

fiches des

# Modes alternatifs de règlement des différends

Rappels de cours et exercices corrigés

Romain Dumas



# Quelques précisions terminologiques par rapport aux MARD

- I. La signification de chaque terme composant l'acronyme MARD
- II. La distinction des MARD d'avec des notions voisines

## DÉFINITIONS

- **Déjudiciarisation** : Retrait du traitement de certaines affaires aux juridictions étatiques en vue de confier à des tiers, autres que des magistrats, voire aux parties elles-mêmes, le soin de tenter préalablement et obligatoirement leur règlement amiable.
- **Pouvoir de *juris-dictio*** : Pouvoir détenu par un juge étatique lui permettant de dire le droit pour trancher un litige et ce, par le biais d'une décision de justice.

Dans la préface du célèbre *Vocabulaire juridique*, publié en 1936, Capitant affirmait que : « *De même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu* ».

Dans le droit fil de la remarque de ce grand juriste, quelques précisions terminologiques quant aux MARD seront apportées et ce, avant d'étudier leur contenu. Ainsi, il convient d'indiquer le sens de chaque terme dont l'initiale forme l'acronyme MARD. Partant, les MARD seront appréhendés tels les Modes alternatifs de règlement des différends, conformément au titre 2 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, dite loi J-21, modifiée à plusieurs reprises, intitulé : « Favoriser les **modes alternatifs de règlement des différends** ».

Nous définirons ainsi chacun des quatre termes surlignés en évoquant les avantages et inconvénients de ces choix sémantiques (I). Ensuite, les MARD devront être distingués de plusieurs notions voisines, lesquelles pourraient se confondre avec eux (II).

## I. La signification de chaque terme composant l'acronyme MARD

### A. « M » comme *Modes*

Même si la période contemporaine développe les MARD, de telle sorte qu'ils pourraient constituer une sorte de mode ou de tendance juridique, les modes étudiés ici constituent les modalités, c'est-à-dire les moyens, autres que la saisine d'une juridiction étatique par lesquels des parties qui s'opposent tenteront, voire parviendront, à apaiser leur différend.

Deux autres termes auraient pu recevoir les faveurs du législateur pour qualifier ces modes de règlement des différends, à savoir des techniques ou procédures.

Or, même si les MARD constituent des techniques de règlement des différends, ce terme présente un caractère trop restrictif pour les caractériser. En effet, au-delà de la pure technique, les MARD renvoient également à un état d'esprit partagé par les parties, lequel se traduit en un accord de volonté en vue de tenter de renouer le dialogue et mettre fin à ce qui les oppose.

Quant au terme procédure, il présente une certaine légitimité. En effet, tous les MARD obéissent à des règles de procédure, respectivement quant à leur déclenchement, leur déroulement et leurs effets. En outre, une grande majorité de ces règles a été codifiée, donc incorporée au sein du code de procédure civile. Or, en dépit de son importance, présenter les MARD sous le seul angle procédural risquerait de trop les attacher aux procédures juridictionnelles classiques et d'amoinrir, voire gommer, certaines de leurs spécificités (ex. leur caractère alternatif à la justice étatique et leur origine souvent contractuelle).

### B. « A » comme *Alternatifs*

Les MARD doivent être appréhendés comme tous les modes, autres que la saisine d'une juridiction étatique, en vue de tenter de remédier à un différend. Partant, ils constituent des alternatives au traitement d'un différend par la juridiction étatique compétente, qu'elle soit administrative ou judiciaire. Or, se pose la question de savoir si les MARD se cantonnent aux modes amiables ou s'ils incluent également des méthodes juridictionnelles de règlement des différends, alternatives à la saisine d'une juridiction étatique ?

Selon une approche restrictive des MARD, il faudrait appréhender le « A » de l'acronyme telle la première lettre de l'adjectif amiable. Partant, les MARD constitueraient uniquement des modes amiables de résolution des différends, donc non-juridictionnels, destinés à trouver une issue à des oppositions entre des personnes. Cette conception des MARD en exclut *de facto* l'arbitrage, lequel constitue une technique juridictionnelle de résolution des différends, même si les arbitres sont des juges privés. En effet, la juridiction arbitrale a la mission

de trancher un litige entre des parties en disant le droit et ce, au moyen d'une décision qualifiée de sentence arbitrale.

À l'opposé, une conception extensive des MARD inclut l'arbitrage, en plus des modes purement amiables. Les MARD désignent ainsi toute autre méthode de résolution d'un différend que l'exercice d'une action en justice devant la juridiction étatique compétente.

La loi J-21 de 2016, a finalement répondu à cette interrogation en consacrant la conception extensive des MARD, lesquels doivent donc être appréhendés comme toute alternative à la saisine d'une juridiction étatique en vue de mettre fin à un différend et ce, que la technique mobilisée présente une nature amiable (ex. conciliation, médiation, procédure participative, transaction) ou juridictionnelle (arbitrage).

Par conséquent, si tout mode amiable de règlement d'un différend constitue un MARD, tout MARD n'est pas un mode amiable. Le « A » de MARD signifie donc « alternatifs ».

### C. « R » comme *Règlement*

Deux termes peuvent être choisis en vue de matérialiser le « R » de l'acronyme MARD et sont employés par la doctrine : résolution ou règlement.

#### ATTENTION

Ces deux termes peuvent s'avérer source de confusion en ce qu'ils possèdent, hors du champ des MARD et antérieurement à leur développement, une signification juridique bien précise. En effet, en droit français des obligations, la résolution consiste en l'anéantissement d'un contrat bien formé au départ, mais inexécuté ou imparfaitement exécuté ensuite (exécution partielle ou mauvaise exécution) par la suite (art. 1217 C. civ. et 1224 et s. C. civ.).

Le règlement constitue quant à lui une norme juridique de portée générale et émanant du pouvoir exécutif (ex. Président de la République) ou de l'autorité administrative (ex. Préfet).

Or, dans le contexte des MARD, la résolution ou le règlement des différends doivent s'entendre respectivement comme la faculté de mettre un terme au différend (sa résolution) ou de lui trouver une issue favorable (régler le différend).

Il eut donc été préférable de choisir un terme évocateur de la faculté des MARD à apaiser un différend, sans pour autant que celui-ci n'apparaisse source de confusion avec d'autres termes juridiques. Par exemple, l'acronyme MARD aurait pu être conservé, mais avec un « R » constituant l'initiale du nom « remède » pour désigner les modes alternatifs de remède aux différends.

## D. « D » comme *Différends*

Au cours des deux dernières décennies, la dernière lettre de l'acronyme MARD a été modifiée à plusieurs reprises. Se sont ainsi succédé des **MARL** (modes alternatifs de règlements des **LITIGES**), puis des **MARC** (modes alternatifs de règlement des **CONFLITS**), avant d'aboutir *in fine* aux **MARD** (modes alternatifs de résolution des **DIFFÉRENDS**).

La question se pose de savoir si une telle évolution est purement cosmétique ou se fonde au contraire sur des raisons précises. Un rapide passage en revue des avantages et inconvénients de l'emploi de chacun de ces noms incite à conclure que cette évolution sémantique a été sinon volontaire, du moins bienvenue.

Pour tout juriste, le terme de **litige** apparaît très évocateur. Issu du terme latin *litigium*, composé à partir du nom « *lis, litis* » qui signifie le procès et du verbe *agere* (conduire), le litige désigne littéralement la conduite d'un procès. Il s'agit donc d'une opposition entre des personnes sur une ou plusieurs questions de droit, susceptibles de trouver une issue par la saisine d'une juridiction. Or, ce terme s'avère restrictif car une opposition entre des personnes peut impliquer un désaccord, non seulement sur des questions juridiques, mais aussi comporter d'autres dimensions. Par exemple, si les parties qui s'affrontent sont issues d'une même famille, le différend qui les oppose peut présenter à la fois des aspects juridiques, sentimentaux, financiers ou psychologiques. Par conséquent, réduire leur opposition à sa seule dimension juridique peut générer l'un des deux risques suivants : ne pas prendre en compte la mésentente dans sa globalité ou passer à côté de ce qui pose réellement difficulté.

Quant au conflit, d'après le vocabulaire juridique, il s'agit d'une « *opposition de vue ou d'intérêts* », une « *mésentente pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait* ». Ainsi, le conflit apparaît non seulement préexistant au litige, mais il constitue aussi une approche plus large d'une opposition entre des personnes. Un conflit peut en effet être multidimensionnel : juridique, familial, financier, etc. Le terme conflit semble donc, de prime abord, plus proche de la philosophie véhiculée par les MARD. Or, il peut cependant apparaître de très forte intensité en fonction de l'adjectif qualificatif qui lui est associé.

Tel est le cas du conflit armé, notion notamment utilisée en droit international humanitaire, dans les Conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels. Or, la finalité des MARD n'est pas de tenter d'aplanir tout ou partie de ce type de conflits.

Ils visent plus modestement à éradiquer certaines mésententes familiales, des litiges d'un montant modeste opposant un professionnel à un consommateur en droit de la consommation, des troubles de voisinage, des différends commerciaux ou encore ceux qui opposent un service public et un usager. Malgré tout, le terme de conflit continue de recevoir la préférence de certains auteurs en la matière.

Un différend consiste enfin, d'après le Littré, en une «*contestation sur quelque point déterminé*». Autrement dit, des personnes s'affrontent sur une ou plusieurs questions auxquelles il leur appartiendra de trouver des réponses par elles-mêmes ou avec l'aide d'un tiers et ce, sans qu'une quelconque référence soit faite au juge. Par conséquent, le différend constitue un terme suffisamment large et neutre pour englober plusieurs dimensions (différend juridique, économique, familial) et relativement consensuel car il est employé dans des contextes, certes litigieux, mais de moindre intensité que certains conflits. En définitive, les pouvoirs publics ont donc retenu ce terme pour constituer le «D» de l'acronyme officiel de MARD.

## II. La distinction des MARD d'avec des notions voisines

On peut ici opérer une distinction entre les MARD et deux mouvements contemporains impactant la justice, à savoir la déjudiciarisation (A) et la déjuridictionnalisation (B). De plus, on différenciera les MARD d'un auxiliaire de justice parfois confondu avec eux : l'expert-judiciaire (C).

### A. Les MARD et la déjudiciarisation

La déjudiciarisation, développée depuis le début du <sup>xxi</sup><sup>e</sup> siècle, poursuivrait un objectif essentiellement économique et ce, à un double titre. D'une part, elle viserait à remédier aux lenteurs de la justice étatique, régulièrement dénoncées, en désengorgeant les juridictions (économie de temps). D'autre part, elle permettrait à la justice d'effectuer une économie de moyens humains et financiers.

Partant, le développement des MARD constitue l'une des déclinaisons de la déjudiciarisation en confiant le règlement d'un différend à un tiers, différent d'un juge étatique (ex. un conciliateur de justice, un médiateur, un arbitre) ou en incitant les parties à négocier elles-mêmes pour trouver une issue à leur différend (ex. procédure participative, transaction).

Or, la déjudiciarisation peut également emprunter d'autres voies telles que le recours à un professionnel du droit n'exerçant aucune fonction juridictionnelle (ex. le divorce par consentement mutuel sans juge et déposé au rang des minutes du notaire). Elle peut résider également dans le mouvement consistant à confier la résolution de certains litiges spécifiques à des Autorités administratives indépendantes, bien qu'elles soient soumises, comme les juridictions, au respect des garanties du procès équitable, en vue d'assurer la régulation de certains secteurs (ex. l'AMF (autorité des marchés financiers) pour les délits boursiers).

## **B. Les MARD et la déjuridictionnalisation**

Si, par le biais de la déjudiciarisation, le juge se voit retirer le traitement de certains litiges, la déjuridictionnalisation ne l'évince pas du règlement de certains différends. En effet, une transformation de son office s'opère. Il peut notamment s'agir de confier à un greffier des missions traditionnellement dévolues au juge (ex. l'apposition de la formule exécutoire sur l'accord issu d'une médiation, v. Fiche 27). De même, le juge lui-même peut, dans certains cas et par le biais de la déjuridictionnalisation, délaissier son pouvoir de *jurisdictio* sur certaines questions. Il aura alors mission de concilier les parties (art. 21 C. pr. civ.).

S'il y parvient, il dressera alors un procès-verbal de conciliation, décision non juridictionnelle et insusceptible de recours.

Par conséquent, si les MARD constituent l'une des principales illustrations concrètes de la déjudiciarisation, leur lien avec la déjuridictionnalisation est plus ténu. Celle-ci consiste en une réorganisation de la juridiction, laquelle pouvant se déployer vers des missions caractéristiques des MARD telles que la conciliation.

## **C. Les MARD et l'expertise judiciaire**

L'expertise judiciaire (art. 263 et s. C. pr. civ.) est la situation dans laquelle le juge demande à un professionnel d'un secteur d'activité (ex. automobile, bâtiment, médecine, etc.), inscrit en principe sur une liste régionale d'expert près la cour d'appel de son ressort, de venir délivrer un avis de nature technique, sur une ou plusieurs questions, souvent complexes, soulevées lors d'un litige. En effet, le juge, n'étant pas un être omniscient, serait incapable de répondre à ces questions techniques ou scientifiques à l'aide de ses seuls savoirs et savoir-faire juridiques (ex. la question de savoir si un incendie présente une origine accidentelle ou intentionnelle).

L'expert judiciaire, comme tout technicien que le juge peut solliciter, est donc un auxiliaire de justice qui aide le juge à trancher juridiquement le litige en l'éclairant sur divers aspects techniques de celui-ci. De plus, le juge n'est jamais lié par les conclusions de l'expert et sera donc libre de ne pas suivre son avis (art. 246 C. pr. civ.).

En définitive, l'expert judiciaire qui répond à une question technique n'a pas vocation à se substituer à un juge en vue de trancher un différend entre les parties. En outre, le code de procédure civile énonce expressément qu'il n'entre pas dans sa mission de concilier les parties (art. 240 C. pr. civ.). Il n'est donc en principe pas assimilable aux MARD.

De même, le CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris) propose une procédure qualifiée d'avis technique amiable. Concrètement, elle consiste en ce qu'un expert indépendant rende un avis confidentiel sur un différend opposant des parties au cours de l'exécution d'un contrat, d'une médiation

ou d'un arbitrage. Cette procédure, visant à une reprise des négociations, fait également de l'expert un auxiliaire du médiateur ou de l'arbitre.

Cependant, et par exception, l'expert pourrait être considéré comme une sorte de médiateur technique si son intervention, au cours d'un différend entre les parties, leur permettait de se rapprocher et d'aboutir par elles-mêmes à un accord en vue d'aplanir leur différend.

#### À RETENIR

- En fonction des orientations du législateur contemporain, l'acronyme MARD désigne tous les modes alternatifs de règlement des différends par rapport à la saisine d'une juridiction étatique.
- Les MARD incluent donc non seulement des modes amiables (conciliation, médiation, procédure participative et transaction), mais aussi un mode juridictionnel de règlement des différends tel que l'arbitrage.
- Les MARD se distinguent de notions telles que la déjudiciarisation (ils en constituent une modalité ou déclinaison), de la déjuridictionnalisation ou de l'expertise judiciaire.

#### POUR ALLER PLUS LOIN

- ➔ J.M. Albert et A. Sonnenberg, « Une nouveauté : l'expert médiateur ou initiateur de médiation », *Experts*, n° 136, févr. 2018, p. 1.
- ➔ S. Amrani-Mekki, « La déjudiciarisation », *Gaz. Pal.* 2008, n° 157, p. 2.
- ➔ L. Cadiet et Th. Clay, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », Dalloz, coll. Connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd. 2019.
- ➔ S. Cimamonti et J.B. Perrier (dir.), « Les enjeux de la déjudiciarisation », Mission de recherche Droit et Justice (3 mars 2016-3 mars 2018), téléchargeable à l'adresse suivante : <http://www.gip-recherche-justice.fr/>.

## **POUR S'ENTRAÎNER : VRAI OU FAUX ?**

Pour chacun des énoncés suivants, recherchez s'il est vrai ou faux (ex. 1. Vrai, 2. Faux). Vous réécrirez ensuite les énoncés qui, selon vous, seraient faux, de manière à ce qu'ils soient exacts.

1. Un litige préexiste à un conflit et constitue une approche plus large d'une opposition entre des personnes.
2. Une loi ou un décret prévoyant que le règlement de tel litige serait soustrait aux juridictions étatiques en vue d'être réglé par une tentative de médiation préalable et obligatoire constitue un exemple de déjudiciarisation.
3. L'expertise judiciaire n'est pas un MARD. En revanche, l'avis technique amiable rendu par un expert peut être rattaché à ceux-ci.

### **CORRIGÉ**

1. Faux. **Un conflit préexiste à un litige** et constitue une approche plus large d'une opposition entre des personnes.
2. Vrai.
3. Vrai.