

EXERCICE PROFESSIONNEL

Le Conseil des Barreaux européens : utile mais encore méconnu _____ p. 26

GESTION DU CABINET

Aperçu des dernières mesures fiscales et conséquences pour la profession d'avocat _____ p. 31

DÉVELOPPEMENT DU CABINET

Comment les cabinets qui se créent aujourd'hui voient-ils demain ? _____ p. 35

Dalloz Avocats

Exercer et entreprendre

n° 1 – Janvier 2014



Dossier

La médiation,
une nouvelle opportunité ?



DALLOZ



La médiation, une nouvelle opportunité ?

Très répandue aux États-Unis, se développant avec plus de difficultés en France, la médiation a pourtant tous les atouts pour être vue, non pas comme un risque, mais comme une opportunité, par les avocats qui la pratiquent. Reste, pour être le plus opérationnel possible, à en connaître les contours, le mode d'exercice, les subtilités ; et sans aucun doute, à se former également.

Quelles perspectives pour la médiation

Par Sophie Henry12

La médiation et les avocats

Par Sophie Henry et Sarah Marniquet 13

Entretien avec Sébastien Mendès-Gil 17

Entretien avec Martin Hauser 20

Entretien avec Dominique Ménard 22

Quelles perspectives pour la médiation ?

Les conditions nécessaires au développement de la médiation sont-elles aujourd'hui réunies ? Dans quel contexte s'exerce-t-elle ? Pour ouvrir ce dossier consacré à la médiation, ce premier article en dresse les perspectives à court et moyen terme.



Par
Sophie Henry
Déléguée générale du CMAP
(Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris)

On constate que la médiation se développe aujourd'hui et de nombreuses actions ont déjà été menées notamment par la transposition de la directive européenne (ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive européenne sur la médiation civile et commerciale et son décret d'application du 20 janvier 2012). Le contexte législatif est favorable, toutes les garanties sont offertes pour permettre aux juges, avocats et justiciables d'y recourir sereinement: caractère libre et volontaire du processus, confidentialité, suspension des délais de prescription, déontologie pour le médiateur tenu à des obligations d'indépendance et d'impartialité...

De nouvelles dispositions en faveur de la médiation ont été adoptées le 16 décembre 2013 avec la loi sur l'action de groupe qui a prévu le recours à la médiation collective judiciaire¹.

Néanmoins, la médiation ne connaîtra un réel essor qu'à la condition d'un changement des mentalités: il convient de passer d'une culture de l'affrontement à celle du compromis.

Une volonté politique plus marquée se révèle donc nécessaire pour que la médiation puisse être uniformément mise en œuvre selon les régions et les juridictions. À ce jour, de nombreuses initiatives ont été mises en œuvre par différentes cours d'appel, notamment à Paris, Grenoble, Pau,

Toulouse... avec la création de permanences de médiateurs pendant les audiences, l'envoi de la « double convocation » à une réunion d'information à la médiation préalable à l'audience... mais ces initiatives dépendent de la bonne volonté de certains magistrats.

Une coordination au niveau national et la mise en place d'outils statistiques dans les tribunaux pour apprécier l'efficacité du process, sous l'impulsion de la Chancellerie, seraient les bienvenues.

Le marché de la médiation (institutions de médiation, médiateurs individuels) mérite également de se structurer pour offrir aux prescripteurs et bénéficiaires une meilleure visibilité et leur permettre de choisir facilement un médiateur et de s'assurer de sa compétence. La nécessaire formation des médiateurs et l'appartenance à une institution ou à un réseau de médiateurs sont des pistes pour déterminer des critères de référence fiables.

Les entreprises, dont les actions sont dictées tout à la fois par une dynamique d'efficacité et des contraintes économiques, ont d'ores et déjà compris les atouts de la médiation. Elles l'intègrent désormais dans leur politique de gestion des conflits.

Le rôle des avocats, prescripteurs, accompagnateurs du processus et médiateurs est donc

¹ Projet de loi relatif à la consommation, adopté avec modifications en 2^e lecture par l'Assemblée nationale le 16 décembre 2013, TA n° 262.

déterminant. Il leur revient d'intégrer la médiation dans leur offre de solutions aux clients, qui peut se révéler être une alternative opportune à la négociation qui n'a pas abouti, au contentieux judiciaire ou à l'arbitrage à engager, ou même à une procédure en cours qui ne se révèle pas adaptée aux intérêts du client...

Le bâtonnier de Paris Christiane Feral-Schuhl l'a bien compris en plaçant la médiation au

cœur de sa mandature. De nombreuses actions ont été initiées en ce sens : commission ouverte, création de l'école de la médiation, organisation de nombreux colloques de sensibilisation pour les avocats...

Les avocats doivent saisir l'opportunité qui leur est donnée aujourd'hui pour anticiper et accompagner l'évolution de la justice du XXI^e siècle vers une justice consensuelle.

La médiation et les avocats

Opportunité ou nécessité, la médiation fait partie des solutions que l'avocat doit être en mesure de proposer à ses clients exposés à une situation contentieuse ou précontentieuse.

Quel est le rôle de l'avocat dans la médiation ? Comment doit-il se positionner ? Comment doit-il agir ? Comment doit-il valoriser sa prestation de négociateur ou de médiateur ? Quels sont les litiges auxquels la médiation est adaptée ? Nous avons souhaité répondre à ces questions et aider les avocats à mieux comprendre leur rôle et leurs intérêts face à ce mode de règlement des conflits. Après avoir rappelé quelques définitions et principes, cet article examinera plus précisément le rôle de l'avocat dans la médiation.

RAPPEL DES DÉFINITIONS ET PRINCIPES QUI GOUVERNENT LA MÉDIATION

La médiation est un mode alternatif de règlement des conflits (MARC) qui permet aux parties ayant un différend de trouver avec l'intervention d'un tiers, le médiateur, une solution librement choisie, ce qui aboutit dans 99 % des cas à une exécution spontanée de l'accord. Alors qu'elles sont adversaires dans un procès, en médiation, les parties co-construisent leur solution¹.

Le recours à la médiation est possible aussi bien pour les conflits d'ordre civil, pénal, commercial, social, familial, et même administratif.

La médiation peut être « conventionnelle », donc initiée par les parties elles-mêmes, ou « judiciaire », c'est-à-dire ordonnée par un magistrat avec l'accord des parties.

Les règles régissant la médiation favorisent une résolution sécurisée du litige grâce aux caractéristiques suivantes :

- confidentialité des échanges : même si aucune solution n'est trouvée, les déclarations et documents utilisés dans ce cadre ne pourront être produits, sauf accord des parties, dans le cadre d'une procédure ultérieure ;
- liberté des parties de participer à la médiation et de la quitter à tout moment ;
- compétence et impartialité du médiateur ;
- suspension des délais de prescription pendant la durée du processus (dans le cas d'une médiation conventionnelle afin de préserver les droits des parties d'agir en justice ultérieurement) ;
- possibilité d'homologuer l'accord de médiation.

Les principaux types de médiation

Médiation pénale

La médiation pénale a été instaurée par la loi du 4 janvier 1993 et modifiée par la loi du 9 mars 2004. Le médiateur (un officier de police judiciaire, un délégué ou un médiateur du procureur) tente de rapprocher les parties afin d'assurer la réparation du

¹ V. C. pr. civ., art. 1530 s.



Par
Sophie Henry
Déléguée générale
du CMAP

et



Sarah Marniquet
Chargée de
développement
au CMAP

dommage subi par la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, et de contribuer au reclassement de l'auteur des faits.

Seul le procureur peut la décider, avant toutes poursuites. Le médiateur agit comme un « délégué du procureur », et, à ce titre, peut dresser et signer le « procès-verbal » qui vaut jugement et a force exécutoire.

Les entreprises françaises, sont plutôt favorables sur le principe de recours aux MARC, mais contrairement aux États-Unis, elles y ont encore peu recours dans la pratique.

La médiation pénale ne concerne que les « petits délits ». Elle suspend la prescription de l'action publique². Elle ne conduit pas à l'inscription de condamnation sur le casier judiciaire de l'auteur des faits. Les deux parties peuvent ne pas répondre aux convocations ou refuser la tentative de médiation.

La médiation familiale, créée par la loi du 8 février 1995

Deux textes de loi donnent une large place à la médiation familiale : la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002, qui donne au juge le pouvoir d'enjoindre les parties de rencontrer un médiateur familial, et la loi sur la réforme du divorce du 26 mai 2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

Un diplôme d'État de médiateur familial a été instauré par décret le 3 décembre 2003.

La médiation « interne »

De plus en plus de services de médiation sont intégrés aux entreprises. Par exemple dans le domaine des transports, des banques, des compagnies d'assurances...

La médiation des services publics

Il existe des médiateurs du service public qui ont pour mission de gérer les conflits entre l'administration et les administrés (ex : le défenseur des droits, le médiateur national de l'énergie, le médiateur de l'eau, le médiateur de la SNCF...).

La médiation civile et commerciale

Le cadre juridique de la médiation civile et commerciale a connu deux étapes :

- la loi du 8 février 1995, insérée dans le CPC aux articles 131-1 à 131-15 qui détermine les conditions de mise en œuvre de la médiation ordonnée par le juge (avec l'accord préalable des parties) ;
- l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive européenne sur la médiation civile et commerciale et son décret d'application du 20 janvier 2012³ et prévoyant les règles applicables à la médiation conventionnelle initiée par les parties.

En matière commerciale, il ressort d'une étude menée par FIDAL et l'AAA (*American Arbitration Association*) que les entreprises françaises, sont plutôt favorables sur le principe du recours aux MARC, mais contrairement aux États-Unis, elles y ont encore peu recours dans la pratique⁴.

Selon une récente étude du cabinet d'avocats EightAdvisory⁵, 93 % des entreprises citent en premier la voie judiciaire comme méthode de résolution de leurs conflits, puis 73 % pour la négociation, 67 % l'arbitrage et 28 % la médiation.

Une évolution des mentalités s'opère aujourd'hui à l'égard de la médiation. Certaines entreprises sont déjà bien conscientes des avantages des MARC et nombre d'entre elles ont signé la « Charte de la médiation inter-entreprises pour la résolution amiable des conflits commerciaux »⁶, mais il semble qu'il y ait encore un important travail de sensibilisation à réaliser.

La médiation institutionnelle

La médiation institutionnelle est une médiation conduite sous l'égide d'une institution dotée d'un règlement de médiation définissant des règles de désignation du médiateur, des délais, un barème, une déontologie. La procédure est donc dans ce cas particulièrement bien encadrée.

Il existe aujourd'hui de nombreuses institutions de médiation en matière familiale, sociale et commerciale. Certaines ont été créées soit par les ordres des avocats, des notaires, des huissiers ; soit avec le soutien des services publics soit par les chambres de commerce et d'industrie ou même sur simple initiative privée.

² C. pr. pén., art. 41-1.
³ Inséré dans le livre V du code de procédure civile aux articles 1528 à 1568.
⁴ Étude « Vers un management optimisé des litiges », 2009. Aux USA, 86 % des entreprises ont eu recours à la médiation contre 39 % en France. 72 % des entreprises américaines ont utilisé l'arbitrage contre 48 % en France.
⁵ « La fin du contentieux de papa », LJA, HS n° 22, juill. 2012.
⁶ Charte de la médiation Interentreprises le 22 novembre 2005 par M. Pierre Simon, Pt de la CCIP et le ministre de l'Économie et des Finances M. Breton par de grandes entreprises françaises consultable sur le site www.cmap.fr

La médiation *ad hoc*

La médiation *ad hoc* est, quant à elle, organisée directement par les parties, éventuellement assistées de leurs conseils.

Dans le cadre d'une médiation *ad hoc*, les parties vont déterminer elles-mêmes les conditions de désignation du médiateur, le lieu de la médiation, sa durée, son coût, les règles régissant l'organisation de la médiation...

Ces éléments seront fixés soit dès l'insertion de la clause de médiation, soit une fois le litige né, dans le cadre d'une convention de médiation. Il n'est pas toujours facile, une fois le conflit existant, de déterminer conjointement l'ensemble de ces règles.

Qui fait de la médiation ?

Il convient de faire la distinction entre prescripteurs de médiation, accompagnateurs en médiation et médiateurs. Les avocats ont un atout majeur dès lors qu'ils peuvent s'approprier tour à tour chacune de ces trois qualités :

- Ils peuvent recommander la médiation à leur client.
- Ils peuvent l'accompagner en tant que conseil.
- Ils peuvent intervenir en tant que médiateur.

Les autres prescripteurs privilégiés sont les magistrats, mais également depuis quelques années, en médiation commerciale, les entreprises elles-mêmes. On constate en effet que directeurs juridiques, DAF et plus récemment les DRH (pour ce qui concerne les conflits dans l'entreprise) sont prescripteurs de médiation.

D'avantage informées et conscientes de ses atouts, les entreprises n'hésitent plus à recourir à ce mode amiable de résolution des conflits avant de confier leur contentieux à un avocat. Ce dernier doit prendre conscience de cette évolution et s'adapter aux attentes et aux exigences de ses clients soucieux de trouver des solutions efficaces dans des délais courts et à des coûts maîtrisés.

Certains cabinets d'avocats avant-gardistes l'ont compris et sont d'ores et déjà identifiables par leur politique « pro-médiation ». Il existe désormais des départements ADR (*Alternative Dispute Resolution*) ou MARL au sein des cabinets, distincts ou complémentaires des départements contentieux. D'autres

y viennent plus timidement mais tous s'accordent sur le fait qu'une formation est indispensable. Que l'on veuille accompagner son client en médiation ou devenir médiateur, il est nécessaire de connaître le processus, voire de l'avoir éprouvé.

Les initiatives prises par les autres professions

Si les avocats sont historiquement les premiers prescripteurs de la médiation, d'autres professions s'intéressent aujourd'hui au développement de ce processus.

C'est ainsi que le Centre de médiation des notaires de Paris a été créé en janvier 2013 à l'initiative de la Chambre des notaires de Paris.

La Chambre nationale des huissiers de justice a, quant à elle, annoncé la création d'un centre de médiation qui devait ouvrir ses portes fin 2013.

Les experts comptables sont également présents dans le champ de la médiation en leurs qualités de prescripteurs auprès de leurs clients, notamment dans les litiges spécifiques du droit des sociétés (conflits entre actionnaires, évaluation de parts sociales, garantie de passif...) mais ils n'ont pas à ce jour de services de médiation externes.

L'avocat doit s'adapter aux attentes et aux exigences de ses clients soucieux de trouver des solutions efficaces dans des délais courts et à des coûts maîtrisés.

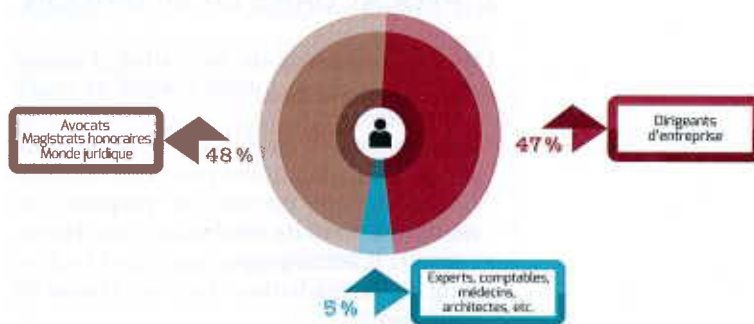


FIGURE 1. PROFIL DES MÉDIATEURS (SOURCE CMAP).

Base statistique 2012 : 280 dossiers

À PROPOS DU CMAP

Le CMAP (Centre de médiation et d'arbitrage de Paris) a été créé en 1995 à l'initiative de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, en partenariat notamment avec le Tribunal de commerce de Paris, le Barreau de Paris, le Comité national français de la Chambre de commerce internationale, le Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables et le Barreau des Hauts-de-Seine.

Ce centre permet de résoudre les conflits inter-entreprises: désaccord entre associés, mésentente sur les termes d'une vente, qualité d'un produit ou prestation d'un service contestée; et intra-entreprises: conflits entre le personnel et la direction, dissensions entre les salariés...

Il est nommé par les tribunaux en qualité de médiateur judiciaire ou à l'initiative des entreprises, sur tout le territoire français et à l'international si une des parties est française.

Le CMAP propose toute une palette de processus de résolution des conflits, dont principalement la médiation et l'arbitrage, véri-

tables alternatives aux parcours classiques de la justice et des tribunaux. Il a mis parallèlement en place une procédure en ligne de règlement amiable des conflits.

Également reconnu pour la qualité de ses programmes d'enseignement, le centre propose aux professionnels (chefs d'entreprise, avocats, magistrats honoraires, experts-comptables, responsables juridiques, commerciaux et financiers de l'entreprise...) des formations aux différents Modes alternatifs de règlement des conflits (MARC). À l'issue de ces formations, l'agrément accordé aux médiateurs et arbitres ayant passé avec succès les épreuves de certification du centre est une véritable garantie de qualité pour les entreprises ayant recours aux services du CMAP.

Avec près de 3000 dossiers traités depuis sa création, le CMAP est le centre institutionnel gérant le plus grand nombre de médiations en France. Trois médiations sur 4 aboutissent à un accord dont plus de 80 % en moins de 30 heures et l'un des principaux centres d'arbitrage dédiés aux contentieux commerciaux impliquant des entreprises françaises. ■

Par ailleurs, sur le modèle de la CCI Paris Île-de-France et en partenariat avec le CMAP, des chambres de commerce et d'industrie ont créé des services de médiation (ainsi, par exemple, à Bordeaux, Rennes, ou Metz mais également à l'international à l'Île Maurice, au Maroc, au Burkina Faso...).

L'AVOCAT DANS LA MÉDIATION

Dans un processus de médiation, l'avocat est à la fois prescripteur, conseil et coach de son client :

- prescripteur: il évalue les risques (coût, durée, aléa, etc.) d'une procédure contentieuse et peut décider de proposer un mode alternatif de résolution à son client ;
- conseil: il accompagne son client tout au long de la médiation dans un climat de confiance ;
- coach: il prépare son client au processus et détermine avec lui la stratégie.

Les missions-clés de l'avocat-conseil en médiation

- 1/ La préparation: celle-ci couvre la répartition des rôles entre l'avocat et le client, la définition des stratégies commerciales, financières..., l'analyse de la meilleure solution de rechange: la MESORE (MEilleure Solution de REchange) ou BATNA – Best Alternative to a Negotiated Agreement – pour les Anglo-Saxons).
- 2/ L'accompagnement du client au cours et en dehors des réunions de médiation: il doit savoir s'effacer pour laisser à son client l'opportunité de s'exprimer.
- 3/ La rédaction du protocole d'accord, à faire homologuer si besoin par le juge. À l'issue des discussions, l'avocat reprendra le premier rôle puisqu'il rédigera l'accord et s'assurera ainsi que les intérêts de son client sont préservés. Il vérifiera l'équilibre des concessions, le respect des dispositions de l'ordre public et la validité du consentement de son client. L'avocat est alors seul garant de la légalité de l'accord.

« Ce qui est important, c'est de fidéliser le client »

Dalloz avocats |

Comment êtes-vous venu à la médiation ? La première fois que j'ai assisté à une médiation, c'était en tant qu'avocat-conseil. Je ne connaissais pas du tout ce processus et ai été totalement convaincu de son efficacité. Aussi depuis ai-je suivi une formation et suis devenu médiateur agréé au CMAP.

Dalloz avocats |

Existe-t-il une politique « médiation » dans votre cabinet ? Oui. Nous avons deux grandes approches. Pour tout ce qui concerne le conseil, le *corporate* et le contractuel, nous mettons systématiquement des clauses de médiation CMAP dans nos contrats.

Pour ce qui est du département contentieux dont je suis responsable, il m'arrive souvent de proposer la médiation pour débloquer des situations soit en précontentieux soit pendant le contentieux en première instance ; après, cela devient plus délicat.

Enfin, j'essaie autant que faire se peut de promouvoir la médiation à toute occasion (rencontre avec des clients, point annuel, petits déjeuners...).

Dalloz avocats |

Quel rôle vous semble plus difficile : celui du conseil ou celui du médiateur ? Ces deux fonctions s'enrichissent mutuellement, être médiateur permet de remettre de l'humain dans les débats. Mais je pense que le rôle du médiateur est plus difficile à tenir.

L'avocat-conseil en médiation a un rôle de support, il est là pour rassurer son client, vérifier que ses intérêts soient préservés. Il fait véritablement équipe avec son client qui

retrouve une place prépondérante dans les débats, la médiation devant avant tout rester la chose des parties et du médiateur.

Dalloz avocats |

Quelle est pour vous la valeur ajoutée de l'avocat dans la fonction de médiateur ? Être avocat permet d'avoir une bonne connaissance de l'aléa judiciaire (résultat, temps, et coût), la BAT-NA (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*, équivalent de la ME-SORE) est plus facile à dégager pour chaque partie. Nous avons l'habitude de gérer le contradictoire et sommes donc très à l'écoute des parties.

Dalloz avocats |

Pensez-vous que l'avocat se prive de revenus en conseillant la médiation à ses clients ? Absolument pas, ce qui est important, c'est de fidéliser le client. La médiation permet de passer beaucoup

de temps « physique » avec le client. On est plus proche de lui que lors d'un procès auquel il n'assiste pas, même si souvent, la première fois qu'on lui propose la médiation, il prend cela pour un aveu de faiblesse.

La médiation est rentable pour les avocats pour deux raisons. Soit il y a un accord et le client étant satisfait, on le fidélise. Soit il n'y a pas d'accord, auquel cas le dossier part en procédure, et nous l'avons déjà bien préparé.

Dalloz avocats |

Pratiquez-vous des honoraires de résultat ? En médiation, pas pour le moment, mais nous y réfléchissons. L'accord comporte parfois des résultats difficilement quantifiables, particulièrement quand il s'agit essentiellement de maintenir des relations commerciales ou de reconnaissance symbolique. ■

Entretien



Sébastien Mendès-Gil
Avocat à la Cour,
associé fondateur de
Cloix & Mendès-Gil,
médiateur au CMAP

Associé à toutes les étapes de la médiation, et en respectant l'autorité du médiateur, l'avocat est donc un partenaire efficace pour une médiation réussie.

Le médiateur avocat

Pour les parties, comme pour leurs conseils, il est un technicien du droit respectant un code de déontologie et une éthique proches de celles du médiateur.

Le nombre de médiations judiciaires augmente particulièrement dans les domaines de l'immobilier, de l'informatique bancaire, du droit de la propriété intellectuelle et industrielle.

Le « médiateur avocat » a de nombreuses qualités : c'est un professionnel de la négociation qui dispose d'une très bonne connaissance du contentieux judiciaire et a l'habitude de gérer les débats.

Sa relation de confraternité avec les avocats des parties joue un grand rôle dans la confiance qui s'établit lors de la médiation. Certains médiateurs ont

pour habitude de commencer leur médiation par des apartés avec les avocats. Cela permet entre autres à ceux qui ne sont pas familiers du processus de poser toutes les questions qu'ils souhaitent, ce qu'ils ne feraient pas en présence de leurs clients.

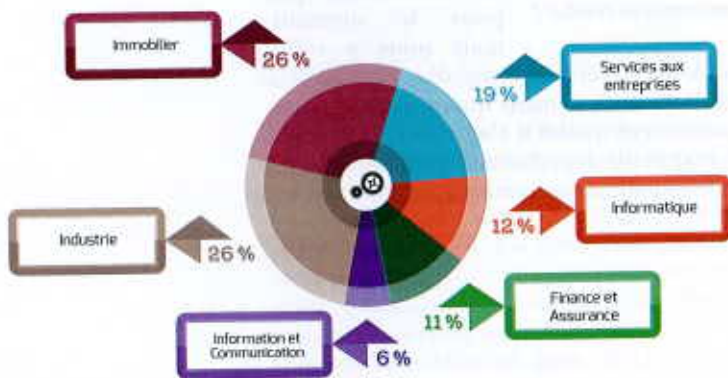


FIGURE 2. LES SECTEURS D'ACTIVITÉ AYANT LE PLUS DE RECOURS À LA MÉDIATION (SOURCE CMAP).
Base statistique 2012 : 280 dossiers

LA MÉDIATION POUR QUELS LITIGES ET POUR QUELS CLIENTS ?

La médiation n'est pas un outil dédié au règlement d'une seule typologie de conflits. Dès lors que les parties sont de bonne foi et qu'elles sont prêtes à faire des concessions, celles-ci peuvent opter pour la médiation avant toute autre procédure, ou même en cours de procédure pour les médiations judiciaires.

Si elle ne se cantonne pas à un seul domaine d'activité, la médiation est plus particulièrement indiquée dans le cadre de :

- litiges ne semblant pas appeler une solution strictement juridique ;
- litiges dans lesquels la prise en compte des relations humaines semble prioritaire ;
- litiges nécessitant la préservation d'une absolue confidentialité (des preuves sensibles risquent d'être dévoilées, un secret de fabrication doit être protégé) ;
- litiges qui se produisent alors qu'il est de l'intérêt des parties de continuer à travailler ensemble (pérennité des relations commerciales) ;
- litiges impliquant une entreprise étrangère : la médiation permet d'éviter les conflits de juridiction, les conflits de loi, les réticences à plaider devant un juge étranger suspecté de partialité.

Se prêtent ainsi opportunément à la médiation les contentieux dans les domaines suivants :

- secteur informatique (entre une entreprise et un prestataire) ;
- contrefaçon de marques et brevets ;
- conflits entre associés, cession de titres, de parts sociales ;
- contentieux post acquisition (clause d'*earn out*, garantie de passif) ;
- impayés dus à une mauvaise exécution d'une prestation de service, à une contestation consécutive à une vente, à un retard... ;
- litiges portant sur l'exécution de contrats de distribution et plus généralement de contrats à exécution successive ;
- litiges dans le secteur immobilier et la construction (Figure 2).

On constate depuis quelques années que les magistrats, sensibilisés aux atouts de la médiation, recourent plus fréquemment à ce mode de résolution amiable des conflits. Le nombre de médiations judiciaires augmente particulièrement dans les domaines de l'immobilier, de l'informatique bancaire, du droit de la propriété intellectuelle et industrielle.

On observe également que de nouveaux secteurs, notamment l'énergie, l'aéronautique et l'industrie pharmaceutique font appel à la médiation, et ce plutôt dans un cadre conventionnel.

Il existe en revanche quelques cas dans lesquels la médiation ne doit pas être mise en œuvre. Ainsi en est-il lorsqu'une tierce partie fait défaut, que le représentant d'une des parties n'a pas pouvoir pour engager celle-ci (ex. : syndic, employés), ou que le litige appelle une solution tranchée en droit (ordre public, jurisprudence, publicité, etc.).

Les statistiques du CMAP révèlent ainsi la grande variété de typologies de litiges : entre donneurs d'ordre et sous-traitants, entre clients et fournisseurs mais aussi entre deux sociétés concurrentes, entre actionnaires, entre investisseurs et entreprises, entre cédants et cessionnaires... (Figure 3).

Les montants en litige sont également très hétérogènes, le CMAP traite aussi bien des dossiers aux enjeux inférieurs à 30 000 € que des dossiers de plus de 3 millions. Pour répondre à cette diversité, les barèmes d'honoraires du CMAP ont été spécialement conçus pour s'adapter à l'importance du montant en litige et peuvent être consultés par les parties. Ainsi, la médiation est-elle accessible à toutes les entreprises, PME, ETI ou grandes entreprises du CAC 40. Le taux horaire dépendant du montant en litige et du fait que la médiation se déroule entre entreprises françaises ou étrangères (Figure 4).

La part des médiations concernant des montants en litige supérieurs à 1 million d'euros a augmenté, confirmant ainsi l'intérêt de ce mode de règlement des conflits pour des litiges de plus en plus complexes, et ce, notamment dans le secteur de l'industrie (Figure 5).

Avec plus de 150 médiateurs et arbitres répartis sur l'ensemble du territoire, le CMAP a un rayonnement national et international. Pour l'année 2012, 64 % des dossiers traités étaient en Île-de-France, contre 23 % en région et 13 % à l'étranger.

Enfin, alors que 80 % des médiations aboutissaient à un accord en moins de 30 heures en 2011, ce chiffre passe à moins de 20 heures en 2012.

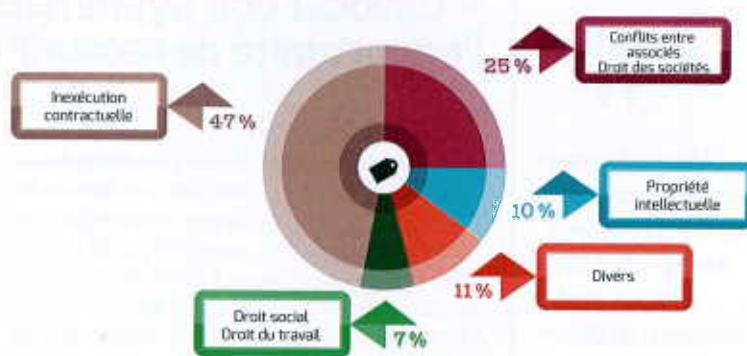


FIGURE 3. TYPOLOGIE DES CONFLITS (SOURCE CMAP).
Base statistique 2012 : 280 dossiers

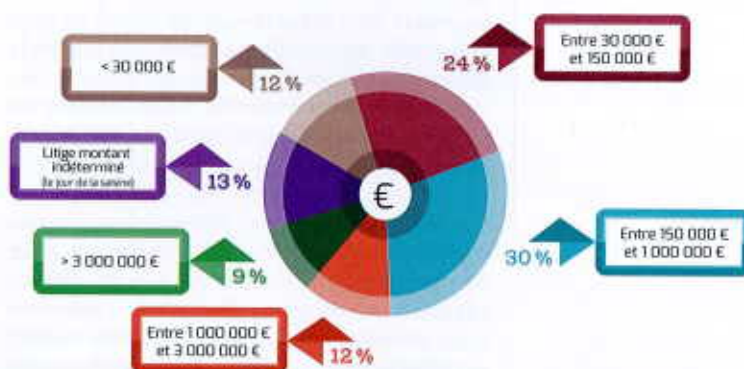


FIGURE 4. MONTANT EN LITIGE (SOURCE CMAP).
Base statistique 2012 : 280 dossiers

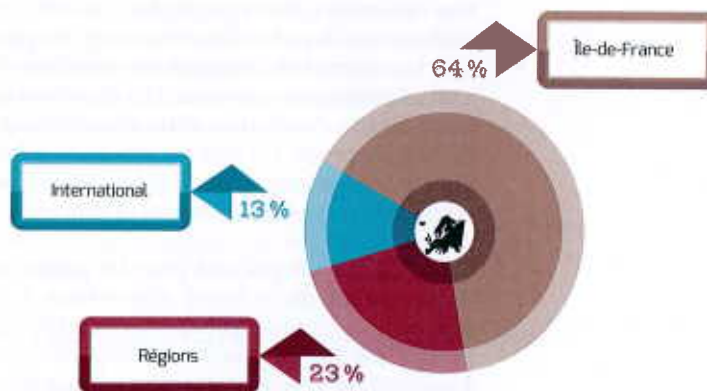


FIGURE 5. ORIGINE GÉOGRAPHIQUE DES DOSSIERS TRAITÉS (SOURCE CMAP).
Base statistique 2012 : 280 dossiers

Entretien



Martin Hauser
Avocat aux barreaux
de Paris et Munich,
Associé chez BMH
Avocats, Paris,
Médiateur au CMAP

« L'avocat doit systématiquement évaluer l'opportunité de recourir à la médiation »

Dalloz avocats |

Quelle est selon vous la mission de l'avocat ? Notre culture traditionnelle de résolution des litiges commerciaux est marquée par le recours aux tribunaux judiciaires. Le travail de l'avocat consiste alors à transposer les faits à l'origine d'un litige que son client lui expose en des catégories normatives posées par des textes législatifs. Ce processus de transformation de faits « vivants » en des catégories « abstraites », écarte non seulement les émotions des parties en conflit, mais se traduit par la formulation de positions juridiques et des demandes en droit.

La mission de l'avocat consiste à représenter au mieux les « intérêts » de son client, ce qu'il pense faire sincèrement. Cependant, depuis le début des années 1980, avec les travaux des chercheurs du « Harvard Negotiation Project », on constate que ce n'est pas nécessairement le cas.

Il a été démontré qu'une décision de justice qui tranche le litige ne peut, par nature, pas créer de valeurs et, que, dans la plupart des cas, les négociations directes aboutissent également à de simples « compromis » suivant l'adage « couper la poire en deux ». On appelle ces solutions traditionnelles en raison de l'attente des parties, « gagnant-perdant » (« win-lose »), ou, en visant leur résultat distributif, « à somme nulle » (« zero-sum »).

Par contre, ces chercheurs ont découvert qu'une négociation qui, dans le cadre d'une « négociation raisonnée », tient compte des « intérêts » et parfois aussi des « besoins » essentiels des parties, leur permet de négocier des solutions visant la création de valeurs au lieu de se borner à une simple distribution entre elles de l'objet de leur demande. Ce sont ces solutions qu'on appelle « gagnant-gagnant » (« win-win ») ou « à somme non nulle » (« non-zero-sum »).

Toutefois, il n'est pas aisé pour les parties et leurs conseils de se livrer elles-mêmes à la recherche des intérêts et besoins respectifs des parties non ou insuffisamment exprimés par leurs positions en droit. Pour les assister dans ce processus, je recommande à chaque avocat de systématiquement évaluer l'opportunité de recourir à la médiation et d'évaluer avec son client ses chances dans une négociation encadrée par un médiateur, au lieu de se résigner à

se soumettre aux solutions « à somme nulle » prononcées par les juridictions indépendamment du résultat pour chaque partie.

La médiation permet ainsi à l'avocat de se concentrer pleinement sur le fond du litige et de représenter véritablement, dans le sens le plus large possible, les intérêts de son client, tant dans les phases de préparation, de réunions de médiation que tout au long des négociations entre les parties. Ce qui me semble être l'essence même de la mission de l'avocat.

Dalloz avocats |

Pensez-vous que la médiation soit financièrement rentable pour les avocats ?

Vous l'avez compris, pour moi la question ne se pose pas en ces termes. Si la négociation avec le soutien d'un médiateur est

dans l'intérêt du client, ce ne sont pas d'éventuelles considérations financières de l'avocat qui sauraient y faire obstacle. Cela ne serait pas en accord avec sa mission de conseil.

En outre, les attentes des acteurs économiques ont changé : à une époque où les affaires peuvent être conclues par un simple échange de mails, il est dépourvu de sens d'attendre pendant des années, d'abord une décision exécutoire, puis, une décision définitive. Lorsque celle-ci « tombe » enfin, beaucoup de temps s'est écoulé, et même dans des affaires très passionnées, elle ne suscite plus guère d'intérêt. C'est alors le moment pour le client de comparer le coût des honoraires d'avocats au résultat obtenu et de le trouver bien souvent disproportionné.

Je pense que dans le cadre de la mondialisation, les avocats sont de plus en plus appelés à conseiller leurs clients sur les différents modes alternatifs de règlement des conflits, dont la médiation fait partie et s'avère, à mon sens, particulièrement puissante.

Dalloz avocats |

L'avocat se prive-t-il de revenus en conseillant la médiation à ses clients ?

Tout dépend de savoir si l'avocat a une vision stratégique à court ou long terme. Pour garder un client, il faut nécessairement le fidéliser.

En conseillant une procédure judiciaire, l'avocat s'assure il est vrai quelques honoraires. Cependant, il s'expose à ce qu'à l'issue de la procédure, le client soit mécontent indépendamment de la décision rendue, compte tenu de la durée de la procédure, des coûts supportés, du manque de créativité inhérent au système judiciaire et de l'effet néfaste de ce processus sur ses relations d'affaires.

A contrario, les clients qui auront su apprécier le conseil et l'accompagnement dans la médiation resteront fidèles à leur avocat et pourront même convenir d'une rémunération modulée.

Dalloz avocats |

Que pensez-vous des honoraires de résultat ?

La médiation exige des avocats une grande capacité d'adaptation, de la célérité et surtout de la créativité. Leur

rémunération devrait correspondre à ces caractéristiques.

Mais, indépendamment de la question de rémunération, il est primordial que le client soit satisfait et qu'il considère que ses intérêts ont bien été pris en compte dans le processus de règlement du litige. Un tel « service rendu » pourrait alors être honoré de diverses façons.

On pourrait envisager un taux horaire spécifique pour la médiation. Celui-ci serait supérieur au taux habituellement pratiqué par

l'avocat puisque la médiation requiert une formation longue et une expérience certaine. Alternativement pourrait être mis en place un complément d'honoraires à l'issue du processus mettant fin au litige, ou encore un honoraire de résultat convenu avec le client avant d'entamer la médiation.

Dalloz avocats |

Quels sont d'après vous

les avantages pour un médiateur d'être avocat ?

Être avocat n'est en rien une condition préalable pour être médiateur, mais sou-

vent les parties cherchent un médiateur avec un profil bien spécifique qui correspond à celui d'un avocat. Dans des médiations commerciales, je pense que les parties sont rassurées lorsqu'elles savent que leur médiateur est familiarisé avec une certaine matière, les notions employées par elles, etc. Lorsque j'endosse le rôle de médiateur, je prépare la médiation entre autres par des apartés avec les conseils sur leur rôle en médiation et son déroulement, ce qui contribue à créer une certaine confiance, voire complicité en les associant dès le départ pleinement à ce processus.

Le rôle de médiateur est gratifiant, souvent plus que celui de l'avocat. Les liens créés sont différents et on obtient en général une certaine reconnaissance des deux parties et de leurs conseils. ■

LA MÉDIATION EST-ELLE RENTABLE POUR LES AVOCATS ?

Certains avocats n'osent pas toujours orienter leur client vers la médiation, d'une part par manque d'expérience en la matière, d'autre part parce que, de façon intuitive, ils pensent qu'elle n'est pas rentable financièrement.

Mais, qu'entend-on par rentabilité ? S'agit-il seulement de comparer des honoraires perçus pour un dossier en contentieux à ceux perçus lors d'une médiation ?

Il est vrai que la durée d'une médiation étant en moyenne inférieure à 15 heures

(Figure 6), cela peut paraître dérisoire par rapport au nombre d'heures qui seraient consacrées au même dossier lors d'une procédure judiciaire pouvant s'étendre sur plusieurs années.

Il est donc légitime pour un avocat de craindre *a priori* une perte de revenu. Cependant, cette vision se révèle en partie erronée.

Quel est l'objectif recherché par l'avocat ?

M^e Marion Barbier, associée chez Bird and Bird, rappelle que le rôle de l'avocat est d'orienter son client vers la solution la plus conforme aux intérêts de ce dernier. Proposer la médiation répond selon elle à cette mission première du conseil.

Entretien



Dominique Ménard
Avocat associé chez
Hogan Lovells

« Pour certains clients, la médiation n'est pas une alternative, c'est une exigence »

Dalloz avocats |

La pratique de la médiation est-elle très utilisée au sein de votre cabinet ?

Elle est de plus en plus utilisée, même si certains de mes associés l'utilisent parfois contraints et forcés. Cette contrainte ne résulte ni de la loi ni d'une suggestion forte de la part du magistrat, mais tout simplement des clients.

Aux États-Unis, la démarche de médiation est évidente, elle fait partie de la démarche intellectuelle de tout juriste. Et ce pour une raison très simple : les coûts et les risques sont moindres en médiation que dans un débat judiciaire.

Nos clients, qui sont des grands groupes, forment une clientèle fidèle, gérée sur le long terme. Ils sont pour chacun de nous avant tout des partenaires. Certains d'entre eux sont des clients de la maison depuis des décennies. Pour ces grands comptes, la médiation, ce n'est pas une alternative, c'est une exigence.

À mon sens, un avocat consulté par un client dans le cadre d'un conflit, qui arrive à la conclusion à l'issue de son analyse, qu'une médiation serait adaptée (par exemple pour un contrat à exécution successive, un contrat à long terme, une licence de logiciel, une succession, un litige de voisinage), et qui, ce constat étant fait, ne pense pas à la médiation, commet une faute professionnelle. Et plus encore, si le même avocat pense à la médiation comme étant un outil raisonnablement possible, et ne le suggère pas à son client, ce n'est plus une faute, c'est un abus de confiance.

Dalloz avocats |

Quelle est la réaction des clients face aux propositions de médiation ?

Pour les clients américains, il n'y a pas de débat. Si la médiation nous semble opportune, la réponse est immédiatement positive, car elle est pour eux évidente. En France, cela est de plus en plus le cas dans les grands groupes ; les « general counsel » y sont largement favorables, même s'ils ont parfois du mal à faire partager leur enthousiasme par leurs équipes au sein des filiales. Pour beaucoup de directeurs juridiques ou de responsables juridiques, la réponse sera négative et ce pour une raison très simple : en France, un procès ne coûte rien, par rapport à ce que pourrait coûter le même procès, avec les mêmes enjeux, aux États-Unis. Quand je défends

un dossier de brevet en France, le total de ma facturation pour le litige en première instance sera inférieur à la facturation d'un seul mois aux États-Unis, du seul fait que le temps passé, et surtout le nombre de personnes impliquées au sein du cabinet sont radicalement différents dans les deux cas. À mon sens, la médiation en France n'a de l'intérêt que pour les très gros dossiers, très compliqués.

Un autre facteur essentiel fait pencher la balance en faveur de la médiation : l'image des entreprises est cruciale. S'il y a procès, l'image de l'entreprise est étalée, dégradée. S'il y a jugement, il est public. Si c'est une affaire sensible, la presse va s'en emparer. Et si l'entreprise est condamnée publiquement, c'est une forme de pilori aujourd'hui. Pour toutes ces raisons, les grandes entreprises préfèrent de beaucoup parvenir à un accord en-dehors des prétoires.

Dalloz avocats |

Comment est rémunéré l'avocat qui fait de la médiation ?

Évidemment, le grand argument que l'on entend, et dont on débat d'ailleurs parfois, c'est l'aspect économique de la médiation. Que se passe-t-il pour l'avocat qui résout le litige en trois semaines grâce à une médiation, au lieu d'engager une procédure qui elle peut durer dix ans ? Bien entendu, la différence sera comptable, à la fois pour le client et pour l'avocat. Comptablement donc, la médiation fera perdre de la « substance ».

Concrètement, nous facturons nos prestations sur une base horaire. Sont pris en compte le temps passé à la préparation de la médiation, la préparation de la stratégie avec le client, la préparation et la définition de la BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement), la médiation elle-même. Les coûts seront grandement variables selon le type d'entreprise. À titre d'exemple, dans une entreprise française, j'ai 2, ou 3 interlocuteurs maximum. Dans une entreprise japonaise, j'en ai 20, parce que le processus de décision est collectif. La définition d'une BATNA sera donc forcément plus longue et plus compliquée avec une entreprise japonaise. Je gagne néanmoins dignement ma vie dans une médiation, parce que j'interviens dans des dossiers lourds, avec de gros enjeux, et des clients financièrement puissants. Alors certes, je vais nécessairement moins facturer un conflit résolu en médiation, mais je vais continuer de facturer ce client

à l'avenir, dans la mesure où étant satisfait de notre accompagnement, il va continuer de faire travailler plusieurs domaines de pratiques de la firme, dans plusieurs pays, et sur le long terme. Je ne suis donc qu'un maillon actif dans une chaîne de partenariat. Notre client étant un partenaire, je dois et je veux avant tout que sa satisfaction soit totale. C'est notre façon de le fidéliser et lui donner envie de rester chez nous en faisant naître et en préservant sa confiance.

Dalloz avocats |

Quelle est la valeur ajoutée de l'avocat dans la fonction de médiateur ?

Il y a une multitude de médiateurs qui ne sont pas des avocats,

beaucoup d'entre eux ne sont pas mêmes des juristes, et ils sont excellents du fait de leurs expériences passées, mais je pense néanmoins que dans le domaine du droit des affaires, cela peut être un inconvénient. Le rôle d'écoute du médiateur est en effet fondamental et ne pas comprendre ce qui se dit ne facilite pas le processus... Il sera de plus difficile, si on ne connaît pas du tout les principes fondamentaux du droit, de percevoir les tentatives de manipulation, ou encore les dissimulations.

En outre, l'avocat a un autre privilège : la confidentialité, que lui impose la loi, lui est plus familière et il y portera une attention toute particulière.

La médiation est une façon de fidéliser son client sur le moyen et long terme. L'avocat sait que la clientèle est par nature assez volatile. Il ne doit pas commettre d'erreur par manque de vision globale. La médiation doit faire partie de la stratégie de gestion du contentieux du cabinet d'avocats. Une offre diversifiée permet de développer une clientèle fidèle.

Cependant, il n'est pas toujours aisé de conseiller la médiation à son client. Cela peut être ressenti comme un « aveu de faiblesse ». Le client risque en effet de soupçonner son conseil de ne pas avoir foi en son dossier. Ces réticences sont bien souvent dues à un manque de connaissance du processus. Une fois que l'avocat aura expliqué ce qu'est la médiation et quels en sont les avantages (parfois aidé en cela par le soutien d'un centre de médiation), le client aura les éléments pour apprécier l'opportunité de recourir à la médiation dans le dossier qui lui est soumis.

Peut-on envisager des honoraires de résultat pour les avocats conseil en médiation ?

Sur un plan théorique, cela est tout à fait envisageable, et compatible avec la déontologie des avocats, comme cela a été rappelé récemment par Madame le Bâtonnier Féral Schuhl lors de la conférence « Les enjeux financiers de la médiation commerciale », co-organisée par le CMAP et le Barreau de Paris le 7 novembre 2013.

Sur un plan pratique, ce n'est pas encore très répandu, mais nombre de cabinets étudient la meilleure façon de le mettre en place (cf. les interviews de M^e Sébastien Mendès-Gil et de M^e Martin Hauser).

Ainsi que le souligne fort à propos M^e Henri Hajdenberg, avocat au Barreau de Paris, il est primordial de négocier une clause d'honoraires de résultat avant le début de la médiation. Le client doit être capable de comprendre en amont l'intérêt de la médiation et donc d'adhérer au principe des honoraires de résultat. Faire gagner du temps et de l'argent à son client a aussi un prix, et il n'est pas illogique de lui proposer un mode de rémunération basé sur l'honoraire de résultat. La qualité du conseil n'est pas forcément proportionnelle au temps passé sur le dossier !

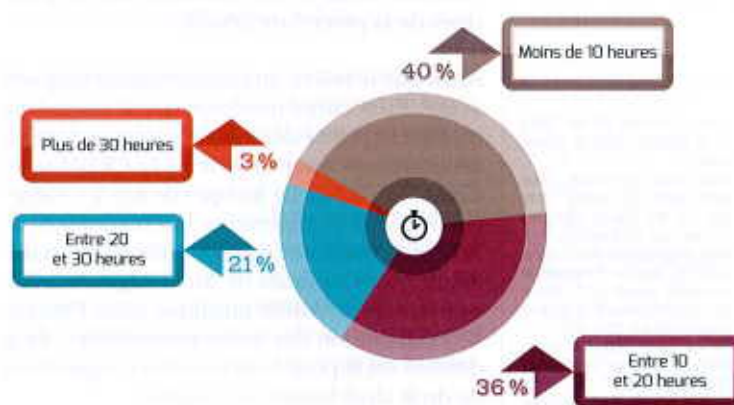


FIGURE 6. TEMPS MOYEN D'UNE MÉDIATION (SOURCE CMAP).

Base statistique 2012 : 280 dossiers