

COMMISSION CONJOINTE

MÉDIATION

RESPONSABLE : MICHÈLE JAUDEL

IMMOBILIER

CO-RESPONSABLES : JEHAN-DENIS BARBIER
ET JEAN-MARIE MOYSE



Jeudi 19 septembre 2013

Pourquoi, quand et comment
utiliser l'outil médiation en droit
immobilier ?

Magistrats, avocats, promoteurs,
architectes et médiateurs s'attacheront
à nous donner les clés...

Intervenants

Guy Nafilyan

Président directeur général de Kaufman and Broad

Jean-François Péricaud

Membre du conseil de l'Ordre

Michèle Jaudel

Avocat à la Cour

Fabrice Vert

Conseiller à la cour d'appel de Paris

Hirbod Dehghani-Azar

Avocat à la cour et médiateur, président de l'AME
(association des médiateurs européens)

Hubert Verken

Avocat à la cour et médiateur

*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase
vous proposent de retrouver un compte-rendu
de cette réunion.*



Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°547 du 14 novembre 2013

[Immobilier et urbanisme] Événement

Pourquoi, quand et comment utiliser l'outil médiation en droit immobilier ? — Compte rendu de la réunion du 19 septembre 2013 de la Commission mixte Immobilier-Médiation du barreau de Paris

N° Lexbase : N9324BTI



par Anne-Lise Lonné-Clément, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo
— édition privée

Une commission mixte "immobilier" et "médiation" du barreau de Paris organisait, le 19 septembre 2013, une réunion sur le thème "Pourquoi, quand et comment utiliser l'outil médiation en droit immobilier ?" à laquelle intervenaient Jean-François Péricaud, avocat à la cour, membre du conseil de l'Ordre, Michèle Jaudel, avocat à la cour et médiateur, responsable de la commission ouverte "médiation" et déléguée du Bâtonnier à la médiation, Guy Nafilyan, PDG Kaufman & Broad, Fabrice Vert, Conseiller à la cour d'appel de Paris, Hirbod Dehghani-Azar, avocat à la cour et médiateur, Président de l'AME (association des médiateurs européens) et Hubert Verken, avocat à la cour et médiateur. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte rendu de cette réunion.

Reprenant les termes de l'intitulé de la réunion, **Michèle Jaudel** a relevé la difficulté posée *a priori* par la mise en œuvre de la médiation sur le terrain du droit immobilier, caractérisé par sa très grande technicité.

Michèle Jaudel a, avant tout, rappelé que la médiation se voit consacrer des articles entiers du Code de procédure civile, issus de la transposition de la Directive européenne de 2008, par ordonnance suivi d'un décret d'application début 2012 (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 N° Lexbase : L2513IRI ; décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012, relatif à la résolution amiable des différends N° Lexbase : L8264IRI ; pour rappel, cette Directive, qui encadre le processus de médiation, était précédée de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative N° Lexbase : L1139ATD). C'est ainsi que l'outil "médiation" entre progressivement dans la culture juridique. La pratique permet de déceler dans cet outil un instrument véritablement performant.

Reprenant les termes employés par Roger Fisher et William Ury, illustres praticiens de la médiation, de l'école de Harvard, la médiation sert à *"répondre aux besoins et aux intérêts des parties, davantage qu'à servir une position qui n'est que la demande sans nuance que les avocats affichent avec détermination, alors que les intérêts sont ceux qui motivent à exposer cette position"*. Il s'agit, ici, de bien comprendre l'opposition qui existe entre la position exposée par le client à son avocat sur un problème qu'il souhaite voir trancher par le juge, et ses intérêts, qui correspondent à ses véritables besoins, qu'un juge n'est pas toujours en mesure de satisfaire.

Le processus de médiation permet avec l'aide d'un tiers, neutre, impartial, qualifié, qui n'a aucun pouvoir de décision, de rétablir une communication entre les parties afin de leur permettre de trouver elles-mêmes un accord. Cet instrument se révèle particulièrement adapté et efficace dans certains cas bien particuliers.

Michèle Jaudel a énuméré un certain nombre de critères favorables, permettant de déceler les cas dans lesquels la médiation trouvera pleinement sa place. L'avocat doit en effet détecter les indices qui lui permettront de diagnostiquer l'intérêt du recours à la médiation, et d'encourager son client en ce sens.

Il convient tout d'abord de se poser les questions suivantes :

- *les parties ont-elles la volonté de résoudre leur conflit ?*
- *les parties sont-elles prêtes et aptes à négocier ?*
- *le conflit n'a-t-il pas dégénéré au risque de compromettre la résolution du litige ?*

Si ces trois critères sont réunis, l'on peut alors s'interroger positivement sur l'intérêt de la médiation. D'autres critères sont également à considérer :

- *la confidentialité du litige que l'on souhaite préserver ;*
- *la rapidité souhaitable de résolution du conflit ;*
- *le maintien d'une relation durable, à long terme avec le partenaire contre lequel on se retrouve en litige ;*
- *la volonté de s'approprier le litige ;*
- *un problème de communication à l'origine du litige.*

Quelle que soit la qualité des jugements rendus, si ces décisions judiciaires ne résolvent que partiellement le problème et ne sont plus adaptés à la question initiale du litige lorsque le jugement est rendu, il faut se demander si la voie contentieuse est véritablement adaptée.

Michèle Jaudel a ainsi conclu ses propos en invitant ses confrères à méditer le proverbe camerounais selon lequel *"pour arranger une palabre, on n'apporte pas un couteau qui tranche, mais une aiguille qui coud"*.

Guy Nafilyan, PDG de Kaufman & Broad a exposé dans quelle mesure la médiation pouvait se révéler utile dans le cadre des litiges -en particulier les recours contre les permis de construire— auxquels sont confrontés les promoteurs immobiliers. Il a ainsi indiqué que sur environ 70 000 logements collectifs lancés chaque année en France, 7 000 logements font l'objet d'un recours (gracieux ou contentieux).

Force est de constater qu'il existe de véritables organisations qui se mettent en place pour former des recours. Ainsi, par exemple, à Marseille, il est apparu que des mêmes personnes organisaient des recours non seulement contre des permis de construire situés dans la commune, mais également sur tous ceux déposés dans le département, réclamant des centaines de milliers d'euros d'indemnités de réparation. De tels recours jouent sur le fait qu'il est très difficile pour le promoteur de renoncer à un programme qu'il a pré-commercialisé, sachant que le moindre litige peut durer plusieurs années devant le juge. Dans ce type de litige, lorsque le recours apparaît très clairement "mafieux", la solution consiste à aller au contentieux, et de surcroît à déposer une plainte.

Aussi, face aux très nombreux recours, deux attitudes sont adoptées :

— *en cas de recours légitimes pour lesquels il existe un véritable préjudice, la conciliation est privilégiée, de manière systématique, par l'intermédiaire des avocats, afin de trouver un accord et tenter de déterminer le préjudice effectivement subi ;*

— *en cas de recours "mafieux", organisé, la conciliation n'est jamais retenue, le litige est soumis au juge ; la conséquence est que le programme est parfois abandonné, compte tenu de la longueur de la procédure devant le juge administratif.*

D'un point de vue des intérêts, la conciliation ou la médiation, est toujours à privilégier, notamment au regard du critère de la rapidité ; mais face à un recours "mafieux", l'éthique commande de ne jamais transiger, sachant qu'il est inacceptable de verser des sommes indues à un réseau organisé.

Guy Nafilyan a conclu en soulevant le problème de la définition de l'intérêt à agir dans le cadre d'un recours exercé contre un permis de construire. A cet égard, il espère que les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013, relative au contentieux de l'urbanisme (N° Lexbase : L4499IXW), dont l'article 1er de l'ordonnance insère dans le Code de l'urbanisme un article L. 600-1-2 (N° Lexbase : L4348IXC) pour codifier l'intérêt à agir des personnes physiques ou morales autres que l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements, et les associations, contre les permis de construire, de démolir et d'aménager, permettront de lutter efficacement contre les recours infondés. Désormais, une personne ne peut former un recours "que si la construction, l'aménagement ou les travaux sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou d'un contrat préliminaire mentionné à l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation", alors qu'une personne pouvait, auparavant, justifier d'un intérêt à agir dès lors qu'elle habitait dans la même ville. Il regrette néanmoins que le nouveau dispositif ne soit pas plus puissant.

Comme l'a souligné **Jean-François Péricaud**, l'intervention de Monsieur Guy Nafilyan a ainsi montré que les promoteurs peuvent être parfaitement ouverts à une conciliation amiable, conventionnelle. Reste le problème de la médiation ou de la conciliation judiciaire. Après un rappel des origines de la médiation qui remonte au droit romain (30 ans avant J. — C) sous la forme de la stipulation Aquilienne, qui avait été proposée par le jurisconsulte Aquilius Gallus, Maître Péricaud a indiqué que le conseil de l'Ordre, saisi de la question de la conciliation et de la médiation, avait rendu un avis tout à fait favorable à cette procédure, y compris à la médiation et à la conciliation judiciaire, étant toutefois précisé que, en réponse aux suggestions émises lors d'une Conférence des premiers présidents de cours d'appel, le conseil de l'Ordre s'est opposé, d'une part, au pouvoir qu'auraient les magistrats d'imposer la médiation ou la conciliation en désignant directement un tiers médiateur ou conciliateur, et, d'autre part, au caractère gratuit de cette procédure.

Le **Conseiller Fabrice Vert** est tout d'abord revenu sur les cas évoqués par Guy Nafilyan et relève que lorsqu'il s'agit d'affaires où il existe des risques d'instrumentalisation de la justice en vue d'obtenir des droits indus, la médiation doit évidemment être exclue.

Sur la question de savoir pourquoi les juges et les avocats doivent s'intéresser à la médiation et à la conciliation, Fabrice Vert rappelle, en premier lieu, que le juge a, notamment, pour mission d'être garant de la paix sociale, et que cette mission constitue un défi compte tenu de l'évolution de notre société. La France connaît une culture du conflit et non du compromis. En raison de l'affaiblissement du rôle des corps intermédiaires qui avaient vocation à résoudre les conflits d'ordre personnel, économique ou autre, le juge connaît une inflation de ses saisines par un ensemble de litiges qui n'ont, bien souvent, aucun rapport avec une problématique juridique. Et paradoxalement, alors qu'il est de plus en plus saisi par nos concitoyens, le juge fait l'objet dans le même temps de critiques de plus en plus nombreuses. C'est la raison pour laquelle le juge, en tant que garant de la paix sociale, a le devoir de s'intéresser à la médiation qui apparaît comme un outil adapté à cette mission essentielle, et qui constitue un des piliers de la démocratie.

Aujourd'hui, en France c'est la médiation conventionnelle qui prend son envol (100 000 personnes se prévalent en effet aujourd'hui en France du titre de médiateur, hors médiateurs institutionnels) sans la présence des juges, qui sont les garants de la liberté individuelle et de l'ordre public, et des avocats qui assurent le respect des droits de la défense (cf. Directive européenne 2013/11 du 21 mai 2013 sur le règlement extra-judiciaire des litiges en matière de consommation N° Lexbase : L5054IXH, et Règlement européen du 21 mai 2013 sur le règlement en ligne des litiges en matière de consommation, qui excluent clairement la justice et les avocats) avec le risque d'une privatisation de la justice et d'une communautarisation de celle-ci.

Il est peut-être temps pour les professions judiciaires de se saisir de cette question. Néanmoins Fabrice Vert ne par-

tage pas l'idée de rendre la médiation judiciaire obligatoire. En effet, il faut être conscient que la médiation imposée aux parties est vouée à l'échec, étant contraire à l'essence même de la médiation, qui repose sur l'autonomie, la responsabilité et la liberté de l'ensemble de ses acteurs. Les parties doivent, en effet, être convaincues de l'intérêt d'un accord pour que le processus de médiation réussisse. Il suffit pour s'en convaincre de constater le bilan plus que modeste des tentatives préalables de conciliation obligatoires qui existent devant certaines juridictions et qui sont des passages obligés purement formels. En revanche les magistrats devraient, dans les affaires qui le méritent, informer les parties sur l'intérêt et l'objet de la médiation et leur proposer d'y avoir recours, ce qui suppose une formation préalable des juges. Si les magistrats ne doivent pas avoir le pouvoir d'imposer la médiation, ils doivent, en revanche, inciter les parties à y recourir et il serait opportun de prévoir une sanction financière lorsque les parties ne se rendent pas à la réunion d'information sur la médiation proposée par le juge.

S'agissant des domaines de prédilection de la médiation, il estime que tous les domaines se prêtent à l'outil de la médiation, dès lors qu'il ne s'agit pas de droits indisponibles. C'est ensuite le rôle de l'avocat que de conseiller à son client de recourir, ou non, à la médiation en fonction de l'intérêt privé de trouver un accord (famille, voisins), de l'intérêt économique (décision du juge qui ne peut pas toujours être exécutée), de l'aléa judiciaire, de l'exécution de la décision de justice etc..

La médiation doit ainsi être perçue comme un enrichissement de la réponse judiciaire, et comme un instrument pour les juges ou les avocats de tenter de régler au mieux le litige, dans l'intérêt des justiciables et des parties, davantage que comme un moyen de désengorgement des juridictions.

Hirbod Dehghani-Azar a présenté les résultats d'un sondage réalisé par l'Association de médiateurs européens auprès de 1 000 entreprises disposant de services juridiques, dont il ressort que 70 % des réponses font apparaître une demande d'information et de formation sur la médiation.

La médiation répond à un besoin dans la matière immobilière, même lorsqu'elle n'est pas prévue comme en droit public, citant l'exemple d'une convention mettant fin à une convention d'aménagement d'une ZAC à la suite d'une négociation raisonnée donnant lieu à une transaction, au visa d'une circulaire permettant de conclure des transactions en matière de droit public ; la médiation trouve donc *a fortiori* sa place lorsqu'elle est directement prévue par le droit positif comme c'est le cas en droit privé.

En matière de droit de la construction, il est fréquent que des tiers prennent part au litige, notamment les assureurs. Il semble que, depuis peu, les assureurs semblent disposés à intégrer dans leurs clauses, la médiation conventionnelle, qui constitue une garantie de confidentialité. Selon Hirbod Dehghani-Azar, c'est dès le début du conflit qu'il conviendrait de prévoir le recours à la médiation, plutôt que d'attendre que le préjudice évolue. Même si dans la pratique, les assureurs préfèrent attendre le dépôt d'un rapport d'expertise.

L'avantage de la médiation est que l'accord peut porter sur tout ou partie du litige et laisser le juge trancher du bien-fondé à terme ; cela permet de limiter l'évolution du préjudice en réglant immédiatement le litige. Si besoin, les assurances et les parties sont libres de continuer la procédure en vue de rechercher les responsabilités. Il faut savoir que le recours à la médiation peut intervenir à tout moment.

La durée réduite de la procédure constitue également un avantage, au regard de la réduction du coût. Du point de vue de l'avocat, l'avocat a le droit de percevoir une quote-part sur les sommes en jeu, contrairement au médiateur, ce qui assure la protection de sa neutralité par rapport à l'issue de la médiation.

L'intervention de l'avocat dans le cadre de la médiation conventionnelle semble indispensable pour assurer le respect des intérêts des parties, le bon déroulement du processus et le respect de l'ordre public. Le respect de l'ordre public est donc garanti à la fois par le médiateur formé, les avocats des parties, mais également par la possibilité de faire homologuer les accords. Cela constitue autant de garanties à faire valoir auprès des clients. Et il faut également rappeler que chaque médiateur doit justifier d'une assurance responsabilité civile professionnelle.

Enfin, l'intérêt de la médiation réside aussi dans l'exécution spontanée de l'accord qui découle de la volonté éclairée des parties assistées par leurs conseils.

S'agissant des domaines d'application, il a souligné que les trois chambres du TGI de Paris ordonnant le plus de médiations -en dehors de la matière familiale— sont celles de la copropriété, des baux commerciaux et de la construction ; devant la cour d'appel, la matière immobilière constitue également le domaine d'application privilégié.

Hirbod Dehghani-Azar a conclu en relevant qu'il faut toutefois être conscient des limites de la médiation. Il faut que les avocats s'approprient l'usage de ce processus pour l'intégrer à la stratégie mise en place dans l'intérêt de leurs clients de la même manière que l'action judiciaire, la procédure participative, ou la négociation.

Sur la procédure participative, Jean-François Péricaud indique que cet outil présente l'avantage de se développer à l'initiative des avocats, qui avant d'entamer un procès, font signer à leurs clients une convention de procédure participative, en indiquant les points au litige, et en décidant aux termes de cette convention, de se concilier afin de conclure une transaction sur des points déterminés. Fort malheureusement, cette procédure est également assez peu utilisée. Elle constitue une alternative à la médiation et à la conciliation. Il invite les avocats à se reporter aux articles 2062 (N° Lexbase : L9826INA) à 2068 du Code civil relatifs à cette procédure.

Hubert Verken, avocat et médiateur, a insisté sur le rôle des avocats, auxquels il appartient de mettre en pratique la médiation lorsqu'ils sont convaincus de son utilité. Cette mise en pratique de la médiation passe en premier lieu, par l'insertion d'une clause de médiation, lors de la rédaction des contrats, par exemple dans les contrats de sous-traitance, les contrats de baux ; une telle clause de médiation revêt alors une force obligatoire et les parties auront l'obligation de recourir à la médiation avant de se pourvoir en justice.

En matière de sous-traitance, par exemple, la médiation présente l'intérêt de maintenir les relations professionnelles entre les parties qui ont vocation à travailler durablement ensemble, alors que les relations sont définitivement rompues en cas de procès.

Par ailleurs, en matière de baux commerciaux, les contrats s'inscrivent dans la durée. Très souvent derrière il existe un aspect émotionnel entre bailleurs et locataires. La médiation, tout comme la procédure participative revêt un intérêt tout particulier en cette matière.

La procédure participative est extrêmement peu pratiquée, étant avant tout totalement méconnue par les praticiens du droit.

Or, Hubert Verken considère que cette procédure est parfaitement adaptée aux litiges existant en matière de baux commerciaux, pour lesquels le bailleur et le preneur se trouvent liés dans la durée. La rapidité de ce mode de règlement amiable permet à la fois au preneur et au locataire de ne pas être suspendu à une décision de justice qui intervient trop souvent tardivement (il arrive, par exemple, que la décision portant sur la fixation du loyer renouvelé soit rendue six ans après le renouvellement, alors que les parties discutent déjà du renouvellement futur).

La procédure participative constitue alors une méthode très efficace pour accélérer le processus.

Cette procédure peut être mise en œuvre uniquement par les avocats.

Les conflits les plus fréquents en matière de bail commercial portent sur le renouvellement du bail, sa résiliation, le montant des charges locatives, l'indemnité d'éviction.

Ainsi s'agissant du loyer du bail renouvelé, dont on sait pertinemment par avance qu'il va être fixé à la valeur locative qu'il va être déplafonné automatiquement, les avocats peuvent alors décider d'associer un expert dans le cadre de la procédure participative. L'expert se voit alors confier une mission qui peut être identique à celle d'une mission d'expertise judiciaire, mission dont la durée et la rémunération sont fixées d'un commun accord entre les avocats. Il convient de prévoir une déclaration d'indépendance et d'impartialité par l'expert qui doit également effectuer sa mission dans le respect absolu du principe du contradictoire, conformément aux dispositions des articles 1542 (N° Lexbase : L8357IRX) à 1555 du Code de procédure civile.

L'expert rend alors un rapport à l'issue de sa mission. Si les parties acceptent les conclusions du rapport, elles ont la possibilité de faire entériner l'accord et de lui donner force obligatoire en demandant l'exequatur de l'accord auprès de la juridiction. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre, elles peuvent saisir le tribunal, sachant que l'une des parties pourra toujours verser aux débats ce rapport établi dans le cadre d'une procédure participative. Le juge, saisi par voie de requête, peut ordonner une nouvelle expertise judiciaire s'il l'estime justifiée.

En tous les cas, il faut savoir que la procédure participative ne peut exister qu'en dehors du cadre judiciaire (le juge ne doit pas avoir été saisi).

Par ailleurs, la procédure participative présente un avantage considérable, sachant que la prescription est suspendue pendant la durée de la procédure participative et durant six mois après la fin de la procédure participative.

Sous tous ces aspects, la procédure participative constitue un mode de règlement amiable des différends qu'il convient de promouvoir en matière immobilière, et plus particulièrement dans le domaine des baux commerciaux.

Selon **Jean-Marie Moysse**, avocat, co-responsable de la Commission de droit immobilier, la procédure participative suppose, en premier lieu, une confiance totale entre les deux avocats confrères ; en second lieu, le client doit accepter le principe de cette conciliation entre avocats, ce qui n'est pas évident. C'est la raison pour laquelle cette

procédure est peu pratiquée. Les procédures participatives soulèvent beaucoup de problèmes sur le plan humain. Pour pouvoir se concilier, les parties doivent être totalement convaincues de l'utilité d'un rapprochement, ce qui est rarement le cas au début du dossier ; telle est la difficulté majeure qui se pose pour la mise en œuvre de cette procédure *ab initio* qui a pour but de soustraire au tribunal le dossier.

Fabrice Vert a ajouté que le développement de la médiation dépend grandement d'une incitation financière, comme cela existe à l'étranger (amende pour les avocats n'ayant pas incité les parties à recourir à cette procédure, ou condamnation aux frais de la partie qui refuse de manière déraisonnable la médiation proposée par le juge).

Il insiste sur la nécessité d'une collaboration très étroite entre les avocats et les magistrats afin de faire évoluer les mentalités, et d'apporter un changement à notre société en vue de responsabiliser les citoyens ; le développement des modes de règlement amiable doit être perçu comme un moyen de valoriser l'institution judiciaire, extrêmement critiquée.

Les modes de règlement amiable des litiges complètent ainsi les procédures amiables préexistantes, à savoir transaction et arbitrage.

Pour conclure sur le rôle fondamental de l'avocat à qui il appartient de conseiller ses clients sur le panel d'outils à la disposition des parties pour résoudre leurs conflits autrement que par la voie du contentieux, **Michèle Jaudel** a mis en garde ses confrères contre les probables actions en responsabilité qui pourront être engagées, d'ici quelques années, à l'encontre des avocats qui n'auront pas conseillé à leurs clients de recourir à ces outils le cas échéant. La formation des avocats à mieux comprendre et maîtriser ces différents outils est donc fondamentale.

Après un large débat dans la salle, approuvant les principes essentiels s'inspirant du souci de réussir le pari d'une Justice du XXIème siècle, à la fois efficace et proche du justiciable, la séance s'est achevée à 20h30 ; les conférenciers ont été vivement remerciés de leurs exposés respectifs.