

## **Un paradoxe de l'amiable : juger la faute ou évaluer le manquement avant d'ouvrir le dialogue**

### **1. La résolution amiable des conflits repose sur un processus d'évaluation** — explicite ou implicite — des positions, des risques et des alternatives disponibles.

Cette évaluation, qu'elle émane des protagonistes eux-mêmes ou d'un tiers (médiateur, arbitre, juge), constitue un préalable indispensable à la recherche d'une solution durable.

Dans ce but, le décret français concernant les modes amiables de règlement des litiges (MARD) du 29 juillet 2023 (Décret n° 2023-686) a introduit la césure du procès pour régler judiciairement les questions préjudicielles avant la négociation.

L'évaluation constitue donc un élément structurant de la prévention et du règlement des litiges, des conflits et des différends. Toutefois, la légitimité des dispositifs amiables présuppose que le rôle de cette évaluation ne grève ni l'autonomie décisionnelle des parties, ni l'efficacité des processus.

Dans cet esprit, **l'évaluation non directive** est une forme spécifique d'évaluation neutre : le tiers de confiance (expert, médiateur, juge) évite toute influence ou pression sur les parties.

L'évaluation non directive se caractérise par :

- L'absence de suggestions ou de conseils : le tiers neutre ne propose pas de solutions, mais reformule, questionne ou met en lumière des éléments pour que les parties tirent elles-mêmes leurs conclusions.
- La primauté de l'autonomie : les parties conservent le contrôle total sur les décisions, sans que le tiers de confiance ne les oriente vers une issue particulière.
- Les techniques utilisées : questions ouvertes, reformulations, exploration des intérêts sous-jacents, sans jamais imposer une analyse ou une conclusion.
- Par exemple, dans un conflit familial, le médiateur demanderait : « Si nous examinons les conséquences d'un procès sur vos enfants, comment cela influencerait-il votre position ? » (*plutôt que de dire : « Votre position est risquée, vous devriez accepter cette offre. »*).

### **2. L'évaluation est indispensable pour une décision éclairée.**

La différenciation entre **médiation facilitative** (*centrée sur la relation et agissant sur la communication*) et la **médiation évaluative** (*intégrant une analyse des enjeux juridiques ou stratégiques pour chaque protagoniste*) masquerait ainsi une réalité plus nuancée : toute démarche de résolution des différends implique, à un degré variable, une appréciation des intérêts, des forces en présence, des conséquences d'un échec de la négociation.

Ni la médiation facilitative ni l'amiable durant le procès ne peuvent y échapper car, sans évaluation, les parties négocient « dans le brouillard », au risque d'accords déséquilibrés ou de contentieux ultérieurs. Grâce à une évaluation adaptée, elles maîtrisent leurs choix et construisent des solutions durables.

La résolution amiable d'un différend nécessite donc que les parties, avec l'appui d'un tiers les y aidant, mesurent les coûts et les bénéfices des options qui s'offrent à elles.

C'est pourquoi la médiation évaluative ne se confond pas avec une décision imposée : elle offre aux parties une analyse structurée des risques (juridiques, financiers, relationnels), sans substituer le médiateur au juge. Il s'agit d'éclairer la décision des parties, pas de décider à leur place.

Cette évaluation peut être interne : le tiers amiable aide les parties à analyser par elles-mêmes leurs intérêts : leur MESORE (*BATNA : Best Alternative To a Negotiated Agreement*) et leur PISORE (*WATNA : Worst Alternative*), et les risques d'un recours contentieux (délais, coûts, aléas juridiques).

Cette évaluation peut aussi être externalisée : le tiers de confiance (médiateur, juge en audience de règlement amiable, arbitre) éclaire les enjeux, reformule les arguments, met en perspective les conséquences d'un non-accord ; si cela ne suffit pas, le tiers tranche lui-même les questions préjudicielles puis relance le dialogue.

L'absence d'évaluation expose les parties à des biais cognitifs (optimisme excessif, ancrage sur des positions irréalistes) et elle augmente le risque d'impasse ou d'accord fragile. Ainsi, même dans une médiation dite « facilitative », le médiateur, par ses questions ou reformulations, va indirectement susciter une réflexion critique sur la viabilité des positions. La médiation facilitative ne se limite pas à restaurer le dialogue : elle inclut des techniques d'évaluation indirecte (mise en lumière des incohérences, exploration des scénarios, questions socratique).

Ainsi, dans un litige commercial complexe, une médiation purement facilitative pourrait laisser les parties dans l'ignorance des faiblesses juridiques de leur position, tandis qu'une approche intégrant une évaluation mesurée (ex. : probabilité de gain en justice, coûts procéduraux) renforce la qualité de leur consentement.

En cas de différend portant sur des éléments purement techniques, le rôle du tiers amiable peut être plus évaluateur : la neutralité n'exclut pas l'expertise mais introduit une dimension objective dans l'évaluation, souvent absente des perceptions subjectives des parties.

Ce tiers neutre et expert joue un rôle clé dans le dispositif amiable : il catalyse la réflexion des parties en identifiant les angles morts (ex. : risques procéduraux, déséquilibres de pouvoir) ; sans préjuger du fond, il aide les parties à appréhender les enjeux du contentieux (délais, coûts, incertitudes).

Dans un conflit contractuel entre entreprises, un médiateur peut souligner les faiblesses d'une clause litigieuse ou les délais prévisibles d'un procès, permettant aux parties de recalibrer leurs attentes et de négocier un accord réaliste.

### **3. Évaluation et autonomie des parties : un équilibre délicat**

L'évaluation par un tiers soulève deux enjeux déontologiques :

- Le risque de coercition : une évaluation trop directive peut influencer indûment les parties, surtout si elles sont en situation de vulnérabilité (déséquilibre de pouvoir, absence d'assistance juridique).
- Le besoin de garantir l'autonomie : une évaluation doit rester un outil d'aide à la décision, et non une substitution à celle-ci. Les parties conservent toujours la liberté d'accepter ou de rejeter les propositions.

La solution pragmatique correspond à une évaluation graduée et transparente, adaptée au contexte :

- Plus légère (questions, reformulations) dans les conflits relationnels (famille, voisinage).
- Plus structurée (analyse des risques juridiques, scénarios alternatifs) dans les litiges complexes (commercial, international).

Contrairement à une idée reçue, l'évaluation ne fige pas les solutions, mais elle libère la créativité :

- Elle clarifie les contraintes (juridiques, financières), tout en permettant aux parties d'explorer des accords innovants (ex. : paiements échelonnés, partenariats alternatifs).
- Elle dédramatise les positions initiales et ouvre la voie à des solutions « win-win », souvent invisibles en l'absence d'analyse objective.
- Dans un litige de propriété intellectuelle, l'évaluation des coûts d'un procès peut inciter les parties à opter pour une propriété intellectuelle croisée, évitant une bataille judiciaire stérile.