**Sous-commission « Médiation » de la commission MARD du Barreau de Paris.

25 novembre 2020 à 18h30 « Médiation commerciale : comment l’utiliser pour fidéliser vos clients ? ».

Modérateur** :

Maître Martine Bourry d’Antin, Avocat et Médiateur

**Intervenants** :

* Monsieur Claude Amar, Médiateur et Architecte
* Monsieur Lionel Richaud, Chef d’entreprise en immobilier
* Maître Catherine Ottaway, Avocat et Médiateur.

Avec l’aide d’Adeline Guilhen



**Outils de réflexion pour les avocats**

**La médiation et quelques « fake news »**

**Fake news 1** « *Demander une médiation est un signe de faiblesse* »

Non,

En réalité, seuls les plaideurs faibles évitent la médiation. Ce sont eux qui ont peur de confronter leur position et d’engager un dialogue constructif dans lequel ils se penchent non seulement sur leurs forces, mais aussi sur leurs faiblesses.

Ce sont les forts qui n’ont pas peur de parler et d’étayer leur position dans le cadre confidentiel de la médiation au titre de laquelle aucune des parties ne peut être contrainte.

**Fake new 2** « *Participer à une médiation oblige à découvrir son jeu* »

Non,

En réalité, chacun divulgue confidentiellement ce qu’il veut bien divulguer. Il n’y a ni sommation, ni sanction. Chaque partie peut prendre le temps de décider ce qu’elle décide de communiquer en médiation, et aucune des parties n’est obligée de produire un document. La confrontation des affirmations réciproques est analysée par les parties au regard de leur connaissance intime du dossier ou des explorations internes que les affirmations suscitent. Le dialogue fait avancer sur les positions respectives, sans obérer les droits respectifs des parties en cas d’absence d’accord.

**Fake news 3** « *On n’applique pas les règles de droit en médiation* »

Non,

En médiation, la négociation permet, ou pas, d’aboutir à un nouvel accord, soit pour continuer une relation, soit pour y mettre fin. Si l’équité peut entrer en ligne de compte, la transaction devra tenir compte des règles de droit, tant sur la forme que sur le fond de ce qui a été décidé, avec les conséquences juridiques, fiscales et comptables qui ‘y attachent.

**Fake news 4** « La *médiation est une perte de temps et d’argent* *pour le client* »

Non,

Préparer une médiation, c’est mettre son dossier en état, non pas pour le théâtre judiciaire, mais pour une négociation entre les parties qui ont vécu les circonstances de fait. Cela conduit donc à une mise en état encore plus profonde et intime du dossier, en collaboration active avec le client et ses équipes, qui peuvent d’ailleurs, à cette occasion, découvrir des points de force et de faiblesse que les interlocuteurs juridiques de l’avocat ne connaissaient pas.

*« Une bonne médiation permet aux parties de se concentrer sur les questions qui entravent vraiment le règlement et de se parler pour éliminer cet obstacle. La médiation génère des options et des opportunités* » (Judith Meyer).

Une bonne préparation à la médiation constitue donc un gain de temps et d’argent. Elle peut mener, soit à un accord immédiat, soit à un accord différé, soit à un procès équilibré.

Le temps pour y parvenir dépend exclusivement des parties qui peuvent arrêter le processus à tout moment.

**Fake news 5** « *La médiation entraine une perte d’honoraires face au contentieux* »

Non,

La préparation du dossier est un travail qui est indispensable tant pour préparer une médiation que pour préparer un contentieux. Ces diligences restent incompressibles et par conséquent, sont rémunérées.

La médiation demande également pour l’avocat une mission de conseil permanent en ce compris le travail de rédaction ou de relecture de la transaction, ainsi que la vérification de sa bonne exécution. Ces diligences sont donc également rémunérées.

Lorsqu’un accord est trouvé et même si aucune convention intégrant des honoraires de résultat n’est signée, il est possible de demander, à sa discrétion, au client un honoraire de satisfaction à convenir conventionnellement.

Les conditions d’implication de l’avocat dans ce processus très collaboratif avec le client et ses équipes, que la médiation aboutisse ou non, constitue un élément majeur dans l’évaluation par le client des diligences de l’avocat et fidélisant les relations sur le moyen et le long terme par le renforcement de la relation de confiance.

**L’avocat doit conseiller son client : quels peuvent être les critères d’analyse des avantages et inconvénients de tenter une médiation ?**

Cette analyse se fait au cas par cas et le client attend de l’avocat qu’il le conseille. Pour y arriver, l’avocat doit s’impliquer dans les éléments du dossier, être créatif et flexible ; il peut se poser les questions suivantes (non exhaustives) qui peuvent inciter à la médiation en vue de trouver une solution pragmatique et commerciale. Notamment, pêle-mêle et sans ordre de priorité :

* La procédure constitue-t-elle que la pointe de l’iceberg ? S’agit-il d’un conflit complexe ? aspects culturels, psychologiques et/ou économiques (ex : litige entre associés) ou techniques, importants ?
* Le litige comporte-t-il une forte composante émotionnelle ?
* Le litige en cache-t-il un autre ?
* Le conflit risque-t-il d’être récurrent s’il n’est pas rapidement réglé ?
* Quels sont les coûts potentiels du litige judiciaire (experts, huissiers, conseils, …) et les impacts financiers et comptables d’un procès à long terme sur les comptes de l’entreprise ?
* L’exécution d’une décision favorable est-elle aisément possible là où un accord de médiation entraine le plus souvent une transaction avec exécution immédiate sans risque de disparition d’une des parties (risque de faillite par exemple) ?
* Le client a-t-il réellement en mains toutes les preuves nécessaires ?
* L’issue du procès peut-il influencer l’avenir des parties au-delà de leur contentieux ou leurs intérêts mutuels futurs ?
* La solution du litige pourrait-elle impliquer d’autres parties ce que la procédure ne permettra pas de manière aussi flexible ?
* Un jugement public pourra-t-il devenir un obstacle ou un précédent pour le client ? La confidentialité est-elle utile ?
* De nouvelles relations, purgées du litige et sur de nouvelles bases, sont-elles souhaitables ou envisageables ?
* Les parties entretiennent-elles des relations qui débordent du cadre du procès ?
* Si le litige est transnational, la médiation permet-elle d’éviter des complexités procédurales (compétences, loi applicable, …) et légales futures augmentant d’autant les coûts et la durée du procès ?
* …

S’impliquer immédiatement dans le dossier, collaborer étroitement avec le client, créer avec lui une solution potentielle, s’adapter à l’évolution de la discussion pour créer de nouvelles opportunités pour aboutir, ou non, à un accord est un des meilleurs moyens de fidéliser son client et de l’amener à vous conseiller auprès de tiers.

**La rédaction d’une clause de médiation**

La clause de médiation doit mentionner les conditions de la mise en œuvre de celle-ci. A défaut, elle n’est pas efficace.

Une clause efficace oblige les parties à la médiation, comme préalable à toute action au fond à peine de constituer une fin de non-recevoir.

La référence à une institution organisant la médiation facilite la rédaction les conditions du processus seront déterminées par le règlement de l’institution.

En cas de clause de médiation ad hoc, il faut notamment penser à intégrer :

* **Durée** : 3 mois (IEAM), 6 mois (CIM), 3 mois (art 131-3 CPC), 2 mois (CMAP), 45 jours (ICC), autres, …
* **Lieu** : neutre (siège de centre de médiation, cyber-médiation)
* **Langue** des débats (1 langue commune, plusieurs langues, avec interprètes)
* **Droit** applicable (droit interne, usages commerciaux, lex mercatoria)
* Modalités de nomination du **médiateur indépendant** (ad hoc, Centre de médiation)
* **Rémunération** du médiateur
* **Exclusivité ou non** de la médiation sur les autres modes de résolution d’un litige
* Choisir l’orientation de clause :
	+ Un recours facultatif à la médiation
	+ Obligation d’envisager la médiation
	+ Obligation de soumettre le différend à la médiation tout en autorisant, si nécessaire, une procédure d’arbitrage parallèle
	+ Obligation de soumettre le différend à la médiation puis à l’arbitrage si nécessaire