



HAL
open science

La place renouvelée des MARD

Natalie Fricero

► **To cite this version:**

Natalie Fricero. La place renouvelée des MARD. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.2832 . hal-03518381

HAL Id: hal-03518381

<https://hal.science/hal-03518381>

Submitted on 9 Jan 2022

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



La place renouvelée des MARD

in L. ANTONINI-COCHIN et M.-C. LASSERRE (dir.), *Le divorce du XXI^e siècle*,
Université Côte d'Azur, 2021

NATALIE FRICERO

Professeur

CERDP

Université Côte d'Azur

Résumé : Le mode amiable de règlement des conflits ou de résolution des différends est un processus structuré par lequel les parties tentent de parvenir à un accord avec l'aide d'un tiers, médiateur ou conciliateur, ou avec l'assistance d'un avocat dans le cadre d'une convention de procédure participative. Dans le domaine du divorce, le bilan des MARD conduit à un optimisme mesuré, qu'il s'agisse de l'extension de la tentative de médiation préalable ou de l'intégration des MARD dans les procédures de divorce.

Mots-clés : Divorce ; MARD ; Médiation ; Procédure participative ; Divorce déjudiciarisé

1. La crise du Covid 19 a été révélatrice des difficultés de la justice familiale. Le contentieux du divorce n'a pas été considéré comme essentiel, et le confinement imposé a conduit à un arrêt des procédures de divorce judiciaire. Cette crise a démontré toute l'utilité des divorces déjudiciarisés, mais leur mise en place suppose un « présentiel » des futurs divorcés pour la signature des actes, ce qui n'a pas permis leur utilisation pendant le confinement strict.

2. Ensuite, la crise a conduit les autorités publiques à développer la dématérialisation des procédures et le règlement amiable des conflits (médiation en visioconférence, médiation en ligne). Certes, nous n'assistons pas à l'émergence d'un « e-droit familial », d'un droit entièrement virtuel, avec un mariage en ligne et un divorce par internet précédé d'une médiation en ligne ! Il reste que le service public de la justice ne parvient plus, faute de moyens suffisants, à prononcer les divorces judiciaires dans des délais raisonnables¹. En outre, les procédures ne sont plus adaptées aux mutations du droit de la famille qui conduisent à accorder aux individus une autonomie croissante. Tout ceci pousse le législateur à conférer aux modes amiables une place renouvelée.

3. Comment définir le mode amiable de règlement des conflits ou de résolution des différends ? Il s'agit d'un processus structuré par lequel les parties tentent de parvenir à un accord avec l'aide d'un tiers, médiateur ou conciliateur², ou avec l'assistance d'un avocat dans le cadre d'une convention de procédure participative³. Mais on peut faire entrer dans les modes amiables les transactions et autres accords obtenus selon un processus informel, et même les accords portant sur une phase de l'instance comme c'est le cas avec la procédure participative de mise en état⁴. Dans le domaine du divorce, thème de notre

¹ INSEE, tableaux de l'économie française, paru le 27/02/2020, indique en 2019 227000 mariages, et 62300 divorces prononcés par un juge en 2018 (dont seulement 300 divorces par consentement mutuel judiciaires, en raison du divorce par acte d'avocats, alors qu'il y en avait 33500 en 2017) ; le divorce par acte d'avocats représenterait plus de 55 % des divorces- L'étude de l'INED (institut national d'études démographiques) de février 2021, sur les ruptures et remises en couple chez les 50 ans et plus, indique que la part des séniors dans le divorce a nettement augmenté entre 1996 et 2016.

² Art. 21, loi n° 95-125 du 8 février 1995 ; CPC, art. 1528 et 1530.

³ C. civ., art. 2062 à 2067 ; CPC, art. 1542 s.

⁴ CPC, art. 1546-1 s.

colloque, il s'agit d'envisager successivement les perspectives des MARD et le bilan du droit positif actuel...

I. Un avenir radieux pour les MARD ?

4. Deux perspectives doivent retenir l'attention : la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire et les recommandations du groupe de travail sur la réduction des délais de jugement présidé par Galeh Marzban ⁵.

A. Le projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire

5. Le projet annonce une revalorisation de l'acte contresigné par avocats⁶ : l'article L. 1111-3 du code des procédures civiles d'exécution est complété par un 7° ainsi rédigé : « 7° Les transactions et les actes constatant un accord issu d'une médiation, d'une conciliation ou d'une procédure participative, lorsqu'ils sont contresignés par les avocats de chacune des parties et revêtus de la formule exécutoire par le greffe de la juridiction compétente. »

Le décret précisera le déroulé procédural : quel greffe, quel mode de saisine, quel contrôle, quel recours éventuel en cas de refus, quelle articulation avec l'homologation par le juge? D'ores et déjà, on constate une approche très positive de l'acte contresigné par avocats qu'il s'agisse d'une transaction ou d'un accord issu d'un MARD, puisque la force exécutoire lui est attribuée selon un processus simplifié.

Pour ce qui concerne les procédures de divorce et le contentieux familial plus largement, il faudra rester prudent quant à la portée de cette disposition. En effet, en ce domaine, le souci d'une protection effective de l'intérêt supérieur de l'enfant et de l'intérêt des époux conduit le législateur à imposer une homologation par le juge, afin qu'il puisse exercer un contrôle sur les accords. Par exemple, la procédure participative assistée par avocat ne permet pas d'éviter la procédure de divorce : l'article 2067 du code civil rappelle que la procédure

⁵ Président du TJ de Bobigny, recommandations publiées le 31 mars 2021.

⁶ Art. 29, Conditions d'intervention des professions du droit.

de divorce doit être suivie même en cas d'accord des époux. De même, en cas d'accord parental relatif aux modalités de l'autorité parentale, l'article 373-2-7 du code civil⁷ rappelle que l'homologation par le juge seule confère la force obligatoire et la force exécutoire et un acte contresigné par avocats devra tout de même être homologué.

6. Une définition cohérente d'une « politique de médiation »⁸ résultera de la création d'un Conseil national de la médiation. Un article 21-6 est ajouté à la loi du 8 février 1995, pour instituer un Conseil national de la médiation, placé auprès du ministre de la justice et chargé de :

« 1 ° Rendre des avis dans le domaine de la médiation définie à l'article 21 et proposer aux pouvoirs publics toutes mesures propres à l'améliorer ;

« 2 ° Proposer un recueil de déontologie applicable à la pratique de la médiation ;

« 3 ° Proposer des référentiels nationaux de formation des médiateurs et faire toute recommandation sur la formation ;

« 4 ° Émettre des propositions sur les conditions d'inscription des médiateurs sur la liste prévue à l'article 22-1 A.

Un décret en Conseil d'État fixera l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de ce Conseil. Pour l'exercice de ses missions, le Conseil national de la médiation recueillera toutes informations quantitatives et qualitatives sur la médiation.

⁷ « Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement. Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement. »

⁸ Art. 29 *bis* du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire.

7. La composition du Conseil garantira ses compétences. Siégeront au sein du Conseil national de la médiation des personnalités qualifiées ainsi que des représentants des associations intervenant dans le champ de la médiation, des administrations, des juridictions de l'ordre judiciaire et des professions du droit (art. 21-7, loi 8 févr. 1995).

B. Les recommandations du groupe de travail sur la réduction des délais de jugement

8. Plusieurs recommandations publiées le 31 mars 2021 intéressent directement l'intégration de la médiation intégrée dans les procédures devant le tribunal judiciaire. Les procédures judiciaires de divorce sont donc concernées.

9. 1 ° Développer la procédure participative de mise en état impose de prioriser l'audiencement des dossiers lorsque les avocats ont accepté de conduire une mise en état conventionnelle, d'accélérer des instances en homologation des accords issus d'une procédure participative et d'inciter les barreaux à s'emparer de l'acte sous signature privée contresigné par avocat de procédure (art. 1546-3 CPC).

10. 2 ° Promouvoir les MARD par une formation conjointe magistrats-avocats. Il est certain que la modification de l'article 8-2 du Règlement Intérieur National de la profession (RIN) qui constitue le socle de la déontologie commune des avocats, doit inciter la profession à appréhender le règlement amiable (même s'il ne s'agit pas d'une obligation!). À cet égard, il faut rappeler le dispositif issu du nouvel article 8.2 du RIN (règlement intérieur national) des avocats⁹ qui introduit le règlement amiable dans la pratique professionnelle. En effet, aux termes de cette disposition, « avant toute procédure ou lorsqu'une action est déjà pendante devant une juridiction, l'avocat peut, sous réserve de recueillir l'assentiment de son client, prendre contact avec la partie adverse ou la recevoir afin de lui proposer un règlement amiable du différend. À cette occasion, il rappelle à la partie adverse la faculté de consulter un avocat et l'invite à lui en faire connaître le nom. Il s'interdit à son égard toute présentation déloyale de la situation et toute menace. Il peut néanmoins mentionner

⁹ DCN n° 2020-004, AG du CNB du 18-12-2020 - Publiée au JO par Décision du 18-12-2020 – JO n° 0015 du 17 janvier 2021.

l'éventualité d'une procédure »... « La prise de contact avec la partie adverse ne peut avoir lieu qu'en adressant à cette partie une lettre, qui peut être transmise par voie électronique, en s'assurant préalablement de l'adresse électronique de son destinataire, rappelant la faculté pour le destinataire de consulter un avocat et l'invitant à lui faire connaître le nom de son conseil. Ces règles s'appliquent également à l'occasion de toute relation téléphonique, dont l'avocat ne peut prendre l'initiative ».

11. 3 ° Aménager l'organisation des juridictions pour développer la médiation. Cela suppose, pour le groupe de travail, de désigner un magistrat référent médiation dans chaque juridiction, d'identifier en amont les dossiers se prêtant à la médiation, de prévoir la présence de médiateurs à l'audience pour orienter les parties et d'expérimenter la césure du procès civil (médiation intégrée).

II. Un passé au bilan mitigé

12. Le bilan des MARD conduit à un optimisme mesuré, qu'il s'agisse de l'extension de la tentative de médiation préalable ou de l'intégration des MARD dans les procédures de divorce.

A. Faut-il généraliser l'obligation de tenter la médiation avant la saisine du juge ?

13. La réponse n'est pas évidente, en dépit des avantages indéniables de la médiation. Un rapport de recherches publié en décembre 2020¹⁰ sur la TMFPO (tentative de médiation familiale préalable obligatoire) dresse un bilan assez pessimiste. Initialement prévue à titre expérimental devant deux juridictions, la TMFPO a été étendue par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice, dite J 21, devant onze juridictions. Selon la loi J 21 (modifiée par la loi n° 2020-1721 du 29 déc. 2020), son application est limitée dans le temps (initialement, 3 ans après la promulgation de la loi J 21), durée prolongée plusieurs fois jusqu'à fin 2022. Le ministère de la justice a annoncé

¹⁰ *L'évaluation de la tentative de médiation familiale préalable obligatoire, Quand médier n'est pas remédier*, dir. Valérie BOUSSARD, mission Droit et justice.

le 12 mars 2021 le futur déploiement de la TMFPO à 84 juridictions au cours de l'année 2021. Les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ainsi que les stipulations contenues dans la convention homologuée peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande du ou des parents ou du ministère public, qui peut lui-même être saisi par un tiers, parent ou non. À peine d'irrecevabilité que le juge peut soulever d'office, la saisine du juge par le ou les parents doit être précédée d'une tentative de médiation familiale, sauf : 1 ° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil; 2 ° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime; 3 ° Si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant.

14. La médiation est soumise à un régime particulier, aussi bien sur le plan du statut des médiateurs (qui peuvent être libéraux ou salariés d'une association subventionnée qui a passé une convention avec la CAF) qu'en ce qui concerne la formation (il existe un DE de médiateur familial créé par un décret du 2 déc. 2003, mais qui n'est pas une condition obligatoire pour effectuer une mission de médiation familiale). Les résultats analysés par le rapport rédigé sous l'égide de la mission Droit et justice ne sont pas à la hauteur des objectifs souhaités, à savoir désengorger les tribunaux et recentrer le juge sur une fonction juridique, éviter que le conflit s'éternise et que le contentieux renaisse après le prononcé du jugement! En effet, le taux de médiation est faible (36 %); le taux d'accord est très faible (10 %). Il est vrai qu'1 défendeur sur 2 se soustrait à la TMFPO et ne se présente pas à l'entretien d'information obligatoire. En outre, 1 accord sur 3 seulement donne lieu à une homologation. La sanction de l'irrecevabilité de la demande est très rigoureuse : le demandeur doit impérativement fournir une attestation d'échec de la médiation, ou justifier d'une dispense. La TMFPO est parfois vécue par le demandeur comme un facteur de ralentissement des délais de la procédure, une perte de temps. Pour certaines femmes, la TMFPO est l'occasion d'un face-à-face douloureux et redouté avec l'ex-conjoint... Enfin, certains accords se révèlent problématiques sur le plan juridique!

15. Néanmoins, tout n'est pas aussi sombre : même si aucun accord n'est obtenu, la médiation a pu rétablir la communication entre les membres de la famille (couple et enfants), faire comprendre aux parents où est l'intérêt des enfants, apaiser le conflit. En outre, elle permet un changement de posture des différents acteurs qui adoptent un traitement plus serein du contentieux. Ces raisons expliquent la volonté des pouvoirs publics d'étendre l'expérimentation en dépit des critiques ¹¹.

B. L'intégration accrue des MARD dans le nouveau circuit procédural des divorces judiciaires

16. Avec la procédure participative de mise en état, on assiste à une mutation des MARD. La procédure participative de mise en état (PPME ou la mise en état conventionnelle) est traitée comme un mode amiable par le Code de procédure civile, mais il faut bien en comprendre la portée. Il ne s'agit pas pour les parties assistées de leur avocat de rechercher un accord sur le fond, mais de s'entendre sur le déroulement de la mise en état (calendrier, échange d'écritures, de pièces, mesures d'instruction, y compris expertise qui peut être produite en justice et qui est contradictoire). C'est plutôt l'idée de l'amiable qui est intégré au circuit procédural que l'amiable au sens traditionnel du terme!

Les avocats doivent se préparer à l'AOMP (audience d'orientation et sur mesures provisoires) pour répondre au juge de la mise en état sur l'orientation éventuelle de la mise en état vers une PPME (art. 776 CPC); ils peuvent aussi solliciter un délai pour répondre (art. 779 CPC). En cas de PPME, les avocats doivent choisir l'issue procédurale : soit ils sollicitent le retrait du rôle (sachant qu'en cas de rétablissement à la fin de la mise en état, ils bénéficieront d'un audiencement privilégié, art. 1564-6 CPC); soit ils demandent déjà une date de clôture de l'instruction et une date d'audience de plaidoiries (art. 1546-1 CPC). Un retrait du rôle ne dessaisit pas le juge, et suspend l'instance. Mais la péremption ne peut pas venir sanctionner les parties (art. 392 CPC : le délai de 2 ans court à compter de l'extinction de la PPME). En appel, la PPME interrompt tous les délais pour conclure (art. 1546-2 CPC).

¹¹ Résultats de l'étude qualitative Unaf dédiée à l'évaluation de la TMFPO par les familles et les professionnels de la médiation familiale, avril-oct. 2019, Camille ARNODIN pour l'UNAF.

Lorsque les avocats ont terminé la mise en état, ils rédigent leurs dernières écritures sous la forme d'un acte contresigné par avocat dans lequel chaque partie formalise les prétentions respectives des parties, accompagnées des moyens en fait et en droit, avec l'indication pour chaque prétention des pièces invoquées (art. 1564-1 CPC). Ces écritures sont jointes à la demande de rétablissement (avec le rapport d'expertise éventuel, la convention de PPME et les pièces qui ont été échangées) s'il y avait eu retrait du rôle, avec un audiencement prioritaire (ou bien ces documents sont communiqués au juge de la mise en état au plus tard à la date prévue initialement pour la clôture, art. 1564-7 CPC).

17. Le Code de procédure civile a organisé une combinaison entre la PPME et la médiation à l'article 1546-3-5 ° CPC. En effet, si, au cours de la PPME, les parties ne parviennent pas à s'entendre, il est possible de recourir à un médiateur. Les avocats contresigneront un acte de procédure d'avocats pour désigner le médiateur, préciser sa mission, définir sa rémunération et la charge de celle-ci, et organiser le processus de médiation. Si un accord intervient, les articles 1564-1 et suivants du Code de procédure civile précisent les règles applicables (homologation de l'accord total, homologation de l'accord partiel et jugement du litige persistant).

18. Les incitations à trouver des accords se diversifient. La pacification du divorce n'est pas nouvelle, et les époux ont toujours été incités à trouver des accords, quel que soit le processus qui a permis de les établir. La tendance contemporaine consiste à inciter les époux à adopter un processus de médiation afin de parvenir à des accords ensuite soumis à l'homologation du juge au cours de la procédure de divorce.

D'abord, on observe que l'assignation en divorce doit mentionner les dispositions relatives à la médiation en matière familiale (art. 255-1 ° et 2 ° Code civil) et à la procédure participative. Mais ces mentions ne sont pas prévues à peine de nullité (art. 1107 CPC), il en va de même de la requête (art. 1090 CPC).

Ensuite, dans les procédures de divorce, le juge peut proposer une mesure de médiation (art. 255-1 ° code civil). Il peut aussi enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informe sur la médiation (art. 255-2 °

code civil). À la suite de la réunion sur injonction, les parties peuvent souhaiter soit poursuivre en médiation conventionnelle (art. 1530 et s. CPC), soit revenir devant le juge pour suivre une médiation judiciaire (art. 131-1 et s. CPC).

Enfin, que ce soit à l'issue d'une médiation ou d'un autre processus, les époux peuvent passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial pendant l'instance en divorce (art. 265-2 C. civil). Ils peuvent, pendant l'instance soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce (art. 268 C. civil).

19. La jurisprudence révèle des difficultés de mise en œuvre de ces dispositions. C'est ainsi qu'un arrêt de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation a statué le 12 février 2021 (n° 19-10088) sur la mise en œuvre de l'homologation d'un accord des époux au cours de l'instance d'appel sur leur divorce, accord portant sur la liquidation du régime matrimonial. L'époux demande unilatéralement l'homologation au juge, et l'épouse ne conclut pas à cette fin. La cour d'appel déclare la requête en homologation irrecevable, parce qu'elle devait être présentée par les deux époux, conformément à l'article 268 du code civil. La Cour de cassation casse l'arrêt : la demande unilatérale est recevable, mais le juge ne peut homologuer que s'il y a des conclusions concordantes de l'autre partie. L'homologation a pour effet d'habiliter les parties à signer une convention ayant la force obligatoire (et exécutoire), mais elle suppose un accord des parties. C'est bien une demande gracieuse au cours d'une instance contentieuse, puisqu'il n'y a pas de litige, et cette demande n'a pas besoin d'être conjointe : une demande d'homologation unilatérale est recevable, mais elle ne permet l'homologation que si elle est accompagnée de conclusions concordantes.

20. En conclusion, dans un article du Point du 24 mai 2021, le premier président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence parle de « l'avocat, nouveau juge de paix », à propos de la mise en état participative et de l'appréhension par les avocats du règlement amiable de résolution des conflits ! Cela préfigure certainement la nouvelle posture des avocats et une collaboration active avec les médiateurs !