratiques, et ce, dès la détermination des objectifs de la séance. Dès lors, si la plupart des évaluateurs sont d'accord pour reconnaître l'identification des principaux problèmes à l'origine du conflit, ou encore l'amélioration de la communication entre les parties comme des enjeux majeurs de la séance⁶⁴⁶, d'autres objectifs ont quant à eux fait l'objet de profonds désaccords chez les praticiens. Parmi eux, la mise en œuvre d'un plan de *discovery*⁶⁴⁷, ou encore l'idée de faire entrer les parties dans des stipulations légales ou factuelles⁶⁴⁸.

362. Une pratique hétérogène des ENE - Dans cette logique, la grande variété d'appréciations des priorités conduit indéniablement les évaluateurs à diriger les ENE selon des standards qui leur sont propres, amenant par conséquent les parties à bénéficier de sessions aux différences parfois « substantielles ». À titre d'illustration, les travaux de Joshua Rosenberg et Jay Folberg rapportent que si certains évaluateurs préfèrent arriver en séance munis de propositions de stipulations préétablies par leurs

⁶⁴³ *Ibid.*, art. 9. Ces limites furent également prévues par le Gen. Order 26, art. 9.

⁶⁴⁴ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, pp. 1487 et s.

⁶⁴⁵ Les auteurs parlent à ce titre d'une « discrétion considérable » laissée à l'évaluateur afin de conduire la séance (*Ibid.*, p. 1520).

⁶⁴⁶ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1524.

⁶⁴⁷ Cela peut sembler ironique dans la mesure où l'un des objectifs principaux des ENE visait à l'origine à rendre la *discovery* plus efficace en aidant les parties à prioriser les problématiques afin de mieux l'organiser.

⁶⁴⁸ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1524.

soins, d'autres souhaitent au contraire accentuer leurs efforts sur la résolution amiable de l'affaire⁶⁴⁹, conduisant parfois à des situations opposées à l'état d'esprit originel des ENE et donc potentiellement injuste pour les parties⁶⁵⁰.

363. Par ailleurs, on notera que cette différence de pratiques, loin de ne concerner que les évaluateurs aux points de vue opposés, est également observable chez les praticiens qui partagent les mêmes priorités. Ainsi, chez ceux qui ont privilégié la quête de l'accord amiable, on notera que certains ont préféré favoriser la communication avec les avocats en mettant en avant les forces et les faiblesses des argumentaires de chacun⁶⁵¹, alors que d'autres ont opté pour une communication plus directe et accessible pour les parties⁶⁵², afin de les impliquer davantage dans le processus de résolution amiable.

364. Enfin, les travaux de Joshua Rosenberg et Jay Folberg permettent de mettre en lumière de nombreuses différences dans la conduite générale des ENE. À titre d'illustration, si la plupart des règles que nous évoquions prévoient que l'évaluateur doit permettre aux parties d'exposer leur argumentaire et leurs griefs en début de séance, l'étude relève que certains praticiens ont préféré passer outre ce prérequis, considérant que chacun était déjà familier avec l'affaire⁶⁵³. Outre l'entorse qu'elle constitue au regard des textes qui encadrent la bonne exécution des ENE, cette omission constitue selon nous une erreur. Partir du postulat que chacun est au fait des subtilités de l'affaire, c'est en effet oublier que chacune des parties, à ce stade, est bien souvent convaincue du bien-fondé de sa position. La confrontation des arguments offerte par la séance d'ENE constitue à ce titre non seulement la toute première occasion pour l'ensemble des protagonistes d'entendre le point de vue de la partie adverse, mais elle leur permet également de comprendre, au travers des prétentions de chacun, les éléments qui fondent l'origine du conflit. Dès lors, ne pas offrir cette opportunité aux parties, c'est également prendre le risque qu'elles ne

⁶⁴⁹ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, pp. 1524-25.

⁶⁵⁰ A l'origine, l'objectif principal des ENE visait à aider les parties à mettre en œuvre la préparation de leur affaire en amont du procès. Rosenberg et Folberg remarquent toutefois dans leurs travaux que certains évaluateurs, obnubilés par la résolution amiable du conflit, refusaient d'aider les parties à préparer leur procès (par l'organisation d'un plan de *discovery* par exemple) dans le cas où ces dernières ne parvenaient pas à trouver un accord (*ibid.*, p. 1525).

⁶⁵¹ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p.1525.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ *Ibid.*

parviennent pas à la phase de catharsis⁶⁵⁴ pourtant nécessaire à la naissance d'un accord amiable.

365. Dans le même état d'esprit, les textes applicables aux ENE prévoient généralement qu'aucune règle de preuve ne doit s'appliquer en cours de processus⁶⁵⁵, l'objectif n'étant pas d'apporter une décision définitive, mais plutôt une information quant à la situation et à l'argumentaire des parties. A nouveau, les travaux de Joshua Rosenberg et Jay Folberg relèvent que si aucun évaluateur n'applique formellement les règles de preuve fixées par la procédure civile, certains jouent toutefois avec cette limite en demandant non seulement aux parties d'effectuer une présentation « quasi formelle » en début de séance (à l'image de ce qui devrait être fait à l'occasion d'un procès), mais également en se réservant le droit « de poser un ensemble de questions proches d'une *cross-examination* »⁶⁵⁶. Bien que l'argument principalement avancé par ces praticiens souligne l'importance de donner aux parties « un avant-goût » de ce qui est censé leur arriver au tribunal⁶⁵⁷, on ne peut encore une fois que déplorer l'inégalité qu'un tel traitement engendre entre les parties, d'un évaluateur à l'autre.

366. Une pratique rendue instable - L'instabilité provoquée par l'accumulation de ces variations dans la pratique des ENE doit par conséquent nous pousser à poser la question suivante : les évaluateurs jouissent-ils d'une liberté trop importante dans l'exercice de leur charge ? Il résulte de ce qui précède que l'utilisation des modes amiables implique la mise en œuvre de certains compromis au regard de la procédure civile « classique », notamment au regard de la formalité du processus, bien moins importante pour les premiers. La situation qui en découle donne de ce fait naissance à un conflit d'intérêts notoire – mais courant en la matière : les ENE, comme tout mode amiable, doivent, pour fonctionner, jouir d'une certaine flexibilité ; mais cette dernière, ne pouvant être illimitée, doit dans le même temps bénéficier d'un encadrement

⁶⁵⁴ Il est souvent fait référence à cette notion en médiation mais elle peut s'appliquer à l'ensemble des modes amiables. Mise en exergue par le médiateur Thomas Fiutak, la phase de catharsis fait à la fois référence à la libération des émotions, mais également au point de déblocage qui permettra aux parties de parvenir à une forme de compréhension mutuelle et donc d'entamer des discussions saines afin de parvenir à un accord. Pour approfondir : T. FIUTAK, G. PLANES, Y. COLIN, *Le médiateur dans l'arène : Réflexion sur l'art de la médiation*, Erès, 2011, p. 36.

⁶⁵⁵ Cela implique également qu'aucune *cross-examination*

⁶⁵⁶ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1525.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

suffisant afin d'éviter tout risque de dérive au regard de l'éthique et de la sécurité juridique des parties.

367. Une solution est-elle envisageable ? – À nouveau, la solution idéale réside dans une mise en balance équilibrée de ces deux éléments, flexibilité et encadrement n'étant pas forcément deux notions antinomiques. À notre sens, un tel modèle devrait consister en un système suffisamment sécuritaire pour les parties, notamment en ce qu'elles doivent par avance être en mesure de savoir à quoi s'attendre en cours de processus, et ce quel que soit le professionnel qui les prend en charge, mais également permettre à l'évaluateur de bénéficier d'une marge de manœuvre suffisante afin d'apporter une aide aussi efficace que possible à la résolution du conflit. Peut-on dire à l'heure actuelle que la balance entre ces deux éléments est à l'équilibre ? Les statistiques et l'ensemble de ce qui précède laissent plutôt entendre le contraire⁶⁵⁸. Plusieurs mesures permettraient néanmoins de renverser cette tendance en faveur de la sécurité des parties.

368. Un encadrement plus strict des ENE – La première passe inévitablement par un encadrement plus strict de la pratique des ENE, qui doit contraindre sans équivoque les évaluateurs à mettre en œuvre certaines phases du processus⁶⁵⁹. Ce dispositif doit ainsi permettre aux parties – et le cas échéant à leurs avocats – d'anticiper le cheminement du processus afin non seulement d'être en mesure de se préparer, mais également d'éviter les surprises et donc d'éventuels blocages⁶⁶⁰.

369. Une définition plus précise de la non-application des règles de preuves – Il conviendrait ensuite de définir avec plus de précision la question de la non-application des règles de preuves – et de ce qu'elle implique en pratique. En effet, en dépit de l'appel de plusieurs textes à ne pas les utiliser, on notera pour rappel que certains évaluateurs requièrent des parties qu'elles s'acquittent de certaines formalités proches des règles applicables en procédure civile. Compte tenu de l'inégalité qu'un tel arrangement engendre d'un évaluateur à l'autre, il semblerait opportun d'assortir cette règle d'un

⁶⁵⁸ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution », *op. cit.*, p. 1520.

⁶⁵⁹ On notera néanmoins que ces dispositions existent d'ores et déjà dans de nombreux textes applicables aux ENE. Voir par exemple ADR L. R., art. 5-11(a), ou encore Gen. Order 26, art. 6(b). Dès lors, cette mesure ne peut être envisagée que conjointement à la création d'un éventuel organe de contrôle ou à une formation plus approfondie des évaluateurs, comme nous allons le voir dans un instant.

⁶⁶⁰ Nous partons ici du postulat qu'une partie prise par surprise risque davantage de se braquer et donc de ne plus se montrer réceptive au discours de l'évaluateur ou aux propositions de la partie adverse.

explicatif visant à déterminer avec précision quelles peuvent être les prérogatives de l'évaluateur en la matière. Dans cet ordre d'idée, il serait par exemple intéressant de souligner que le contenu de la présentation en début de processus ne doit relever que de la seule discrétion des parties. En d'autres termes, l'évaluateur ne devrait pas être en mesure d'exiger d'elles qu'elles adaptent leur présentation à des standards quasi-formels⁶⁶¹. Dans le même état d'esprit, il conviendrait d'interdire à l'évaluateur et/ou aux parties d'user de moyens applicables à la procédure civile classique, tels que la citation ou l'interrogatoire de témoins (*cross-examination*)⁶⁶².

370. Une formation plus précise des évaluateurs - Afin d'éviter ces problèmes dans le futur, il pourrait enfin sembler opportun d'insister sur l'ensemble de ces points à l'occasion des formations offertes aux évaluateurs, lorsque ces dernières ne le prévoient pas déjà⁶⁶³.

371. Conclusion de chapitre - Pour conclure, on retiendra que les JDR et les ENE permettent, chacune à leur façon, d'inciter les parties à recourir aux modes amiables. Alors que la première s'inscrit dans le cadre d'une procédure judiciaire et fait intervenir le juge, dont les prérogatives sont particulièrement variées, la seconde invite quant à elle les parties à se rencontrer relativement tôt dans la chronologie du conflit, afin d'établir la pertinence de leurs arguments respectifs devant un tiers, appelé évaluateur. Particulièrement intéressants du point de vue de la résolution amiable, ces dispositifs présentent également l'avantage de pouvoir être transposés en France sans difficulté juridique majeure, dans la mesure où les règles applicables dans notre pays ne s'opposent pas à une telle importation. S'il apparaît intéressant d'envisager une telle possibilité, il est néanmoins évident que les moyens nécessaires à la mise en œuvre des JDR et des ENE

⁶⁶¹ En revanche, rien ne devrait interdire les parties de le faire, mais uniquement dans les cas où elles le désirent.

⁶⁶² Cette disposition est généralement présente dans les textes applicables aux ENE (ADR L. R., art. 5-11(b), ou encore Gen. Order 26, art. 6(a)). Il faut en effet rappeler que l'objectif de la méthode n'est en aucun cas de générer une décision définitive. Son but consiste plutôt à offrir aux parties une idée de ce qu'elle aurait été à cet instant, compte tenu des informations divulguées. Elle vise également à susciter, auprès des parties, l'envie de procéder à des négociations en vue de résoudre l'affaire à l'amiable.

⁶⁶³ On notera par exemple que les formations offertes aux évaluateurs en devenir dans le Minnesota consacrent tout un pan de leurs enseignements à l'analyse des différentes phases de la méthode (Initial Early Neutral Evaluation (ENE) Provider Training Program Manual, pp. 9-10, disponible sur : [https://www.mncourts.gov/mncourtsgov/media/ECM-ENE/Initial-ENE-Provider-Training-Application-\(7-28-17\).docx](https://www.mncourts.gov/mncourtsgov/media/ECM-ENE/Initial-ENE-Provider-Training-Application-(7-28-17).docx)).

sont particulièrement différents. Dans le cas des premières, l'intervention du juge nécessite impérativement la mise en œuvre de moyens humains et matériels supplémentaires, afin de l'aider dans sa tâche sans contrevenir aux besoins de la justice traditionnelle, mais également l'élaboration de formations suffisantes en vue de manier ce dispositif, au contenu particulièrement hétérogène. Le fait que les ENE s'inscrivent en dehors de toute procédure judiciaire⁶⁶⁴, et que l'évaluateur puisse être avocat ou plus largement juriste, rend bien entendu cette méthode plus accessible. Pour ce faire, seule la formation des évaluateurs est nécessaire, cette dernière pouvant être prise en charge par les écoles d'avocat dans le cadre de la formation initiale (des futurs professionnels) ou continue (professionnels en exercice), ou par une structure extérieure pour les autres juristes.

372. Si les JDR et les ENE présentent des avantages intéressants, nous allons voir que des outils d'ores et déjà intégrés à la procédure civile en France et outre-Atlantique présentent également de belles perspectives au regard de l'incitation à recourir aux modes amiables.

Chapitre 2 – Le développement par des outils issus de la procédure civile : la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du code de procédure civile

373. Dans le précédent chapitre, nous avons démontré que le recours aux modes amiables pouvait être développé au moyen de méthodes conçues de près ou de loin à cette fin⁶⁶⁵. Si ces dernières font preuve d'une certaine efficacité, il faut toutefois reconnaître que leur mise en œuvre nécessite le déploiement de ressources à la fois matérielles⁶⁶⁶ et

⁶⁶⁴ Au même titre que le droit collaboratif, la procédure participative, ou dans certains cas la médiation, les ENE sont conduites en dehors de toute intervention de la force publique. Le fait qu'aucun juge en exercice ne puisse intervenir ici simplifie dès lors considérablement l'introduction de cette méthode en droit français, dans la mesure où aucune règle de procédure n'aura à être adaptée pour l'accueillir.

⁶⁶⁵ Pour rappel, bien que les *Early Neutral Evaluations (ENE)* n'aient pas été conçues à cette fin, nous avons rappelé plus haut que ce qui n'était au départ qu'un effet secondaire est devenu, avec le temps, l'un des points d'intérêt majeurs de la méthode. Le schéma était complètement inverse à l'égard des *Judicial Dispute Resolution (JDR)* en Alberta, dont la problématique de départ visait justement à trouver un moyen de favoriser la résolution amiable anticipée des affaires.

⁶⁶⁶ Puisque pour fonctionner, il est notamment impératif que des locaux soient mis à la disposition des praticiens.

humaines⁶⁶⁷ potentiellement importantes. À l'heure où la sobriété économique constitue une norme avec laquelle la justice se voit désormais contrainte de cohabiter, l'effort d'utiliser les outils déjà en vigueur dans la procédure civile pourrait fonder les prémices d'une solution sinon idéale, au moins intéressante. Cette solution pourrait être incarnée par deux dispositifs bien connus de part et d'autre de l'Atlantique. Le premier est nord-américain : c'est la *discovery* ; le second est français et correspond aux mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du code de procédure civile.

374. **La *discovery*** – Mise en vigueur aux États-Unis par la promulgation des *Federal Rules of Civil Procedure* (ci-après FRCP) en 1938⁶⁶⁸, la *discovery* fit à plusieurs reprises l'objet d'ajustements en 1946, 1948, 1951⁶⁶⁹ ou encore plus récemment en 2015⁶⁷⁰, afin de lui donner le régime que nous lui connaissons aujourd'hui. Largement contrôlée par les parties⁶⁷¹, la *discovery* sert plusieurs objectifs majeurs. Tout d'abord, elle vise bien entendu à permettre aux protagonistes de délimiter leur litige aussi précisément que possible, tout en effectuant un tri dans leurs prétentions respectives⁶⁷². Elle leur donne ensuite l'opportunité de dégager l'ensemble des preuves nécessaires au soutien de leurs positions devant le juge – permettant par là même de mettre en exergue les prétentions sans fondement ou frauduleuses, mais également de présenter à la partie adverse les preuves qui pourraient être invoquées à l'occasion du procès⁶⁷³. La *discovery* doit enfin contribuer à encourager les parties à privilégier la voie amiable à la résolution contentieuse de leur affaire⁶⁷⁴.

⁶⁶⁷ Le bon fonctionnement de ces méthodes reposant en effet sur la formation des personnes concernées, à savoir principalement les magistrats (pour les *judicial dispute resolutions*) et les avocats (pour les *judicial dispute resolutions* et les *early neutral evaluations*).

⁶⁶⁸ 308 U.S. 645 (1939).

⁶⁶⁹ « Developments in the Law. Discovery », *Harv. Law. Rev.*, vol. 74, no. 5, (Mar. 1961), p. 950.

⁶⁷⁰ Cet amendement contient une avancée majeure dans la pratique de la *discovery* puisqu'il instaure pour la première fois la nécessité d'agir avec proportionnalité. Pour plus de précisions, voir : J. F. SUTTON, D. A. WEBB, « The 2015 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and the 2017 Pilot Projects », *Judicature*, vol. 101, no. 3, (Autumn 2017), p. 13.

⁶⁷¹ Le caractère accusatoire de la procédure civile américaine exclut en effet le juge du processus de *discovery* en quasi-totalité, ne lui permettant d'intervenir qu'en de rares cas.

⁶⁷² A nouveau, il s'agit de l'idée selon laquelle les parties, en prenant connaissance des prétentions et arguments adverses, réalisent quelles sont les forces et les faiblesses de leurs propres positions, ce qui peut, dans le cas où ces dernières ne sont pas favorables, conduire à leur abandon pur et simple. Voir : « Developments in the Law. Discovery », *op. cit.*, p. 944.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 945.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, pp. 945-46. Cet encouragement n'est pas nécessairement actif. Il peut en effet découler des circonstances, en ce que les parties, en exposant leurs arguments préliminaires, peuvent être conduites à préférer une résolution amiable de leur conflit, en particulier dans les cas où la solution qui pourrait être retenue par le juge ou par le jury civil apparaît incertaine.

375. Afin de parachever ce but, la *discovery* peut prendre plusieurs formes, parfois communes, entre les États-Unis et le Canada de *common law*. Pour les besoins de ce chapitre, nous ne retiendrons que celles qui sont les plus utilisées, à savoir les dépositions⁶⁷⁵, les interrogatoires⁶⁷⁶ et la *discovery of documents*⁶⁷⁷.

376. **Les dépositions (ou *depositions*)** – Également appelées *oral examination for discovery* au Canada, les dépositions consistent en un examen oral enregistré⁶⁷⁸ d'une partie adverse, effectué sous serment⁶⁷⁹. Alors que les textes canadiens ne prévoient rien d'équivalent à ce sujet, les conditions dans lesquelles les dépositions se déroulent aux États-Unis sont relativement formelles, puisqu'elles s'exercent sous le contrôle d'une personne habilitée par la loi fédérale ou la loi locale à faire prêter serment⁶⁸⁰. Les règles applicables aux juridictions fédérales de ces deux États s'accordent toutefois pour reconnaître l'existence de plusieurs limites à l'application des dépositions. Les *Federal Rules of Civil Procedure* (États-Unis) prévoient par exemple que, sauf stipulation contraire des parties ou autorisation de la cour, ces dernières ne peuvent s'exercer sur plus d'une journée de sept heures⁶⁸¹. Si cette limite n'est pas prévue par les Règles des Cours Fédérales canadiennes⁶⁸², il est toutefois reconnu qu'en dehors de l'autorisation expresse de la cour, aucune partie ne peut être interrogée plus d'une fois⁶⁸³. Les dépositions peuvent par ailleurs servir plusieurs objectifs, dont certains furent listés par le juge

⁶⁷⁵ Fed. R. Civ. P., R. 30 (États-Unis) ; SOR/98-106, R. 234 et s. (Canada, Cour fédérale).

⁶⁷⁶ Fed. R. Civ. P., R. 33 (États-Unis) ; SOR/98-106, R. 234 et s. (Canada, Cour fédérale).

⁶⁷⁷ Fed. R. Civ. P., R. 34 (États-Unis) ; SOR/98-106, R. 222 et s. (Canada, Cour fédérale).

⁶⁷⁸ Au Canada, cet enregistrement prend généralement la forme d'une transcription écrite (N. G. WILSON, M. SANTOS, « Rules of Civil Procedure Chapters, Discovery, Rule 31 - Examination for Discovery » in *Civil Procedure and Practice in Ontario*, Noel Semple (ed.), Canadian Legal Information Institute, 2021 CanLIIDocs 2023, <<https://canlii.ca/t/tbgj>>, consulté le 16/11/2022). Aux États-Unis, il incombe à la partie demanderesse (de la déposition) de choisir le mode d'enregistrement, qui peut être « audio, audiovisuel ou sténographié », conformément à l'article 30 (b)(3)(A) FRCP.

⁶⁷⁹ Fed. R. Civ. P., R. 30 (États-Unis) ; SOR/98-106, R. 234 et s. (Canada, Cour fédérale). On notera par ailleurs qu'aux États-Unis, il est possible pour une partie de faire déposer toute autre personne que la partie adverse, conformément à l'article 30 (a)(1) FRCP, sans autorisation préalable de la cour. En droit canadien, cette possibilité est quant à elle soumise à l'autorisation du juge par voie de requête, conformément à l'article 238 (1) des Règles des Cours Fédérales.

⁶⁸⁰ Fed. R. Civ. P., R. 30 (b)(5)(A) et R. 28 (États-Unis).

⁶⁸¹ Fed. R. Civ. P., R. 30 (d)(1).

⁶⁸² On notera toutefois que la même limite de sept heures est prévue à l'échelle des juridictions provinciales, notamment en Ontario (R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 31.05.1 (1)).

⁶⁸³ SOR/98-106, R. 235.

Trainor en 1981⁶⁸⁴. Le premier consiste bien entendu à aider la partie « examinante » à en apprendre davantage sur le cas ainsi que sur les intentions de la partie adverse. Le second vise quant à lui à entraîner la production d'aveux permettant à la fois de se passer de preuve formelle et/ou d'étayer son propre argumentaire en défaisant celui de son opposant. Le juge Trainor retient ensuite que les dépositions doivent contribuer à favoriser l'accès à une solution négociée (*settlement*), ou tout du moins faciliter la procédure de *pretrial* et/ou le procès. Il souligne enfin, en quatrième et cinquième positions, que les dépositions peuvent aider les parties à effectuer un tri dans les problématiques qui les animent, tout en évitant les surprises à l'occasion du procès⁶⁸⁵.

377. Les interrogatoires (ou *interrogatories*) – Avant toute chose, il convient ici de ne pas se laisser influencer par la matière pénale, qui ne considère l'interrogatoire que sous sa forme orale⁶⁸⁶. Dans le cadre d'une *discovery* civile, ce dernier ne peut en effet qu'intervenir par écrit. Il consiste alors en l'envoi de questions à la partie adverse, qui sera amenée à y répondre – elle aussi par écrit – sous serment. L'interrogatoire correspond en ce sens au pendant écrit des dépositions⁶⁸⁷. Si ce dernier répond aux mêmes objectifs que la méthode qui précède, il bénéficie également de certains avantages qui lui sont propres. En effet, la logistique nécessaire à la mise en œuvre des interrogatoires étant plus légère, ces derniers permettent à l'ensemble des protagonistes d'épargner du temps et de l'argent. Généralement utilisés dans le cadre d'affaires ne suscitant aucune difficulté particulière, le recours aux interrogatoires reste néanmoins susceptible de générer quelques revers, en particulier pour deux raisons. La première réside dans leur forme écrite, qui, même sous serment, laisse incontestablement plus de temps à la partie adverse pour formuler une version des faits potentiellement moins dévalorisante ; la seconde concerne quant à elle le fait que le nombre de questions étant limité par les *Federal Rules*

⁶⁸⁴ *Ontario Bean Producers Marketing Board v. W.G. Thompson & Sons* (1981), 32 O.R. (2d) 69 (H.C.J.). Pour plus de précisions, voir également : L. S. ABRAMS, K. P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, Second Edition, LexisNexis, 2010, p. 1048.

⁶⁸⁵ *Ontario Bean Producers Marketing Board v. W.G. Thompson & Sons* (1981), 32 O.R. (2d) 69 (H.C.J.). Pour plus de précisions, voir également : L. S. ABRAMS, K. P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, Second Edition, LexisNexis, 2010, p. 1048.

⁶⁸⁶ Le Vocabulaire juridique de Gérard Cornu le définit d'ailleurs comme l'« audition d'une personne [...] », ce qui laisse très largement entendre que l'interrogatoire est oral (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} Edition, PUF, « Quadrige », 2018, p. 570).

⁶⁸⁷ Il ne s'agit toutefois pas de dépositions écrites, puisque ces dernières existent également aux Etats-Unis (on parle alors de *depositions by written questions* et leur régime est prévu à l'article 31 FRCP). Les interrogatoires disposent quant à eux d'un régime différent prévu à l'article 33 FRCP.

of Civil Procedure, il devient stratégiquement impossible de reposer une même question en vue d'observer d'éventuelles variations dans les dires de la partie adverse⁶⁸⁸, ce qui permettrait de la décrédibiliser. On notera pour finir que si les interrogatoires sont particulièrement utilisés aux États-Unis, il n'en existe aucun réel équivalent au Canada⁶⁸⁹, qui n'utilise que les *examinations* (ou dépositions) et la *discovery of documents*.

378. **La *discovery of documents*** – La *discovery of documents* correspond à l'outil le plus important du dispositif⁶⁹⁰. Son objectif est simple : contraindre chacune des parties à dévoiler l'existence de tout document susceptible d'intéresser les demandes ou la défense de la partie adverse⁶⁹¹. Aux États-Unis comme au Canada, le terme « *document* » est entendu au sens large et peut inclure de manière non exhaustive et indistinctement de leur support (papier ou numérique) des écrits, dessins, graphiques, enregistrements audio et/ou vidéo, cartes ou encore images. On notera que, de part et d'autre de la frontière, le régime de la *discovery of documents* s'exécute en deux temps. Le premier concerne la signification de l'existence des documents (ou *disclosure*) qui sont « en la possession, sous l'autorité ou sous la garde de la partie »⁶⁹². Si cette dernière ne prend aucune forme déterminée aux États-Unis, les Règles des Cours Fédérales canadiennes prévoient que cette liste de documents doit être transmise à la partie adverse dans un affidavit⁶⁹³. Le second temps qui anime ce dispositif porte quant à lui sur l'examen des documents signifiés. À ce titre, les États-Unis et le Canada reconnaissent à chacune des parties la prérogative d'obtenir de son opposante le droit notamment d'inspecter ou de reproduire tout document mentionné dans la signification, à condition que ce dernier ne

⁶⁸⁸ Que le nombre de questions soit limité ou non, il apparaîtrait dans tous les cas inopportuns de reposer une question à l'écrit, dans la mesure où la partie interrogée n'aurait qu'à se référer à la première afin de faire concorder toutes les autres versions.

⁶⁸⁹ Le seul outil qui pourrait à première vue équivaloir aux interrogatoires américains correspondrait à la *procedure on examination for discovery by written questions* (qui n'est ni plus ni moins que la version écrite des dépositions). On notera toutefois deux choses. Toute d'abord, il en existe un équivalent direct aux États-Unis prévu à l'article 31 FRCP (appelé *depositions by written questions*) et dont le régime est différent des interrogatoires ; ensuite, et contrairement aux interrogatoires américains, cet outil est utilisé de manière relativement anecdotique par les parties en conflit au Canada (pour plus de précisions à ce sujet, voir L. S. ABRAMS, K. P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, *op. cit.*, p. 1092.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 1014.

⁶⁹¹ Fed. R. Civ. P., R. 26 (b)(1) (États-Unis) ; SOR/98-106, R. 222 (2) (Canada, Cour fédérale).

⁶⁹² SOR/98-106, R. 223 (2)(a)(i) (Canada, Cour fédérale) ; Fed. R. Civ. P., R. 26 (a)(1)(A)(ii) (États-Unis).

⁶⁹³ SOR/98-106, R. 223 (1) (Canada, Cour fédérale) ; l'article 26 FRCP (États-Unis) ne prévoit quant à lui que l'obligation pour les parties de « fournir » (*provide*) cette liste de documents à la partie adverse, sans indication supplémentaire. On peut en conclure qu'aucune formalité spécifique n'est requise en dehors du contenu explicité dans l'article.

soit pas protégé par un privilège de non-divulgence⁶⁹⁴. On notera toutefois que les États-Unis donnent en sus aux parties la possibilité de demander toute chose tangible, à condition qu'elle soit désignée⁶⁹⁵. Enfin et comme toutes les autres méthodes qui précèdent, la *discovery of documents* est frappée d'une limite générale de proportionnalité des actes engagés⁶⁹⁶, afin d'éviter les abus auxquels beaucoup de professionnels nord-américains étaient habitués jusqu'alors.

379. Les mesures d'instruction *in futurum* – De son côté, la France dispose d'un outil à première vue similaire à la *discovery* : les mesures d'instruction *in futurum*. Prévues à l'article 145 du code de procédure civile, ces dernières visent, au même titre que leur cousine nord-américaine, à « conserver, ou établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige »⁶⁹⁷. Si l'objectif premier reconnu par le texte correspond donc à la recherche de la preuve, on notera néanmoins que certains auteurs s'accordent pour reconnaître que les mesures d'instruction *in futurum* permettent également aux parties d'apprécier l'intérêt à agir dans la potentielle affaire qui les opposerait⁶⁹⁸. En partant de ce postulat, on peut ainsi considérer que trois options s'offrent à la partie requérante : les poursuites dans le cas où les informations réunies justifient une action en justice potentiellement fructueuse, l'abandon dans le cas contraire, ou encore la voie alternative lorsque les perspectives sont plus mitigées. C'est cette dernière hypothèse qui retiendra ici notre attention, en ce qu'elle permet d'effectuer un rapprochement entre les mesures d'instruction *in futurum* et la *discovery*.

380. Des méthodes à la fois similaires et différentes - Cette comparaison doit néanmoins être appréhendée avec prudence à plusieurs titres. Tout d'abord, d'un point de vue strictement formel, il est intéressant de souligner que si la résolution amiable du

⁶⁹⁴ Fed. R. Civ. P., R. 34 (a)(1) (États-Unis) ; SOR/98-106, R. 228 (1) (Canada, Cour fédérale).

⁶⁹⁵ Fed. R. Civ. P., R. 34 (a)(1)(B) (États-Unis). La requête doit toutefois « décrire avec une précision raisonnable chaque élément ou catégorie d'éléments à inspecter » et doit prévoir à quel moment et où doit s'effectuer l'inspection (Fed. R. Civ. P., R. 34 (b)(1)(A) et (B)).

⁶⁹⁶ Fed. R. Civ. P., R. 26 (b)(1) (États-Unis) ; SOR/98-106, R. 222 (2) (Canada, Cour fédérale).

⁶⁹⁷ On remarquera par ailleurs que pour ce faire, le juge dispose de plusieurs options allant de la production forcée de pièces (par exemple : Civ. 2^e, 26 mai 2011, Dr. et proc. juill.-août 2011, AJ p. 188) à la désignation d'un expert ou d'un huissier en vue d'établir la preuve d'un fait (par exemple Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, P V, n° 84 ; D. 2007. 1590, obs. A. Fabre ; RTD civ. 2007. 637, obs. R. Perrot ; JCP 2007. I. 200, n°20).

⁶⁹⁸ Voir par exemple : P. THERY « La finalité de la preuve », *Droits*, 1996, p. 45 : ou plus récemment S. GUINCHARD et al., *Procédure civile*, 7^{ème} édition, Dalloz, « HyperCours », 2021, p. 189.

litige apparaît comme un objectif affiché de la *discovery*⁶⁹⁹, tel n'est pas le cas des mesures d'instruction *in futurum* prévues par l'article 145 du code de procédure civile, qui reste muet à ce sujet. On remarquera par ailleurs que la doctrine peine également à lui reconnaître ce rôle, contrairement à ce qui se fait en Amérique du Nord⁷⁰⁰.

381. Sur les détails pratiques ensuite, on notera deux différences majeures dans l'exercice de ces méthodes. La première concerne la temporalité de leur mise en œuvre. La *discovery*, nous l'avons vu, est intimement liée à l'existence d'une procédure judiciaire en cours. Elle constitue à ce titre une étape à part entière de la préparation du procès civil en Amérique du Nord. Le cas des mesures d'instruction *in futurum* est quant à lui bien différent, dans la mesure où leur mise en œuvre suppose qu'aucune instance ne soit déjà introduite⁷⁰¹. Cela signifie en d'autres termes que pour pouvoir s'appliquer, il est nécessaire qu'aucun juge ne soit saisi au fond du litige dont il est question dans la demande de l'intéressé. Le procès au fond n'est donc, à ce stade, qu'une simple éventualité⁷⁰². La seconde différence importante entre ces deux méthodes porte quant à elle sur l'implication du juge dans leur mise en œuvre. Pour la *discovery*, la réponse est simple : il n'intervient qu'en de très rares circonstances, que, dans un souci de concision, nous ne prendrons pas la peine d'énumérer ici. À l'inverse, la mise en œuvre des mesures d'instruction *in futurum* ne peut être envisagée que sous le prisme de l'autorisation préalable du juge : il constitue donc un passage obligé. Pour ce faire, plusieurs conditions doivent être réunies. En dehors de l'inexistence de procès au fond que nous mentionnions à l'instant, la partie qui souhaite recueillir des preuves sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, doit dans un premier temps soumettre sa demande sous la

⁶⁹⁹ Advisory Comity Amendment 1993, R26 : « The objective is to eliminate the time and expense in making these disclosures of evidence and objections in those cases that settle shortly before trial, while affording a reasonable time for final preparation for trial in those cases that do not settle ».

⁷⁰⁰ Voir par exemple : K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *J. Empir. Leg. Stud.*, vol. 6, no. 2, (Jun. 2009), pp. 241-78 ; L. A. BEBCHUK, « Litigation and Settlement Under Imperfect Information », *Rand J. Econ.*, vol. 15, no. 3, (Autumn 1984), pp. 404-15 ; R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *J. Leg. Stud.*, vol. 23, no. 1, (Jan. 1994), pp. 435-63.

⁷⁰¹ L'article 145 du code de procédure civile insiste en effet sur cette condition d'antériorité de la demande par rapport à l'introduction de l'instance, en soulignant que cette dernière doit intervenir « avant tout procès ». Pour plus de précisions, voir C. CHAINAIS et al., *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35^{ème} édition, Dalloz, 2020, pp. 1406-07 ; S. GUINCHARD et al., *Procédure civile*, 7^{ème} édition, Dalloz, « HyperCours », 2021, pp. 60 ; 188-89, ou encore S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, 10^{ème} édition, Dalloz, « Dalloz action », 2020, pp. 108-09.

⁷⁰² C'est la rédaction de l'article 145 du code de procédure civile qui laisse entendre, sans la nommer, cette incertitude par rapport à l'existence future du procès. On notera en effet que le législateur emploie ici le conditionnel, lorsqu'il souligne que cette demande doit concerner « la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige ».

forme d'un référé ou, à titre exceptionnel, d'une requête⁷⁰³. L'intéressé doit en outre justifier de la présence d'un motif légitime, dont l'interprétation relève de l'appréciation souveraine du juge⁷⁰⁴. Afin que sa demande ne soit pas irrecevable, il incombe également au requérant de justifier du but recherché par sa démarche, qui doit exclusivement viser à la recherche ou la conservation de la preuve⁷⁰⁵. Les mesures sollicitées doivent, pour finir, être légalement admissibles⁷⁰⁶.

382. Il ressort dès lors de ces deux différences – la temporalité et l'intervention du juge - qu'une comparaison analytique entre la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* serait susceptible de présenter plusieurs biais : on ne peut effectivement comparer que le comparable⁷⁰⁷. Ces différences ne doivent néanmoins pas nous faire oublier les nombreuses similitudes qui rapprochent ces deux méthodes, aussi bien au regard de leur but – la recherche de la preuve, que des mesures qui peuvent être demandées sous couvert de leur utilisation. Par ailleurs, les résultats auxquels ces dernières sont susceptibles de parvenir sont parfaitement équivalents, en ce que les parties sont amenées à effectuer les mêmes choix entre la poursuite sur la voie

⁷⁰³ L'article 145 du code de procédure civile autorise toute partie à user indistinctement de l'une ou de l'autre de ces voies de recours. La position de la doctrine à ce sujet fut quant à elle plus tranchée au fil des années, soulignant d'un côté que l'application de l'article 145 était autonome et qu'elle impliquait par conséquent la possibilité d'un recours indifférencié au référé ou à la requête et de l'autre, qu'il fallait être plus prudent d'éviter de faire l'amalgame entre ces deux voies de recours (S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 115). C'est finalement la seconde position qui fut choisie par la jurisprudence (Civ. 2^e, 13 mai 1987, n°86-11.098, P II, n°112 ; JCP 1987 ; IV. 244 ; RTD civ. 1988. 181 obs. R. Perrot).

⁷⁰⁴ Le motif légitime s'apprécie au sens large et intègre par conséquent plusieurs éléments distincts. La jurisprudence et la doctrine s'entendent ainsi pour reconnaître que le procès, s'il peut n'être qu'éventuel, doit tout de même avoir de réelles chances d'exister. Ne pourrait donc être ordonnée une mesure d'instruction *in futurum* « si le cadre ou les limites de la saisine du juge du fond ne sont ni établies, ni déterminables » (Paris, 26 déc. 1986, D. 1987. 344, note M. Jeantin ; M. JEANTIN, « Les mesures d'instruction *in futurum* », *D.*, (1980), II, pp. 206-07 (où le professeur Jeantin parle de la « justification d'un intérêt à agir ») ; ou encore S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 109). On notera encore que le motif légitime inclut l'idée selon laquelle la mesure sollicitée ne doit pas être inutile (elle doit par exemple contribuer à améliorer la situation probatoire des parties), ainsi que la nécessité pour le juge de rechercher si les intérêts légitimes du défendeur ne sont pas violés par elle (Une mesure d'instruction *in futurum* ne pourrait par exemple pas être ordonnée dans le cas où elle serait susceptible de porter atteinte à la vie privée du défendeur). Pour plus de précisions, voir S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 115 ; S. GUINCHARD et al., *Procédure civile*, op. cit., pp. 188-89 ; ou encore C. CHAINAIS et al., *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, op. cit., pp. 1408-09.

⁷⁰⁵ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, op. cit., p. 112.

⁷⁰⁶ Cette condition, prévue par l'article 143 du code de procédure civile, est quant à elle de portée générale.

⁷⁰⁷ En l'espèce, les deux différences présentées plus haut conduisent les professionnels à employer ces outils de manière très différente : ils font partie intégrante du processus de *discovery* alors qu'ils sont utilisés en préventive d'un procès éventuel dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum*. Les motivations initiales des parties ne sont donc pas les mêmes et conduisent, sur ce point, à un état d'esprit différent.

contentieuse, l'abandon ou la résolution amiable. Il ne s'agirait donc pas ici de comparer les procédés qui animent la mise en œuvre de la *discovery* et des mesures d'instruction *in futurum*, mais plutôt leur dénouement et plus particulièrement leur propension à favoriser le règlement amiable d'un conflit.

383. Partant de ce postulat, il pourrait dès lors sembler intéressant d'étudier dans un premier temps les éléments qui, en pratique, sont susceptibles d'encourager les parties à privilégier une solution négociée dans le cadre de l'utilisation de ces méthodes (§1). Ce point permettra, comme nous l'avons évoqué au début de cette introduction, de nous rendre compte qu'une simple manipulation peut contribuer à faire d'un outil préexistant en procédure civile un instrument de résolution amiable à part entière. Pour ne pas faire totalement fi des différences que nous évoquions à l'instant, nous nous questionnerons dans un second temps sur les possibles variations qui sont susceptibles d'intervenir entre la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* (§2).

§1. La *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* : de la procédure civile à la résolution amiable des conflits

384. Bien qu'appartenant à la procédure civile « classique », la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* peuvent être amenées à jouer un rôle actif à la fois dans le développement et la stimulation du recours aux modes amiables. Soyons néanmoins clairs sur un point : l'une et l'autre de ces méthodes n'ont aucune vocation à résoudre directement le conflit⁷⁰⁸. Elles contribuent simplement à générer chez les parties sinon une appétence, au moins une possible curiosité envers l'éventualité de recourir à la voie amiable. Toute la question est de savoir comment. Si la littérature en la matière est restée très discrète au sujet des mesures d'instruction *in futurum*, on notera que bon nombre d'auteurs nord-américains ont tenté de répondre à cette interrogation. Il ressort de leurs travaux que deux éléments de la *discovery* sont susceptibles de favoriser l'intérêt des parties pour les modes amiables⁷⁰⁹ : l'échange d'informations, en ce qu'il permet aux

⁷⁰⁸ On fera ici abstraction des cas où les parties décident d'abandonner les poursuites, puisque par définition, ces dernières se rendent compte que la ou les questions originellement soulevées n'avaient pas lieu d'être. Dans ce cas de figure, on considérera alors que le conflit n'a rétroactivement jamais existé.

⁷⁰⁹ Dans la mesure où la littérature française est restée muette sur ce point et que le mécanisme permettant de parvenir à cet intérêt pour les parties est similaire d'une méthode à l'autre, nous nous baserons sur les travaux des chercheurs nord-américains pour étayer la théorie que nous cherchons à mettre en avant.

parties de prendre conscience de leur positionnement réel dans l'affaire (A) et les coûts potentiellement engendrés par une *discovery* qui s'éternise (B).

A. L'échange d'informations : un déclencheur dans la perception de la situation réelle des parties

385. Nous avons déjà eu l'occasion d'aborder brièvement la question de l'échange d'informations au sujet de plusieurs méthodes citées plus haut, en rappelant que son caractère plus ou moins anticipé pouvait présenter un bénéfice au regard de la résolution amiable du conflit. Si la logique est ici la même dans les grandes lignes, elle présente néanmoins quelques particularités propres au caractère primitivement contentieux de la *discovery* et des mesures d'instruction *in futurum*, qui ont notamment occasionné quelques débats doctrinaux. À ce titre, on notera que la plupart des études réalisées à ce sujet en Amérique du Nord plaident en faveur de cette position, invoquant le fait que la *discovery*, dont le but premier consiste à rassembler des preuves en vue du procès, permet aux parties d'instaurer entre elles une certaine forme de symétrie informationnelle, cruciale dans le cadre de la résolution amiable du litige (1). D'autres auteurs ont quant à eux opté pour une position plus mitigée, en invoquant la probabilité que la *discovery* ne joue en réalité aucun rôle crucial dans ce cadre (2).

1. L'importance de la symétrie informationnelle

386. La théorie selon laquelle la bonne communication entre les parties contribue à instaurer un climat favorable en vue de parvenir à un accord amiable n'est pas nouvelle. Elle s'applique en réalité à l'ensemble des modes amiables, dont le succès repose sur la bonne coopération entre les protagonistes. La logique ici n'est cependant pas tout à fait la même. La *discovery* – tout comme les mesures d'instruction *in futurum* – n'intervient en effet pas dans le même contexte, puisqu'elle s'inscrit dans le cadre d'une procédure contentieuse⁷¹⁰. En d'autres termes, lorsque les parties se lancent dans cette épopée qu'est le procès, il s'agit davantage de gagner la guerre que de former une coalition en vue de l'éviter. Cette situation conduira bien souvent les parties à évoluer, au moins dans un premier temps, en autarcie en vue d'élaborer leur stratégie respective.

⁷¹⁰ Procédure qui n'est, pour rappel, pas encore en cours dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum*.

387. Les effets néfastes de l'asymétrie informationnelle sur les négociations - Les travaux réalisés à ce sujet par Kuo-Chang Huang, Lucian Bebchuk ou encore Robert Cooter et Daniel Rubinfeld⁷¹¹ conduisent à penser que cette situation porte considérablement atteinte aux perspectives de résolution amiable, notamment en raison de l'asymétrie informationnelle suffisamment importante qui règne entre les parties à cette étape de la procédure. Les auteurs reconnaissent par conséquent qu'un tel cas de figure conduit les parties à n'être en mesure ni de percevoir leur position réelle, ni de comprendre les attentes de leur adversaire ⁷¹², rendant dès lors la conduite de négociations viables difficile.

388. Pour mieux comprendre cette démonstration, il convient, selon les études que nous mentionnions, de poser quelques bases. On part tout d'abord du principe que dans toute tentative de négociation :

- Le demandeur n'acceptera aucune offre d'accord inférieure au dédommagement qui, selon lui, a des chances d'être prononcé en sa faveur à l'occasion du procès ;
- À l'inverse, le défendeur n'émettra aucune offre supérieure au dédommagement qui, selon lui, risque d'être prononcé en faveur du demandeur à l'occasion du procès ;
- Enfin, il y a peu de chance de parvenir à un accord si l'offre du défendeur est inférieure aux attentes du demandeur⁷¹³.

389. Partant, si les parties optent pour une stratégie impliquant de retenir des informations, il apparaît que les chances de voir les prétentions du demandeur et du défendeur se rencontrer sont sinon compromises, au moins improbables. Ainsi en irait-il du cas où le défendeur dispose de preuves susceptibles de démontrer que les prétentions

⁷¹¹ K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *J. Empir. Leg. Stud.*, vol. 6, no. 2, (Jun. 2009), pp. 241-78 ; L. A. BEBCHUK, « Litigation and Settlement Under Imperfect Information », *Rand J. Econ.*, vol. 15, no. 3, (Autumn 1984), pp. 404-15 ; R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *J. Leg. Stud.*, vol. 23, no. 1, (Jan. 1994), pp. 435-63.

⁷¹² Il résulte dès lors de cette asymétrie informationnelle que les parties ont peu de chances de parvenir à un accord dans les cas où cette dernière persiste. Voir notamment : L. A. BEBCHUK, « Litigation and Settlement under Imperfect Information », *op. cit.*, p. 409 ; K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, p. 242 ; ou encore R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *op. cit.*, pp. 439 et s.

⁷¹³ K.-C. HUANG, *ibid.*, pp. 245-46 ; R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, *ibid.*, p. 439.

du demandeur sont infondées ou surestimées. Il est ici bien évident que si le premier ne souhaite – ou ne peut – pas divulguer ces informations (ce qui peut par exemple arriver lorsque les preuves en question ne sont pas encore parfaitement établies ou sont obtenues de manière informelle, ou lorsque ces dernières sont gardées secrètes pour des raisons stratégiques), l'un et l'autre ne seront jamais en mesure de trouver un terrain d'entente, dans la mesure où les offres ne se croiseront jamais ⁷¹⁴. L'asymétrie informationnelle générée par cette situation engendrera dès lors un blocage⁷¹⁵, faute de n'avoir pu satisfaire aux trois conditions posées à l'instant.

390. S'il apparaît dès lors que la problématique de cette situation repose sur le silence des parties, la solution devrait en toute logique se trouver dans la possibilité, voire l'obligation pour ces dernières d'échanger des informations entre elles. C'est là qu'intervient la *discovery*⁷¹⁶. Mais comment impacte-t-elle la symétrie informationnelle ?

391. **L'impact de la *discovery* sur la symétrie informationnelle** – Si l'ensemble des auteurs que nous citons à l'instant sont d'accord pour reconnaître l'aptitude de la *discovery* à instaurer un climat potentiellement favorable aux négociations, chacun explique ce phénomène de manière différente. Dans ses travaux, Lucian Bebchuk pose par exemple la thèse selon laquelle la *discovery*, en réduisant l'asymétrie informationnelle entre les parties, contribue également à restreindre l'écart entre ce qu'il appelle la distribution des types, qui, dans ce contexte, peut être définie comme la répartition des seuils fixés par les parties au-delà ou en deçà desquels ces dernières refuseront l'offre émise par la partie adverse⁷¹⁷. Selon l'auteur, c'est bel et bien

⁷¹⁴ Admettons que le demandeur estime son dommage à 8.000€ mais que le défendeur dispose d'informations obtenues de manières informelles lui permettant de penser que ce dernier ne peut en réalité être supérieur à 4.000€. Le caractère informel de la preuve obtenue par le défendeur ne lui permet pas de la présenter au demandeur, mais l'information n'en est pas moins réelle. Cette situation asymétrique donnera donc nécessairement lieu à blocage puisque les prétentions de l'un ne pourront jamais être satisfaites par l'autre, qui refusera systématiquement de baisser ou d'augmenter son offre, faute de preuve.

⁷¹⁵ L. A. BEBCHUK, « Litigation and Settlement under Imperfect Information », *op. cit.*, p. 409 ; K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement ? An Empirical Answer », *op. cit.*, p. 247.

⁷¹⁶ On peut là encore étendre ce raisonnement aux mesures d'instruction *in futurum*.

⁷¹⁷ Si nous reprenons l'exemple cité plus haut, on retiendrait une distribution selon laquelle le type du défendeur est de 4.000€, alors que celui du demandeur est de 8.000€. En d'autres termes, le défendeur n'acceptera aucune proposition d'accord supérieure à 4.000€ et le demandeur aucune offre inférieure à 8.000€.

la mise à l'équilibre de cette répartition qui augmente les probabilités de signature d'un accord⁷¹⁸.

392. Pour Kuo-Chang Huang, le rétablissement d'une certaine forme de symétrie informationnelle, rendu possible par la *discovery*, affecte l'estimation subjective des parties au regard du procès. Elle leur permet par conséquent d'adopter une vision plus réaliste de leur situation, en les contraignant potentiellement à dévoiler les informations qu'elles retiennent. Admettons par exemple que le défendeur dispose d'informations susceptibles de le désavantager. Il est bien évident que ce dernier fera tout pour les dissimuler, afin de ne pas payer davantage⁷¹⁹. La *discovery* permettra dès lors de rétablir l'équilibre informationnel entre les parties, et offrira par là même au demandeur l'opportunité d'ajuster son estimation du dommage⁷²⁰.

393. La dernière hypothèse, défendue par Robert Cooter et Daniel Rubinfeld, repose quant à elle sur un phénomène que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner. En effet, lorsque les parties évoluent en autarcie en début de procédure, elles ne disposent que de leurs propres preuves, sans savoir ce que la partie adverse possède à leur encontre. Ceci peut les conduire à se montrer potentiellement trop optimistes quant à leurs perspectives de réussite au procès et, par conséquent, préférer la voie contentieuse à la voie amiable. Robert Cooter et Daniel Rubinfeld considèrent à l'inverse que le pessimisme chez les parties agit en faveur de la seconde par rapport à la première. Dès lors, l'échange d'informations engendré par la *discovery* doit permettre – en théorie – de gommer l'excès d'optimisme initial des parties et les conduire à envisager plus sérieusement l'hypothèse d'une solution négociée⁷²¹.

394. Pour résumer, on notera qu'en dépit de quelques différences, il existe bel et bien une ligne commune entre les trois théories présentées par ces auteurs : toutes défendent l'idée sous-jacente que la communication entre les parties contribue à

^{718 718} L. A. BEBCHUK, « Litigation and Settlement under Imperfect Information », *op. cit.*, p. 413.

⁷¹⁹ Il peut par exemple s'agir d'une information qui démontrerait que le demandeur a sous-estimé son dommage.

⁷²⁰ K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, pp. 246-47.

⁷²¹ Pour une meilleure compréhension et dans un souci de concision, nous avons ici simplifié la théorie défendue par ces auteurs. Il est toutefois possible d'en trouver le détail dans : R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *op. cit.*, pp. 439-44.

contraster leur vision initiale du procès. On notera par ailleurs qu'elles se rejoignent encore lorsqu'il s'agit de déterminer la cause de ce phénomène, qui est rendu possible par les dispositifs de *discovery*, mis en place aux États-Unis et au Canada anglophone.

395. Il résulte par conséquent de ces démonstrations que ceux-ci sont bel et bien susceptibles de favoriser le recours aux modes amiables, mais à quel point ? En effet, certaines études, dont celle de Robert Cooter et Daniel Rubinfeld, semblent au mieux mitiger ces résultats et au pire, les nier en démontrant que l'échange d'informations engendré par la *discovery* n'a potentiellement aucun effet sur la fréquence du recours aux modes amiables.

2. L'effet potentiellement limité de la symétrie informationnelle sur le recours aux modes amiables

396. À l'inverse de la théorie que nous venons de présenter, plusieurs auteurs considèrent que l'échange d'informations généré par la *discovery* ne présente en réalité qu'un faible intérêt au regard du recours aux modes amiables. Pour certains, tels que Robert Cooter et Daniel Rubinfeld, la symétrie informationnelle est une méthode potentiellement efficace, mais présente dans le même temps des caractéristiques susceptibles d'engendrer des effets complètement contraires à ceux escomptés : il s'agirait donc d'un outil à double tranchant (a). Pour d'autres tels que Steven Shavell, l'échange d'informations engendré par la *discovery* n'aurait tout bonnement aucun effet sur la fréquence de recours aux modes amiables (b).

a. La symétrie informationnelle : un outil à double tranchant

397. Les travaux de Robert Cooter et Daniel Rubinfeld font part d'une position mitigée à l'égard de la symétrie informationnelle, qui d'un côté peut en effet conduire les parties à préférer la voie amiable, mais qui, de l'autre, est également susceptible de les en détourner. Pour parvenir à cette observation, les auteurs font reposer leur théorie sur l'opposition de deux éléments, à savoir l'optimisme et le pessimisme des parties à l'égard du procès⁷²².

⁷²² R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *op. cit.*, pp. 439-44.

398. **Un risque de blocage** – Comme cela a été brièvement présenté dans les lignes qui précèdent, Robert Cooter et Daniel Rubinfeld notent que la probabilité que les parties optent pour la voie amiable augmente corrélativement à leur degré de pessimisme quant à leur perspective de réussite au procès ; à l'inverse, lorsque ces dernières imaginent pouvoir l'emporter, les risques qu'elles maintiennent leur position sont élevés, les conduisant *de facto* à emprunter la voie contentieuse. À ce titre, la symétrie informationnelle peut, comme nous le disions plus haut, corriger l'excès d'optimisme des parties et ainsi leur offrir une vision plus réaliste de leur situation par rapport au procès⁷²³. Les auteurs soulignent néanmoins que dans certains cas, l'échange d'informations intervenant dans le cadre de la *discovery* peut amener à un effet totalement inverse, en favorisant l'optimisme d'au moins l'une des parties, conduisant dès lors à un blocage et par conséquent, au procès⁷²⁴. Il en irait par exemple de la sorte dans le cas où deux automobilistes subissent un accident et invoquent réciproquement leur responsabilité. Pour simplifier, partons du principe que dans cette affaire, aucune trace de freinage n'a été laissée au sol et que seul le demandeur est en mesure de prouver, par le biais de quelques vagues témoignages, que le défendeur est bel et bien à l'origine du refus de priorité. Admettons également que ce dernier ne soit pas en mesure de démentir ces allégations, faute de preuve. Il est bien évident que dans un tel cas de figure, le demandeur est en position de force. Il est donc optimiste quant à ses chances de remporter un éventuel procès, ce qui le conduira, selon la théorie de Cooter et Rubinfeld, à préférer cette voie. À l'inverse, le défendeur est quant à lui pessimiste au regard de ses perspectives de succès : la probabilité qu'il préfère passer un accord est par conséquent plus importante. Admettons désormais que le demandeur se retrouve, par le biais d'une connaissance commune, en possession d'une vidéo de la scène filmée par un passant qui démontre sans équivoque qu'il est le seul responsable de cet accident. Il est bien évident que ce dernier, pour le moment en position de force, cherchera à dissimuler cette preuve incriminante à son encontre. Sans *discovery*, le défendeur a peu de chance de connaître l'existence de cette vidéo et, pessimiste qu'il est quant à sa situation personnelle, sera susceptible d'accepter, malgré son innocence, un accord en sa défaveur afin d'éviter un procès bien plus coûteux. Avec la *discovery*, il devient néanmoins plus difficile au

⁷²³ Selon la théorie envisagée, un tel cas de figure accroît les chances que les parties optent pour la voie amiable plutôt que pour la voie contentieuse.

⁷²⁴ R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *op. cit.*, pp. 436-37.

demandeur de dissimuler cette vidéo, à condition bien entendu que le défendeur vise juste à l'occasion de sa demande. En rétablissant la symétrie informationnelle, la *discovery* renforcerait dès lors la situation du défendeur en lui offrant un regain d'optimisme, qui, selon la théorie que nous évoquions à l'instant, augmenterait la probabilité que ce dernier préfère désormais porter cette affaire devant le juge.

399. **La difficulté de réunir l'optimisme ou le pessimisme des parties** – Si la position des auteurs révèle une faille potentiellement importante au sujet du rôle de la symétrie informationnelle, et donc de la *discovery* dans la stimulation du recours aux modes amiables, il convient toutefois de souligner que celle-ci n'est pas exempte de critiques. On notera pour commencer le rapport optimisme/pessimisme sur lequel repose la théorie de Cooter et Rubinfeld est en réalité plutôt complexe. Ceci s'explique principalement par le fait qu'il est plutôt rare pour les parties de se trouver dans le même état au même moment. Cela signifie en d'autres termes qu'en pratique, demandeur et défendeur ne sont que peu enclins à être optimistes ou pessimistes en même temps. L'exemple que nous proposons démontre d'ailleurs ce phénomène, dans la mesure où le défendeur est au départ pessimiste quant à ses perspectives de succès au procès, mais dont l'accès à la preuve permis par la *discovery* le rend finalement très optimiste, alors que le demandeur effectue le cheminement inverse. Par application stricte de cette théorie, il apparaît donc difficile de convaincre les deux parties du bien-fondé d'engager des pourparlers en vue de parvenir à une solution négociée, puisque l'une d'elles sera toujours optimiste, et donc plutôt favorable au procès.

400. **L'intégration d'éléments extérieurs** – Pour être viable, il apparaît dès lors nécessaire d'intégrer à cette théorie l'idée selon laquelle l'optimisme et le pessimisme des parties peuvent être influencés par des éléments extérieurs à la *discovery*, ce qui, selon nous, est bel et bien le cas en pratique. Il semble en effet difficile d'imaginer les parties prendre position uniquement au regard de cette variable. Il est bien évident que dans une telle situation, les conseils de l'avocat peuvent lourdement contribuer à diriger les parties sur la voie amiable ou vers le procès. La question des coûts financiers et humains (tels que le stress), mais aussi des délais que requière une procédure contentieuse n'est également pas étrangère à cette prise de position. L'intégration de ces nouvelles données contribuerait par ailleurs à démontrer que les résultats générés par la théorie de Cooter

et Rubinfeld présentent un biais qui nous permettrait dès lors d'affirmer que la symétrie informationnelle ne compromet pas la stimulation du recours aux modes amiables par la *discovery*.

401. Compte tenu de ce qui précède, on aurait pu imaginer à ce stade que les liens entre la *discovery* et les modes amiables étaient plutôt évidents. C'était néanmoins sans compter l'existence d'une autre théorie qui soutient le contraire : celle de l'économiste américain Steven Shavell.

b. Les faibles effets de la *discovery* sur la fréquence du recours aux modes amiables : la théorie de Steven Shavell

402. Dans ses travaux, l'économiste américain Steven Shavell cherche à démontrer qu'il n'existe aucune corrélation ni entre la *discovery* et l'augmentation du recours aux modes amiables, ni entre la *discovery* et l'abaissement du nombre de procès. Il part en effet du principe qu'il existe deux séries de cas : ceux pour lesquels la voie amiable serait de toute façon utilisée, avec ou sans la *discovery* ; et ceux pour lesquels la voie contentieuse est inévitable⁷²⁵.

403. Afin de parvenir à cette conclusion, Steven Shavell expose une situation qui servira de base à sa démonstration⁷²⁶ : l'une des parties, ici le demandeur, détient une information inconnue de l'adversaire. Cette dernière peut aussi bien porter sur ses chances de succès au procès⁷²⁷, que sur le montant du dédommagement qui est susceptible d'en découler. Il retient également que c'est le demandeur qui décide s'il révèle cette information au défendeur (s'il est bien entendu en mesure de le faire), à la suite de quoi ce dernier devra effectuer une offre au demandeur, qui devra soit l'accepter, soit la refuser, ce qui impliquera bien entendu d'aller au procès⁷²⁸ - et d'en assumer les

⁷²⁵ Nous attirons toutefois l'attention sur le fait qu'il ne s'agit ici que d'un résumé extrêmement simplifié de la théorie de Steven Shavell, qui est en réalité plus nuancée, comme nous le verrons dans un instant. Pour plus de précisions : S. SHAVELL, « Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation », *Rand J. Econ.*, vol. 20, no. 2, (Summer 1989), p. 184.

⁷²⁶ On notera par ailleurs que celle-ci est relativement similaire aux situations qui ont été exposées jusqu'alors.

⁷²⁷ On pourrait par exemple considérer que cette information démontre qu'en l'état actuel des choses, le jugement sera très probablement prononcé en sa faveur.

⁷²⁸ S. SHAVELL, « Sharing of Information », *op. cit.*, p. 183.

coûts. Pour le moment, la *discovery* est volontairement exclue de cette mise en situation. Partant, Steven Shavell émet deux cas de figure distincts.

404. Premier cas de figure : le demandeur n'est pas en mesure de prouver l'information qu'il détient au défendeur – Ici, le demandeur détient une information qui lui permet, par exemple, de penser que son dommage peut être réparé à hauteur de 10.000€. Pour diverses raisons – admettons que l'expertise ne lui soit pas encore parvenue, il n'est cependant pas en mesure, au moment des négociations, de présenter la preuve de ce montant. Shavell considère ici que si une offre est émise par le défendeur (que l'information ait été révélée ou non par le demandeur), le seuil d'acceptabilité du demandeur sera fixé à un minimum de 10.000€. Cela implique dès lors que si l'offre du défendeur est inférieure à ce montant, le demandeur refusera cette offre. Il note néanmoins que le défendeur ne pourra jamais ajuster son offre aux attentes du demandeur, dans la mesure où ce dernier est dans l'incapacité de justifier la valeur d'un tel dédommagement. Shavell en conclut dès lors qu'en cas d'offre supérieure ou égale à 10.000€, le demandeur acceptera l'offre, mais qu'une offre inférieure engendrera emmènera systématiquement les parties au procès. La *discovery* n'y changerait donc rien.

405. Second cas de figure : le demandeur est en mesure de prouver l'information qu'il détient au défendeur – Le second cas de figure retiendra davantage notre attention, en ce qu'il constitue la clé de voûte de la démonstration de Shavell. On part ici de la même situation que dans l'exemple qui précède, à l'exception du fait que, s'il le souhaite, le demandeur est ici en mesure de démontrer l'information qu'il détient au défendeur. Dans cette situation, Shavell explique que les demandeurs pour qui l'information obtenue est défavorable, c'est-à-dire qu'elle révèle que le dédommagement potentiel serait inférieur à celui susceptible d'être obtenu au tribunal, préféreront garder le silence et accepteront l'offre du défendeur⁷²⁹, qui, pour rappel, ne connaît rien de l'existence de cette information⁷³⁰. À l'inverse, un demandeur dont l'information est favorable, c'est-à-dire supérieure à ce que pourrait lui rapporter le procès, aura tendance à la révéler immédiatement afin d'obtenir une offre plus importante de la part du

⁷²⁹ S. SHAVELL, « Sharing of Information », *op. cit.*, p. 184.

⁷³⁰ On présume donc qu'elle est supérieure ou égale à la somme indiquée par l'information reçue par le demandeur.

défendeur⁷³¹. L'un et l'autre accepteront mutuellement ce procédé et parviendront donc à un accord.

406. Ce cas de figure est d'autant plus évocateur lorsque l'on étudie sa réciproque. Kuo-Chang Huang s'est adonné à cet exercice en admettant que l'information était cette fois non pas reçue par le demandeur, mais par le défendeur. Ainsi, lorsque celle-ci lui est favorable ⁷³², la théorie de Shavell admet qu'il aura tendance à dévoiler l'information, ce qui lui permettrait à la fois d'éviter les coûts liés à un procès éventuel⁷³³, mais également de réduire son offre auprès du demandeur, qui sera par conséquent susceptibles de l'accepter, dans la mesure où le procès ne lui apporterait pas davantage⁷³⁴. À l'inverse, lorsque l'information lui est défavorable, le défendeur aura tendance à la dissimuler afin de ne pas perdre davantage. Il offrira donc au demandeur une somme proche de ses attentes et, toujours selon la théorie de Shavell, ce dernier l'acceptera. Dans les deux cas, les parties parviennent à un accord.

407. La possibilité de prédire le contenu des informations détenues par la partie adverse – Dans un cas comme dans l'autre, on retiendra dès lors que la *discovery* n'a joué aucun rôle dans le choix des parties de préférer la voie amiable. Mais la théorie de Shavell va encore plus loin, en admettant qu'il est possible aux parties (ici le demandeur) de connaître le contenu de cette information, sans avoir recours à la *discovery*⁷³⁵. En partant du principe que le demandeur en connaît l'existence, il n'aura qu'à observer le comportement du défendeur pour ajuster ses prétentions. Dès lors que le défendeur reste silencieux, le demandeur comprendra que les informations qu'il détient lui sont défavorables et par conséquent que ses propres demandes sont trop basses. En les augmentant, le demandeur pourra à nouveau observer le comportement du défendeur. Si ce dernier sort de son silence et lui oppose ses informations, cela signifiera

⁷³¹ S. SHAVELL, « Sharing of Information », *op. cit.*, p. 184.

⁷³² On pourrait par exemple considérer que cette dernière révèle au défendeur que le dommage subi par le demandeur est en réalité moins grave qu'escompté et que le procès ne donnerait droit qu'à une réparation minime, ou en tout cas bien en deçà des attentes initialement formulées par le demandeur.

⁷³³ C'est également ce qui explique, selon Kuo-Chang Huang, que le défendeur n'a, dans ce cas de figure, aucun intérêt à garder l'information pour lui jusqu'au procès. En effet, même si l'on considère que cette dernière lui apporte la victoire, on doit également admettre qu'elle intervient après que les coûts rattachés au procès aient dû être payés par l'une et l'autre des parties. Cela ne représenterait donc en aucun cas un avantage (K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, p. 247).

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ Cela implique bien entendu que celle-ci connaisse l'existence de l'information en question (K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, pp. 247-48).

que ses nouvelles prétentions étaient trop élevées. Il lui suffira dès lors d'accepter l'offre formulée par le défendeur afin de parvenir à un accord⁷³⁶.

408. Dans l'hypothèse où cette capacité de prédire le contenu de l'information trouve une réelle application pratique, la théorie de Shavell permet non seulement de conclure que la *discovery* n'est pas nécessaire en vue de parvenir à une solution négociée, mais également qu'y recourir ne permettrait pas d'observer une réduction significative du nombre de procès. En prenant l'exemple du second cas de figure (celui où la partie qui détient l'information est en mesure de la prouver), Shavell explique en effet que lorsque la partie adverse, à savoir celle qui ne détient pas l'information, souhaite exercer son droit à bénéficier de la *discovery*, elle obtiendrait simplement de réduire ou augmenter l'offre selon la position dans laquelle elle se trouve. Mais dans tous les cas, les parties seraient parvenues à une solution amiable. La *discovery* n'aurait donc ici ni contribué à augmenter la fréquence des accords, ni à réduire celle des procès⁷³⁷. Dans le premier cas de figure, il explique également que la plupart des affaires portées devant le juge le sont en réalité parce que la partie qui détient l'information n'est pas en mesure de la prouver, ce qui conduit à un blocage en raison des seuils d'acceptabilité des parties que nous mentionnions plus haut⁷³⁸.

409. **Une théorie emprunte de quelques lacunes** – La théorie exposée par Shavell présente un point de vue intéressant en ce qu'il désacralise l'idée selon laquelle la *discovery* constituerait une sorte de passage obligé en vue de parvenir à un accord, une fois la procédure civile engagée. Il faut en effet bien se garder de lui prêter des qualités qu'elle n'a pas : comme les autres méthodes, elle n'a rien de magique. Mal utilisée, elle peut, comme le démontrent à la fois Shavell, Cooter et Rubinfeld, même amener à augmenter les risques de procès. Mais il ne faudrait pas non plus, à l'inverse, chercher à discréditer la *discovery* en généralisant quelques-uns de ses effets négatifs – qui, encore

⁷³⁶ K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, p. 248. On part en effet du principe que cette offre sera acceptée par le demandeur dans la mesure où elle représente la somme la plus élevée qui pourra être obtenue, compte tenu des informations en possession du défendeur.

⁷³⁷ S. SHAVELL, « Sharing of Information », *op. cit.*, p. 184.

⁷³⁸ Shavell explique également que ces cas ne représentent en réalité qu'une partie des situations observées au sein du premier groupe d'affaires que nous présentions, puisque lorsque le seuil de la partie qui détient l'information n'est pas dépassé, cette dernière préférera rester silencieuse afin d'espérer augmenter ses gains ou réduire ses pertes, selon sa position. Quoiqu'il arrive, la théorie de Shavell retient, là encore, que les parties parviendront à un accord. Pour plus de précisions : *ibid.*

une fois, sont davantage liés à une mauvaise utilisation qu'à la méthode elle-même, ou en laissant entendre qu'elle n'a aucun rôle à jouer sur le terrain des modes amiables.

410. Huang et Shavell reconnaissent d'ailleurs que cette théorie présente des limites, notamment au regard du dévoilement volontaire de l'information par la partie qui en bénéficie⁷³⁹. Pour rappel, Shavell retient à titre principal qu'il est nécessairement dans son intérêt de faire part de cette information à l'adversaire, sans quoi l'offre serait tantôt trop haute si elle est émise par le demandeur, tantôt trop basse si elle l'est par le défendeur, conduisant par conséquent les parties vers un procès aux coûts plus élevés. Un tel raisonnement omet toutefois l'hypothèse selon laquelle la dissimulation de cette information jusqu'au procès peut constituer un avantage stratégique important pour la partie qui la détient, qui, par l'effet de surprise qu'elle va générer, aura l'opportunité de déstabiliser son adversaire. Sans défense solide lui faisant face, il n'est pas impossible d'imaginer que la partie avantagée obtienne davantage au procès que par la voie amiable⁷⁴⁰. Un tel cas de figure ne pourrait néanmoins pas produire les mêmes effets dans le cadre d'une *discovery* sagement utilisée, qui aurait porté cette information à la connaissance de l'adversaire, lui permettant ainsi soit de préparer une défense adéquate, soit d'ajuster son offre afin de passer un accord.

411. Dans le prolongement de ce contre-exemple, Kuo-Chang Huang note encore que la théorie de Shavell ne peut trouver d'écho que dans un système proche de celui en vigueur aux États-Unis, à savoir où chacun subvient à ses propres frais de procédure, indistinctement de celui qui gagne le procès. Selon l'auteur, il en irait différemment dans un système où la charge des frais de procédure n'incombe qu'au perdant, tel que la France⁷⁴¹. Un tel contexte inciterait en effet la partie qui détient l'information à retarder son dévoilement, afin de bénéficier de l'effet de surprise qu'il suscitera au procès, laissant son adversaire sans défense et augmentant ainsi ses propres chances de succès. En cas de victoire, la partie en question bénéficiera ainsi non seulement de l'avantage perçu, à

⁷³⁹ K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, pp. 248-49 ; S. SHAVELL, « Sharing of Information », *op. cit.*, pp. 193-94.

⁷⁴⁰ K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, pp. 248-49 ; S. SHAVELL, « Sharing of Information », *op. cit.*, pp. 193-94.

⁷⁴¹ Dans ses travaux, Huang ne mentionne pas la France mais la Grande-Bretagne, dont les mécanismes en vigueur à ce sujet sont similaires, selon la description qu'il en fait : K.-C. HUANG, *Ibid.*, p. 250.

savoir une augmentation des gains ou une diminution totale ou partielle des pertes, mais également une « exonération » des frais de procédure⁷⁴².

412. Pour conclure, nous retiendrons que si les théories de Shavell, Cooter et Rubinfeld contribuent à mettre en avant certains défauts de la symétrie informationnelle et donc de la *discovery*, leur caractère très ponctuel ne permet pas, selon nous, d'établir son inefficacité au regard de la stimulation du recours aux modes amiables, qui, du reste, semble avoir été observée par la pratique⁷⁴³. Les développements qui précèdent sur les avantages apportés par la symétrie informationnelle ne font d'ailleurs que confirmer l'une des caractéristiques essentielles sans cesse rappelée aux parties dans le but de bénéficier de négociations fructueuses : la bonne communication.

413. L'échange d'informations qui intervient dans le cadre de la recherche de la preuve – au moyen de la *discovery* ou des mesures d'instruction *in futurum* – offre donc aux parties la possibilité de reconsidérer leur position afin de parvenir à un accord. Nous allons néanmoins voir qu'un second incitatif, plus agressif celui-ci, peut les conduire à franchir ce cap : les coûts.

B. Les coûts : un incitatif important pour les parties

414. S'il est une question importante pour la plupart des justiciables, c'est bien celle de l'accès à la justice et plus précisément des coûts généralement élevés qu'il représente. La recherche de la preuve y contribue d'ailleurs largement, notamment en raison de son importance, mais également du temps que les professionnels sont amenés à y consacrer. On notera toutefois que sur ce terrain, mesures d'instruction *in futurum* et *discovery* ne sont pas parfaitement égales. Cela peut à première vue sembler intrigant : les deux méthodes ne servent-elles en effet pas le même but ? La réponse à ce phénomène est en réalité à chercher du côté de la pratique elle-même, qui, il faut le reconnaître, est bien différente de part et d'autre de l'Atlantique. Alors qu'en France les avocats semblent, au moins pour un temps encore, chercher à éviter les abus, il apparaît qu'aux États-Unis, ces derniers font désormais partie du paysage. Cette problématique fut d'ailleurs évoquée devant le Congrès des États-Unis, où plusieurs professionnels appelés à témoigner ont

⁷⁴² K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *op. cit.*, p. 250.

⁷⁴³ *Ibid.* p. 243.

non seulement dénoncé les abus qui, en pratique, pouvaient avoir lieu dans ce domaine, mais également les coûts importants qu'ils engendrent, qui représentent entre 30 et 60% des frais engagés à l'occasion d'un procès devant une juridiction fédérale⁷⁴⁴. Ces sommes, qui peuvent représenter plusieurs milliers ou dizaines de milliers de dollars ⁷⁴⁵, conduisent nécessairement les parties à faire un choix : faut-il poursuivre sur la voie contentieuse au risque de s'exposer à une *discovery* longue – et donc coûteuse, ou est-il préférable de se résoudre à négocier en vue de passer un accord ? Le débat ne repose donc plus ici sur la valeur des prétentions et arguments des parties, mais plutôt sur leurs capacités à financièrement affronter la *discovery*. C'est précisément ce qui donne lieu à la mise en œuvre de certaines approches dont l'objectif consiste à préférer la solution négociée non pas parce qu'elle est perçue comme la plus adaptée, mais parce qu'elle permet d'éviter les coûts importants d'une *discovery* potentiellement abusive⁷⁴⁶. On parlera alors de dissuasion par la *discovery* (1). Nous verrons également qu'en pratique, cette phase du procès peut constituer un réel outil stratégique pour les parties afin de contraindre l'adversaire à négocier (2).

1. Les coûts de la *discovery* au service de la dissuasion des parties

415. **Les abus de *discovery* : une source d'accroissement des coûts** – Si l'on veut saisir le raisonnement qui va suivre, il faut avant tout comprendre pourquoi la *discovery* est chère. Nous avons bien entendu déjà évoqué quelques éléments de réponse dans les lignes qui précèdent, en soulignant notamment que cette étape de la préparation du procès prend du temps aux professionnels. Néanmoins, cette explication ne justifie pas à elle seule les coûts moyens observés aux États-Unis, que certains, tels que l'avocat américain William Butterfield, estiment entre 30.000 et 40.000\$⁷⁴⁷. Même équitablement

⁷⁴⁴ Costs and Burden of Civil Discovery: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 112th Cong. 35 (2011) (testimony of William H. J. Hubbard).

⁷⁴⁵ En l'occurrence, le professeur Hubbard fait référence à un coût médian attribuable à la *discovery* d'un peu plus de 11.600\$, soit 5.800\$ par partie. Il attire toutefois l'attention des législateurs sur le fait que ces chiffres sont biaisés par le fait qu'ils n'incluent pas de données concernant les cas étant parvenus à un accord amiable, que les coûts de *discovery* aient été élevés ou non (Costs and Burden of Civil Discovery, *op. cit.*, (testimony of William H. J. Hubbard)). De son côté, William Butterfield, avocat chez Hausfeld LLP, estime les coûts médians d'une *discovery* entre 30.000 et 40.000\$ (Costs and Burden of Civil Discovery, *op. cit.*, (testimony of William P. Butterfield)).

⁷⁴⁶ Nous reviendrons sur cette terminologie dans un instant.

⁷⁴⁷ Costs and Burden of Civil Discovery, *op. cit.*, (testimony of William P. Butterfield).

répartis entre les contradicteurs, ces frais restent donc particulièrement importants, en particulier pour des personnes de classes moyennes, qui ne jouissent d'aucune aide extérieure. L'explication la plus fiable réside alors dans la pratique elle-même. Dans leurs travaux, Robert Cooter et Daniel Rubinfeld observent en effet deux types de dysfonctionnements. Le premier concerne une mauvaise utilisation de la *discovery* (*misuse*), que les auteurs définissent comme la *discovery* pour laquelle les coûts de mise en œuvre pour la partie adverse sont plus élevés que la valeur effective qu'elle apporte à la défense du demandeur⁷⁴⁸. En des termes plus simples, il s'agit donc d'un acte dont l'apport pour le demandeur est faible par rapport aux coûts qu'il génère à l'endroit de la partie adverse. Le second dysfonctionnement vise quant à lui les abus (*abuse*) à proprement parler, définis par les auteurs comme une mauvaise utilisation de la *discovery* (*misuse*) en connaissance de cause⁷⁴⁹. Bien que ces abus (pour plus de simplicité, nous n'utiliserons ici que ce terme) puissent être amenés à prendre différentes formes, on notera qu'en pratique, ils consistent principalement en des manœuvres visant à volontairement allonger la phase de *discovery* afin d'en augmenter les coûts⁷⁵⁰.

416. Si les abus contribuent largement à accroître les coûts de la *discovery*, ils ne sont également pas inconnus des professionnels et des justiciables⁷⁵¹. Ces observations ont d'ailleurs conduit l'avocat californien Laurence Pulgram à considérer que ce sont précisément ces coûts qui vont déterminer l'issue du litige, qui s'achèvera généralement par un accord⁷⁵². Certains magistrats californiens soulignent à cet effet qu'un « cas qui va au procès aujourd'hui signifie qu'au moins une des parties considère le procès comme nécessaire, qu'elle a mal calculé la valeur de l'affaire et/ou qu'elle est simplement

⁷⁴⁸ R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *op. cit.*, p. 450.

⁷⁴⁹ *Ibid.*

⁷⁵⁰ Nous reviendrons plus en détail sur cette question à l'occasion du second paragraphe.

⁷⁵¹ Nous partons ici du principe que les justiciables sont au minimum informés de cette situation par l'intermédiaire de leur avocat, mais il n'est pas improbable qu'ils le soient également par le biais du bouche-à-oreille. Nous savons par ailleurs que les professionnels connaissent cette situation, en ce qu'elle a été évoquée à l'occasion d'une audience réalisée devant le Congrès de Etats-Unis (Civil Discovery : Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 112th Cong. 35 (2011)). Les travaux de l'avocat californien Laurence Pulgram abondent également en ce sens aussi bien concernant les professionnels que les justiciables : « Chacun des participants à ce système le sait : le seul coût du procès, en particulier celui de la *discovery*, est un facteur déterminant dans la passation d'un accord » (L. F. PULGRAM, « The Discovery Rules Have Changed But Will We ? », *Litigation*, vol. 42, n°3, (Spring 2016), p. 18). On retrouve également, dans une autre mesure, cette idée dans les travaux du juge américain Charles Renfrew, qui souligne que les abus de procédure sont « répandus » : C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions : A Judicial Perspective », *Cal. L. Rev.*, vol. 67, n° 2, (March 1979), pp. 264-65.

⁷⁵² L. F. PULGRAM, « The Discovery Rules Have Changed But Will We ? », *op. cit.*, p. 18.

irrationnelle »⁷⁵³. Les statistiques confirment quant à elles l'ampleur de ce problème devant les Cours fédérales américaines, en démontrant que la proportion de procès civils avec jury a drastiquement chuté, passant de 12% sur l'ensemble des affaires enregistrées devant ces juridictions en 1960 à seulement 2% en 2012.

417. Ce phénomène est d'autant plus perceptible lorsque l'on cherche à rapprocher le montant des frais de *discovery*, qui selon les estimations de l'avocat américain William Butterfly, s'élèvent généralement entre 30.000 et 40.000\$⁷⁵⁴, et le revenu médian annuel d'un foyer américain, estimé par l'*U. S. Census Bureau* à 67.521\$ brut⁷⁵⁵. Si l'on part du principe que les revenus du foyer reposent sur le salaire de deux personnes, et que les frais de *discovery* sont équitablement répartis entre deux parties, on se rend compte que ces derniers représentent environ l'équivalent de la moitié du revenu annuel brut de la partie considérée. On comprend dès lors aisément que l'accès au juge soit source de réflexion chez les parties, pour qui « procès » devient synonyme d'endettement. Puisque cette solution ne peut satisfaire tout le monde – en particulier lorsque les perspectives de succès sont limitées, deux options s'offrent dès lors aux parties : la voie amiable si elles considèrent que leur conflit doit être réglé ; ou l'abandon pur et simple si elles estiment que cela n'est finalement plus nécessaire.

418. **Une atteinte aux droits humains** - Bien évidemment, il apparaît difficile de défendre une politique qui viserait, même implicitement, à encourager les abus de *discovery*. Une telle situation donnerait tout d'abord naissance à un système à deux vitesses, où seuls les plus riches seraient susceptibles d'accéder à un magistrat, ne laissant aux autres que la possibilité de recourir à des solutions de « secondes zones »⁷⁵⁶. Au-delà du caractère ostensiblement immoral qu'elle mettrait en avant, une telle politique, si elle

⁷⁵³ L. F. PULGRAM, « The Discovery Rules Have Changed But Will We ? », *op. cit.*, p.19.

⁷⁵⁴ Il s'agit ici de coûts médians : Costs and Burden of Civil Discovery, *op. cit.*, (testimony of William P. Butterfield).

⁷⁵⁵ Il s'agit de revenus médians : E. A. SHRIDER et al., « Income and Poverty in the United States : 2020 », *U. S. Census Bureau*, (2021), pp. 2-3.

⁷⁵⁶ Il est évident que cette expression n'est utilisée ici que pour volontairement grossir le trait. Les modes amiables de résolution des conflits ne doivent en effet pas être considérés comme tel, mais plutôt comme un complément à la justice traditionnelle. Cette expression reflète néanmoins les inquiétudes formulées par plusieurs auteurs. Voir par exemple : L. R. SPAIN, « Alternative Dispute Resolution for the Poor : Is It and Alternative ? », *N. D. Law Rev.*, vol. 70, no 2 (1994), pp. 270 et s., qui fait mention de la mise en œuvre des modes alternatifs de résolution des conflits aux Etats-Unis comme d'une solution afin de favoriser la justice « des pauvres » ; ou encore R. L. ABEL, « The Contradictions of Informal Justice », in R.L. Abel (ed), *The Politics of Informal Justice*, vol 1, New York: Academic Press, 1982, pp. 287 et s., où l'auteur parle d'une « pauvre justice pour les pauvres ».

était introduite en France, porterait également atteinte à certains droits humains tels que le droit à un procès équitable⁷⁵⁷. Bien que la Cour européenne des droits de l'Homme ne se soit pas encore prononcée exactement sur ce thème, elle relève néanmoins que le droit d'accès à un tribunal constitue l'un des aspects du droit à un procès équitable⁷⁵⁸. Cette protection n'est cependant pas absolue, mais les limitations qui sont apportées à ce droit doivent notamment être proportionnées et poursuivre un but légitime⁷⁵⁹. En l'espèce, s'il est possible d'admettre le but légitime⁷⁶⁰, il apparaît au contraire difficile d'affirmer qu'une politique qui soutiendrait, même implicitement, des abus semblables à ceux qui interviennent dans le cadre de la *discovery* en vue de maintenir des coûts prohibitifs présente un caractère proportionnel. Selon nous, c'est ici la méthode qui poserait problème. On pourrait en effet accepter qu'une telle limitation soit procédurale⁷⁶¹, puisqu'elle mettrait tout le monde sur un pied d'égalité. Difficile en revanche d'admettre un tel raisonnement pour une limitation dont les fondements reposeraient exclusivement sur l'inégalité financière des justiciables, qui contreviendrait bien évidemment à l'interdiction de discriminer posée par l'article 14 CEDH⁷⁶².

419. Si la *discovery* peut contribuer à dissuader les parties avant que ces dernières ne s'engagent dans une procédure contentieuse, nous allons également voir qu'elle peut être utilisée comme un outil stratégique dans le but de contraindre l'adversaire à passer un accord.

⁷⁵⁷ Nous faisons ici uniquement référence à l'hypothèse selon laquelle un système parfaitement équivalent à la *discovery* était transposé en droit français. Pour rappel, les mesures d'instruction *in futurum*, en ce qu'elles supposent qu'aucune procédure ne soit en cours (art. 145 CPC), ne sont pas soumises aux exigences du procès équitable de l'article 6-1 CEDH.

⁷⁵⁸ La Cour retient en effet que le droit d'accès à un tribunal est « inhérent aux garanties consacrées par l'article 6 » de la convention européenne des droits de l'Homme. Voir par exemple CEDH, [GC], 15 mars 2022, aff. *Grzeda c/ Pologne*, n° 43572/18, §342 ; ou encore CEDH, [GC], 05 avril 2018, aff. *Zubac c. Croatie* [GC], n° 40160/12, §76,

⁷⁵⁹ Par exemple : CEDH, 1^{re} section, 26 mars 2015, aff. *Momcilovic c/ Croatie*, n° 11239/11.

⁷⁶⁰ La Cour a par exemple admis qu'une procédure de médiation obligatoire préalable à la saisine du juge constituait effectivement une limitation au droit d'accès direct au juge, mais que cette dernière poursuivait bel et bien un but légitime, en ce qu'elle permettait « d'assurer des économies pour le service de la justice et d'ouvrir la possibilité pour les parties de résoudre leur différend sans l'intervention des tribunaux » (*ibid.*, §46).

⁷⁶¹ C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Cour dans *Momcilovic c/ Croatie*, en acceptant qu'une telle limitation soit apportée par une procédure de médiation obligatoire préalable (*ibid.*).

⁷⁶² Dont l'application pourrait, contrairement au droit à un procès équitable (art. 6-1 CEDH), être envisagée à l'égard des mesures d'instruction *in futurum*.

2. La *discovery* ou la stratégie de l'accord contraint

420. **Une stratégie utilisée par les parties** - Il est également possible à la *discovery* d'influencer le choix des parties alors qu'elles sont déjà engagées dans une procédure contentieuse. On préférera alors parler d'une utilisation stratégique de la *discovery* plutôt que de dissuasion⁷⁶³, dans la mesure où, contrairement au cas de figure précédent, le choix des parties ne dépend plus uniquement de la méthode, mais de l'utilisation qu'elles en font. Pour être valable, cette hypothèse suppose néanmoins la réunion de trois éléments principaux : il doit d'une part exister, au moins en apparence⁷⁶⁴, un déséquilibre économique entre les parties. Il faut, d'autre part, que leurs intérêts quant à la perspective d'un accord soient divergents. En d'autres termes, l'une des parties doit vouloir soit engager des négociations, soit les faire aboutir, mais pas l'autre⁷⁶⁵. Enfin, il convient que la partie qui possède le plus fort capital économique soit également celle pour qui la perspective d'un accord semble la plus intéressante. Ces trois conditions peuvent à première vue sembler restrictives, mais elles peuvent être réunies plus souvent qu'on ne le pense.

421. Prenons l'exemple d'une affaire opposant un laboratoire pharmaceutique à un consommateur, sur lequel l'utilisation d'un nouveau produit a causé d'importants dommages physiques. Les deux parties s'engagent dans une procédure contentieuse, la phase de *discovery* a commencé et le laboratoire pharmaceutique propose une offre de dédommagement amiable au consommateur. Ce dernier la refuse pour deux raisons : il sait, d'une part, que ses perspectives d'indemnisation sont meilleures s'il va jusqu'au procès ; et il souhaite, d'autre part, que son dommage soit publiquement reconnu par le juge. Bien évidemment, cette position ne peut satisfaire le laboratoire, qui n'a aucun intérêt à voir son image entachée par une condamnation. Le déséquilibre économique qui règne entre les parties à son profit pourra conduire le laboratoire à user de la *discovery* comme d'un outil stratégique, en vue d'affaiblir le consommateur en multipliant non seulement les demandes de production de pièces, mais également en répondant à ses

⁷⁶³ Il est bien entendu possible que la *discovery* joue un rôle dissuasif, même après que les parties aient engagé une procédure contentieuse. Nous partons simplement du postulat que leur choix a été fait en connaissance de cause et qu'il est par conséquent moins probable que les coûts élevés de la *discovery*, seuls, les dissuadent à ce stade.

⁷⁶⁴ En ce sens que la partie considérée doit au moins croire que son adversaire dispose de ressources économiques plus importantes que les siennes.

⁷⁶⁵ Cela peut arriver lorsque l'une des parties pense être en mesure d'obtenir plus au procès.

propres demandes par un volume important de documents. En allongeant les délais de *discovery*, le laboratoire contribuera à accroître les frais à la charge du consommateur⁷⁶⁶ dans l'espoir qu'il finisse par accepter l'idée d'un accord⁷⁶⁷, si possible au plus proche des conditions qu'il aura préalablement fixées, indépendamment des arguments qui auraient pu être présentés au juge.

422. **Un faible contrôle des abus de *discovery*** – Bien que cette pratique relève sans équivoque des abus tels que définis par les travaux de Cooter et Rubinfeld, on notera que cette utilisation de la *discovery* n'était généralement pas sanctionnée devant les juridictions américaines, dans la mesure où le contrôle du juge n'intervenait que tardivement dans le processus. En prenant l'exemple des interrogatoires, Cooter et Rubinfeld soulignent que la plupart des règles locales prévoyaient un quota qui permettait aux parties de soumettre un certain nombre de questions à l'adversaire, sans approbation préalable du juge. Le contrôle prévu par les règles de procédure civile n'intervenait dès lors de manière systématique qu'une fois ce quota dépassé⁷⁶⁸. Il est toutefois intéressant de préciser que les *Federal Rules of Civil Procedure* prévoient également la mise en œuvre de contrôles *a posteriori* (*ex post*) par le juge⁷⁶⁹, lui permettant à la fois de déterminer si un abus s'est produit et le cas échéant, s'il doit donner lieu à compensation⁷⁷⁰. Il semblerait néanmoins que, malgré leur nombre important, le contrôle de ces abus soit très peu utilisé en pratique⁷⁷¹. Plusieurs éléments peuvent expliquer ce phénomène, avec pour commencer, la difficulté pour les juges à la

⁷⁶⁶ Cette théorie est notamment défendue par le professeur Bruce Hay, qui explique que le montant des coûts de la *discovery* est intimement lié au demandeur, dont les requêtes peuvent contraindre le défendeur à « examiner des milliers de documents [...] ou passer des semaines à effectuer des dépositions ». Il ajoute par ailleurs que la mise en balance de ces coûts est très inégale, en ce que ceux qui s'appliquent au défendeur sont généralement bien plus élevés que pour le demandeur (B. L. HAY, « Civil Discovery : It's Effects and Optimal Scope », *J. Leg. Stud.*, vol. 23, n°1, (1994), pp. 500-01.

⁷⁶⁷ Bruce Hay mentionne cette hypothèse dans ses travaux en soulignant que « le plaignant peut être tenté d'utiliser la *discovery* de manière stratégique, comme un moyen pour imposer des coûts élevés au défendeur dans l'espoir de lui extorquer un accord » (*Ibid.*, p. 501).

⁷⁶⁸ R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *op. cit.*, p. 451. Les auteurs précisent toutefois que ce contrôle pouvait intervenir a priori, lorsque le juge devait se prononcer sur la mise en œuvre d'une mesure à la demande d'une partie, ou a posteriori lorsque ce dernier devait apprécier si la mise en œuvre

⁷⁶⁹ Fed. R. Civ. Proc. R. 11 et R. 37.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

⁷⁷¹ Le juge américain Charles Renfrew notait en 1979 que pour 100 abus de *discovery*, seul 1 donnait lieu à une requête en sanction : C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions », *op. cit.*, p. 271.

fois de détecter et de prouver que de tels abus ont bel et bien eu lieu⁷⁷². Cet argument doit par ailleurs être couplé avec la réticence affichée par bon nombre d'avocats d'engager une action contre de tels abus. Le juge américain Charles Renfrew souligne en effet qu'il s'agirait là d'un exercice à double tranchant, qui conduirait ces acteurs du procès à fermer les yeux sur les abus réalisés par leurs confrères, dans l'espoir qu'ils en fassent autant lorsqu'ils en feront bénéficier leurs propres clients. Cela relèverait donc, en d'autres termes, de l'application d'un « *gentleman agreement* tacitement approuvé par les juridictions »⁷⁷³. On pourrait encore citer le fait que les sanctions, lorsqu'elles sont prononcées à l'encontre de ces abus, sont peu dissuasives, ce qui bien entendu n'incite pas les avocats à les éviter, en particulier lorsque l'on sait que leur niveau de détectabilité par les magistrats est très faible en pratique⁷⁷⁴.

423. **Une stratégie au service du juge** – Aussi injuste qu'elle puisse paraître, cette utilisation stratégique de la *discovery* est, dans certains cas, admise, voire potentiellement souhaitée par les magistrats eux-mêmes, qui en bénéficient indirectement. L'avocat Laurence Pulgram souligne à ce titre que certains juges usent en effet d'une variante de cette méthode, en particulier lors de la définition des seuils de *discovery* – qui seront de préférence prévus au plus large – ou de la fixation des dates de procès – fixées le plus loin possible⁷⁷⁵. Ces manipulations visent bien entendu à encourager les parties à se livrer à un combat suffisamment sanglant à l'occasion de la phase de *discovery* pour qu'au moins l'une d'elles finisse par concéder une victoire amiable à son adversaire, moins par conviction que par contrainte⁷⁷⁶.

⁷⁷² Le juge Renfrew note en effet qu'il est très difficile de déterminer si l'une des parties possède un document qu'elle dit ne pas avoir, ou tout simplement qu'elle a utilisé la *discovery* de manière abusive : les juges ne possèdent généralement pas de suffisamment d'éléments pour engager quelque procédure, quand bien même ils pensent observer des demandes suspectes (C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions », *op. cit.*, p. 279). Il relève également que, dans la mesure où les parties ne contrôlent pour ainsi dire, presque jamais la procédure, sanctionner des abus de *discovery* orchestrés par leur avocat pourrait tout simplement sembler injuste. *Ibid.*, p. 273.

⁷⁷³ Le juge Renfrew ajoute par ailleurs que dans la mesure où les juges, qui pour beaucoup ont eux-mêmes été avocats, s'en remettent généralement à ces derniers, la situation ne peut décemment évoluer en faveur d'une limitation des abus de *discovery*. *Ibid.*, p. 272.

⁷⁷⁴ C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions », *op. cit.*, p. 275.

⁷⁷⁵ L. F. PULGRAM, « The Discovery Rules Have Changed », *op. cit.*, p. 18.

⁷⁷⁶ L'objectif à peine dissimulé étant bien entendu de désencombrer les prétoires.

424. Pour conclure, on retiendra que la *discovery* est un outil intéressant dans le cadre de la résolution amiable des conflits, en ce qu'elle peut conduire les parties à mieux connaître la valeur réelle de leurs prétentions par rapport à celles de leur adversaire, notamment grâce à l'échange d'informations qui en découle. Cette finalité étant partagée par les mesures d'instruction *in futurum*, pour lesquelles le mécanisme est similaire, nous pousse à croire que ces dernières peuvent sans problème parvenir au même résultat et ainsi ouvrir la porte à d'éventuelles négociations. La question des coûts que nous abordions dans un second temps est quant à elle plus délicate. Elle fait en effet partie de ces éléments qui, par l'injustice manifeste qu'ils dégagent, ne peuvent recueillir notre approbation. Et pourtant, la réalité étant ce qu'elle est, leur impact est perceptible. Aussi injustes soient-ils, les coûts, en tout cas pour la *discovery*, conduisent les parties à faire le choix de la résolution amiable⁷⁷⁷, souvent moins onéreuse et en apparence toute aussi efficace. Comme cela a pu être mentionné dans les lignes qui précèdent, il convient néanmoins d'émettre des réserves sur de tels procédés. À ce titre, il semblerait également opportun de s'interroger sur la pratique française : faut-il s'attendre à voir apparaître de telles dérives dans le cadre de l'application des mesures d'instruction *in futurum* ? Et plus largement, faut-il s'attendre à ce que les effets des mesures d'instruction *in futurum* sur la stimulation du recours aux modes amiables soient similaires à ceux de la *discovery* ?

§2. *Discovery* et mesures d'instruction *in futurum* : une inégalité d'effets

425. **Un contexte différent** – S'il existe des similitudes entre la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum*, il ne faut également pas oublier que ces deux méthodes évoluent dans un contexte différent, aussi bien du point de vue de l'encadrement juridique que de la chronologie avec laquelle elles s'exercent. Ceci nous amène à penser que les effets qui en découlent au regard de la stimulation du recours aux modes amiables peuvent être affectés, en particulier sur deux points. Le premier concerne l'argument tout juste évoqué des coûts, dans la mesure où contrairement à la *discovery*, la mise en œuvre des mesures d'instruction *in futurum* ne nécessite pas forcément de moyens financiers importants. Un tel cas de figure n'impose par conséquent pas aux parties de choisir entre l'éventuel procès qui en découlera et un mode amiable (A) ; le second porte quant à lui

⁷⁷⁷L. F. PULGRAM, « The Discovery Rules Have Changed But Will We? », *Litigation*, vol. 42, n°3, (Spring 2016), p. 18.

sur la différence chronologique qui intervient entre les deux méthodes, synonyme de disparité au regard de la maturité des cas qui leur sont présentés. Celle-ci conduit par conséquent à penser que les effets des mesures d'instruction *in futurum* peuvent s'en trouver diminués (B).

A. Les mesures d'instruction *in futurum* au service de la limitation des coûts

426. Le premier point qui différencie les mesures d'instruction *in futurum* de la *discovery* concerne leur propension à limiter les coûts pour les parties. Bien que ce phénomène contribue à moins les inciter à recourir aux modes amiables, il favorise néanmoins leur accès à la justice et, par conséquent, leur liberté de choix au regard du mode de résolution des conflits le plus approprié à leurs intérêts. Cette limitation des coûts est à la fois rendue possible par la différence du contrôle mené par le juge dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum* et de la *discovery* (1), mais également, par leur encadrement plus effectif, vecteur de garanties solides à l'égard des parties (2).

1. Une différence dans le contrôle du juge entre la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum*

427. Jusqu'à présent, les différentes questions qui ont été abordées à propos de la *discovery* ont principalement été posées sous l'angle des parties, qui jouent un rôle important dans son bon fonctionnement. Néanmoins, si leur intervention est nécessaire, elle peut également conduire à certaines dérives, qui impliquent notamment à accroître de manière significative les frais de procédure qui leur sont appliqués⁷⁷⁸. Or, comme nous l'avons vu, ce phénomène n'est pas lié au processus lui-même, mais plutôt à l'utilisation qui en est faite. Ainsi, si les coûts sont élevés, le responsable est davantage à chercher du côté de la pratique, et plus précisément des abus dont elle est à l'origine. L'apparition de telles dérives est-elle dès lors envisageable dans le cadre de l'application des mesures d'instruction *in futurum* et faut-il, par conséquent, craindre l'arrivée de coûts prohibitifs semblables en France ? En bref, nous répondrions plutôt par la négative. En effet, si cette

⁷⁷⁸ Comme il nous a été donné de l'aborder au sein du paragraphe précédent, ces coûts particulièrement prohibitifs pour la plupart des justiciables sont susceptibles de jouer un rôle dissuasif auprès des parties, dont les moyens financiers ne permettent pas de faire face.

pratique est rendue possible dans le cadre de la *discovery*, c'est précisément en raison de l'existence d'une différence procédurale importante par rapport aux mesures d'instruction *in futurum*, qui se résume au degré de contrôle du juge et à son caractère facultatif ou obligatoire. Attachons-nous dès lors à étudier cette différence plus en détail (a), afin de mieux saisir les conséquences qui en découlent en pratique (b).

a. Contrôle *a posteriori* et contrôle *a priori* : d'un procédé facultatif à obligatoire

428. **Discovery : un contrôle *a posteriori* et facultatif du juge** – Si la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* partagent le même objectif (la recherche de la preuve), elles ne se rejoignent toutefois pas quant aux moyens d'y parvenir. Ainsi, lorsque la première met l'accent sur la flexibilité, la seconde privilégie davantage la sécurité juridique des parties. La procédure qui en découle ne peut dès lors que refléter cet état de fait. C'est donc sans grand étonnement que les textes applicables devant les juridictions fédérales et étatiques/provinciales aux États-Unis et au Canada instaurent un régime particulièrement libéral, permettant aux parties d'agir en toute autonomie dans le cadre de la recherche de la preuve. La règle 34 des *Federal Rules of Civil Procedure* en est un bon exemple⁷⁷⁹. Applicable à des actes de *discovery* particulièrement variés allant de la production de documents à l'entrée sur une propriété privée, cette dernière ne requiert aucune intervention ni contrôle préalable du juge en vue d'obtenir de la partie requise qu'elle exécute la demande. Cette dernière suffit par conséquent à obliger ladite partie, à elle seule. Le juge n'est cependant pas totalement exclu du processus, dans la mesure où la règle 34 prévoit notamment que la demande, pour être valable, doit s'inscrire dans la continuité des prérequis fixés par la règle 26(b) des *Federal Rules of Civil Procedure*, parmi lesquels figure notamment la proportionnalité par rapport au but recherché⁷⁸⁰, mais également la possibilité pour le juge, sur requête ou d'office, de limiter la fréquence ou l'étendue de la demande⁷⁸¹. Il convient toutefois d'insister sur le fait que, dans ce cas de figure, l'intervention du juge ne constitue pas un prérequis à la validité de la requête en

⁷⁷⁹ On soulignera que d'autres dispositions prévoient également un contrôle *a posteriori* facultatif du juge au sein des cours fédérales, telles que : FRCP, R. 33(a)(1) au sujet des interrogatoires écrits dans la limite de 25 questions ; ou encore FRCP, R. 30 (a)(1) pour les dépositions orales, sous réserves des conditions prévues au (2) (notamment concernant la limite de 10 dépositions, au-delà desquelles le contrôle du juge devient obligatoire et préalable FRCP, R. 30(a)(2)(A)(i)).

⁷⁸⁰ FRCP, R. 26(b)(1).

⁷⁸¹ FRCP, R. 26(b)(2)(C).

discovery : ce contrôle n'est que facultatif et semble n'intervenir, en pratique, que sur demande de la partie requise, lorsqu'elle s'estime lésée⁷⁸². Au Canada, l'article 228(1) des Règles des cours fédérales présente un dispositif similaire à celui en vigueur aux États-Unis⁷⁸³, en retenant que « la partie qui a signifié à une autre partie son affidavit de documents lui permet d'examiner et, si possible, de reproduire, pendant les heures de bureau, tout document mentionné dans cet affidavit [...] ». Là encore, le juge peut, sur requête⁷⁸⁴, examiner la demande et, s'il l'estime nécessaire⁷⁸⁵, dispenser la partie requise de l'exécuter⁷⁸⁶. On notera également, et sans entrer dans les détails, que des dispositions similaires sont applicables devant les juridictions étatiques et provinciales⁷⁸⁷.

429. **Discovery : exceptions au contrôle *a posteriori* facultatif** – Dans le cadre de la *discovery*, tous les actes ne sont néanmoins pas logés à la même enseigne, dans la mesure où certains, par leur nature, sont plus intrusifs que d'autres. Tel est par exemple le cas des demandes qui impliquent la mise en œuvre d'un examen médical, physique ou mental, sur autrui⁷⁸⁸, qui, à l'inverse des dispositions qui précèdent, requièrent un contrôle *a priori* et systématique du juge⁷⁸⁹. L'article 250(1) des Règles de cours fédérales canadiennes prévoit quant à lui un régime tout à fait similaire, en limitant toutefois ce type de demandes aux actions en indemnisation d'un préjudice corporel⁷⁹⁰. On notera toutefois qu'à l'inverse des *Federal Rules of Civil Procedure*, les Règles des cours fédérales canadiennes étendent le contrôle *a priori* du juge aux examens des biens d'autrui, ainsi

⁷⁸² Nous faisons reposer cette affirmation sur les travaux du juge Renfrew, qui expliquait, dès les premières pages de ses observations, souligne qu'il est très difficile pour un juge de détecter les abus d'office en pratique (C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions », *op. cit.*, p. 264). Il faut toutefois nuancer, en particulier dans les cas où l'abus est manifeste.

⁷⁸³ A nouveau, les Règles des cours fédérales prévoient des mesures similaires à l'égard d'autres actes de *discovery*, tel que l'interrogatoire (DORS /98-106, art. 235 et 231, où le contrôle *a priori* du juge ne devient obligatoire que lorsqu'une partie souhaite interroger la partie adverse plus d'une fois, ou que cet interrogatoire prend à la fois la forme écrite et orale).

⁷⁸⁴ Il s'agit là d'une différence notoire avec la règle 34 des *Federal Rules of Civil Procedure*, qui permettait également au juge d'intervenir d'office.

⁷⁸⁵ L'article 230 des Règles des cours fédérales retient à ce titre deux facteurs permettant d'aiguiller le contrôle du juge. Il doit prendre en compte « les questions en litige et l'ordre dans lequel elles sont susceptibles d'être réglées » (a), et déterminer s'« il serait trop onéreux de produire [les documents] du fait de leur nombre ou de leur nature » (b).

⁷⁸⁶ DORS /98-106, art. 230. On soulignera à nouveau que cette intervention, comme pour l'article 34 FRCP, n'est que facultative.

⁷⁸⁷ Pour le Canada, on citera par exemple l'Ontario : R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 30.02 (pour la *discovery* de documents) ; Pour les États-Unis, on citera l'exemple de l'Indiana : Ind. R. Civ. P., R.26 (C).

⁷⁸⁸ On retrouve des dispositifs

⁷⁸⁹ FRCP, R. 35(a)(1).

⁷⁹⁰ À nouveau, on retrouve des dispositifs similaires devant les juridictions provinciales/étatiques, tel qu'en Ontario (R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 33), ou encore dans l'Indiana : Ind. R. Civ. P., R.35.

qu'aux autorisations d'entrée, pour lesquels la partie demanderesse doit obtenir une autorisation préalable de la juridiction devant laquelle la *discovery* est pendante⁷⁹¹.

430. Mesures d'instruction *in futurum* : un contrôle *a priori* et obligatoire du juge – À l'inverse de la *discovery* pour laquelle l'intervention *a priori* et obligatoire du juge ne relève que de l'exception, elle constitue, dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum*, un principe bien établi. L'article 145 du code de procédure civile ne laisse en effet aucune place au doute, en prévoyant, sans autre provision, que celles-ci peuvent « être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ». Le régime qui découle de cette disposition induit dès lors une flexibilité particulièrement diminuée par rapport à ceux qui précèdent, en particulier pour deux raisons. La première réside bien entendu dans le caractère automatique du contrôle du juge, qui impacte considérablement les recherches probatoires des parties ; la seconde concerne quant à elle son caractère général, qui ne laisse place à aucune exception à la différence de la *discovery*, dont la mise en œuvre – et par conséquent le régime applicable – dépend de l'acte qui sera demandé.

431. Mesures d'instruction *in futurum* : un possible « double contrôle » – Le dispositif mis en place par l'article 145 du code de procédure civile prévoit un régime exclusivement applicable aux mesures d'instruction *in futurum*, reposant sur le contrôle *a priori* des demandes. Une lecture combinée avec les articles 490 et 496 du code de procédure civile nous pousse néanmoins à penser, dans les cas où la demande a été satisfaite par le juge de l'article 145, qu'un second contrôle peut être mis en œuvre au moyen des voies de recours ouvertes au regard des ordonnances de référé et sur requête. Selon que la demande ait été effectuée et acceptée sous l'une ou l'autre de ces formes, telles que prévues par l'article 145, la partie requise pourra interjeter appel dans un délai de quinze jours, entraînant par conséquent un second contrôle.

432. Il existe donc des différences de fond importantes au regard du contrôle et par extension, du rôle du juge entre la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum*. Ces dernières peuvent-elles entraîner des conséquences sur les coûts des procès ?

⁷⁹¹ DORS /98-106, art. 249(1) et (2) ; Il en va d'ailleurs de même en Ontario : R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 32.

b. Les conséquences de telles pratiques au regard des coûts du procès

433. Contrairement à la *discovery*, le régime instauré par l'article 145 du code de procédure civile implique davantage le juge dans le processus de recherche de la preuve. Cet état de fait nous pousse dès lors à nous demander si, d'une manière ou d'une autre, il est possible que celui-ci puisse exercer une influence sur les coûts du procès et, par extrapolation, si l'aspect dissuasif auquel ces derniers sont souvent rattachés – et que nous mentionnions dans le cadre de la *discovery* – était susceptible de s'appliquer en France. Il est vrai qu'ici deux systèmes s'opposent. D'un côté, la *discovery*, pour laquelle priorité fut donnée à la flexibilité en vue de rendre les parties aussi autonomes que possible ; de l'autre, les mesures d'instruction *in futurum*, davantage orientées vers la protection de leurs droits. À ce titre, plusieurs arguments contribuent à légitimer l'hypothèse selon laquelle le contrôle systématique du juge permettrait de limiter les coûts du procès.

434. **Le juge en tant que garant de la limitation des coûts du procès** – Contrairement à la *discovery* où les abus de procédure conduisent bien souvent à l'application de coûts extrêmement importants à la charge des parties, la France, avec les mesures d'instruction *in futurum*, semble pour le moment épargnée⁷⁹². Dès lors, comment expliquer l'existence d'une telle différence alors que ces deux processus partagent à la fois le même but et, dans une certaine mesure, les mêmes procédés d'investigation ? Comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, les textes en vigueur en Amérique du Nord et en France ne se rejoignent pas quant au rôle à donner au juge. Ainsi, contrairement aux États-Unis et au Canada où ce dernier ne fait principalement figure que de spectateur⁷⁹³, il constitue en France un filtre systématique au travers duquel les demandes probatoires des parties sont tenues d'être analysées. Compte tenu des conditions strictes posées par

⁷⁹² Le rôle joué par la doctrine dans ce constat est majeur. Si l'on considère en effet que sa fonction vise, entre autres, à mettre en lumière les problématiques de l'instant afin de susciter le débat, nos observations auraient dû permettre de constater nombre d'articles sur la question des coûts importants générés par les mesures d'instruction *in futurum*. Or en l'espèce, rien de tout cela : aucune littérature n'a pu être trouvée sur le sujet. On notera que la tâche fut bien moins ardue au regard de la *discovery*, dont les coûts ont fait couler beaucoup d'encre.

⁷⁹³ Si, comme nous l'avons vu, les textes américains et canadiens leur donnent le droit d'intervenir sur requête des parties et parfois d'office, on notera, comme nous allons le voir dans un instant, que les demandes abusives ne donnent généralement lieu à aucun recours. Le juge reste donc principalement spectateur, sans forcément être en mesure, d'ailleurs, de constater les abus par lui-même (nous aborderons plus précisément ce sujet dans les paragraphes qui suivront).

l'article 145 du code de procédure civile et par la jurisprudence telles que le motif légitime, ou encore le caractère légalement admissible de la demande, il est dès lors évident qu'il devient beaucoup plus difficile pour les parties de mettre en œuvre une stratégie dont le point d'orgue consisterait à user des abus de procédure, en vue de contraindre l'adversaire à abandonner en raison des coûts importants qui en découleraient. Selon cette hypothèse, ce serait donc bien le caractère *a priori* et systématique du contrôle du juge qui permettrait d'éviter les dérives dans le cadre de l'application de l'article 145 du code de procédure civile.

435. **Les risques d'un contrôle facultatif du juge : l'absence de recours** – La brièveté de cet argument s'explique par le fait qu'il sera abordé plus en détail dans le paragraphe suivant. Ce dernier s'inscrit dans la continuité de ce qui vient d'être dit, et repose sur un constat statistique effectué au sein de la pratique américaine⁷⁹⁴, selon lequel très peu d'abus donnent lieu à des poursuites. Ceci s'explique en réalité par l'existence, chez les avocats, d'un accord de bon procédé les invitant à mutuellement fermer les yeux dans les cas où une demande de *discovery* abusive leur est soumise. Par ailleurs, il est intéressant de noter que lorsqu'ils entraînent un recours, ces abus ne sont pas nécessairement sanctionnés – ou très peu – ouvrant par conséquent la porte à une telle pratique parallèle, qui bien entendu encourage les abus et désavantage les parties, là encore en raison des coûts.

436. La différence de perception du rôle du juge en matière de *discovery* et de mesures d'instruction *in futurum* est donc centrale afin d'expliquer cette différence de coûts. Mais nous allons voir que l'encadrement de ces deux processus contribue également à amener un élément de réponse.

2. Un encadrement plus effectif des mesures d'instruction in futurum

437. L'encadrement effectif de la pratique, au même titre que le contrôle du juge, est fondamental afin d'éviter les abus et par conséquent, l'augmentation des coûts à l'égard des parties. Mais qu'entend-on réellement par-là ? Pour être effectif dans ce contexte, l'encadrement doit selon nous réunir deux critères : d'un côté offrir des

⁷⁹⁴ Il n'existe, à notre connaissance, aucune donnée canadienne à ce sujet.

garanties suffisantes aux parties notamment au regard de l'accès aux juridictions et de l'autre, assurer des possibilités de recours suffisantes. À ce titre, il serait particulièrement injuste de laisser entendre que les règles applicables la *discovery* n'offrent aucune garantie de protection aux parties. Nous verrons d'ailleurs dans un premier temps que certaines d'entre elles sont communes à celles proposées par les mesures d'instruction in futurum (a). Nous constaterons néanmoins dans un deuxième temps que les recours proposés en cas d'abus sont bien moins utilisés par la pratique dans le cadre de la première que des secondes (b).

- a. L'existence de garanties communes à la *discovery* et aux mesures d'instruction in futurum

438. **L'existence de garanties en Amérique du Nord** - Il serait illusoire de penser que la *discovery* est dépourvue d'encadrement en Amérique du Nord. Les règles de procédure civile en vigueur aux États-Unis et au Canada, qu'elles soient fédérales ou locales, prévoient en effet bel et bien que certaines limites doivent circonscrire son application. La règle 26(b)(1) des *Federal Rules of Civil Procedure* disposent ainsi que « les parties peuvent obtenir une *discovery* au regard de toute matière non soumise à un privilège de non-divulgence pertinente à toute demande ou défense d'une des parties »⁷⁹⁵. Particulièrement générale, cette dernière est complétée par un second paragraphe, qui retient notamment que le juge peut, d'office ou sur requête de l'une des parties, « limiter la fréquence ou l'ampleur des mesures de *discovery* autorisées par ce texte »⁷⁹⁶, en particulier lorsque la *discovery* est demandée de manière « déraisonnablement cumulative ou redondante », ou si elle peut être « obtenue par un procédé moins contraignant » ou « moins onéreux »⁷⁹⁷. Depuis 2015, la règle 26(b)(1) des *Federal Rules of Civil Procedure* retient également, de manière explicite, que l'application de la *discovery* doit être « proportionnelle aux besoins de l'affaire »⁷⁹⁸. On notera par

⁷⁹⁵ Si cette disposition ne concerne que les juridictions fédérales, la plupart des États américains reconnaissent cette même limite, tels que la Floride (Fla. R. Civ., R.1280(b)(1)), ou encore le Massachusetts (MRCP, R.26(b)(1)), qui retiennent tous deux la formulation suivante : « *Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the subject matter of the pending action, whether it relates to the claim or defense of the party seeking or the claim or defense of any other party [...]* ».

⁷⁹⁶ FRCP, R. 26(b)(2)(C).

⁷⁹⁷ FRCP, R. 26(b)(2)(C)(i).

⁷⁹⁸ L'existence de dispositions au sujet de l'application du principe de proportionnalité à la *discovery* n'est en réalité pas nouvelle au sein des *Federal Rules of Civil Procedure*. Ces dernières retenaient déjà, sans la nommer, que le juge était en droit de limiter une *discovery* dont la charge ou les dépenses dépassaient

ailleurs que si les Règles des Cours fédérales canadiennes ne prévoient aucune disposition à ce sujet⁷⁹⁹, les *Rules of Civil Procedure* de l'Ontario lui consacrent un article complet, exigeant notamment du juge⁸⁰⁰ qu'il prenne en considération « les dépenses associées à l'exécution d'une demande [de *discovery*] ou à la production d'un document [dans ce cadre] », afin de savoir si ces dernières peuvent trouver une justification⁸⁰¹. Il incombe également au juge de vérifier si la demande peut causer à la partie concernée ou à un tiers un « préjudice indu »⁸⁰².

439. La jurisprudence outre-Atlantique ajoute de son côté quelques exigences supplémentaires, en rappelant non seulement que « l'objectif de la *discovery* n'est pas de permettre à une partie de conduire une chasse aux trésors (*fishing expedition*) afin de trouver des preuves en vue de soutenir sa demande »⁸⁰³, mais également que l'utiliser comme une arme stratégique contribue à violer l'esprit des règles qui l'encadrent⁸⁰⁴.

440. **Des garanties en apparence similaires en France** – Côté français, le régime des mesures d'instruction *in futurum* est régi par l'article 145 du code de procédure civile, dont l'application est soumise à deux conditions cumulatives : il doit tout d'abord exister « un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige » ; et il faut ensuite que la mesure sollicitée soit légalement admissible. Bien qu'en apparence différentes des garanties prévues en Amérique du Nord, leur interprétation par la jurisprudence et la doctrine

les bénéfices potentiels de la mesure, aussi bien au regard des besoins de l'affaire, des montants en jeu ou encore des ressources des parties (FRCP (2014), R. 26(b)(2)(C)(iii)). La nouveauté apportée par la réforme du 1^{er} décembre 2015 au sujet de la proportionnalité concerne en réalité sa visibilité à la fois du point de vue de son emplacement, puisqu'elle est désormais inscrite au sein de premier paragraphe de la sous-section b de la règle 26, portant sur la portée et les limites de la *discovery* (FRCP, R. 26(b)(1)), mais également parce qu'elle est à présent nommée de manière explicite.

⁷⁹⁹ Les Règles des Cours fédérales canadiennes ne prévoient en effet aucune exigence de proportionnalité dans le cadre de l'application de la *discovery* et les limites qui sont mentionnées sont spécifiques à certaines méthodes. À titre d'exemple, la règle 235 du texte susvisé prévoit que, sauf autorisation contraire de la Cour, une partie ne peut interroger une partie adverse plus d'une fois.

⁸⁰⁰ Uniquement en cas de désaccord entre les parties au sujet de l'exécution d'une demande de *discovery*. Il faut en effet rappeler que dans la plupart des cas, ce sont les parties elles-mêmes qui contrôlent le processus (L. S. ABRAMS, K. P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, *op. cit.*, p. 1007). Le juge n'intervient qu'en cas de désaccord.

⁸⁰¹ R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 29.2.03(1)(b).

⁸⁰² R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 29.2.03(1)(c).

⁸⁰³ *Keenan v. Adecco Empl. Servs.*, 2006 Ohio 3633, 2006 Ohio App. LEXIS 3560 (C.A. Ohio, 3rd Dist. 2006), ou encore *Winkle v. Southdown, Inc.* (Sept. 3, 1993), 2nd Dist. No. 92-CA-107, unreported, 1993 WL 333643.

⁸⁰⁴ *Burlington Northern & Santa Fe Ry. v. United States Dist. Court.*, 408 F.3d 1142 (9th Cir. 2005).

laisse apparaître de nombreux points communs. Ainsi, en retenant dans un premier temps le motif légitime de conserver ou d'établir la preuve, l'article 145 du code de procédure civile cherche à conduire les parties et le juge à apprécier l'utilité de la mesure sollicitée⁸⁰⁵. Cette exigence a notamment poussé le professeur Jacques Normand à établir que le motif ne peut être légitime en présence d'une simple hypothèse, en ce que le recours à l'article 145 ne doit pas être utilisé à des fins d'intimidation⁸⁰⁶. Dans le même état d'esprit, l'action au fond ne doit d'ailleurs pas être manifestement vouée à l'échec, sans quoi la recherche anticipée de la preuve n'aurait aucune utilité⁸⁰⁷. La jurisprudence admet également de longue date que le motif d'une demande effectuée à des fins exploratoires ne peut être légitime⁸⁰⁸. Ainsi la cour de cassation – et plus généralement la jurisprudence – rappelle-t-elle régulièrement que la mise en œuvre de l'article 145 du code de procédure civile ne doit ni « suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve »⁸⁰⁹, ni s'avoisiner à « une partie de pêche »⁸¹⁰. Le motif légitime impose dès lors au juge de vérifier que l'objet et le temps de la mesure sont bien circonscrits⁸¹¹, afin qu'elle ne se rapproche pas, par exemple, d'une perquisition⁸¹². De même, cette dernière ne peut être définie en des termes vagues ou consignée dans une liste excessivement longue, qui

⁸⁰⁵ A. BERGEAUD WETTERWALD et al., *Procédure civile*, Cujas, 2017, pp. 365-66.

⁸⁰⁶ J. NORMAND, « Les limites du référé probatoire (art.145, nouveau c. pr. civ) », *RTD Civ*, (1990), p. 135 ; on retrouve également cette exigence dans la jurisprudence, qui retient par exemple qu'il appartient au demandeur de démontrer qu'il existe un lien direct entre la mesure sollicitée par lui et le litige (encore éventuel). Voir à ce titre : Cass. 2^e civ., 19 mars 2020, n°19-11734 ; ou encore Civ. 2^e, 10 déc. 2020, n°19-22619, P : JCP 2021. 222, note Vuitton ; BJS févr. 2021, p. 7, note Guégan. On ajoutera par ailleurs que cette condition est propre aux mesures d'instruction *in futurum* et ne s'applique donc pas stricto sensu à la *discovery*, qui, comme nous l'avons déjà mentionné dans les lignes qui précèdent, correspond à une phase plus avancée du conflit, en ce qu'une procédure est déjà en cours. Cela implique dès lors nécessairement que les faits aient dépassé le stade de la plausibilité pour être, sinon prouvés, au moins établis.

⁸⁰⁷ A. BERGEAUD WETTERWALD et al., *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 366.

⁸⁰⁸ J. NORMAND, « Les limites du référé probatoire », *op. cit.*, p. 135 ; G. GIL, « Les mesures d'instruction *in futurum* ont une finalité probatoire et non exploratoire », *BJS*, (Déc. 2015), pp. 624-25.

⁸⁰⁹ Cass. 2^e civ., 7 mai 2008, n°07-18012 : Bull. civ. II, n° 104 ; RTD civ. 2008, p. 549, obs. R. Perrot.

⁸¹⁰ Cass. Com., 14 févr. 2012, n°11-12833 : Procédures 2012, n° 4, comm. 109, R. Perrot ; Rev. sociétés 2012, p. 229, note S. Prévost.

⁸¹¹ Cass. 2^e civ., 8 févr. 2006, n°05-14198 : Bull. civ. II, n°44. Certains auteurs, tels que Thibault Goujon-Bethan, considèrent toutefois que cet élément relève plutôt de la seconde partie de l'article 145 du code de procédure civile portant sur les mesures légalement admissibles, que du motif légitime de rechercher ou de conserver la preuve (T. GOUJON-BETHAN, « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », *Dalloz actualité*, (14 avr. 2021), disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/mesures-d-instruction-futurum-l-epreuve-du-droit-preuve> [consulté le 11 mars 2023]). La Cour de cassation elle-même retient parfois cette interprétation (par exemple : Cass. 2^e civ, 21 mars 2019, n°18-14705, D. 2019. 2374, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra).

⁸¹² CA Paris, 14^e ch., B, 5 sept. 1997, Juris-Data n°1997-022620 ; ou plus récemment : Cass. 2^e civ, 5 janv. 2017, n°15-27526, RTD civ. 2017. 491, obs. N. Cayrol.

donnerait par conséquent à un huissier ou tout autre auxiliaire « un pouvoir d'investigation général »⁸¹³.

441. L'article 145 du code de procédure civile retient dans un second temps que la mesure doit être légalement admissible. Cette condition implique, selon une définition communément admise par la jurisprudence et la doctrine, que soit effectué par le juge un double contrôle de proportionnalité. Proportionnalité tout d'abord au regard de l'objectif poursuivi, qui implique notamment que la portée de la mesure soit circonscrite dans son objet et sa temporalité. À ce stade, il est probable qu'un sentiment de « déjà-vu » s'installe dans l'esprit du lecteur, et pour cause : les définitions du caractère légalement admissible de la mesure et du motif légitime sont, au moins sur ce point, paradoxalement identiques⁸¹⁴. Proportionnalité ensuite au regard de l'atteinte aux libertés fondamentales de la partie adverse⁸¹⁵. En effet, s'il existe bel et bien un droit à la preuve au bénéfice du demandeur⁸¹⁶, il ne faudrait pas pour autant sous-estimer la légitimité des intérêts de l'adversaire. Il ne faut en effet pas oublier qu'une telle mesure peut porter atteinte au quotidien du défendeur, notamment lorsque les investigations impliquent des tiers tels que des banques, qui pourraient, à l'avenir, se montrer réticentes à lui accorder un prêt par manque de confiance au regard de sa solvabilité⁸¹⁷. Dans le même état d'esprit, la mesure qui porterait atteinte à l'intimité de l'adversaire doit à la fois faire l'objet d'une justification par le demandeur et d'un contrôle de proportionnalité par le juge, qui devra par exemple déterminer s'il n'existe pas de moyen moins contraignant d'obtenir la preuve en question⁸¹⁸.

442. Des points communs sur les garanties entourant la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* – À ce stade, il est possible de constater non

⁸¹³ CA Paris, 18 juin 1980 : Gaz. Pal. Rec. 1980, 2, p. 770, obs. J.-C. Fourgoux ; RTD Civ. 1983, p. 187, obs. J. Normand.

⁸¹⁴ Nous renvoyons par conséquent aux lignes qui précèdent pour plus de précisions.

⁸¹⁵ Trib. grande inst. Arras, réf. 9 oct. 1981, JCP. 1982. I. 19852, note G. Raymond ; Cass. 2^e civ, 8 févr. 2006, n°05-14198, Bull. civ. II, n°44 ; Cass. 2^e civ, 10 nov. 2010, n°09-71674 ; ou encore Cass. 2^e civ, 6 janv. 2011, n°09-72841.

⁸¹⁶ T. GOUJON-BETHAN, « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », *op. cit.*

⁸¹⁷ *Ibid.*

⁸¹⁸ J. NORMAND, « Les limites du référé probatoire », *op. cit.*, p. 136 ; J. Normand, obs. sous CA Paris, 18 juin 1980, RTD civ. 1983, p. 187 ; ou encore P. Estou, note sous CA Versailles, 8 juill. 1987 : JCP G 1988, 2, 20972 ; Il en irait encore par ailleurs de même au regard d'un secret protégé tel que le secret médical, ou encore le secret des affaires, qui, s'il n'interdit pas d'office au juge d'y porter atteinte, doit néanmoins faire l'objet d'un contrôle permettant d'établir la nécessité de la mesure. Voir par exemple : Cass. 1^e civ, 11 juin 2009, n°08-12742, Bull. civ. I, n°128 ; ou encore : T. GOUJON-BETHAN, « Les mesures d'instruction *in futurum* à l'épreuve du droit à la preuve », *op. cit.*

seulement qu'il existe des garanties contre les abus de part et d'autre de l'Atlantique en vue de l'application de la *discovery* et des mesures d'instruction *in futurum*, mais également que ces dernières sont similaires. On retiendra par exemple que les trois pays encadrent ces méthodes par des dispositions qui requièrent des demandes qu'elles soient pertinentes ou utiles⁸¹⁹. Il est également impératif en France, au Canada et désormais aux États-Unis que celles-ci soient proportionnées au but recherché⁸²⁰. Enfin – et pour ne citer que ces éléments, on notera, plus spécifiquement en France et aux États-Unis, la tendance de la doctrine à décourager, voire à s'opposer à une utilisation stratégique de la *discovery* ou des mesures d'instruction *in futurum*⁸²¹. Dès lors, si ces mesures sont communes aux trois pays, les résultats obtenus devraient en toute logique être identiques, ou tout du moins similaires. Or, comme nous l'avons souligné, les observations effectuées en Amérique du Nord – et principalement aux États-Unis – démontrent que les coûts de *discovery*, en raison des abus réalisés en pratique, sont à eux seuls bien plus élevés que les coûts engendrés par un procès « classique » mené à son terme en France⁸²². Si la simple existence de ces règles ne peut dès lors, à elle seule, constituer une barrière fiable contre ces abus, c'est nécessairement qu'il existe un autre facteur à prendre en compte : la fréquence de leur mise en œuvre.

⁸¹⁹ FRCP, R. 26(b)(1), Fla. R. Civ., R.1280(b)(1), ou encore MRCP, R.26(b)(1) pour les États-Unis ; R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 29.2.03(1)(b) pour l'Ontario (Canada), où l'on retrouve indirectement cette mention au travers de l'exigence de proportionnalité dans la *discovery* ; C. pr. civ., art 145 pour la France, où l'on retrouve cette exigence dans la notion de motif légitime.

⁸²⁰ FRCP, R. 26(b)(1) aux États-Unis (juridictions fédérales) ; R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 29.2.03(1)(b) pour le Canada (Ontario) ; Cass. Com., 14 févr. 2012, n°11-12833 ou encore Cass. 2^e civ, 6 janv. 2011, n°09-72841 pour la France.

⁸²¹ On citera par exemple : L. F. PULGRAM, « The Discovery Rules Have Changed », *op. cit.*, pp. 18 et s. ou encore C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions », *op. cit.*, pp. 264 et s. pour les États-Unis ; et J. NORMAND, « Les limites du référé probatoire », *op. cit.*, p. 135 pour la France.

⁸²² Dans le cas des États-Unis, il faudra toutefois mitiger le propos dans la mesure où, d'une part, les effets de la réforme des *Federal Rules of Civil Procedure* de 2015 ajoutant une exigence de proportionnalité à la pratique de la *discovery* n'ont pas encore réellement été mesurés (même si l'on doit rappeler que d'autres amendements avaient été pris en vue de limiter les abus, tels que celui de 2000, qui fut largement ignoré par la pratique (J. H. BEISNER, « Discovering a Better Way : The Need for Effective Civil Litigation Reform », *Duke L. J.*, vol. 60, (2010), pp. 577-81)). et d'autre part, où il existe d'assez grandes inégalités à ce sujet dans la législation des États, qui n'ont encore pas tous adopté de disposition équivalente.

b. Un recours plus fréquent à ces garanties dans le cadre des mesures d’instruction *in futurum*

443. L’existence de la grande différence de coûts que nous mentionnions dans le cadre du procès civil en France, aux États-Unis et au Canada en dépit de la présence de règles visant à limiter les abus dans le cadre de l’application de la *discovery*, ou des mesures d’instruction *in futurum*, pousse à s’interroger sur deux points : existe-t-il des dispositifs à destination des parties afin de mettre en œuvre ces mesures ? Et le cas échéant, ces derniers sont-ils utilisés en pratique ? Si la réponse à donner à la première de ces questions ne pose aucune difficulté majeure – puisque les trois pays proposent des recours relativement similaires en cas d’abus de l’une des parties⁸²³, tel n’est pas le cas de la seconde, pour laquelle un approfondissement est nécessaire.

444. **Le cas particulier des mesures d’instruction *in futurum*** – À ce titre, il convient d’emblée de préciser que le cas de la France fait figure d’exception. En effet, contrairement à la pratique nord-américaine, les parties qui souhaitent obtenir un élément de preuve au moyen des mesures d’instructions *in futurum* doivent

⁸²³ Devant les juridictions fédérales américaines, on retiendra notamment les recours énoncés au sein de la Rule 37 des *Federal Rules of Civil Procedure*, qui permettent notamment au juge de prononcer des sanctions (notamment financières) contre la partie et/ou l’avocat qui se rendrait coupable d’abus de *discovery*. Au Canada, les Règles des Cours Fédérales prévoient quant à elles principalement deux types de recours au regard des abus susceptibles de survenir dans le cadre d’une *discovery* de document. Le premier concerne les cas où l’une des parties cherche à dissimuler des documents potentiellement utiles à la recherche de la preuve de la partie adverse (DORS /98-106, art. 227). Dans cette situation, le juge est autorisé à prononcer, sur requête de la partie lésée, des sanctions procédurales (telles que la réalisation d’un affidavit complet incluant l’ensemble des documents susceptibles d’intéresser la défense de la partie adverse, tel que prévu par l’article 223(2) des Règles des Cours Fédérales, ou encore la radiation totale ou partielle des actes de procédure réalisés pour le compte de la partie à l’origine de l’affidavit incomplet), mais également des sanctions pécuniaires (telles que la condamnation de la partie en question aux dépens). Le second cas de figure correspond quant à lui à l’hypothèse où la demande de l’une des parties implique une production trop onéreuse de documents « du fait de leur nombre ou de leur nature » (DORS /98-106, art. 230(b)). On notera qu’il existe certains équivalents de ces mesures à l’échelle provinciale, tel qu’en Ontario (voir par exemple : R.R.O. 1990, Reg. 194, R. 30.08 (2)). La situation en France est quant à elle plus particulière, en ce sens que le juge effectue un premier contrôle *a priori* afin de faire droit ou non à la demande de mesure d’instruction *in futurum*. La mise en œuvre d’un recours suppose donc que ce dernier a validé ladite mesure, conformément aux prérequis établis par l’article 145 du code de procédure civile. Le mode de recours dépend par conséquent de la forme qu’a initialement prise la demande. Ainsi s’agira-t-il d’interjeter appel dans le cadre d’une demande en référé (C. pr. civ., art. 490), alors qu’il conviendra plutôt de recourir au référé-rétractation de l’article 496 al. 2 du code de procédure civile dans le cadre d’une requête. Lorsqu’il est fait droit à l’un ou l’autre de ces recours, l’objet sur lequel ils portent ne produit plus aucun effet et ne peut dès lors plus être utilisé par la partie qui a originellement sollicité la mesure (à titre d’illustration, voir par exemple Cass. 2^e civ., 4 juin 2015, n° 14-17.699 P : D. 2015. Actu. 1279).

impérativement obtenir l'autorisation préalable d'un juge. Son contrôle, qui par sa nature est automatique, permet dès lors de limiter les abus⁸²⁴.

445. **Des recours peu utilisés en Amérique du Nord** – À l'inverse, le contrôle *a posteriori* effectué par le juge en Amérique du Nord ouvre la porte à certaines dérives, en ce qu'il incombe aux parties, seules, d'estimer les actes qui seront nécessaires dans le cadre de la *discovery* à laquelle elles ont pris part. Les recours ouverts devant les juridictions fédérales ou locales ne sont donc pratiqués qu'à leur seule discrétion. Or, selon le juge Renfrew, ces dernières – et parfois même les juridictions – préfèrent bien souvent éviter d'utiliser cette voie pour plusieurs raisons. La première réside dans le fait, que cette pratique, pour les parties et plus particulièrement pour leurs avocats, est à « double tranchant »⁸²⁵. Selon Charles Renfrew, ces derniers seraient en effet tentés de garder le silence lorsque leurs clients sont confrontés à des abus de *discovery* en provenance de la partie adverse, dans l'espoir que leurs confrères en feront de même le jour où leurs clients pourront en bénéficier. L'accord tacite qui découle de cette situation pousserait dès lors les praticiens à ne pas agir plutôt que risquer de perdre cet avantage⁸²⁶. La seconde raison concerne quant à elle le juge, qui, confronté à l'éventualité de prononcer une sanction contre la partie qui aura abusé de ses droits, hésitera en ce que cette dernière pourrait davantage impacter le client que l'avocat qui se serait méconduit⁸²⁷. Cette situation est d'autant plus problématique lorsque seul le conseil est à la manœuvre, dans la mesure où son client n'a aucune possibilité de se raviser. À l'inverse, une telle sanction peut également s'avérer injuste envers l'avocat qui, de bonne foi, n'avait par exemple aucune connaissance de l'existence d'un document pouvant intéresser la partie adverse à la suite d'une dissimulation orchestrée par son propre client. Dans une hypothèse comme dans l'autre, les faits sont relativement difficiles à prouver, ce qui contribue également à expliquer la réticence des juges à prononcer de telles sanctions⁸²⁸. Enfin et pour ne citer qu'elles, la troisième raison correspond à l'existence, en particulier devant les juridictions d'appel, d'une certaine forme de tolérance au regard des abus de

⁸²⁴ Il reste toutefois difficile de quantifier la proportion réelle de recours visant à contester l'ordonnance d'un juge faisant droit à une demande d'instruction *in futurum*.

⁸²⁵ C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions », *op. cit.*, p. 272.

⁸²⁶ *Ibid.*

⁸²⁷ *Ibid.*, p. 273.

⁸²⁸ *Ibid.*, pp. 273-74.

discovery pratiqués par les avocats⁸²⁹. Cette dernière pourrait notamment s'expliquer par la crainte exprimée par certains magistrats selon laquelle la mise en œuvre plus fréquente de sanctions encouragerait les parties à agir plus souvent en ce sens, entraînant par conséquent une augmentation du contentieux en la matière⁸³⁰.

446. Cette accumulation d'éléments ne peut *de facto* que conduire les parties à l'inaction en cas d'abus, comme en témoignent les chiffres avancés par une étude du *Federal Judicial Center*, qui retenait que pour cent demandes de *discovery*, seule une donnait lieu à un recours⁸³¹. Elle relevait également que seules 42.7% de ces actions donnaient effectivement lieu à une décision du juge⁸³². On peut encore ajouter que, lorsqu'il est fait droit à ces – bien rares – recours, les juges se montrent particulièrement réticents à prononcer des sanctions lourdes. Pour Charles Renfrew il s'agit là encore d'une erreur, en ce que cette dernière doit jouer un rôle dissuasif⁸³³, d'ailleurs reconnu par la Cour suprême des États-Unis elle-même⁸³⁴. Par conséquent, l'absence quasi chronique de sanction en cas d'abus de *discovery*, accompagnée de leur faible impact lorsqu'elles sont prononcées, conduit indiscutablement les praticiens à considérer que d'une part, les abus font partie intégrante de la pratique et d'autre part, que la mise en œuvre d'un recours est inutile compte tenu du faible impact qui est susceptible d'en découler. On peut dès lors parler d'un cercle vicieux. Un tel état d'esprit ne peut, en conséquence, qu'amener les parties vers une augmentation des coûts de procédure, puisque pour rappel ces derniers dépendent principalement des abus réalisés par la pratique. Bien moins présents dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum*, ces derniers permettent de ce fait de limiter les coûts et par là même, l'aspect dissuasif ou prohibitif qu'ils pourraient susciter. On retiendra donc que si les mesures d'instruction *in futurum*, par leurs coûts raisonnables, favorisent l'accès à la justice, elles n'incitent pas, contrairement à la *discovery*, les parties à recourir aux modes amiables.

⁸²⁹ C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions », *op. cit.*, pp. 275-76.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 278.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 271.

⁸³² *Ibid.* ; On notera toutefois que l'étude ne mentionne pas les causes de cette proportion relativement faible de décisions. Il n'est dès lors que possible d'émettre des hypothèses à ce sujet. D'un côté, il n'est pas improbable que ce phénomène repose sur l'idée selon laquelle le recours de la partie lésée a conduit la partie adverse à retirer sa demande abusive ; de l'autre, on peut également imaginer que l'effectivité de ces recours n'est pas optimale.

⁸³³ *Ibid.*, p. 275.

⁸³⁴ *National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc.*, 427 U.S. 639, 643 (1979).

B. La différence chronologique entre les deux méthodes

447. Le succès de la résolution amiable d'un conflit repose, comme il nous a été permis de le voir tout au long de cette étude, sur un certain nombre de facteurs, tels que la communication entre les parties ou encore leur bonne foi. Celui qui nous intéresse ici repose davantage sur la temporalité des modes amiables. Cette dernière n'est en effet pas à négliger tant son impact sur l'issue de l'affaire est important. La doctrine et la pratique reconnaissent en effet qu'utilisés trop tôt, les modes amiables sont généralement peu efficaces ; trop tard, ils ne sont plus attractifs⁸³⁵. Compte tenu de ce constat, mais aussi de la différence chronologique qui existe entre la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* (qui interviennent plus tôt), nous nous demanderons si la mise en œuvre anticipée des secondes par rapport à la première peut contribuer à limiter leur capacité à susciter une résolution amiable des conflits. En l'absence de donnée exclusivement consacrée à ce sujet, nous répondrons à cette question par analogies, en rapprochant les mesures d'instruction *in futurum* à des méthodes telles que les *Early Neutral Evaluations* (ENE), dont le but (la recherche de la preuve) et la chronologie sont similaires. Par ce moyen, nous constaterons que si leur mise en œuvre anticipée peut effectivement affaiblir leurs effets au regard de la résolution amiable (1), celle-ci n'empêche tout de même pas les parties d'y prétendre dans certains cas (2).

1. Le caractère anticipé des mesures d'instruction *in futurum* : un frein potentiel à la résolution amiable des conflits

448. **Méthode** – Si l'impact limité des mesures d'instruction *in futurum* sur la résolution amiable des conflits ne peut être prouvé par des données qui leur sont exclusivement consacrées, il est toutefois possible de procéder par analogie en comparant ce procédé à d'autres méthodes similaires. Il est bien évident que les résultats qui découleront de cette démonstration devront faire l'objet d'une interprétation prudente, car dans les faits, il n'existe aucune méthode parfaitement semblable aux mesures d'instructions *in futurum* : elles ne pourront l'être que sur certains points bien déterminés. En l'occurrence, nous nous attacherons ici à les rapprocher à titre principal

⁸³⁵ S. BENSIMON et al., *Art et technique de la médiation*. (2^e éd.), LexisNexis, 2018, p. 213. Dans le cadre de notre démonstration, nous n'utiliserons que la première partie de ce constat.

des ENE, qui partagent à la fois la même finalité, mais également une chronologie similaire, puisqu'elles interviennent toutes les deux aux prémices de la procédure⁸³⁶ et donc avant la mise en œuvre supposée de la *discovery*. Dans le même état d'esprit et afin de démontrer que certaines des critiques effectuées par la doctrine sur le caractère anticipé des ENE en Amérique du Nord sont également valables en France, nous rapprocherons également les mesures d'instruction *in futurum* de la médiation judiciaire, dont la mise en œuvre peut, selon les textes en vigueur, intervenir plus ou moins précocement en procédure civile.

449. **Un problème lié à l'absence de preuve** – La question qui nous anime ici pourrait par conséquent être résumée dans les termes suivants : est-il possible d'envisager la résolution amiable d'un conflit à un stade particulièrement anticipé de la procédure ? Pour bon nombre d'auteurs dont les travaux portent indistinctement sur les ENE ou la médiation judiciaire, cette éventualité semble peu probable. Il faut en effet bien comprendre qu'à ce degré d'avancement du conflit, les parties ne disposent que de peu de matière. Les auteurs rappellent à ce titre que plusieurs difficultés découlent de cette situation, à commencer par l'incapacité aussi bien des avocats que de leurs clients de délimiter avec précision les problématiques qui ont donné naissance au conflit⁸³⁷. Un tel cas de figure contribuerait nécessairement à complexifier la conduite de négociations fructueuses, dans la mesure où, comme nous avons pu le voir notamment avec la *discovery*, les parties doivent, pour espérer être entendues par l'adversaire, présenter des arguments fondés sur des faits et/ou des preuves préalablement obtenues par elles. Cette phase préparatoire, qui peut être courte⁸³⁸, doit en effet aider les parties et leur conseil à éclaircir leur position, mais également à prioriser leurs griefs afin d'accepter plus facilement l'éventualité d'un compromis, si l'occasion se présente : il faut donc, pour cela,

⁸³⁶ Plus précisément avant le début de la procédure pour les mesures d'instruction *in futurum*, car aucune juridiction n'est, en tant que tel, saisie à ce stade ; et dans les premiers instants de la procédure pour les ENE.

⁸³⁷ W. D. BRAZIL, « Early Neutral Evaluation or Mediation – When Might ENE Delivery More Value », *Disp. Resol. Mag.*, vol. 14, no. 1, (Fall 2007), p.12 ; D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation: A Follow-up Report », *Judicature*, vol. 70, no. 4, (1987), p. 238 ; ou encore S. BENSIMON et al., *Art et technique de la médiation*, *op. cit.*, p. 213.

⁸³⁸ En particulier lorsque les parties s'engagent dans une méthode de résolution amiable impliquant un tiers, dans la mesure où ce dernier sera amené à les aider à effectuer cet exercice. Tel est par exemple le cas du médiateur ou de l'évaluateur dans le cadre des ENE.

faire mûrir le conflit. Ce n'est en effet qu'une fois ses éléments décantés que la perspective d'une résolution amiable devient plus favorable⁸³⁹.

450. Une vision peu réaliste de la situation par les parties – L'immaturation d'un conflit peut également conduire les parties à adopter une vision biaisée de la situation, aussi bien au regard de leur propre position que de celle de la partie adverse⁸⁴⁰. Ceci peut s'expliquer par différents moyens, tels que l'absence de preuve, que nous venons mentionner, mais également l'existence d'une mauvaise compréhension entre les parties. Le manuel de formation des évaluateurs intervenant dans le cadre des ENE élaboré par la *Court Services Division* du Minnesota rappelle à ce titre que les premières phases d'un divorce ou d'une séparation peuvent donner lieu à certaines erreurs d'interprétation au regard aussi bien du comportement de la partie adverse, que de déclarations qu'elle aurait pu faire. Or, comme nous l'évoquions là encore au sujet de la *discovery*, de tels situations peuvent notamment laisser entendre aux parties – à tort – qu'elles se trouvent en position de force, les conduisant ainsi à effectuer des demandes irréalistes compte tenu des informations possédées par la partie adverse. Un tel cas de figure n'est bien entendu pas propice à des négociations fructueuses, dans la mesure où les offres émises de part et d'autre ne pourront jamais se croiser⁸⁴¹.

451. De meilleures perspectives de succès avec le temps – Bien que les auteurs soient généralement pessimistes quant aux perspectives de succès d'une résolution amiable à un stade précoce, ils considèrent également que celles-ci s'améliorent avec le temps⁸⁴². Fabrice Vert rappelle d'ailleurs qu'en pratique, la phase la plus efficace pour proposer une médiation correspond généralement à l'audience de

⁸³⁹ Cette idée est notamment défendue par Stephen Bensimon, Martine Bourry d'Antin et Gérard Pluyette, qui considèrent que pour avoir plus de chances d'être fructueuse, la médiation ordonnée par le juge doit porter sur un litige dont les éléments ont suffisamment « décanté » (S. BENSIMON et al., *Art et technique de la médiation*, *op. cit.*). On pourra également citer : J. LEIGH SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *Fam. Ct. Rev.*, vol. 42, no. 2, (April 2004), p. 332.

⁸⁴⁰ W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation: an Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution », *Judicature*, vol. 69, no. 5, (Feb. - March 1986), p. 279.

⁸⁴¹ L. A. BEBCHUK, « Litigation and Settlement Under Imperfect Information », *op. cit.*, p. 409 ; K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement ? An Empirical Answer », *op. cit.*, p. 247.

⁸⁴² Cela contribue par ailleurs à corroborer les arguments exposés plus haut, dans la mesure où par ce biais, les parties participent au mûrissement de leur conflit, à l'élaboration de preuves et donc à préciser leurs positions afin d'adopter une vision plus réaliste de leur affaire.

plaidoirie⁸⁴³, qui, par définition, intervient en fin de processus, peu avant le jugement. Ce point de vue est également partagé par Stephen Bensimon, Martine Bourry d'Antin et Gérard Pluyette, qui ajoutent que la phase d'instruction du litige peut également donner lieu à des négociations efficaces, notamment en raison de la mise en état de l'affaire⁸⁴⁴, qui correspond, en temps et en but, à la *discovery* en Amérique du Nord. Dans le même état d'esprit, Wayne Brazil rappelait en 1986 que certaines juridictions autorisaient aux parties de conduire une *discovery* brève avant d'entamer un processus d'ENE. Il estimait alors que cette opportunité pouvait leur permettre d'améliorer leur compréhension de la situation, afin de se positionner de manière plus vraisemblable⁸⁴⁵ et donc d'augmenter leurs chances de parvenir à un accord.

452. L'ensemble de ce qui précède contribue donc à démontrer que le caractère anticipé d'une résolution amiable laisse peu de place au succès. Par conséquent, il apparaît que les mesures d'instruction *in futurum*, contrairement à la *discovery* qui intervient bien plus tardivement, sont moins prédisposées à atteindre un tel but. Certains auteurs, tels que l'avocat britannique Irwin Mitchell considèrent même qu'une tentative aussi précoce de résolution amiable peut représenter un danger et découler sur une solution injuste pour les parties⁸⁴⁶. Nous allons néanmoins voir que si l'impact des mesures d'instruction *in futurum* est potentiellement faible dans ce domaine, il n'est pas pour autant inexistant.

2. Un impact envisageable sur la résolution amiable des conflits

453. Si la résolution amiable d'un conflit nécessite de le laisser mûrir, il apparaît néanmoins opportun pour les parties de ne pas trop attendre, au risque de voir la situation se pérenniser⁸⁴⁷. Sur ce point, le caractère anticipé des mesures d'instruction *in futurum* devrait donc être perçu comme un atout non négligeable. Rien n'indique en effet

⁸⁴³ F. VERT, « Médiation : mode d'emploi », *Gaz. Pal.*, n°318 à 319, (14-15 nov. 2014), p. 17. Il ajoute toutefois que cette phase est également « chronophage ».

⁸⁴⁴ S. BENSIMON et al., *Art et technique de la médiation*, *op. cit.*, p. 213.

⁸⁴⁵ W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation », *op. cit.*, p. 279.

⁸⁴⁶ I. MITCHELL, « ADR: Timing it Right », (11 dec. 2018), disponible sur : <https://imbusiness.passle.net/post/102f74o/adr-timing-it-right> [consulté le 19/04/2023].

⁸⁴⁷ Une telle situation complexifie en effet la tâche des parties dont la position, généralement figée avec le temps, empêche la naissance de compromis.

que sur l'échelle chronologique de la résolution amiable, il soit impossible de mettre fin à un différend dès sa naissance. Plusieurs éléments permettent d'ailleurs de plaider en faveur d'un tel argumentaire, tels que le concept québécois de mode de prévention et de règlement des différends, l'existence de dispositifs de résolution hâtive des conflits au Canada, la possibilité de parvenir à un accord rapide dans le cadre des ENE, ou encore l'utilisation possible de l'expertise judiciaire comme un moyen de pacification des relations entre les parties.

454. Le concept québécois de mode de prévention et de règlement des différends - L'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile du Québec, le 1^{er} janvier 2016, marque le point de départ de ce qui devait constituer le début d'une ère nouvelle pour les justiciables à travers la Province. Le projet visait alors à rompre avec les modèles judiciaires existants en opérant un « changement de culture »⁸⁴⁸, dont les fondements reposeraient sur la promotion des modes amiables de résolution des conflits. C'est sans doute ce qui explique que ces derniers soient consacrés dès l'article 1^{er} dudit code, dont l'alinéa 1^{er} prévoit que « *les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né* ». La terminologie ici employée doit, au titre du sujet qui nous anime, retenir toute notre attention, en particulier lorsqu'il est fait mention de la prévention des différends. En consacrant cette expression à un endroit aussi stratégique du code, le législateur – et la pratique avant lui, confirme la possibilité qu'un conflit puisse bénéficier d'une résolution amiable dès les premières heures de son existence, voire avant qu'il ne survienne.

455. L'existence de dispositifs de résolution hâtive des conflits au Canada – Cet état d'esprit avait d'ailleurs poussé le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale du Québec à élaborer, quelques années auparavant, un projet visant à développer le « secteur des services de règlement rapide » (SSRR). Son objectif était alors simple : venir en aide aux justiciables « au moment et à l'endroit où la plupart des

⁸⁴⁸ J.-F. ROBERGE et al., « L'article 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile du Québec et l'obligation de considérer les modes de PRD : des recommandations pour réussir un changement de culture », (29 mars 2016), disponible sur : https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/10769_RJTUM-49-2-ROBERGE.PDF [consulté le 26/04/2023], p. 493.

problèmes juridiques de la vie quotidienne se produisent »⁸⁴⁹. Pour y parvenir, le Comité prévoyait alors qu'un tel dispositif devait, dans un premier temps, aider les personnes à éclaircir les situations impliquant des problèmes juridiques afin qu'elles parviennent à une compréhension rapide de leur cas, pour, dans un second temps, les aiguiller aussi efficacement que possible vers un mode de résolution adapté à leur conflit, présent ou à naître⁸⁵⁰. Bien que le projet québécois de SSRR n'ait jamais vu le jour en tant que tel, on notera – sans entrer dans les détails dans un souci de synthèse – que d'autres dispositifs affirmant la confiance des professionnels en la possibilité d'une résolution anticipée des conflits furent mis en œuvre au sein d'autres Provinces canadiennes. Tel fut par exemple le cas de la Colombie Britannique, qui, en 2006, créait un premier centre d'information et d'assistance dont le but visait à coordonner et promouvoir l'ensemble des services à disposition des justiciables en vue de parvenir à une résolution rapide de leur conflit, notamment par l'utilisation des modes amiables⁸⁵¹. Bien que ce service fût modernisé en 2011 pour devenir *Mediate BC*, ses objectifs d'information et de promotion du recours anticipé aux modes amiables restent quant à eux inchangés⁸⁵². On notera pour finir que ces efforts furent complétés en 2012, par la mise en vigueur d'une loi instaurant le *Civil Resolution Tribunal*⁸⁵³ (lui-même en fonction depuis 2015), dont l'objectif tend, là encore, au règlement hâtif des différends⁸⁵⁴.

456. Des résultats encourageants avec les *early neutral evaluations* – Comme nous l'évoquions plus haut, les ENE interviennent particulièrement tôt dans la chronologie du procès et certains auteurs ont pu se montrer réticents au regard de leur capacité à générer des accords amiables. Cette position ne fait pourtant pas l'unanimité au sein de la doctrine, qui eut, à plusieurs reprises, l'occasion de présenter des opinions contraires. Le juge américain Wayne Brazil reconnaissait par exemple déjà en 1986 que si l'objectif premier des ENE ne consistait pas à permettre aux parties de parvenir à un

⁸⁴⁹ COMITÉ D'ACTION NATIONAL SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, Ottawa, Forum canadien sur la justice civile, octobre 2013, p. 12.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁸⁵¹ J.-F. ROBERGE et al., « L'article 1^{er} du Nouveau Code de procédure civile du Québec », *op. cit.*, pp. 501-02.

⁸⁵² <https://www.mediatebc.com/> [consulté le 27/04/2023].

⁸⁵³ *Civil Resolution Tribunal Act* (2012).

⁸⁵⁴ Ceci est rendu possible principalement en raison de deux éléments : d'un côté par la faculté pour les parties de procéder à cette résolution en ligne ; de l'autre par la promotion assidue des solutions négociées. Pour plus de précisions, voir : <https://civilresolutionbc.ca/> [consulté le 27/04/2023].

accord anticipé, le fait de pouvoir discuter de leur cas avec un tiers pouvait les encourager sur cette voie⁸⁵⁵. Un nouvel article publié en 2007 le conduira à réitérer cette position à l'occasion d'une description du processus d'ENE, où figure à plusieurs reprises l'éventualité qu'un accord puisse en résulter⁸⁵⁶. Cette hypothèse fut par ailleurs confirmée à trois reprises par des études chiffrées, telles que celle du professeur américain David Levine, qui démontre que sur 125 cas soumis à une ENE, 34 sont parvenus à un accord rapide⁸⁵⁷. Dans leurs travaux « *Alternative Dispute Resolution : An Empirical Analysis* » publiés une dizaine d'années plus tard, les professeurs Joshua Rosenberg et Jay Folberg parviennent à des résultats similaires, en notant que « dans beaucoup de cas, [les ENE] ont augmenté les perspectives d'un accord précoce »⁸⁵⁸. Enfin, dans ses observations publiées en 2006, Yvonne Pearson conclut que sur 349 cas soumis aux ENE, 177 (soit 51%) sont parvenus à un accord total et 43 (soit 12%) à un accord partiel, démontrant là encore qu'il est possible de parvenir à une solution négociée aux prémices du conflit.

457. **L'expertise judiciaire en tant qu'outil de pacification** – Pour finir, bien que le but premier de l'expertise judiciaire ne soit pas destiné à pacifier les relations entre les parties, il n'apparaît pas totalement invraisemblable d'imaginer qu'elle puisse produire des effets à cette fin. Cette perspective fut d'ailleurs envisagée par la première présidente de la Cour de cassation, qui, à l'occasion de la publication du rapport sur le traitement des dossiers civils longs et complexes, déclarait que « l'expertise est souvent l'élément clé d'une solution transactionnelle »⁸⁵⁹. Selon nous, cette appréciation de l'expertise judiciaire est intéressante pour deux raisons. Tout d'abord parce qu'elle permet de confirmer les hypothèses que nous évoquions plus tôt au sujet de l'importance de l'échange d'informations entre les parties dans le cadre de la résolution négociée de leur conflit⁸⁶⁰ ; ensuite parce qu'elle entre dans la liste des outils mis à leur disposition

⁸⁵⁵ W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation », *op. cit.*, pp. 283 et 285.

⁸⁵⁶ W. D. BRAZIL, « Early Neutral Evaluation or Mediation - When Might ENE Delivery More Value », *Disp. Resol. Mag.*, vol. 14, no. 1, (Fall 2007), p. 15. On notera que ce point de vue est également partagé par d'autres auteurs tels que J. SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *Fam. Ct. Rev.*, vol. 42, no. 2, (2004), p. 327.

⁸⁵⁷ D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation: The Second Phase », *J. Disp. Resol.* Vol. 1989, (1989), p. 42.

⁸⁵⁸ J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis », *Stan. L. Rev.*, vol. 46, no. 6, (Jul. 1994), pp. 1510-11.

⁸⁵⁹ INSPECTION GENERALE DE LA JUSTICE, *Le traitement des dossiers civils longs et complexes. Rapport définitif*, n°127-21, Décembre 2021, p. 79.

⁸⁶⁰ Dans la mesure où le rôle de l'expert judiciaire est d'apporter à la connaissance des parties et éventuellement du juge des éléments objectifs afin de poser des bases solides sur lesquelles faire reposer les négociations ou la solution retenue par le juge.

par l'article 145 du code de procédure civile⁸⁶¹, et qu'elle permet à ce titre non seulement de valider la théorie selon laquelle il est possible de résoudre un conflit particulièrement tôt en comparaison à une procédure judiciaire « classique »⁸⁶², mais également de soutenir l'argument selon lequel les mesures d'instruction *in futurum* peuvent jouer un rôle dans la résolution amiable des différends. Il convient toutefois de nuancer cette situation en apparence idyllique principalement pour deux raisons. La première, c'est que pour voir le jour, cette mesure doit, au préalable, être autorisée par le juge et par conséquent répondre aux conditions strictes conjointement posées par l'article 145 du code de procédure civile et par la jurisprudence ; la seconde, c'est que les coûts applicables à une expertise judiciaire peuvent être élevés et donc inciter le requérant à ne pas y recourir, en particulier parce que cette dernière sera, au moins dans un premier temps, à sa charge⁸⁶³. Il apparaîtrait dès lors illusoire de s'attendre à ce que l'utilisation de l'expertise judiciaire dans le cadre des mesures d'instruction *in futurum* soit encouragée par les professionnels du droit et/ou décuplée uniquement dans l'optique de favoriser la résolution amiable des différends.

458. Pour conclure, peut-on réellement établir que la différence chronologique qui existe entre la mise en œuvre de la *discovery* et des mesures d'instruction *in futurum* exerce une influence sur la potentielle résolution amiable du conflit ? Il est vrai, comme nous avons pu le voir, que plusieurs éléments plaident en la défaveur de cette éventualité, notamment en raison de l'immaturation de l'affaire qui oppose les parties. Si tel est le cas, il faudrait alors reconnaître la faible utilité des mesures d'instruction *in futurum* dans ce domaine. Néanmoins, les quelques indications que nous venons d'exposer permettent, sinon de contredire cette conclusion dans sa totalité, au moins de semer le doute dans notre esprit, puisqu'en effet, la résolution amiable d'un conflit est possible même à un stade précoce. Cette situation, qui relève presque du *quiproquo*, doit en réalité nous permettre de comprendre que certains cas sont plus prédisposés que d'autres à bénéficier d'une résolution amiable par ce biais. Afin de les différencier, il semblerait par conséquent

⁸⁶¹ C. pr. civ, art. 232 ; pour plus de précisions : T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, 5^{ème} éd., Dalloz, « Dalloz Action », 2022, p. 163.

⁸⁶² Cette affirmation repose sur la chronologie des mesures d'instruction *in futurum* qui, selon l'article 145 du code de procédure civile, doivent intervenir « avant tout procès » et donc relativement tôt du point de vue de la procédure civile.

⁸⁶³ C. pr. civ., art. 269 ; voir également C. LAM, « Qui doit payer les frais d'expertise judiciaire ? », disponible sur <https://maprocedure.fr/immobilier/200-qui-doit-payer-les-frais-d-expertise-judiciaire> [consulté le 12/05/2023].

envisageable de prendre en compte un facteur de complexité, tel que mis en lumière par les travaux de Jordan Santeramo⁸⁶⁴, selon lequel plus une affaire est compliquée, plus elle nécessitera de préparation. Ainsi, à l'inverse de la *discovery* dont l'application permet, par définition, de prendre le temps de faire mûrir le cas, il semble assez évident que les mesures d'instruction *in futurum*, parce qu'elles doivent avoir lieu avant tout procès, ne peuvent produire aucun effet concret au regard de la résolution amiable de ce type d'affaires. Tout porte cependant à croire que leur impact peut s'avérer plus important lorsqu'elles s'appliquent à des cas dont les faits ne présentent aucune difficulté majeure, tels que ceux qui ne nécessitent pas d'approfondissement au moyen d'investigations longues ou précises. En résumé, moins l'affaire est complexe, plus il devient possible de parvenir à une résolution amiable anticipée, notamment grâce aux mesures d'instruction *in futurum*.

459. **Conclusion de chapitre** – En dépit de ces différences chronologiques et de leurs conséquences, la *discovery* et les mesures d'instruction *in futurum* présentent donc, chacune à leur façon, un intérêt au regard de l'incitation de recourir aux modes amiables. À ce titre, on peut dès lors se demander si un dispositif similaire à la *discovery* devrait être mis en œuvre en France. Il est vrai que du point de vue de la symétrie informationnelle – nécessaire en vue de parvenir à un accord – qu'il engendre en cours de procédure, un tel système présente de nombreux avantages. Néanmoins, il apparaît difficile de cautionner une pratique parfaitement semblable à celle que l'on peut observer en Amérique du Nord, et plus particulièrement aux États-Unis, où la bataille des coûts prévaudrait sur celle des arguments. On notera par ailleurs que certains dispositifs d'ores et déjà en vigueur dans notre pays permettent d'arriver à de tels résultats. Si les mesures d'instruction *in futurum* en font bien évidemment partie en amont de la procédure, on peut également citer la phase de mise en état, qui impose aux parties sinon de se rencontrer, au moins d'échanger des pièces, permettant là aussi de parvenir à une certaine forme de symétrie informationnelle. La procédure participative que nous citons plus haut peut elle aussi jouer ce rôle, et permettre aux protagonistes de se réunir afin d'échanger sur leur affaire, en présence de leurs avocats respectifs. Dès lors, aussi efficace la *discovery* puisse-t-elle

⁸⁶⁴ J. LEIGH SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *op. cit.*, pp. 332-33.

être au regard de l'incitation au recours, il apparaît que les efforts à mettre en œuvre en vue d'y parvenir sont trop importants au regard des bénéfices à en tirer.

460. Si tout le bénéfice de l'incitation à recourir aux modes amiables réside dans sa pédagogie, en ce sens qu'elle permet de recueillir l'approbation des parties et professionnels du droit qui y ont recours, nous allons désormais voir que la tentation d'imposer l'usage des modes amiables devient de plus en plus forte en France, aux États-Unis et au Canada, afin de faire face aux enjeux auxquels est confrontée la justice.

PARTIE 2 – LE DEVELOPPEMENT DES MODES AMIABLES PAR L'OBLIGATION

461. Depuis quelques années, le législateur français, confronté à l'amplification du phénomène d'encombrement judiciaire, montre un intérêt croissant pour le recours obligatoire aux modes amiables. Ce dernier, contrairement à l'incitation, présente en effet deux avantages majeurs. D'un côté, il offre la perspective de résultats rapides, dans la mesure où il permet de dévier de manière quasi immédiate une partie importante des flux normalement dirigés vers le juge ; de l'autre, il contribue à véhiculer la logique amiable auprès d'un plus grand nombre de justiciables et de professionnels du droit, démocratisant ainsi son usage. Cette partie nous permettra par ailleurs de constater que si le recours obligatoire aux modes amiables est particulièrement récent en France, il est implanté depuis de nombreuses années en Amérique du Nord, où il offre des taux de satisfaction particulièrement importants, aussi bien auprès des parties que des avocats. Nous constaterons également qu'en dépit de ces avantages, le recours obligatoire ne fait en réalité pas l'unanimité au sein du monde juridique. Nous verrons à ce titre que l'empreinte du volontarisme sur les modes amiables est encore forte, mais également qu'il existe de nombreuses alternatives à cette option.

462. Attachons-nous dès lors à appréhender plus en détail les avantages, ainsi que le fonctionnement du recours obligatoire, dont le développement constitue désormais une constante (Titre 1^{er}), avant de constater que ce passage de cap est loin d'être aisé (Titre 2).

Titre 1^{er} – Le développement constant des recours obligatoires aux modes amiables

463. Le développement important du recours obligatoire aux modes amiables ces dernières années en France et outre-Atlantique aura permis de démontrer que ce dernier doit en réalité être envisagé au pluriel. Si on le mentionne la plupart du temps au singulier dans un souci de simplification, on remarque en effet qu'il en existe deux types : d'un côté, le recours obligatoire que nous qualifierons de ponctuel, représenté par le pouvoir d'injonction du juge, présent au sein de nos trois pays d'étude (Chapitre 1^{er}) ; de l'autre le recours obligatoire systématique, moins fréquent et particulièrement implanté dans certaines Provinces canadiennes, ainsi qu'en France depuis quelques années (Chapitre 2).

Chapitre 1er – L'obligation ponctuelle : le pouvoir d'injonction du juge

464. De plus en plus et afin d'accélérer leur développement, certains États adoptent des programmes visant non plus à inciter les parties à recourir aux modes amiables, mais bel et bien à les y contraindre⁸⁶⁵. Parmi eux figurent les *Court Ordered ADR Programs*, offrant au juge un pouvoir d'injonction lui permettant de déterminer si un cas doit ou non faire l'objet d'une résolution amiable. Bien que cette méthode ne conduise qu'à une obligation partielle de recourir à un mode pacifique de règlement des différends, plusieurs questions peuvent néanmoins être soulevées au regard de la nature de ce pouvoir. En effet, il semble légitime de s'interroger non seulement quant aux moyens mis à la disposition du juge afin de déterminer la nécessité ou non de recourir à un mode amiable (§1), mais également au regard des effets qu'une telle prérogative engendre à l'égard des parties (§2).

§1. La détermination au cas par cas par le juge

465. La détermination au cas par cas par le juge des affaires susceptibles de parvenir à une résolution amiable présente un intérêt certain quant aux chances de succès de la mesure, puisque pour enjoindre les parties à recourir à l'un de ces dispositifs, il devra au préalable détecter les signes qui permettent d'établir la pertinence d'un tel renvoi. Si dans la grande majorité des cas cette mesure est appliquée aux États-Unis, on notera qu'elle a également intéressé la province de Terre-Neuve-et-Labrador et les Cours fédérales canadiennes, ou plus récemment encore la France, qui l'a adoptée à l'occasion de la mise en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle⁸⁶⁶. Afin de mieux comprendre cette méthode en plein essor, intéressons-nous tout d'abord à l'étendue du pouvoir d'injonction du juge et aux potentielles différences qui peuvent s'appliquer d'un pays à l'autre (A), avant d'aborder plus en détail la manière avec laquelle le juge est amené à exercer cette prérogative (B).

A. L'étendue du pouvoir d'injonction du juge

466. La question de l'étendue du pouvoir d'injonction du juge en matière de modes amiables est aussi délicate que fondamentale. En effet, trop large, cette prérogative est source de risques ; trop restreinte, elle n'offre aucune opportunité d'en tirer des bénéfices, et n'a donc plus aucune utilité. Toute la difficulté réside par conséquent dans le fait de trouver un juste milieu entre ces deux pôles.

467. Si la Floride est généralement reconnue comme l'État disposant du système le plus abouti en la matière – certains vont même jusqu'à le qualifier de « *Cadillac des Court Ordered ADR* »⁸⁶⁷, d'autres ont également décidé de s'en inspirer, tels que l'Alabama, la Pennsylvanie, ou encore la Province de Terre-Neuve-et-Labrador au Canada. L'échelon fédéral n'est également pas en reste, dans la mesure où plusieurs juridictions ont

⁸⁶⁶ On notera toutefois qu'à la différence des États et Provinces qui la pratiquent, cette possibilité est beaucoup plus limitée en France, en ce sens qu'elle ne permet pas au juge de renvoyer les parties en médiation, mais seulement de leur faire rencontrer un médiateur, conformément à ce que prévoit l'article 127-1 du code de procédure civile. Cette différence importante nous conduira donc à ne pas réellement aborder la situation de la France dans les lignes qui suivront.

⁸⁶⁷ M. E. WEINZIERL, « Wisconsin's New Court-Ordered ADR Law: Why It Is Needed and Its Potential for Success », *Marquette Law Review*, Vol. 78, Issue 3, Article 2, (Spring 1995), p. 598.

également retenu ce système dans les deux pays⁸⁶⁸. Il est toutefois intéressant de noter que parmi l'ensemble des régimes applicables au sein de ces États et provinces, pas un seul n'est identique. Si globalement ils se rejoignent sur la possibilité pour le juge de mettre en œuvre cette prérogative à tout moment de la procédure⁸⁶⁹, ils divergent néanmoins sur son champ d'application matériel (1) ou encore sur les modes amiables qui peuvent y être associés (2).

1. Des divergences sur l'étendue matérielle du pouvoir d'injonction du juge

468. **Un champ matériel important** – L'étendue matérielle du pouvoir d'injonction du juge ne fait pas l'unanimité d'une localité à l'autre. Ainsi, certains États, tels que la Floride, reconnaissent au juge une palette d'actions relativement large, étendant cette prérogative à toutes les affaires civiles⁸⁷⁰. Il en va par ailleurs de mêmes pour une grande majorité de district fédéraux américain, à l'instar du district de l'Alaska qui ne fait aucune précision à ce sujet⁸⁷¹. On notera par ailleurs que la France adopte la même position, dans la mesure où l'article 127-1 du code civil ne mentionne aucune limite au regard du champ matériel du pouvoir d'injonction du juge⁸⁷².

469. **Un champ matériel plus restreint** – À l'inverse, d'autres États comme l'Alabama ou la Pennsylvanie ont fait le choix de restreindre cette prérogative de manière plus ou moins importante. Lorsque les précédents n'apportent aucune précision à ce sujet, l'*Alabama Mandatory Mediation Act* retient par exemple l'impossibilité de renvoyer des

⁸⁶⁸ Aux États-Unis, les Cours fédérales, en particulier celles de district, sont libres de déterminer le mode de recours à utiliser en matière de résolution amiable des conflits (volontaire, par injonction ou systématiquement obligatoire), étant entendu que les justiciables devront considérer le recours à un mode amiable avant toute action (*Alternative Dispute Resolution Act*, 1998, sec. 4 (a)). La seule obligation générale imposée par l'*Alternative Dispute Resolution Act* de 1998 consiste à créer un service visant à offrir aux parties la possibilité de recourir à au moins un mode amiable (sec. 4 (a)). Au Canada, les choses sont beaucoup plus simples, dans la mesure où les *Federal Courts Rules* de 1998 prévoit un système unifié et applicable devant toutes les Cours fédérales du Canada, quel que soit leur degré, autorisant les juges qui y siègent à ordonner le recours à un mode amiable au cas par cas.

⁸⁶⁹ Pour la Floride : Fl. R. Civ. P. 1.700 (a) ; Pour l'Alabama : Alabama Mandatory Mediation Act, §6-6-20 (b) (3) ; Pour la Pennsylvanie Penn. R. Civ. P. 1940.3 (a) ; Pour Terre-Neuve et Labrador : NL. R. Civ. P. 37A.03 ; Pour les Cours fédérales de district de l'Idaho : District of Idaho Local Rules, Art. 16.4 (b), 3), (A) ; Pour la France : C. pr. civ., art. 127-1.

⁸⁷⁰ Fl. R. Civ. P. 1.710 (b).

⁸⁷¹ District of Alaska Local Rules (Civil), Art.16.2.

⁸⁷² Cette position est par ailleurs confirmée par le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022, qui prévoyait, dans son article 2, 2°, que le juge pourrait exercer cette prérogative « en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible ».

affaires tenant aux violences conjugales et/ou domestiques⁸⁷³, à la protection de l'enfance⁸⁷⁴, ou encore à la garde ou visite d'un enfant dans le cas où un ordre de protection à son égard est en cours⁸⁷⁵. Dans le même état d'esprit, on notera que la province de Terre-Neuve-et-Labrador exclu du champ d'application du pouvoir d'injonction du juge les affaires portant sur droit de la famille⁸⁷⁶. De son côté, la Pennsylvanie est probablement l'État aux limites les plus importantes, dans la mesure où le juge n'est amené à user de cette prérogative que dans les cas portant sur la garde d'un enfant⁸⁷⁷.

470. **Le cas particulier de la France** – A la différence des États et provinces qui la pratique en Amérique du Nord, l'injonction en France ne permet pas au juge de renvoyer les parties en médiation, mais uniquement de leur faire rencontrer un médiateur à des fins d'information⁸⁷⁸, réduisant par là même la force du dispositif en vigueur.

2. Des divergences quant au choix des modes amiables et le pouvoir d'injonction

471. Il convient ici de poser deux questions bien distinctes. Tout d'abord, le choix parmi les différentes méthodes de résolution amiable est-il restreint par le législateur (*i.*) ? Et ensuite, qui sera conduit à le faire (*ii.*) ?

a. Un choix restreint par le législateur

472. **Un choix limité à la médiation** – Dans le cadre du pouvoir d'injonction du juge, la plupart des localités étudiées ont pris le parti de restreindre drastiquement l'éventail de possibilités en matière de modes amiables. En effet, la très grande majorité d'entre elles ont retenu que seule la médiation devait s'inscrire dans ce cadre. Tel est le

⁸⁷³ Alabama Mandatory Mediation Act, §6-6-20 (d).

⁸⁷⁴ *Ibid.* §6-6-20 (h).

⁸⁷⁵ *Ibid.* §6-6-20 (e).

⁸⁷⁶ NL. R. Civ. P. 37A.10.

⁸⁷⁷ Penn. Code, 1940.1.

⁸⁷⁸ C. pr. civ., art. 127-1.

cas de la Pennsylvanie, de l'Alabama, de Terre-Neuve-et Labrador ou encore de la France, pour qui les textes à ce sujet sont rédigés dans des parties dédiées à la médiation⁸⁷⁹.

473. **Un choix plus varié** – La Floride ainsi que certains districts fédéraux américains retiennent un choix légèrement plus varié, en incluant également l'arbitrage⁸⁸⁰, mais aussi les *Mini Trials*, ou encore les *early neutral evaluations* (ENE)⁸⁸¹. Enfin, il arrive ponctuellement que certains districts fédéraux comme celui de l'Idaho reconnaissent un recours plus extensif aux modes amiables, en retenant que « tout processus de résolution amiable adapté aux besoins spécifiques des parties et de l'affaire peut être utilisé »⁸⁸². Ce cas reste toutefois très rare.

474. On peut se demander pourquoi ce choix est aussi restreint, au regard de la diversité de méthodes de résolution amiables existantes à l'heure actuelle. On peut en réalité expliquer ce phénomène par les difficultés de mise en œuvre de tels programmes par les juridictions, qui doivent bien souvent les administrer elles-mêmes, à leurs propres frais. De tels projets constituent dès lors un réel sacrifice financier ne permettant pas de subvenir à l'élaboration de programmes pour chaque mode amiable. Aussi, le choix de la médiation plutôt qu'une autre méthode peut s'expliquer à la fois par sa simplicité de fonctionnement, mais également par la notoriété dont elle jouit déjà auprès des justiciables.

b. Un choix souvent effectué par le juge

475. **Un choix qui appartient au juge : l'exemple de la Floride et de l'Idaho** – Dans la mesure où la majorité des États ou Province ont opté pour une méthode unique dans le cadre du pouvoir d'injonction du juge, la question du choix en tant que tel ne se pose qu'au regard de la Floride, qui pour rappel, retient notamment la médiation et

⁸⁷⁹ Pour la Pennsylvanie : « Chapter 1940 : Voluntary Mediation in Custody Actions » (Pennsylvania Code) ; Pour l'Alabama : « Alabama Mandatory Mediation Act » (1996) ; Pour Terre-Neuve-et-Labrador : « Court Ordered Mediation » ; Pour la France, les modifications prévues par le projet de loi sur la programmation 2018-2022 seraient, à ce sujet, localisées au sein de la section 2 du titre II, chapitre 1^{er} de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, portant de le titre de : « La médiation judiciaire ».

⁸⁸⁰ Fl. R. Civ. P. 1.700 (a).

⁸⁸¹ District of Alaska Local Rules, Art. 16.2 (a), (2), (A).

⁸⁸² District of Idaho Local Rules, Art. 16.4 (c), 1), (B).

l'arbitrage au titre de cette prérogative. Qui peut alors exercer ce choix : le juge ou les parties ? L'article 1.700 (a) des Règles de procédure civile de la Floride tranche en faveur du juge, en rappelant qu'il lui appartient d'ordonner un arbitrage ou une médiation, pour tout ou partie du cas devant lui présenté, lorsqu'il l'estime nécessaire. Dans la mesure où aucune indication n'est donnée quant à la manière de procéder, il convient dès lors de retenir que ce choix est laissé à sa libre appréciation. De son côté, la Cour fédérale de district de l'Idaho retient dans le même état d'esprit qu'il revient au juge de choisir entre l'arbitrage, la médiation et la conférence de règlement amiable. Il peut également renvoyer les parties vers toute autre méthode répondant à leurs intérêts ou à ceux de l'affaire, à la condition toutefois de recueillir leur accord écrit⁸⁸³.

476. Une prérogative partagée par le juge et les parties : l'exemple de l'Alaska – Certains districts fédéraux retiennent quant à eux que le choix à effectuer au regard de cette palette élargie de possibilités en matière de modes amiables peut être partagé par le juge et les parties. Tel est par exemple le cas de l'Alaska, qui prévoit dans un premier temps et conformément à l'article 16.2 (a), des *District of Alaska Local Rules* que la Cour fédérale de district de l'Alaska renverra en priorité les parties en médiation. L'article prévoit toutefois dans un second temps qu'il est possible au juge comme aux parties d'opter pour l'une ou l'autre des méthodes proposées par le texte (*Early Neutral Evaluation, Mini Trial, arbitrage, etc.*). Aussi intéressante puisse-t-elle être, on notera toutefois que cette prérogative partagée est particulièrement anecdotique à ce jour. Nous la mettrons donc de côté pour la suite de notre raisonnement.

477. Si l'on connaît désormais davantage l'étendue du pouvoir d'injonction du juge, attachons-nous à apprécier un peu plus en détail la manière avec laquelle il peut le mettre en œuvre.

B. L'exercice du pouvoir d'injonction par le juge

478. Le pouvoir d'injonction du juge lui confère une responsabilité particulièrement importante, dans la mesure où son choix guidera l'ensemble de la

⁸⁸³ District of Idaho Local Rules, Art. 16.4 (c), 1), (B).

résolution future du conflit. À ce titre, son rôle implique d'adopter une position réfléchie par rapport à la situation qui lui est soumise, afin de prévoir le plus précisément possible la capacité des parties à parvenir à un accord. Seul dans sa tâche, il incombe également au juge de ne pas céder à la tentation de l'arbitraire ou du renvoi systématique des parties en médiation, qui causerait non seulement du tort aux principaux concernés, mais également à l'image des modes amiables, qui paraîtraient inefficaces.

479. Afin de l'aider dans sa mission, nous allons voir que la loi (1) et les usages (2) peuvent permettre au juge de bénéficier d'une ligne de conduite lui permettant d'éviter ces écueils.

1. La loi : guide du juge dans l'exercice de son pouvoir d'injonction

480. La loi, par sa visibilité et son aspect contraignant pourrait constituer une source intéressante d'information pour le juge, afin notamment de déterminer si les parties doivent ou non tenter de résoudre leur affaire à l'amiable. Néanmoins, très peu d'États ou de juridictions fédérales ont fait ce choix. En réalité, seule la Province de Terre-Neuve-et-Labrador dispose d'indications légales en la matière, appelant la Cour à prendre en compte six points distincts avant de décider d'une éventuelle injonction⁸⁸⁴. Parmi eux, le degré de complexité de l'affaire (nombre de parties, nature du problème soulevé, etc.), l'état de la procédure au moment où la médiation est envisagée, les ressources financières des parties, la représentation ou non des parties par un avocat, ou encore l'existence d'une précédente tentative de médiation infructueuse (en tout ou partie).

481. Cette liste, que le législateur de Terre-Neuve-et-Labrador a voulue non exhaustive⁸⁸⁵, permet ainsi au juge de bénéficier d'une aide, sans pour autant être totalement contraint par ces six points dans le cadre de sa prise de décision. On notera également que leur formulation est relativement large, permettant là encore au juge de jouir d'une certaine souplesse.

⁸⁸⁴ NL. R. Civ. P. 37A.03 (2).

⁸⁸⁵ L'article 37A.03 (2) des Règles de procédure civile de Terre-Neuve-et-Labrador utilise en effet le terme « *incluant* », qui manifeste une intention d'ouverture, visant à ne pas enfermer la prise de décision du juge dans ces six points.

482. À l'inverse, d'autres États ont fait le choix de ne pas régler cette question, laissant ainsi à la pratique le soin de décider de la marche à suivre.

2. Les usages : une source non contraignante d'information pour le juge

483. À l'inverse de la Province de Terre-Neuve-et-Labrador, la grande majorité des États, des districts fédéraux américains et la France ne disposent d'aucun texte précis visant à aiguiller le juge dans l'exercice de son pouvoir d'injonction, en dehors de dispositions relativement générales. On notera en effet que beaucoup de textes rappellent simplement que l'injonction s'effectue « *à la propre initiative du juge* »⁸⁸⁶, ou « *lorsque le juge estime qu'elle pourrait être bénéfique pour les parties* »⁸⁸⁷.

484. Dans le même état d'esprit, il est possible de savoir lorsqu'il est interdit au juge d'enjoindre les parties de recourir à un mode amiable ou de rencontrer un médiateur, puisque, comme nous l'avons vu, il arrive que certains domaines soient expressément exclus du champ d'application de cette mesure par la loi et des domaines expressément exclus par la loi. À ce titre, la justice et la nature ayant en commun de détester le vide, c'est à la pratique qu'est revenue la tâche de préciser les modalités de sélection des affaires par le juge.

485. Dès lors que le juge est en mesure de recourir à son pouvoir d'injonction, attachons-nous dès lors à étudier ses effets sur les parties.

§2. Les effets de l'injonction à l'égard des parties

486. Le juge a désormais prononcé son injonction de renvoi aux fins de procéder à la résolution amiable du conflit. Si cette dernière s'impose aux parties (A), nous allons voir qu'elles disposent également du droit de la contester (B).

⁸⁸⁶ Pour l'Alabama : Alabama Mandatory Mediation Act, §6-6-20 (b) (3) ; Pour la Pennsylvanie : Penn. Code, R. 1940.3 (a) ; Pour la France : Projet de loi sur la programmation 2018-2022, Art. 2, 2°.

⁸⁸⁷ Fl. R. Civ. P. 1.710 (b).

A. L'injonction s'impose aux parties

487. Aucune disposition ne prévoit explicitement que l'injonction de renvoi en médiation s'impose aux parties. La terminologie employée par les textes laisse néanmoins entrevoir cette exigence, notamment au travers de plusieurs effets imputables aux protagonistes, tels que l'obligation de se présenter à la séance de médiation (1). Ces effets peuvent toutefois bénéficier d'une atténuation de temps à autre (2).

1. *La présence des parties à la séance de médiation : une obligation sous peine de sanction*

488. Dans le cadre du règlement amiable d'un différend, il semble légitime de requérir la présence des parties tout au long du processus. En effet, s'il est parfaitement possible pour un juge de statuer par défaut dans le cadre d'une procédure judiciaire classique, un tel exploit semble difficilement réalisable au sein d'un dispositif caractérisé par l'importance de la communication entre les parties. Afin de caractériser l'importance de la présence des parties, on notera non seulement que cette obligation est souvent prescrite par la loi (a), mais également qu'elle peut faire l'objet de sanctions dans le cas où la présence ou l'une des parties ferait défaut (b).

a. Une obligation souvent prescrite par la loi

489. Dans cet état d'esprit, certains législateurs locaux ont pris le parti d'établir des mesures contraignantes en la matière. L'*Alabama Mandatory Mediation Act* (1996) retient ainsi que la médiation est obligatoire pour les parties, notamment lorsque le juge l'a ordonnée⁸⁸⁸, imposant implicitement à ces dernières de se présenter aux séances prévues. Dans le même ordre d'idée, les Règles de procédure civile de la Province de Terre-Neuve-et-Labrador retiennent que le juge « *ordonne aux parties nommées dans l'injonction de participer à une médiation* »⁸⁸⁹.

490. Afin de rendre cette obligation effective, il arrive parfois que le législateur l'assortisse de délais visant à inciter les parties à exécuter les démarches de résolution

⁸⁸⁸ Alabama Mandatory Mediation Act, §6-6-20 (b) (3).

⁸⁸⁹ NL. R. Civ. P. 37A.03 (1).

amiable au plus vite. Tel est par exemple le cas de la province de Terre-Neuve-et-Labrador, qui impose aux parties une exécution de l'ordre de renvoi en médiation dans les vingt-quatre jours à compter de l'émission de l'injonction par le juge. De son côté, la Floride retient un délai plus vaste de soixante jours, pouvant néanmoins être réduit par la cour si elle l'estime nécessaire⁸⁹⁰. On peut encore citer le District fédéral de l'Alaska, qui retient quant à lui un délai de quatre-vingt-dix jours en dehors d'indications contraires émises par le juge.

b. Les sanctions en cas de défaut de présentation de l'une des parties

491. Si chaque État, ou Province ne prévoit pas nécessairement de délai d'exécution, tous en revanche s'accordent sur la nécessité d'établir une sanction à l'encontre de la partie qui ne se présenterait pas à la séance de médiation ordonnée par le juge. Dans la grande majorité des cas, cette dernière revêt la forme d'une condamnation pécuniaire, prononcée d'office par le juge ou à la demande de la partie lésée, visant à mettre à la charge de la partie en défaut la totalité des frais de médiation (pouvant s'élever à plusieurs centaines ou milliers d'euros).

492. À côté de ces sanctions pécuniaires, il arrive parfois que certaines régions aillent plus loin, à l'instar de Terre-Neuve-et-Labrador et de l'Alabama, qui autorisent entre autres le juge à programmer une nouvelle séance de médiation aux frais exclusifs de la partie en défaut, à charge pour elle de s'y présenter.

493. De son côté, la situation particulière de la France, dont le législateur n'a permis au juge que d'enjoindre les parties de rencontrer un médiateur à des fins d'informations, a conduit l'article 127-1 du code de procédure civile à ne prévoir aucune sanction en cas d'inexécution de la mesure par l'une ou de l'ensemble des parties.

494. Enfin, si la grande majorité des règles applicables aux juridictions fédérales des États-Unis et du Canada ne prévoient aucune sanction en cas de défaut de présentation des parties, on retiendra que ces dernières ne sont pas totalement

⁸⁹⁰ Fl. R. Civ. P. 1.700 (a) (1).

inexistantes. Le district du Kansas retient par exemple la possibilité pour le juge de sanctionner la partie qui, sans excuse valable, ne s'est pas présentée à la séance de médiation. La nature de cette sanction reste néanmoins très floue, dans la mesure où aucun texte n'en précise le contenu⁸⁹¹.

495. Il est désormais clair que l'injonction de renvoi en médiation occasionne plusieurs effets à l'égard des parties. Nous allons néanmoins voir que ces derniers peuvent subir quelques atténuations.

2. Les limites de l'injonction

496. Les effets de l'injonction peuvent être atténués à plusieurs titres, qu'il s'agisse de la présence physique des parties à la séance de médiation (a), du temps de la mesure (b), ou encore de son issue (c).

a. La possible représentation des parties

497. En théorie, la présence des parties à la séance de médiation ordonnée par le juge est obligatoire. Certaines juridictions envisagent toutefois la possibilité pour ces dernières de déroger à ce principe, en se faisant représenter. Très peu répandue, cette possibilité peut être autorisée par le juge ou, plus rarement encore, dépendre de la stipulation écrite des parties.

498. **La représentation des parties autorisée par le juge** – Parmi les États et provinces évoqués jusqu'à présent, seules la Floride et Terre-Neuve-et-Labrador retiennent cette faculté pour le juge d'atténuer ce principe, resté obligatoire dans toutes les autres juridictions. Alors que les Règles de procédure civile de la seconde restent très évasives sur le sujet, en prévoyant que « *les parties, et leurs avocats si les parties sont représentées, doivent assister à la séance de médiation à moins qu'il en soit autrement ordonné* »⁸⁹², la Floride est quant à elle plus précise en définissant les cas dans lesquels le juge pourra ordonner à une partie de ne pas se présenter. Deux situations sont

⁸⁹¹ District of Kansas Local Rules, Art. 16.3 (c), (5).

⁸⁹² NL. R. Civ. P. 37A.04 (4).

principalement mentionnées. Tout d'abord, lorsque la partie se fait représenter par un proche à qui elle donne toute autorité afin de résoudre l'affaire ; ensuite lorsqu'elle se fait représenter par l'avocat en charge de son dossier⁸⁹³. Il arrive également que certains districts fédéraux américains prévoient cette possibilité, à l'instar de celui du Kansas, qui reconnaît que la présence à la séance de médiation des parties est obligatoire, mais qui admet que le juge peut en décider autrement, en autorisant l'une ou l'autre des parties à ne pas se présenter⁸⁹⁴.

499. La représentation par stipulation des parties : une exception dans le paysage juridique – Par ailleurs, il est parfois admis que les parties puissent, par elles-mêmes, décider de ne pas se présenter à la séance de médiation ordonnée par le juge. Pour ce faire, la Floride, qui pour l'instant semble être le seul État à admettre cette éventualité, retient exactement les mêmes conditions de représentation que celles énoncées plus haut, en ajoutant toutefois l'exigence de poser cette stipulation par écrit⁸⁹⁵.

500. On peut en réalité s'interroger quant au bien-fondé d'une telle mesure. En effet, nous le rappelions d'ailleurs quelques pages plus haut, il semble légitime de requérir des parties qu'elles se présentent à une telle séance de médiation, dont l'objectif consiste principalement à renouer le dialogue entre elles. Un tel dessein semble bien entendu compromis dans le cas où l'une d'elles envoie son émissaire. Évidemment, cette généralité ne peut s'appliquer à toutes les situations. On évoquera par exemple les affaires dans lesquelles des faits de violence sont à déplorer, qui justifieraient *de facto* l'absence de la victime. Mais en pareils cas, serait-il bien avisé de la part du juge d'ordonner un renvoi en médiation ? Par ailleurs, si l'on peut reconnaître au juge la faculté d'écarter l'une des parties de la séance de médiation lorsqu'il l'estime nécessaire – encore faudrait-il songer à déterminer quelques précisions supplémentaires à ce sujet, il apparaît difficile d'envisager que les parties puissent elles-mêmes en décider, en particulier lorsque ce choix est laissé à leur libre appréciation. Une telle mesure est non seulement contreproductive, mais vide également de sa substance l'injonction de médiation ordonnée par le juge.

⁸⁹³ Fl. R. Civ. P. 1.720 (b) (1) et (2).

⁸⁹⁴ District of Kansas Local Rules, Art. 16.3 (c), (2).

⁸⁹⁵ Fl. R. Civ. P. 1.720 (b) (1) et (2).

b. Une application dans le temps limitée

501. La question du temps de la mesure est importante car elle peut considérablement retarder la procédure, en particulier dans le cas où l'une ou l'autre des parties use de comportements dilatoires. Il faut à ce titre distinguer entre deux formes de limitations temporelles. La première, la plus répandue, concerne le délai d'exécution, au cours duquel la médiation doit être complétée ; la seconde est quant à elle plus restreinte, mais également plus rare, et porte sur le temps de présence en médiation. Dans un cas ou dans l'autre, il convient néanmoins de ne pas confondre cette limitation temporelle avec le délai à l'issue duquel le renvoi en médiation doit être mis à exécution, qui vise à mettre en œuvre le plus rapidement possible la mesure avant qu'elle ne débute.

502. **Le délai d'exécution de la mesure** – C'est la forme la plus répandue de limite temporelle. Cette dernière vise à ne pas laisser s'éterniser la mesure de médiation une fois qu'elle a débuté. Toute la difficulté consiste donc à trouver un temps suffisamment long pour permettre aux parties de trouver un accord, et suffisamment court pour ne pas retarder la procédure en cas d'échec. À cause de cette problématique, ce délai peut varier selon les juridictions. La Floride retient ainsi qu'à partir de sa mise en œuvre, la médiation devra être complétée dans les quarante-cinq jours suivant la première séance. Dans le même état d'esprit, on notera qu'en France, lorsque l'injonction de rencontrer un médiateur débouche sur une médiation, ce même délai est fixé à trois mois « à compter du jour où la provision à valoir sur la rémunération du médiateur est versée entre les mains de ce dernier », conformément à la lettre de l'article 131-3 du code de procédure civile. Il est par ailleurs possible au médiateur de demander que ce délai soit renouvelé une fois, pour la même durée.

503. **Le temps de présence en médiation** – Cette forme de limitation temporelle est beaucoup plus rare que la première. On ne la trouve en réalité qu'à Terre-Neuve-et-Labrador, où les Règles de procédure civile prévoient que la durée maximale de présence en médiation ne peut s'élever à plus de quatre heures au total⁸⁹⁶. Cette période peut à première vue sembler très courte afin de régler un différend, puisqu'elle correspond à une durée équivalente à deux séances de médiation, alors qu'il en faut en

⁸⁹⁶ NL. R. Civ. P. 37A.03 (3) (b).

moyenne entre trois et six pour y parvenir⁸⁹⁷. Heureusement, la rédaction de cette règle laisse entendre qu'elle est supplétive. Elle peut donc être renversée sans grande difficulté par le juge, lorsqu'il estime qu'il est dans l'intérêt des parties de prolonger la mesure.

c. L'issue de la médiation : aucune obligation de trouver un accord

504. Lorsque le juge prononce un renvoi en médiation, il estime en théorie que les parties sont à même de régler leur différend à l'amiable.

505. **La non-obligation de parvenir à un accord : un risque face aux parties de mauvaise foi ?** - Toutefois, si une telle mesure s'impose à elles, les parties n'ont en revanche aucune obligation de trouver un accord. Ce point est par ailleurs l'un des rares à faire l'unanimité au sein de la législation des différents États pratiquant l'injonction de renvoi en médiation⁸⁹⁸. Alors pourquoi avoir fait ce choix ? En réalité deux critiques pourraient être formulées à l'égard de ce système. En premier lieu, une telle doctrine pourrait influencer les parties à ne pas coopérer afin de trouver un accord. En effet, non-obligés de transiger, il est parfaitement envisageable que les protagonistes ne se présentent aux séances de médiation que pour répondre à l'obligation qui leur a été donnée par le juge, sans aucune intention de régler leur problème à l'amiable. Dans un tel cas de figure, leur objectif consisterait donc à obtenir un document attestant de l'échec de la mesure, afin de pouvoir revenir à une procédure contentieuse. Bien entendu, un tel cas de figure est loin d'être hypothétique. Il relève donc de la responsabilité du juge de pouvoir l'anticiper, afin que la médiation ne constitue pas une perte de temps et d'argent. C'est bel et bien pour cette raison que ce dernier doit recevoir une formation appropriée, afin d'être aussi efficace que possible. En second lieu, et nous venons de l'évoquer, la médiation peut constituer une perte de temps si aucun accord n'est trouvé. Un tel argument doit néanmoins être appréhendé avec prudence. En effet, une telle mesure peut s'avérer bénéfique pour les parties, quand bien même aucune entente n'aurait pu découler. Rappelons-le, le rôle de la médiation est avant tout de renouer le dialogue entre

⁸⁹⁷ Ministère de la Justice du Québec, *Étude sur la qualité de la prestation de services et la satisfaction des personnes ayant obtenu un jugement en matière familiale à l'égard du service de médiation familiale*, Juin 2008, p. 33.

⁸⁹⁸ A titre d'exemple, pour la Floride : Fl. R. Civ. P. 1.730 (a) ; Pour la Pennsylvanie : Penn. Code, R. 1940.6 ; Pour Terre-Neuve-et-Labrador : NL. R. Civ. P. 37A.06 (10).

les parties. Remplir cet objectif permet donc très souvent de dénouer certaines problématiques et par conséquent, de faciliter le déroulement d'une procédure contentieuse future. On ne peut donc pas parler de perte de temps dans un tel cas de figure.

506. La non-obligation de parvenir à un accord : un pur bon sens -
Néanmoins, décider de rendre l'accord obligatoire n'aurait pas forcément été une bonne décision et ce pour deux raisons. Tout d'abord, l'entente trouvée à l'issue du processus serait parfaitement artificielle. La contrainte n'est en effet pas connue pour être le meilleur moyen afin de trouver une solution mesurée et équitable. Les parties pourraient donc être influencées par l'idée de chercher un accord rapide et incomplet, qui, d'une façon ou d'une autre, redonnerait lieu à une saisine du juge. Un tel dispositif consisterait donc uniquement à retarder une échéance inévitable. Ensuite, forcer les parties à transiger reviendrait également à nier la raison d'être de la médiation. En effet, dans le cadre de l'injonction de renvoi, cette mesure est déjà imposée par le juge. Obliger les protagonistes à s'entendre retirerait donc l'ensemble du caractère amiable propre à cette méthode.

507. Si l'injonction de renvoi en médiation émise par le juge produit des effets qui peuvent être atténués, il arrive également que cette dernière puisse être contestée par les parties.

B. La contestation de l'injonction par les parties

508. Lorsque le juge prend la décision d'enjoindre les parties à recourir à la médiation, les parties doivent en principe s'y conformer. Il arrive néanmoins que certaines d'entre elles soient autorisées à la contester. Cette possibilité est par exemple reconnue par la Floride, mais également par l'Indiana, qui permet aux parties d'agir en ce sens (1). Ces derniers font néanmoins figure d'exception, dans la mesure où la grande majorité des États, districts fédéraux et Provinces autorisant la pratique de l'injonction rejette cette alternative (2).

1. Les conditions de la contestation de l'injonction par les parties

509. L'État de l'Indiana prévoit la possibilité pour les parties de contester l'injonction émise par le juge, mais reste très évasif à ce sujet. Il ne retient en effet aucun réel motif, l'article 2.2 des *Rules for Alternative Dispute Resolution* n'imposant aux parties que de « spécifier les fondements de leur objection », et d'agir dans le cadre de deux délais distincts compte tenu de la matière dont dépend le cas : sept jours après l'émission de l'injonction par le juge pour les affaires portant sur les relations domestiques ; quinze jours après l'émission de l'injonction par le juge pour les affaires civiles générales. Le régime floridien est quant à lui plus précis, et justifie par conséquent qu'on y accorde une attention toute particulière. La Floride reconnaît en effet que cette prérogative, prévue à l'article 1.700 (b) des Règles de procédure civile, doit prendre la forme d'une demande de dispense, ou *motion to dispense with mediation*. Son rôle consiste à contraindre le juge à reconsidérer sa position, afin de permettre aux parties de procéder au règlement contentieux de leur cas, sans qu'aucun préalable amiable ne leur soit opposable. Néanmoins, cette possibilité ne leur est offerte que sous certaines conditions, parmi lesquelles figure le délai (a), mais également les éléments inscrits à l'article 1.700 (b) des Règles de procédure civile floridiennes (b).

a. Le délai d'introduction de la demande

510. Le premier élément sur lequel les parties doivent porter une attention particulière correspond au délai d'introduction de la demande de dispense. À ce titre, le législateur floridien a fait le choix de l'échéance restreinte, dans la mesure où il retient un délai de quinze jours suivant l'émission de l'injonction de renvoi en médiation⁸⁹⁹. Ce laps de temps très court peut s'expliquer de différentes façons. Tout d'abord, il reflète la volonté du législateur local d'éviter tout retard dans le processus de résolution du différend. Choisir un délai plus long aurait par conséquent constitué une erreur retirant tout l'intérêt de recourir à la médiation, qui, comme on le sait désormais, permet généralement de parvenir à une résolution plus rapide de l'affaire⁹⁰⁰.

⁸⁹⁹ Fl. R. Civ. P. 1.700 (b), al. 1^{er}.

⁹⁰⁰ D. BAUER, « Baromètre de la médiation : le CMAP dévoile ses chiffres 2018 », *LPA*, n°170, (26 août 2019), p. 4.

511. Ensuite, le choix du délai restreint peut contribuer à dissuader les parties de mauvaise foi d'user de cette faculté à des fins dilatoires. En effet, si la constitution d'un dossier et l'émission d'une telle demande sont parfaitement réalisables dans les limites d'une période si courte, elles nécessitent en revanche l'accomplissement de nombreuses formalités, visant notamment à prouver le respect des conditions inscrites à l'article 1.700 (b) des Règles de procédure civile de Floride, en particulier par le biais d'une production abondante de pièces.

b. Les conditions inscrites à l'article 1.700 (b) des Règles de procédure civile de Floride

512. Au-delà du délai que nous venons d'aborder, le législateur de Floride a retenu quatre conditions non cumulatives invocables par les parties afin d'obtenir une dispense de médiation par le juge. Plus ou moins strictes, ces dernières concernent des points divers tels que les problèmes ayant déjà été soumis à une médiation par le passé, ceux qui ne font l'objet que d'une question de droit, ou encore les cas où l'ordonnance de renvoi viole l'article 1.710 (b) des Règles de procédure civile de Floride, ou encore la démonstration d'un autre juste motif.

513. **Le problème a déjà été soumis à la médiation par le passé** – Ce premier élément fixé par l'article 1.700 (b), (1) des Règles de procédure civile de Floride peut à première vue sembler anodin, et son applicable simple. En réalité, l'article pose deux critères d'application réduisant son champ d'action. Le premier concerne le problème lui-même, qui doit parfaitement correspondre à celui qui a fait l'objet de la première médiation ; le deuxième porte quant à lui sur les parties, qui elles aussi doivent être identiques à celles concernées par la première tentative.

514. Rien n'est en revanche précisé quant à la nature judiciaire ou extrajudiciaire de la première médiation. Il est donc parfaitement possible d'admettre que l'une et l'autre entrent dans le champ d'application de cet article. À l'inverse, le caractère exhaustif de la

liste établie par ce texte, qui ne mentionne que la médiation et l'arbitrage, semble exclure *de facto* les résolutions amiables tentées sous l'égide d'autres méthodes⁹⁰¹.

515. Le problème concerne uniquement une question de droit – Afin d'obtenir une dispense, les parties peuvent également avancer que le cas ne porte que sur une question de droit⁹⁰². En effet, dans la tradition de *common law*, tout comme dans les pays romano-germaniques, deux types de questions peuvent surgir lors d'un procès : les questions de droit et les questions de faits. Alors que les premières portent généralement sur l'interprétation de la loi et des principes, les secondes ne s'attachent qu'à discuter les faits et les preuves. Si cette distinction est partagée par les deux systèmes, la manière de l'appréhender est quant à elle différente. En effet, alors qu'en droit continental le juge est compétent aussi bien pour statuer sur l'une que sur l'autre, la *common law* scinde quant à elle cette faculté au profit de deux entités bien distinctes, représentées par le juge et le jury. Dans la mesure où le second ne dispose d'aucune connaissance précise en la matière, il a semblé évident de lui attribuer la charge des questions de faits, laissant ainsi au juge le soin exclusif de trancher les questions de droit⁹⁰³. Ainsi, ce deuxième élément semble parfaitement répondre à la distinction traditionnellement opérée en *common law*, système auquel appartiennent les États-Unis.

516. L'ordonnance de renvoi viole l'article 1.710 (b) des Règles de procédure civile de Floride – L'article 1.710 (b) des Règles de procédure civile de Floride fait mention des conditions selon lesquelles une injonction de renvoi en médiation peut survenir. Y figurent ainsi des éléments tels que le caractère civil de l'affaire, ou l'autorisation pour le juge de contraindre les parties à avoir recours à la médiation. Ce même article énumère également les circonstances dans lesquelles une telle injonction ne peut pas survenir. Tel est par exemple le cas des affaires portant sur des questions d'*habeas corpus*, ou de désobéissance volontaire à une ordonnance civile ou pénale⁹⁰⁴. De ce fait, si une ordonnance de renvoi en médiation viole l'une de ces conditions, elle

⁹⁰¹ Nous allons néanmoins voir dans un instant qu'il est possible aux parties de solliciter une dispense lorsqu'elles ont préalablement tenté de résoudre leur cas à l'amiable au moyen d'une autre méthode, sur le fondement du motif légitime.

⁹⁰² Fl. R. Civ. P. 1.700 (b) (2).

⁹⁰³ S. J. MADRID, « Annexation of the Jury 's Role in Res Judicata Disputes: The Silent Migration from Question of Fact to Question of Law », *Cornell Law Review*, Vol. 98, (2013), p. 464.

⁹⁰⁴ Respectivement Fl. R. Civ. P. 1.710 (b) (2) et (4).

contrevient à la volonté du législateur, ce qui, par conséquent, lui ôte tout effet juridique, permettant ainsi aux parties de demander une dispense⁹⁰⁵.

517. **La démonstration d'un motif légitime (ou *good cause*)** – La dernière possibilité offerte aux parties en vue d'obtenir une dispense consiste à démontrer une *good cause*, ou autrement dit un motif légitime, autre que ceux déjà présentés plus haut. Bien entendu, cette condition offre un éventail relativement large de possibilités, et repose en majeure partie sur l'interprétation plus ou moins large qu'en fera le juge. À ce titre, aucun magistrat floridien ou américain n'a encore eu l'occasion de préciser ce qu'il fallait entendre par « motif légitime ». Néanmoins, l'*England and Wales Court of Appeal* a émis quelques critères qu'une Cour américaine pourrait parfaitement exploiter⁹⁰⁶. Parmi eux figurent la nature et/ou le fond du conflit, la précédente tentative de résolution amiable (autre que la médiation), mais aussi les coûts de résolution amiable démesurément élevés, le cas où la mise en place d'une résolution amiable entraînerait des délais préjudiciables à l'égard de l'une des parties, ou encore les chances de succès du processus⁹⁰⁷. Bien entendu, ces éléments, établis par une Cour étrangère, ne contraignent en aucun cas le juge américain à les appliquer. Rien ne l'empêche néanmoins de s'en inspirer afin d'établir des critères semblables, permettant ainsi de préciser cette quatrième et dernière condition posée par l'article 1.700 (b), (4) des Règles de procédure civile de Floride.

2. La position de la Floride et de l'Indiana : une exception dans le paysage juridique américain et canadien

518. La position de la Floride et de l'Indiana reste toutefois exceptionnelle. En effet, elle est à ce jour la seule à offrir aux parties le droit de contester l'ordonnance de renvoi en médiation émise par le juge. De leur côté, l'Alabama, la Pennsylvanie, Terre-Neuve-et-Labrador et plusieurs districts fédéraux américains ont fait le choix d'un

⁹⁰⁵ Fl. R. Civ. P. 1.700 (b) (3).

⁹⁰⁶ En pratique, il n'est pas rare qu'un juge américain ou canadien s'inspire de solutions issues de décisions rendues par des Cours de Common Law étrangères. Ceci est en effet facilité par la proximité des raisonnements employés, mais également par l'utilisation de l'anglais qui leur offre un accès simplifié.

⁹⁰⁷ *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576 (11 May 2004).

pouvoir d'injonction fort, en ne leur octroyant pas une telle prérogative⁹⁰⁸. Que cela signifie-t-il ?

519. Tout simplement que la position de la Floride et de l'Indiana n'est pas représentative de la pratique des régimes locaux en la matière. Elle reste néanmoins une solution parfaitement envisageable, dans la mesure où elle semble fonctionner dans ces États. Mais à quel prix ? Un tel système n'est effectivement pas exempt de critiques, dans la mesure où il offre au juge un pouvoir parfaitement illusoire. On ne peut en effet pas ignorer que si ce dernier dispose d'une certaine liberté dans la détermination des cas qui doivent bénéficier d'une médiation, forte reste néanmoins la possibilité pour les parties de rendre cette faculté ineffective. À l'inverse de l'Indiana et afin de limiter cet effet pervers, la Floride a bien entendu envisagé de restreindre l'action des parties, par certaines conditions que nous venons d'aborder. Certaines sont relativement strictes et offrent à la mesure une garantie d'être appliquée. C'est notamment le cas des trois premières⁹⁰⁹. La dernière fait en revanche preuve d'une extrême largeur, en retenant que « tout autre motif légitime » peut également faire l'objet d'une dispense⁹¹⁰. On peut dès lors parfaitement comprendre que les autres États et province appliquant l'injonction aient préféré s'abstenir d'instaurer un tel système, en retenant un pouvoir d'injonction sans doute plus stricte, mais bel et bien effectif, évitant ainsi une pratique à deux vitesses.

520. Du côté de la France, le contenu de l'injonction n'est pas aussi important qu'en Amérique du Nord, en ce que la décision du juge n'impose pas aux parties de recourir à la médiation, mais leur enjoint seulement de rencontrer un médiateur à des fins d'information. Aucune surprise par conséquent à ce que le législateur confère à cette décision le caractère de mesure d'administration judiciaire⁹¹¹, qui, conformément au régime de l'article 537 du code de procédure civile, n'est sujette à aucun recours.

521. Dans le cadre de l'injonction, le recours à la médiation reste en partie optionnel, dans la mesure où le juge peut encore décider au cas par cas des affaires devant

⁹⁰⁸ Aucun texte en vigueur dans le corpus de ces États et Province ne fait mention de la possibilité pour les parties de contester une injonction de renvoi en médiation émise par le juge. Ce silence doit bien entendu être interprété comme un refus du législateur local d'octroyer un tel droit aux parties.

⁹⁰⁹ Fl. R. Civ. P. 1.700 (b) (1), (2) et (3).

⁹¹⁰ Fl. R. Civ. P. 1.700 (b) (4).

⁹¹¹ C. pr. civ., art. 127-1.

en bénéficiaire. Il peut néanmoins arriver que ce choix disparaisse, et que ce qui n'était encore hier qu'une simple ordonnance ponctuelle devienne un préalable obligatoire.

Chapitre 2 – L'obligation systématique : le recours aux modes amiables en tant que préalable obligatoire

522. Il arrive parfois que l'envie de voir prospérer les modes amiables de résolution des conflits pousse les États à rendre leur recours systématiquement obligatoire, préalablement à toute action au fond. La France, les États-Unis et le Canada ne font, à ce titre, pas exception. Selon les pays, cette contrainte est susceptible d'intervenir à plusieurs moments de la procédure. À ce titre, deux groupes doivent ici être distingués. Le premier implique les États, provinces et juridictions fédérales qui astreignent les parties au règlement amiable de leur différend, dans les limites d'un certain délai à la suite de la saisine du juge (§1) ; le second concerne quant à lui ceux qui imposent un recours aux modes amiables antérieur à toute saisine du juge, sous peine d'irrecevabilité (§2).

§1. Un recours obligatoire aux modes amiables et postérieur à la saisine du juge : l'exemple de l'Ontario, du Saskatchewan et du comté d'Island

523. **Un recours principalement appliqué en Ontario et au Saskatchewan –** Cette première catégorie correspond à la vision la moins contraignante des deux concepts présentés. Elle autorise en effet les parties à prendre de l'avance sur la procédure en saisissant le juge préalablement à toute tentative de règlement amiable du conflit. Dans un tel cas de figure, la procédure contentieuse occupe donc une place de premier plan. À ce jour, cette école est principalement implantée au Canada, en particulier en Ontario et en Saskatchewan. Elle est également présente de manière beaucoup plus éparse aux États-Unis. Ceci s'explique en particulier par la structure fédérale particulièrement complexe en vigueur dans ce pays, qui, outre la division entre l'État fédéral et les États fédérés, ne dénombre pas moins de 3242 comtés répartis dans les 50 États que dénombrent les États-Unis. Si le pouvoir qui leur est attribué peut varier d'un État à l'autre, il arrive parfois que les comtés soient compétents afin de déterminer certaines

règles, notamment au regard des modes amiables⁹¹². C'est sans doute ce qui explique que cette méthode particulièrement récente bénéficie d'applications particulièrement différentes, dans la mesure où chacune des entités ci-dessus présentées en défend une conception particulière. Ce contraste porte en particulier sur le champ d'application matériel du recours obligatoire aux modes amiables (A). Néanmoins, il nous faut également reconnaître que ces dernières se rejoignent sur d'autres points, tels que la possibilité d'exemption pour les parties (B), ou encore les sanctions en cas de défaut de présentation à la mesure (C).

A. Le champ d'application matériel du recours obligatoire systématique aux modes amiables

524. Le champ d'application matériel du recours obligatoire aux modes amiables constitue une source importante de dissemblances entre les différents États, districts et provinces qui le pratiquent. Ces dernières portent principalement sur l'aspect temporel de la mesure (1), son lieu d'application (2), ou encore les matières pour lesquelles elle s'applique (3).

1. Les limites temporelles de la mesure

525. Les limites temporelles peuvent être de deux ordres. Les premières, moins importantes, portent sur les dates d'introduction des affaires devant la cour (a) ; les secondes, plus actuelles, concernent le délai au sein duquel la procédure de règlement amiable doit être entamée (b)

a. La date d'introduction des affaires devant la cour

526. **Application de la loi dans le temps : le cas particulier de l'Ontario et du comté d'Island** – Il arrive parfois que les textes émettent une première limite temporelle au regard de la date d'introduction de l'affaire. Cela relève en réalité d'une question de

⁹¹² À titre informatif, la population des comtés aux États-Unis peut varier du simple au double suivant leur taille et leur localisation géographique. Si certains ne dénombrent que quelques milliers d'habitants, d'autres au contraire peuvent regrouper jusqu'à 930.000 habitants, comme c'est le cas pour le comté de Fresno en Californie.

compétence pour la cour. Les règles de procédure civiles de l'Ontario prévoient ainsi que la médiation obligatoire telle qu'actuellement établie ne pourra s'appliquer qu'aux affaires introduites après le 1^{er} juillet 2010⁹¹³. Dans le même état d'esprit, le comté d'Island, situé dans l'État de Washington, n'admet quant à lui un recours à la médiation obligatoire que pour les affaires introduites après le 1^{er} septembre 2007⁹¹⁴.

527. Si cette première limite temporelle constituait à l'époque une limite fondamentale, son importance est aujourd'hui considérablement amoindrie par le laps de temps qui nous sépare des dates énoncées. Rien ne justifie dès lors de s'y attarder davantage.

b. Les délais de mise en œuvre du processus de résolution amiable

528. Si ce dispositif offre aux parties la possibilité de saisir le juge en premier, elle leur impose également d'enclencher un processus de résolution amiable dans un laps de temps plus ou moins court, qui dépend principalement du lieu dans lequel elles se trouvent. Trois points de référence peuvent être utilisés afin de déterminer ce délai : la date d'introduction de la requête ou de la première défense par les parties, la clôture des *pleadings* et la date à laquelle le procès a été fixé.

529. **La date d'introduction de la requête ou de la première défense par les parties** – C'est le point de référence le plus répandu parmi les localités qui défendent le recours obligatoire systématique. Chacune d'elles propose néanmoins sa propre conception du régime applicable. Ainsi, alors que l'Ontario fait preuve d'une grande précision en proposant de débiter la mesure dans les 180 jours qui suivent le dépôt de la première défense⁹¹⁵, d'autres, tels que le comté de Cook (Illinois), retiennent une formule beaucoup plus vague, en requérant des parties qu'elles s'exécutent « *aussitôt que possible* »⁹¹⁶. Ce flou est par ailleurs perceptible au sein d'autres districts américains, à l'instar du *North Carolina middle district*, ou encore du *North Carolina western district*.

⁹¹³ R. Civ. Pr., Art. 24.1.04 (1) 2.

⁹¹⁴ Island County Local Rules for the Superior Court, SPR 94.04 (a).

⁹¹⁵ Ont. R. Civ. Pr., Art. 24.1.09 (1). Il est également à noter que ce délai peut être prorogé ou abrégé par le juge dans le cas où il estime qu'une telle mesure peut s'avérer bénéfique aux parties afin de résoudre leur cas à l'amiable (Ont. R. Civ. Pr., Art. (24.1.09 (2) (d)).

⁹¹⁶ Circuit Court of Cook County Local Rules, Art. 13.4 (e) (ii) (e).

Bien que proches sur le plan géographique, ces deux districts ne partagent pas exactement la même vision de la chose. En effet, s'ils s'accordent parfaitement sur la capacité des parties à déterminer le moment où aura lieu la médiation, ils divergent toutefois quant au laps de temps à accorder afin d'effectuer ce choix. Ainsi, lorsque le *North Carolina western district* prône une position particulièrement libérale en offrant aux parties la possibilité de choisir « le moment le plus propice » à la résolution de leur cas, le *North Carolina middle district* réduit quant à lui ce laps de temps à la période de la *discovery*⁹¹⁷. Bien que, d'un point de vue procédural, cette différence soit minime dans la mesure où la *discovery* jouxte le procès, elle empêche néanmoins les parties d'organiser une médiation après que cette dernière a été clôturée et donc avant les premières audiences au fond.

530. **La clôture des *pleadings***⁹¹⁸ – Elle constitue le deuxième point de référence visant à entamer le processus de résolution amiable. Ce dernier, moins utilisé, est légèrement postérieur à la date d'introduction de la demande, dans la mesure où il intervient après que certains actes de procédure ont déjà été réalisés. Généralement, la clôture des *pleadings* survient pour deux raisons : soit parce que le délai pour émettre une réponse est écoulé, soit parce que le demandeur a lui-même émis et signifié une réplique au regard d'une défense rédigée par la partie défenderesse⁹¹⁹. À l'heure actuelle, seule la province canadienne du Saskatchewan utilise ce point de référence, en prévoyant qu'à la suite de la clôture des *pleadings*, un registraire local arrangera la mise en œuvre du processus de résolution amiable⁹²⁰.

531. **La date du procès** – Il peut enfin arriver que certaines régions choisissent de déterminer le délai de mise en œuvre de la mesure de résolution amiable par rapport à la date du procès. Tel est par exemple le cas du comté d'Island situé dans l'État de

⁹¹⁷ La *discovery* correspond à une période antérieure au procès au cours de laquelle les parties échangent des informations, effectuent des recherches ainsi que d'autres actes dans le but d'obtenir un nombre suffisant de preuves à présenter au juge lors de l'audience (*trial*).

⁹¹⁸ La phase de *pleading* correspond à la période marquant l'ouverture de la procédure judiciaire. Elle est caractérisée par un échange entre les deux parties visant d'une part à notifier au défendeur les motifs qui poussent le plaignant à engager une action à son encontre (*complaint*), et d'autre part au défendeur de soumettre sa défense (*answer*) ainsi que de communiquer ses intentions ou revendications à la partie adverse le cas échéant (*counterclaim*). Il peut également arriver que la défense émise par le défendeur (*answer*) fasse l'objet d'une réplique par le demandeur (*reply*).

⁹¹⁹ Queen's Bench Rules, Saskatchewan, Art. 3-72 (2).

⁹²⁰ Queen's Bench Act (1998), Art. 42 (1.1).

Washington, qui prévoit que la médiation doit être finalisée au moins soixante jours avant la date prévue du procès.

532. L'on sait désormais quand exécuter la mesure. Attachons-nous dès lors à savoir où elle peut être mise en œuvre.

2. Le lieu de mise en œuvre de la mesure de résolution amiable obligatoire

533. Dans la pratique nord-américaine et en particulier au Canada, il est assez rare que l'obligation systématique de recourir à un mode amiable s'applique à un l'ensemble des institutions d'un territoire donné. En réalité, deux types de limites peuvent survenir en la matière. D'un côté, les restrictions géographiques (a), et de l'autre celles qui touchent à la compétence des juridictions (b).

a. La restriction géographique de la mesure de résolution amiable obligatoire

534. **Une mesure appliquée en Ontario** – Cette forme de restriction est principalement appliquée en Ontario, dans le cadre de l'article 24.1.04 (1), 2° des règles de procédure civile de l'Ontario. Ce dernier prévoit en effet que la médiation obligatoire n'est applicable qu'aux juridictions situées dans les villes d'Ottawa et de Toronto, ainsi que dans le comté d'Essex, qui correspondent aux trois localités enregistrant le plus grand nombre d'affaires chaque année.

b. La restriction des compétences : un nombre limité de juridictions pour appliquer la mesure

535. **Une mesure appliquée devant la *Court of King's Bench* du Saskatchewan** – La province du Saskatchewan a quant à elle opté pour une autre forme de limitation, à savoir la restriction de compétences. Il est ainsi retenu que la médiation obligatoire préalable n'est exigible que devant la *Court of King's Bench*⁹²¹, compétente

⁹²¹ La *Court of King's Bench*, ou Cour du Banc du Roi, est hiérarchiquement supérieure à la Cour provinciale de la Saskatchewan. Elle équivaut donc à une Cour supérieure de Province.

pour entendre de la grande majorité des affaires civiles. Cette prérogative lui est offerte en application de la Partie VII du *Queen's Bench Act* de 1998.

536. En dehors des restrictions attachées au lieu d'exercice de la mesure, d'autres limitations peuvent survenir, à l'instar des matières pouvant en faire l'objet.

3. Les matières concernées par la mesure de résolution amiable

537. La compétence matérielle des juridictions est sans doute le point le plus important en ce qui concerne le recours obligatoire aux modes amiables. C'est elle qui en effet permet aux États à la fois de réguler les flux d'actions qui parviennent jusqu'aux juridictions. Mais au-delà de cette considération purement pratique, la compétence matérielle accordée aux juridictions peut également manifester une idéologie défendue par l'État en question. Tel serait par exemple le cas du système pour lequel l'unité familiale est importante et qui imposerait en conséquence une médiation préalable obligatoire dans le cadre d'un divorce. À ce titre, on peut distinguer deux catégories d'entités : les libéraux (a) et les modérés (b).

a. Une application libérale du recours obligatoire aux modes amiables

538. L'application libérale du recours obligatoire aux modes amiables sous-entend, dans notre cas, qu'un tel dispositif s'applique à un grand nombre d'affaires civiles. À ce jour, rares sont les États et provinces ayant opté pour cette formule. À vrai dire, seul le programme de médiation obligatoire en vigueur en Ontario semble réellement s'en approcher au Canada, en ce sens qu'il considère le recours à l'amiable comme un principe. Malgré son vaste champ d'action, son application n'est bien entendu pas universelle et comporte certaines exceptions, en particulier au regard des affaires attrayant au droit de la famille, au droit de la construction, mais aussi aux banqueroutes, ou encore aux actions contre la Couronne ⁹²². Réciproquement, toutes les autres matières doivent être considérées comme éligibles au programme de médiation obligatoire applicable en Ontario.

⁹²² Ont. R. Civ. Pr., Art. 24.1.04 (2) et (3).

539. Dans une moindre mesure on peut mentionner ici la province de la Saskatchewan, qui elle aussi retient une application large du recours obligatoire. Cette dernière exclut toutefois le droit de la famille⁹²³, pour lequel elle applique un programme particulier prévu à la Partie VII.1 du *Queen's Bench Act*, visant notamment à sensibiliser les parents à l'art de la parentalité.

540. Enfin et dans un état d'esprit similaire, on notera que le *North Carolina middle district* soumet automatiquement bon nombre d'affaires civiles à la médiation. Ces dernières portent principalement sur le droit des contrats, de la responsabilité délictuelle, du travail, ou encore de la propriété⁹²⁴.

541. Cette position fait néanmoins figure d'exception dans la pratique nord-américaine, qui lui préfère généralement une application plus modérée.

b. Une application modérée du recours obligatoire aux modes amiables

542. L'application modérée du recours obligatoire est de loin la plus répandue en Amérique du Nord, en particulier aux États-Unis où elle concentre la majorité des juridictions appliquant ce dispositif. Elle vise principalement à réduire le plus possible la mise en œuvre de cette forme de recours, en limitant le nombre de matières qui lui est soumis. Dans la grande majorité des cas, ces dernières concernent le droit de la famille, et plus particulièrement les questions portant sur la garde des enfants et l'autorité parentale. Cette solution est actuellement en vigueur dans bon nombre de localités américaines, parmi lesquelles figurent les comtés d'Island et de Cook, ou encore l'État de Californie.

543. Contrairement à la figure précédente, cette conception tempérée du recours obligatoire aux modes amiables ne s'attache, dans la grande majorité des cas, qu'à des matières sensibles, où la conservation de bonnes relations – ou tout du moins de relations cordiales – entre les parties est centrale.

⁹²³ *Queen's Bench Act* (1998), Art. 42 (1.1).

⁹²⁴ North Carolina Middle District Local Rules, Art. 16.4 (b).

544. Malgré ces divergences, il arrive parfois que les États et provinces qui défendent le recours obligatoire parviennent à se rejoindre, notamment au regard des possibilités d'exemption mises à la disposition des parties.

B. Une possibilité d'exemption pour les parties

545. Si ces programmes imposent aux parties de recourir aux modes amiables, ils leur permettent également de bénéficier de certaines exemptions, établies par la loi. On notera toutefois qu'à ce titre, certains États, provinces ou districts se montrent particulièrement flous, à l'instar de l'Ontario⁹²⁵, de la Saskatchewan⁹²⁶ ou encore du *North Carolina western district*⁹²⁷, qui prévoient de manière minimaliste et selon les cas que le juge peut, soit *sua sponte*, soit à la demande de l'une des parties, ordonner l'exemption du recours obligatoire aux modes amiables. D'autres se montrent néanmoins plus précis et proposent d'exonérer les parties lorsqu'elles sont en mesure d'invoquer un motif légitime (1), ou encore d'établir l'existence de violences domestiques (2).

1. L'exemption pour motif légitime

546. La première cause possible d'exemption réside dans la démonstration d'un motif légitime, ou *good cause*. Bien que plus précise que les dispositions exposées plus haut, cette option présente néanmoins l'inconvénient du « peu explicite », dans la mesure où elle se rapporte à une multitude de sujets. Si certains comme le comté d'Island ne se contentent que de la mentionner⁹²⁸, d'autres vont plus loin en essayant d'apporter des précisions supplémentaires. C'est dans cet état d'esprit que le *North Carolina middle district*, indique que « l'affirmation selon laquelle le règlement amiable est improbable ou représente une possibilité lointaine, ne peut constituer un motif légitime »⁹²⁹.

547. De son côté, le comté de Cook utilise une alternative à la *good cause* : l'obstacle à la médiation (*impediment*). De même nature que la première, cette option

⁹²⁵ Ont. R. Civ. Pr., Art. 24.1.05.

⁹²⁶ Queen's Bench Act (1998), Art. 42 (1.2) (a).

⁹²⁷ North Carolina Western District Local Rules, Art. 16.3 (b) (4).

⁹²⁸ Island County Local Rules for the Superior Court, SPR 94.04 (f) (2) (A).

⁹²⁹ North Carolina Middle District Local Rules, Art. 16.4 (c).

présente néanmoins un degré de précision supplémentaire, amenant à la fois vers des avantages et des inconvénients. Au regard des avantages tout d'abord, la notion d'obstacle permet d'écarter d'emblée des considérations telles que la simple volonté des parties de ne pas recourir à la mesure. À l'inverse, il serait possible de retenir à ce titre certains détails procéduraux, à l'instar de la mesure amiable infructueuse déjà pratiquée par les parties dans un passé proche. Néanmoins, on l'aura compris, l'inconvénient majeur de l'obstacle à la médiation réside dans l'absence de définition claire à son égard, ouvrant ainsi la porte à de possibles dérives.

548. Au-delà des notions de motif légitime et d'obstacle, certaines juridictions retiennent une autre cause d'exemption : les violences domestiques.

2. L'exemption pour violences domestiques

549. La question des violences domestiques, ou *domestic violence*, ne doit pas être négligée, aussi bien d'un point de vue social qu'au regard de la pratique des modes amiables. La reconnaissance d'une exemption en la matière semble donc parfaitement justifiée et ce à plusieurs titres. Tout d'abord, d'un point de vue politique, elle marque la prise en compte du problème par les autorités compétentes. Ensuite, sous un angle plus juridique, il faut bien garder à l'esprit que les modes amiables de résolution des conflits incluent un processus de négociation, qui requiert bien entendu la coopération des parties, mais aussi et surtout un rapport égalitaire entre elles⁹³⁰. Or, il est bien évident que dans le cadre de violences domestiques, l'un et l'autre de ces prérequis peuvent être considérablement altérés, de telle sorte qu'aucune négociation ne puisse se dérouler dans des conditions propices à l'élaboration d'un accord juste pour les deux parties. Dès lors, plus que justifiée, la reconnaissance d'une possibilité d'exemption en la matière est fondamentale.

550. C'est d'ailleurs dans cet état d'esprit que le comté d'Island retient explicitement cette forme d'exemption. Pour ce faire, il retient trois situations légèrement

⁹³⁰ Ce rapport égalitaire est bien souvent inexistant dans le cadre de violences domestiques, dans la mesure où l'une des parties prend généralement l'ascendant sur l'autre. De même, ce rapport peut être considérablement faussé par la crainte de représailles futures émanant de l'autre partie.

différentes, permettant aux parties d'éviter la médiation préalable obligatoire. La première concerne les violences domestiques à proprement parler, et retient que les parties ne seront pas contraintes par une mesure de médiation obligatoire dans le cas où une ordonnance de protection a été mise en œuvre par une juridiction, au cours des douze mois qui précèdent⁹³¹. La deuxième possibilité d'exemption fait quant à elle référence à une ordonnance d'éloignement émise par une juridiction, qui n'est, à la différence de la première, soumise à aucune limite temporelle⁹³². La troisième vise enfin la situation où, sur requête de l'une des parties, la cour constate par elle-même à la fois que des violences domestiques ont eu lieu, mais également qu'elles entraveraient la bonne tenue de la mesure de médiation.

551. De leur côté, les autres États, comtés, districts fédéraux et provinces présentés jusqu'ici ne prévoient aucune disposition en la matière. À première vue consternant, ce constat ne doit pour autant pas être perçu comme un désintérêt des autorités et des juridictions sur la question. En réalité, beaucoup de textes législatifs n'envisagent à ce jour que le motif légitime, dans le but de ne pas complexifier un système déjà particulièrement alambiqué. Or, nous venons de le voir, si la volonté des parties de ne pas procéder à la mesure obligatoire ne constitue pas une *good cause*, il en irait sûrement autrement dans le cas où le juge constaterait des violences familiales. De ce fait, même sans texte explicite à ce sujet, on peut retenir que cette forme d'exemption est communément admise.

552. Néanmoins, l'exemption devant rester exceptionnelle, il incombe aux parties de mettre à exécution la mesure de médiation, sans quoi elles prennent le risque de s'exposer à des sanctions.

C. Les sanctions en cas de défaut de présentation des parties à la mesure

553. Dans le cadre des programmes de résolution amiable obligatoires, les parties doivent, selon les localités, se présenter en personne ou se faire représenter aux

⁹³¹ Island County Local Rules for the Superior Court, SPR 94.04 (f) (2) (B).

⁹³² *Ibid.*, (C).

séances – généralement de médiation – organisées⁹³³. Afin de décourager les désistements de dernière minute, il arrive fréquemment que les législateurs locaux prévoient des sanctions applicables à l'encontre des parties décidées à ne pas se conformer à la mesure. Dans la grande majorité des cas, les textes restent particulièrement vagues à ce sujet, soulignant simplement qu'il reviendra au juge de déterminer la sanction applicable en cas d'absence. Tel est par exemple le cas du comté d'Island, situé dans l'État de Washington, qui retient que le « refus délibéré de participer à la médiation ou l'intention délibérée de retarder le processus de médiation pourra entraîner une condamnation pour outrage à la cour ainsi que l'imposition de sanctions »⁹³⁴. L'État du Maine, qui oblige les parties à user de la médiation dans les affaires portant sur la garde des enfants suit le même chemin, en rappelant que « la cour peut imposer des sanctions appropriées à toute partie ou représentant dont la présence est requise et a été notifiée, et qui ne se présente pas à la mesure »⁹³⁵. À l'inverse, d'autres comme les provinces du Saskatchewan et à plus forte raison de l'Ontario se montrent plus précis au regard de l'application des sanctions aux parties dissidentes.

554. **L'annulation des documents et/ou pleadings** – Retenue par les deux Provinces⁹³⁶, cette mesure vise à faire annuler la totalité des documents fournis par la partie en défaut dans le cadre de la procédure judiciaire, suspendue afin de mettre à exécution la médiation. En Ontario, cette sanction peut également être étendue aux *pleadings* rédigés par cette partie, qui correspondent dans les grandes lignes aux conclusions françaises. Tout l'intérêt de cette mesure est concentré sur la notion de temps. En effet, il peut arriver que certaines parties pensent que ne pas se présenter à la mesure de médiation obligatoire les conduira plus rapidement au procès. Afin d'éviter la généralisation d'une telle réflexion, il fut ainsi décidé d'offrir au juge la possibilité d'allonger la procédure judiciaire, en annulant les documents, et parfois même les conclusions émises par la partie dissidente. Dans la mesure où le travail accompli jusqu'alors pour sa défense sera réduit à néant, l'application de cette sanction engendrera également d'autres effets, à l'instar de l'augmentation – toujours indésirable - de ses frais de justice.

⁹³³ Les obligations incombant aux parties dans le cadre des programmes de résolution amiable obligatoires sont globalement les mêmes que dans le cadre des médiations ordonnées par injonction du juge.

⁹³⁴ Island County Local Rules for the Superior Court, SPR 94.04 (f) (7).

⁹³⁵ Ma. R. Civ. Pr., 16B (f) (2).

⁹³⁶ Ont. R. Civ. Pr., Art. 24.1.13 (2) (b) ; Queen's Bench Act (1998), Art. 42 (1.5) (5) (a) (ii).

555. **Le paiement des frais engendrés par la médiation** – Cette sanction rappelle à s’y méprendre la condamnation aux dépens que prononce traditionnellement le juge français à l’issue d’un procès civil. Bien entendu, l’une et l’autre doivent être distinguées, dans la mesure où elles n’interviennent pas au même moment de la procédure. Cette forme de sanction pécuniaire, retenue à la fois en Ontario⁹³⁷ et dans le Saskatchewan⁹³⁸, est aujourd’hui communément utilisée par bon nombre de systèmes à travers le monde, afin de dissuader les justiciables d’adopter un comportement nuisible à la société. Elle ne pose de ce fait aucune difficulté majeure de compréhension ou d’application et ne nécessite donc pas que l’on s’y attarde davantage.

556. **Le recours à la contrainte** – Cette troisième sanction vise à contraindre la partie absente sans motif légitime à assister à une nouvelle séance de médiation. Cette « obligation d’obligation » uniquement en vigueur dans le Saskatchewan⁹³⁹ n’est toutefois pas exempte de critiques. Elle peut tout d’abord constituer une perte de temps, dans la mesure où la partie dissidente, qui a délibérément fait le choix de ne pas se présenter une première fois, peut réitérer sa position. Elle revient ensuite à reconsidérer un peu maladroitement la nature de la médiation, non seulement en la faisant passer du rang de mesure amiable à celui de sanction, mais également en oubliant que son succès repose principalement sur la coopération des acteurs en présence, et que contraindre la partie défaillante, qui visiblement n’est pas dans cet état d’esprit, ne permettra pas de parvenir au but recherché. Néanmoins, si le juge la prononce, cette sanction peut également être perçue comme un rappel à l’ordre, ou une seconde chance offerte à la partie dissidente afin d’éviter de plus lourdes conséquences.

557. **Le rejet de l’action en cours par le juge** – Le droit nord-américain use parfois de certains outils moins répandus sur le reste du globe. Tel est par exemple le cas du *dismissal of action*, ou rejet de l’action. Souvent utilisé en cas de retard ou de méconnaissance d’une règle de procédure par l’une des parties, ce dispositif permet au juge, généralement à la demande de la partie adverse, de mettre fin à l’action en cours, avant qu’il ne soit statué sur le fond. Si cette possibilité est principalement soumise à

⁹³⁷ Ont. R. Civ. Pr., Art. 24.1.13 (2) (d)

⁹³⁸ Queen’s Bench Act (1998), Art. 42 (1.5) (5) (b).

⁹³⁹ Queen’s Bench Act (1998), Art. 42 (1.5) (5) (a) (i).

l'existence d'un préjudice, il arrive parfois que le rejet de l'action puisse intervenir sans qu'il en soit constaté.

558. En matière de médiation obligatoire, cette possibilité est prévue par l'article 24.1.13 (2) (c) des Règles de procédure civile de l'Ontario. Son application est toutefois soumise à la condition expresse que la partie défaillante soit également demanderesse. Dans le cas contraire, le juge ne pourra s'en tenir qu'à la radiation de la défense du défendeur, telle que prévue à l'article 24.1.13 (2) (b)⁹⁴⁰. Enfin, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue au fond, les parties sont en droit d'émettre un nouveau recours portant sur les mêmes faits, puisque l'autorité de la chose jugée est ici inapplicable. Elles seront néanmoins soumises aux mêmes formalités que lors de la première tentative, parmi lesquelles figure le recours préalable à la médiation, en application de l'article 24.1.01 des Règles de procédure civile de l'Ontario.

559. **L'élaboration d'un calendrier sur le déroulement de l'action** – L'élaboration d'un calendrier sur le déroulement de l'action⁹⁴¹ peut à première vue paraître paradoxale, dans la mesure où l'Ontario impose dans un premier temps aux parties de recourir à la médiation. Dès lors, pourquoi permettre au juge d'abandonner la tentative de réconciliation préalable dès lors que l'une des parties refuse de se conformer à la mesure ? Cela relève probablement d'un esprit de pédagogie. En effet, il ne faut pas oublier que la médiation, comme par ailleurs tous les modes amiables de résolution des conflits, ne peut garantir un succès universel, dans la mesure où tous les cas ne s'y prêtent pas. Dès lors, il semblerait contreproductif d'imposer au juge un acharnement qui dans tous les cas ne mènerait à rien. Cette mesure, soumise à l'expertise des magistrats, vise donc à éviter une perte de temps significative pour les parties, ainsi que pour les professionnels qui les prennent en charge.

560. **La condamnation à toute autre sanction juste** – Pour conclure sur la question des sanctions, les règles de procédure civile de l'Ontario retiennent que le juge est libre de condamner la partie défaillante à toute autre sanction juste. Ce flou, qui rappelle étroitement les règles en vigueur dans le comté d'Island et dans le Maine, reflète

⁹⁴⁰ Telle qu'exposée au (a) de cette partie, p. 80.

⁹⁴¹ Ont. R. Civ. Pr., Art. 24.1.13 (2) (e)

parfaitement l'état de la *common law*, selon lequel il convient de laisser au juge un champ suffisamment large afin d'offrir au droit une certaine dynamique. Reste néanmoins à savoir si cette mesure est beaucoup appliquée en pratique, dans la mesure où la grande majorité des sanctions prononcées sont, à ce jour, financières.

561. Le recours obligatoire aux modes amiables postérieur à la saisine du juge, à la fois souple et contraignant, présente l'avantage d'une certaine flexibilité procédurale évitant les pertes de temps inutiles en cas de résolution pacifique infructueuse. D'autres variantes se montrent néanmoins plus exigeantes, imposant aux parties d'essayer de parvenir à un accord avant même de se présenter devant une juridiction.

§2. Un recours aux modes amiables antérieur à la saisine du juge

562. Plus stricte, cette seconde conception du recours obligatoire aux modes amiables est également plus simple. Moins répandue que la première, on la retrouve principalement en France et à Toronto, qui, bien qu'étant la capitale de l'Ontario, a récemment décidé de faire une application autonome de cette doctrine. Bien entendu, si chacune de ces localités en fait une exécution particulière, elles s'entendent toutefois sur sa simplicité (A), quand bien même certaines exceptions et sanctions persistent (B).

A. Une application simplifiée du recours obligatoire aux modes amiables

563. Si la simplification du recours obligatoire est moins perceptible à l'égard de certains aspects tels que les juridictions, les personnes ou les matières visées (1), elle se montre en revanche plus flagrante sur d'autres sujets, tels que les modes concernés ou encore la période d'exécution (2).

1. Une simplification à l'égard des juridictions et des affaires concernées

564. Dans le cadre de l'application du recours obligatoire antérieur à la saisine du juge, le législateur a fait mention de plusieurs indications qui ne sont ni plus, ni moins complexes que dans le cas précédent. Ces précisions, nécessaires, portent à la fois sur les

juridictions visées par l'exécution de cette mesure (a), mais également les personnes et les affaires qu'elle concerne (b).

a. Une mesure applicable à certaines juridictions

565. **Une évolution en plusieurs étapes : l'exemple de la France** – Depuis le décret du 11 mars 2015⁹⁴², entré en vigueur le 1^{er} avril de la même année, la France impose aux parties en litige d'essayer, préalablement à toute action contentieuse, de trouver un accord amiable à leur problème. Cette exigence générale⁹⁴³ – car elle s'applique devant toutes les juridictions civiles, était à l'origine prévue à deux reprises par les articles 56 et 58 du code de procédure civile, chacun s'appliquant à une modalité de saisine du juge⁹⁴⁴. Qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre, la formulation restait toutefois parfaitement identique, en ce sens que les parties étaient tenues de préciser « *les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »⁹⁴⁵. Cette obligation restait néanmoins toute relative, dans la mesure où elle présentait une lacune majeure : sa largesse. En effet, en usant de cette rédaction floue, le gouvernement, qui pensait œuvrer dans le sens du développement de la culture des modes amiables, a en réalité mis en vigueur une mesure relativement inutile. Ceci s'explique en particulier par l'absence d'indications quant à la méthode à suivre, laissant ainsi libre cours à toute forme de résolutions amiables, jusqu'au simple échange de lettres entre les parties. Une telle exigence permettait par conséquent aux parties désireuses de parvenir plus rapidement à la procédure contentieuse de balayer cette obligation d'un revers de main.

566. **Une application à l'ensemble des juridictions civiles** – Particulièrement imprécis, le régime mis en œuvre par les articles 56 et 58 du code de procédure civile fut rapidement abandonné, au profit d'un système plus précis initié par l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016, qui limitera dans un premier temps le recours obligatoire préalable aux seuls ex-tribunaux d'instance, pour finalement s'appliquer à l'ensemble des tribunaux

⁹⁴² Décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

⁹⁴³ Il fut en effet envisagé d'étendre cette exigence aux tribunaux de grande instance lors de l'élaboration du projet de loi sur la programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Le Sénat, après avoir examiné et modifié le texte a néanmoins décidé de mettre cette proposition de côté.

⁹⁴⁴ En effet, la saisine du juge peut s'effectuer par deux moyens : l'assignation et la déclaration au greffe, respectivement prévues aux articles 837 à 840 et 843 à 844 du code de procédure civile.

⁹⁴⁵ Art. 56 al. 3 et 58 al. 3 c. pr. civ.

judiciaires (uniquement dans le cadre d'affaires bien déterminées). Ce régime, bien que désormais défendu par l'article 750-1 du code de procédure civile, est toujours applicable en France à l'heure actuelle.

567. De son côté, Toronto se montre plus conciliant en n'excluant aucune juridiction. Telle est en tout cas la position retenue par l'article 57 des *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region*, qui retient une application généralisée du recours obligatoire à toutes les actions introduites dans la Région de Toronto⁹⁴⁶, sans distinction de juridiction. La seule exigence concerne donc leur localisation géographique. De même, à la différence de l'article 750-1 du code de procédure civile français, Toronto a notamment retenu l'obligation pour les parties souhaitant saisir l'une de ces juridictions de fournir au préalable une attestation signée par un médiateur accrédité visant à confirmer qu'une séance de médiation a bien eu lieu, et que les parties s'y sont bien présentées⁹⁴⁷. Plus stricte, cette exigence présente néanmoins l'intérêt d'être plus efficace et permet de poursuivre un but non illusoire.

568. Dès lors que les juridictions auxquelles s'applique cette forme de recours obligatoire sont connues, attachons-nous à déterminer les affaires qui peuvent y être présentées, ainsi que les personnes qui peuvent y être contraintes.

b. Une mesure applicable aux parties dans le cadre d'affaires déterminées

569. **Une mesure uniquement applicable aux parties** – Bien qu'aucun texte ne mentionne explicitement que la mesure ne s'applique qu'aux parties et pas aux tiers, plusieurs indices permettent néanmoins de retenir cette hypothèse. En France, l'article 750-1 du code de procédure civile rappelle dans un premier temps le caractère obligatoire du recours, avant de nommer explicitement et à plusieurs reprises les parties, sans autre

⁹⁴⁶ Contrairement à ce que l'on pourrait croire, la Région de Toronto correspond uniquement à la ville même de Toronto, sans territoires additionnels. L'article 57 des *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region* ne s'applique donc qu'aux juridictions sises à l'intérieur de ces limites.

⁹⁴⁷ Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region, art. 57a.

mention pouvant laisser entendre l'implication de tiers dans le processus. Dans le même état d'esprit, l'article 57 de la *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region* reprend une rédaction similaire, n'évoquant les parties qu'en filigrane, lors de l'inventaire des exceptions admissibles au titre de la médiation obligatoire. Bien qu'ambiguë, cette formulation confirme assez aisément l'hypothèse que nous avançons dans la mesure où il n'est à aucun moment fait mention des tiers, à qui cette obligation ne trouve dès lors pas à s'appliquer.

570. **Les matières visées par l'obligation** – À cet effet, Toronto semble retenir un champ d'application plus étendue du recours obligatoire aux modes amiables que la France. En effet, si la France limite l'application de l'article 750-1 du code de procédure civile principalement aux demandes qui tendent au paiement d'une somme inférieure ou égale à 5.000 euros et aux affaires impliquant un conflit de voisinage, l'article 57 de la *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region* rappelle l'applicabilité de l'article 24.1 des Règles de procédure civile de l'Ontario, qui s'applique aux affaires civiles, à l'exception entre autres des cas entrant dans le cadre du *Bankruptcy and Insolvency Act*, de l'*Insurance Act*, ou encore du *Construction Lien Act*⁹⁴⁸.

571. Ainsi, si la simplification du recours obligatoire aux modes amiables se fait plus discrète au regard des juridictions, personnes et affaires visées, elle est plus flagrante à l'égard d'autres sujets, tels que les méthodes à appliquer, ou la période à laquelle elles doivent être utilisées.

2. Une simplification à l'égard des méthodes et de leur mise en application

572. Le recours obligatoire aux modes amiables antérieur à toute saisine du juge a l'avantage d'offrir une simplification sur certains sujets, tels que les méthodes à appliquer (a), mais également le moment où les utiliser (b).

⁹⁴⁸ Ont. R. Civ. Pr., art. 24.1.04 (2).

- a. Les méthodes entrant dans le cadre du recours obligatoire antérieur à la saisine

573. La médiation : l'exemple de Toronto – Le recours obligatoire aux modes amiables antérieur à toute saisine du juge présente généralement un choix restreint de possibilités en matière de méthodes. Il est en effet très fréquent que seule une option soit disponible. Tel est par exemple le cas à Toronto, dont les textes ne mentionnent que la médiation. Ces derniers laissent néanmoins entrevoir une faille, en particulier au regard de l'article 59c de la *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region*, qui dispose qu'une ordonnance du juge peut exonérer les parties à l'action de recourir à la médiation. Dans le cadre de cette prérogative, il est donc parfaitement possible d'imaginer qu'un magistrat puisse reconnaître l'inutilité pour les parties d'user de la médiation, dans le cas où elles auraient procédé à une autre tentative de résolution amiable infructueuse quelque temps auparavant. Dans un tel cas de figure, il appartient néanmoins au juge d'apprécier le bien-fondé d'une telle requête, impliquant dès lors une issue qui, contrairement à un texte de loi, reste incertaine. De même, un tel dispositif implique nécessairement des démarches supplémentaires à l'égard des parties, dans la mesure où l'article 59c n'autorise pas au juge à prononcer une telle exemption d'office.

574. La conciliation, la médiation et la procédure participative : l'exemple de la France – Du côté de la France, l'article 750-1 du code de procédure civile laisse au choix des parties non pas une, mais trois méthodes distinctes. La première correspond à la conciliation « menée par un conciliateur de justice ». Cette possibilité n'a en réalité rien de surprenant, dans la mesure où l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle prévoyait déjà la mise en œuvre de cette alternative⁹⁴⁹. La seconde méthode envisagée par le texte concerne, à l'instar du régime en vigueur à Toronto, la médiation. Enfin, la troisième est propre à la France, en ce qu'il s'agit de la procédure participative. À première vue surprenante, cette option est en réalité particulièrement astucieuse en raison de la polyvalence dont peut faire preuve ce dispositif. En effet, contrairement à la médiation ou à la conciliation, la procédure participative offre non seulement aux parties et à leurs avocats de procéder à des

⁹⁴⁹ On notera d'ailleurs qu'à cette époque, les parties n'avaient d'autre choix que d'y recourir si elles souhaitaient soumettre leur affaire à l'ex juge d'instance.

négociations en vue de parvenir à un accord, mais permet également de préparer la mise en état de l'affaire, en cas d'échec de la première phase.

b. La période de recours aux modes amiables

575. **Une obligation préalable à l'action** – Le moment auquel les parties doivent recourir aux modes amiables est sûrement l'élément ayant subi la simplification la plus importante dans le cadre de ce système. À l'inverse des localités qui les pratiquent à titre obligatoire après la saisine du juge, il n'y a en effet ici aucune question à se poser quant à une éventuelle différence de délais entre deux régions : ici, le recours aux modes amiables doit simplement avoir été pratiqué avant toute saisine du juge⁹⁵⁰.

576. **Des démarches finalisées ou simplement entamées ?** – À ce titre, il subsiste néanmoins une question quant à l'interprétation de cette exigence. En effet, il semble évident que ce recours doit être pratiqué avant que les parties ne se présentent devant une juridiction, mais cela veut-il dire qu'elles doivent avoir accompli la mesure en son entier sans avoir trouvé d'accord, même partiel, ou bien simplement qu'elles ont entamé les démarches pour y parvenir ? Ni Toronto, ni la France ne répondent clairement à cette interrogation. S'agissant de la première, l'article 59a de la *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region* ne se contente en effet que de préciser la nécessité de remplir un formulaire attestant que « *la séance de médiation a bien eu lieu* ». Si la terminologie employée laisse songeur, elle laisse toutefois entendre que la séance de médiation en question doit avoir eu lieu en totalité, sans toutefois préciser si cette tentative doit avoir été menée de bonne foi.

577. La situation de la France est quant à elle plus floue, dans la mesure où l'article 750-1 du code de procédure civile reste particulièrement ambigu, en ne faisant référence qu'à la nécessité de procéder à « une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice », « une tentative de médiation », ou encore « une tentative de procédure participative ». Contrairement à Toronto, le législateur français n'a donc pas

⁹⁵⁰ Pour Toronto : *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region*, art. 57 ; Pour la France : C. pr. civ., art. 750-1.

jugé opportun de mentionner, même implicitement, le nombre de séances nécessaires afin d'accéder à une juridiction. Il laisse par conséquent au juge le soin d'apprécier souverainement la mesure du respect de cette obligation par les parties.

578. Afin d'inciter les parties à respecter cette obligation, Toronto et la France ont prévu des sanctions, applicables aux réfractaires. Néanmoins, nous allons voir que certaines exceptions permettent de les éviter.

B. Les sanctions et exceptions applicables au recours obligatoire antérieur

579. En France comme à Toronto, il a été nécessaire de rechercher un moyen qui vise à imposer le recours aux modes amiables avant toute procédure judiciaire. Ne changeant pas les bonnes habitudes, c'est bel et bien la sanction qui a retenu l'attention du législateur (1). Afin de l'éviter, il fut néanmoins envisagé d'assortir l'exécution de ce système de quelques exceptions (2).

1. Une obligation soumise à sanction : l'irrecevabilité de l'action

580. Le détail n'aura peut-être pas échappé au lecteur, mais on parle bel et bien ici de sanction au singulier. Contrairement aux autres formes de recours obligatoires, ce système ne connaît en effet que d'une seule et unique sanction, représentée par l'irrecevabilité de l'action envisagée. C'est en tout cas ce que prévoit implicitement l'article 59 de la *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region*, qui dispose que « *le personnel de la Cour n'acceptera aucune requête [...] à moins que les parties à l'origine de l'action ne présentent un certificat* » qui mentionne la tenue de la séance obligatoire de médiation.

581. Du côté français, les textes sont plus incisifs, dans la mesure où il est explicitement fait mention de l'« irrecevabilité » de l'action dans l'article 750-1 du code de procédure civile, ne laissant par conséquent aucune place au doute. Cette sanction peut à première vue paraître sévère, mais elle est en réalité parfaitement en accord avec cette forme contraignante de recours aux modes amiables. Sans elle, l'obligation des parties

correspondrait trait pour trait à celle applicable dans le cadre du recours postérieur à la saisine du juge, et n'aurait *de facto* plus grand intérêt. Néanmoins, afin de l'éviter, les législateurs français et torontois ont prévu certains moyens permettant aux parties d'échapper à l'application de ce régime.

2. Un régime soumis à de rares exceptions

582. La France et Toronto ont prévu certaines exceptions permettant aux parties de ne pas être soumises au recours obligatoire aux modes amiables. Ces dernières restent néanmoins peu nombreuses et sont principalement de quatre ordres⁹⁵¹.

583. **L'exemption par ordonnance du juge** – Encrée dans le sillage de la Règle 24.1 des règles de procédure civile de l'Ontario, Toronto offre également la possibilité aux parties d'obtenir du juge une ordonnance visant à les exempter du recours obligatoire aux modes amiables. L'article 59c de la *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region* n'émet néanmoins aucune précision quant aux conditions dans lesquelles cette exemption peut intervenir, laissant ainsi libre cours à l'imagination des parties et à la tolérance du juge.

584. **L'exemption par l'homologation d'un accord** – Dans un tel cas de figure, les parties sont arrivées à un accord au moins partiel par elles-mêmes. Il ne semble dès lors pas nécessaire de les contraindre une nouvelle fois à recourir à un mode amiable, qui leur ferait sans doute perdre du temps au regard du maigre bénéfice à en tirer. Pour l'heure, seule la France retient cette possibilité⁹⁵². Si Toronto ne prévoit pas explicitement cette option, on notera que l'article 59b *Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region* retient que le personnel du tribunal n'acceptera aucun dossier sans que le médiateur ait déposé son rapport auprès du coordinateur de la médiation, sous-entendant que cette dernière a bien eu lieu. On notera néanmoins que cette formule exclut *de facto* l'ensemble des autres modes amiables.

⁹⁵¹ Nous ne prendrons en effet pas la peine de toutes les citer dans la mesure où certaines sont très spécifiques, telles que l'exception prévue dans le cas où « le créancier a vainement engagé une procédure simplifiée de recouvrement des petites créances », prévue par l'article 750-1 5° du code de procédure civile.

⁹⁵² C. pr. civ., art. 750-1 1°.

585. **L'exemption par la justification d'un motif légitime** – La justification d'un motif légitime n'a rien d'exceptionnel, dans la mesure où elle est systématiquement évoquée dans les textes applicables au recours obligatoire aux modes amiables. La France n'y fait donc pas exception. Prévues par l'article 750-1 3° du code de procédure civile, cette exemption est toutefois définie en des termes particulièrement stricts, puisqu'elle retient qu'en pareil cas, l'absence de recours à un mode amiable ne sera excusée qu'en raison d'une urgence manifeste, des circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative, ou en raison de l'indisponibilité de conciliateurs de justice « entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai supérieur à trois mois à compter de la saisine d'un conciliateur ». Le législateur précise en outre que le demandeur peut justifier de l'un de ces cas de figure par tout moyen. De son côté, le fait que Toronto ne possède aucune disposition explicite au regard du motif légitime ne signifie pas qu'il n'est pas pris en compte. En effet, cela peut s'expliquer par la volonté de ne pas complexifier les textes en vigueur, qui de toute manière offrent au juge le pouvoir de rendre une ordonnance d'exemption. Afin de l'obtenir, il semble dès lors bien évident que les parties devront user d'un argumentaire fiable, au sein duquel figureront des motifs légitimes.

586. **L'exemption par la tentative préalable de conciliation réalisée par le juge ou l'autorité administrative** – Uniquement applicable en France, cette exception n'a vocation à s'appliquer que dans de rares cas, en ce sens que l'article 750-1 4° indique qu'elle ne survient qu'en cas d'application d'une disposition particulière contraignant le juge ou l'autorité administrative à procéder à une tentative préalable de conciliation.

587. Pour finir, on notera qu'en France, l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016 prévoyait une exception supplémentaire au recours obligatoire, dans les cas où les parties étaient en mesure de justifier de diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable. Cette dernière, qui leur permettait ainsi d'accéder aux juges dans le cas d'un échec de la mesure précédente, présentait toutefois un caractère incertain, en particulier en raison de la formulation particulièrement large de l'article. Cette rédaction, qui manquait de préciser la nature des actes entrepris, ouvrait donc la porte à certaines manipulations, qui auraient permis à un simple échange de lettres de faire l'affaire. En somme, cette possibilité d'exemption permettait de contourner trop facilement la mesure.

C'est probablement cette raison qui a poussé le législateur à ne pas reprendre cette option lors de l'élaboration de l'article 750-1 du code de procédure civile, qui, depuis sa première version, n'autorise pas les parties à en bénéficier.

588. **Conclusion de chapitre** – Ce chapitre aura permis de mettre en avant deux variantes du recours obligatoire systématique aux modes amiables : le recours postérieur à la saisine du juge, en vigueur dans les provinces de l'Ontario et du Saskatchewan, mais également dans certains districts et comtés américains ; et le recours antérieur à la saisine du juge, principalement en vigueur en France et à Toronto. Il est évident que l'un et l'autre de ces dispositifs partagent des avantages communs au recours obligatoire systématique, tel que la diffusion de la culture de l'amiable au plus grand nombre. On notera également que chacun d'entre eux possède des avantages qui lui sont propres. Ainsi le recours postérieur à la saisine du juge permet-il par exemple d'anticiper une potentielle affaire au fond et donc de faire mûrir le conflit avant de procéder à une tentative de résolution amiable, permettant par conséquent aux parties non seulement d'enrichir leur position, mais également de faire le tri dans leur prétention. À l'inverse, le recours antérieur à la saisine du juge permet d'aborder le conflit sous un angle non juridique et dans une logique purement amiable.

589. Faudrait-il dès lors généraliser le recours obligatoire aux modes amiables ? À vrai dire, la réponse dépend du caractère de ce recours. S'il est ponctuel et qu'il s'applique par conséquent sous l'égide du juge et de son pouvoir d'injonction, une telle généralisation pourrait sembler intéressante, en ce sens qu'il incombe au juge de sélectionner les cas les plus à même de parvenir à une résolution amiable. S'il est systématique à l'inverse, tout porte à croire que cette extension ne soit nécessairement opportune. Plusieurs raisons peuvent en réalité justifier cette position, mais nous en retiendrons ici principalement une. Il est en effet important de bien comprendre qu'un tel dispositif met sur un pied d'égalité des parties aux intentions très variées qui, par définition, ne disposent pas des mêmes capacités à communiquer et qui, par conséquent, n'ont pas les mêmes chances de parvenir à résoudre leur conflit à l'amiable. Tout pousse dès lors à penser que l'efficacité d'un tel système, aussi bien au regard des modes amiables que de leur développement, n'est pas optimale. L'extension d'un tel recours à l'ensemble des matières civiles ne serait dès lors pas souhaitable.

590. Sans nous défaire de l'état d'esprit qui précède, nous allons désormais constater que le passage au recours obligatoire est somme toute difficile.

Titre 2 – Le difficile passage au recours obligatoire

591. Les dernières pages ont démontré qu'il existait en France, aux États-Unis et au Canada une diversité saisissante de concepts, visant tantôt à laisser les parties parfaitement libres de choisir, tantôt à leur imposer le recours aux modes amiables. Si cette multiplicité de solutions peut constituer un atout dans certaines situations, elle marque également l'existence d'un schisme qui contraint non seulement le législateur à mettre balance l'ensemble de son travail sur la question, mais qui annonce également le difficile passage du recours volontaire au recours obligatoire, en particulier lorsque ce dernier a vocation à s'appliquer de manière systématique et générale. Le point de vue que nous proposons ici repose par conséquent sur une observation triple, qui consiste tout d'abord à rappeler que les modes amiables répondent à une logique volontariste inspirée de la liberté contractuelle, elle-même reconnue en France, aux États-Unis et au Canada (Chapitre 1^{er}). Nous verrons ensuite que ce point de vue repose sur l'observation selon laquelle l'efficacité du recours obligatoire peut être discutée, en particulier en France où certaines tentatives de mise en œuvre se sont montrées particulièrement infructueuses (Chapitre 2). Enfin, nous constaterons que ce passage difficile au recours obligatoire peut trouver ses fondements dans l'existence de nombreuses alternatives, aussi bien françaises que nord-américaines (Chapitre 3).

Chapitre 1^{er} – Le volontarisme des modes amiables fondé sur la notion de liberté contractuelle

592. Si la tendance actuelle tend à la généralisation progressive du recours obligatoire, comme en attestent la France, les États-Unis et le Canada⁹⁵³, qui justifient leur

⁹⁵³ Les premiers comtés à avoir instauré un tel dispositif furent ceux de San Francisco, Sacramento et Los Angeles, à la fin des années 1970 (M. DEIS, « California's Answer: Mandatory Mediation of Child Custody and Visitation Disputes », *Journal on Dispute Resolution*, Vol. 1, (1985), pp. 149-179). L'État de Californie fut

position par le désencombrement des juridictions⁹⁵⁴ ou l'amélioration de l'accès à la justice⁹⁵⁵, il convient de noter qu'un tel argumentaire revient néanmoins à oublier la source originelle de ces méthodes, qui réside dans la volonté des parties⁹⁵⁶. C'est sans doute pour ces raisons que certains auteurs n'hésitent pas à parler de « fausses médiations », ou encore d'utilisations « indues » ou « erronées » de la médiation⁹⁵⁷. Pascale Idoux, professeure de droit à l'université Montpellier I fait partie de ceux-là, et justifie son propos en rappelant dans un premier temps que la médiation est empreinte d'un caractère fondamentalement amiable, qui lui est indissociable. En accord avec ce constat, elle émet un doute quant à la compatibilité de la médiation – à vrai dire il serait parfaitement possible d'étendre cette analyse aux autres modes amiables – avec une quelconque forme de contrainte, qu'elle émane de la loi ou du juge⁹⁵⁸. L'unique fondement de la médiation serait donc à trouver dans l'accord de volonté échangé par les parties en début de processus, ne serait-ce, comme le souligne l'auteure, « que parce que renoncer à l'exercice du « droit au juge » suppose un consentement sans ambiguïté »⁹⁵⁹. Cet élément, c'est ce que le droit des obligations appelle l'échange des consentements, indispensable à la formation du contrat, plus généralement inclus dans la notion de la liberté contractuelle. Le rapprochement effectué ici n'est pas sans conséquences, dans la mesure où il change la dimension dans laquelle nous apprécions les modes amiables. Néanmoins, on a parfois tendance à l'oublier, l'issue d'un tel processus se traduit généralement par la formation d'un contrat portant sur l'accord total ou partiel trouvé par les parties, ce qui en fait un procédé éminemment contractuel⁹⁶⁰. Dès lors, il semble opportun de rappeler le contenu de la notion de liberté contractuelle afin notamment d'intégrer les potentielles

quant à lui le premier Etat à rendre la médiation obligatoire au moyen de la section 4607 du Civil Code of the State of California, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1981. Cette section a aujourd'hui été abrogée au profit des sections 3160 et s. du California Family Code. Au Canada, c'est l'Ontario qui jouera ce rôle en 1990, avec la mise en vigueur de l'article 24-1 des règles de procédure civile de l'Ontario (R.R.O. 1990, Reg. 194). La France fut quant à elle la dernière à franchir partiellement le pas, avec le décret n°2015-282 du 11 mars 2015, art. 18 et 19.

⁹⁵⁴ Tel est par exemple le cas en France avec le lancement de la politique de l'amiable. Voir à ce titre : E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, Paris, 13 janv. 2023.

⁹⁵⁵ L'approche de l'accès à la justice est notamment présente au Canada, comme en atteste J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Fondements et cadre juridique*, Yvon Blais, 2019, pp. 13-34.

⁹⁵⁶ Voir par exemple : J. CRUYLPANTS et al., *Droit et pratique de la médiation*, Bruylant, 2008, p. 92.

⁹⁵⁷ P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non-juridictionnels des différends », in A-M TOURNEPICHE, J-P MARGUENAUD, *La médiation, Aspects transversaux*, Lexis Nexis, 2010, pp. 27.

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ *Ibid.*

⁹⁶⁰ Bien entendu, ce cas de figure ne concerne que les cas où l'issue du processus de résolution amiable est fructueuse. Le cas contraire ne permettrait en effet pas la formation d'un contrat, qui pour ainsi dire n'aurait aucun contenu, et de ce fait aucune existence légale.

différences existant entre les trois pays (§1), avant de s'attacher à l'application qui peut en être faite pour justifier le caractère volontaire des modes amiables (§2). Il conviendra également de rappeler que cette liberté n'est pas – ou plus – absolue (§3).

§1. La liberté contractuelle : une constante en droit français, américain et canadien

593. **La liberté contractuelle protégée par la Constitution : l'exemple de la France et des États-Unis** – « *Given to the broad scope of authority conveyed by the right to contract which literally extends from birth to death and even beyond, it is one of the most powerful rights we possess* »⁹⁶¹. Ces quelques mots rédigés par le professeur et avocat américain David P. Weber reflètent parfaitement l'essence de la liberté contractuelle, mais également l'importance qu'elle revêt dans nos sociétés modernes. Particulièrement connue des juristes, cette notion trouve ses racines dans le droit romain et n'a cessé de se développer jusqu'à nos jours, en même temps que le droit des obligations⁹⁶². Aujourd'hui pleinement consacrée par le nouvel article 1102 du code civil, la liberté contractuelle ne fut pendant longtemps qu'un simple principe communément admis par le droit français. Cette analyse, loin d'être nouvelle, est en réalité fondée sur une théorie bien plus large et ancienne, à savoir l'autonomie de la volonté. Principalement élaboré par Domat⁹⁶³ et Pothier⁹⁶⁴, ce concept englobe à la fois la liberté contractuelle, mais également d'autres principes fondateurs du droit des obligations français, tels que le consensualisme ou la force obligatoire du contrat⁹⁶⁵. Non codifiée en 1804, la liberté contractuelle sera

⁹⁶¹ D. P. WEBER, « Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition », *Yale Human Rights and Development Journal*, Vol. 16, Iss. 1, Art. 2, (2013), p. 63 ; Trad. : « Compte tenu de l'étendue des pouvoirs conférés au droit de contracter qui s'étend littéralement de la naissance à la mort et même au-delà, c'est l'un des droits les plus importants en notre possession ».

⁹⁶² M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, « Thémis », 2004, pp. 33 à 43.

⁹⁶³ Dans, *Des lois civiles*, son ouvrage de référence, Domat, sans utiliser les termes d'autonomie de la volonté, souligne que « les conventions étant des engagements volontaires, qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connaissance et avec liberté ; et si elles manquent de l'un ou de l'autre de ces caractères, comme si elles sont faites par erreur, ou par force, elles sont nulles [...] ». Voir J. DOMAT, *Des lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, Tome Premier, Nouvelle Edition, Delalain, 1777, p. 21.

⁹⁶⁴ Pothier se montre moins explicite que Domat sur la question de l'importance de la volonté des parties dans le processus de formation du contrat. En effet, alors que Domat invoque la nécessaire liberté de passer des conventions, Pothier réduit ce propos et ne l'applique qu'au consentement des parties. Voir R-J POTHIER, *Traité des obligations : selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Tome Premier, Nouvelle Edition, Debure Père, 1777, pp. 26-33.

⁹⁶⁵ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12^{ème} édition, Dalloz, « Cours Dalloz », 2016, pp. 21-22.

néanmoins reconnue en tant que principe et appliquée tout au long du 19^{ème} et du 20^{ème} siècle, pour aboutir, à l'aube du 21^{ème} siècle, à une première consécration d'envergure. Cette révolution tant attendue⁹⁶⁶, c'est le Conseil constitutionnel qui la déclenchera, en décidant, le 19 décembre 2000⁹⁶⁷, que la liberté contractuelle devait bénéficier de la protection de la Constitution⁹⁶⁸. Une telle consécration n'est bien sûr pas sans conséquences, dans la mesure où le législateur, qui n'avait jusqu'alors pas jugé utile de faire figurer cette liberté dans le code civil, est désormais tenu de la prendre en compte dans le processus d'élaboration de lois futures. C'est d'ailleurs lui qui, quelques années plus tard, contribuera à offrir à la liberté contractuelle la protection de la loi, en l'inscrivant à l'article 1102 du code civil.

594. Aux États-Unis, si aucun texte ne défend réellement la liberté contractuelle – car pour rappel, la *common law* répond à une logique différente, elle bénéficie toutefois d'une reconnaissance constitutionnelle, qui resta d'ailleurs pendant longtemps l'une des plus puissantes jamais octroyée par la Cour suprême des États-Unis. C'est en effet à l'occasion de *Lochner v. New-York*⁹⁶⁹ que la Cour a pour la première fois décidé d'accorder une protection constitutionnelle à la liberté contractuelle⁹⁷⁰. Cette affaire, qui portait sur une limitation du temps de travail des boulangers au sein de l'État de New-York, fut ainsi l'occasion pour les *Justices* d'invalider cette loi en se fondant sur la *due process clause* du XIV^{ème} amendement à la Constitution des États-Unis, qui prévoit entre autres qu'« aucun État ne pourra priver une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété, sans *due process of law* ». Par cette argumentation, qui n'est pas sans rappeler celle utilisée par le Conseil constitutionnel presque un siècle plus tard en France, la Cour suprême rattache donc la liberté contractuelle à la notion plus générale de liberté, obligeant ainsi le

⁹⁶⁶ Car jusqu'alors, le Conseil constitutionnel n'avait jamais constaté d'atteinte à la Constitution en présence d'une violation de la liberté contractuelle. Il affirmera d'ailleurs très nettement, dans sa décision du 3 août 1994, « qu'aucune disposition de la Constitution ne garantit le principe de liberté contractuelle ».

⁹⁶⁷ Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, D. 2001. 1766, obs. D. Ribes ; GADS 2010. n° 110-111 ; GAJF, 5^e éd. 2009. n° 7 ; RDSS 2001. 89, obs. P.-Y. Verkindt ; RTD civ. 2001. 229, obs. N. Molfessis ; Rec. p. 176.

⁹⁶⁸ L'argumentation avancée par le Conseil constitutionnel démontre toutefois que la liberté contractuelle n'a pas une valeur constitutionnelle en elle-même, dans la mesure où elle doit être rattachée à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui défend la liberté en règle générale.

⁹⁶⁹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁹⁷⁰ Il est toutefois à noter que cette décision est loin d'avoir fait l'unanimité auprès des juges à la Cour suprême, dans la mesure où elle a été votée à cinq voix contre quatre.

législateur fédéral, mais également les législateurs locaux à prendre en compte le respect de cette liberté dans le processus d'élaboration des lois⁹⁷¹.

595. **L'exception canadienne** – La situation du Canada est quant à elle atypique, en particulier à cause du bi juridisme en vigueur sur son territoire. Ce dernier témoigne en effet de la coexistence de deux grands systèmes juridiques avec d'un côté la *common law*, héritée de la Grande-Bretagne et de l'autre le droit civil, qui résulte de l'influence passée de la France sur le Québec. Si ce schisme constitue un défi quotidien à l'échelle fédérale afin de ne favoriser ni l'un ni l'autre de ces systèmes, il est également perceptible en droit des obligations, où deux conceptions du contrat s'affrontent. Néanmoins et en dépit de ces différences, une constante perdure : la liberté contractuelle. Loin d'être surprenant, cet élément est au contraire prévisible, dans la mesure où cette dernière est à la fois présente en *common law* et en droit civil, comme nous venons de le voir avec la France et les États-Unis. À première vue, il semblerait donc inutile d'apporter plus de précisions à ce sujet, si ce n'est que le Canada se démarque des deux pays précédents sur un point : il ne reconnaît aucune valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle⁹⁷². Pour l'heure, elle ne reste donc qu'un principe⁹⁷³, comme elle le fut jadis en France avant que le Conseil constitutionnel n'en décide autrement le 19 décembre 2000. Bien qu'elle ne soit pas non plus prévue par la loi⁹⁷⁴, elle reste néanmoins largement admise en droit canadien, comme le démontre le nombre d'affaires au sein desquelles elle est invoquée,

⁹⁷¹ La protection que la Cour suprême a accordée à la liberté contractuelle marquera un tournant dans l'histoire du droit américain à plusieurs titres. Tout d'abord, parce qu'elle manifesterait l'importance qu'elle revêt en droit américain, mais aussi parce qu'elle démontrera les dérives qu'elle peut engendrer. Cette décision, particulièrement discutée aux États-Unis au début du siècle, fut en effet la source de blocage de nombreuses avancées sociales, notamment au regard de la protection des travailleurs. La Cour n'aura en effet cessé de rappeler, pendant les trente années qui suivront, qu'un patron et un salarié sont parfaitement libres de discuter les termes du contrat et de s'engager s'ils leur conviennent. Bien entendu, une interprétation si libérale de la liberté contractuelle ne prend pas en compte les éventuels déséquilibres qui peuvent survenir lors de telles négociations.

⁹⁷² La Cour suprême du Canada dispose pourtant des outils nécessaires afin de procéder à cette évolution, dans la mesure où le Parlement fédéral a adopté, le 17 avril 1982, la Charte canadienne des droits et libertés, dont l'article 7 vise à garantir la vie, la liberté et la sécurité des personnes. Cette disposition, qui rappelle à s'y méprendre l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ou le 14^{ème} amendement à la Constitution des États-Unis, n'a toutefois pas encore été rapprochée à la liberté contractuelle par la Cour suprême du Canada, ce qui laisse penser à un acte intentionnel de sa part.

⁹⁷³ *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 RCS 607, au para. 59 ; Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada accole à plusieurs reprises le terme « principe » à la liberté contractuelle. Dans *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 SCR 494, au para. 79, elle va jusqu'à la considérer de « *principe fondamental de liberté contractuelle* ».

⁹⁷⁴ Cette remarque vaut tout particulièrement pour le Québec qui applique un système de droit civil et dont le code civil ne fait, à l'instar du code civil français avant 2016, aucune mention de la liberté contractuelle.

qu'il s'agisse de la Cour suprême du Canada⁹⁷⁵ ou de juridictions fédérales ou locales inférieures⁹⁷⁶.

596. Il semble désormais évident que la liberté contractuelle est reconnue et protégée au sein des trois pays qui constituent le champ de notre étude, que ce soit par le biais d'une Constitution, de la loi, ou simplement de la jurisprudence. Il semble dès lors opportun de s'interroger quant à son implication dans le débat sur le caractère volontaire des modes amiables de résolution des conflits.

§2. La liberté contractuelle en faveur du volontarisme des modes amiables

597. **Liberté contractuelle et modes amiables** – Mention en a été faite, les modes amiables de résolution des conflits fonctionnent selon une logique contractuelle. Il semble dès lors opportun de chercher à leur appliquer certains principes directeurs du droit des obligations, parmi lesquels figure bien entendu la liberté contractuelle. Cette notion, bien ancrée en France, aux États-Unis et au Canada peut en effet constituer une réelle source d'intérêt pour les volontaristes, en ce qu'elle s'oppose, en principe, à toute forme de contrainte⁹⁷⁷. Or, il convient de le préciser, la liberté contractuelle s'applique généralement à certaines phases bien spécifiques de l'élaboration du contrat et principalement deux, à savoir le moment même de sa formation, ou en d'autres termes, l'instant où les parties décident librement de s'engager en exprimant leur consentement, et la période d'exécution du contrat, où ces dernières appliquent les dispositions qu'il contient⁹⁷⁸. Dans la mesure où ces deux phases sont postérieures au moment où les

⁹⁷⁵ À ce titre, voir notamment *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 SCR 494, aux para. 76, 79, 81 et 82 ; ou plus récemment *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 RCS 751, aux para. 1 et 52.

⁹⁷⁶ Pour la Cour fédérale du Canada, voir notamment *Corporation développement GDC Gatineau c. Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, (2009), 2009 CF 1295, au para. 34 ; En guise d'exemple de décision d'une Cour locale, voir *Mega Reporting Inc. v. Yukon (Government of)*, (2018), 2018 YKCA 10.

⁹⁷⁷ La liberté contractuelle découle en effet du principe plus large d'autonomie de la volonté, qui, dans sa forme originelle, rejette toute forme obligatoire de contrat. À ce titre, voir Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 16^{ème} édition, Sirey, 2018, p. 284, ou encore R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op. cit.*, pp. 21-23.

⁹⁷⁸ La liberté contractuelle s'étend en effet à la phase d'exécution du contrat. C'est en tout cas ce que laisse entendre l'article 1101 du code civil français, qui le définit comme « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

parties sont contraintes de tenter une résolution amiable, rien ne laisse supposer que la liberté contractuelle puisse intervenir en faveur des volontaristes.

598. **Modes amiables et négociations précontractuelles** – Néanmoins, traduite dans le vocabulaire du droit des obligations, l'étape à laquelle intervient cette contrainte légale correspond à la phase des négociations précontractuelles⁹⁷⁹. Cette astreinte, si elle est appliquée, revient donc à obliger les parties à entrer en pourparlers. Mais est-il seulement possible de le faire ? Si l'on raisonne en des termes purement contractuels, il semblerait que la réponse soit négative. L'article 1112 du code civil nous le rappelle d'ailleurs ostensiblement en soulignant que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* ». Si de son côté le Canada connaît la notion dite de « *liberté de négociation* », il semblerait néanmoins qu'elle ne fasse l'objet que d'une application restreinte au droit du travail, en particulier au regard des conventions collectives⁹⁸⁰. En dehors de cette précision, aucune autre indication n'est perceptible, qu'il s'agisse des États-Unis ou du Canada, aussi bien du côté de la jurisprudence que du code civil du Québec. Pourtant, il apparaît que liberté contractuelle et pourparlers peuvent également être rapprochés en *common law*, comme le démontrent Janet O'Sullivan et Jonathan Hilliard, respectivement professeure de droit et *barrister* britanniques, qui rappellent que les parties doivent consentir à entrer en négociation⁹⁸¹. Cette position a du reste été confirmée en filigrane par deux affaires importantes jugées au Royaume-Uni, à commencer par *Courtney & Fairbairn Ltd v. Tolaini Bros (Hotels) Ltd (1975)*. Ici, la Cour d'appel d'Angleterre et de Galles eut la tâche de statuer sur la validité d'un « *contrat d'entrer en contrat* », ou en d'autres termes, de la possibilité de forcer l'exécution d'un accord à entrer en négociations. Bien que Lord Denning s'y soit opposé, il mentionne tout de même la nécessité d'un tel accord, reconnaissant ainsi son existence⁹⁸². Cette position fut d'ailleurs confirmée quelques décennies plus tard par la Chambre des Lords dans *Walford v. Miles (1992)*, où il fut donné à Lord Ackner l'opportunité de rattacher la phase des pourparlers à la liberté contractuelle, en affirmant,

⁹⁷⁹ Si l'on se place dans une logique contractuelle, on peut en effet admettre que le recours à un mode amiable correspond à une entrée en pourparlers dans la mesure où les parties recherchent, au même titre qu'un contrat quelconque, à atteindre un accord généralement profitable à l'une comme à l'autre.

⁹⁸⁰ À ce titre, voir notamment : *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 CSC 27, [2007] 2 RCS 391.

⁹⁸¹ J. O'SULLIVAN & J. HILLIARD, *The Law of Contract*, 5th éd., Oxford University Press, « Core Text Series », 2012, p. 77.

⁹⁸² *Courtney and Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd.*, [1975] 1 All ER 716.

au même titre que l'article 1112 du code civil français, que les parties sont libres de mettre fin aux négociations à tout moment⁹⁸³.

599. En l'état, la jurisprudence britannique, semble donc approuver la logique en vigueur en France. Cela nous permet-il néanmoins de penser que toute la *common law* partage ce point de vue ? Apporter une réponse à cette question est en réalité plus difficile qu'il n'y paraît, dans la mesure où il existe autant de *common laws* que de pays qui la pratiquent, de telle sorte que celle utilisée en Angleterre est différente de celle en vigueur au Canada anglophone. Néanmoins, leur relative proximité leur permet souvent de trouver une inspiration ou même un fondement dans le droit étranger. Ainsi n'est-il pas rare de trouver une ou plusieurs références jurisprudentielles américaines dans un arrêt britannique, et vice versa. Ceci n'a en effet rien d'étonnant, en particulier en droit des contrats, dans la mesure où le droit anglais a fondé tous les autres⁹⁸⁴. Plusieurs décisions américaines antérieures à l'indépendance des États-Unis permettent d'ailleurs de le rappeler, à l'instar de *Chilcott v. Hart*, dans laquelle la Cour du Colorado déclare avec force qu'il appartient à son libre arbitre de consulter la *common law* ou les arrêts anglais⁹⁸⁵. En réalité, au-delà du droit lui-même, ce sont les principes issus de la *common law* qui trouvent à s'appliquer, comme le démontre notamment *William v. Miles*⁹⁸⁶. Dès lors, il est fort à penser que si le Canada et les États-Unis ne disposent d'aucune disposition claire en la matière, cette notion de liberté contractuelle appliquée à la phase des négociations précontractuelles ne leur est pas totalement inconnue.

600. Ainsi, en admettant que cette théorie est applicable, et *de facto* que la phase de négociation est empreinte de liberté contractuelle, il faudrait dès lors reconnaître que le législateur outrepassé ses compétences en contraignant les parties à recourir à un mode amiable, en particulier au regard de la valeur constitutionnelle qui a été accordée à cette notion par le Conseil constitutionnel et la Cour suprême des États-Unis. Un tel argumentaire, bien qu'il puisse servir les intérêts des volontaristes, doit toutefois être

⁹⁸³ *Walford v Miles*, [1992] 2 AC 128.

⁹⁸⁴ Ceci s'explique en effet par les vagues successives de colonisation britanniques qui ont, entre autres, permis à la Grande-Bretagne, et en particulier à l'Angleterre, d'exporter son système dans le monde entier. L'existence du Commonwealth de nos jours contribue par ailleurs à entretenir ces liens étroits entre ses membres, notamment au regard du droit.

⁹⁸⁵ A. J. BULLIER, *La common law*, 3^{ème} éd., Dalloz, « Connaissance du droit », 2012, p. 19.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

mitigé dans la mesure où l'appréciation de la liberté contractuelle s'est peu à peu affaiblie avec le temps.

§3. La liberté contractuelle affaiblie par le déclin de l'autonomie de la volonté

601. **Déclin de l'autonomie de la volonté** – Si à l'époque de *Lochner v. New York* la liberté contractuelle occupait une place très importante aux États-Unis, on peut désormais affirmer que ces temps sont révolus. Cet affaiblissement s'explique en particulier par le déclin d'un autre principe important : l'autonomie de la volonté.

602. « Qui dit contractuel dit juste ». Cette fameuse citation de Fouillé représente assez fidèlement l'état d'esprit de la doctrine du XIX^{ème} siècle, alors très favorable à la théorie de l'autonomie de la volonté. Très populaire, ce mouvement fut néanmoins progressivement ralenti par un nombre florissant de critiques à son égard, l'ayant conduit au déclin à l'aube du XX^{ème} siècle. Deux arguments majeurs peuvent être avancés afin de justifier ce revirement. Tout d'abord, certains prétendent qu'accorder une importance toute puissante à la volonté peut amener à des conséquences fâcheuses, en particulier au regard de la force obligatoire du contrat. Une telle théorie permettrait en effet aux parties déjà engagées de faire machine arrière, en invoquant leur volonté de ne pas exécuter l'obligation initialement promise⁹⁸⁷, remettant ainsi en cause la sécurité des relations contractuelles. Par ailleurs, il semblerait que cette théorie soit inexacte, en ce sens que tout ne peut être régi par la volonté elle-même. Il est en effet des domaines où seule la loi doit intervenir, en particulier en matière de successions⁹⁸⁸.

603. Il est ensuite reproché à l'autonomie de la volonté d'être à l'origine de conséquences injustes à l'égard des parties, en ce qu'elle favoriserait les déséquilibres contractuels. Elle contribuerait en effet à laisser une partie en position de force décider au détriment de son cocontractant⁹⁸⁹. S'il est bien évident que le déséquilibre en soit est

⁹⁸⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, « Themis », 2004, p. 57.

⁹⁸⁸ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 286.

⁹⁸⁹ R. CABRILLAC, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 23.

inévitable – car il existe toujours une disparité de forces plus ou moins importantes, il reste néanmoins possible d'en limiter les effets par différents moyens.

604. Ces critiques furent entendues tantôt par le juge, tantôt par le législateur et ont entraîné de nombreuses conséquences visant à progressivement mettre de côté la théorie de l'autonomie de la volonté. La France fut d'ailleurs l'une des premières à agir en ce sens, en développant une protection de plus en plus importante à l'égard des travailleurs, à partir de la fin du 19^{ème} siècle⁹⁹⁰. Sans doute dans l'idée de poursuivre cette œuvre et de lutter contre le déséquilibre contractuel, le législateur a cherché à étendre cette protection au droit de la consommation, notamment à l'égard des clauses qui créent un déséquilibre significatif entre les obligations des parties dans un contrat entre professionnel et consommateur⁹⁹¹, ou encore au droit commun des contrats, avec le nouvel article 1171 du code civil, qui considère non écrite toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans un contrat d'adhésion. En outre, la doctrine a contribué à mettre au jour la notion d'ordre public contractuel, déjà préexistante à l'article 6 du code civil⁹⁹², que le gouvernement reprendra d'ailleurs à son compte lors de l'élaboration de l'ordonnance du 10 février 2016, qui donnera au code civil un nouvel article 1102, dont le second alinéa rappelle que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* ». On peut enfin citer les nombreuses atteintes légales portées par le législateur à l'autonomie de la volonté, visant tantôt à enjoindre les parties de passer un contrat⁹⁹³, tantôt à leur imposer un cocontractant⁹⁹⁴, ou parfois même un contenu⁹⁹⁵.

⁹⁹⁰ Le droit du travail en France est très représentatif de la protection accordée par la loi à la partie faible, à savoir le salarié. Née au 19^{ème} siècle, cette discipline vise à accorder aux travailleurs certaines garanties, telles que la sécurité et l'hygiène (Loi du 12 juin 1893 sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs dans les établissements industriels).

⁹⁹¹ C. consom., art. L.212-1.

⁹⁹² L'article 6 du code civil, article des premières heures puisqu'inchangé depuis sa mise en vigueur en 1804, dispose que l'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

⁹⁹³ Cette obligation est par exemple applicable aux utilisateurs de véhicules terrestres à moteur qui doivent souscrire un contrat d'assurance (C. assur., L. 211-1).

⁹⁹⁴ Cette hypothèse concerne principalement le droit de préemption qui, lorsqu'il est exercé (généralement par l'Etat lorsque la loi le lui autorise), permet à la personne physique ou morale qui en bénéficie de se substituer au cocontractant initialement choisi. Cette faculté est notamment prévue aux articles L. 210-1 et s. du code de l'urbanisme.

⁹⁹⁵ Il arrive en effet que la présence de certaines clauses dans un contrat soit imposée par la loi, ou que la loi formule elle-même l'une de ces clauses. C'est ce que l'on appelle une clause légale. À ce titre, voir : T. RIVET, « La clause légale », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 177-298.

605. De l'autre côté de l'Atlantique, le processus de déclin de l'autonomie de la volonté fut plus long à s'installer, en particulier aux États-Unis où s'appliquait encore la jurisprudence *Lochner v. New York* (1905), qui pour rappel prônait la toute-puissance de la liberté contractuelle. Il faudra en effet attendre 1937 pour que la Cour suprême abandonne cette doctrine au profit de *West Coast Hotel Co. v. Parrish*⁹⁹⁶, qui assènera le premier coup de massue à la théorie de l'autonomie de la volonté, en reconnaissant la validité d'une loi prévoyant un salaire minimum pour les femmes⁹⁹⁷. Cette position sera par ailleurs confirmée et précisée un an plus tard dans *United States v. Carolene Products Co.* (1938)⁹⁹⁸, en particulier grâce à la *Footnote 4* rédigée par le juge Stone, qui pour la première fois effectue une distinction entre les lois sur les libertés individuelles (*personal rights*), sujettes à un contrôle poussé de la Cour (*strict scrutiny*), et les mesures portant sur la vie économique du pays, qui elles se voient appliquer un simple examen de rationalité (*rational basis review*), voire, dans certains cas, une présomption de constitutionnalité⁹⁹⁹. Ces deux décisions, qui marquent l'abandon de la doctrine de la liberté contractuelle au profit de ce que les Américains appelleront le *legal liberalism* sont les premières d'une longue suite, parmi lesquelles figurent notamment *United States v. Darby* (1941), *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma* (1955) ou encore *Ferguson v. Skrupa* (1963)¹⁰⁰⁰. Si cette doctrine est encore aujourd'hui défendue par la Cour suprême, il arrive néanmoins que certaines juridictions inférieures cherchent encore à s'en écarter, comme l'a démontré plus récemment la Cour d'appel fédérale du Sixième Circuit dans *Craigmiles v. Giles* (2002)¹⁰⁰¹, qui, par le biais du XIV^{ème} Amendement, a sanctionné une loi n'autorisant que les directeurs de pompes funèbres agréés à vendre des cercueils.

⁹⁹⁶ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Notons toutefois que cette décision a été prise dans le contexte tout à fait particulier du *New Deal*, époque des grandes réformes souhaitées par le Président Franklin D. Roosevelt, dont plusieurs législations furent invalidées par la Cour en application de *Lochner*. Afin de débloquer la situation, le Président envisagea de réformer la Cour suprême des États-Unis au moyen du *Judicial Procedure Reform Bill* (1937), dont l'objectif était d'ajouter jusqu'à six nouveaux juges à la Cour, passant ainsi de neuf à quinze selon les périodes. Trois semaines plus tard, les *Justices* rendaient leur décision dans *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, en optant à cinq contre quatre pour l'abandon de *Lochner*.

⁹⁹⁷ *Minimum Wage for Women Act* (1917).

⁹⁹⁸ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁹⁹⁹ A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution, Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Classiques Garnier, 2014, p. 166.

¹⁰⁰⁰ *United States v. Darby*, 312 US 100 (1941) ; *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 US 483 (1955), *Ferguson v. Skrupa*, 372 US 726 (1963).

¹⁰⁰¹ *Craigmiles v. Giles*, 312 F.3d 220 (6th Cir. 2002).

606. Le Canada, au même titre que les États-Unis et la France, n'a pas échappé à la forte influence de l'autonomie de la volonté. Très présente à l'aube du 19^{ème} siècle, elle sera appliquée jusqu'à la moitié du 20^{ème}, période à laquelle la doctrine canadienne l'abandonne progressivement au profit d'autres théories plus justes¹⁰⁰² et par conséquent plus abouties. Plusieurs outils seront utilisés afin de parachever ce but, certains communs à la *common law* canadienne et au droit civil québécois, d'autres propres à l'un ou l'autre de ces deux systèmes. Dans le premier groupe figurent ainsi plusieurs lois fédérales, applicables du fait de leur nature à l'ensemble du territoire, portant sur des sujets très variés. Certaines par exemple limitent l'autonomie de la volonté en interdisant la discrimination à l'embauche¹⁰⁰³, alors que d'autres visent à imposer, limiter ou interdire l'apparition de certaines clauses dans un contrat¹⁰⁰⁴. Par ailleurs, il convient encore de noter la volonté commune et marquée des deux systèmes de développer la bonne foi en tant que limite de l'autonomie de la volonté. Également reconnue en France et aux États-Unis, l'évolution de cette notion en tant que principe fondateur du contrat¹⁰⁰⁵ a notamment permis au Canada d'instaurer plusieurs obligations à la charge des cocontractants, telle que le devoir d'exécution honnête (*duty of honest performance*)¹⁰⁰⁶, ou encore l'obligation de renseignement ou d'information à l'égard des cocontractants¹⁰⁰⁷. En outre, le Québec a, par petites touches successives, réussi à introduire d'autres limitations visant notamment à réduire les inégalités entre les parties. Débuté en 1964 par l'instauration d'une nouvelle section dans le code civil du Bas-Canada intitulée « de l'équité dans certains contrats », cette initiative se poursuivra au fil des années pour arriver, en 1994, à la mise en vigueur de l'article 1437 du code civil du Québec, qui, à l'instar des articles L212-1 du code de la consommation et 1147 du code

¹⁰⁰² La doctrine canadienne soulignait notamment que l'autonomie de la volonté pouvait mener à des conséquences injustes pour les parties, dans la mesure où elle ne prenait pas en compte la disparité des forces en présence dans le contrat. Voir notamment J-L BAUDOUIN, *Traité élémentaire de droit civil, Les obligations*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p.39.

¹⁰⁰³ Canadian Human Rights Act 1976-77, s.7.^{[L]_{SEP}}

¹⁰⁰⁴ Carriage of Goods by Water Act (1993).

¹⁰⁰⁵ On notera que cette reconnaissance eut lieu principalement par le biais de deux événements majeurs. Tout d'abord, la mise en vigueur, en 1994, de deux articles dans le code civil du Québec. Le premier, général, est inscrit à l'article 6 et dispose que « toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi ». Le second, plus précis, s'applique exclusivement au droit des obligations et figure à l'article 1375 du code civil du Québec, en rappelant que « la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Il faudra par la suite attendre 2014 pour que la Cour suprême du Canada ne généralise cette solution en faisant de cette notion un « devoir général de bonne foi », avec *Bhasin v. Hrynew* (2014 SCC 71).

¹⁰⁰⁶ *Bhasin v. Hrynew* (2014 SCC 71).

¹⁰⁰⁷ Voir notamment *Banque de Montréal c. Bail Ltée* [1992] 2 R.C.S. 554.

civil combinés en France, annule toute clause désavantageant le consommateur ou l'adhérent « *d'une manière excessive et déraisonnable* ».

607. Ainsi, la force de l'autonomie de la volonté – et de la liberté contractuelle à travers elle – a, au fil des années, perdu la vigueur qui l'animait. La France, les États-Unis et le Canada lui ont en effet préféré d'autres outils, assurément plus justes pour les parties. Ce choix engendre néanmoins certaines conséquences à l'égard de la théorie que nous exposons plus haut, selon laquelle la liberté contractuelle pourrait être utilisée afin de lutter contre la mise en œuvre d'une forme obligatoire de recours aux modes amiables de résolution des conflits. Bien qu'affaiblie, cette hypothèse n'en demeure pas moins applicable, mais se doit simplement d'être envisagée avec prudence, dans la mesure où son application peut aujourd'hui être aisément discutée.

608. Si la théorie que nous évoquions n'est pas en mesure de provoquer les effets d'importance attendus, attachons-nous dès lors à étudier plus en détail l'efficacité discutée du recours obligatoire aux modes amiables.

Chapitre 2 – L'efficacité discutée du recours obligatoire aux modes amiables

609. La question de l'efficacité du recours obligatoire, en particulier lorsqu'il est systématique, ne fait pas l'unanimité dans le monde judiciaire. En réalité, il est possible de retenir que celle-ci est susceptible de faire défaut dans deux cas de figure. Le premier est plutôt théorique, en ce qu'il s'attache à l'hypothèse selon laquelle l'efficacité du recours obligatoire pourrait être mise à l'épreuve par la notion de non-obstruction de l'accès à la justice (§1) ; le second est quant à lui plus pratique, et porte davantage sur les faibles résultats produits par un tel dispositif au regard du phénomène d'encombrement judiciaire (§2).

§1. L'efficacité du recours obligatoire à l'épreuve de l'obstruction de l'accès à la justice

610. Il s'agit en effet d'une interrogation envisageable à l'égard du recours aux modes amiables : entravent-ils l'accès à la justice ? La question de l'atteinte à ce droit consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁰⁰⁸, ne se pose néanmoins que dans les cas où ce dernier constitue un préalable obligatoire, qu'il soit systématique comme en Ontario et dans une certaine mesure en France, ou ponctuel comme en Floride ou en France. Si la doctrine et la jurisprudence canadiennes ont préféré privilégier se sont montrées plus discrète en favorisant un argumentaire simple¹⁰⁰⁹, tel n'est pas le cas des États-Unis et de la France, où la question a été abordée avec davantage de précision¹⁰¹⁰. Il est à ce titre intéressant de noter que si les juridictions compétentes au sein de ces deux États sont parvenues à des résultats similaires en adoptant des positions favorables à l'égard du recours obligatoire, le raisonnement employé, lui, fait preuve de certaines dissemblances. En effet, lorsque la Cour suprême des États-Unis considère que ce dernier est permis en raison du caractère non fondamental par nature du droit d'accès à la justice (A), la Cour de justice de l'Union européenne retient quant à elle que la mise en œuvre du recours obligatoire est compatible avec ce droit, qu'elle considère comme fondamental (B).

¹⁰⁰⁸ CEDH, art. 6.

¹⁰⁰⁹ La doctrine canadienne semble en effet préférer l'argument selon lequel la médiation, loin d'entraver l'accès à la justice, contribuerait plutôt à le favoriser. À ce titre, voir J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Fondements et cadre juridique*, Yvon Blais, 2017 ; J. DURANLEAU, « La médiation obligatoire en droit civil comme outil pour favoriser l'accès à la justice », Mémoire présenté en vue de l'obtention d'un L.L.M en droit, sous la direction de Pierre-Claude Lafond, Montréal, Université de Montréal, Décembre 2017, 160p.

¹⁰¹⁰ Bien entendu la question du recours obligatoire aux modes amiables et de l'accès à la justice s'est également posée auprès de la doctrine française. Il faut toutefois noter qu'à la différence de sa version américaine, elle s'est montrée beaucoup plus discrète à ce sujet. Par ailleurs, on notera que la majorité des personnes à l'origine de cet argumentaire en France sont des avocats, comme le soulignait Stéphane Noël, alors Président du Tribunal de grande instance de Créteil, dans une interview accordée au Point en 2017 (L. NEUER, « La médiation judiciaire permet aux parties de préserver l'avenir de leurs relations », Le Point, (16 décembre 2017), disponible sur : https://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/la-mediation-judiciaire-permet-aux-parties-de-preserver-l-avenir-de-leurs-relations-16-12-2017-2180527_56.php).

A. Le recours obligatoire permis par le caractère non fondamental du droit d'accès à la justice : l'exemple américain

611. La doctrine américaine, peut-être parce que de nombreux États ont cédé à la tentation de rendre le recours aux modes amiables obligatoire, a depuis un certain temps commencé à émettre des réserves quant au bien-fondé de cette décision, notamment en ce qu'elle constituerait un obstacle au droit des justiciables de soumettre leur cas devant un tribunal. En d'autres termes, cela reviendrait à admettre que la médiation, et plus généralement le recours obligatoire, pourrait constituer un danger au regard de ce que nous appelons en France le droit fondamental d'accès à la justice.

612. **Le droit d'accès à la justice : un droit fondamental ?** – À ce titre, plusieurs auteurs américains font part de leurs inquiétudes¹⁰¹¹. Parmi eux, April Fredlund, pour qui cet argument ouvre la voie à un débat d'ordre constitutionnel, en particulier au regard de trois dispositions du *Bill of Rights*, à savoir les 7^{ème}, 5^{ème} et 14^{ème} Amendements à la Constitution des États-Unis.¹⁰¹² Le premier d'entre eux octroie aux Américains le droit de voir leur cas être entendu par un jury, les deux autres leur offrent un certain nombre de garanties procédurales (*equal protection clause* et *due process*). Par ailleurs, ces deux arguments doivent entraîner une réflexion différente que l'auteure explique. Tout d'abord, elle rappelle que si le 7^{ème} Amendement octroie bel et bien aux Américains le droit de présenter leur cas devant un jury, rien n'est en revanche indiqué quant au moment auquel cette prérogative doit intervenir. Or, dans la mesure où le recours aux modes amiables ne fait que retarder l'accès à une juridiction, sans jamais l'interdire, l'auteure en conclut que celui-ci, aussi obligatoire soit-il, n'est pas incompatible avec ce texte constitutionnel¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ On notera en particulier R. L. WISSLER, « The effects of Mandatory Mediation : Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts », *Willamette Law Review*, Vol. 33, (1997), pp. 571 et s. ; ou encore G. T. EISELE, « The Case Against Mandatory Court-Annexed ADR Programs », *Judicature*, Vol. 75, (1991), pp. 34-40.

¹⁰¹² A. A. FREDLUND, « Just, Speedy, and Inexpensive or Just Speedy and Inexpensive - Mandatory Alternative Dispute Resolution in the Western District of Missouri », *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1992, n°1, (1992), pp. 148-152.

¹⁰¹³ Afin à la fois d'illustrer et de confirmer cet argumentaire, April Fredlund cite notamment *Capital Traction Co. v. Hof*, jugée en 1899 par la Cour suprême des États-Unis, dans laquelle elle souligne de manière assez générale que le Congrès dispose d'une « *discretion considerable* » afin de requérir des parties qu'elles recourent à des étapes préliminaires, tant que le droit au procès avec jury n'est pas « *déraisonnablement obstrué* » (*Capital Traction Co. v. Hof*, 174 U.S. 1 (1899)).

613. S'agissant des 5^{ème} et 14^{ème} Amendements combinés, le raisonnement se veut plus technique. En effet, à la différence de la France où la Convention européenne des droits de l'Homme octroie à l'accès à la justice le statut de droit fondamental, ni la Constitution des États-Unis, ni le *Bill of Rights* ne clarifie la manière de l'appréhender en droit américain. Cette situation fut dès lors l'occasion pour la doctrine d'émettre plusieurs hypothèses. Certains, tels que Laurence Tribe, ont ainsi considéré que l'accès à la justice était bel et bien un droit fondamental¹⁰¹⁴, alors que d'autres comme April Fredlund¹⁰¹⁵ semblent émettre un avis plus mitigé. Toutefois, les enjeux portés par cette question sont importants aux États-Unis. La reconnaissance d'un caractère fondamental à ce droit¹⁰¹⁶ obligerait en effet les juridictions à appliquer le contrôle strict (*strict scrutiny*) du 5^{ème} Amendement (*equal protection clause*) à l'égard de toute ingérence survenant à son encontre. Cela contraindrait de ce fait le gouvernement à démontrer que son action, en l'occurrence la mise en vigueur d'une loi impliquant une restriction de ce droit fondamental, répond à « *un besoin d'intérêt gouvernemental impérieux* », et que cette atteinte est proportionnée au but visé. Dès lors, l'élévation du droit d'accès à la justice en tant que droit fondamental pourrait engendrer un certain nombre de difficultés dans le cadre de la mise en place d'un programme de médiation obligatoire aux États-Unis, dans la mesure où il restreindrait d'une façon ou d'une autre l'accès au juge. A l'inverse, ne pas reconnaître à ce droit un caractère fondamental n'engendrerait que l'application d'un *rational basis test* plus léger, puisqu'il impose uniquement au gouvernement de démontrer l'intérêt légitime (alors qu'il doit être impérieux dans le cadre du *strict scrutiny*) poursuivi par la loi, ainsi que le lien rationnel qu'elle entretient avec le but visé (alors que les atteintes doivent être proportionnées au but visé dans le cadre du *strict scrutiny*).

614. **Le droit d'accès à la justice : non fondamental par nature** – Fort heureusement, la Cour suprême des États-Unis a cherché à clarifier la situation dans *Boddie v. Connecticut*¹⁰¹⁷, en estimant que le droit d'accès à la justice ne devait pas bénéficier du statut de droit fondamental. On aurait dès lors pu penser que le débat

¹⁰¹⁴ L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Second Edition, The Foundation Press, 1988, pp. 1462-63.

¹⁰¹⁵ A. A. FREDLUND, *op. cit.*, p. 150.

¹⁰¹⁶ C'est-à-dire reconnaître que ce droit est « *explicitement ou implicitement garantie par la Constitution [des États-Unis]* », selon la définition qu'en a donnée la Cour suprême des États-Unis dans *San Antonio Ind. School Dist. v. Rodriguez* (411 U.S. 1, 33-34 (1972)).

¹⁰¹⁷ *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371 (1971).

s'achèverait sur ces mots. C'était néanmoins sans compter sur la volonté des juges d'apporter une nuance à cette décision. Ainsi, si les *justices* ont bel et bien admis que le droit d'accès à la justice ne pouvait jouir du statut de droit fondamental autonome, ils ont également sous-entendu par le biais d'une formulation relativement vague que ce droit pouvait faire l'objet d'un contrôle strict (*strict scrutiny*) dans les cas où un ou plusieurs droits fondamentaux étaient visés. Dès lors, le droit d'accès à la justice n'est pas fondamental par nature, mais peut le devenir dans les cas où un autre droit fondamental est visé par la requête.

615. **Conséquence sur le recours obligatoire aux modes amiables** – Afin de mieux comprendre l'impact de cette décision sur le recours obligatoire aux modes amiables, il est possible de se référer à une décision de la Cour suprême des États-Unis plus ancienne, à savoir *Capital Traction Co. v. Hof* (1899)¹⁰¹⁸. Ici, la cour reconnaît, au moyen d'une formulation peu explicite, que le Congrès doit être en mesure de bénéficier d'un « pouvoir discrétionnaire important » (*considerable discretion*), notamment en vue de « prévenir les retards inutiles et les dépenses déraisonnables », en particulier dans les situations où les requêtes se multiplient, ou dans les cas où « *l'intérêt et la commodité du public l'exigent* ». Cette prérogative est toutefois soumise par la cour à deux restrictions. Tout d'abord, ce pouvoir ne peut s'exercer que dans le cadre de « *limites raisonnables* » (*reasonable bounds*) ; ensuite, il ne doit respecter le droit d'accès à la justice, en ne limitant pas « déraisonnablement » le droit de présenter son affaire devant un jury.

616. L'association de ces deux décisions permet, à défaut de décision explicite de la Cour suprême sur le recours obligatoire aux modes amiables, de dégager une tendance suffisamment claire. En effet, si l'accès à la justice ne constitue pas un droit fondamental par nature, c'est qu'il peut faire l'objet de restrictions s'inscrivant dans le cadre d'un *rational basis test* (contrôle de l'intérêt légitime de la mesure et du lien rationnel qu'elle entretient avec le but recherché). Adossé à *Capital Traction*, qui admet l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du Congrès afin de « prévenir les retards inutiles et les dépenses déraisonnables », on peut dès lors admettre que le recours obligatoire aux modes amiables remplit l'ensemble de ces prérequis. Le raisonnement à tenir est alors le suivant : le recours obligatoire est susceptible d'éviter les retards liés à l'encombrement

¹⁰¹⁸ *Capital Traction Co. v. Hof*, 174 U.S. 1 (1899).

judiciaire, ce qui constitue à la fois un intérêt légitime et un lien rationnel avec le but recherché, au sens du *rational basis test*. En ce sens, le droit d'accès à la justice peut donc subir les restrictions engendrées par ledit recours.

617. S'il s'agit là d'un raisonnement par analogie, nous allons voir que la Cour de justice de l'Union européenne, dont la jurisprudence est applicable en France, retient quant à elle une position directement fondée sur le recours obligatoire aux modes amiables, qu'elle admet selon une analyse quelque peu différente.

B. La compatibilité du recours obligatoire avec le droit d'accès à la justice : la théorie de la Cour de justice de l'Union européenne

618. Le débat doctrinal américain a donc soulevé une problématique intéressante : le recours obligatoire aux modes amiables est-il compatible avec un droit d'accès à la justice effectif ? Nous venons d'étudier la réponse donnée par la Cour suprême des Etats-Unis, mais nous allons voir que si elle arrive au même résultat, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) adopte un raisonnement différemment.

619. **Le droit d'accès à la justice : un droit fondamental mais non absolu** – Si de leur côté les juridictions françaises sont restées relativement silencieuses en préférant laisser au législateur le soin de débattre de cette question, tel n'a pas été le cas de la Cour de justice de l'Union européenne, qui s'est à deux reprises positionnée en faveur du recours obligatoire aux modes amiables. Dans *Rosalba Alassini c. Telecom Italia*¹⁰¹⁹, il fut, au moyen d'une question préjudicielle posée par le juge de paix italien, demandé à la cour de se prononcer sur la compatibilité d'une mesure de conciliation obligatoire avec le droit européen¹⁰²⁰. Plusieurs éléments seront dès lors avancés par les juges de Luxembourg afin de fonder leur décision, à commencer par le principe d'effectivité. Après en avoir rappelé les objectifs¹⁰²¹ et relevé qu'une telle procédure obligatoire affecte le droit des

¹⁰¹⁹ CJUE, 4^e ch., 18 mars 2010, aff. C-317/08, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia*.

¹⁰²⁰ Notamment l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (droit à un procès équitable), ou encore les principes d'effectivité ou de proportionnalité.

¹⁰²¹ CJUE, 4^e ch., 18 mars 2010, aff. C-317/08, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia*, point 48 : les Etats membres « ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ».

justiciables à accéder à une juridiction¹⁰²², la cour conclue au respect de ce principe en soulignant qu'un tel dispositif « n'est pas de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits » des justiciables¹⁰²³. Par ailleurs, la Cour reconnaîtra également au moyen d'une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'Homme que les droits fondamentaux, parmi lesquels figure le droit d'accès à la justice, ne sont pas nécessairement absolus et peuvent faire l'objet de restrictions. Elle rappelle néanmoins qu'une telle possibilité n'est envisageable que sous deux conditions. Tout d'abord, la mesure en question doit présenter des « objectifs d'intérêt général légitimes » ; ensuite, les restrictions engendrées par cette dernière doivent être proportionnées au regard du but visé¹⁰²⁴. En l'espèce, les juges de Luxembourg ont estimé que ces deux conditions avaient été remplies par la législation italienne en vigueur, en premier lieu parce qu'elle permet un règlement « plus rapide et moins onéreux des litiges » (objectifs d'intérêt général légitimes)¹⁰²⁵, et en second lieu parce qu'elle ne présente aucune disproportion entre « les objectifs visés et les éventuels inconvénients causés par le caractère obligatoire de la procédure de conciliation extrajudiciaire »¹⁰²⁶.

620. Une position justifiée par certains avantages – Après quelques hésitations remarquées¹⁰²⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a réitéré cette position, cette fois à l'égard de la médiation obligatoire, dans *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*¹⁰²⁸. Ici, les juges de Luxembourg reprennent dans un premier temps l'argumentaire utilisé dans *Rosalba*, notamment au sujet de l'application de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux (principe d'effectivité). Ils rappellent à ce titre qu'un droit fondamental, qui par définition n'est pas absolu, peut faire l'objet de restrictions à condition de répondre à un objectif d'intérêt général et de satisfaire aux exigences de proportionnalité, notamment au regard du

¹⁰²² CJUE, 4^e ch., 18 mars 2010, aff. C-317/08, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia*, point 52.

¹⁰²³ *Ibid.*, point 53. La Cour apporte en outre certaines précisions afin de justifier cette appréciation. Elle évoque ainsi le fait qu'une telle procédure de conciliation obligatoire « n'affecte pas [le] droit à un recours juridictionnel » (point 54), que le délai de prescription est suspendu tout au long de ce processus (point 56), ou encore que les frais liés à ce préalable sont « inexistants » (point 57).

¹⁰²⁴ *Ibid.*, point 63.

¹⁰²⁵ *Ibid.*, point 64.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, point 65.

¹⁰²⁷ Voir notamment CJUE, 3^e ch. 27 juin 2013, aff. C-492/11, *Ciro Donna c. Società imballaggi metallici Salerno*, dans laquelle la Cour a refusé de se prononcer sur la médiation obligatoire.

¹⁰²⁸ CJUE, 1^{ère} ch., 14 juin 2017, aff. C-75/16, *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*.

principe d'effectivité. La cour souligne en l'espèce que l'abaissement des délais de traitement des affaires, la réduction des coûts et le désengorgement des tribunaux justifient légitimement l'ajout d'une étape supplémentaire à la procédure, dans la mesure où celle-ci ne porte pas une atteinte démesurée au droit d'accès à la justice. En outre, la cour réaffirme l'exigence faite aux États membres de donner un cadre procédural au règlement extrajudiciaire obligatoire des conflits, notamment au regard de la suspension des délais de prescription, nécessaire afin d'éviter là encore une restriction injustifiée de l'accès au juge.

621. Par ailleurs, la cour ajoute un certain nombre de précisions, cette fois propre à la médiation obligatoire. Elle s'interroge notamment sur le sens même à donner à ce processus. À ce titre, elle retient la définition de l'article 3(a) de la directive 2008/52/CE, qui dispose que la médiation est « un processus volontaire pouvant être non seulement engagé par les parties mais également ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre ». On notera toutefois qu'une telle description de la médiation peut porter à confusion, dans la mesure elle rapproche le volontarisme et l'idée de contrainte. Ceci n'a d'ailleurs pas échappé aux rédacteurs de la directive qui, pour contourner le problème, considèrent que le terme « processus volontaire » ne doit pas être entendu comme la possibilité offerte aux parties de recourir ou non à la médiation, mais plutôt comme le fait que les parties sont les pièces maîtresses de ce processus¹⁰²⁹. C'est donc à elles qu'il revient d'en disposer, ou en d'autres termes de l'organiser à leur guise, mais aussi d'y mettre fin quand bon leur semble. La Cour réaffirme dès lors que le caractère obligatoire ou facultatif de la médiation n'est que secondaire. Ce qui importe en effet, c'est bel et bien que l'accès à la justice soit garanti par les États membres¹⁰³⁰.

622. Bien que ces deux décisions favorables à la médiation obligatoire aient été prises en faveur du droit italien, rappelons que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne s'applique auprès de chacun des États membres. La France est par conséquent tenue de les prendre en compte.

¹⁰²⁹ CJUE, 1^{ère} ch., 14 juin 2017, aff. C-75/16, *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*, point 50.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, point 51.

§2. L'efficacité limitée du recours obligatoire au regard de l'encombrement judiciaire

623. Il est parfois possible d'entendre que les modes amiables de résolution des conflits permettraient de mettre fin au problème d'encombrement des juridictions¹⁰³¹. Si en théorie cette hypothèse semble parfaitement recevable, on notera néanmoins qu'à la différence de la France, elle est moins utilisée aux États-Unis et au Canada¹⁰³². Comment expliquer cette différence ? Afin de répondre à cette question, nous verrons dans un premier temps que l'argument selon lequel les modes amiables seraient susceptibles de remédier à l'encombrement judiciaire est discutable (A), avant de nous attarder plus en détail sur le contenu du débat nord-américain, davantage fondé sur les besoins des parties que ceux du système judiciaire (B).

A. Les modes amiables en tant que palliatif de l'encombrement des juridictions : un argument discutable

624. La question de l'encombrement des juridictions obsède à la fois les justiciables, bien trop souvent victimes des longs délais de traitement de leur dossier, les professionnels, exaspérés d'assister à la convalescence interminable d'un système fréquemment qualifié d'inadapté et les politiques, à la recherche d'une solution miracle et peu coûteuse visant à endiguer ce phénomène inexorable¹⁰³³. En guise de solution, il est souvent rapporté que le recours aux modes amiables pourrait avoir une incidence sur la surcharge à laquelle les juges sont confrontés au quotidien. Mais cela est-il vraisemblable ? En réalité, la pratique a démontré qu'il était particulièrement difficile de donner une réponse tranchée à cette question, tant les situations sont variables.

¹⁰³¹ Cette idée fut encore rappelée récemment par le garde des Sceaux à l'occasion du lancement de la politique de l'amiable. Voir : E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, Paris, 13 janv. 2023.

¹⁰³² Cela dit cet argumentaire n'a pas été totalement exclu des débats nord-américains, comme le démontre le rapport issu du Comité permanent de l'Administration de la Justice du Canada, qui, en 1990, faisait mention d'une « insatisfaction généralisée quant à l'administration de la justice aux États-Unis » ayant conduit à apporter « des solutions de rechange » (COMITE PERMANENT DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Le règlement des conflits parallèle*, 1990, p. 4).

¹⁰³³ Cet état d'esprit fut encore rappelé récemment avec le lancement de la politique de l'amiable par le garde des Sceaux. Voir notamment : E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, Paris, 13 janv. 2023.

625. **Des effets positifs du recours obligatoire en Ontario** – Il est en effet des cas où cet argument s’est plutôt bien vérifié. Parmi eux figure notamment celui de l’Ontario. Cette province, qui pour rappel a instauré il y a quelques années un programme de médiation obligatoire généralisé à l’ensemble des affaires civiles introduites à Ottawa, Toronto et dans le comté d’Essex a effectivement assisté à une réduction des délais de traitement, jusqu’alors plutôt élevé au sein des juridictions civiles. Bien qu’il n’existe à ce jour aucune statistique récente à ce sujet, il semblerait que cette information soit confirmée par certains praticiens, tels que Maître Christopher Arnold¹⁰³⁴, avocat au barreau d’Ottawa, qui soulignait avoir ressenti les effets de la médiation sur la pratique locale, en ce sens qu’elle a contribué à réduire l’encombrement judiciaire alors perceptible à l’époque.

626. **Les résultats mitigés du recours obligatoire sur l’encombrement des juridictions** – Néanmoins, l’idée selon laquelle le recours obligatoire aux modes amiables peut jouer un rôle majeur dans le cadre du désencombrement des juridictions est probablement exagérée. Le cas du *Western District of New-York* est à ce titre plus qu’éloquent. Disposant jusqu’au début des années 2000 d’un système sommaire de promotion des modes amiables, William Skretny, alors juge en chef du district, propose la mise en œuvre d’un projet pilote visant à rendre le recours aux modes amiables obligatoire pour une grande majorité d’affaires civiles¹⁰³⁵ déposées devant les juridictions fédérales du district. Similaire au système ontarien, cette initiative sera continuellement reconduite de 2005 à 2009, date à laquelle il fut décidé de prolonger le dispositif pour une durée indéterminée. Aujourd’hui introduite au sein de l’article 16(a) des règles de procédure civile du *Western District of New-York*, il semblerait pourtant que les résultats obtenus ne soient pas aussi bons qu’ils aient pu l’être en Ontario. C’est en tout cas ce que rapporte le *Buffalo News* dans un article au titre plus qu’évocateur :

¹⁰³⁴ Nous avons eu l’occasion de rencontrer Maître Arnold au cours d’un entretien mené le 21 mars 2019 à Ottawa. Maître Arnold pratique la médiation et le droit collaboratif. Il est également engagé dans le développement des modes amiables de résolution des conflits dans la région d’Ottawa. Il a notamment eu l’occasion de les enseigner à plusieurs reprises au sein de la Faculté de droit de l’université d’Ottawa (UOttawa).

¹⁰³⁵ L’*Alternative Dispute Resolution Plan* (Art. 2.1A) édicté par les juges du district prévoit en effet certaines exemptions visant à ne pas soumettre automatiquement certains types d’affaires bien spécifiques en procédure amiable. Parmi ces cas, ceux portant sur les appels touchant à la sécurité sociale, ou encore ceux touchant aux droits humains des prisonniers, etc.

« L'encombrement de la Cour fédérale de Buffalo parmi les pires de la nation »¹⁰³⁶. Au travers de son étude, Phil Fairbanks démontre en effet deux points importants. Tout d'abord, que le nombre de requêtes déposées auprès de la cour de district de Buffalo reste relativement élevé ; ensuite que les délais de traitement sont considérablement ralentis, notamment au regard du faible nombre d'affaires traitées chaque année. Bien que non mentionné par le journaliste, ces données mettent également en évidence le fait que le recours obligatoire, loin d'être un outil miracle, n'est pas à lui seul en mesure de mettre fin à l'encombrement des juridictions.

627. Le cas de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) en France est également évocateur. Instauré par l'article 7 de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, ce dispositif expérimental visait à soumettre de manière systématique les parties à l'obligation de recourir à la médiation préalablement à la saisine du juge, au regard de toute affaire portant la modification d'une décision fixant notamment « les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants »¹⁰³⁷. Applicable devant onze juridictions désignées par arrêté du garde des Sceaux, la TMFPO n'a dans un premier temps pas permis de répondre aux besoins des parties, qui déploraient dans 70% des cas l'absence du défendeur au rendez-vous¹⁰³⁸. Plus intéressant encore, on notera que le dispositif n'a également pas été en mesure d'offrir de résultat satisfaisant, puisque seules 10% des médiations ainsi engagées ont abouti à un accord¹⁰³⁹. Il est évident que dans un tel cas de figure, l'objectif de désencombrer les juridictions par le recours obligatoire n'est tout bonnement pas possible, puisque la quasi-totalité des affaires soumises au programme ont finalement réintégré le parcours contentieux classique.

¹⁰³⁶ P. FAIRBANKS, « Buffalo's federal court backlog is among the worst in nation », in *The Buffalo News*, (Sept. 18th, 2017), disponible sur : <https://buffalonews.com/2017/09/18/federal-court-backlog-delays-justice-victims-others/>.

¹⁰³⁷ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, art. 7 ; Pour plus de précision, voir : V. BOUSSARD et al., « La tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) : une obligation qui n'arrive pas à ses fins », *Informations sociales*, vol. 207, n°3, (2022), p. 22.

¹⁰³⁸ Il est vrai que l'obligation ne concernait que les demandeurs, comme le rappelle notamment P. JANUEL, « L'échec relatif de la tentative de médiation familiale obligatoire », *Dalloz Actualité*, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-echec-relatif-de-tentative-de-mediation-familiale-obligatoire#.YCEVXGPjI3g>

¹⁰³⁹ V. BOUSSARD et al., « La tentative de médiation familiale préalable obligatoire », *op. cit.*, p. 24 ; P. JANUEL, *ibid.*

628. Faible encombrement sans recours obligatoire : l'exemple du Québec

– Par ailleurs, on notera qu'il est également possible de connaître un encombrement judiciaire de faible intensité sans recours spécifique aux modes amiables. Le Québec en est une fois de plus un bon exemple. Si elles ne sont bien entendu pas étrangères à certains retards de traitement, les juridictions québécoises n'ont en effet pas la réputation d'être très encombrées¹⁰⁴⁰. Cette situation n'est au demeurant pas nouvelle, dans la mesure où elle est antérieure à l'instauration, en 1997, des mesures visant à promouvoir la médiation familiale au moyen de la réunion d'information obligatoire sur la parentalité et la médiation, que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer plus haut. Cela contribue donc à démontrer que les modes amiables, s'ils peuvent parfois aider à alléger le fardeau des juridictions, ne sont pour autant pas indispensables à cette fin.

629. Enfin, n'oublions pas de souligner que l'existence des modes amiables au sein d'un système n'est pas suffisante à elle seule afin de permettre, s'il en était possible, un tel exploit. La France le rappelle d'ailleurs fort bien dans la mesure où elle dispose des outils nécessaires, sans pour autant pouvoir les utiliser.

B. La nécessité de recentrer le débat sur les besoins des parties : l'exemple nord-américain

630. L'encombrement des juridictions est un phénomène relativement global auquel l'Amérique du Nord n'a pas échappé. Néanmoins à la différence de la France, dont le système judiciaire est parfois rapproché à un malade en fin de vie¹⁰⁴¹, les États-Unis et le Canada semblent souffrir d'un mal bien moins préoccupant. Cette situation est explicable en raison d'un fait statistique : 95% des affaires sont résolues avant qu'un

¹⁰⁴⁰ A. AUDRERIE, « (Re)penser la place de la médiation dans la Justice du 21^{ème} siècle : analyse franco-québécoise », in FMM, IX Conférence du Forum Mondial de Médiation, 2017, Québec, disponible sur : <https://fmm2017.openum.ca/files/sites/89/2017/06/Adeline-AUDRERIE-Pdf-1.pdf>.

¹⁰⁴¹ Il n'est en effet désormais plus si rare d'entendre la doctrine ou la presse française parler de justice « à bout de souffle », comme le titrait Christophe Barbier dans un article rédigé en 2014 dans l'Express (« La justice française à bout de souffle », L'Express, 29 mars 2014, disponible sur : https://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/la-justice-francaise-a-bout-de-souffle_1503140.html), voire d'un système en situation « d'urgence absolue », comme le soulignait Jean-Jacques Urvoas, alors Garde des Sceaux en 2016 (« Le ministère de la justice n'a plus les moyens de payer ses factures », Le JDD, 2 avril 2016, disponible sur : <https://www.lejdd.fr/Societe/Justice/Urvoas-Le-ministere-de-la-Justice-n-a-plus-les-moyens-de-payer-ses-factures-779427>).

jugement ne soit rendu¹⁰⁴². Cet élément peut d'ores et déjà constituer une première explication quant au rejet de cet argumentaire par la doctrine nord-américaine, au profit d'un discours plutôt axé sur les besoins des parties elles-mêmes.

631. Un mouvement ancré dans le temps – Cet élan n'est d'ailleurs pas nouveau. On en trouve en réalité des traces dès l'arrivée des modes amiables aux États-Unis, à la fin des années 1960. À cette époque, pourtant sujette à une certaine forme d'encombrement judiciaire¹⁰⁴³, les premiers défenseurs des modes amiables adoptent un discours fondé autour de quatre idées principales qui partagent une grande proximité avec les parties : rapidité, facilité, efficacité et économie. Quelques années plus tard, cette formule sera d'ailleurs reprise au Canada. Elle sera notamment utilisée par un certain nombre de professionnels du droit québécois à la fin des années 1990, dans le but de justifier le recours à la médiation, à une époque où les tensions à l'égard de cette méthode étaient particulièrement fortes¹⁰⁴⁴. Toutefois, la question de l'encombrement des juridictions au Québec ne sera, là encore, pas réellement évoquée par les défenseurs des modes amiables. Lors de notre visite à Montréal aux mois de février et mars 2019, les différents entretiens que nous avons pu mener ont en effet permis de confirmer cette tendance. Tel fut notamment le cas de notre rencontre avec Maître Violaine Belzile, avocate et médiatrice, présidente de l'Association de Médiation Familiale du Québec (AMFQ) de 1998 à 2001 et présidente du Comité de Justice Participative depuis 2013, pour qui la justification du recours à la médiation passe tout naturellement par l'intérêt des parties. Par ailleurs, lorsqu'il a été évoqué l'argument selon lequel la médiation pouvait avoir pour effet de désencombrer les juridictions, elle s'est montrée dubitative,

¹⁰⁴² E. G. TANNIS, *Alternative Dispute Resolution. That Works!*, Captus Press, 1989, p. 8.

¹⁰⁴³ Une étude statistique réalisée par Thomas W. Church Jr au milieu des années 1970 révèle en effet que la fréquentation des *state trial courts* américaines était souvent trop importante au regard du nombre de juge siégeant dans ces juridictions. À titre d'exemple, la *trial court* de Miami a, en 1976, enregistré 25.743 affaires civiles nouvelles pour seulement 24 juges spécialisés dans cette matière. Cela revient en d'autres termes à demander à chacun d'entre eux de traiter environ 1.073 affaires par an, soit un peu moins de 3 par jour, sans vacances ni week-end. À ce titre, voir T. W. CHURCH JR, « Civil Case Delay in State Trial Courts », *The Justice System Journal*, Vol. 4, No. 2 (Winter 1978), p. 171.

¹⁰⁴⁴ En effet, la période précédant la grande réforme de 1997 sur la médiation en familiale fut source de vives tensions et a semé le trouble non seulement entre les différents professionnels du droit, mais également entre les membres du barreau du Québec eux-mêmes. Une des raisons ayant amené à cette situation fut notamment la proposition faite par certains d'instaurer une forme obligatoire de médiation en matière familiale au Québec. Cette hostilité sera notamment marquée par de nombreuses grèves des avocats partout dans la province (S. VADBONCOEUR, « Une réforme majeure en droit de la famille. La médiation familiale », *Journal du Barreau du Québec*, Vol. 29, No 15, (15 septembre 1997)).

doutant qu'un tel argument puisse produire un quelconque effet positif sur cette problématique¹⁰⁴⁵.

632. Un discours encore trop souvent centré sur le système judiciaire en France – Bien entendu, ces arguments nous sont également parvenus en France, mais il semblerait qu'ils ne soient pas utilisés avec le même degré de priorités. Cet état de fait est particulièrement visible dans les débats parlementaires qui semblent avoir beaucoup de mal à s'en détacher. Tel fut par exemple le cas lors des discussions survenues à l'occasion du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice, au sein desquelles il a certes été fait mention de l'intérêt que peuvent représenter les modes amiables à l'égard des parties - notamment la pacification des relations, mais également des intérêts qu'ils peuvent constituer pour le système judiciaire. À l'occasion de leurs interventions, plusieurs députés ont en effet mentionné l'effet palliatif des modes amiables sur le phénomène d'engorgement des juridictions ¹⁰⁴⁶. Par ailleurs, les motivations du projet de loi lui-même étaient sans équivoque, en avançant d'emblée que « *l'état de nos juridictions [...] ne répond pas aux attentes des citoyens* », sous-entendant que les dispositions qui suivent - parmi lesquelles figure l'intention de développer les modes amiables - sont censées remédier à ce problème. Enfin, on notera que le lancement de la politique de l'amiable par le garde des Sceaux, le 13 janvier 2023, repose sur les mêmes motivations, visant à développer la culture du compromis afin de « réduire par deux les délais de notre procédure civile d'ici 2027 »¹⁰⁴⁷.

633. La nécessité d'adopter un raisonnement en faveur des parties – Dès lors, que penser de la concentration des discussions autour des parties ? Est-elle seulement nécessaire ? À notre avis, elle est même indispensable. En effet, privilégier un

¹⁰⁴⁵ V. BELZILE, Communication personnelle, Montréal, 21 février 2019.

¹⁰⁴⁶ Lors des discussions du 20 novembre 2018 portant sur l'article 2 du projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice (qui visait notamment à développer le recours à la médiation) : Mme Coralie Dubost (LREM) : « *l'article 2 se fonde sur un constat que tout le monde partage, celui de l'engorgement de la justice, que quelques chiffres suffiront à illustrer* » ; M. Vincent Rolland (LR) : « *[les modes alternatifs de règlement des différends] s'avèrent être une véritable alternative à la procédure contentieuse, qui encombre la voie judiciaire* », ou encore « *il est d'autant plus important de légiférer correctement que ce mode de règlement des différends pourrait résoudre les problèmes d'encombrement des tribunaux et de lenteur de la justice rendue par voie contentieuse* » ; ou encore M. Antoine Savignat (LR) : « *on s'expose là à des renvois à la médiation pour tenter de dissuader les parties d'aller au bout, dans le dessein de désengorger les tribunaux extrêmement chargés* ».

¹⁰⁴⁷ E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, Paris, 13 janv. 2023.

argumentaire reposant à titre exclusif – ou quasi exclusif – sur le désencombrement des juridictions, constitue une erreur stratégique et ce à plusieurs titres. Tout d’abord, il manifeste un désintérêt à peine dissimulé pour les besoins des parties, en privilégiant avant tout ceux de la justice. Dès lors, recourir aux modes amiables devient presque un acte patriotique, où les justiciables, sans cape ni pouvoirs, se voient demander de sauver le système judiciaire en péril, au sacrifice de leurs propres intérêts. Il semble par conséquent évident qu’un tel message n’est pas celui qu’il convient d’envoyer, dans la mesure où il contribue à cultiver l’idée selon laquelle les modes amiables ne correspondent qu’à une forme inférieure de justice, réservée aux affaires de faible importance, ou dont l’intérêt juridique est limité. En outre, un tel argumentaire ne permet pas de toucher directement les parties, pourtant maîtresses dans le cadre de la résolution négociée d’un différend. En effet, en ne mentionnant pas les avantages qui s’offrent à elles, il semble impossible pour ces dernières de se sentir concernées par ces recours. Cela s’explique en particulier par la prédominance dans nos sociétés modernes de l’individualisme sur le collectivisme, ou en d’autres termes, de la plus grande importance que nous accordons à nos intérêts personnels plutôt qu’à ceux du groupe.

634. Dès lors, il convient d’admettre que l’initiative nord-américaine de faire figurer les intérêts des parties au cœur des discussions portant sur les modes amiables n’est qu’une preuve de bon sens, d’autant que l’impact des modes amiables sur l’encombrement des tribunaux pourrait ne pas être aussi important qu’espéré.

635. Si l’efficacité du recours obligatoire aux modes amiables ne semble pas apporter la satisfaction espérée par le législateur et le pouvoir réglementaire sur le plan statistique, nous allons voir que cette dernière peut également se heurter à une autre problématique : l’obstruction à l’accès de la justice.

636. **Conclusion de chapitre** – Plusieurs arguments semblent dès lors s’opposer à l’instauration de la médiation obligatoire préalable. Il est vrai que si le débat théorique a eu tendance à s’essouffler au fil des années, la question de la mise en vigueur d’un tel dispositif reste bel et bien ouverte. La réforme du 23 mars 2019 de programmation 2018-

2022 précisée par le décret du 11 décembre 2019¹⁰⁴⁸ démontre en effet que forte est la tentation pour le législateur d'instaurer un tel régime, notamment avec l'idée qu'un tel dispositif permettra un développement plus rapide de la culture amiable. S'il est trop tôt pour juger de son efficacité en France¹⁰⁴⁹, il est néanmoins possible de vérifier la véracité des arguments avancés par la doctrine grâce au programme de médiation préalable obligatoire en vigueur en Ontario depuis 1999. Plus ancien, ce dernier a également été étudié de près par les autorités ontariennes, qui ont pu, à cette occasion, réunir un certain nombre de statistiques¹⁰⁵⁰. Ces dernières permettent tout d'abord de constater que le taux de satisfaction par rapport à ce programme est plutôt élevé en particulier à Ottawa, où 82% des justiciables et 80% des avocats se disent satisfaits de leur expérience. Ces résultats sont néanmoins plus mitigés à Toronto, où seuls 65% des justiciables et 59% des avocats ont exprimé leur satisfaction par rapport à ce dispositif¹⁰⁵¹. Dans le même état d'esprit, 88% des justiciables et 86% des avocats à Ottawa déclarent souhaiter recourir à nouveau à ce système s'ils étaient amenés à faire face à une situation similaire. À Toronto, les chiffres sont à nouveau moins élevés mais indiquent la même tendance, avec respectivement 73% et 66% de réponses allant en ce sens¹⁰⁵². Ces données encourageantes sont toutefois étonnantes lorsqu'elles sont opposées au taux de réussite du programme (c'est-à-dire au taux d'affaires ayant entraîné un accord). Les chiffres avancés mettent en effet en lumière un taux de réussite particulièrement mitigé, ne s'élevant qu'à 41% d'accords complets à Ottawa et 38% à Toronto¹⁰⁵³. Ces chiffres s'élèvent respectivement à 54% et 59% si on y ajoute les affaires ayant bénéficié d'un

¹⁰⁴⁸ Pour rappel, cette réforme instaure l'article 750-1 du code de procédure civile qui dispose qu'à « *peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice [devant le tribunal judiciaire] doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire* ».

¹⁰⁴⁹ Notamment parce qu'en en plus d'être jeune, le dispositif tel qu'il est issu de cette réforme constitue davantage une exception qu'un principe.

¹⁰⁵⁰ Il convient néanmoins d'apprécier ces données avec une certaine prudence, dans la mesure où elles ont été publiées en 2001, soit deux ans après la mise en vigueur du programme de médiation préalable obligatoire. Il n'est donc pas impossible que ces éléments aient évolué depuis lors. Il est toutefois impossible de pouvoir affirmer ou infirmer cette hypothèse puisqu'aucune autre étude statistique plus récente n'a été publiée entre-temps.

¹⁰⁵¹ R. G. HANN et al., *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1) Executive Summary and Recommendation*, 2001, p. 97.

¹⁰⁵² *Ibid.* p. 99.

¹⁰⁵³ *Ibid.* p. 11.

accord partiel¹⁰⁵⁴. Comparés aux taux de réussite obtenus dans le cadre des programmes de médiation volontaire au Québec, ces chiffres semblent même plutôt faibles, dans la mesure où 84% des personnes ayant recouru au service de médiation familiale ont été en mesure de parvenir à un accord¹⁰⁵⁵. Ces chiffres s'élèvent en outre à 80% à l'endroit des parties qui ont bénéficié d'une conférence de règlement amiable en matière civile à la Cour supérieure et à la Cour du Québec¹⁰⁵⁶. À la lecture de ces données, on pourrait alors penser que le programme de médiation préalable obligatoire ontarien est un échec. Il faut toutefois ici se montrer prudent. Le taux de réussite est en effet moins élevé lorsque la médiation est contrainte, mais cet élément n'est pas le seul à prendre en compte dans le cadre de la réussite d'un tel programme. En effet, si la médiation et plus largement les modes amiables ne permettent pas toujours d'arriver à un accord total ou partiel, ils permettent dans la plupart des cas de faciliter la résolution du conflit devant les tribunaux. Cette affirmation fut par ailleurs confirmée par le rapport publié sous la direction de Robert Hann en 2001, soulignant que le traitement des affaires civiles était plus rapide lorsqu'elles avaient fait l'objet d'une médiation obligatoire¹⁰⁵⁷. Le seul taux de réussite n'est donc pas représentatif du succès du programme, comme le démontrent d'ailleurs les résultats obtenus par le programme dit de médiation sur place intervenant devant la division des petites créances de la Cour du Québec, qui affiche un pourcentage d'entente de 56,94%, malgré son caractère volontaire¹⁰⁵⁸.

637. D'autres données démontrent de manière sous-jacente que le programme de médiation préalable obligatoire n'est pas un échec. Le taux de satisfaction relativement élevé en est la preuve, tout comme les pourcentages qui mettent en lumière l'intention des parties de recourir à nouveau au dispositif en vigueur. Par ailleurs, un rapport publié récemment par l'Association du barreau de l'Ontario insiste non seulement sur la grande adhésion des avocats à l'égard du programme, mais également sur leur soutien afin

¹⁰⁵⁴ R. G. HANN et al., *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1) Executive Summary and Recommendation*, 2001, p. 11.

¹⁰⁵⁵ SOM Recherches et sondages, *Sondage sur les services de médiation familiale, Rapport final présenté au ministère de la Justice*, avril 2017, p. 6.

¹⁰⁵⁶ Ministère de la justice du Québec, *Stratégie ministérielle de promotion et de développement des modes de prévention et de règlement des différends en matière civile et commerciale 2018-2020*, 2018, p. 10.

¹⁰⁵⁷ R. G. HANN et al., *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1) Executive Summary and Recommendation*, 2001, p. 34.

¹⁰⁵⁸ Ministère de la justice du Québec, *Stratégie ministérielle de promotion et de développement des modes de prévention et de règlement des différends*, op. cit., p. 10.

d'étendre son champ d'action à l'ensemble des juridictions de la province (et non plus seulement aux juridictions des villes d'Ottawa, Toronto et Windsor)¹⁰⁵⁹. L'appropriation dont fait preuve le programme aussi bien auprès des justiciables que des professionnels¹⁰⁶⁰ ainsi que son maintien dans le temps¹⁰⁶¹ et son extension au cours des premières années¹⁰⁶² démontrent donc que la médiation obligatoire en Ontario est loin d'avoir subi un échec. Elle est au contraire devenue un mode de résolution aussi important que la justice traditionnelle, œuvrant de concert sans prendre sa place.

638. De tels signes sont donc encourageants pour l'instauration d'un tel système en France, mais faut-il pour autant y recourir ? Le législateur semble vouloir y arriver à plus ou moins long terme, mais le succès d'un tel programme en Ontario n'est en rien une garantie suffisante pour conjecturer qu'il en sera de même en France. Le rapport Hann de 2001 rappelle en effet qu'avant la mise en vigueur de ce dispositif, 90% des affaires déposées devant les juridictions ontariennes étaient soit conclues par un accord, soit tout simplement abandonnées, ce qui est loin d'être le cas en France. Par ailleurs, le succès d'un tel programme reposerait également en grande partie sur l'adhésion des professionnels du droit et plus particulièrement des avocats, qui sont sans doute les plus concernés par ces mesures – ils sont généralement les premiers interlocuteurs des parties, ce qui pour l'heure et selon nos observations (car il n'existe aucune donnée officielle sur le sujet) ne semble pas être le cas en France.

639. Avant d'en arriver là, il apparaîtrait donc plus opportun de se concentrer sur la problématique de l'adhésion des professionnels et dans une certaine mesure des justiciables à ces dispositifs. Cela permettrait en effet d'éviter une forme généralisée de rejet de leur part et donc un échec pur et dur des mesures entreprises, qui s'avérerait dramatique pour l'image des modes amiables et engendrerait un retard considérable sur leur développement. À ce titre, les mesures d'éducation que nous préconisons dans le

¹⁰⁵⁹ Association du barreau de l'Ontario, *Expanding Mediation in Ontario*, 2020, p. 12.

¹⁰⁶⁰ Certains avocats avouent par exemple démarrer leurs actions dans les villes concernées par le programme de médiation obligatoire, afin de pouvoir en bénéficier (Association du barreau de l'Ontario, *Expanding mediation in Ontario*, 2020, pp. 12-13).

¹⁰⁶¹ Rappelons que le programme de médiation préalable obligatoire n'était à l'origine destiné qu'à être maintenu pendant une durée de deux ans. À ce titre, voir Association du barreau de l'Ontario, *Expanding mediation in Ontario*, 2020, pp. 7-8.

¹⁰⁶² Le programme d'origine ne visait en effet que les villes d'Ottawa et de Toronto, avant d'être étendu en 2002 à Windsor.

titre premier nous semblent particulièrement indiquées. Bien entendu, un tel cheminement est beaucoup plus long et ne plaira sans doute pas au législateur qui souhaiterait parvenir à des effets immédiats, mais il est à notre sens un moyen sûr et efficace d'arriver à atteindre ce but. Comme le disait Confucius, « il n'est pas nécessaire d'aller vite, le tout est de ne pas s'arrêter ».

Chapitre 3 – Les alternatives possibles au recours obligatoire

640. Si la tentation du recours obligatoire aux modes amiables tend à s'amplifier en France, aux États-Unis et au Canada, on remarquera néanmoins que certaines alternatives peuvent être envisagées afin d'éviter cette solution, aussi radicale qu'incertaine. Ces dernières peuvent à ce titre prendre diverses formes, et ainsi aborder l'incitation au recours aux modes amiables sous des angles variés. Nous en retiendrons ici principalement trois, à commencer la possibilité de mettre en œuvre des réunions d'information obligatoires sur les modes amiables, à l'image de celles qui sont d'ores et déjà pratiquées au Québec (§1). Nous aborderons également la question des incitatifs financiers, dont l'influence sur les justiciables, comme il nous a déjà été donné de le mentionner brièvement, est bien souvent déterminante au regard du choix de la méthode employée dans le cadre de la résolution de leur conflit (§2). Enfin, nous étudierons la question de la création de nouveaux modes amiables reposant sur le volontariat, à l'instar de l'audience de règlement amiable, importée du Québec, et de la césure du procès, principalement implantée en Allemagne et aux Pays-Bas, dont il est actuellement question au sein du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (§3).

§1. La réunion d'information obligatoire : l'exemple du Québec

641. Lorsqu'un système souhaite respecter une pratique volontaire des modes amiables, l'information des parties est cruciale afin de garantir une utilisation optimale des outils mis à leur disposition. À ce titre, certaines juridictions ont opté pour une forme d'information informelle et locale, le plus souvent au moyen de vidéos diffusées dans les palais de justice, ou encore de réunions improvisées avec des médiateurs les jours

d'audience. Afin de toucher un nombre plus important de personnes, le Québec a quant à lui opté pour une autre forme plus radicale d'information, dans la mesure où elle repose sur la contrainte. À ce titre, après avoir démontré que le champ d'application de cette obligation est relativement restreint (a), nous procéderons à l'étude de son contenu (b), pour enfin se pencher sur les possibles exceptions qui peuvent lui être appliquées (c).

A. Une obligation au champ d'application restreint

642. **Une obligation visant principalement à protéger les familles** – Afin de garantir à tout un chacun un traitement similaire en matière de connaissance du système en vigueur, le Québec impose aux parties en conflit d'assister à une séance dite « d'information sur la parentalité et la médiation » préalablement à la présentation de leur cas devant un juge. Néanmoins, comme son nom tend à le suggérer, cette obligation ne s'applique pas à chacun des différends nés dans la juridiction de la province, mais uniquement à un petit nombre d'entre eux. L'article 417 al. 1^{er} du nouveau code de procédure civile du Québec confirme par ailleurs cette affirmation, en énonçant assez précisément les catégories visées par cette contrainte. Sont ainsi concernées les affaires qui mettent en jeu « l'intérêt des parties et celui de leurs enfants relativement à la garde d'un enfant, aux aliments dus à un conjoint ou à un enfant, au patrimoine familial et aux autres droits patrimoniaux résultant du mariage ou de l'union civile, ou encore au partage des biens des conjoints de fait ». Deux éléments majeurs ressortent de cette énumération.

643. **Un contexte de séparation** – Dans un premier temps, le conflit doit intervenir dans un contexte de séparation. On notera par ailleurs que le texte n'emploie pas le terme « divorce », trop réducteur, afin de permettre une application plus large des dispositions qu'il contient. De cette manière, toutes les formes d'unions peuvent être visées, qu'il s'agisse d'un mariage, d'une union civile ou encore de conjoints de faits.

644. **L'existence d'au moins un enfant** – Dans un second temps, le texte requiert parties d'avoir au moins un enfant¹⁰⁶³. Cette exigence reflète en particulier la

¹⁰⁶³ L'article 417 al. 1^{er} du nouveau code de procédure civile du Québec ne précise toutefois pas si le ou les enfants doivent être issus de cette union ou s'ils peuvent provenir d'une union précédente. En l'absence d'information supplémentaire à ce sujet, il convient donc de privilégier une interprétation large englobant à la fois les enfants issus de cette union ou d'une union précédente.

volonté du législateur québécois de protéger les enfants, souvent fragiles et au centre des disputes survenant entre leurs parents. Ce constat semble d'autant plus avéré que la Cour supérieure du Québec a, dès 1997 (année de mise en œuvre du dispositif), précisé qu'un couple sans enfant n'était pas soumis aux exigences de l'article 417 du code de procédure civile¹⁰⁶⁴. Ces derniers alors dispensés de séance d'information préalable peuvent donc directement soumettre leur affaire au juge compétent.

B. Le contenu de l'obligation et le déroulement de la séance

645. Lorsqu'un couple répond aux critères énoncés par l'article 417 du code de procédure civile du Québec, sa première obligation consiste à contacter le ministère de la justice de la province afin de s'inscrire à une séance d'information sur la parentalité et la médiation¹⁰⁶⁵. S'il était à l'époque autorisé à choisir entre une session privée ou en groupe¹⁰⁶⁶, il est désormais astreint à la deuxième solution¹⁰⁶⁷, la première ayant été abrogée par la refonte du code de procédure civile en 2016. Par ailleurs, il peut arriver à certaines parties d'être dans une situation telle qu'elles ne souhaitent pas se trouver en présence de leur conjoint respectif. À cette fin, l'article 419 al.2 du code de procédure civile prévoit qu'il est impossible de les contraindre à assister à la même session. En effet, contrairement à une séance obligatoire de médiation, l'objectif ici n'est pas de rassembler les parties, mais uniquement de les informer quant aux possibilités offertes par cette méthode.

646. **Une séance animée par deux médiateurs accrédités** – En outre, le code de procédure civile du Québec prévoit la manière dont doit se dérouler la séance d'information à la parentalité et à la médiation. L'article 419 al. 1^{er} souligne ainsi que cette dernière doit être animée par deux médiateurs accrédités - par les personnes, organismes ou associations habilités par le gouvernement¹⁰⁶⁸, mais également qu'un seul d'entre eux doit être issu du milieu juridique. Cette exigence trouve son origine dans la volonté du

¹⁰⁶⁴ *Hamel c. Ménard*, C.S. Chicoutimi, n°150-12-002143-806, 12 décembre 1997.

¹⁰⁶⁵ La fréquence des sessions peut varier suivant le lieu de résidence des parties. À titre d'exemple, deux séances sont organisées à Montréal chaque lundi et jeudi.

¹⁰⁶⁶ C. pr. civ. Q., art. 814.4 anc.

¹⁰⁶⁷ C. pr. civ. Q., art. 419 al.1^{er}.

¹⁰⁶⁸ C. pr. civ. Q., art. 619.

législateur québécois de diversifier les perspectives ainsi que les approches présentées lors de ces réunions¹⁰⁶⁹.

647. **Une séance en deux parties** – Dans le même ordre d’idée, les objectifs de la séance d’information sont clairement exposés à l’article 418 du code de procédure civile du Québec, qui scinde le déroulement de la réunion en deux parties. La première, généralement la plus longue¹⁰⁷⁰, met l’accent à la fois sur les enjeux de la séparation des parents à l’égard de leurs enfants, mais aussi sur la responsabilité qu’il leur incombe à cet égard, afin notamment de pouvoir les protéger l’épreuve que représente la séparation. La seconde partie de la séance doit quant à elle être consacrée à la présentation de la médiation familiale. Plusieurs thèmes y sont ainsi abordés, tels que le rôle du médiateur, la manière de le choisir, mais aussi le contenu des aides financières offertes par la province, ou encore le déroulement du processus de médiation. Ces deux phases sont généralement suivies d’une séance de questions au cours de laquelle les personnes présentes sont libres de demander tout complément d’information. Enfin, la séance d’information est systématiquement conclue par la remise d’une attestation de participation¹⁰⁷¹ devant permettre aux parties non désireuses de recourir à la médiation de saisir le juge de leur différend.

648. Par ailleurs, si les parties sont tenues d’assister à cette séance d’information sur la parentalité et la médiation, il convient de préciser que l’article 419 al. 1^{er} du code de procédure civile ne les oblige pas à être physiquement présentes le jour de la réunion, dans la mesure où il reconnaît que cette dernière peut être tenue « par tout moyen technologique approprié disponible ». On peut néanmoins imaginer que cette option est principalement envisagée dans le cas de personnes isolées ou dans l’incapacité de se déplacer.

649. On notera par ailleurs que le code de procédure civile Québec, s’il organise avec précision le déroulement de la séance d’information, retient également l’existence d’un certain nombre d’exemptions applicables aux parties.

¹⁰⁶⁹ On retrouve par ailleurs cette même logique dans une approche nouvelle de la médiation appelée co-médiation.

¹⁰⁷⁰ Elle dure généralement quatre-vingt-dix minutes.

¹⁰⁷¹ C. pr. civ. Q., art. 419 al. 3.

C. Les exemptions

650. **Deux possibilités d'exemption** – L'article 417 al. 2 du code de procédure civile du Québec retient deux formes possibles d'exemption permettant aux parties de ne pas avoir à assister à la séance d'information sur la parentalité et la médiation¹⁰⁷². La première concerne les parties qui, ayant déjà participé à l'une de ces séances à l'occasion d'un différend antérieur, sont en mesure de déposer une attestation de présence au greffe du tribunal. La seconde concerne quant à elle les victimes de violences conjugales, capables de confirmer « qu'elles se sont présentées à un service d'aide aux personnes victimes reconnu par le ministre de la Justice, en invoquant être une personne victime de violence conjugale ».

651. L'une et l'autre de ces exemptions ont en réalité du sens. En effet, lorsque la première épargne aux parties le fardeau de redondances inutiles et chronophages, la seconde évite la potentielle mise en œuvre d'une médiation caractérisée par un déséquilibre important entre les parties. Or, on le sait, une telle confrontation ne peut d'une part être propice à des négociations justes et équitables, et engendre d'autre part le risque d'éveiller un traumatisme encore plus important chez la victime et donc d'empirer la situation dans laquelle elle se trouve. On notera néanmoins dans un cas comme dans l'autre que l'article 417 al. 2 du code de procédure civile du Québec prévoit la possibilité pour le juge d'imposer aux parties d'assister à la séance d'information, s'il estime qu'une telle décision est dans l'intérêt de l'enfant.

652. **Une exception : le report de l'obligation** – L'article 417 al. 3 du code de procédure civile prévoit par ailleurs un mécanisme d'exception intéressant, permettant à la juridiction, à titre exceptionnel et lorsque les circonstances de l'affaire l'exigent, d'instruire l'affaire sans que les parties n'aient préalablement rempli leur obligation de

¹⁰⁷² On notera que la refonte du code de procédure civile du Québec de 2016 a contribué à restreindre les possibilités d'exemptions, dans la mesure où l'article 417 al. 2 ne reprend pas les dispositions particulièrement large de l'ancien article 810-14, qui permettait aux parties de refuser de participer à une séance d'information sur simple présentation de « motifs sérieux de ne pas participer » auprès d'un médiateur qu'elles pouvaient choisir. À ce titre, l'article dressait une liste de plusieurs arguments recevables, tels que le « *déséquilibre des forces en présence* », ou encore « *la capacité ou l'état physique ou psychique de la partie* », qui en réalité peuvent être plus souvent invoqués qu'on ne le pense. En outre, ces arguments, une fois exposés au médiateur, ne pouvaient être mis en balance par ce dernier, qui devait se contenter de dresser un rapport faisant état de « *motifs sérieux* », sans avoir à les citer afin de respecter le principe de confidentialité que le médiateur se doit d'observer.

participer à la séance d'information. Dans ce cas de figure, il incombe néanmoins au tribunal de leur enjoindre d'assister à une telle séance dans les trois mois qui suivent cette ordonnance, « sauf s'il le juge inapproprié ».

653. Outre ces trois formes de dispenses prévues par la loi, il est encore possible d'ajouter les cas où les parties ont, de leur propre chef, tenté de résoudre leur séparation au moyen d'une quelconque forme de solution amiable, avec insuccès. De tels cas de figure ne présentent en réalité aucun grand intérêt à l'égard de la contrainte de l'article 417 al. 1^{er}, dans la mesure où les parties semblaient déjà informées des outils mis à leur disposition, et que la résolution amiable de leur différend n'a pas fonctionné.

654. Enfin, il reste bon de noter qu'en dépit de ces exemptions, le code de procédure civile du Québec autorise le juge à enjoindre les parties de procéder à une médiation à tout moment de la procédure, en particulier si les intérêts des parties et surtout de l'enfant le justifient¹⁰⁷³. Précisons toutefois que cette mesure reste très peu utilisée en pratique.

§2. Les incitatifs financiers au service du développement des modes amiables

655. On ne peut aborder le développement du recours aux modes amiables sans évoquer leur aspect financier et les incitatifs qui en découlent. On retiendra pour simplifier que deux mouvements particulièrement opposés ont marqué leur développement. Le premier vise à répondre à la problématique des coûts parfois importants générés par ces méthodes, en prévoyant une amélioration de l'accès aux modes amiables au moyen de réductions financières à destination des justiciables les moins privilégiés (A) ; le second consiste quant à lui, dans un état d'esprit totalement opposé, à rendre l'accès à la justice payant, afin de les conduire à préférer le recours aux modes amiables (B).

¹⁰⁷³ Il est toutefois bon de noter que dans un tel cas de figure, le juge peut renvoyer des parties sans enfant en médiation s'il l'estime nécessaire.

A. L'élargissement du recours aux modes amiables par la mise en œuvre de tarifs avantageux

656. Contrairement à l'idée reçue selon laquelle recourir aux modes amiables serait moins coûteux qu'une procédure contentieuse, on notera que certains de ces processus tels que la procédure participative ou le droit collaboratif nécessitent la mise en œuvre de moyens importants, tels que le recours obligatoire à un avocat, qui contribuent indiscutablement à augmenter la facture. Par ailleurs, si la médiation et la conciliation engendrent généralement des coûts moins élevés que la justice traditionnelle (en particulier pour la seconde qui, en France, est gratuite), il serait biaisé de penser que ces derniers sont proches de zéro : moins coûteux ne veut pas dire peu cher. À titre d'exemple, le coût d'une médiation intervenant dans le cadre d'un divorce dans le comté de Los Angeles est compris entre 2.850 à 4.950\$, contre 8.000 à 12.000\$ pour un processus de droit collaboratif et plus de 25.000\$ par partie dans le cadre d'un divorce contentieux. Dans ce cas de figure, la médiation et le droit collaboratif sont effectivement moins onéreux que la justice traditionnelle, mais leurs tarifs restent particulièrement élevés par rapport au salaire californien moyen, évalué à environ 6.000\$ par mois¹⁰⁷⁴. La réponse apportée à cette problématique fut par conséquent de venir en aide aux justiciables à faibles revenus, en réduisant, soit par la gratuité, soit par des subventions, les coûts attachés à ces méthodes dès leur mise en œuvre. En améliorant l'accès aux modes amiables, ces mesures permettent ainsi d'en favoriser le recours. Tel fut par exemple le cas au Québec, où l'entrée en vigueur de l'aide financière accordée par le gouvernement provincial, en 1990, marque le point de départ d'un recours croissant à la médiation familiale¹⁰⁷⁵.

657. Nous verrons à ce titre que ces mesures incitatives ont principalement pris deux formes. La première, principalement présente aux Québec et en France, vise à garantir aux parties la gratuité partielle de certains services de résolution amiables (1) ; la seconde, plutôt en vigueur aux États-Unis et dans le Canada anglophone, leur autorise un accès à des tarifs réduits grâce à la mise en œuvre de subventions (2).

¹⁰⁷⁴ Soit environ 73.220\$ par an. Voir : B. WONG, « Average Salary by State in 2023 », *Forbes*, (23 août 2023), disponible sur : <https://www.forbes.com/advisor/business/average-salary-by-state/> [consulté le 22/10/2023].

¹⁰⁷⁵ V. BELZILE, Communication personnelle, Montréal, 21 février 2019.

1. L'incitation par la gratuité des services

658. La gratuité des modes amiables correspond à un idéal que seuls le Québec et dans une moindre mesure la France, sont pour l'heure parvenus à atteindre. Si elle est rare, cette dernière est également particulièrement réglementée tant son accès est soumis à conditions. On notera tout d'abord que certains domaines sont privilégiés par rapport à d'autres. Il en va par exemple ainsi des conflits intervenant dans le cadre d'un divorce, de la parentalité ou plus largement du droit de la famille, ou encore des petites créances (uniquement pour le Québec). Pourquoi ces deux domaines en particulier ? Bien qu'il n'existe aucune explication officielle, il apparaît que les éléments ayant motivé ce choix relèvent de la nécessité de prioriser les besoins, compte tenu du coût important que représentent ces financements pour la France et le Québec. Il résulte de cette logique que la sensibilité particulière dégagée par les affaires familiales, ainsi que les liens particulièrement étroits bien souvent partagés par les parties ont justifié la mise en œuvre d'une assistance financière pour la médiation familiale.

659. **Jusqu'à six séances de médiation offertes au Québec** – Au Québec, elle fut à ce titre mise en œuvre à l'occasion de l'entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 1997¹⁰⁷⁶, du programme de médiation familiale, au travers duquel le gouvernement du Québec a consenti à couvrir l'équivalent de six séances de médiation (trois séances dans le cadre des demandes en révision de jugement). Les conditions pour s'en prévaloir étaient néanmoins relativement strictes. Pour ce faire, les couples en situation de conflit (mariés ou conjoints de fait) devaient avoir au moins un enfant à charge et faire appel à un médiateur accrédité dont les honoraires ne pouvaient excéder 95 CAD par séance¹⁰⁷⁷. Notons toutefois qu'aucune condition de revenu n'a été émise par le ministère de la justice du Québec. Après avoir été réformées le 1^{er} décembre 2012, les aides financières accordées aux bénéficiaires de ce programme ont été revues légèrement à la baisse, passant à cinq heures de médiation pour les couples en instance de séparation (deux

¹⁰⁷⁶ Loi du 19 juin 1997, introduisant les articles 814.3 et s. sur la médiation préalable dans le code de procédure civile du Québec.

¹⁰⁷⁷ La loi prévoyait qu'en cas d'honoraires supérieurs à cette somme, les parties devaient en prendre la totalité à charge.

heures et demie pour les demandes en révision)¹⁰⁷⁸. Le montant des honoraires pris en charge par le programme a quant à lui été augmenté, passant de 95 à 110 CAD par séance. On soulignera enfin que depuis le 18 février 2021, la mise en application d'un projet pilote a étendu le champ d'application du programme de médiation familiale aux couples (mariés ou unis civilement) sans enfant ou sans enfant commun à charge. Applicable jusqu'au 30 juin 2022, ce dernier autorise les parties concernées à bénéficier de trois heures de médiation gratuite, dans les mêmes conditions que ce qui précède.

660. Une gratuité non systématique en France – À l'inverse du Québec, la gratuité de la médiation familiale, et plus généralement de la médiation en France n'est pas systématique¹⁰⁷⁹. Dans le cadre judiciaire, cette dernière répond en effet à des conditions d'application inscrites à l'article 118-10 du décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991, qui fait entrer la médiation dans le champ d'admissibilité de l'aide juridictionnelle. La gratuité de la médiation en France est donc, dans ce cadre, soumise aux conditions d'attribution ordinairement applicables. Ces dernières sont principalement de deux ordres. Elles nécessitent tout d'abord que le conflit soit empreint d'un certain caractère judiciaire. L'article 118-10 du décret du 19 décembre 1991 n'autorise en effet l'octroi de l'aide juridictionnelle qu'à la partie dont la médiation a été « ordonnée par le juge », ou qui a saisi le juge « aux fins d'homologation d'un accord intervenu à l'issue d'une médiation conventionnelle ». L'octroi de l'aide juridictionnelle repose ensuite sur des conditions de revenus très techniques¹⁰⁸⁰ dont le barème, particulièrement restrictif, n'autorise que très rarement l'accès à une prise en charge totale des frais de médiation. Sans entrer dans les détails, on retiendra ainsi que le plafond du revenu fiscal de référence afin, pour une personne seule, de bénéficier de la gratuité de la médiation, est fixé à 11.262 euros annuels. Le dépassement de ce plafond peut néanmoins donner accès à une prise en charge partielle

¹⁰⁷⁸ On notera qu'au-delà de la légère diminution de l'assistance financière, la réforme de 2012 opère également un changement terminologique puisque l'on ne parle plus de séances, mais d'heures de médiation.

¹⁰⁷⁹ En dehors du premier entretien avec le médiateur familial qui lui est systématiquement pris en charge par l'État, dans la mesure où il n'a d'autre but que d'informer les parties.

¹⁰⁸⁰ Ces conditions de revenus sont, entre autre, doublées de conditions patrimoniales incluant la valeur des patrimoines mobilier et immobiliers du prétendant à l'aide juridictionnelle. Ainsi, pour une partie seule dans son foyer fiscal, la valeur du patrimoine mobilier ne doit pas dépasser 11.262 euros ; 33.780 euros pour le patrimoine immobilier. Si l'une de ces deux valeurs patrimoniales excède l'un de ces deux plafonds, la partie en question ne peut ainsi prétendre à bénéficier de l'aide juridictionnelle, totale ou partielle.

des frais attachés au processus. Ainsi, dans le même cas de figure, un revenu fiscal inclus entre 11.263 et 13.312 euros donne accès à l'aide juridictionnelle au taux de 55%, tandis qu'un revenu fiscal de 13.313 à 16.890 euros donne droit à un taux de 25%. Au-delà, la partie en question devra elle-même prendre en charge la totalité des honoraires du médiateur. Enfin, il n'est pas prévu que le montant alloué dans le cadre de l'aide juridictionnelle soit versé à la partie bénéficiaire, mais plutôt sous forme de rétribution directe fixée par le juge taxateur¹⁰⁸¹ au profit du médiateur. Conformément à l'article 118-11 du décret du 19 décembre 1991, cette dernière ne peut toutefois excéder 256 euros (hors taxes) et 512 euros (hors taxes) dans le cas où plusieurs parties seraient bénéficiaires de l'aide juridictionnelle.

661. Médiation sur place : un programme en vigueur à la division des petites créances de la Cour du Québec – Au Québec, la logique qui a animé la gratuité de la médiation des petites créances est quant à elle quelque peu différente. S'il est en effet peu probable qu'elle ait été motivée par la sensibilité occasionnée par ces affaires, elle l'a probablement davantage été par la simplicité qu'elles revêtent dans la plupart des cas. Cette assistance à la médiation est en réalité plutôt nouvelle, dans la mesure où elle fut mise en œuvre en 2014 par le projet pilote de Médiation sur place, visant à offrir une séance de médiation gratuite aux parties dont le conflit a été préalablement sélectionné par un magistrat de la Division des petites créances de la Cour du Québec. Si ces dernières l'acceptent, la médiation est alors programmée le jour même dans une pièce qui lui est réservée au palais des justices, pour une durée d'environ une heure à une heure et demie¹⁰⁸². Ce projet pilote, qui a rencontré un franc succès, a par ailleurs été pérennisé afin de devenir un programme permanent de la division des petites créances de la Cour du Québec.

662. Les conférences de règlement à l'amiable : un exemple québécois – Enfin, depuis quelques années, le Québec a mis en place un programme de conférence de règlement à l'amiable qui autorise les parties qui le souhaitent, peu importe le domaine du droit ou la juridiction concernée, à bénéficier d'une médiation judiciaire gratuite

¹⁰⁸¹ Qui n'est autre que le juge aux affaires familiales dans le cadre d'une médiation familiale.

¹⁰⁸² S. HANDMAN, « La culture de la médiation judiciaire au Québec, Canada », in B. BLOHORN-BRENNER (dir.), *Développer une culture de la médiation : dans les différents continents, devant les juridictions judiciaires et administratives*, Médias & Médiations, 2019, p. 68.

organisée par un magistrat¹⁰⁸³. Ce dispositif, qui n'est pas sans rappeler la conciliation judiciaire française, a d'ailleurs été récemment introduit dans notre droit, par la loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent.

663. Une dernière question peut finalement être posée : ces outils incitent-ils vraiment les parties à recourir aux modes amiables. Nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner pour le Québec où cela semble être le cas, en particulier en matière familiale, où la réforme de 1997 a permis un développement certain du recours à la méthode. Une étude comparative menée par le ministère de la justice du Québec révèle en effet qu'entre 2001 et 2006, 22% des personnes interrogées ont déclaré avoir eu recours à la médiation dans le cadre de leur séparation, contre seulement 11% dans les autres provinces canadiennes, où il n'existe aucun programme de médiation gratuit¹⁰⁸⁴. Dans le cas de la médiation sur place aux petites créances, le phénomène semble être le même dans la mesure où l'honorable Suzanne Handman, magistrate à la Cour du Québec, souligne qu'un nombre très élevé de justiciables acceptent la proposition des juges de bénéficier du programme. Sur ce point, il reste néanmoins difficile de faire une comparaison fidèle entre le succès des programmes de médiation québécois et celui de ses cousins français. L'absence de données statistiques équivalentes de notre côté de l'Atlantique ne nous permet donc que de faire des suppositions sur l'efficacité que pourrait avoir une gratuité systématique, mais ponctuelle, des programmes de médiation sur le recours aux modes amiables. Là encore, il est évident que le coût à prévoir pour l'État est important. C'est sans doute ce qui a poussé les États-Unis, le Canada anglophone et en partie la France à opter pour une solution hybride, alliant à la fois les subventions et la responsabilisation par les parties.

2. L'incitation par des services subventionnés

664. **Plus de gratuité systématique** – Afin de pallier les coûts importants engendrés par un dispositif à la gratuité systématique, certains États ont cherché à élaborer des programmes permettant la mise en œuvre d'un investissement modéré, tout

¹⁰⁸³ S. HANDMAN, « La culture de la médiation judiciaire au Québec, Canada », *op. cit.*, p. 67.

¹⁰⁸⁴

en garantissant une accessibilité suffisante des justiciables aux modes amiables - et plus particulièrement à la médiation qui est bien souvent privilégiée dans ce cas de figure. La solution toute trouvée fut alors de proposer un système personnalisé reposant sur des barèmes qui permettent de s'adapter au revenu de chaque justiciable. En d'autres termes, il n'y a plus de gratuité systématique, mais un ajustement financier autorisé par les subventions allouées par les États aux différentes composantes qui prennent en charge ces mesures – principalement des associations et des organismes étatiques. Outre la responsabilisation qu'il engendre, ce système permet également aux parties de bénéficier d'un meilleur suivi de leur affaire dans la mesure où le nombre de séances exécuté à tarif préférentiel n'est généralement pas limité, contrairement au dispositif précédent qui prévoyait que toute séance pratiquée en sus du nombre maximum autorisé était à la charge des parties, selon les honoraires habituels du médiateur.

665. Un dispositif subventionné soumis à conditions : l'exemple de la Floride – Ce dispositif conventionné est présent dans plusieurs États américains et provinces canadiennes. S'il répond généralement aux mêmes fondamentaux, on notera toutefois qu'en pratique, chacun d'entre eux émet des conditions particulières en vue d'autoriser les parties à en bénéficier. La Floride en retient par exemple trois. La première correspond bien entendu à des conditions de revenu. Selon le barème établi par l'article 44.108 des *Florida Statutes*, les honoraires horaires du médiateur intervenant dans ce cadre peuvent ainsi s'élever de 60\$ par personne et par séance pour les revenus les plus modestes (à savoir les parties dont les revenus combinés n'excèdent pas 50.000\$ par an), à 120\$ par personne et par séance pour celles dont les revenus combinés s'inscrivent dans une fourchette allant de 50.000 à 100.000\$ annuels. Au-delà, les parties ne sont pas éligibles dans le cadre de ce programme d'aide à la médiation et doivent financer leurs séances par leurs propres moyens. La seconde condition établie par le législateur floridien correspond quant à elle au domaine concerné par le conflit qui anime les parties. Selon les termes de l'article 44.108 (2), ce programme n'est en effet pas applicable à toutes les affaires, mais uniquement à celles qui concernent le droit de la famille ou les conflits dont le montant estimé n'excède pas 15.000\$¹⁰⁸⁵. Enfin, les *Florida Statutes* retiennent que

¹⁰⁸⁵ On notera d'ailleurs que dans ce cas de figure, le barème énoncé n'est pas applicable puisque toutes les parties, quels que soient leurs revenus, doivent s'acquitter d'un paiement de 60\$ par partie et par séance, conformément à la lettre de l'article 44.108 (2) (c) des *Florida Statutes*.

seuls les conflits dont la résolution amiable intervient dans le cadre d'un programme judiciaire peuvent bénéficier de ces tarifs préférentiels. En d'autres termes, il serait impossible pour les parties d'en profiter si ces dernières décidaient de faire appel à un médiateur privé n'exerçant pas dans le cadre d'une juridiction.

666. Des subventions plus importantes en Saskatchewan – Dans un état d'esprit en apparence similaire, la législation de la province canadienne de la Saskatchewan retient quant à elle deux conditions majeures en vue d'autoriser l'application de son programme. La première, là encore, est une condition de revenu. Il convient toutefois de noter qu'à la différence de la Floride, le barème applicable ne bénéficie pas de la même lecture et ce sur deux points. Tout d'abord, on retiendra que les tarifs proposés ici sont bien plus accessibles pour les justiciables, dans la mesure où ils varient de 10 CAD à 50 CAD par partie et par heure de médiation¹⁰⁸⁶. Ensuite, le revenu de référence n'est pas le même puisqu'à la différence de la Floride, qui ne prend en compte que le revenu combiné des parties, le programme saskatchewanais se base quant à lui sur le revenu individuel des parties, ou sur celui de leur foyer si ces dernières sont en couple. On soulignera en outre que ce programme, dans un souci d'accessibilité accrue, prend également en compte le nombre de personnes à la charge de chacune des parties afin d'ajuster au mieux son barème. À titre d'illustration, une partie célibataire et sans personne à charge disposant d'un revenu annuel inférieur ou égal à 11.195 CAD se verra imputer les mêmes honoraires qu'une partie en couple avec huit personnes à charge dont le revenu annuel combiné est compris entre 32.196 et 34.475 CAD, soit 10 CAD par heure de médiation¹⁰⁸⁷. La seconde condition repose quant à elle sur le champ d'application du programme, qui est lui aussi limité à certains domaines. Ainsi, selon le Dispute Resolution Office de la Saskatchewan¹⁰⁸⁸, seuls les conflits en relation avec le droit de la famille, tels que ceux portant sur la garde des enfants, la division de propriété ou encore les arrangements financiers ne peuvent être considérés.

¹⁰⁸⁶ En plus d'être plus accessible, il est également plus détaillé. En effet, à la différence de la Floride qui ne compte que deux tarifs possibles, à savoir 60 et 120\$ par partie et par séance, le barème en vigueur au Saskatchewan dispose de plusieurs paliers intermédiaires permettant ainsi un ajustement optimal des tarifs du médiateur aux revenus des parties.

¹⁰⁸⁷ Ce barème est établi par les Mediation Services Fees Regulations de 1994.

¹⁰⁸⁸ Le Dispute Resolution Office de la Saskatchewan est un organisme géré par le ministère de la justice du Saskatchewan qui propose des services de médiation familiale dont dépend le programme d'aide financière étudié.

667. Ces deux programmes démontrent donc qu'en partant d'un même principe, il est possible d'arriver à un grand nombre de déclinaisons. Certaines sont bien entendu plus intéressantes que d'autres. En l'espèce, si le programme floridien permet effectivement aux parties de bénéficier des services d'un médiateur à des tarifs accessibles, il est évident que sa variante saskatchewanaise semble beaucoup plus attractive, notamment en raison de sa grande adaptabilité.

668. **Un programme hybride : l'exemple de l'Ontario et de la France** – Afin d'être encore plus intéressants, il est par ailleurs possible d'envisager la création conjointe de deux programmes se complétant l'un l'autre. C'est notamment la méthode choisie en Ontario, où il existe à la fois un programme de médiation familial totalement gratuit, dit *on-site* - fonctionnant sur le même principe que le programme québécois de médiation sur place, que nous évoquions dans le paragraphe précédent - et un programme subventionné, dit *off-site*, permettant aux justiciables de bénéficier des services d'un médiateur privé à des tarifs accessibles. Comme dans le programme saskatchewanaise, le barème envisagé en Ontario est précis - en ce sens qu'il contient plusieurs paliers intermédiaires allant de 5 à 105 CAD par partie et par heure - et prend en compte les revenus exclusivement individuels des parties (à la différence du Saskatchewan qui prend également en compte le revenu total du foyer lorsque la partie concernée est en couple), ainsi que le nombre de personnes à sa charge. On notera toutefois qu'à l'image de la Floride, l'Ontario fixe un revenu maximum au-delà duquel la ou les parties ne sont pas éligibles au bénéfice des tarifs préférentiels établis par le programme. À titre d'exemple, une partie sans personne à charge dont les revenus annuels se situent entre 60.000 et 64.999 CAD devra à ce titre rémunérer le médiateur selon ses honoraires habituels.

669. À sa façon, la France dispose également d'un tel système. Nous l'avons vu, le dispositif mis en place par l'aide juridictionnelle ouvre la porte à une gratuité partielle de la médiation à l'endroit des justiciables dont le revenu en justifierait la nécessité. En parallèle de ce dispositif, la France, par le biais de plusieurs organismes tels que la Caisse d'allocations familiales (CAF), a permis la mise en œuvre d'un système de médiation conventionné, à l'image de ceux en vigueur dans le Saskatchewan et en Ontario. Ce dernier répond lui aussi à des conditions particulières, parmi lesquels figure sans surprise le

revenu de la partie considérée, mais aussi la nécessité de faire appel à une association de médiation familiale conventionnée. Là encore et à la différence de la Floride, plusieurs paliers intermédiaires sont disponibles, échelonnés de 2 à 131 euros par partie et par séance¹⁰⁸⁹, afin de rendre la médiation la plus accessible possible.

670. À l'heure actuelle, la plupart de ces dispositifs de résolution amiable des conflits conventionnés sont limités à quelques domaines bien précis, et ne concernent que la médiation. Il n'est cependant pas exclu d'envisager une extension du champ d'action de ces programmes à d'autres domaines que le droit de la famille. L'expérience a en effet démontré avec l'exemple du Québec qu'une telle évolution était possible, dans la mesure où ces dispositifs, qui ne s'appliquaient à l'origine qu'aux affaires familiales, ont ensuite été introduits au regard des petites créances. Il semblerait à l'inverse que l'ouverture de ces programmes - gratuits ou conventionnés - aux autres modes amiables soit quant à elle plus délicate à imaginer. À la différence de la médiation, la procédure participative (pour la France) et le droit collaboratif sont en effet exclusivement conduits par des avocats. Il apparaîtrait à ce titre particulièrement difficile d'envisager la création d'un tarif conventionné réservé à ces pratiques, en particulier car il en existe déjà un au travers de l'aide juridictionnelle et dans une autre mesure des services *pro bono* offerts par les différents cabinets qui les pratiquent - mais qui sont réalisés à leur bon vouloir sans jamais qu'ils n'y soient contraints¹⁰⁹⁰. Un tel système, par sa redondance, semblerait donc inutile.

671. Sur le plan pratique, il semble pour l'heure difficile de mesurer fidèlement l'efficacité de ces programmes conventionnés, car à l'inverse de certains programmes gratuits, il n'existe aucune donnée disponible permettant d'attester d'une augmentation significative du recours à la médiation par leur biais. Il n'en demeure pas moins que sur le plan théorique, ces derniers ont un potentiel intéressant dans la mesure où, à leur

¹⁰⁸⁹ Afin de donner un ordre d'idée, une partie dont le revenu est inférieur ou égal au Revenu de solidarité active (RSA) devra s'acquitter de 2 euros par séance de médiation. À l'extrême opposé, une partie bénéficiant d'un revenu supérieur à 5.301 euros mensuels sera quant à elle soumise à un tarif de 131 euros par séance de médiation. Par ailleurs, il convient de préciser que les revenus pris en compte dans le cadre du programme conventionné sont uniquement appréciés au moment de l'entrée dans le processus de médiation.

¹⁰⁹⁰ Notons toutefois que pour l'heure, le droit collaboratif en France, par son absence de statut, ne donne pas le droit au bénéfice de l'aide juridictionnelle. Elle l'autorise néanmoins pour la procédure participative, en accord avec l'article 10 al. 2 de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991.

échelle respective, ils contribuent à rendre la médiation significativement plus accessible. Il est donc possible d'envisager, avec une marge d'erreur tout à fait réduite, que ces programmes peuvent avoir un impact positif sur le recours à la médiation.

672. Dans un état d'esprit parfaitement opposé, nous allons désormais voir que certains États, tels que la France, ont choisi de rendre certaines procédures payantes afin d'inciter le recours aux modes amiables, et ce en dépit du principe de gratuité de la justice.

B. L'incitation par la mise en œuvre d'une procédure payante : l'exemple de la contribution à la justice économique

673. **Une mesure propre aux tribunaux des activités économiques** – Adopté le 18 juillet 2023 par l'Assemblée nationale en première lecture, le projet d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 prévoit la mise en place de deux nouveautés majeures en matière commerciale. La première concerne la création à titre expérimental du tribunal des activités économiques (TAE)¹⁰⁹¹, dont l'objectif visera à terme à remplacer les tribunaux de commerce, qui manquent actuellement de lisibilité¹⁰⁹². Bénéficiant d'une compétence élargie, les TAE connaîtront de l'ensemble des procédures amiables et collectives engagées par des acteurs économiques¹⁰⁹³, tels que les commerçants, les associations, les artisans ou encore les agriculteurs¹⁰⁹⁴. À l'inverse de ce que laissaient entendre les discussions préliminaires à ce sujet¹⁰⁹⁵, le projet de loi retient néanmoins que les affaires introduites pour leur propre compte par les avocats, notaires, commissaires de justice ou encore greffiers des tribunaux de commerce ne seront pas soumises à ce nouveau régime, et donc exclues de la compétence des TAE¹⁰⁹⁶. Elles resteront par conséquent dans le ressort des tribunaux judiciaires. La seconde mesure est quant à elle plus surprenante compte tenu de la tradition juridique française, en ce qu'elle consiste à mettre fin au principe de gratuité de la justice, par la mise en vigueur de la

¹⁰⁹¹ Projet de loi n°1346, art. 6.

¹⁰⁹² Rapport du comité des États généraux de la justice, *Rendre justice aux citoyens*, Avril 2022, p. 182.

¹⁰⁹³ Projet de loi n°1346, art. 6 ; M. LARTIGUE, « Loi d'orientation et de programmation pour la justice : le projet prend forme », *Gaz. Pal.*, n°9, (14 mars 2023), p. 5 ; ou encore K. LEMERCIER, « Projet de réforme de la justice économique : mise en place d'une double expérimentation », *Dalloz actualité*, (15 mai 2023).

¹⁰⁹⁴ Projet de loi n°1346, art. 6 ; ou encore K. LEMERCIER, *ibid.*

¹⁰⁹⁵ Rapport du comité des États généraux de la justice, *op. cit.*, p. 183.

¹⁰⁹⁶ Voir notamment : J.-L. VALLENS, « Vers une nouvelle réforme de la justice commerciale ? », *D.*, (2023), p. 1256.

contribution à la justice économique¹⁰⁹⁷. Bien entendu, cette mesure fait pour le moment figure d'exception et ne visera dès lors qu'à s'appliquer devant les TAE.

674. **L'abandon du principe de gratuité de la justice** – Le principe de gratuité de la justice est tellement ancré en France que son abandon, même ponctuel, doit s'inscrire dans le cadre de limites bien établies. C'est à ce titre que l'article 7 du projet d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 en fixe les contours, en prévoyant dans un premier temps que cette contribution sera versée par le demandeur, à peine d'irrecevabilité. Bien qu'elle puisse être discutée¹⁰⁹⁸, cette mesure vise en réalité à responsabiliser les parties en les poussant à s'interroger sur le bien-fondé de leur action potentielle. En rendant la justice payante pour le demandeur, la Chancellerie espère ainsi mettre un terme non seulement aux affaires présentées « à la légère », mais également à certains procédés dilatoires qui, l'un comme l'autre, faisaient perdre du temps aux juges consulaires. L'article 7 du projet de loi établi dans un second temps que le montant de cette contribution sera fixé par barème¹⁰⁹⁹. Si l'on n'en connaît pas, pour l'heure, le contenu exact, le texte retient néanmoins que celle-ci ne pourra pas excéder 5% du montant total des demandes cumulées au stade de l'acte introductif d'instance et prévoit également qu'elle ne pourra pas s'élever au-delà de 100.000€. L'article précise en outre qu'afin d'en déterminer le montant exact, le barème devra prendre en compte un ensemble d'éléments tels que la nature du litige ou encore la capacité contributive du demandeur¹¹⁰⁰.

675. **La possible exonération des demandeurs à faibles revenus** – Si la justice devenait systématiquement payante indépendamment de la situation financière des demandeurs, il est évident qu'un tel dispositif contribuerait lourdement à obstruer l'accès au juge. C'est justement afin d'éviter cet écueil que le projet de loi prévoit une possibilité d'exonération à destination des demandeurs aux capacités financières fragiles. Si le critère originellement établi à cette fin par le texte consistait à établir si le demandeur

¹⁰⁹⁷ Projet de loi n°1346, art. 7.

¹⁰⁹⁸ Nous verrons en effet que l'annonce de la mise en vigueur de la contribution à la justice économique n'a pas fait l'unanimité au sein de la pratique.

¹⁰⁹⁹ On ne connaît pas, pour l'heure, le contenu exact de ce barème, qui sera fixé par décret en Conseil d'Etat conformément aux dispositions prévues par l'article 7 du projet de loi.

¹¹⁰⁰ L'article 7 du projet de loi prévoit que cette dernière sera calculée en fonction du chiffre d'affaires moyen du demandeur (personne physique ou moral) des trois dernières années.

était bénéficiaire de l'aide juridictionnelle¹¹⁰¹, il semblerait que le parlement en ait décidé autrement, en retenant que seront concernées par cette exonération les personnes physiques et morales de droit privé « employant moins de 250 salariés »¹¹⁰².

676. Une mesure au service du développement de l'amiable - Afin d'encourager les acteurs économiques à recourir aux modes amiables, le projet de loi met en place deux dispositifs destinés à épargner les demandeurs de la contribution à la justice économique. Le premier, comme celui qui précède, vise à exonérer le demandeur « à l'ouverture d'une procédure amiable »¹¹⁰³ ; le second consiste quant à lui à permettre le remboursement de la contribution dans le cas où le règlement amiable du différend emporte l'extinction de l'instance¹¹⁰⁴. Si l'on comprend l'état d'esprit avec lequel ont été rédigées ces dispositions, on déplorera néanmoins le fait de ne pas réellement savoir si la contribution est due par le demandeur dès l'introduction de l'instance ou non. La terminologie utilisée par les deux textes laisse en effet apparaître deux idées contradictoires, en ce que le premier implique une exonération *ab initio*, donc sans paiement préalable, alors que le second fait mention d'un remboursement, laissant supposer l'idée qu'un paiement a déjà été effectué. Dans la mesure où ils cohabitent, on peut légitimement penser que ces textes sont complémentaires. Cette hypothèse induirait dès lors l'idée selon laquelle l'un et l'autre concerneraient deux phases différentes de la procédure. Le premier s'appliquerait alors à l'introduction de l'instance, alors que le second concernerait les cas de mise en œuvre d'un dispositif amiable en cours d'instance, et donc après que le paiement initial de la contribution nécessaire à l'accès au TAE ait été réalisé.

677. Par conséquent, si la première de ces mesures met en œuvre un dispositif relativement classique, visant à inciter les parties – ici le demandeur – à recourir à une résolution amiable *ab initio*, la seconde propose quant à elle un mécanisme particulièrement innovant, en ce qu'elle incite cette fois les parties à parvenir à un accord. Si ce système présente l'avantage de pouvoir désengorger rapidement les juridictions, il place également le demandeur dans une position particulièrement inconfortable, en ce

¹¹⁰¹ Projet de loi n°1346, art. 7, 1° (version du 13 juin 2023).

¹¹⁰² Projet de loi n°1346, art. 7, 4°.

¹¹⁰³ Projet de loi n°1346, art. 7, 2°.

¹¹⁰⁴ Projet de loi n°1346, art. 7.

qu'il pourra être incité à accepter un accord moins favorable, dans le but d'obtenir le remboursement de la contribution à la justice économique. Il est évident qu'un accord pris sur cette base ne pourrait non seulement prétendre à résoudre le conflit dans sa globalité, mais serait également susceptible d'engendrer de futurs différends, donnant à nouveau lieu à une saisine de la juridiction. Espérons néanmoins que le faible montant de cette contribution pourra dissuader le demandeur d'agir en ce sens.

678. **Les critiques** - Comme on pouvait s'y attendre en s'attaquant à un tel pilier de la justice française, la nouvelle de la mise en vigueur de la contribution à la justice économique devant le TAE n'a pas reçu un accueil unanimement favorable de la part de la pratique. Le Conseil national des barreaux s'est d'ailleurs opposé à sa mise en œuvre dès février 2023, en dénonçant notamment « la rupture d'égalité qu'une telle proposition induirait entre les justiciables, alors que les entreprises contribuent déjà au financement du service public de la justice »¹¹⁰⁵. Il est vrai que l'abandon d'un principe aussi fondateur fait peur. Pour autant, le Conseil d'État reconnaît que la mise en œuvre de cette contribution ne vient « heurter aucun principe d'ordre constitutionnel ou conventionnel »¹¹⁰⁶. Il pose toutefois deux conditions : la mesure doit, d'une part, être fondée sur un motif d'intérêt général (ici à la fois représenté par la nécessité d'aligner la pratique française sur les standards européens¹¹⁰⁷, mais également par la favorisation d'un meilleur accès à la justice) ; et elle ne doit, d'autre part, pas porter atteinte de manière « disproportionnée au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction »¹¹⁰⁸. À ce titre, le Conseil d'État insiste sur la nécessité impérieuse de prévoir un barème adéquat, afin de garantir un accès suffisant à la justice pour les agents économiques aux moyens modestes ¹¹⁰⁹. Le projet de loi ayant intégré ces recommandations, il semblerait par conséquent que, selon les critères établis par le Conseil d'État, plus rien ne s'oppose à l'abandon de la gratuité de la justice devant le TAE.

679. **Quid d'une généralisation de la mesure à l'ensemble de la justice civile ?** – Pour conclure, doit-on s'attendre à ce que l'expérience menée devant le TAE se

¹¹⁰⁵ Résolution du Conseil national des barreaux, Contribution financière des entreprises, Assemblée générale 3 février 2023, Paris.

¹¹⁰⁶ CE, avis, 3 mai 2023, n° 406855, p. 11.

¹¹⁰⁷ Cet argument est particulièrement soulevé par le Conseil d'Etat. Voir *ibid.* p. 10.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 11.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

généralise à l'ensemble de la justice civile ? Pour l'heure, rien dans les déclarations de la Chancellerie ne laisse formellement entendre un tel projet. Mais l'idée est-elle complètement exclue ? Sans annonce explicite de la part du garde des Sceaux, il conviendra bien entendu de rester prudent quant à la réponse à donner à cette question. Néanmoins, deux des arguments avancés doivent attirer notre attention. Le premier se trouve dans l'exposé des motifs rédigé par le ministère de la justice lors du dépôt du projet de loi au Sénat, qui justifie la mise en œuvre de la contribution à la justice économique par la nécessité d'aligner le droit commercial français à la pratique européenne en la matière, qui soumet l'initiation de la procédure au paiement d'une taxe ou de frais de justice¹¹¹⁰. Si cet argument n'est pour l'heure avancé que dans le cadre de la justice commerciale, on retiendra néanmoins que dans certains pays européens, tels que l'Allemagne, l'ensemble de la procédure est payant¹¹¹¹. Rien n'empêche dès lors de penser qu'il soit utilisé dans le cadre d'un nouveau débat dans les années à venir pour justifier une généralisation de la mesure. Le second fut quant à lui évoqué par le garde des Sceaux lui-même, qui annonçait dans un discours du 13 janvier 2023 le lancement de la politique de l'amiable¹¹¹². Son objectif est simple : contribuer à faire du recours aux modes amiables le principe et non plus l'exception. Il doit par conséquent devenir un réflexe aussi bien pour les professionnels du droit que pour les justiciables. Dans cet état d'esprit, rien n'empêche à non plus de penser que si l'expérimentation devant le TAE est fructueuse à l'issue des quatre années de tests prévues par le projet, la Chancellerie décide de procéder à une généralisation de la mesure à l'ensemble de la justice civile.

680. Un tel projet est-il néanmoins souhaitable ? Légalement parlant, rien ne semble réellement s'opposer à ce qu'il voit le jour. C'est en tout cas ce que laisse entendre l'avis rendu par le Conseil d'État, le 3 mai 2023. Il suffirait à ce titre qu'il respecte les deux conditions – de motif d'intérêt général et de proportionnalité – que nous évoquions plus

¹¹¹⁰ Exposé des motifs du texte n° 569 (2022-2023) de M. Éric DUPONT-MORETTI, déposé au Sénat le 3 mai 2023 (disponible sur <https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pjl22-569-expose.html>) ; ou encore CE, avis, 3 mai 2023, n° 406855, pp. 10-11.

¹¹¹¹ Cette information est notamment mise en lumière par le Centre européen des consommateurs France (voir <https://www.europe-consommateurs.eu/une-question-une-reclamation/saisir-la-justice-en-europe.html#:~:text=Question%20co%C3%BBts%2C%20les%20frais%20de,Allemagne%2C%20la%20p roc%C3%A9dure%20est%20payante> [consulté le 09/09/2023]). Voir également à titre d'information : P. GUYOT, « La France, un des seuls pays européens où l'action en justice est gratuite », *20 minutes*, (9 oct. 2014), disponible sur : <https://www.20minutes.fr/france/1457877-20141009-france-seuls-pays-europeens-ou-action-justice-gratuite> [consulté le 09/09/2023].

¹¹¹² E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, Paris, 13 janv. 2023.

haut. Ainsi, dès lors qu'une telle mesure est assortie d'un barème permettant d'exempter les personnes financièrement plus fragiles du paiement de cette contribution, l'accès à la justice n'est pas restreint et la mesure est valable. D'un point de vue pratique, on ne peut par ailleurs pas nier les quelques avantages que présente un tel dispositif. Le plus important réside probablement dans la responsabilisation des justiciables, qui, désormais soumis au paiement d'un droit d'accès au juge, seraient peut-être davantage conduits à réfléchir quant à la nécessité de poursuivre vers une résolution contentieuse de leur conflit, et donc les encourager à privilégier la voie amiable. Nous décrivons d'ailleurs ce phénomène – à une autre échelle – dans le cadre de la *discovery*, qui invite généralement les parties à adopter le même réflexe. Un tel système doit néanmoins inciter ceux qui le mettraient en œuvre à la plus grande prudence, afin de ne pas envoyer le mauvais message. Il est en effet absolument nécessaire, pour ne pas dire impératif, de ne pas entrer dans une spirale qui impliquerait la création d'une justice à deux pôles avec d'un côté la justice du riche, représentée par la décision rendue par le juge et de l'autre, celle du pauvre, dont les moyens financiers n'autoriseraient qu'un recours aux modes amiables. L'accès au juge doit en effet rester un droit effectif. Pour ce faire, un tel dispositif ne devrait pouvoir voir le jour qu'à la condition qu'il bénéficie d'un aménagement encadré.

681. Si les incitatifs financiers constituent un moyen intéressant d'inciter les justiciables à recourir aux modes amiables, attachons-nous désormais à étudier la possibilité de mettre en œuvre de nouveaux processus pacifiques de résolution des conflits, à l'instar de ce que prévoit le projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

§3. La création de nouveaux MARD : l'audience de règlement amiable et la césure du procès

682. Faisant suite à la volonté exprimée par le garde des Sceaux le 13 janvier 2023 de mettre en œuvre une « politique de l'amiable »¹¹¹³, le projet de loi n°1346 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 envisage la création de deux nouveaux outils censés rapprocher les parties et le juge - et par là même,

¹¹¹³ E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, Paris, 13 janv. 2023.

l'amiable et le juridictionnel¹¹¹⁴ : l'audience de règlement amiable et la césure du procès. Respectivement inspirées de la pratique québécoise et allemande/néerlandaise¹¹¹⁵, ces dernières visent non seulement à donner – ou à rendre – au juge une place plus importante dans le processus de résolution pacifique des différends, grâce à un office repensé et censé s'appliquer à l'essentiel, mais également à « diviser par deux l'ensemble des délais de justice d'ici 2027 »¹¹¹⁶. Outre ces considérations techniques, ces deux outils partagent également un point commun : ils reposent sur la base exclusive du volontariat en redonnant aux parties le choix de la méthode à envisager dans le cadre de la résolution de leur conflit. Nous verrons donc dans un premier temps que l'une et l'autre de ces méthodes peuvent constituer une alternative intéressante au recours obligatoire (A), avant d'observer, dans un second temps, que ces dernières suscitent de nombreuses inquiétudes quant à leur efficacité (B).

A. L'audience de règlement amiable et la césure du procès : deux alternatives possibles au recours obligatoire

683. Bien qu'il n'ait été fait mention d'aucune volonté du gouvernement ou du législateur d'ériger l'audience de règlement amiable (ARA) et la césure du procès (césure) en tant qu'alternatives au recours obligatoire, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, ces deux méthodes seraient parfaitement à même de jouer ce rôle. Pourquoi celles-ci plus que les autres ? Tout simplement car contrairement aux outils déjà existants en France tels que la médiation ou la procédure participative, ces dernières permettent aux parties de rencontrer un juge dès les prémices de la mise en œuvre du processus. En effet, comme le rappelle la professeure Lucie Mayer, ce détail a en réalité toute son importance, puisqu'il donne l'opportunité aux justiciables de se sentir entendus par un magistrat, qui reste une figure importante de la justice française. Par conséquent, que ce dernier tranche ou non leur litige, les parties, qui pour cela se sont rendues au palais de justice, ont le

¹¹¹⁴ S. AMRANI-MEKKI, « 2023, année de l'amiable ? », *Gaz. Pal.*, n°3, (31 janv. 2023), p. 56.

¹¹¹⁵ Projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, §265 ; M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *Gaz. Pal.*, n°10, (21 mars 2023), pp. 6-7 ; ou encore G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *AJ Famille*, n°6, (Juin 2023), p. 310.

¹¹¹⁶ Tel que rappelé par le garde des Sceaux, Éric Dupond-Moretti, à l'occasion de son allocution à la tribune de l'Assemblée nationale, le 3 juillet 2023. Voir notamment R. MARCHAL, « Justice : Éric Dupond-Moretti défend son projet de loi, dans un contexte marqué par les émeutes », LCP, (3 juil. 2023), disponible sur : <https://www.lcp.fr/actualites/justice-eric-dupond-moretti-defend-son-projet-de-loi-dans-un-contexte-marque-par-les> [consulté le 26 juillet 2023].

sentiment d'avoir entamé des démarches sérieuses en vue de résoudre le conflit qui les oppose¹¹¹⁷.

684. Si l'ARA et la césure partagent cette caractéristique, elles ont également été élaborées selon deux modèles différents afin de répondre à deux types de besoins. Ainsi, si l'ARA a permis de repenser l'office conciliatoire du juge (1), la césure, de son côté, a contribué à recentrer sa mission juridictionnelle sur l'essentiel (2).

1. L'audience de règlement amiable : un remaniement de l'office conciliatoire du juge

685. « **La conciliation, la mal-aimée des juges** »¹¹¹⁸ - L'office conciliatoire du juge n'a rien de nouveau. L'article 21 du code de procédure civile de 1975, comme l'article 48 de son prédécesseur de 1806 ou encore la loi des 16-24 août 1790 lui reconnaissait déjà ce rôle de pacificateur¹¹¹⁹. Cette fonction n'a néanmoins pas toujours fait l'unanimité. Le professeur Jacques Poumarede rappelle en effet que du côté des juges, la relation avec la conciliation est historiquement mauvaise. Beaucoup considéraient alors que leur office consistait davantage à « exercer l'art de juger », qu'à rechercher la transaction dans le cadre des affaires qui leur étaient présentées, qui ne seyait ni à la dignité, ni au prestige dû à leur fonction¹¹²⁰. Cette hostilité fut par ailleurs entretenue par l'accroissement progressif des tâches attribuées aux petits juges à la fin du 19^{ème} siècle, qui rendit impossible la mise en œuvre de la conciliation, faute de temps¹¹²¹. On aurait pu penser que la refonte du code de procédure civile en 1975 aiderait à renouer les liens distendus entre la magistrature et son office conciliatoire, mais l'engouement autour de cette

¹¹¹⁷ L. MAYER, « La future audience de règlement amiable, ultime avatar de la longue quête vers un idéal de conciliation par le juge », *JCP G*, n°24 (suppl.), (19 juin 2023), p. 14.

¹¹¹⁸ J. POUMAREDE, « La conciliation, la mal-aimée des juges », *Cah. Just.*, n°1, (2013), p. 127.

¹¹¹⁹ J. POUMAREDE, *ibid.*, pp. 129-131 ; ou encore L. MAYER, « La future audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 12.

¹¹²⁰ J. POUMAREDE, *ibid.*, p. 132. Le professeur rappelle également que la doctrine n'a pas aidé à réconcilier les juges avec cette méthode, mais qu'elle a au contraire contribué à cristalliser cet état d'esprit. En citant notamment *Le dictionnaire général de jurisprudence* des frères Dalloz (1835), il nous permet en effet de comprendre l'hostilité ambiante qui régnait alors à l'égard de la conciliation : « C'est à l'assemblée constituante que nous devons l'introduction en France du préliminaire de conciliation, institution empruntée aux Anglais, et qui, exercée par des magistrats habiles, peut prévenir une foule de procès et d'inimitiés, mais ce n'est le plus souvent qu'une vaine et onéreuse formalité » (J. POUMAREDE, *ibid.*, p. 132).

¹¹²¹ *Ibid.*, p. 134.

méthode, aussi bien du côté des juges que des justiciables, est resté plus que mesuré¹¹²². La mise en vigueur du décret du 20 mars 1978 sur les conciliateurs de justice¹¹²³ n'a d'ailleurs rien arrangé, eu égard à la grande levée de boucliers qu'il a suscitée de la part des juges¹¹²⁴. Il faudra en réalité attendre le début des années 1990 pour assister à un regain d'intérêt pour cette méthode. On notera néanmoins que ce retour n'est pas du fait des magistrats eux-mêmes, mais plutôt des conciliateurs de justice, qui, depuis 1981, commencent à parfaitement s'intégrer dans le paysage juridique. Il ne s'agit toutefois pas ici de blâmer les juges. Ces derniers ont en effet leurs raisons, puisqu'ils sont, au même titre que leurs prédécesseurs du XIX^{ème} siècle, confrontés au manque de temps, lui-même lié à l'encombrement grandissant des juridictions¹¹²⁵.

686. L'ARA : une méthode d'inspiration québécoise - On l'aura donc compris, la relation entre la conciliation et la magistrature est compliquée et le seul moyen d'en sortir devait nécessairement passer par un remaniement de l'office conciliatoire du juge¹¹²⁶. La réponse à cette problématique fut apportée par le décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023¹¹²⁷, qui prévoit la création d'un nouveau mode amiable : l'audience de règlement amiable (ARA)¹¹²⁸. Transposition quasi complète des conférences de règlement à l'amiable (CRA) québécoises, ces dernières seront amenées à fonctionner en deux phases. La première correspond à l'audience d'orientation, et pourra conduire le juge saisi de l'affaire (il peut s'agir du juge de la mise en état, du juge du fond ou encore du juge des référés)¹¹²⁹ à désigner, à la demande des parties ou après avoir recueilli leur consentement, un autre magistrat (honoraire ou à titre temporaire)¹¹³⁰ chargé de

¹¹²² L. MAYER, « La future audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 14.

¹¹²³ Décret n° 78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs.

¹¹²⁴ J. POUMAREDE, « La conciliation, la mal-aimée des juges », *op. cit.*, pp. 136-37.

¹¹²⁵ L. MAYER, « La future audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 14.

¹¹²⁶ F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effectif du juge français ? », *JCP G*, n°24 (suppl.), (19 juin 2023), p. 25 ; ou encore F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *Actu-juridique.fr*, (06/04/2023), disponible sur <https://www.actu-juridique.fr/international/mar/laudience-de-reglement-amiable-quelles-avancees-pour-loffice-conciliatoire-du-juge/> [consulté le 31/07/2023].

¹¹²⁷ Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire

¹¹²⁸ F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable », *ibid.*, p. 26 ; ou encore F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *ibid.*

¹¹²⁹ Projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, §300.

¹¹³⁰ C. pr. civ., art. 774-1. Pour plus de précision, voir également : L. MAYER, « La future audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 14 ; F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *AJ famille*, n°4, (18 avr. 2023), p. 188 ; M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la

présider la deuxième phase du dispositif, à savoir l'audience de règlement amiable à proprement parler. À cette occasion, ce dernier jouera le rôle de conciliateur auprès des parties qui lui seront présentées, afin de les aider à parvenir à un accord quant au différend qui les oppose¹¹³¹. À l'issue de la mesure, qui pourra durer jusqu'à une demi-journée¹¹³², deux issues sont envisageables. Dans le cas où les parties parviennent à un accord total ou partiel tout d'abord, le juge conciliateur sera amené à le constater et à l'homologuer, amenant ainsi l'action à s'éteindre en tout ou partie devant le juge de jugement ; dans l'éventualité où, à l'inverse, les protagonistes ne parviennent pas à s'entendre, le juge conciliateur renverrait alors les parties devant le premier magistrat¹¹³³, afin qu'il puisse prendre les dispositions nécessaires à la résolution du conflit (par la voie contentieuse ou non).

687. Concilier et juger : deux fonctions désormais distinctes – Avec l'arrivée de l'ARA, il est probable que nous assistions au déclin final de l'office conciliatoire du juge, tel que nous le connaissions sous l'égide de l'article 21 du code de procédure civile¹¹³⁴. La mise en vigueur de cette réforme laisse en effet apparaître plusieurs modifications majeures, à commencer par la scission entre la fonction de concilier et de juger. Il s'agit là d'une rupture importante avec l'ancien dispositif, qui prévoyait – en théorie – que le juge conciliait les parties et tranchait en cas d'échec. Avec cette nouvelle approche, proposée par l'ARA, il appartiendra désormais à chacun des deux magistrats (celui saisi de l'affaire et le conciliateur) d'exécuter l'une ou l'autre de ces fonctions, sans interférer avec celle de l'autre. Hors de question par conséquent pour le juge conciliateur de prendre position par rapport au litige qui lui est présenté : il ne sera que facilitateur et exclu de la prise de décision en cas d'échec de la mesure¹¹³⁵.

profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6 ; ou encore G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *op. cit.*, p. 310.
¹¹³¹ Ce rôle n'est pour le moment pas explicitement prévu par le projet de loi et sera précisé à l'occasion de la publication du décret d'application. On peut néanmoins estimer que le juge conciliateur sera en charge de ces éléments

¹¹³² M. LARTIGUE, *ibid.*, p.6.

¹¹³³ F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *op. cit.*, p. 188.

¹¹³⁴ Selon nous, l'ancienne approche de l'office conciliatoire du juge n'est pas forcément mise de côté par cette réforme, puisque dans les cas où l'ARA ne s'appliquera pas, il n'est pas exclu que le juge puisse toujours tenter de concilier les parties, selon les prérogatives que lui offre l'article 21 du code de procédure civile. Bien entendu, cette remarque doit être mise en balance avec l'état actuel de la pratique de la conciliation par les juges, qui, faute de temps, n'est que très peu utilisée.

¹¹³⁵ F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *op. cit.* ; ou encore F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *op. cit.*, p. 188.

688. Certains, tels que Fabrice Vert et Béatrice Gorchs-Gelzer, considèrent toutefois que ces fonctions ne seront pas totalement distinctes, en ce que le juge saisi du litige ne sera pas entièrement dénué de sa mission de conciliation, qui sera tout au plus modifiée¹¹³⁶. Ils expliquent à ce titre que si le juge est bel et bien défait de son rôle de pacificateur, il est néanmoins investi de celui d'« entraîneur », qui le conduira notamment à renouer le dialogue avec les parties, afin de déterminer le meilleur moyen de régler le conflit qui les oppose, ou, en d'autres termes, à opter entre la voie contentieuse ou amiable¹¹³⁷.

689. **Application du principe de confidentialité** – Contrairement à la conciliation judiciaire qui, conformément à l'application de l'article 21 du code de procédure civile, s'inscrivait dans la logique du procès, l'ARA répondra quant à elle à celle des modes amiables et appliquera par conséquent le principe de confidentialité¹¹³⁸. Le nouvel article 774-3 al. 6 et 7 du code de procédure civile prévoit à ce titre que « sauf accord contraire des parties ou raisons impérieuses d'ordre public », tout ce qui sera « dit, écrit ou fait » par le juge et les parties à l'occasion de l'audience de règlement amiable « devra demeurer confidentiel »¹¹³⁹. Comme pour les autres méthodes de résolution amiable présidées par les magistrats, telles que les *judicial dispute resolutions* (JDR) ou les *early neutral evaluations* (ENE), ce dispositif vise à encourager les parties et le juge à s'exprimer librement et sans crainte, en garantissant que nul document ou déclaration ne saurait être produit ou invoqué à l'occasion d'un procès, en cas d'échec de la mesure. Le respect de ce principe est par conséquent fondamental au bon fonctionnement de l'ARA, dont le succès, à l'instar des autres modes amiables, reposera principalement sur une communication saine entre les parties en litige.

¹¹³⁶ F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *op. cit.* ; ou encore F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *op. cit.*, p. 188.

¹¹³⁷ *Ibid.*

¹¹³⁸ *Ibid.* ; M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6 ; ou encore projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, §307 ; Il est par ailleurs intéressant de noter qu'à leur instauration en 1999, les conférences de règlement amiable québécoise ne prévoyaient pas l'application de ce principe. Il faudra en effet attendre la mise en place de règle de pratique par la Cour supérieure du Québec en 2001 pour que la confidentialité soit intégrée à la pratique (M. LEMELIN, F. ROLLAND, « Le procès, c'est forcément un gagnant et un perdant ; ce que vise la conférence de règlement à l'amiable, ce sont deux gagnants », *Négociations*, n°28, (2017), p. 152).

¹¹³⁹ L'application du principe de confidentialité dans le cadre des ARA n'a d'ailleurs pas fait débat au cours des discussions survenues lors de l'élaboration du dispositif, dans la mesure où il figurait déjà dans le projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027 (§307).

690. **Formation des juges conciliateurs** – Si l'échange d'informations constitue l'un des fondements majeurs du succès de l'ARA, la formation des juges conciliateurs serait quant à elle à placer en seconde position. Les mesures prises par le juge en chef François Rolland à la Cour supérieure du Québec en 2004 reflètent d'ailleurs parfaitement cet état de fait, puisque c'est à cette date qu'il a décidé de rendre la formation aux CRA obligatoire pour l'ensemble des magistrats de sa juridiction¹¹⁴⁰. Cette manœuvre, au-delà de leur offrir l'opportunité d'appréhender les subtilités du dispositif, visait également à lever les barrières que certains juges réticents avaient fermées afin qu'ils puissent, sinon présider des conférences de résolution à l'amiable, au moins suggérer le recours à cette méthode¹¹⁴¹. Bien que le projet de loi n'ait, pour l'heure, rien prévu à ce sujet, il apparaît que la politique de l'amiable souhaitée par le garde des Sceaux prend en compte cette question en prévoyant la création d'ambassadeurs de l'amiable dont le rôle consistera, grâce à divers déplacements sur le terrain, à la fois à inciter les différents acteurs de la justice à s'engager sur cette voie, mais également à aider à la création de formations adaptées dans les différentes écoles professionnelles que compte le pays, telles que l'école nationale de la magistrature (ENM)¹¹⁴². Il sera néanmoins important, aussi bien pour le législateur que pour le gouvernement, de prendre au sérieux cette problématique sur laquelle repose, selon nous, tout le succès de cette méthode nouvelle. On ne rappellera en effet jamais assez qu'une réforme de cette ampleur ne peut se passer de l'adhésion des professionnels du droit, sans qui il lui sera impossible de prendre vie.

691. Si l'instauration de cette première méthode qu'est l'ARA permet au juge de sortir de son office traditionnel, tel n'est pas le cas de la seconde, qui recentre son office sur l'essentiel du litige.

¹¹⁴⁰ M. LEMELIN, F. ROLLAND, « Le procès, c'est forcément un gagnant et un perdant », *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁴¹ *Ibid.* On notera à ce titre que cette mesure a permis à bon nombre de juges réticents à changer d'avis concernant cette méthode, puisque le juge en chef Rolland rappelle qu'avant l'instauration de la formation obligatoire en 2004, seuls 50 des 200 juges que dénombre la Cour supérieure du Québec avait manifesté un intérêt pour les CRA. Aujourd'hui, c'est près de la moitié des magistrats de sa juridiction qui en préside.

¹¹⁴² L. GARNERIE, « La chancellerie lance les ambassadeurs de l'amiable », *Gaz. pal.*, n°18, (30 mai 2023), p. 7.

2. La césure du procès : un office recentré sur l'essentiel du litige

692. **La césure : un mode hybride de résolution des conflits** – La césure du procès est une méthode particulière, presque curieuse. Importée d'Allemagne et des Pays-Bas¹¹⁴³, elle est en effet issue d'une hybridation entre les modes juridictionnels et amiables de résolution des conflits. Reposant, comme l'ARA, sur la base du volontariat, elle consiste, pour le juge, à ne statuer que sur l'aspect nodal du litige préalablement exposé par la demande des parties, à charge pour elles de trouver un accord sur la mise en œuvre de la décision produite¹¹⁴⁴. Outre la possibilité qui est offerte aux parties de participer à l'élaboration d'une solution au conflit qui les oppose, cette méthode devrait, selon les plans établis par la Chancellerie, réduire le délai de la mise en état, et par là même accélérer « le traitement des dossiers civils longs et complexes »¹¹⁴⁵.

693. Pour ce faire, le nouvel article 807-1 du code de procédure civile prévoit dans un premier temps que la césure ne peut être demandée que durant la phase de mise en état de l'affaire. Dans la mesure où il s'agit pour le juge de ne statuer que sur l'essentiel du litige – le but étant d'accélérer l'instruction de l'affaire, il apparaîtrait en effet inutile d'étendre ce délai à l'ensemble de la procédure, à l'instar de ce qui est prévu pour la médiation, sans quoi la césure ne présenterait plus aucune utilité. Le texte prévoit dans un second temps que cette demande, qui est faite au juge de la mise en état, doit émaner de « l'ensemble des parties constituées », cette dernière devant être accompagnée d'un acte contresigné par avocat faisant mention des prétentions qu'elles souhaitent soumettre à la discrétion du juge¹¹⁴⁶. Cette exigence requiert par conséquent des parties qu'elles se mettent non seulement d'accord sur le recours à la méthode, mais également sur ce qui, à leurs yeux, constitue le cœur, le point nodal de leur litige. Cet exercice est cependant loin d'être aisé. Rappelons en effet que la phase de mise en état, en particulier à ses débuts, correspond pour bon nombre de justiciables à une période où règnent les illusions à la fois au regard du bien-fondé de leur position, mais également quant aux chances de succès qu'elles estiment être les leurs. Or, pour de meilleures chances de

¹¹⁴³ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6 ; encore G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *op. cit.*, p. 310.

¹¹⁴⁴ F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁴⁵ F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *op. cit.*, p. 188.

¹¹⁴⁶ C. pr. Civ., art. 807-1, al. 1^{er} et 2.

succès, c'est précisément à ce moment qu'il est conseillé aux parties d'émettre leur demande¹¹⁴⁷. Il conviendra donc que les avocats des parties concernées interviennent au préalable afin de préparer leurs clients à cette tâche, qui nécessitera sans doute l'existence de sérieux talents de négociateur, voire de médiateur. Il faudra néanmoins bien comprendre que la détermination du cœur du litige sera essentielle à la bonne poursuite de la césure, puisque c'est sur elle que l'ensemble du processus reposera. Se tromper quant à la nature du conflit dans ce cas de figure, c'est porter un coup considérable à l'efficacité de la mesure.

694. La création d'une nouvelle catégorie de jugement : le jugement partiel

– Lorsque le juge de la mise en état fait droit à la demande des parties de procéder à une césure du procès, il ordonne, selon les termes de l'article 807-1 al. 3 du code de procédure civile, la clôture partielle de l'instruction et renvoie l'affaire devant le juge du fond, à qui il incombera d'émettre un jugement partiel sur l'affaire. Si l'on comprend parfaitement l'état d'esprit qui accompagne ce nouveau dispositif – à savoir concentrer l'office du juge sur l'essentiel afin d'accélérer la procédure¹¹⁴⁸, qu'en est-il exactement de son régime ? Il est vrai, comme le fait remarquer Miren Lartigue, que le jugement partiel n'est ni un jugement avant dire droit, en ce sens qu'il emporte bel et bien l'existence d'une décision au fond, ni un jugement mixte, dans la mesure où il n'est ici pas question d'assortir la décision d'une mesure d'instruction ou d'une mesure provisoire¹¹⁴⁹ et par conséquent que la saisine du juge est épuisée une fois la décision partielle rendue – ce qui n'est pas le cas pour le jugement mixte. En ce sens, on remarquera que le jugement partiel se rapproche davantage d'un jugement au fond « classique », à l'exception près que ce dernier porte sur l'ensemble du litige. En bref, la mise en œuvre du jugement partiel dans le cadre de la césure du procès emporte bel et bien la création d'une nouvelle catégorie de jugement.

¹¹⁴⁷ C'est en effet ce que préconisait la Chancellerie dans une lettre d'actualité en expliquant que « ce procédé permet, lorsque l'orientation vers la césure intervient rapidement, de réduire les délais de la mise en état ». Document disponible sur :

https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/lettre_dacs_pro_fevrier_2023.pdf

¹¹⁴⁸ F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *op. cit.*, p. 188.

¹¹⁴⁹ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 7.

695. **Quid de l'appel ?** – Peut-on néanmoins considérer que cette particularité accompagne également le régime de l'appel ? Dans un premier temps, on aurait pu répondre par l'affirmative. C'est en tout cas ce que laissait entendre le projet originel, qui ne prévoyait la recevabilité de l'appel du jugement partiel pris sur césure qu'après l'écoulement d'un délai de trois mois. Si l'objectif de ce dispositif consistait à laisser aux parties le temps de résoudre à l'amiable les problématiques non traitées par le juge¹¹⁵⁰, on notera néanmoins qu'il fut assez froidement reçu par les praticiens, en particulier par le conseil national des barreaux (CNB), qui considérait que les parties n'engageraient aucune « phase amiable si le jugement partiel sur la table des négociations [était] susceptible d'appel au bout de trois mois »¹¹⁵¹. Il est vrai que cette situation est loin d'être hypothétique, en ce qu'elle touche à la volonté des parties d'échanger les informations qui sont en leur possession. Comme nous le mentionnions à propos de l'importance de la symétrie informationnelle dans le cadre du processus de résolution amiable lors de la phase de *discovery*, les parties peuvent être tentées de retenir certaines informations afin de mettre toutes les chances de leur côté en cas de procès. Ce phénomène, qui vise bien entendu à ne pas abattre toutes ces cartes trop tôt, pourrait parfaitement être transposé à la césure si ce délai d'appel de trois mois trouvait à s'appliquer. Fort heureusement, le décret n°2023-686 du 29 juillet 2023 abandonne cette mesure, en prévoyant dans un article 544 modifié du code de procédure civile, que « les jugements partiels, les jugements qui tranchent dans leur dispositif une partie du principal et ordonnent une mesure d'instruction ou une mesure provisoire peuvent être immédiatement frappés d'appel comme les jugements qui tranchent tout le principal ». Ce retour en arrière de la Chancellerie permet par conséquent d'entériner les craintes de la pratique.

696. Si l'ARA et la césure laissent donc entrevoir une alternative au recours obligatoire, nous allons néanmoins constater que leur potentiel laisse entrevoir certaines limites.

¹¹⁵⁰M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 7 ; F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *op. cit.*, p. 188.

¹¹⁵¹ M. LARTIGUE, *ibid.*, p. 7 ; On notera par ailleurs que ce dispositif fut critiqué par la magistrature, qui craignait à la fois qu'il complexifie la procédure, mais également qu'il retarde la résolution des litiges et qu'il alourdisse le travail reposant sur les épaules des magistrats (F. EUDIER, *ibid.*, p. 188).

B. L'audience de règlement amiable et la césure du procès : deux outils au potentiel discuté

697. L'audience de règlement amiable et la césure du procès présentent, par leur caractère innovant, de nombreux avantages permettant de replacer le juge sur l'échiquier des modes amiables. La volonté conjointe du législateur et du gouvernement d'en faire des outils à l'utilisation strictement volontaire peut également interpeler, en particulier à la lumière des dernières réformes qui tendaient à privilégier le recours obligatoire. S'agit-il là aussi d'un retour en arrière ? Et si tel est le cas, l'ARA et la césure peuvent-elles constituer des alternatives efficaces ? En réalité, rien n'est moins sûr. D'un côté, leur mise en œuvre questionne à la fois la doctrine et la pratique, qui émettent de nombreuses réserves quant à leur effectivité (1) ; de l'autre, leur champ d'application risque d'être considérablement réduit par l'application de l'article 750-1 du code de procédure civile et son recours préalable obligatoire aux modes amiables (2).

1. Des réserves sur la mise en œuvre de ces outils

698. S'il est un fardeau commun à l'ensemble des méthodes nouvelles, c'est bien celui de convaincre, de démontrer son efficacité. Si l'on en croit la littérature sur le sujet, l'ARA et la césure du procès ont encore bien du chemin à faire. Il est vrai que depuis le lancement de la politique de l'amiable en janvier 2023, la pratique et la doctrine se sont longuement questionnées quant au sens et à l'utilité d'ajouter ces deux nouveaux dispositifs au panel de ceux dont nous disposons déjà. On notera également que la présentation qui en a été faite ne semble pas avoir convaincu le milieu juridique, en ce que de nombreuses réserves, tantôt concernant l'ARA, tantôt la césure ou encore communes aux deux méthodes, furent émises à leur endroit.

699. **L'ARA : sources de nombreuses réserves** – Des deux méthodes, c'est à ce jour l'ARA qui enregistre le plus de réserves. La première porte sur l'aspect multidimensionnel de l'office du juge, qui, il faut bien le dire, ne convainc pas l'ensemble des magistrats. Parmi les réfractaires, certains considèrent en effet qu'il convient de séparer les fonctions de juger, incarnée par la *jurisdictio*, et celle de concilier, qui sont tout

bonnement incompatibles¹¹⁵². Il apparaîtrait dès lors opportun de laisser au juge la première et de confier à un tiers le soin d'exécuter la seconde, afin d'éviter tout danger potentiellement engendré par ce mélange des genres, en particulier en raison de la différence de formation qu'ils requièrent¹¹⁵³. On remarquera d'ailleurs qu'à leurs débuts, les CRA québécoises avaient suscité les mêmes réactions de la part de certains magistrats, qui considéraient qu'ils étaient là « pour entendre une cause et décider en fonction de la preuve, pas pour proposer des solutions originales »¹¹⁵⁴. Le fait est qu'à ce jour, près de la moitié des juges de la Cour supérieure du Québec pratiquent volontairement cette méthode¹¹⁵⁵, sans qu'aucun incident n'ait, à notre connaissance, été rapporté. On notera dans le même état d'esprit que la fonction de concilier en France est intimement liée à l'office du juge, en particulier depuis la naissance de l'article 21 du code de procédure civile en 1975, qui dispose qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Il est vrai néanmoins que pour fonctionner de manière optimale, l'accent doit être mis sur la formation des magistrats concernés, en ce que ces deux fonctions requièrent bel et bien des compétences différentes. Là encore, des efforts ont été réalisés aussi bien à la Cour supérieure du Québec, qui, dans le cadre des CRA, organise depuis 2004 une formation obligatoire de l'ensemble des magistrats qui composent sa juridiction à cette méthode¹¹⁵⁶, que du côté de l'ENM, qui prévoit de plus en plus d'enseignements dédiés à la connaissance des modes amiables et de leur fonctionnement¹¹⁵⁷. Il est à ce titre fort à parier qu'une formation aux ARA sera proposée aux corps judiciaires concernés. Il conviendra néanmoins d'en déterminer la forme ainsi que le caractère obligatoire ou non.

700. Un risque d'effectifs insuffisants - La deuxième réserve émise conjointement par la doctrine et la pratique concerne quant à elle les effectifs nécessaires au bon fonctionnement de l'ARA. En dépit de l'annonce du gouvernement de faire appel à des magistrats honoraires et/ou temporaires afin de présider ces audiences, plusieurs auteurs considèrent en effet qu'une telle mesure ne sera pas de nature à pallier les pénuries qui sévissent d'ores et déjà dans le monde judiciaire¹¹⁵⁸. Pour l'Union syndicale

¹¹⁵² L. MAYER, « La future audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ M. LEMELIN, F. ROLLAND, « Le procès, c'est forcément un gagnant et un perdant », *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁵⁸ Voir par exemple : F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *op. cit.*, p. 188 ; L. MAYER, « La future audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 14 ; ou encore M.

des magistrats, un tel dispositif nécessiterait en réalité la mise en œuvre de « renforts extrêmement importants en moyens humains »¹¹⁵⁹. Dans le même état d'esprit, certains auteurs, tels que la professeure Frédérique Eudier, s'interrogent sur la mise en œuvre de l'ARA au sein des petites juridictions. Elle observe en effet que « si le juge qui préside l'ARA est différent des trois juges qui siègent à l'audience collégiale », il sera potentiellement difficile de trouver suffisamment de magistrats civilistes pour s'atteler à la tâche. On notera également qu'au-delà de réunir les effectifs suffisants en vue de leur bon fonctionnement, il faut encore pouvoir intéresser les magistrats – honoraires, temporaires ou permanents – à la pratique de l'ARA. Or, comme le rappelait le juge québécois François Rolland, cela ne relève pas de la mince affaire¹¹⁶⁰. Afin de pallier ces problématiques, le Conseil national des barreaux a proposé que l'ARA puisse être présidée par un avocat ou un avocat honoraire choisi sur la liste des médiateurs. En plus de rejoindre la pratique originelle des CRA québécoises¹¹⁶¹, cette proposition présenterait également l'avantage d'élargir considérablement le champ d'action des ARA, dans la mesure où le nombre d'avocats en France est bien supérieur à celui des juges¹¹⁶². Profitable sur le plan quantitatif, une telle mise en œuvre contribuerait néanmoins à faire perdre son état d'esprit à l'ARA, dont l'intérêt réside principalement dans l'accès au juge, tout conciliateur soit-il dans ce cas de figure.

701. Des moyens financiers inadaptés – Principalement émise par le Conseil national des barreaux, la troisième réserve concerne quant à elle la question des moyens financiers alloués à la politique de l'amiable, en particulier dans le cadre de l'ARA. S'il est vrai que le garde des Sceaux a annoncé la revalorisation de l'indemnisation des avocats intervenant au titre de l'aide juridictionnel, le CNB remarque néanmoins son caractère insuffisant, en ajoutant qu'en matière de MARD, les barèmes d'indemnisation sont « soit

LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁵⁹ F. EUDIER, *ibid.*, p. 188.

¹¹⁶⁰ M. LEMELIN, F. ROLLAND, « Le procès, c'est forcément un gagnant et un perdant », *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁶¹ Qui étaient présidées par des avocats de 1987 à 1990 (*ibid.*, p. 154).

¹¹⁶² Le nombre d'avocat au 1^{er} janvier 2020 était de 70.073 en France (Direction des affaires civiles et du sceau, *Statistiques sur la profession d'avocat*, Ministère de la justice, Janvier 2021, p. 6) ; On dénombrait 11,2 juges professionnels des ordres judiciaire et administratif pour 100.000 habitants en 2020 en France (S. VAN PUYVELDE, *Les données de la justice française au regard des comparaisons internationales*, Infostat Justice, n°188, octobre 2022, p.1).

inexistants, soit inadaptés »¹¹⁶³. Si tel est le cas, il convient alors de rappeler que dans le cadre d'une réforme qui implique un tel changement de mentalité, à l'instar de celle que nous étudions, le soutien et l'approbation de l'ensemble du corps judiciaire sont nécessaires¹¹⁶⁴. Il faut donc, en d'autres termes, que les professionnels s'approprient ces méthodes et il convient donc de les y inciter. La question de la rémunération des avocats revêt donc une importance toute particulière en la matière. Il importe donc à la chancellerie de ne pas la négliger.

702. La problématique du ré-audiencement en cas d'échec – Il s'agit là d'une grande inconnue au sujet de l'ARA : que se passe-t-il au regard du ré-audiencement de l'affaire en cas d'échec de la mesure ? Bien qu'il ne soit pas ici question d'une réserve à proprement parler, mais plutôt d'une interrogation, il est vrai qu'il s'agit là d'une problématique importante en pratique et que cette dernière influera en grande partie sur le succès du dispositif. Toute la question porte en réalité non pas sur le ré-audiencement à proprement parler – il ne fait aucun doute que l'affaire sera bien présentée au juge du fond en cas d'échec total ou partiel de l'ARA, mais plutôt sur sa date. Comme le fait remarquer Miren Lartigue, un délai de ré-audiencement rapide contribuerait à renforcer l'image et l'attractivité du dispositif¹¹⁶⁵. Néanmoins, un bref rapprochement avec le manque d'effectif que nous faisons mention à l'instant laisse entendre que ce délai risque de subir un allongement en raison d'un phénomène d'encombrement, que les juridictions connaissent déjà malheureusement fort bien.

703. L'absence de pouvoir d'injonction du juge – La dernière réserve est émise de concert par le juge Fabrice Vert et Béatrice Gorchs-Gelzer, qui remettent en cause le caractère exclusivement volontaire des ARA¹¹⁶⁶. Il est vrai qu'à l'heure actuelle, le succès du dispositif en vigueur repose principalement sur le devoir préalable d'information des avocats, bien souvent premiers interlocuteurs juridiques des parties. Ce rôle peut également être joué par le juge saisi du litige, mais il est peu probable qu'il

¹¹⁶³ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁶⁴ Voir par exemple : F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁶⁵ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁶⁶ F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *op. cit.*

soit souvent mis en œuvre, dans la mesure où il supposerait que le magistrat en question ordonne la comparution personnelle des parties, ce qui en pratique n'est pas forcément chose aisée, compte tenu de la charge de travail qui s'impose à lui. Les auteurs estiment néanmoins que pour être viable, le dispositif devrait permettre au magistrat d'enjoindre aux parties de rencontrer un juge-conciliateur, dans les cas où il estime que l'affaire présente des prédispositions à la conciliation. Il incomberait alors à ce dernier d'informer les parties quant aux avantages que présentent les ARA et en quoi elles pourraient servir leurs intérêts¹¹⁶⁷. Or en reposant uniquement sur la volonté des parties, Fabrice Vert et Béatrice Gorchs-Gelzer craignent que les ARA rencontrent peu de succès auprès du public, en rappelant que c'est bel et bien le mécanisme de l'injonction de rencontrer un médiateur qui a permis à la médiation de gagner en popularité¹¹⁶⁸. Selon eux, la position adoptée par la Chancellerie contreviendrait également aux objectifs initiaux de la réforme, qui visaient notamment à améliorer l'orientation préalable des parties vers le mode amiable le plus approprié à leur situation.

704. On notera néanmoins que le pouvoir d'injonction du juge dans le cadre des ARA peut poser quelques difficultés. Il contribuerait tout d'abord à contrevenir à l'esprit initial du dispositif, qui vise, comme le rappelle par exemple Miren Lartigue, à ne pas contraindre les parties¹¹⁶⁹. Il serait ensuite susceptible de véhiculer un mauvais message à l'endroit des avocats, dont la fiabilité au regard de leur devoir préalable d'information pourrait être remise en question. Il serait enfin délicat de le mettre en œuvre dans le cadre des affaires soumises à l'application de l'article 750-1 du code de procédure civile, qui, par définition, ont déjà dû procéder à une tentative de résolution amiable. Instaurer un second filtre poserait par conséquent deux problèmes. Le premier suppose que si les parties parviennent au juge, c'est que le règlement amiable tenté en amont s'est révélé au moins partiellement infructueux. Une nouvelle tentative intervenant dans le cadre l'injonction du juge de rencontrer un magistrat-conciliateur pourrait par conséquent se révéler inutilement consommatrice en temps et en moyen. Le second, c'est qu'un tel dispositif pourrait constituer une forme d'obstruction de l'accès à la justice. En effet, si la

¹¹⁶⁷ F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁶⁸ F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *op. cit.*

¹¹⁶⁹ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6.

Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union européenne reconnaissent bel et bien la possibilité pour les États d'imposer le recours obligatoire préalable à un mode amiable « sans que cela ne contrevienne ni à l'article 6§1 CEDH¹¹⁷⁰, ni aux principes d'équivalence, d'effectivité et de protection juridictionnelle effective¹¹⁷¹, on pourrait néanmoins se questionner sur le bien-fondé de la mise en œuvre d'un second préalable, certes non-systématique, mais non moins obligatoire lorsqu'il est prononcé par le juge. Cette problématique prend d'ailleurs tout son sens lorsqu'on les rapproche aux conditions posées par la Cour de Luxembourg, qui souligne que pour être acceptable, un tel dispositif ne doit pas entraîner « de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel », ni générer de frais, ou de frais trop importants pour les parties¹¹⁷².

705. La césure du procès : source de complexification de la procédure – La césure du procès, peut-être parce qu'elle se rapproche davantage de l'office traditionnel du juge, n'a pas suscité autant d'inquiétude que l'ARA. La littérature juridique s'accorde en effet pour lui reconnaître un seul – mais néanmoins important – défaut : sa complexité¹¹⁷³. Il est vrai, nouveauté oblige, que tout chez elle interroge. Qu'il s'agisse de son régime probablement encore incompris, ou de la nature du jugement qui en découle, rien n'est réellement comparable à un dispositif déjà existant au sein de notre droit national. Il s'agit là, comme le relève Maya Assi, membre de la commission Textes du CNB, d'un « ovni procédural »¹¹⁷⁴.

706. Pour bon nombre d'auteurs, la complexité de ce mécanisme est susceptible d'engendrer un certain nombre de conséquences, à commencer par l'allongement de la procédure, et par là-même des délais. Il est évident qu'une telle hypothèse n'est pas rassurante, en particulier parce qu'elle contrevient à l'un des objectifs principaux fixés par la Chancellerie à l'occasion du lancement de la politique de l'amiable, à savoir la

¹¹⁷⁰ CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, Momcilovic c. Croatie.

¹¹⁷¹ CJUE, 18 mars 2010, n° C-317/08 à C-320/08, Alassini et al. c. Italie.

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ V. AVENA-ROBARDET, « Du contentieux à l'amiable », *AJ famille*, n°4, (18 avr. 2023), p. 185 ; F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *AJ famille*, n°4, (18 avr. 2023), p. 188 ; ou encore M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *Gaz. Pal.*, n°10, (21 mars 2023), p. 6.

¹¹⁷⁴ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6.

division par deux de la durée du procès d'ici 2027¹¹⁷⁵. Miren Lartigue note par ailleurs que la césure, telle qu'elle est construite, n'aura réellement d'intérêt à s'appliquer qu'aux affaires longues et techniques, qui ne concernent en réalité qu'une part subsidiaire du contentieux civil français¹¹⁷⁶. Par conséquent, il ne faudra là encore pas compter sur ce dispositif pour atteindre les objectifs fixés. Enfin, doctrine et pratique craignent que la complexité de la césure ne fasse apparaître un contentieux supplémentaire¹¹⁷⁷. Ce risque pourrait, au moins dans un premier temps, trouver ses fondements dans une mauvaise compréhension du dispositif, aussi bien par les magistrats que par les avocats. Si cela devait se vérifier, il est évident que la bonne application de la réforme serait mise à mal, non seulement pour le présent, mais également pour l'avenir. Il est en effet fort à parier qu'un système à la fois complexe et à première vue peu efficace ne saura pas convaincre les professionnels concernés du bienfondé de son utilisation.

707. Critiques communes : une simple superposition de méthodes – Ceci nous amène par conséquent à nous interroger sur la pertinence de cette réforme, que certains considèrent peu ambitieuse, voire insuffisante¹¹⁷⁸. Guillaume Kessler regrette en outre que la grande majorité du dispositif repose sur l'unique ajout de deux méthodes supplémentaires à l'arsenal d'outils déjà existant à l'heure actuelle. Selon lui, l'approche adoptée ici n'est pas la bonne, en ce qu'une telle réforme aurait dû nécessiter une réflexion approfondie sur « la manière dont les conflits [...] doivent être résolus »¹¹⁷⁹. Il est par ailleurs loisible de se demander si cette solution est pertinente compte tenu du contexte actuel. On le sait, le système judiciaire est en mauvaise santé, exsangue diront certains¹¹⁸⁰, Les moyens humains et matériels manquent cruellement au fonctionnement d'une justice normale. Comment dès lors envisager qu'un tel système puisse fonctionner ? Le garde des Sceaux a bien annoncé une augmentation « exceptionnelle » de ces moyens, mais seront-

¹¹⁷⁵ V. AVENAT-ROBARDET, « 2023 : accélération de la déjudiciarisation », *AJ famille*, n°1, (13 janv. 2023), p. 1.

¹¹⁷⁶ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁷⁷ G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *op. cit.*, p. 310.

¹¹⁷⁸ F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable », *op. cit.*, p. 26 ; F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *op. cit.* ; ou encore G. KESSLER, *ibid.*, p. 310.

¹¹⁷⁹ G. KESSLER, *ibid.*, pp. 310-11.

¹¹⁸⁰ M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *op. cit.*, p. 6.

ils suffisants ? Seule la pratique permettra de répondre à ces questions. Nous ne pouvons en attendant qu'espérer que l'ensemble de ces craintes soient infondées.

708. Dès lors, si la mise en œuvre de l'ARA ne laisse entrevoir qu'une probabilité mitigée de succès, nous allons voir que la renaissance de l'article 750-1 du code de procédure civile affaiblie encore davantage la perspective d'un retour au recours strictement volontaire des modes amiables, que la mise en œuvre de cette méthode pouvait laisser entrevoir.

2. Un retour au volontariat limité par l'article 750-1 du code de procédure civile

709. **Un impact sur l'ARA et la césure** – Si l'on considère le caractère volontaire de l'ARA et de la césure du procès comme un potentiel retour en arrière du pouvoir réglementaire et du législateur, qui semblaient jusqu'alors privilégier le recours obligatoire aux modes amiables à l'occasion des dernières réformes en date, l'article 750-1 du code de procédure civile pourrait, au moins partiellement, imposer de revoir cette position. Créé par l'article 4 du décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019, ce dernier instaure en effet dans le code de procédure civile la tentative de résolution amiable obligatoire, préalable à toute saisine du juge¹¹⁸¹. Il dispose à ce titre qu'à « peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice est précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative ». Ce prérequis n'est bien entendu pas d'application générale et ne concerne que « les demandes qui tendent au paiement d'une somme n'excédant pas 5.000€ », mais également celles relatives à l'une des actions mentionnées aux articles R.211-3-4 et R.211-3-8 du code de l'organisation judiciaire¹¹⁸², ou encore les affaires portant sur « un trouble anormal du voisinage »¹¹⁸³. S'il est vrai que le contentieux concerné par ces domaines ne concerne

¹¹⁸¹ On notera toutefois que ce préalable ne constituait pas une nouveauté à cette date, puisqu'il fait en réalité écho à l'article 4 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016.

¹¹⁸² Les actions mentionnées au sein de ces articles portent sur des domaines très particuliers comme les actions en bornage pour le premier, ou encore celles relatives « au curage des fossés et canaux servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines et moulins » pour le second (cette liste n'est pas exhaustive).

¹¹⁸³ Cette dernière option n'était pas présente dans la version d'origine de l'article. Elle fut ajoutée par l'article 1^{er} du décret n°2022-245 du 25 février 2022.

pas la grande majorité des affaires enregistrées devant les juridictions civiles, il est tout de même possible de déterminer qu'il s'agit là d'un contentieux plutôt important, en particulier pour le premier. Le ministère de la justice révèle en effet qu'en 2019, environ 660.000 affaires nouvelles portant sur le contentieux de l'impayé furent enregistrées auprès des juridictions civiles. Parmi elles, 58% portaient sur des injonctions de payer au sujet de créances au montant compris à 46% entre 1 et 2.000 euros¹¹⁸⁴. Il précise en outre que moins d'une créance sur dix était d'un montant supérieur à 10.000 euros¹¹⁸⁵.

710. Loin de pouvoir être écartée d'un revers de main, cette proportion d'affaires soumises au régime de l'article 750-1 du code de procédure civile est suffisamment importante pour s'interroger quant à son impact sur l'éventuel retour au recours volontaire initié par l'ARA et la césure. Pour en comprendre la nature, il faut avant tout intégrer que l'objectif de ce texte consiste à détourner du système judiciaire une partie des flux, de manière systématique. En d'autres termes, cela implique que les affaires concernées par le recours préalable obligatoire de l'article 750-1 ne sont, au moins dans un premier temps, pas censées être présentée à un juge. Le but recherché consiste alors à ce que les parties parviennent, avec l'aide d'un conciliateur, d'un médiateur ou d'avocats intervenant dans le cadre d'une procédure participative, à une solution de manière autonome, afin de décharger les magistrats d'un certain nombre d'affaires chronophages. Par conséquent, le mécanisme de l'article 750-1 implique soit que les parties ne rencontreront jamais de juge si elles parviennent à un accord, soit qu'elles ne le rencontreront qu'après ce passage obligatoire, en cas d'échec total ou partiel de la mesure. Dans un cas comme dans l'autre, l'obligation préalable reste donc de mise.

711. Le raisonnement que nous tiendrons ici relèvera dès lors de l'évidence chronologique. Dans la mesure où, pour en bénéficier, l'ARA et la césure supposent toutes deux que les parties accèdent au juge, et que le mécanisme de l'article 750-1 du code de procédure civile vise justement à les en éloigner, il semble par conséquent impossible pour un certain nombre d'affaires de bénéficier de cette potentielle marche arrière. Cette hypothèse implique dès lors que l'impact de l'article 750-1 sur le recours volontaire est

¹¹⁸⁴ Ces chiffres sont disponibles sur : <https://www.justice.gouv.fr/injonctions-payer-2019-demande-lopposition> [consulté le 23/08/2023].

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

non seulement bien réel, mais également d'une certaine importance, compte tenu du nombre de cas qu'il concerne.

712. Les exceptions à l'application de l'article 750-1 CPC – L'article 750-1 du code de procédure civile fait mention de cinq exceptions à son application, parmi lesquelles figurent notamment la sollicitation par l'une des parties au moins de l'homologation d'un accord, ou encore la démonstration que « le créancier a vainement engagé une procédure simplifiée de recouvrement de petites créances »¹¹⁸⁶. Si ces dernières ne concernent pas directement l'hypothèse dont nous venons de faire mention, tel n'est pas le cas de la quatrième de ces exceptions, qui pourrait contribuer à la remettre en cause. Cette dernière retient en effet que le régime de l'article 750-1 n'est pas applicable dans le cas où « le juge ou l'autorité administrative doit, en application d'une disposition particulière, procéder à une tentative préalable de conciliation ». Si la césure ne pose ici aucun problème en ce qu'elle ne consiste pas à concilier les parties, l'ARA, elle, pourrait à première vue correspondre à ces critères, contribuant ainsi à limiter l'impact de l'article 750-1 sur notre hypothèse. Néanmoins, certains éléments nous poussent à croire qu'il n'en est rien. D'un point de vue chronologique tout d'abord, on remarque en effet que le 4° de l'article date de sa codification, en 2020. Il est donc resté totalement inchangé depuis sa mise en vigueur, époque à laquelle l'idée d'importer l'audience de règlement amiable était, sinon inexistante, au moins lointaine. On admettra par conséquent que l'exception qu'il comporte ne concerne pas directement les ARA. D'un point de vue terminologique ensuite, on note que l'article emploie le verbe « devoir », qui suppose l'obligation du juge de procéder à la conciliation. Or, on le sait désormais, il ne s'agit, dans le cadre de l'ARA, que d'une faculté du juge, qui ne s'emploie à la tâche qu'avec l'accord des parties. Par conséquent, difficile, là encore, d'admettre que cette exception puisse s'appliquer dans le cadre de l'ARA. Il en ressort dès lors que l'article 750-1 du code de procédure civile serait bel et bien susceptible de s'appliquer pleinement, confirmant ainsi l'hypothèse que nous évoquions plus haut.

713. L'attachement du pouvoir réglementaire au recours obligatoire – On notera par ailleurs que l'actualité juridique concernant l'article 750-1 du code de procédure civile a récemment permis de démontrer que le recours obligatoire aux modes

¹¹⁸⁶ C. pr. civ., art. 750-1, 1° et 2°.

amiables n'était probablement pas encore sur le point de disparaître. En effet, après à peine deux années d'existence, l'article 750-1 est annulé par le Conseil d'État. Dans son arrêt du 22 septembre 2022, la juridiction administrative justifie sa décision en retenant que certaines des dispositions qu'il comporte sont imprécises¹¹⁸⁷. En cause, le 3° de l'article, qui prévoyait notamment la possibilité pour les parties de bénéficier d'une dispense en cas d'« indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ». Selon le Conseil d'État, c'est précisément cette notion de « délai manifestement excessif » qui pose problème, en ce qu'elle n'est définie par aucun élément objectif¹¹⁸⁸. En l'état, le Conseil retient par conséquent que l'article 750-1 porte atteinte « au droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction », garanti par l'article 16 DDHC et conclu donc à son annulation¹¹⁸⁹.

714. Comme on le sait en France, le temps administratif ne répond pas aux mêmes impératifs que celui du commun des mortels. Ainsi aurait-on pu légitimement s'attendre à ce que la réponse du pouvoir réglementaire n'intervienne qu'après l'écoulement d'un délai, que les mauvaises langues auraient pu qualifier de « manifestement excessif ». Tel ne fut cependant pas le cas. Il n'aura en effet fallu que quelques mois à la Chancellerie pour préparer les corrections nécessaires à la réhabilitation de l'article 750-1 du code de procédure civile. Incluses au sein du décret n° 2023-357 du 11 mai 2023, ces dernières définissent désormais précisément la notion litigieuse, en fixant l'ancien « délai manifestement excessif » de la version d'origine « à trois mois à compter de la saisine du conciliateur », la preuve pouvant être rapportée par tout moyen¹¹⁹⁰. Ces modifications étant, depuis lors, entrées en vigueur, l'article est de nouveau applicable.

715. Que faut-il par conséquent déduire de cette action rapide du pouvoir réglementaire ? Tout simplement qu'il est encore attaché au recours obligatoire. Il est vrai, au risque de nous répéter, que celui-ci permet de détourner un nombre relativement important d'affaires du circuit traditionnel, qui impliquerait non seulement la saisine du

¹¹⁸⁷ CE, n° 436939 et 437002 du 22 sept. 2022, §42.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, §42.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, §42.

¹¹⁹⁰ C. pr. civ., art. 750-1, 3° (version en vigueur au 13 mai 2023).

juge, mais également leur mise en état et l'organisation d'audiences au fond, tant d'étapes consommatrices de moyens, aussi bien humains que financiers. Considérant à la fois l'état actuel des services judiciaires, ainsi que le changement de mentalités souhaité par le lancement de la politique de l'amiable, il semble dès lors évident que le recours obligatoire aux modes amiables ne sera pas abandonné de sitôt.

716. Pour finir, on retiendra que le lancement de la politique de l'amiable marque, au moins sur le papier, une belle avancée pour la résolution amiable des conflits, en ce qu'elle manifeste l'intérêt de plus en plus appuyé du législateur et du pouvoir réglementaire pour ces méthodes. S'il s'agit là d'une nouvelle positive, il importe toutefois aux décideurs de ne pas se méprendre quant à leurs intentions, réelles ou supposées. Réformer en faveur de l'amiable, c'est en effet faire un pas dans le sens de la transition vers une justice douce et adaptée aux besoins des parties, mais c'est également apporter une réflexion approfondie sur le sujet. En ce sens, peut-on considérer que l'unique ajout de deux méthodes aux outils déjà existants répond à ce critère ? Les craintes et critiques formulées à la fois par la doctrine et la pratique semblent d'ores et déjà donner un élément de réponse. Guillaume Kessler manifeste à ce titre un pessimisme affiché quant à l'issue de cette réforme, en reconnaissant que l'arrivée de l'ARA et de la césure ne permettra pas de régler « les difficultés dramatiques rencontrées par la justice »¹¹⁹¹. Pour lui, une telle réforme aurait dû nécessiter une réflexion beaucoup plus appuyée sur le fond, impliquant par exemple d'étudier plus en détail l'éventualité d'adopter une approche pluridisciplinaire de la résolution des conflits, comme l'on fait l'Allemagne, la Belgique, la Suisse ou encore le Québec¹¹⁹². En l'absence de ce travail préalable, on comprend dès lors que la réforme engagée ne sera en mesure de produire que des effets de faible ampleur, insuffisants donc pour pallier la réduction des délais annoncés par la Chancellerie.

¹¹⁹¹ G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *op. cit.*, p. 312.

¹¹⁹² Guillaume Kessler étudie l'ensemble des dispositifs présents dans ces pays. Voir à ce titre : *Ibid.*

CONCLUSION

717. En entamant ces travaux, nous nous demandions comment développer le recours aux modes amiables. La réponse apportée devait alors permettre, au moyen de la comparaison avec les systèmes en vigueur aux États-Unis et au Canada, de fournir une certaine contribution à la réflexion générale au sujet de l'amélioration de la santé de la justice française, mais également autour de l'intérêt que ces dispositifs présentent dans le cadre de la pacification des relations entre les justiciables eux-mêmes.

718. Désormais parvenue à son terme, notre étude aura permis de démontrer que ce but pouvait être atteint de deux façons. La première réside dans l'incitation à recourir aux modes amiables ; la seconde dans le recours obligatoire. Particulièrement importante, la première vise avant tout à permettre non seulement aux justiciables, mais également aux professionnels du droit de s'appropriier ces dispositifs, nouveaux pour beaucoup d'entre eux. Le développement du recours aux modes amiables par ce biais présente néanmoins un aléa important, en ce sens qu'il est dépendant de la réceptivité de ces acteurs du procès. Difficile par conséquent d'établir avec précision les résultats qui seront susceptibles d'en découler.

719. De plus en plus évoqué par les réformes successives en France, mais également bien implanté aux États-Unis et au Canada, le recours obligatoire aux modes amiables permet de pallier ce risque. Afin de parachever ce but, le recours obligatoire est amené à prendre plusieurs formes. La première est ponctuelle, et correspond à l'injonction du juge à recourir à un mode amiable. Particulièrement fructueux en Floride, ce régime, également instauré en France depuis la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle ne s'impose pas systématiquement aux parties, mais dépend en réalité de la volonté du juge, qui les renvoie vers un mode amiable lorsqu'il l'estime nécessaire. À l'inverse, la seconde est automatique et s'impose par conséquent à l'ensemble des affaires répondant aux critères établis par la loi. Chacune de ces deux formes présente en réalité des avantages qui leur sont propres. La première permet par exemple de cibler les cas les plus à même de parvenir à un accord, augmentant

ainsi les chances pour la mesure d'aboutir favorablement, alors que la seconde constitue un passage obligé, contraignant un nombre important de parties et de professionnels à se confronter aux modes amiables et à leur logique. L'idée d'un tel dispositif vise alors à développer la culture de l'amiable, afin d'en démocratiser l'usage.

720. Efficacité discutée du recours obligatoire - Le recours obligatoire, en particulier lorsqu'il est systématique, présente néanmoins l'inconvénient de ne pas prendre en compte les aspects subjectifs des affaires auxquelles il se confronte (tels que leur complexité, l'état de la relation entre les parties ou encore leur capacité à communiquer). Il engendre par conséquent le risque d'envoyer en résolution amiable un nombre plus ou moins important d'affaires non adaptées à ces dispositifs, occasionnant par là même leur échec. Dans de telles conditions, le recours obligatoire ne fait dès lors que retarder le procès et constitue donc une perte de temps et d'argent pour les parties¹¹⁹³. C'est d'ailleurs ce qu'a permis de mettre en lumière l'échec, en France, de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO), mise en œuvre à titre expérimental par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle, qui ne donnait lieu qu'à 10% d'accord¹¹⁹⁴.

721. Résultats obtenus : quelques propositions – Que faut-il dès lors conclure de l'ensemble de ce qui précède ? Tout d'abord que le développement du recours aux modes amiables ne doit pas se limiter à l'une ou l'autre de ces méthodes. En effet, si l'incitation et l'obligation proposent des solutions différentes, elles sont en réalité complémentaires. La mise en œuvre d'une politique efficace de développement de ces dispositifs doit par conséquent les prendre en compte toutes les deux, dans le but de pouvoir atteindre les justiciables et les professionnels d'une manière ou d'une autre. Car le nerf de la guerre est en effet celui-là : parvenir à organiser la rencontre entre les modes amiables et leurs usagers potentiels.

¹¹⁹³ V. BOUSSARD et al., « La tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) : une obligation qui n'arrive pas à ses fins », *Informations sociales*, vol. 3, n°207, (2022), p. 30.

¹¹⁹⁴ V. BOUSSARD et al., *ibid.*, p. 24 ; P. JANUEL, « L'échec relatif de la tentative de médiation familiale obligatoire », *Dalloz Actualité*, (8 fév. 2021), disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-echec-relatif-de-tentative-de-mediation-familiale-obligatoire#.YCEVXGPjI3g> ; ou encore V. AVENA-ROBARDET, « Du contentieux à l'amiable », *AJ famille*, n°4, (18 avr. 2023), p. 185.

722. **Recourir à l'éducation : un prérequis fondamental** – Pour ce faire, nous pensons que la priorité doit être donnée à l'incitation au recours, et plus particulièrement à l'éducation. À ce titre, l'accent doit, en premier lieu, être mis sur les professionnels présents et à venir, car leur soutien est primordial à la bonne conduite de la transition vers l'amiable¹¹⁹⁵. Il est en effet impossible, selon nous, d'envisager un tel développement sans eux, qui sont bien souvent les premiers interlocuteurs des parties, en particulier concernant les avocats. Pour ce faire, il est dès lors important que les professionnels comprennent l'intérêt que représentent les modes amiables pour eux ainsi que pour les parties¹¹⁹⁶, mais également qu'ils en intègrent le fonctionnement, afin de pouvoir conseiller leurs clients sur la méthode la plus adaptée à leurs besoins. Pour cela, il est important qu'universités et écoles professionnelles (écoles d'avocats, ENM, etc.) prennent leurs responsabilités afin d'offrir des enseignements obligatoires et entièrement dédiés à ce sujet, intervenant le plus tôt possible dans le cursus, à l'image des *dispute resolution weeks* de l'université de la Saskatchewan, ou des programmes enseignés à l'université de Sherbrooke au Canada. Pour les professionnels en exercice, on notera que s'il existe d'ores et déjà des enseignements consacrés à l'amiable dans le cadre de leur formation continue (notamment pour les magistrats et les avocats), ces derniers ne sont néanmoins pas obligatoires. Il pourrait par conséquent être intéressant d'étudier la possibilité d'imposer à ces professionnels un certain nombre d'heures d'enseignements sur la question, sur une base régulière¹¹⁹⁷. Par ailleurs, et contrairement à la médiation scolaire, de telles mesures permettraient d'envisager de bons résultats à court terme, en particulier si l'on considère le nombre important de professionnels déjà actifs, auxquels s'ajouteront les étudiants, qui le deviendront un jour.

723. **Améliorer la lisibilité des MARD : une refonte du code de procédure civile** – Dans la continuité de l'éducation, il semblerait opportun de retravailler la lisibilité des MARD, afin d'en simplifier l'accès aussi bien aux justiciables qu'aux professionnels. Si, comme nous l'avons vu, la terminologie ou la proximité entre certaines méthodes peut porter à confusion¹¹⁹⁸, nous considérons néanmoins que le chantier le plus important

¹¹⁹⁵ F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effectif du juge français ? », *JCP G*, n°24 (suppl.), (19 juin 2023), p. 27.

¹¹⁹⁶ *Ibid.*

¹¹⁹⁷ Par exemple tous les ans ou tous les deux ans, afin de rester informé des évolutions à ce sujet.

¹¹⁹⁸ Nous renvoyons à ce titre notamment à la distinction que nous essayions d'effectuer entre la médiation et la conciliation, pp. 145 et s.

concerne le travail à effectuer sur la multitude de textes épars applicables à ce jour. Selon nous, il apparaîtrait en effet opportun de réunir l'ensemble de ces règles afin de les faire figurer dans une partie réservée aux MARD dans le code de procédure civile, à l'instar du Québec, en 2016. Il s'agirait là, bien entendu, d'un travail d'envergure, mais un tel effort ne serait pas vain, en ce qu'il permettrait, selon nous, aux professionnels et aux justiciables néophytes de s'intéresser plus facilement à la matière et à son application.

724. Importer des dispositifs nord-américains : les JDR et les ENE – Il serait également possible d'inciter le recours par la mise en œuvre de méthodes flexibles et proches de la justice traditionnelle, afin d'encourager une transition douce vers l'amiable¹¹⁹⁹. Un dispositif semblable aux *judicial dispute resolutions* (JDR) en vigueur en Alberta pourrait selon nous jouer ce rôle. Ces derniers ont en effet permis de mettre en lumière des résultats tout à fait intéressants, avec un taux de réussite oscillant entre 80 et 85%, toute matière confondue¹²⁰⁰. Par ailleurs, rien ne s'oppose à l'heure actuelle à ce qu'un tel dispositif voit le jour en France, dans la mesure où il est parfaitement compatible avec le droit applicable. Bien entendu, pour qu'il puisse fonctionner, il conviendrait de proposer aux magistrats qui souhaiteraient contribuer à ce projet une formation sérieuse aux JDR, afin que ces derniers puissent répondre de la meilleure façon aux besoins des parties. Il semblerait également opportun d'adopter une position claire quant à certains éléments sur lesquels nous alertions lors de l'étude de cette méthode, en particulier concernant la possibilité ou non pour le juge d'organiser des apartés avec l'une ou l'autre des parties (*caucus*), ou encore sur le nombre de magistrats impliqués dans chaque affaire soumise aux JDR. Pour le premier, nous considérons que les *caucus* devraient être proscrits, dans la mesure où ces derniers risquent d'influencer la position du juge, sans laisser d'occasion à la partie adverse de s'expliquer sur ce qui aura été abordé à l'occasion de cette conversation confidentielle. Pour le second, nous considérons qu'un système à deux juges (un juge JDR et un juge du fond différents) offre aux parties la garantie que le magistrat qui sera amené à trancher leur affaire dans le cadre d'une éventuelle procédure

¹¹⁹⁹ L'hypothèse derrière cet argument consiste à établir qu'une méthode emprunte des codes de la justice traditionnelle et des modes amiables peut conduire à rassurer les parties et les professionnels, qui ne doivent par conséquent pas faire face à un dispositif ou une logique complètement inconnus. Cela permet ainsi de mettre l'ensemble des acteurs du procès en contact avec l'amiable, et donc de les mettre en confiance.

¹²⁰⁰ J. D. ROOKE, *Improving Excellence: Evaluation of the Judicial Dispute Resolution Program in the Court of Queen's Bench of Alberta. Evaluation Report*, Forum Canadien sur la Justice Civile, 1er Juin 2009, viii.

contentieuse en cas d'échec des JDR sera bel et bien impartial, et n'aura pas été influencé par l'ensemble des éléments qui auront été abordés dans le cadre des discussions amiables. Un tel dispositif leur permettrait par ailleurs de pleinement profiter de l'opportunité qui leur est offerte par les JDR, sans crainte que les informations qui seront dévoilées à cette occasion ne soient prises en compte par le juge du fond.

725. Dans la mesure où les JDR, en particulier dans la forme que nous prôtons, sont consommateurs en moyens humains¹²⁰¹, il peut s'avérer intéressant d'importer à titre subsidiaire d'autres méthodes ne faisant pas intervenir le juge, tels que les *early neutral evaluations* (ENE) présentes en Amérique du Nord. Comme nous l'avons vu, ces dernières permettent aux parties d'avoir un aperçu assez fidèle de la valeur des arguments qu'elles entendent présenter au juge, en réalisant une audience fictive en présence d'un tiers appelé évaluateur, souvent avocat, dont le rôle consistera à rendre une évaluation indiquant notamment les forces et les faiblesses des argumentaires de chacun. Cette dernière permet généralement aux parties de prendre conscience que leur position n'est pas aussi confortable qu'espérée, et peut les conduire à entamer des négociations amiables. Là encore, la mise en œuvre d'un tel dispositif dépend du bon vouloir des avocats, pour lequel l'éducation jouera un rôle central. Il conviendrait à ce titre d'intégrer des enseignements facultatifs à ce sujet à la formation continue des avocats déjà en exercice, afin de leur permettre de participer à de tels dispositifs.

726. Maintenir le recours obligatoire ponctuel : le pouvoir d'injonction du juge – Si les dispositifs qui reposent sur l'incitation permettent aux justiciables et aux professionnels de s'approprier les modes amiables, dans la mesure où ils les utilisent de leur plein gré, le recours obligatoire permet quant à lui d'étendre leur influence par l'accroissement de la mise en contact de ces acteurs du procès avec l'amiable, afin d'amorcer – voire de contraindre – la transition vers cette logique nouvelle. La question de savoir si ce dernier doit être systématique ou ponctuel n'est cependant pas tout à fait tranchée, en ce que les deux formes de recours existent aussi bien en France, qu'aux États-Unis et au Canada. Toutefois, on notera que si le programme de médiation obligatoire

¹²⁰¹ Ils nécessitent en effet au moins la présence d'un juge, voire deux en cas d'échec de la mesure. Néanmoins les juridictions qui appliquent les JDR ont mis en place un calendrier qui permet aux juges intéressés (et formés) de consacrer quelques demi-journées ou journées complètes par semaine à cette méthode.

préalable – et systématique – en vigueur en Ontario semble avoir fait ses preuves depuis sa mise en vigueur en 1990 (avec un taux d'accords atteignant les 40%¹²⁰²), la tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) en France n'a quant à elle donné lieu qu'à des résultats peu satisfaisants, avec un taux d'accords atteignant à peine les 10%¹²⁰³. Sous couvert que ces données s'améliorent¹²⁰⁴, il apparaîtrait par conséquent opportun que le ministère de la justice revoit sa position quant au recours obligatoire systématique aux modes amiables, qui, selon nous, risque de faire plus de mal que de bien, en particulier pour deux raisons. La première, c'est que dans certains cas, l'obligation automatique est contreproductive. Ceci s'explique notamment par le fait qu'aucune des particularités présentées par l'affaire ne peut être prise en compte, impliquant dès lors que les parties incapables de s'adresser la parole sont soumises au même régime que celles en mesure de communiquer. Le danger derrière une telle situation réside dès lors dans le fait que la confrontation entre les parties risque non seulement d'être difficile, mais pourra également contribuer à aggraver la situation entre elles¹²⁰⁵, ce qui, même dans le but de désengorger les juridictions, n'est pas souhaitable¹²⁰⁶. La seconde raison repose quant à elle sur le fait que le recours obligatoire systématique aux modes amiables peut contribuer à braquer les professionnels du droit, et plus particulièrement les avocats, dont la pratique habituelle se retrouve bousculée. Le risque dans un tel cas de figure réside alors dans l'idée que ces derniers puissent s'entendre avec leurs clients respectifs, afin de ne pas se mettre d'accord lors de la séance de médiation, le but étant d'accéder le plus rapidement possible au juge. S'il ne s'agit là que d'une hypothèse, force est de constater que le faible taux d'accord obtenu par la TMFPO peut en partie s'expliquer par l'utilisation d'un tel stratagème. Encore une fois, il est important que les

¹²⁰² R. G. HANN et al., *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1): Final Report - The First 23 Months*, Queen's Printer, 2001, p. 2. On notera par ailleurs que ce même rapport fait mention d'un taux de satisfaction élevé des parties et des avocats au regard du programme de médiation obligatoire en vigueur en Ontario (p. 2).

¹²⁰³ V. BOUSSARD et al., « La tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) : une obligation qui n'arrive pas à ses fins », *Informations sociales*, vol. 207, n°3, (2022), p. 24 ; ou encore P. JANUEL, « L'échec relatif de la tentative de médiation familiale obligatoire », *Dalloz Actualité*, disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-echec-relatif-de-tentative-de-mediation-familiale-obligatoire#.YCEVXGPjI3g>.

¹²⁰⁴ Ceci est théoriquement possible dans la mesure où l'expérimentation a été reconduite la loi de finance jusqu'au 31 décembre 2024 (V. AVENA-ROBARDET, « Du contentieux à l'amiable », *AJ famille*, n°4, (18 avr. 2023) p. 185).

¹²⁰⁵ En particulier dans les cas où l'une des parties a vécu un traumatisme causé par la partie adverse.

¹²⁰⁶ D'autant que l'aggravation d'un conflit conduit à rendre sa résolution amiable bien plus complexe, voire complètement impossible, amenant dès lors les parties à s'adresser au juge et donc à encombrer davantage les juridictions. En ce sens, l'obligation systématique de recourir aux modes amiables peut amener à atteindre l'exact opposé de l'effet recherché.

professionnels soient en mesure de comprendre l'intérêt de tels dispositifs. Les leur imposer ne contribuera donc sans doute pas à développer la culture de l'amiable.

727. En ce sens, il apparaîtrait donc plus intéressant de privilégier le recours obligatoire ponctuel, incarné par le pouvoir d'injonction du juge. Si celui-ci ne permet bien entendu pas de toucher autant de personnes que sa version automatique et n'offre donc pas nécessairement de grandes perspectives de désencombrement des juridictions (d'autant plus qu'il nécessite l'intervention d'un juge), il présente néanmoins deux grands avantages. Le premier, c'est qu'il permet de favoriser le ciblage des affaires susceptibles de donner lieu à une résolution amiable. Par ce biais, le juge, dont la palette d'outils se trouve enrichie, peut également convenir avec les parties et leurs avocats de la méthode la plus adaptée à leur situation, afin d'ajuster sa décision de renvoi et par conséquent de la rendre plus efficace. Or, dans le cadre du développement des modes amiables, l'efficacité des mesures prises est primordiale, car c'est elle qui contribue à renforcer leur crédibilité, et par conséquent l'adhésion du public à ces méthodes. Le second, c'est qu'il existe déjà en France et qu'il ne nécessitera par conséquent d'aucune logistique majeure afin de voir le jour. On notera néanmoins que pour fonctionner, le recours obligatoire ponctuel doit bénéficier de l'appui des magistrats, desquels dépend la survie de l'entière du programme. Cela implique dès lors que ces derniers doivent non seulement être formés à cette tâche¹²⁰⁷, mais également disposer de moyens suffisants, aussi bien en termes de temps, qu'au regard du nombre de méthode disponible à l'usage des parties¹²⁰⁸.

728. **Développement de services au sein des palais de justice** – Dans ce souci de pratique cohérente entre la justice et les modes amiables, il pourrait également sembler intéressant de réunir, à l'instar de la division des petites créances de la Cour du Québec, plusieurs services de résolution amiable au sein même des juridictions. Si dans notre exemple, seule la médiation était concernée, il serait également possible d'envisager la mise à disposition de salles, afin de procéder à des négociations de dernière minute

¹²⁰⁷ Notamment en ayant de bonnes connaissances du fonctionnement des modes amiables concernés, mais également de leurs avantages et inconvénients afin de pouvoir diriger les parties vers la solution la plus appropriée.

¹²⁰⁸ Un tel dispositif impose en effet de pouvoir mettre les parties en relation avec un nombre suffisant de professionnels, formés au plus grand nombre de méthodes (médiation, conciliation, ENE, etc.).

dans un climat propice à l'apaisement, mais également à une procédure participative¹²⁰⁹, ou à des JDR. Le fait que ces services puissent être réalisés sur place le jour de l'audience présenterait plusieurs avantages. Le premier, c'est qu'à cette occasion, le juge, constatant la réceptivité des parties à l'idée de négocier, peut leur proposer l'un des services disponibles au sein de la juridiction¹²¹⁰, afin que ces dernières tentent de régler leur différend rapidement en trouvant un accord, et en le faisant homologuer par le juge, tout cela dans la même journée¹²¹¹ ; le second c'est que cette gestion plus ou moins anticipée de l'affaire¹²¹² par le juge permet de désencombrer les rôles.

729. Augmentation du budget alloué à la justice – Bien entendu, la mise en œuvre de l'ensemble de ces dispositifs représente un coût important, en particulier pour les juridictions qui seront amenées à former leur personnel, fournir le matériel et les infrastructures, mais également communiquer au sujet de l'introduction des quelques nouvelles méthodes qui seront mises à disposition des justiciables au sein des palais de justice, comme la médiation, la procédure participative, les JDR ou encore l'ARA et la césure. Les récentes déclarations de la Chancellerie au sujet de l'augmentation significative du budget alloué à la justice à hauteur de 9.6 milliards d'euros, ainsi que de la création de 1.500 postes de magistrats¹²¹³ annonce néanmoins une bonne nouvelle, mais il est difficile de prévoir si ces moyens seront suffisants pour faire face à la tâche à entreprendre. Par ailleurs, cette augmentation du budget ne trouverait à s'impacter que sur les juridictions, laissant de côté les universités et les écoles, qui elles aussi doivent trouver des fonds afin de prodiguer les enseignements nécessaires au développement des modes amiables.

¹²⁰⁹ Cela suppose bien entendu que les avocats soient formés à cette tâche et qu'ils aient pu anticiper cette éventualité afin de préparer les documents nécessaires à une première séance.

¹²¹⁰ Le fait de laisser le choix de la méthode aux parties dans ce cas de figure est également intéressant afin que cette dernière puisse s'adapter au mieux à leurs besoins et ainsi augmenter les chances de parvenir à une issue positive.

¹²¹¹ Pour rappel, la rencontre avec le juge peut faire l'objet d'un électrochoc chez les parties, en particulier lorsque ce dernier aborde les points forts et les points faibles des positions de chacun. Nous mentionnions ce phénomène à l'égard des ENE, mais également dans le cadre de la *discovery* ou des mesures d'instruction *in futurum* : les parties prennent du recul par rapport à leurs arguments et comprennent que leur position n'est pas forcément la plus aisée.

¹²¹² On peut en effet imaginer que celle-ci survienne relativement tôt dans le processus judiciaire, à l'instar des audiences de mise en état ou des *pretrial conferences* outre-Atlantique.

¹²¹³ Voir : <https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/budget-2023-nouvelle-hausse-exceptionnelle-justice> [consulté le 04/10/2023].

730. La question du budget implique par ailleurs de faire des choix quant aux méthodes à mettre en œuvre. Certaines ne constituent à ce titre pas une priorité absolue, principalement parce que notre système dispose d'ores et déjà d'équivalents. On pourrait par exemple citer la *discovery*, qui peut être remplacée en France par la procédure de mise en état, ou encore par les mesures d'instruction *in futurum* de l'article 145 du code de procédure civile. Nul besoin par conséquent d'envisager l'import ou d'adaptation d'un tel dispositif en France, qui serait consommateur en moyens humains et financiers.

731. **Approfondissements sur les effets de la médiation scolaire** – Par ailleurs, il pourrait sembler intéressant de poursuivre les recherches quant à l'impact de la médiation scolaire sur le recours aux modes amiables, afin de recueillir des données plus précises à ce sujet en France, aux Etats-Unis et au Canada, dans la mesure où cette méthode présente un intérêt important aussi bien à l'égard du comportement des enfants concernés, que de la société tout entière. La mise en œuvre de tels travaux constituerait néanmoins un défi de taille, qui impliquerait d'une part que les sociologues organisent une prise de données répondant aux mêmes impératifs sur au moins une à deux générations, mais également que les écoles concernées par les programmes étudiés maintiennent une pratique constante de la médiation scolaire tout au long de ces années. Elle nécessiterait enfin que les sujets de cette étude, à savoir les élèves, restent en contact avec les sociologues une fois arrivé à l'âge adulte, ou, à défaut, que ces derniers parviennent à trouver d'anciens élèves susceptibles d'avoir participé à des programmes similaires à l'occasion de leur scolarité. En résumé, les difficultés techniques qui entourent l'élaboration d'une telle étude ne permettront donc probablement pas de parvenir à des résultats suffisamment fiables, pour affirmer ou infirmer l'impact positif de la médiation scolaire sur le recours aux modes amiables.

732. **Repenser la résolution de conflit** – Pour finir, il convient de noter que le bon développement du recours aux modes amiables implique de ne plus considérer ces dispositifs comme de simples pansements censés sauver le système judiciaire du péril, par le simple jeu de leur multiplication. Il suppose plutôt d'adopter une réelle approche de fond, visant à repenser la résolution du conflit dans sa globalité. Assez étonnamment, on remarquera néanmoins que cet état d'esprit est totalement absent du projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, qui s'en tient

principalement à ajouter deux nouveaux modes amiables aux outils déjà existants, dans l'espoir de réduire de moitié les délais de justice, d'ici à 2027¹²¹⁴. Au-delà de l'excès d'optimisme dont fait preuve la Chancellerie à ce sujet, on ne peut que déplorer le manque d'ambition dont fait preuve cette réforme, qui ne permettra probablement pas d'atteindre les résultats escomptés. Afin d'éviter cet écueil, Guillaume Kessler propose de s'inspirer de la logique appliquée à la Cour supérieure du Québec, dans le cadre du programme expérimental PCR-2, créé en 2019¹²¹⁵. Destiné aux « situations hautement conflictuelles » en matière familiale, ce dernier repose sur l'idée que pour être efficace, la résolution du conflit doit être abordée sous un angle pluridisciplinaire. Celui-ci implique, par conséquent, de proposer aux parties un accompagnement complet et adapté à leur situation, et vise notamment à rétablir la communication entre elles, sans laquelle « le meilleur des jugements ne [pourra] mettre fin aux déficiences de la dynamique familiale ». Pour ce faire, le projet requiert une forte collaboration non seulement des acteurs du procès, à savoir les magistrats, dont le rôle consiste à garantir le suivi constant des parties, ou encore les avocats, qui doivent conseiller leurs clients compte tenu de la situation dans laquelle ils se trouvent, mais également d'intervenants en dynamique familiale (IDF), composés de psychologues ou de psychothérapeutes dont le rôle consiste à améliorer la communication entre les parties.

733. Pour Guillaume Kessler, le succès d'un dispositif comme le PCR-2 réside dès lors dans le fait qu'il propose, contrairement à la pratique « à la carte » des modes amiables à la française, une organisation claire et cohérente fondée sur une trame et un objectif bien déterminés¹²¹⁶. En d'autres termes, tout est affaire de cohérence entre les méthodes traditionnelles et amiables de résolution des conflits : l'une n'exclut pas l'autre, elles doivent œuvrer de concert. Si pour l'heure la jeunesse de ce programme ne permet pas de dégager de tendance fiable, il est évident que le PCR-2 présente, par la polyvalence dont il fait preuve dans le cadre de la résolution du conflit, de belles perspectives de succès au regard d'une transition douce vers l'amiable.

¹²¹⁴ E. DUPONT-MORETTI, *Lancement de la politique de l'amiable*, Hôtel de Bourvallais, 13 janvier 2023.

¹²¹⁵ G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *AJ Famille*, n°6, (Juin 2023), pp. 311-12 ; ou encore Cour supérieure du Québec, *Projet pilote PCR-2 (Parentalité – Conflit – Résolution)*, Ministère de la justice du Québec, 5 septembre 2019.

¹²¹⁶ G. KESSLER, *ibid.*

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS / ACKNOWLEDGEMENTS	5
SOMMAIRE	7
LISTE DES PRINCIPALES ABBREVIATIONS	9
INTRODUCTION	11
PARTIE I – LE DEVELOPPEMENT DES MODES AMIABLES PAR L’INCITATION AU RECOURS	31
Titre 1^{er} – L’incitation par l’éducation et l’information	32
Chapitre 1 ^{er} – L’éducation : un outil de développement des modes amiables	33
§1 – Du développement des programmes de médiation scolaire	33
A. La médiation par les pairs : un outil de lutte contre la violence en milieu scolaire	36
1. Gestion de la violence et discipline : un modèle à bout de souffle	38
a. La sanction en tant que réponse adaptée au milieu scolaire	40
i. La sanction : un outil nécessaire à l’éducation	41
ii. Les modalités d’application d’une sanction fructueuse en milieu scolaire	42
b. La sanction en tant qu’outil inadapté aux besoins actuels	45
i. La sanction : un outil accessoire et inefficace	45
ii. La sanction : un potentiel danger pour les élèves	47
2. La gestion de la violence par la médiation scolaire : une solution novatrice	50
a. La médiation scolaire en tant que solution innovante	50
i. La médiation scolaire : une méthode jeune	50
ii. La médiation scolaire : une logique moderne	52
b. La médiation en tant qu’outil de lutte contre les violences scolaires	53
i. De la gestion de conflit à la lutte contre la violence : un cheminement difficile	53
ii. Une méthode de lutte contre la violence particulièrement efficace	55
B. La médiation scolaire : vers une évolution de la mentalité des citoyens de demain	60
1. L’impact de la médiation scolaire sur les élèves d’aujourd’hui	60
a. La nature de l’impact sur les élèves	61
i. La perception du conflit en tant qu’évènement positif	61
ii. L’apprentissage d’une forme nouvelle de résolution du conflit	63
b. Un impact différent entre les élèves	67
i. L’empowerment en tant qu’outil de prise de conscience collective	67
ii. Un impact plus important chez les élèves médiateurs	70
α.- Une connaissance plus approfondie et durable des mécanismes de résolution amiable	71
β - Un recours spontané aux modes amiables	73
2. Les conséquences de la médiation scolaire sur les adultes de demain	76
i. La médiation scolaire en tant que vecteur d’une culture nouvelle : une théorie vraisemblable	77
α - De l’école à la société : une transmission directe de la logique amiable par les élèves	77
β - L’évolution des mentalités par la pratique de la médiation	79
ii. Des moyens qui permettent de renforcer l’impact de la médiation scolaire sur les adultes de demain	80
§2 – Le développement des modes amiables par l’éducation des professionnels de demain	85
A. L’éducation par l’intégration d’une formation au cursus universitaire ou professionnel	86
1. Une formation anticipée aux modes amiables : le modèle nord-américain	87
a. L’apprentissage facultatif des modes amiables	88

i.	Un enseignement traditionnel : les cours dédiés aux modes amiables	89
ii.	Un enseignement professionnalisant : les cliniques de médiation	91
b.	L'apprentissage obligatoire des modes amiables	94
i.	Un enseignement obligatoire ponctuel : l'exemple des dispute resolution weeks.	94
ii.	Un enseignement obligatoire suivi par le biais de cours dédiés	96
2.	Une formation tardive aux modes amiables : l'exemple du système français	98
a.	La formation universitaire : l'exemple des universités de Lyon et Bordeaux	98
i.	L'importance de la formation pratique	99
ii.	Une formation nationale ou internationale	100
b.	Des formations professionnelles	101
B.	Les formations indépendantes exclusivement dédiées aux modes amiables	105
1.	Des effets sur le développement des modes amiables	106
a.	Un impact par des formations complètes : l'exemple des diplômés universitaires et des LL.M.	106
b.	La formation des professionnels : un atout majeur du développement rapide des modes amiables	111
2.	Un impact limité sur le développement des modes amiables	114
a.	Des formations à faible visibilité	114
b.	Un public restreint : les <i>numerus clausus</i>	118
Chapitre 2 – L'information : une ressource inexploitée au regard de l'accès des justiciables aux modes amiables		
§1.	Une textualisation abondante : un danger pour la bonne lisibilité des modes amiables	124
A.	Une terminologie inappropriée au développement des modes amiables	127
B.	Le régime instable des modes amiables de résolution des conflits	133
§2.	L'apparente confusion entre les modes amiables	137
A.	La confusion entre la médiation et la conciliation	138
B.	Droit collaboratif et procédure participative : des méthodes apparemment similaires	145
1.	La procédure participative : le possible retrait de l'avocat en cas d'échec	147
2.	La procédure participative : un lien plus étroit avec la justice traditionnelle	150
Titre 2 – L'incitation par la procédure 154		
Chapitre 1^{er} – La développement par des outils prévus aux fins de résolution à l'amiable : l'exemple des <i>judicial dispute resolutions</i> et des <i>early neutral evaluations</i> 154		
§1 - La <i>judicial dispute resolution</i> (ou <i>JDR</i>) : une méthode flexible de résolution de conflit 154		
A.	Les JDR : source de liberté pour le juge	157
1.	L'axe <i>facilitateur</i> / <i>évaluateur</i>	161
2.	L'axe <i>binding</i> / <i>non-binding</i> JDR	170
B.	De la flexibilité au danger : les JDR, une source de risque	175
1.	Des risques liés à la confidentialité des JDR	176
a.	Des risques pour les parties : les <i>caucus</i>	177
b.	La confidentialité : un préjudice pour l'ensemble de la société	184
i.	<i>La mise en péril du développement du droit : l'érosion de la common law</i>	185
ii.	<i>Un impact négatif sur la démocratie</i>	187
2.	Les risques des systèmes à un juge	192
§2-	L'<i>early neutral evaluation</i> (ou <i>ENE</i>) : un procès à l'amiable	201
A.	L'<i>early neutral evaluation</i> : une méthode au fort potentiel de résolution amiable	203
1.	La phase préparatoire de l'<i>early neutral evaluation</i>	204
2.	La séance d'<i>early neutral evaluation</i> (ou séance d'évaluation)	208
B.	L'<i>early neutral evaluation</i> : un outil au fonctionnement indéfini	214
1.	L'incertitude sur le moment de présentation de l'évaluation	214
a.	La présentation tardive de l'évaluation : un atout pour la résolution amiable du conflit	215
b.	Les limites de la présentation tardive : la position défendue par Wayne Brazil	216
2.	Le rôle de l'évaluateur : un grand inconnu des <i>early neutral evaluations</i>	219
Chapitre 2 – Le développement par des outils issus de la procédure civile : la <i>discovery</i> et les mesures d'instruction <i>in futurum</i> de l'article 145 du code de procédure civile		
		228

§1. La <i>discovery</i> et les mesures d'instruction <i>in futurum</i> : de la procédure civile à la résolution amiable des conflits	236
A. L'échange d'informations : un déclencheur dans la perception de la situation réelle des parties	237
1. L'importance de la symétrie informationnelle	237
2. L'effet potentiellement limité de la symétrie informationnelle sur le recours aux modes amiables	241
a. La symétrie informationnelle : un outil à double tranchant	241
b. Les faibles effets de la <i>discovery</i> sur la fréquence du recours aux modes amiables : la théorie de Steven Shavell	244
B. Les coûts : un incitatif important pour les parties	249
1. Les coûts de la <i>discovery</i> au service de la dissuasion des parties	250
2. La <i>discovery</i> ou la stratégie de l'accord contraint	254
§2. <i>Discovery</i> et mesures d'instruction <i>in futurum</i> : une inégalité d'effets	257
A. Les mesures d'instruction <i>in futurum</i> au service de la limitation des coûts	258
1. Une différence dans le contrôle du juge entre la <i>discovery</i> et les mesures d'instruction <i>in futurum</i>	258
a. Contrôle <i>a posteriori</i> et contrôle <i>a priori</i> : d'un procédé facultatif à obligatoire	259
b. Les conséquences de telles pratiques au regard des coûts du procès	262
2. Un encadrement plus effectif des mesures d'instruction <i>in futurum</i>	263
a. L'existence de garanties communes à la <i>discovery</i> et aux mesures d'instruction <i>in futurum</i>	264
b. Un recours plus fréquent à ces garanties dans le cadre des mesures d'instruction <i>in futurum</i>	269
B. La différence chronologique entre les deux méthodes	272
1. Le caractère anticipé des mesures d'instruction <i>in futurum</i> : un frein potentiel à la résolution amiable des conflits	272
2. Un impact envisageable sur la résolution amiable des conflits	275

PARTIE 2 – LE DEVELOPPEMENT DES MODES AMIABLES PAR L'OBLIGATION _____ 282

Titre 1^{er} – Le développement constant des recours obligatoires aux modes amiables 283

Chapitre 1er – L'obligation ponctuelle : le pouvoir d'injonction du juge	283
§1. La détermination au cas par cas par le juge	284
A. L'étendue du pouvoir d'injonction du juge	284
1. Des divergences sur l'étendue matérielle du pouvoir d'injonction du juge	285
2. Des divergences quant au choix des modes amiables et le pouvoir d'injonction	286
a. Un choix restreint par le législateur	286
b. Un choix souvent effectué par le juge	287
B. L'exercice du pouvoir d'injonction par le juge	288
1. La loi : guide du juge dans l'exercice de son pouvoir d'injonction	289
2. Les usages : une source non contraignante d'information pour le juge	290
§2. Les effets de l'injonction à l'égard des parties	290
A. L'injonction s'impose aux parties	291
1. La présence des parties à la séance de médiation : une obligation sous peine de sanction	291
a. Une obligation souvent prescrite par la loi	291
b. Les sanctions en cas de défaut de présentation de l'une des parties	292
2. Les limites de l'injonction	293
a. La possible représentation des parties	293
b. Une application dans le temps limitée	295
c. L'issue de la médiation : aucune obligation de trouver un accord	296
B. La contestation de l'injonction par les parties	297
1. Les conditions de la contestation de l'injonction par les parties	298
a. Le délai d'introduction de la demande	298
b. Les conditions inscrites à l'article 1.700 (b) des Règles de procédure civile de Floride	299
2. La position de la Floride et de l'Indiana : une exception dans le paysage juridique américain et canadien	301

Chapitre 2 – L’obligation systématique : le recours aux modes amiables en tant que préalable obligatoire _____	303
§1. Un recours obligatoire aux modes amiables et postérieur à la saisine du juge : l’exemple de l’Ontario, du Saskatchewan et du comté d’Island _____	303
A. Le champ d’application matériel du recours obligatoire systématique aux modes amiables _____	304
1. Les limites temporelles de la mesure _____	304
a. La date d’introduction des affaires devant la cour _____	304
b. Les délais de mise en œuvre du processus de résolution amiable _____	305
2. Le lieu de mise en œuvre de la mesure de résolution amiable obligatoire _____	307
a. La restriction géographique de la mesure de résolution amiable obligatoire _____	307
b. La restriction des compétences : un nombre limité de juridictions pour appliquer la mesure _____	307
3. Les matières concernées par la mesure de résolution amiable _____	308
a. Une application libérale du recours obligatoire aux modes amiables _____	308
b. Une application modérée du recours obligatoire aux modes amiables _____	309
B. Une possibilité d’exemption pour les parties _____	310
1. L’exemption pour motif légitime _____	310
2. L’exemption pour violences domestiques _____	311
C. Les sanctions en cas de défaut de présentation des parties à la mesure _____	312
§2. Un recours aux modes amiables antérieur à la saisine du juge _____	316
A. Une application simplifiée du recours obligatoire aux modes amiables _____	316
1. Une simplification à l’égard des juridictions et des affaires concernées _____	316
a. Une mesure applicable à certaines juridictions _____	317
b. Une mesure applicable aux parties dans le cadre d’affaires déterminées _____	318
2. Une simplification à l’égard des méthodes et de leur mise en application _____	319
a. Les méthodes entrant dans le cadre du recours obligatoire antérieur à la saisine _____	320
b. La période de recours aux modes amiables _____	321
B. Les sanctions et exceptions applicables au recours obligatoire antérieur _____	322
1. Une obligation soumise à sanction : l’irrecevabilité de l’action _____	322
2. Un régime soumis à de rares exceptions _____	323
Titre 2 – Le difficile passage au recours obligatoire _____	326
Chapitre 1 ^{er} – Le volontarisme des modes amiables fondé sur la notion de liberté contractuelle _____	326
§1. La liberté contractuelle : une constante en droit français, américain et canadien _____	328
§2. La liberté contractuelle en faveur du volontarisme des modes amiables _____	331
§3. La liberté contractuelle affaiblie par le déclin de l’autonomie de la volonté _____	334
Chapitre 2 – L’efficacité discutée du recours obligatoire aux modes amiables _____	338
§1. L’efficacité du recours obligatoire à l’épreuve de l’obstruction de l’accès à la justice _____	339
A. Le recours obligatoire permis par le caractère non fondamental du droit d’accès à la justice : l’exemple américain _____	340
B. La compatibilité du recours obligatoire avec le droit d’accès à la justice : la théorie de la Cour de justice de l’Union européenne _____	343
§2. L’efficacité limitée du recours obligatoire au regard de l’encombrement judiciaire _____	346
A. Les modes amiables en tant que palliatif de l’encombrement des juridictions : un argument discutable _____	346
B. La nécessité de recentrer le débat sur les besoins des parties : l’exemple nord-américain _____	349
Chapitre 3 – Les alternatives possibles au recours obligatoire _____	356
§1. La réunion d’information obligatoire : l’exemple du Québec _____	356
A. Une obligation au champ d’application restreint _____	357
B. Le contenu de l’obligation et le déroulement de la séance _____	358
C. Les exemptions _____	360
§2. Les incitatifs financiers au service du développement des modes amiables _____	361
A. L’élargissement du recours aux modes amiables par la mise en œuvre de tarifs avantageux _____	362
1. L’incitation par la gratuité des services _____	363
2. L’incitation par des services subventionnés _____	366

B.	L'incitation par la mise en œuvre d'une procédure payante : l'exemple de la contribution à la justice économique _____	371
§3.	La création de nouveaux MARD : l'audience de règlement amiable et la césure du procès _____	376
A.	L'audience de règlement amiable et la césure du procès : deux alternatives possibles au recours obligatoire _____	377
1.	L'audience de règlement amiable : un remaniement de l'office conciliatoire du juge _____	378
2.	La césure du procès : un office recentré sur l'essentiel du litige _____	383
B.	L'audience de règlement amiable et la césure du procès : deux outils au potentiel discuté _____	386
1.	Des réserves sur la mise en œuvre de ces outils _____	386
2.	Un retour au volontariat limité par l'article 750-1 du code de procédure civile _____	393
 CONCLUSION _____		399
 TABLE DES MATIÈRES _____		409
 BIBLIOGRAPHIE _____		415
 ANNEXES _____		446
 Annexe 1 – Schéma structurel simplifié du système judiciaire étatique et fédéral des Etats-Unis _____		446

BIBLIOGRAPHIE

§1 - Ouvrages

Ouvrages francophones

Ouvrages français

M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neufchatel, 1971, 138p.

A. AYNES, X. VUITTON, *Droit de la preuve. Principes et mise en œuvre processuelle*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, « Procédures », 361p.

A. BALSAN, *Guide pratique de l'aide juridictionnelle : aide juridictionnelle, aides à l'intervention de l'avocat*, Edilaix, « Point de Droit », 2^{ème} éd., 2007, 127p.

J. BAUER, *Le système politique canadien*, Presses Universitaires de France, « Que sais-je », 1998, 127p.

S. BENSIMON et al., *Art et techniques de la médiation*, 2^{ème} éd., Lexis Nexis, « Art et techniques », 2018, 793p.

A. BERGEAUD WETTERWALD et al., *Procédure civile*, Cujas, 2017, 623p.

C. BLÉRY, L. RASCHEL, *Quarante ans après... une nouvelle ère pour la procédure civile ?*, Dalloz, 2016, 122p.

J.-P. BONAFE-SCHMITT, *La médiation scolaire par les élèves*, ESF éd., 2000, 211p.

J-E. BRANAA, *La Constitution américaine et les institutions*, Ellipses, « Les essentiels », 1999, 144p.

H. BRUN, *La formation des institutions parlementaires québécoises : 1791-1838*, Les Presses de l'Université de Laval, 1970, 278p.

Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 16^{ème} Edition, Sirey, 2018, 1269p.

A. J. BULLIER, *La Common Law*, Dalloz, « Connaissance du droit », 3^{ème} Edition, 2012, 161p.

R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12^{ème} édition, Dalloz, « Cours Dalloz », 2016, 453p.

- L. CADIET, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, « Connaissance du droit », 1^{ère} éd. 2016, 155p.
- L. CADIET, T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 3^{ème} éd., Dalloz, « Connaissance du droit », 2019, 180p.
- L. CADIET (dir.), T. CLAY, E. JEULAND, *Médiation et arbitrage. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Lexis Nexis, « Pratique professionnelle », 2005, 442p.
- J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, « Forum », 1996, 276p.
- L. CASAUX-LABRUNEE, J.-F. ROBERGE (dir.), *Pour un droit du règlement amiable des différends. Des défis à relever pour une justice de qualité*, LGDJ, 2018, 484p.
- C. CHAINAIS et al., *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, 35^{ème} édition, Dalloz, 2020, 1865p.
- M. CRESP et al., *Droit de la famille. Droits français, européen, international et comparé*, Bruylant, « Europe(s) », 2017, 1145p.
- CONSEIL SUPERIEUR DE LA MAGISTRATURE, *Recueil des obligations déontologiques des magistrats*, La documentation française, 2019, 122p.
- L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome I : *Introduction au droit comparé* Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, 243p.
- L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome II : *La méthode comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, 412p.
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} Edition, PUF, « Quadrige », 2018, 1103p.
- G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, L.G.D.J, 2007, 418p.
- A. DAMIENS et al., *Cours de procédure civile. MARD. Voies d'exécutions*, Enrick B. Editions, « CRFPA », 5^{ème} éd., 2024, 812p.
- R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, L.G.D.J., 1950, 556p.
- R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, 10^e éd., 1992, 523p.
- I. DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2004, 680p.
- B. DHUICQ, D. FRISON, *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Pocket, « Business Management Series », 2004, 652p.
- N. DION, *De la médiation*, Mare & Martin, « Libre Droit », 2^{ème} Edition, 2018, 245p.

- J. DOMAT, *Des lois civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, Tome Premier, Nouvelle Edition, Delalain, 1777p.
- R. DUMAS, *Fiches des modes alternatifs de règlement des différends. Rappel de cours et exercices corrigés*, Ellipses, 2023, 281p.
- M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, « Thémis », 2004, 993p.
- J. FAGET, *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, Eres, Trajets, 2010, 419p.
- J-C. FARCY, *Histoire de la justice en France – De 1789 à nos jours*, La Découverte, Repères, 2015, 125p.
- T. FIUTAK, G. PLANES, Y. COLIN, *Le médiateur dans l'arène : Réflexion sur l'art de la médiation*, Erès, 2011, 224p.
- N. FRICERO, *Procédure civile. Cours intégral et synthétique*, Gualino, « Mémentos », 20^{ème} éd., 2023, 272p.
- N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS et al., *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, Guides Dalloz, 2^{ème} Edition, 2015, 698p.
- N. FRICERO, H. POIVEY-LECLERCQ, S. SAUPHANOR, *Procédure participative assistée par avocat*, Lamy, Lamy Axe Droit, 2012, 247p.
- A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003, 322p.
- N. GAUDREAU, *Gérer efficacement sa classe : les cinq ingrédients essentiels*, PUQ, « Education – Intervention », 2017.
- C. GAUVARD et al., *Le règlement des conflits au Moyen-Âge*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.
- M. GUILLAUME, J-G LIEBERHERR, J-B DAGNAUD, *Plaidoyer pour la médiation*, Descartes & Cie, Essais, 2017, 117p.
- M. GUILLAUME-HOFFNUNG, *La médiation*, PUF, «Que sais-je ? », 2020, 128p.
- S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, Dalloz, « Dalloz Action », 6^{ème} édition, 2009/2010, 1577p.
- S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, Dalloz, « Dalloz Action », 9^{ème} édition, 2017/2018, 2124p.
- S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile. Droit interne et européen*, Dalloz, « Dalloz Action », 10^{ème} édition, 2021/2022, 2580p.
- S. GUINCHARD et al., *Procédure civile*, 8^{ème} édition, Dalloz, « HyperCours », 2023, 1060p.

- S. GUINCHARD, A. VARINARD, T. DEBARD, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2021, 1430p.
- E. JEULAND, *Droit processuel général*, Lextenso, Domat droit privé, 3^{ème} Edition, 2014, 734p.
- S. KALBERG, *L'éthique protestante et l'esprit de la démocratie : Max Weber et la culture politique américaine*, Le bord de l'eau, 2014, 177p.
- E. KANT, *Métaphysique des mœurs, doctrine du droit*, Librairie philosophique J. Vrin, 1988, 279p.
- M. LAMONTAGNE, *Le fédéralisme canadien. Evolution et problèmes*, Les Presses Universitaires de Laval, 1954, 298p.
- J. LAUVIN et J.-C. CARON (dir.), *Guide pratique de l'expertise de justice*, LGDJ, « AEFB Ecole d'avocats », 2021, 718p.
- H. LÉVY-ULLMANN, *Eléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. Le système juridique de l'Angleterre, Tome I – Le système traditionnel*, Recueil Sirey, 1928, 574p.
- F. MARTEL, *De la culture en Amérique*, Gallimard, 2006, 620p.
- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Tome I, (éd. R. Derathé), Classiques Garnier, 2011, 705p.
- T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, 5^{ème} éd., Dalloz, « Dalloz action », 2022, 807p.
- R-J POTHIER, *Traité des obligations : selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Tome Premier, Nouvelle Edition, Debure Père, 1777, 358p.
- E. PRAIRAT, *La médiation : Problématiques, figures, usages*, Presses Universitaires de Nancy, Questions d'éducation et de formation, 2007, 229p.
- E. PRAIRAT, *La sanction en éducation*, PUF, « Que sais-je ? », 2011, 126p.
- C. RADE, *Droit du travail et responsabilité civile*, L.G.D.J, 1997, 398p.
- M. SASSIER, *Construire la médiation familiale. Arguments et propositions*, Dunod, 2001, 178p.
- H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Introduction à l'esprit et à l'histoire du droit anglais*, L. G. D. J., 1977, 136p.
- C. TIRVAUDEY (dir.), *Les droits étrangers au secours des modes amiables de règlement des différends*, PUFC, « Droit politique et société », 2019, 181p.
- C. TIRVAUDEY (dir.), *Le rôle du juge en matière de MARD/PRD. Regards croisés Québec, Suisse, Belgique, France*, PUFC, « Droit politique et société », 2020, 190p.

- A. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, Flammarion, 1981, 569p.
- E. VERGES et al., *Droit de la preuve*, 2^{ème} éd., PUF, « Thémis », 2022, 789p.
- VOLTAIRE, *Lettres Philosophiques*, Mille et une nuits, 1999, 191p.
- X. VUITTON, *Stratégie du contentieux. Théorie & méthode*, Lexis Nexis, 2020, 255p.
- X. VUITTON, J. VUITTON, *Les référés*, 4^{ème} éd., Lexis Nexis, « Procédure », 2018, 415p.
- E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, « Grands arrêts », 2010, 922p.

Ouvrages canadiens

- BARREAU DU QUEBEC, *Développements récents en médiation* (1995), Editions Yvon Blais, 1995, 235p.
- BARREAU DU QUEBEC, *Développements récents en médiation* (2001), Editions Yvon Blais, 2001, 181p.
- J-L BAUDOIN, *Traité élémentaire de droit civil, Les obligations*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, 431p.
- P. JAMES, *Le divorce par la médiation. Comment divorcer à l'amiable*, Logiques, 1999, 313p.
- D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Thémis, 2006, 2324p.
- J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Changer le milieu juridique pour une culture intégrative de règlement des différends*, Editions Yvon Blais, 2011, 406p.
- J.-F. ROBERGE, *La justice participative. Fondements et cadre juridique*, Editions Yvon Blais, 2019, 188p.
- M. TETRAULT, *Droit de la famille*, 2^{ème} Edition, Editions Yvon Blais, 2003, 1377p.
- J. THIBAUT, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Wilson & Lafleur Ltée, « La collection bleue », 2000, 311p.
- J. TREMBLAY (dir.), *Appliquer les modes appropriés de résolution de conflits*, Ecole du Barreau, « Collection des habiletés », 2021, 182p.
- A. VLACHOGIANNIS, *La Living Constitution, Les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et la Constitution*, Classiques Garnier, 2014.

Autres

J. CRUYLPANTS et al., *Droit et pratique de la médiation*, Bruylant, 2008, 405p.

Ouvrages anglophones

Ouvrages américains

J. T. BARRETT, J. P. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution – The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*, Jossey-Bass, 2004, 336p.

D. CRAWFORD, R. BODINE, *Conflict Resolution Education. A Guide to Implementing Programs in Schools, Youth-Serving Organizations, and Community and Juvenile Justice Settings. Program Report*, October 1996, 145p.

M. R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale University Press, 1986, 247p.

J. W. GLANNON, et al., *Civil Procedure. A Coursebook*, 4th éd., Wolters Kluwer, “Aspen Casebook Series”, 2021, 1293p.

S. S. NAGEL, M. K. MILLS, *Multi-Criteria Methods for Alternative Dispute Resolution*, Quorum Books, 1990, 265p.

M. ROSENBERG, *The Pretrial Conference and Effective Justice : a Controlled Test in Personal Injury Litigation*, Columbia University Press, 1964, 252p.

J. M. SCHEB, J. M. SCHEB II, *An Introduction to the American Legal System*, Wolters Kluwer, « Law & Business », 2nd ed., 2009, 516p.

E. G. TANNIS, *Alternative Dispute Resolution. That Works!*, Captus Press, 1989, 160p.

L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Second Edition, The Foundation Press, 1988.

E. WALDMAN, *Mediation Ethics. Cases and Commentaries*, Jossey-Bass, 2011, 448p.

L. D. WARDLE, L. C. NOLAN, *Family Law in the USA*, Wolters Kluwer, « Law and Business », 2011, 398p.

Ouvrages canadiens

L. S. ABRAMS, K. P. MCGUINNESS, *Canadian Civil Procedure Law*, LexisNexis, 2nd Edition, 2010, 1695p.

G. A. CHORNENKI, *The Corporate Counsel Guide to Dispute Resolution*, Canada Law Book Inc., 1999, 245p.

D. W. GLAHOLT, M. ROTTERDAM, *The Law of ADR in Canada. An Introductory Guide*, Second Edition, LexisNexis, 2018, 265p.

J. A. LOWER, *Parliaments and Congress*, McClelland and Stewart, 1971, 155p.

R. MACGREGOR DAWSON, *The Government of Canada*, University of Toronto Press, 5th Edition, 1970, 569p.

R. M. NELSON, *Nelson on ADR*, Thomson Carswell, 2003, 330p.

P. M. PERELL, J. W. MORDEN, *The Law of Civil Procedure in Ontario*, LexisNexis, 4th Edition, 2020, 1445p.

A. J. PIRIE, *Alternative Dispute Resolution. Skills, Science, and the Law*, Irwin Law, 2000, 437p.

M. E. SIMMONS, *In Search of Resolution: Complex Issues in mediation Advocacy*, Thomson Reuters, 2018, 225p.

E. G. TANNIS, *Alternative Dispute Resolution. That Works!*, Captus Press, 1989, 160p.

R. J. VAN LOON, M. S. WHITTINGTON, *The Canadian Political System. Environment, Structure, and Process*, McGraw-Hill Ryerson, 3rd Edition, 1981, 839p.

G. D. WATSON, M. MCGOWAN, *Ontario Civil Practice 2021*, Tome I, Thomson Reuters, 2021, 1760p.

Autres

B. CLARK, *Lawyers and Mediation*, Springer, 2012, 195p.

D. FAIRGRIVE, *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, British Institute of International and Comparative Law, 2007, 517p.

U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, 928p.

A. K. R. KIRALFY, *The English Legal System*, Sweet & Maxwell, 8th Ed., 1990, 309p.

J. O'SULLIVAN & J. HILLIARD, *The Law of Contract*, 5th éd., Oxford University Press, « Core Text Series », 2012, 528p.

E. SERVIDIO-DELABRE, *The Legal System of Common Law Country*, Dalloz, « HyperCours », 2nd Edition, 2014, 478p.

E. B. TYLOR, *Primitive Culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art, and Custom*, John Murray, Second Edition, Vol. 1, 1873, 517p.

A. WALSH, C. HEMMENS, *Law, Justice, and Society: A Sociological Introduction*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2011, 451p.

§2 – Articles

Articles francophones

H. ABELSON-GEBHARDT, « La comédiation, un accélérateur de changement chez les personnes ? », *Tiers*, n°1 (2017), pp. 117-126.

S. AMRANI-MEKKI, « 2023, année de l'amiable ? », *Gaz. Pal.*, n°3, (31 janv. 2023), p. 56.

A. AUDRERIE, « (Re)penser la place de la médiation dans la Justice du 21^{ème} siècle : analyse franco-québécoise », in FMM, IX Conférence du Forum Mondial de Médiation, 2017, Québec, disponible sur : <https://fmm2017.openum.ca/files/sites/89/2017/06/Adeline-AUDRERIE-Pdf-1.pdf>.

V. AVENAT-ROBARDET, « 2023 : accélération de la déjudiciarisation », *AJ famille*, n°1, (13 janv. 2023), p. 1.

V. AVENAT-ROBARDET, « Du contentieux à l'amiable », *AJ famille*, n°4, (Avr. 2023), p. 185.

A. BARRAL, « Kant et la violence éducative », *Oveo*, disponible sur <https://www.oveo.org/kant-et-la-violence-educative/#note42>.

B. BARRAUD, « Le droit comparé », in *La recherche juridique (les branches de la recherche juridique)*, L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2016, pp. 91 et s.

D. BAUER, « Baromètre de la médiation : le CMAP dévoile ses chiffres 2018 », *LPA*, n°170, (26 août 2019), pp. 4-6.

M. BEN SOUSSEN, « Encombrement des tribunaux, nouvelle forme de déni de justice ? », (7 mai 2007), disponible sur : <https://www.bsm-avocats.com/une-nouvelle-forme-de-deni-de-justice/>, consulté le 8 juillet 2018.

J. BERGERET, « Freud et la punition », in *Quand et comment punir les enfants ?*, ESF, 1989, pp. 13-24.

B. BLOHORN-BRENNEUR, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », *D.* (2001), p. 251.

B. BLOHORN-BRENNEUR, « Du juge décideur au juge conciliateur au juge médiateur : partage d'expérience », in C. TIRVAUDEY (dir.), *Le rôle du juge en matière de MARD/PRD. Regards croisés Québec, Suisse, Belgique, France*, Presses universitaires de Franche-Comté, 2020, pp. 25-30.

J.-P. BONAFE-SCHMITT, « La médiation par les pairs : une alternative à la violence à l'école », *Spirale. Revue de recherches en éducation*, n°37, (2006), pp. 173-182.

V. BOUSSARD et al., « La tentative de médiation familiale préalable obligatoire (TMFPO) : une obligation qui n'arrive pas à ses fins », *Informations sociales*, vol. 3, n°207, (2022), pp. 20-30.

M. BRUGGEMAN, « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », *Dr. Fam.*, n°3, (Mars 2015), pp. 43-46.

L. CADIET, « Panorama sur les modes alternatifs de règlement des conflits en droit français », *Ritsumeikan Law Review*, No. 28, (2011), pp. 147-67.

L. CADIET, « Construire ensemble une médiation utile », *Gaz. Pal.*, n°199, (17/05/2015), pp. 10 et s.

L. CADIET, « Le développement de la procédure participative », *Procédures*, n°3, (Mars 2020), pp. 17-22.

A. CORNEVAUX, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *LPA*, (26 juin 1998), pp. 51 et s.

H. DEBAX, « Médiations et arbitrages dans l'aristocratie languedocienne aux XI^e et XII^e siècles », in : *Actes de congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 31^{ème} congrès, Angers, 2000, pp. 135-147.

E. DEBARBIEUX, « La violence en milieu scolaire », disponible sur : <https://www.ozp.fr/IMG/pdf/debarbieuxhs1-2.pdf>, pp. 77-94.

E. DEBARBIEUX, « Violence à l'école et politique : la France entre démagogie et méconnaissance », *JDJ*, n°5, (2006), pp. 22-26.

E. DEFLERS, « Le droit collaboratif en droit de la famille et au-delà », *JCP G*, n°25, (21 juin 2010), p. 1320.

B. DESARNAUTS, « L'avocat et le droit collaboratif », *JCP G*, n°36, (1^{er} septembre 2014), p. 1562.

P. DOMINGO, C. BARBOSA, « La médiation familiale : activités des services, usagers et effets sur la résolution des conflits », *Politiques sociales et familiales*, n°103, mars 2011, pp. 85 à 91.

- T. DORLEAC, « La procédure de sauvegarde : un chapitre 11 à la française ? », *Lettre du recouvrement*, (sept. 2005).
- F. EUDIER, « Césure et audience de règlement amiable dans le cadre du procès civil », *AJ famille*, n°4, (18 avr. 2023), p. 188.
- N. FRICERO, « Stratégie probatoire en perspective d'un procès », in *Jean Foyer In Memoriam*, 2010, pp. 113-123.
- N. FRICERO, « Nouveaux circuits procéduraux devant le tribunal judiciaire : audience de règlement amiable et césure du procès », *Procédures*, n°10, (Oct. 2023), pp. 5-8.
- E. GADBOUT et al., « Le recours à la médiation familiale au Québec : exploration des facteurs sociodémographiques et contextuels », *Informations sociales*, n°3, (2022), pp. 32-40.
- L. GARNERIE, « Plan d'action pour la justice : les projets de loi ont été présentés », *Gaz. pal.*, n°15, (9 mai 2023), pp. 5-6.
- L. GARNERIE, « La chancellerie lance les ambassadeurs de l'amiable », *Gaz. pal.*, n°18, (30 mai 2023), pp. 6-7.
- N. GAUDREAU, « La gestion des problèmes de comportement en classe inclusive : pratiques efficaces », *Education et francophonie*, vol. 39, n°2, (2011), pp. 122-144.
- H. GEBHARDT, « Le juge tranche, le médiateur dénoue », *Gaz. pal.*, n°104 à 106, (14 au 16 avril 2013), pp. 9-11.
- P. GLENN, « Quel droit comparé ? », *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol. 43, (2013), pp. 23-45.
- B. GORCHS, « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD Civ.*, n°3, 2003, pp. 409-21.
- T. GOUJON-BETHAN, « Les mesures d'instruction in futurum à l'épreuve du droit à la preuve », *Dalloz actualité*, (14 avr. 2021), disponible sur <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/mesures-d-instruction-futurum-l-epreuve-du-droit-preuve> [consulté le 11 mars 2023].
- J. GUIBAULT, « Les moyens alternatifs de résolution de conflits en matière civile et commerciale dans une perspective de réforme du Code de procédure civile », *Les Cahiers de droit*, Vol. 40, N°1, 1999.
- S. GUILLEMARD, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », *Les cahiers de droit*, vol. 53, n°2, (Juin 2012), pp. 189-228.
- S. GUILLEMARD, « Comment mettre fin à son différend sans procès, selon le code de procédure civile du Québec ou ce que tout législateur devrait éviter de faire », *BDE*, n°2

(2017), disponible sur : https://www.droit-economique.org/?page_id=2092 [consulté le 02/10/2023].

S. GUILLEMARD, J. PLAMONDON, « L'alinéa 3 de l'article premier du code de procédure civile du Québec : une formule de style ? », RIDP, n°1, (2017), pp. 63-92.

J. GUIVARCH et al., « Malaise à l'école », *L'information psychiatrique*, vol. 94, n° 8, pp. 681-88.

S. HANDMAN, « La culture de la médiation judiciaire au Québec, Canada », in B. BLOHORN-BRENNEUR (dir.), *Développer une culture de la médiation : dans les différents continents, devant les juridictions judiciaires et administratives*, Médias & Médiations, 2019, pp. 67-70.

S. HENRY-GUILLEMARD et al., « Le processus de droit collaboratif », *JCP G*, n°37, (10 septembre 2018), p. 1622.

P. IDOUX, « La place actuelle de la médiation dans le règlement non-juridictionnels des différends », in A-M TOURNEPICHE, J-P MARGUENAUD, *La médiation, Aspects transversaux*, Lexis Nexis, 2010, pp. 19-38.

C. JALLAMION, « Tradition et modernité de l'arbitrage et de la médiation au regard de l'histoire », *Gaz. pal.*, n°3, (17 janv. 2009), pp. 3 et s.

B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et prospective », *RIDC*, n°1, (2005), pp. 29-48.

C. JAMET-ELZIERE, « Le droit collaboratif et la médiation », Septembre 2011. Disponible sur : <https://www.village-justice.com/articles/Droit-Collaboratif-Mediation,10754.html>.

P. JANUEL, « Plan des États généraux : les points en suspens pour la justice économique », *Dalloz actualité*, (16 janv. 2023).

P. JANUEL, « L'échec relatif de la tentative de médiation familiale obligatoire », *Dalloz Actualité*, (8 fév. 2021), disponible sur : <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-echec-relatif-de-tentative-de-mediation-familiale-obligatoire#.YCEVXGPjI3g>

C. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », *RIDC*, n°2, (1997), p. 328.

A. JEAMMAUD, « Conflit, différend, litige », *Droits*, n°34, (2001), p. 18.

M. JEANTIN, « Les mesures d'instruction *in futurum* », *D.*, (1980), II, pp. 205-10.

I. JUES, « Une histoire de la médiation familiale en 6 tableaux », *Tiers*, n°1, (2018), p. 81-108.

G. KESSLER, « Les modes alternatifs de règlement des différends familiaux en quête de cohérence et de coordination », *AJ Famille*, n°6, (Juin 2023), pp. 308-123.

T. LABATUT, « Harcèlement scolaire via internet et les médias sociaux : quels moyens de lutte ? », *LPA*, n°257, (23 déc. 2019), pp. 11-17.

M. LARTIGUE, « Rapport Sauvé, vers une nouvelle réforme de la justice ? », *Gaz. Pal.*, n°23, (12 juil. 2022), pp. 3-5.

M. LARTIGUE, « Nouveaux modes amiables : la profession d'avocat se penche sur le projet de décret », *Gaz. Pal.*, n°10, (21 mars 2023), pp. 6-7.

J.-M. LATREILLE, C. DUPUY, « Rapport Sauvé et justice économique : « nous ne pouvons pas accepter de telles appréciations » », *Gaz. Pal.*, n°29, (20 sept. 2022), pp. 7-8..

M. LE BLANC, « L'évolution de la violence chez les adolescents québécois : phénomène et prévention », *Criminologie*, vol. 32, n°1, (1999), pp. 161-194.

M. LEMELIN, F. ROLLAND, « Le procès, c'est forcément un gagnant et un perdant ; ce que vise la conférence de règlement à l'amiable, ce sont deux gagnants », *Négociations*, n°28, (2017), pp. 151-57.

K. LEMERCIER, « Projet de réforme de la justice économique : mise en place d'une double expérimentation », *Dalloz actualité*, (12 mai 2023).

L. MAYER, « La future audience de règlement amiable, ultime avatar de la longue quête vers un idéal de conciliation par le juge », *JCP G*, n°24 (suppl.), (19 juin 2023), pp. 11-14.

J. MINONZIO, « Les données statistiques disponibles sur la médiation familiale », *Recherches et Prévisions*, n°70, 2002, pp. 76-80.

P. NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit », *Les cahiers de droit*, vol. 38, n°4, (décembre 1997), pp. 741-768.

J. NORMAND, « Les limites du référé probatoire (art.145, nouveau c. pr. civ) », *RTD Civ*, (1990), pp. 134 et s.

B. OPPETIT, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices*, n°1, (1995), p. 56.

M. PESLIER, M. LARTIGUE, « Justice économique : « l'institution consulaire souhaite conserver sa souveraineté » », *Gaz. Pal.*, n°2, (17 janv. 2023), pp. 7-8.

F. PICOULEAU, « Le conflit, une opportunité de changement », *Cahier d'éthique sociale et politique*, n°53, (1997), pp. 18-27.

H. PIQUET, « La résolution judiciaire du conflit (JDR) par les juges en Alberta : un modèle hybride », *RIDC*, n°1, (2016), pp. 153-178.

M-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC*, Vol. 57, n°1, (2005), pp. 7-27.

J. POUMAREDE, « La conciliation, la mal-aimée des juges », *Cah. Just.*, n°1, (2013), pp. 127-41.

E. PREIRA, « Penser la sanction », *Revue française de pédagogie*, vol. 127, (1999), pp. 107-117.

J.-B. RACINE, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? (Contribution à la définition du terme « alternatif ») », *LPA*, n°105, (25 mai 2001), pp. 16-17.

M.-O. REDOUIN, « Histoire de la Médiation Familiale en France », *Odyssée*, n°14, Mai 2015, pp. 16-19.

T. RIVET, « La clause légale », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 277-98.

J.-L. RIVOIRE, « La mise en place du droit collaboratif en France s'organise », *AJ famille*, n°6, (Juin 2010), p. 255.

J.-L. RIVOIRE, L. BERTAGNA, « Conflits familiaux et droit collaboratif. Une nouvelle civilité », *Etudes*, n°4204, (Avril 2014), p. 49

G. ROCHER, « Les cultures juridiques professionnelles et profanes », *Revue de prévention et de règlement des différends*, vol. 5, n° 1, (2007), pp. 1-13.

P. THERY « La finalité de la preuve », *Droits*, 1996, pp. 41-52.

S. VADBONCOEUR, « Une réforme majeure en droit de la famille. La médiation familiale », *Journal du Barreau du Québec*, vol. 29, n°15, (15 sept. 1997).

F. VERT, « Médiation, conciliation, audience de règlement amiable : vers un office conciliatoire effective du juge français ? », *JCP G*, n°24 (suppl.), (19 juin 2023), pp. 23-27.

F. VERT, B. GORCHS-GELZER, « L'audience de règlement amiable : quelles avancées pour l'office conciliatoire du juge ? », *Actu-juridique.fr*, (06/04/2023), disponible sur <https://www.actu-juridique.fr/international/marl/audience-de-reglement-amiable-queelles-avancees-pour-loffice-conciliatoire-du-juge/> [consulté le 31/07/2023].

Articles anglophones

J. K. ALBERTS, B. L. HEISTERKAMP, R. M. MCPHEE, « Disputant Perceptions of and Satisfaction with a Community Mediation Program », *The International Journal of Conflict Management*, vol. 16, no. 3, (2005), pp. 218-244.

R. J. ALDISERT, « A Metropolitan Court Conquers Its Backlog. Part II : From Pure Pretrial to Compulsory Settlement Conferences », *Judicature*, vol. 51, no 7, (Feb. 1968), pp. 247-252.

- J. J. ALFINI, « Risk of Coercion Too Great. Judges should not mediate cases assigned to them for trial ». *Dispute Resolution Magazine*, (Fall 1999), pp. 11-24.
- M. S. ATKINS et al., « Suspensions and detentions in an urban, low-income school: punishment or reward? », *Journal of Abnormal Child Psychology*, vol. 30, n°4, pp. 361-71.
- J. S. AUERBACH, « Justice without Law? », *Catholic University Law Review*, vol. 33, iss. 2, (Winter 1984), pp. 517-524.
- J. D. BAILEY, D. MCCARTY, « Assessing Empowerment in Divorce Mediation », *Negotiation Journal*, (July 2009), pp. 327-336.
- J. M. BARKET, « Ethics in ADR – A Sampling of Issues », *American Journal of Mediation*, vol. 9, (2016), disponible sur <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwidiaCwy4eCAxVVUaQEHTPHGjIQFnoECBQQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.americanjournalofmediation.com%2Fdocs%2Fethics%2520In%2520ADR%2520-%2520A%2520Sampling%2520of%2520Issues.pdf&usg=AOvVaw23xd9WpiXYJqLulCTLENai&opi=89978449> [consulté le 21/10/2023].
- L. A. BEBCHUK, « Litigation and Settlement Under Imperfect Information », *Rand J. Econ.*, vol. 15, no. 3, (Autumn 1984), pp. 404-15.
- J. H. BEISNER, « Discovering a Better Way : The Need for Effective Civil Litigation Reform », *Duke L. J.*, vol. 60, (2010), pp. 547-96.
- M. BELLI, « Reviewed Work(s) : The Pretrial Conference and Effective Justice by Maurice Rosenberg », *The Yale Law J.*, vol. 76, no. 4, (Mar. 1967), pp. 857-59.
- A. J. BENSON, J. M. BENSON, « Peer Mediation: Conflict Resolution in Schools », *Journal of School Psychology*, vol. 31, 1993, pp. 427-430.
- K. BICKMORE, « Peer Mediation Training and Program Implementation in Elementary Schools: Research Results », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 20, no. 2, (2002), pp. 137-160.
- W. D. BRAZIL, « Continuing the Conversation about the Current Status and the Future of ADR: View from the Courts », *Journal of Dispute Resolution.*, vol. 2000, no. 1, (2000), pp. 11-39.
- W. D. BRAZIL, « Court ADR 25 Years After Pound: Have We Found a Better Way ? », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 18, no. 1, (2002), pp. 93-150.
- W. D. BRAZIL, « Early Neutral Evaluation or Mediation – When Might ENE Delivery More Value », *Disp. Resol. Mag.*, vol. 14, no. 1, (Fall 2007), pp. 10-15.
- W. D. BRAZIL et al., « Early Neutral Evaluation: an Experimental Effort to Expedite Dispute Resolution », *Judicature*, vol. 69, no. 5, (Feb. - March 1986), pp. 279-85.

K. BRIGID FLANNERY et al., « A Descriptive Study of Office Disciplinary Referrals in High Schools », *Journal of Emotional and Behavioral Disorders*, vol. 20, no. 10, (2011), pp. 1-12.

M. BRUINEMAN, « Focus: Mediators largely unregulated in Canada », *Law Times*, (17 avr. 2017), disponible sur <https://www.lawtimesnews.com/news/features/focus-mediators-largely-unregulated-in-canada/262509> [consulté le 21/10/2023].

E. BRUNET, « Judicial Mediation and Signaling », *Nevada Law Journal*, vol. 3, (Winter 2002/2003), p. 232-258.

N. A. BURRELL et al., « Evaluating Peer Mediation Outcomes in Educational Settings: A Meta-Analytic Review », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 21, no. 1, (2003), pp. 7-26.

S. G. CALABRESI, S. D. ZIMDAHL, « The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision », *William & Mary Law Review*, vol. 47, (2005), pp. 743-909.

C. CASSINERIO, P. S. LANE-GARON, « Changing School Climate One Mediator at a Time: Year-One Analysis of a School Based Mediation Program », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 23, no. 4, (2006), pp. 447-460.

A. CELESTE, P. BULLER, « Peer Mediation in United States High Schools », *College of Saint Benedict and Saint John's University*, (2012), pp. 1-21.

T. W. CHURCH JR, « Civil Case Delay in State Trial Courts », *The Justice System Journal*, Vol. 4, No. 2 (Winter 1978), pp. 166-93.

R. CHURCHILL, « Today's Children, Tomorrow's Protectors: Purpose and Process for Peer Mediation in K-12 Education », *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 13, (2013), pp. 363-384.

G. R. CLARKE, I. T. DAVIES, « ADR – Argument for and Against Use of the Mediation Process Particularly in Family and Neighborhood Disputes », *QLD. University of Technology Law Journal*, pp. 81-96.

J. CLIFFORD WALLACE, « Judicial Reform and the Pound Conference of 1976 », *Michigan Law Review*, vol. 80, no. 4, (March 1982), pp. 592-596

S. COBB, « Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective », *Negotiation Journal*, (July 1993), pp. 245-259.

R. D. COOTER, D. L. RUBINFELD, « An Economic Model of Legal Discovery », *J. Leg. Stud.*, vol. 23, no. 1, (Jan. 1994), pp. 435-63.

J. C. CRASTLEY, « Judicial Ethics and Judicial Settlement Practices: Time for Two Strangers to Meet », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol 21, no. 3, (2006), pp. 569-596.

C. H. CROWNE, « The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice », *N.Y.U Law Review*, Vol. 76, no. 6 (Dec. 2001), pp. 1768-1811.

C. E. CUNNINGHAM et al., « The Effects of Primary Division, Student-mediated Conflict Resolution Programs on Playground Agression », *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 39, no. 5, (1998), pp. 653-662.

A. M. DAVIS, « Dispute Resolution at an Early Age », *Negotiation Journal*, (July 1986), pp. 287- 297.

M. DEIS, « California's Answer: Mandatory Mediation of Child Custody and Visitation Disputes », *Journal on Dispute Resolution*, vol. 1, (1985), pp. 149-179.

« Developments in the Law. Discovery », *Harv. Law. Rev.*, vol. 74, no. 5, (Mar. 1961), pp. 940-1072.

D. R. DUPPER, A. E. MONTGOMERY DINGUS, « Corporal Punishment in U.S. Public Schools: A Continuing Challenge for School Social Workers », *Children & Schools*, vol. 30, no. 4, (2008), pp. 243-250.

G. T. EISELE, « The Case Against Mandatory Court-Annexed ADR Programs », *Judicature*, vol. 75, (Jun. – Jul. 1991), pp. 34-40.

O. FISS, « Against Settlement », *Yale L. J.*, vol. 93, no. 6, (May 1984), pp. 1073-1090.

N. A. FLATTERS, « Family/Child Judicial Dispute Resolution (JDR). An Overview of One Canadian Court's Settlement Conference Approach to the Pretrial Resolution of Family and Child Welfare/Protection Matters », *Fam. Court. Rev.*, vol. 41, no. 2, (Apr. 2003), pp. 182-98.

J. FOLBERG, « Development of Mediation Practice in the United States », *Juris Dictio*, Année 16, Vol. 17, (Feb.- Jul. 2015), pp. 35-39.

B. FRANKLIN, « Advice to a Young Tradesman », in G. Fisher, *The American Instructor : or Young Man's Best Companion*, 14th ed., H. GAIN, 1748, disponible sur <https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-03-02-0130> [consulté le 30/05/2023].

A. A. FREDLUND, « Just, Speedy, and Inexpensive or Just Speedy and Inexpensive - Mandatory Alternative Dispute Resolution in the Western District of Missouri », *Journal of Dispute Resolution*, vol. 1992, n°1, (1992), pp. 133-57.

S. GAMACHE, « Collaborative Practice: A New Opportunity to Adress Children's Best Interest in Divorce », *Louisiana Law Review*, vol. 65, no. 4, (Summer 2005), pp. 1455-85.

J. GOSS, « Judicial Dispute Resolution. Program Setup and Evaluation in Edmonton », *Family Court Review*, vol. 42, no. 3, (Jul. 2004), pp. 511-525.

R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution Advocacy », *Journal of Canadian College of Construction Lawyer*, (2012), pp.1-10.

- C. GREEN, « ADR: « Where did the 'alternative' go? Why mediation should not be a mandatory step in the litigation process », *ADR Bulletin of Bond University DRC*, vol. 12, no. 3, art. 2, (December 2010), pp. 54-60.
- C. HARRIS CROWNE, « The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice », *N.Y.U Law Review*, vol. 76:1768, (Dec. 2001), pp. 1768-1811.
- J. HART, M. GUNTY, « The Impact of a Peer Mediation Program on an Elementary School Environment », *Peace & Change*, vol. 22, no. 1, (1997), pp. 76-92.
- B. L. HAY, « Civil Discovery : Its Effects and Optimal Scope », *J. Leg. Stud.*, vol. 23, n°1, (1994), pp. 481-515.
- R. M. HESSLER et al., « Peer Mediation: A Qualitative Study of Youthful Frames of Power and Influence », *Mediation Quarterly*, vol. 15, no. 3, (1998), pp. 187-198.
- M. R. HOGAN, « Judicial Settlement Conferences: Empowering the Parties to Decide Through Negotiation », *Willamette Law Review*, vol. 27, no. 3, (Summer 1991), pp. 429-461.
- K.-C. HUANG, « Does Discovery Promote Settlement? An Empirical Answer », *J. Empir. Leg. Stud.*, vol. 6, no. 2, (Jun. 2009), pp. 241-78.
- C. INTAHCHOMPPOO, « Social Media and Youth Suicide: A Systematic Review », in *Twenty-Sixth European Conference on Information Systems (ECIS2018)*, Portsmouth, UK, 2018, pp. 2-18.
- D. W. JOHNSON et al., « Effects of Conflict Resolution Training on Elementary School Students », *The Journal of Social Psychology*, vol. 134, no. 6, pp. 803-817.
- R. T. JOHNSON et al., « Teaching Students to be Peacemakers: A Meta-Analysis », *Journal of Research in Education*, vol. 12, no. 1, (2002), pp. 25-39.
- M. KEET, B. COTTER, « Settelement Conferences and Judicial Role: The Scaffolding for Expanded Thinking About Judicial Ethics », *Canadian Bar Review*, vol. 91, (2012), pp. 363-393.
- K. KOCH, « School Violence – Are American Schools Safe? », *CQ Researcher*, Vol. 8, n°38, (Oct. 1998).
- K. K. KOVACH, L. P. LOVE, « Evaluative Mediation is an Oxymoron », *Alternatives to High Cost Litigation*, vol. 14, no. 3, (March 1996).
- T. D. LAMBROS, « The Judge's Role in Fostering Voluntary Settlements », *Villanova Law Review*, vol. 29, no. 6, pp. 1363-1378.
- P. S. LANE-GARON, « Practicing Peace: The Impact of a School-Based Conflict Resolution Program on Elementary Students », *Peace & Change*, vol. 25, no. 4, (2000), pp. 467-482.

- H. F. LANDERKIN, A. J. PIRIE, « Judges as Mediators: What's the Problem with Judicial Dispute Resolution in Canada », *Canadian Bar Review*, vol. 82, (2003), pp. 249-298.
- J. LEIGH SANTERAMO, « Early Neutral Evaluation in Divorce Cases », *Fam. Ct. Rev.*, vol. 42, no. 2, (April 2004), pp. 321-41.
- M. S. LEVIN, « The Propriety of Evaluative Mediation: Concerns About the Nature and Quality of an Evaluative Opinion », *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 16, no. 2, (2001), p. 267-296.
- D. I. LEVINE, « Early Neutral Evaluation: A Follow-up Report », *Judicature*, vol. 70, no. 4, (1987), pp. 236-40.
- P. LINDSAY, « Conflict Resolution and Peer Mediation in Public Schools: What Works? », *Mediation Quarterly*, vol. 16, no. 1, (1998), pp. 85-99.
- S. J. MADRID, « Annexation of the Jury 's Role in Res Judicata Disputes: The Silent Migration from Question of Fact to Question of Law », *Cornell Law Review*, vol. 98, (2013), pp. 463-492.
- M. MCMANUS, B. SILVERSTEIN, « Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States », *Cadmus*, vol. 1, iss. 3, (October 2011).
- C. MENKEL-MEADOW, « The Many Ways of Mediation: The Transformation of Tradition, Ideologies, Paradigms, and Practices », *Neg. J.*, vol. 11, no. 3, (1995), pp. 217-242.
- C. MENKEL-MEADOW, « Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the 'Semi-formal' », *Georgetown University Law Center*, (2013), pp. 419-54.
- J. T. MOLOT, « An Old Judicial Role for a New Litigation Era », *Yale Law Journal*, vol. 113, (2003), pp. 27-118.
- K. C. MONAHAN et al., « From the School Yard to the Squad Car: School Discipline, Truancy, and Arrest », *Journal of Youth Adolescence*, (2014), pp. 1110-1122.
- C. MORRIS, « Definitions in the Field of Conflict Transformation », disponible sur: <https://www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.html> [Consulté le 22/10/2023].
- N. MORRISON, « The Surprising Truth About Discipline in Schools », *Forbes*, (Aug 31, 2014), disponible sur : <https://www.forbes.com/sites/nickmorrison/2014/08/31/the-surprising-truth-about-discipline-in-schools/> [consulté le 21/10/2023].
- A. P. MURRAH, « The Pretrial Conference: Conceptions and Misconceptions », *American Bar Association Journal*, vol. 44, (Jan. 1958), pp. 39-41.
- M. NESIC, « Mediation – On the Rise in the United Kingdom? », *Bond Law Review*, vol. 13, iss. 2, art. 10, (2001).

K. OLSON, M. SWADEN, « The View from Minnesota: How Early Neutral Evaluation Can Help in Family Cases », *Disp. Resol. Mag.*, vol. 25, no. 3, (Spring 2019), pp. 14-18.

S. PAVELKA, « Practices and Policies for Implementing Restorative Justice within Schools », *The Prevention Researcher*, vol. 20, no.1, (2013), pp. 15-17.

M. M. PEARROW, « A Critical Examination of an Urban-Based Youth Empowerment Strategy: The Teen Empowerment Program », *Journal of Community Practice*, vol. 16, no. 4, (2008), pp. 509-525.

Y. PEARSON, « Early Neutral Evaluations : Applications to Custody and Parenting Time Cases Program Development and Implementation in Hennepin County, Minnesota », *Fam. Ct. Rev.*, vol. 44, no. 4, (Oct. 2006), pp. 672-682.

S. R. PERRY, « Judicial Obligation, Precedent and the Common Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, no. 1, (1987), pp. 215-257.

R. H. PHARR, « The Truth About Pretrial », *American Bar Association Journal*, vol. 47, (Feb. 1961), pp. 177-179.

K. E. POWELL et al., « A Review of Selected School-Based Conflict Resolution and Peer Mediation Projects », *Journal of School Health*, vol. 65, no. 10, (1995), pp. 426-431.

L. F. PULGRAM, « The Discovery Rules Have Changed But Will We? », *Litigation*, vol. 42, n°3, (Spring 2016), pp.18-21.

E. H. RABIN, « Rosenberg: The Pretrial Conference and Effective Justice - A Controlled Test in Personal Injury Litigation », *Michigan Law Review*, Vol. 64, Iss. 2, (1965), pp. 372-376.

G. RAVINDRA, « Virginia's Judicial Settlement Conference Program », *Justice System Journal*, vol. 26, no 3, (2005), pp. 293-305.

C. B. RENFREW, « Discovery Sanctions : A Judicial Perspective », *Cal. L. Rev.*, vol. 67, n° 2, (March 1979), pp. 264-82.

J. RESNIK, « Managerial Judges », *Harvard Law. Review*, vol. 96, (1982), pp. 374-448.

J. RESNIK, « Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline », *U. Chi. L. Rev.*, vol. 53, (1986), pp. 494-560.

J. F. ROBERGE, « Sense of Access to Justice » as a Following for Civil Procedure Justice Reforme : An Empirical Assessment of Judicial Settlement Conferences in Quebec (Canada) », *Cardozo J. of Conflict Resolution*, Vol. 17, no. 323, (2016), pp. 323-361.

P. ROBINSON, « Adding Judicial Mediation to the Debate about Judges Attempting to Settle Cases Assigned to Them for Trial », *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2006, no. 2, (2006), pp. 335-385.

J. D. ROSENBERG, J. FOLBERG, « Alternative Dispute Resolution: An Empirical Analysis », *Stan. L. Rev.*, vol. 46, no. 6, (Jul. 1994), pp. 1487-1551.

- E. A. SANCHEZ, S. KIBLER-SANCHEZ, « Empowering Children in Mediation. An Intervention Model », *Family Court Review*, vol. 42, no. 3, (2004), pp. 554-575.
- R. SCHELLENBERG et al., « Reducing Levels of Elementary School Violence with Peer Mediation », *ASCA*, vol. 10, no. 5, (2007), pp. 475-481.
- N. SEMPLE, « Judicial Settlement-Seeking in Parenting Disputes: Consensus and Controversy », *Conflict Resolution Quarterly*, vol. 29, no. 3, (Spring 2012), pp. 309-332.
- S. SHAVELL, « Sharing of Information Prior to Settlement or Litigation », *Rand J. Econ.*, vol. 20, no. 2, (Summer 1989), pp. 183-95.
- E. A. SHRIDER et al., « Income and Poverty in the United States : 2020 », *U. S. Census Bureau*, (2021), disponible sur : <https://www.census.gov/library/publications/2021/demo/p60-273.html> [consulté le 21/10/2023].
- W. H. SIMON, « The Ideology of Advocacy : Procedural Justice and Professional Ethics », *Wisconsin Law Review*, vol. 29, (1978), pp. 29-144.
- L. R. SPAIN, « Alternative Dispute Resolution for the Poor : Is It and Alternative ? », *N. D. Law Rev.*, vol. 70, no 2 (1994), pp. 269-80.
- S. A. SPAULDING et al., « Schoolwide Social-Behavioral Climate, Student Problem Behavior, and Related Administrative Decisions. Empirical Patterns From 1.510 Schools Nationwide », *Journal of Positive Behavior Interventions*, vol. 12, no. 2, (April 2010), pp. 69-85.
- L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated into a Kindergarten Curriculum », *Child Development*, vol. 71, no.3, (2000), pp. 772-784.
- L. STEVAHN et al., « Effects of Conflict Resolution Training Integrated Into a High School Social Studies Curriculum », *The Journal of Social Psychology*, vol. 142, no. 3, (2002), pp. 305-331.
- J. F. SUTTON, D. A. WEBB, « Bold and Persistent Reform. The 2015 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure and the 2017 Pilot Projects », *Judicature*, vol. 101, no. 3, (Autumn 2017), pp. 12-21.
- R. THOMPSON, M. SACKSTEDER, « Judicial Strategies for Resolving Intellectual Property Cases without Trial. Early Neutral Evaluation », *J. World Intell. Prop.*, vol. 1, no. 4, (1998), pp. 643-655.
- L. J. TORNQUIST, « The Active Judge in Pretrial Settlement: Inherent Authority Gone Awry », *Willamette Law Review*, vol. 25, no.4, (Fall 1989), pp. 743-775.
- E. VERMEERSCH, « Some Remarks on the Analysis of the Culture Concept », *Philosophica*, Disponible sur : <http://www.philosophica.ugent.be/fulltexts/3-6.pdf>.

M. WAI, « Techniques in Mediation – A Closer Look at Decision Analysis », *American Journal of Mediation*, vol. 8, (2015), pp. 45-62.

J. A. WALL, T. C. DUNNE, « Mediation Research: A Current Review », *Negotiation Journal*, (April 2012), pp. 217-44.

L. M. WATSON JR, « Planning, Organizing, Formatting and Executing the Mediation of a Complex, Multi-Party, Multi-Issue, Lawsuit », *American Journal of Mediation*, vol. 9, (2016), pp. 111-48.

D. P. WEBER, « Restricting the Freedom of Contract: A Fundamental Prohibition », *Yale Human Rights and Development Journal*, vol. 16, iss. 1, art. 2, (2013), pp. 51-103.

M. E. WEINZIERL, « Wisconsin's New Court-Ordered ADR Law: Why It Is Needed and Its Potential for Success », *Marquette Law Review*, vol. 78, Issue 3, Article 2, (Spring 1995), pp. 583-607.

N. A. WELSH, « Mandatory Mediation and Its Variations », in *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, United Nations Conference on Trade and Development, (2011), pp. 108-13.

R. L. WISSLER, « The effects of Mandatory Mediation: Empirical Research on the Experience of Small Claims and Common Pleas Courts », *Willamette Law Review*, vol. 33, (1997), pp. 565-604.

H. E. YNTEMA, « Equity in the Civil Law and the Common Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, no. 1/2, (1966-1967), pp. 60-86.

A. ZARISKI, « Judicial Dispute Resolution in Canada: Towards Accessible Dispute Resolution », *Windsor Year Book of Access to Justice*, vol. 35, (2018), pp. 433-462.

§3 - Mémoires et thèses

Mémoires et thèses francophones

J. DURANLEAU, « La médiation obligatoire en droit civil comme outil pour favoriser l'accès à la justice », Mémoire présenté en vue de l'obtention d'un L.L.M en droit, sous la direction de Pierre-Claude Lafond, Montréal, Université de Montréal, Décembre 2017

C. GREMOND, « Place de la sanction à l'école : comparaison franco-québécoise », Mémoire de Master MEEF, dir. E. BRASSAT, Université de Cergy-Pontoise, 2018.

J. GRENIER, *L'implantation de la médiation scolaire au primaire au Québec. Une étude de cas*, mémoire de maîtrise en sociologie, Laval (Canada), Université Laval, 2016.

Mémoires et thèses anglophones

K. KOLAN, *An Analysis of the Short-Term Impact of Peer Mediation on High School Disputants in an Ethnically Diverse Suburban School System*, Thèse de doctorat en science de l'éducation, George Washington University, Washington D.C., 1999.

J. D. ROOKE, *The Multi-Door Courthouse is Open in Alberta: Judicial Dispute Resolution is Institutionalized in the Court of Queen's Bench*, Thèse de doctorat en droit, University of Alberta, 2010.

C. J. WALDON-JOHNSON, *Impact of an Urban High School Conflict Resolution Program on Peer Mediator: A single Case Study*, Thèse de doctorat en Science de l'éducation, Walden University, Minneapolis, 2015.

§4 - Colloques et conférences (n'ayant pas donné lieu à publication)

R. A. GRAESSER, « Judicial Dispute Resolution, Alberta Style », *C.I.A.J.*, [Mediation Conference, Toronto], (2016).

§5 - Rapports

Rapports français

COMITE PERMANENT DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *Le règlement des conflits parallèle*, 1990.

P. DELMAS-GOYON, *Le juge du XXI^e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, Documentation française, 2013.

DIRECTION CENTRALE DE LA SECURITE PUBLIQUE, *Mineurs, femmes, personnes âgées ; quelques données statistiques*, 1994.

Direction des affaires civiles et du sceau, *Statistiques sur la profession d'avocat*, Ministère de la justice, Janvier 2021.

A. GARAPON, B. BARNABE, S. PERDRIOLLE et C. KADRI, *La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI^e siècle*, IHEL, 2013.

S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Documentation française, 2008.

I.G.S.J., *Rapport sur le développement des modes amiables de règlement des différends*, N°22-15, Avril 2015.

M. KALUSZYNSKI, J.-C. FROMENT, *Rapport final sur les pratiques et politiques de gestion de la violence à l'école primaire*, CERAT / CERDAP, 2000.

V. LASSERRE et al., *La promotion et l'encadrement des modes amiables de règlement des différends*, Le Mans université, Mars 2021.

J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice. La médiation ; une autre voie*, Cour d'appel de Paris, 2009.

C. TROENDLÉ, M. AMIEL, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information sur la réinsertion des mineurs enfermés*, Sénat, n°726, 2018.

S. VAN PUYVELDE, *Les données de la justice française au regard des comparaisons internationales*, Infostat Justice, n°188, octobre 2022.

Rapports américains

JUDICIAL COUNCIL OF CALIFORNIA, *Alternative Dispute Resolution in Civil Cases: The Report of the Task Force on the Quality of Justice Subcommittee on Alternative Dispute Resolution and the Judicial System*, August 1999.

MASSACHUSETTS SUPREME JUDICIAL COURT/TRIAL COURT STANDING COMMITTEE ON DISPUTE RESOLUTION, *A Guide to Court-Connected Alternative Dispute Resolution Services*.

NATIONAL CENTER FOR EDUCATION AND STATISTICS, *Students Reports of Bullying: Results From the 2015 School Crime Supplement to the National Crime Victimization Survey*, Dec. 2016.

Rapports canadiens

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN (Rapport du Groupe de travail), *Solutions de rechange au règlement des conflits : Une perspective canadienne*, La Fondation du Barreau Canadien, Aout 1989.

L.D BERTRAND et al., *Portrait des services d'aide juridique en matière de droit de la famille au Canada*, Ministère de la justice, Juin 2002.

CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Alternative Dispute Resolution in Action in Canada*, March 11/12, 1994.

COUR SUPÉRIEURE DU QUEBEC, *Projet pilote PCR-2 (Parentalité – Conflit – Résolution)*, Ministère de la justice du Québec, 5 septembre 2019.

DEPARTMENT OF JUSTICE, *Dispute Resolution in Canada: A Survey of Activities and Services*, 1995.

GLOBAL ADR STRATEGIES, *Ontario's Mandatory Mediation Program. Lessons, Outcomes, and the Impact on Dispute Resolution*, August 2019.

R. G. HANN et al., *Evaluation of the Ontario Mandatory Mediation Program (Rule 24.1) Executive Summary and Recommendation*, 2001.

J. MACFARLANE, *Le nouveau phénomène du droit de la famille collaboratif (DFC) : étude de cas qualitative*, Ministère de la Justice du Canada, 2005.

Ministère de la Justice du Québec, *Étude sur la qualité de la prestation de services et la satisfaction des personnes ayant obtenu un jugement en matière familiale à l'égard du service de médiation familiale*, Juin 2008.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Stratégie ministérielle de promotion et de développement des modes de prévention et de règlement des différends en matière civile et commerciale 2018-2020*, 2018.

ONTARIO BAR ASSOCIATION, *Expanding Mandatory Mediation in Ontario*, 2020.

N. RONDEAU, F. BOWEN, J. BELANGER, *Evaluation d'un programme de promotion de la conduite pacifique en milieu scolaire primaire. Rapport final*, Institut Pacifique, Juin 1999.

J. D. ROOKE, *Improving Excellence: Evaluation of the Judicial Dispute Resolution Program in the Court of Queen's Bench of Alberta. Evaluation Report*, Forum Canadien sur la Justice Civile, 1^{er} Juin 2009.

§6 - Législation

Codes

Code civil

Code de procédure civile

Code de l'organisation judiciaire

Code civil du Québec

Nouveau code de procédure civile du Québec

Ancien code de déontologie de l'Ontario

Textes européens

Convention européenne des droits de l'Homme

Directive n°2008/52/CE du 21 mai 2008

Lois, décrets et arrêtés

France

Loi n°49-178 du 9 février 1949 supprimant la tentative de conciliation dans les affaires du ressort des tribunaux de première instance.

Décret n°78-381 du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs de justice.

Loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat

Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

Décret n°96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires.

Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

Arrêté du 7 décembre 2005 fixant le programme et les modalités de l'examen d'aptitude à la profession d'avocat.

Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires.

Décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

Décret n° 2016-1876 du 27 déc. 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique.

Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

Décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile

Circulaire du 20 janvier 2017 relative à la prise en charge de la médiation au titre de l'aide juridique.

Projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

Décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023 portant mesures favorisant le règlement amiable des litiges devant le tribunal judiciaire.

Loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027.

Etats-Unis

Lois Fédérales

United States Code

Minimum Wage for Women Act (1917)

Judicial Procedure Reform Bill (1937)

Carriage of Goods by Water Act (1993)

Federal Courts Rules

Federal Rules of Civil Procedure

Lois locales

Island County Local Rules for the Superior Court

North Carolina Western District Local Rules

North Carolina Middle District Local Rules

Circuit Court of Cook County Local Rules

District of Kansas Local Rules

District of Idaho Local Rules

District of Alaska Local Rules

Maine Rules of Civil Procedure

Florida Rules of Civil Procedure

Alabama Mandatory Mediation Act

Pennsylvania Code

Florida Statutes

Idaho Rules of Civil Procedure

Canada

Lois fédérales

Canadian Human Rights Act 1976-77

Federal Court Rules / Règles des Cours Fédérales (SOR /98-106).

Lois locales

Alberta Rules of Court

B.C. Reg. 4/2001

S.S. 1998, c. Q-1.01

Alta. Reg. 271/1997

R.R.O. 1990, Reg. 194

Consolidated Practice Direction for Civil Actions, Applications, Motions and Procedural Matters in the Toronto Region

Ont. R. Civ. Pr

NL. R. Civ. P (Terre-Neuve)

Queen's Bench Act (1998) (Saskatchewan)

Loi du 19 juin 1997

§7 - Jurisprudence

Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 4^e ch., 18 mars 2010, aff. C-317/08, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia*

CJUE, 3^e ch. 27 juin 2013, aff. C-492/11, *Ciro Donna c. Societa imballaggi metallici Salerno*

CEDH, 1^{re} section, 26 mars 2015, aff. *Momcilovic c/ Croatie*, n° 11239/11

CJUE, 1^{ère} ch., 14 juin 2017, aff. C-75/16, *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*.

Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 22 mai 2003, *Gouveia da Siva Torrado c/ Portugal*

CEDH 29 mars 2006, *Cocchiarella c/ Italie* ; CEDH, 24 sept. 2009, *Sartory c/ France*

CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, *Momcilovic c. Croatie*.

CEDH, [GC], 05 avril 2018, aff. *Zubac c. Croatie* [GC], n° 40160/12

CEDH, [GC], 15 mars 2022, aff. *Grzeda c/ Pologne*, n° 43572/18

Conseil constitutionnel

Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, D. 2001. 1766, obs. D. Ribes ; GADS 2010. n° 110-111 ; GAJF, 5^e éd. 2009. n° 7 ; RDSS 2001. 89, obs. P.-Y. Verkindt ; RTD civ. 2001. 229, obs. N. Molfessis ; Rec. p. 176.

Conseil d'Etat

CE, n° 436939 et 437002 du 22 sept. 2022.

Cour de cassation

Civ. 2^e, 13 mai 1987, n°86-11.098, P II, n°112 ; JCP 1987 ; IV. 244 ; RTD civ. 1988. 181 obs. R. Perrot.

Cass. 2^e civ., 16 juin 1993, n°91-15332 : Bull. civ. II, n°211.

Civ. 1^{ère}, 7 déc. 2005, Bull. civ. I, n°484 ; D. 2006.

Soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, P V, n° 84 ; D. 2007. 1590, obs. A. Fabre ; RTD civ. 2007. 637, obs. R. Perrot ; JCP 2007. I. 200, n°20.

Civ. 2^e, 26 mai 2011, Dr. et proc. juill.-août 2011, AJ p. 188.

Cours d'appel

Paris, 26 déc. 1986, D. 1987. 344, note M. Jeantin.

Paris, 7 déc. 2007.

Douai, 30 juin 2011.

Cour suprême des Etats-Unis

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819)

Capital Traction Co. v. Hof, 174 U.S. 1 (1899)

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937)

United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144 (1938)

United States v. Darby, 312 US 100 (1941)

Williamson v. Lee Optical of Oklahoma, 348 US 483 (1955)

Ferguson v. Skrupa, 372 US 726 (1963)

Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371 (1971)

Ingraham v. Wright, 430 US 651 (1977)

National Hockey League v. Metropolitan Hockey Club, Inc., 427 U.S. 639, 643 (1979).

Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. 692 (2004)

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005)

Cour de circuit

Craigmiles v. Giles, 312 F.3d 220 (6th Cir. 2002)

Cour suprême du Canada

Bhasin v. Hrynew (2014 SCC 71)

Cour suprême du Yukon

Mega Reporting Inc. v. Yukon (Government of), (2018), 2018 YKCA 10

Cour supérieure (Canada)

Ontario Bean Producers Marketing Board v. W.G. Thompson & Sons (1981), 32 O.R. (2d) 69 (H.C.J.).

Hamel c. Ménard, C.S. Chicoutimi, n°150-12-002143-806, 12 décembre 1997.

Banque de Montréal c. Bail Ltée [1992] 2 R.C.S. 554.

Bruker c. Marcovitz, 2007 CSC 54, [2007] 3 RCS 607.

Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, 2007 CSC 27, [2007] 2 RCS 391.

Bhasin c. Hrynew, 2014 CSC 71, [2014] 3 SCR 494

Douez c. Facebook Inc., 2017 CSC 33, [2017] 1 RCS 751

Cour d'appel de l'Alberta

J.W. Abernethy Management & Consulting Ltd v 705589 Alberta Ltd and Trillium Homes Ltd, 2005 ABCA 103.

Autres

Courtney and Fairbairn Ltd. v Tolaini Brothers (Hotels) Ltd., [1975] 1 All ER 716.

Halsey v Milton Keynes General NHS Trust [2004] EWCA Civ 576

Walford v Miles, [1992] 2 AC 128.

§8 - Documents parlementaires

Documents parlementaires français

JO Sénat, doc. rapp. P. FAUCHON

JOAN, doc. rapp. M. PORCHIER

Documents parlementaires américains

Costs and Burden of Civil Discovery: Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary House of Representatives, 112th Cong. 35 (2011).

§9 - Articles de presse

C. BARBIER, « La justice française à bout de souffle », *L'Express*, 29 mars 2014, disponible sur : https://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/la-justice-francaise-a-bout-de-souffle_1503140.html

L. CHAHUNEAU, « La cyberviolence à l'école peut mener à la dépression, voire au suicide », *Le Point*, 22 décembre 2012, disponible sur https://www.lepoint.fr/societe/la-cyberviolence-a-l-ecole-peut-mener-a-la-depression-voire-au-suicide-4--22-12-2017-2181974_23.php [consulté le 22/10/2023].

R. MARCHAL, « Justice : Éric Dupond-Moretti défend son projet de loi, dans un contexte marqué par les émeutes », LCP, (3 juil. 2023), disponible sur : <https://www.lcp.fr/actualites/justice-eric-dupond-moretti-defend-son-projet-de-loi-dans-un-contexte-marque-par-les> [consulté le 26 juillet 2023].

L. NEUER, « La médiation judiciaire permet aux parties de préserver l'avenir de leurs relations », *Le Point*, (16 décembre 2017).

P. FAIRBANKS, « Buffalo's federal court backlog is among the worst in nation », in *The Buffalo News*, (Sept. 18th, 2017), disponible sur : <https://buffalonews.com/2017/09/18/federal-court-backlog-delays-justice-victims-others/>.

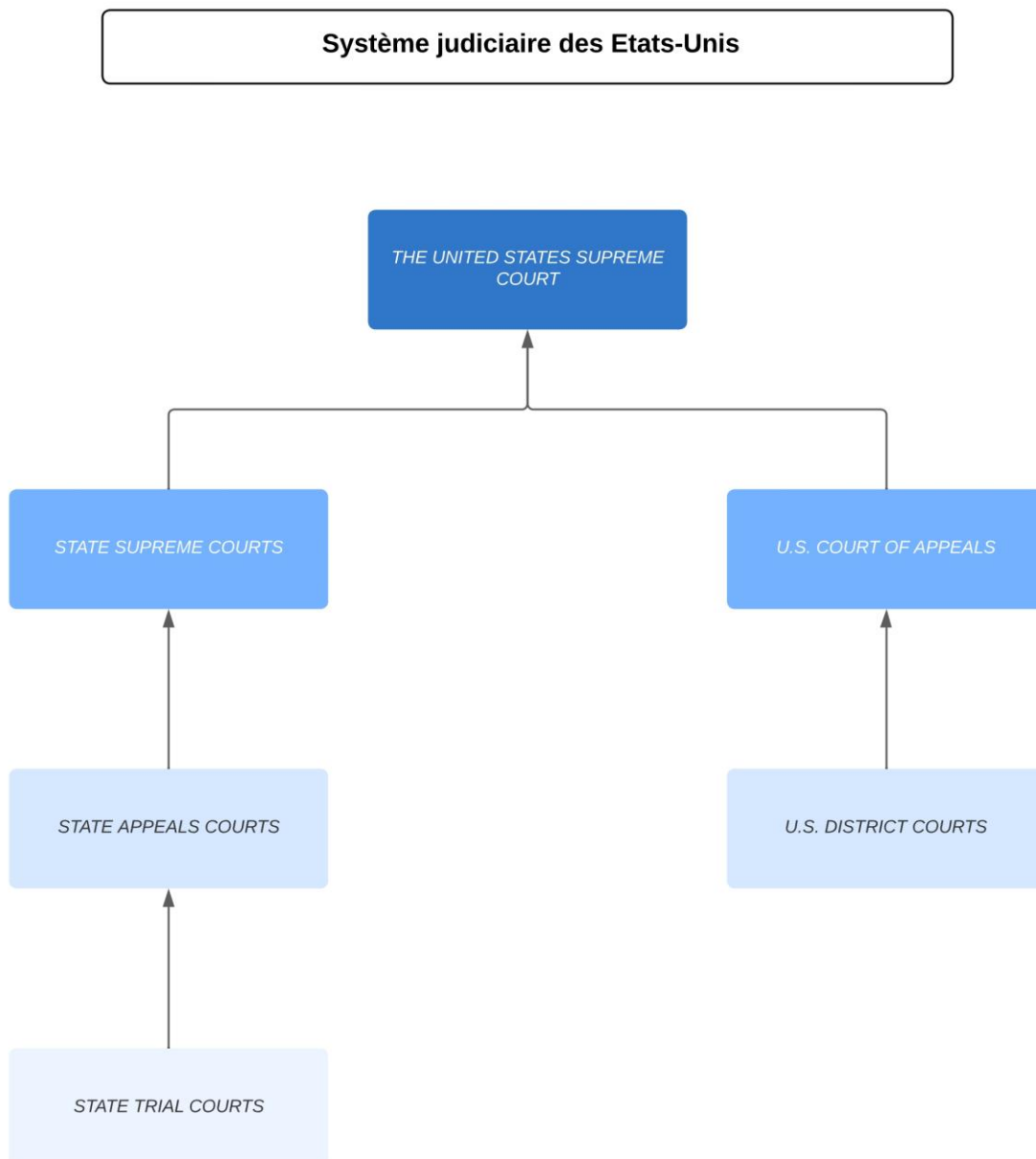
B. WONG, « Average Salary by State in 2023 », *Forbes*, (23 août 2023), disponible sur : <https://www.forbes.com/advisor/business/average-salary-by-state/> [consulté le 22/10/2023].

§10 - Vidéos

M. MANUKYAN, « 16 Minutes of ADR – David Hoffman on « Fairness & Mediation » », *16 Minutes of ADR*, *Youtube*, publiée le 4 mars 2016. Disponible sur https://www.youtube.com/watch?v=oYVHV0Vxsh0&ab_channel=16MinutesofADR.

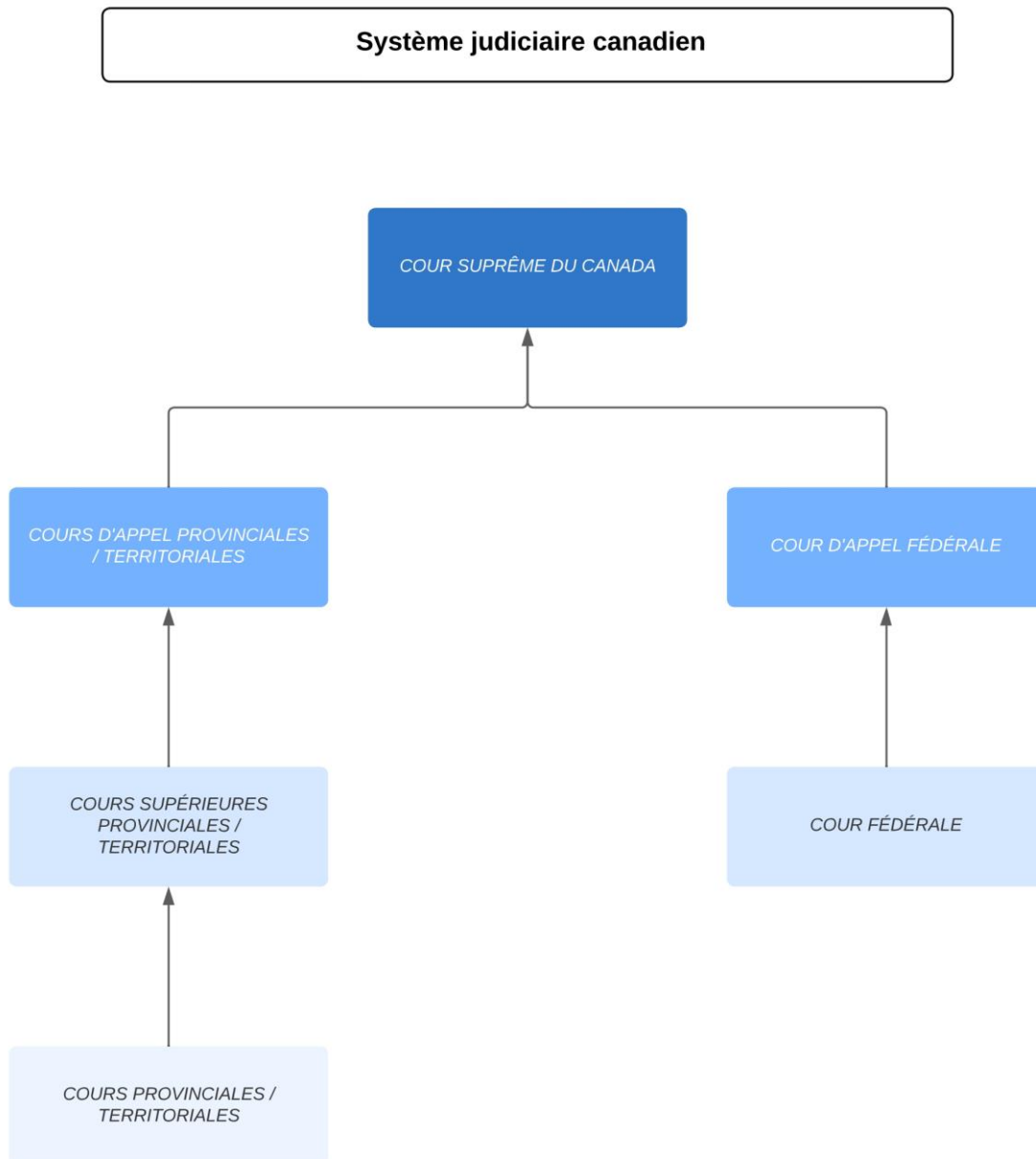
ANNEXES

Annexe 1 – Schéma structurel simplifié du système judiciaire étatique et fédéral des Etats-Unis¹²¹⁷



¹²¹⁷ Réalisé d'après un schéma du Salt Lake City Community College, « Judicial Federalism », disponible sur : <https://slcc.pressbooks.pub/attenuateddemocracy/chapter/chapter-32/>

Annexe 2 – Schéma structurel simplifié du système judiciaire provincial et fédéral du Canada¹²¹⁸



¹²¹⁸ Réalisé d'après un schéma du Ministère de la Justice du Canada, « Schéma de l'appareil judiciaire du Canada », disponible sur : <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/just/07.html>

Résumé

Darwin disait que « les espèces qui survivent ne sont pas les espèces les plus fortes ou les plus intelligentes, mais celles qui s'adaptent le mieux aux changements ». La justice n'échappe pas à cette règle. Sans cesse confrontée à de nouveaux défis, tels que l'encombrement judiciaire ou la pacification des relations entre les parties, cette dernière va devoir trouver les moyens qui lui permettront de fonctionner en accord avec les besoins de son temps. Les modes amiables de résolution des conflits pourraient bien en faire partie. Implantés de longue date et particulièrement appréciés aux États-Unis et au Canada, ces derniers semblent pour l'heure boudés par les praticiens et les justiciables en France. Le législateur montre néanmoins un intérêt de plus en plus important pour ces méthodes et pour cause : elles ont fait leurs preuves Outre-Atlantique. Dès lors, comment parvenir à les développer au sein de notre système ? C'est la question à laquelle nous essayerons de répondre dans cette thèse.

Modes amiables ; développement ; France ; États-Unis ; Canada

Résumé en anglais

Darwin said that "it is not the strongest of the species that survives, not the most intelligent that survives. It is the one that is the most adaptable to change". Justice is no exception to this rule. Constantly faced with new challenges, such as judicial congestion or the pacification of relations between the parties, justice will have to find the means which will allow it to work in accordance with the needs of its time. Amicable methods of conflict resolution (ADR) could be one of them. Established for a long time and particularly appreciated in the United States and Canada, ADR seem to be shunned by law practitioners and litigants in France. The legislator nevertheless shows an increasing interest in these methods and for good reason: they have proven themselves across the Atlantic. So how can we develop them within our system? This is the question we will try to answer in this research work.

ADR ; development ; France ; United States ; Canada