

La médiation, aspects pratiques.

La médiation est un espace unique dans le processus judiciaire, une parenthèse pendant laquelle, sans risque majeur (ça ne dure pas très longtemps surtout au regard du temps judiciaire habituel et ça ne coûte pas très cher, notamment au regard des autres coûts induits par une procédure) les personnes en procès ont exceptionnellement la possibilité de reprendre le dessus sur leur histoire et, lorsqu'il s'agit d'institutionnels, d'échapper à l'aléa judiciaire.

1- Les conditions d'une médiation réussies sont plurielles.

a) L'accord des parties :

Il faut que les protagonistes (le mot est moins juridique que « parties » car bien souvent les parties en présence juridiquement ne sont pas les vrais protagonistes qui sont plutôt les personnes en cause) l'acceptent (je ne dis pas la veulent car généralement ils ne savent pas trop vers où on les emmène, mais il faut qu'ils aient envie de sortir d'un procès qui souvent les dépasse, leur gâche la vie, dont ils ne veulent plus, ou, tout simplement, qu'ils ne souhaitent pas le risque d'une procédure coûteuse et longue pour un gain aléatoire, notamment lorsqu'il s'agit d'institutionnels).

L'accord des parties, même s'il est quelquefois un peu forcé par le juge au début du processus, est une pierre importante de l'édifice car on ne construit pas un accord entre des gens qui veulent continuer à se battre coûte que coûte.

La Cour constitutionnelle italienne vient de déclarer inconstitutionnelle la loi qui instituait une médiation obligatoire avant tout procès dans un nombre très important de contentieux et c'est une très bonne chose : la volonté des parties est en effet essentielle pour qu'une médiation aboutisse.

Dans la construction de cet accord, le rôle de l'avocat est essentiel : on n'oblige pas des parties à s'entendre mais l'avocat peut œuvrer pour amener son client en médiation lorsqu'il voit que l'issue judiciaire est soit mal adaptée, soit trop aléatoire, soit trop longue et donc trop coûteuse.

Un client heureux de la solution trouvée est un client qui revient et conseille son avocat à ses relations.

b) L'absence de solution juridique satisfaisante :

La médiation réussit le mieux lorsque les protagonistes ne viennent pas tant chercher une solution juridique à un problème de droit qu'une reconnaissance de leur bon droit ou simplement de leur légitimité.

Lorsqu'on est juge, on est souvent face à des situations dans lesquelles on sent bien que la question posée n'est pas la vraie question et on est parfaitement démuni puisque on doit juger ce qu'on nous demande de juger et pas le reste.

Les relations anciennes qui se détériorent, les relations à venir qui partent du mauvais pied sont les terrains de prédilection de la médiation et, en matière de bail commercial, on est souvent face à ce genre de situations.

Les avocats sont les mieux à même de sentir ce genre de choses et se rendent souvent compte qu'en introduisant une procédure, ils n'auront pas la réponse attendue en réalité par leur client.

c) La bonne foi des participants :

Il est évident que si la médiation, dans l'esprit d'une des parties au moins, n'est qu'un artifice dilatoire, pour gagner quelques mois de plus dans une procédure perdue d'avance où le temps c'est de l'argent, on n'arrivera pas à grand-chose, mais en général le ou les médiateurs s'en rendent compte assez rapidement et mettent fin à la médiation immédiatement.

Pourtant, même dans ces cas-là, il peut s'être passé des choses qui laisseront des traces et modifieront les relations et la suite du procès.

Moyennant ces quelques règles de base, toutes les situations ou presque peuvent relever utilement d'une médiation.

2- Pourquoi proposer à son client d'aller en médiation ?

Il me semble que les raisons essentielles pour qu'un avocat propose à son client d'aller en médiation sont la rapidité, le coût et la confidentialité.

Ca ne dure pas longtemps : le temps d'une médiation judiciaire est limité à 3 mois renouvelable une fois.

De mon expérience, on se rend compte habituellement dès la première séance si on a un espoir d'avancer suffisamment pour trouver un accord ou pas. En général, si on est tous d'accord pour trouver qu'on avance mais qu'on n'a pas réussi à aboutir en une séance, on se revoit une, voire deux fois, mais il est exceptionnel qu'on continue plus de trois séances et, de mon expérience, jamais plus de quatre.

Lorsqu'on parvient à un accord, ça prend donc entre 3 et 4 voire 5 ou 6 mois, rarement plus, sauf si la réalisation de l'accord dépend d'événements extérieurs dont la maîtrise nous échappe.

Le coût est réduit, surtout si on le compare à celui de l'arbitrage. La provision fixée par le tribunal est de 1.500 euros pour les litiges de plus de 30.000 euros (le cas général en matière de bail commercial). Elle comprend le travail préparatoire et la première séance plénière. Par la suite le coût est au maximum de 300 euros l'heure, ce qui reste dans des proportions extrêmement raisonnables par rapport à bon nombre de prestations dans ces matières.

La confidentialité est fondamentale et peut, dans beaucoup de situations, être un atout majeur, notamment pour des institutionnels qui ne souhaitent pas étaler leurs soucis au grand jour ou créer de jurisprudence pouvant faire tache d'huile.

L'homologation de l'accord par le tribunal n'est d'ailleurs pas une nécessité absolue dès lors que le règlement du litige ne nécessite pas d'engagement dans le temps.

3- Les modalités concrètes.

Les protagonistes, lorsqu'ils ont accepté avec leurs conseils une médiation, ne savent en général pas vraiment comment ça va se passer.

Autant de médiateurs, autant de médiations entend-on souvent dire.

Ce qui est certain, c'est que, bien que formés (en principe) à des techniques de médiation qui recouvrent un processus précis, les pratiques des médiateurs ne sont pas uniformes, aucune règle écrite ne venant figer la façon de faire.

Ce que je vais vous exposer est donc ma pratique, sachant que, au regard des discussions entre médiateurs que j'ai pu avoir, elle est assez répandue, même si d'autres façons de faire ont pu être constatées par certains avocats.

Lorsque je reçois l'ordonnance ou le jugement me désignant, je prends connaissance du dossier (assignation, conclusions), puis j'appelle par téléphone les avocats, d'une part pour tâter le terrain (que savent-ils de la médiation, dans quel état d'esprit sont-ils ?) et d'autre part pour obtenir d'eux les coordonnées personnelles des parties qui seront présentes à la médiation (numéro de téléphone et adresse électronique).

Je vais en effet prévenir l'avocat de ce que j'appellerai directement son client et vais lui demander de prévenir ce dernier de cet appel. En effet, la médiation va commencer, pour moi, mais ce n'est pas une règle, par un contact direct (et non contradictoire) entre le médiateur désigné et chacun des protagonistes. S'il s'agit d'un institutionnel, le contact avec l'avocat va permettre de déterminer qui sera l'interlocuteur. Il se peut même, dans certains cas, que ce soit l'avocat qui soit le mandataire de l'institution, mais cela reste très exceptionnel.

Là aussi, c'est un contact bref, juste une petite conversation d'un ¼ heure, 20 minutes maximum, histoire de prendre un premier contact, de faire un point sur les attentes de chacun, avec une brève présentation de ce qui va arriver après.

Il se trouve que je travaille la plupart du temps en co-médiation. Les étapes suivantes vont donc se passer avec mon co-médiateur, même si l'intervention en co-médiation demeure rare, en général.

Après avoir eu ce premier contact, des mails adressés aux avocats et aux parties (en copie cachée pour préserver leur adresse électronique personnelle) permettent de mettre en place les modalités du processus (les dates, les modalités de paiement, l'adresse de la réunion, les Kbis, les pouvoirs, etc..).

Tout commence, la plupart du temps, par un rendez-vous individuel (c'est-à-dire une rencontre entre chaque partie (incluant toutes les personnes qui se présenteront pour celle-ci car il peut y avoir plusieurs représentants d'une partie et c'est même fréquent) accompagnée de son conseil et les médiateurs, au cours de laquelle, après une brève présentation de qui sont

les médiateurs, vont être rappelés les grands principes de la médiation, c'est-à-dire la confidentialité, la neutralité, l'impartialité et l'indépendance des médiateurs, la liberté des parties comme des médiateurs de mettre fin au processus et le respect de la parole avec la courtoisie qu'on essaie de préserver.

Les protagonistes, quand ce sont des personnes physiques ou les responsables de petites sociétés, ont en général envie de parler de leur affaire, mais on ne les laisse pas vraiment entrer dans le vif du sujet à ce moment-là. Ils n'en disent que le « trop-plein », ce qu'on sent être indispensable pour qu'ils ne soient pas trop frustrés.

On explique aussi à cette occasion que, si la présence des avocats nous est précieuse et que nous la souhaitons, ils n'auront dans une première phase de la médiation qu'un rôle d'observateur silencieux (sauf bien sûr si l'avocat est le représentant d'une partie, ce qui reste cependant très marginal) et qu'il est important qu'eux comme leurs clients l'acceptent.

De même nous expliquons que s'il peut arriver que certaines pièces soient examinées en médiation (surtout pour des questions techniques, comme des photos des lieux ou des plans parfois) en principe nous n'examinons pas les pièces et que les dossiers, s'ils sont apportés par les avocats, ont de grandes chances de demeurer fermés.

En médiation, ce qui compte ce n'est pas d'avoir raison, ni de prouver qu'on a raison, c'est d'entendre le point de vue de l'autre et de changer d'angle de vision du problème, pour faire émerger une solution. En médiation on ne vient pas pour convaincre, on vient pour comprendre...et trouver un accord gagnant-gagnant.

On peut se passer de l'entretien individuel mais il ne m'est jamais arrivé de regretter d'en avoir fait alors qu'il m'est arrivé de regretter de m'en être passé, ce qui me conduit à maintenir ce principe,

Une fois que nous avons reçu tout le monde, nous passons à ce que nous appelons la séance plénière, c'est-à-dire le cœur du sujet.

Nous réunissons tous les intéressés (comme ils sont déjà venus une fois et qu'ils nous ont déjà rencontrés, ils sont moins inquiets et le début de la médiation se passe généralement paisiblement) autour d'une table (il y a des médiateurs sans table, mais moi j'aime bien la table...) sur laquelle nous avons préparé de l'eau et quelques douceurs et nous commençons la séance par la proposition d'un café ou d'un thé.

Même s'il s'agit d'institutionnels, ce cadre est important : tout le monde voit déjà que l'on n'est plus du tout dans l'atmosphère du procès.

Dans notre binôme, le médiateur qui a été nommé a lu les écritures, l'autre n'a qu'un compte-rendu très synthétique de la situation.

Les juges pensent généralement que le médiateur doit bien connaître la question juridique posée, les parties comme les avocats sont rassurées par cette maîtrise du sujet par le médiateur

mais en fait le médiateur, pour être bon, doit surtout bien connaître le processus et les techniques de médiation.

Le fait qu'une de nous deux ne sache presque rien de la question juridique a le mérite de lui permettre de poser les bonnes questions : quand on croit connaître de quoi il s'agit, souvent on passe à côté de problèmes importants.

La médiation proprement dite peut commencer lorsque, après le service des cafés qui peut prendre un peu de temps et le rappel bref des principes qui ont été plus longuement exposés en entretiens individuels, les parties ont signé leur engagement de médiation (un document dans lequel ces principes sont rappelés et où les protagonistes s'engagent à les respecter) dont chacun va conserver un exemplaire, y compris le médiateur. Ce document est envoyé par avance aux protagonistes et à leurs avocats par mail, ils en ont donc eu connaissance avant, mais le signer en présence les uns des autres donne à l'engagement de confidentialité qu'il contient essentiellement un caractère un peu plus solennel.

En principe les chèques ont été envoyés avant mais si ce n'est pas le cas pour tout le monde, les derniers chèques sont établis et pris par les médiateurs et, enfin, il va vraiment se passer quelque chose.

Ca a l'air un peu long exposé ainsi, mais tout ça n'est pas fait pour le plaisir. Il se trouve que ces prémices ont été théorisés et ont un vrai intérêt. Je ne vais pas vous expliquer le pourquoi du comment ici mais c'est important de comprendre que ce temps-là n'est pas infligé aux avocats sans but... Certains avocats le trouvent long et, parfois, manifestent leur impatience. Si vous acceptez une médiation, soyez patients : il vaut mieux, pour votre client, montrer que vous êtes en accord avec ce qui se passe, ça le rassure et le met en confiance pour la suite.

Ce qui s'est passé jusqu'à ce moment-là, c'est presque 50 % des chances de réussite d'une médiation, alors ne les gâchons pas !

Le début de la médiation, c'est le récit par chacun des protagonistes de « comment on en est arrivés là » (je rappelle qu'il peut y avoir plusieurs intervenants par partie et c'est déjà intéressant qu'au sein d'une même partie juridique, plusieurs voix viennent expliquer comment chacun a vécu l'évolution de cette situation).

La règle d'or, que le médiateur va faire respecter, c'est que les autres (avocats compris) n'interrompent pas le récit de chacun et ne répondent pas immédiatement.

Après chaque récit (que le médiateur est le seul à pouvoir éventuellement interrompre s'il est vraiment trop long et foisonnant), le médiateur va procéder à ce que nous appelons la « reformulation ». Il va répéter, avec ses mots, ce qu'il a compris de la situation et demander l'approbation de celui qui vient de parler sur cette synthèse.

Ca a l'air très bête et c'est essentiel. C'est par cette première phase, qui peut durer un peu longtemps, que les protagonistes vont, sans doute pour la première fois, entendre ce que dit ou a vécu l'autre.

Quand on est dans une négociation en face à face, d'abord en général on ne prend pas ce temps-là, on considère comme acquis que chacun sait ce qui s'est passé jusque-là, ensuite, dès que l'un parle, l'autre pense aux arguments qu'il va pouvoir opposer pour faire avancer sa thèse.

Il ne s'agit pas nécessairement d'aller traquer de l'affect là où il n'y en aurait pas, mais les relations d'affaire sont des relations humaines et elles se construisent généralement sur l'idée que chacun se fait de ce que l'autre est ou va faire et beaucoup de situations bloquées naissent de ces a priori qu'une simple écoute croisée suffit à dénouer. On découvre aussi, dans ces moments-là, simplement qu'on ne parlait pas de la même chose car chacun mettait sous un mot ou un concept une version qui n'était pas celle de l'autre.

Le médiateur prend tout son rôle dans cette phase de réelle médiation entre les participants. Ces écoutes successives et croisées permettent très souvent de faire tomber nombre de malentendus et permettent à chacun de voir l'autre autrement et de comprendre le problème différemment.

Ne craignez pas la psychologie, il n'y en a souvent pas, il s'agit juste de s'entendre (dans tous les sens du terme car lorsqu'on entend vraiment ce que dit l'autre, c'est plus facile de s'entendre avec lui).

Par la suite du processus, les questions posées par les médiateurs doivent permettre aux parties d'avancer sur la compréhension de leur désaccord, la reconnaissance de leurs besoins et de leurs intérêts. On essaie d'abandonner les positions de chacun pour trouver des intérêts communs.

L'usage du « paper board », les éventuels apartés (entretiens avec chacun des protagonistes en privé, en cours de séance), les pauses permettant des discussions entre les protagonistes et leurs avocats, la recherche d'options, même inhabituelles ou extravagantes, sont autant d'instruments que les médiateurs ont appris à utiliser pour amener les protagonistes à essayer de trouver leur accord.

Il n'y a aucune règle formelle et chaque médiateur utilise les techniques qu'il maîtrise mais ces techniques font partie de la formation des médiateurs, de même que l'apprentissage de diverses théories de la relation et de la communication et cette formation est essentielle.

Je ne me considère pas médiateur parce que j'ai été juge pendant 35 ans, je me considère médiateur parce que j'ai été formée à la médiation et que je continue à me former et à analyser ma pratique de médiateur avec d'autres médiateurs.

Pour vous montrer l'usage de la médiation en matière de bail commercial, je vais vous donner une illustration.

Il s'agit d'une médiation que nous avons menée récemment et qui a abouti à un accord. Les parties et leurs avocats ont accepté que j'en parle et je ne trahis donc pas la confidentialité attachée à la mesure puisque je ne vous donnerai pas d'éléments permettant de les reconnaître.

Il s'agissait d'un gros institutionnel face à un locataire commercial. Dans la perspective d'une restauration de l'ensemble de l'immeuble, un protocole avait été signé entre les parties en mai 2007 par lequel le locataire délaissait son local le temps de la rénovation, moyennant un dédommagement et la promesse de retrouver son local réaménagé et un second local attenant qu'il souhaitait louer également. Le tout était prévu pour se terminer fin 2008 et une indemnité était prévue en cas de retard.

Les discussions initiales avaient notamment prévu qu'à la destination initiale des lieux serait ajoutée celle de restaurant dans les deux locaux.

Les travaux s'étant éternisés, ce n'est qu'en décembre 2010 qu'étaient signés deux baux incluant la destination de restauration.

Le locataire ne parvenait cependant pas à ouvrir ses locaux, faute d'une attestation de conformité électrique et en raison de l'absence d'extraction suffisante pour installer une hotte dans la cuisine de chacun des locaux.

Au mois de janvier 2012, alors qu'il payait ses loyers depuis une année sans pouvoir exploiter ses commerces, il assignait son bailleur en référé pour obtenir l'attestation de conformité électrique et la mise en conformité de l'extraction sous astreinte ainsi que l'autorisation de séquestrer ses loyers et réclamait plus de 85.000 euros d'indemnités de retard.

Le débat juridique portait sur la portée des clauses du protocole initial et les obligations respectives des parties au regard des baux consentis.

Sur proposition de l'avocat du bailleur, une médiation était ordonnée par le juge des référés.

La première difficulté, face à un institutionnel de grande taille, était de trouver un interlocuteur responsable et capable de décisions. L'institution, sollicitée en ce sens par mes soins, délégua un de ses directeurs qui vint lors de la première séance, au mois de mars 2012, accompagné d'un technicien qui s'était rendu sur les lieux et seul lors des deux séances ultérieures.

Les entretiens individuels avaient en effet permis de constater que les personnes qui avaient présidé à l'accord de 2007 ne travaillaient plus dans l'institution et que personne ne se souvenait de ce qui avait été dit à ces occasions, le locataire étant manifestement considéré comme tentant de tirer profit de cette absence de mémoire collective.

Le locataire, qui avait eu le sentiment d'être ballotté d'un service à l'autre, jamais pris en considération ni cru lorsqu'il exposait ses difficultés jusque-là, a été très vite rassuré par le fait qu'un cadre supérieur vienne en médiation et accepte d'entendre les difficultés auxquelles il était confronté.

Très rapidement, la tension initiale s'est apaisée et chaque séance a permis d'avancer sur les différents points techniques qui devaient être réglés pour avancer vers la délivrance des locaux.

Deux accords partiels ont été ainsi signés, chaque renvoi permettant de régler les questions pratiques sur place.

Les avocats ont été mis à contribution pour réfléchir aux aspects juridiques posés par les questions de fait et ont contribué activement à l'avancement des solutions.

En juin, après obtention d'une prolongation de la médiation, toutes les questions techniques ayant été solutionnées, un accord global était trouvé sur la signature de nouveaux baux, le partage des travaux, l'indemnisation pour le retard et le mode de paiement de cette indemnisation.

A ce jour, les travaux sont en cours de finalisation, les baux sont signés, les sommes dues ont été versées.

Je laisse le dernier mot au locataire qui, m'autorisant à exposer cette situation en illustration de mon propos a souhaité que j'y ajoute ce commentaire :

« vous pouvez ajouter que je ne croyais pas à un arbitrage possible et que sans exercer la moindre influence sur les deux parties vous avez créé un tel climat de confiance et d'harmonie que l'esprit de conciliation est intervenu naturellement des deux côtés.

Un conflit s'est ainsi transformé en conversation amicale propice à un accord parfaitement raisonnable pour les deux parties. »