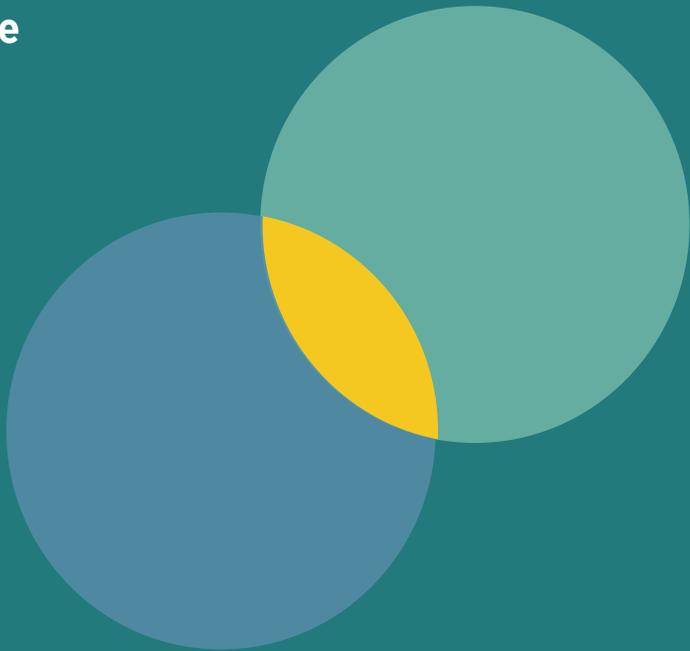


LA MÉDIATION COMMERCIALE & VOUS

Kit pratique



**Baker
McKenzie.**

◆ EQUANIM ◆

LACOURTE RAQUIN TATAR



2,7/5

Familiarité des responsables juridiques avec la médiation commerciale*

CIBLE ET OBJET

Ce kit s'adresse à l'ensemble des professions juridiques et en particulier aux responsables juridiques en entreprise.

Il a pour objet de présenter de façon pragmatique ce qu'est la médiation commerciale, pourquoi y recourir, quand et comment.

RAISON D'ÊTRE

Un constat perdure : en dépit de nombreux avantages, la médiation commerciale reste peu connue des entreprises, et encore moins pratiquée, alors qu'elle permet de gérer les différends en respectant les objectifs de l'entreprise.

MÉTHODE

Trois questionnaires ont été établis et diffusés fin 2022 auprès de magistrats, avocats et responsables juridiques, suivis au premier trimestre 2023 d'entretiens individualisés auprès de différents acteurs clés de la médiation. Les résultats de cette enquête ont guidé l'élaboration de ce kit.

REMERCIEMENTS

Le Cercle Montesquieu et ses partenaires (les cabinets d'avocats Baker McKenzie et Lacourte Raquin Tatar, ainsi que le centre de médiation des affaires Equanim International) sont reconnaissants envers celles et ceux qui ont participé aux interviews et qui ont pris le temps de répondre à leurs questionnaires.

*Résultat de l'enquête du Cercle Montesquieu, premier trimestre 2023.

“



COMMENT LA
DIRECTION JURIDIQUE
PEUT CRÉER
DE LA VALEUR
POUR L'ENTREPRISE
EN GÉRANT
SES DIFFÉRENDS ?



”

01

L'ENTREPRISE ET LES DIFFÉRENDS



L'entreprise :

une gestion rationnelle de ses ressources pour atteindre ses objectifs

- **Créer de la valeur** et se développer par la production de biens ou de services pour le marché, dans le respect de ses engagements sociétaux.
- **Coordonner des personnes et moyens** par une approche rationnelle, maîtrisée et optimisée.

Le différend :

une entrave à l'atteinte des objectifs de l'entreprise

L'entreprise confie souvent le dénouement du différend à un tiers, juge ou arbitre, qui imposera sa décision, ce qui est source :

- **d'aléas** : dépendante de cette décision, l'entreprise se résigne à ne pas pouvoir se projeter, à demeurer sans visibilité sur l'issue, les coûts et les délais.
- **de tensions** internes ou externes ainsi que d'une « charge » mentale et financière (frais des prestataires, frais généraux internes, temps perdu au détriment du cœur d'activité, etc.).

Pourquoi de tels réflexes perdurent ?

- **La culture et les habitudes internes** : les responsables opérationnels considèrent souvent en cas de différend que « le dossier part au contentieux » et que « ce n'est plus leur affaire ». Leurs positions peuvent être arrêtées sans suffisamment de prise de recul, « il faut gagner coûte que coûte » et l'entreprise « ne doit rien lâcher ».
- **L'imaginaire collectif** : la solution passe nécessairement par une posture contentieuse que doivent soutenir l'équipe juridique interne et ses avocats, chargés de prouver « à tout prix » le bon droit de l'entreprise.

Une alternative existe : la médiation !

Comment gérez-vous vos différends ?

- Le recours au juge ou à l'arbitre est-il fréquent dans votre entreprise ?
- Quel degré de satisfaction cela vous a-t-il apporté ?
- Envisagez-vous également le recours à un mode amiable ?

Connaissez-vous le coût moyen d'une procédure pour votre entreprise ?

- **Vos coûts internes**
Temps des opérationnels et des fonctions supports, pertes de chiffres d'affaires, frais de déplacement, etc. ;
- **Vos coûts externes**
Avocats, frais de justice, experts, consultants communication, etc. ;
...multipliés par le nombre d'années de procédure et les voies de recours !

Durée moyenne des procédures contentieuses

~36 mois

Procédure judiciaire commerciale à Paris (1^{re} instance et appel)

~26 mois

Procédure en arbitrage CCI*

Durée moyenne des médiations

~15,6 h
en moyenne**

3 mois
renouvelable une fois, en médiation judiciaire***

* ICC *Dispute resolution, 2019 Statistics, International Chamber of Commerce, p.17.*

** *Baromètre CMAP sur médiations de 2022.*

*** *Article 131-3 du Code de procédure civile.*

02

LA MÉDIATION, UNE SOLUTION ADAPTÉE AUX OBJECTIFS DE L'ENTREPRISE



Qu'est-ce que la médiation ?

La médiation est un processus amiable et volontaire par lequel les parties (deux ou plus) cherchent avec l'aide d'un tiers, le médiateur, à mettre fin à leur différend par un accord.

Rôle et qualités du médiateur

- Il ne tranche pas le différend et ne donne pas tort ou raison à quiconque.
- Il accompagne les parties dans la recherche d'un accord et peut être amené à leur suggérer des solutions, notamment extra-juridiques.
- Impartial, indépendant, compétent et diligent : il est formé à la médiation et doit remplir des exigences posées par la loi.

Principaux atouts de la médiation

Confidentialité

Les éléments évoqués/échangés en médiation ne peuvent être divulgués à des tiers ni invoqués dans toute instance, sauf accord des parties.

Caractère non-contradictoire

Chaque partie peut communiquer des éléments au médiateur sans avoir à les fournir à l'autre partie, et/ou peut rencontrer seule le médiateur dans le cadre d'apartés confidentiels.

Respect de la volonté des parties

La solution est celle qu'elles ont pu construire ensemble, elles l'acceptent uniquement si elle leur donne satisfaction.

Flexibilité

Les parties sont libres à tout moment d'entrer en médiation ou d'y mettre fin, et d'adapter le processus à leurs besoins (dates, lieu, horaires, nombre de parties, etc.).

Maintien de certains atouts du procès judiciaire

Une expertise conventionnelle est possible en support de la médiation. L'accord final peut être revêtu de la force exécutoire comme une décision de justice.



Le litige n'avance pas et s'envenime car les parties s'affrontent : chacune martèle sa position ; aucune n'entend celle de l'autre.



La médiation permet aux parties de se confronter. Les points de vue sont exposés dans un cadre permettant de les accueillir.



Tous les aspects du litige et de la relation sont évoqués. Les points à traiter sont identifiés et assimilés par les parties.



Le médiateur accompagne les parties dans la résolution de ces points, notamment en garantissant le maintien d'un échange constructif.



Environ 70% des médiations s'achèvent par un accord, réglant tout ou partie du litige voire d'autres points révélés par les échanges.



La médiation permet ainsi de résoudre rapidement le différend tout en ouvrant des perspectives nouvelles aux parties.

02

Comment la médiation répond aux objectifs des entreprises ?

LA MÉDIATION, UNE SOLUTION ADAPTÉE AUX OBJECTIFS DE L'ENTREPRISE

Rapidité et coûts moindres

Le ratio temps / coût / taux de succès est excellent. Par exemple : ne pas avoir à exhumer toutes les pièces (restituer les nombreux échanges, établir l'historique, etc.) pour la production aux débats représente un gain très important.

Suppression de l'aléa

La solution est coconstruite par les parties et non imposée par un juge ou arbitre, qui ne connaît ni leurs relations ni leur business.

Possibilité de créer de la valeur

La médiation permet de rechercher des solutions pratiques, « gagnant-gagnant » et « orientées business », intégrant des paramètres commerciaux et humains, contrairement à la voie contentieuse.

Calendrier conforme au rythme de l'entreprise

La médiation peut être mise en œuvre rapidement et permet de traiter le différend « à chaud » sans que les éléments, la mémoire des équipes et la motivation à le résoudre ne s'étiolent avec le temps.

Diminution de la défiance entre les parties

La confidentialité, ainsi que la régulation des échanges par le médiateur, permettent de rétablir la confiance entre les parties.

Maîtrise de l'image de l'entreprise

La médiation est confidentielle par principe, mais les entreprises peuvent s'accorder sur une communication publique.

“

Le point de vue d'un ancien président du tribunal de commerce de Paris

« La médiation sera très efficace dans les litiges dans lesquels un contentieux serait préjudiciable aux deux parties (tels que les litiges entre associés) ou ceux dans lesquels les protagonistes ont un avenir commun. »

Ancien président de tribunal de commerce

Le point de vue du dirigeant

« La médiation est un *no downside deal*, elle ne comporte que des avantages. » PDG d'un groupe coté

”

« Il y a un aspect réciprocité qui implique qu'en cas d'accord, tout le monde y trouve son compte. »
Une directrice juridique

« La médiation se développe du fait de la RSE. Elle prend en compte la durabilité des relations, en tout cas bien plus que le contentieux. »
Un avocat

« La médiation ne devrait pas être considérée comme un « aveu de faiblesse » en interne car il est possible de l'interrompre à tout moment, que tout est confidentiel et que cela montre au client que l'on est dans une démarche constructive. »
Un directeur juridique

« La médiation est un signe de courage du management des entreprises. »
Ancien président de groupe côté étranger

Coût

1,5%

pourcentage du coût de la médiation au regard des sommes en jeu*

Taux de succès

~70%

des médiations se terminent par un accord**

Satisfaction

70%

des directions juridiques se déclarent satisfaites de la médiation une fois mise en œuvre***

* Résultat de l'enquête du Cercle Montesquieu, premier trimestre 2023.

** Croisement des données CMAP, CEDR et Médiateur des entreprises.

*** Résultat de l'enquête susmentionnée.

03

QUAND RECOURIR À LA MÉDIATION ?



Quels différends pour la médiation ?

La médiation se prête à tous types de différend, et permet de régler le cas échéant plusieurs litiges en même temps (qui ne relèveraient par exemple pas de la même juridiction et/ou n'en seraient pas au même stade procédural). Elle convient particulièrement aux différends suivants :

- contractuels et délictuels ;
- M&A (pré-closing, garanties de passif, earn-out, etc.) ;
- risques industriels et grands projets ;
- conflits de gouvernance ou entre associés / partenaires ;
- baux commerciaux ;
- rupture brutale de négociations ou de relations établies ;
- garanties et indemnités d'assurance ;
- contentieux émergents :
 - > avec les ONG et associations, comme pour le devoir de vigilance ;
 - > en cas d'actions collectives (par exemple en matière de consommation) avec les pouvoirs publics et autorités de régulation.

À quel moment mettre en œuvre la médiation ?

À tout moment, dès lors que les parties concernées sont d'accord :

- **avant** toute voie contentieuse : lorsque les parties le décident spontanément ou en exécution d'une clause de médiation ;
- **pendant** une procédure* : médiation judiciaire ordonnée par le juge ou médiation conventionnelle, avec ou sans suspension des procédures selon la stratégie des parties ;
- **après** obtention d'une décision judiciaire ou arbitrale : pour éviter les voies de recours, pour régler différemment le litige avant que le juge d'appel ou de cassation ne se prononce, pour s'accorder sur l'interprétation d'une décision peu claire et/ou les modalités de son exécution.

* À noter : possibilité supplémentaire, à partir du 1^{er} novembre 2023, d'effectuer une césure du procès devant le tribunal judiciaire. La césure permet au juge de trancher partiellement le contentieux afin que les parties règlent amiablement, notamment par la médiation, ce qu'il en reste (ex : montant d'une indemnisation, réparations en nature, etc.). Voir les art. 807-1 à 807-3 du Code de procédure civile.

L'avis des responsables juridiques

Les différends les plus adaptés à la médiation sont :

- ⇒ à 78%, ceux comportant un fort enjeu financier ou complexes ;
- ⇒ à 80%, ceux impliquant des dirigeants ;
- ⇒ à 75%, ceux ayant un aspect international*.

L'avis des avocats

« La médiation a également un grand intérêt pour s'accorder sur l'interprétation d'une décision de justice difficilement exécutable en pratique... et éviter une procédure d'appel. »

« Le gain de temps d'une médiation est un vrai atout, surtout depuis que la procédure de mise en état s'est complexifiée et allongée. »

L'avis des juges

100% considèrent la médiation comme la voie à privilégier lorsque les parties ont intérêt à maintenir leur relation professionnelle ou que les aspects personnels semblent être à l'origine du conflit.

03

Quelques questions à se poser en cas de différend

QUAND RECOURIR À LA MÉDIATION ?

Ce différend pose-t-il une vraie question de droit à trancher ?

Quels sont les véritables enjeux économiques, ou autres de ce différend ?

**Est-ce que l'entreprise n'a pas intérêt à préserver ses relations avec l'autre partie ?
Avons-nous un avenir possible ensemble pour de nouveaux business ?
Ou d'autres projets ?**

N'aurions-nous pas intérêt à échanger confidentiellement sur ce dossier délicat ?

Ce différend comporte-t-il un risque d'image ?

Quelles ressources internes et externes ce contentieux mobilisera-t-il ?

(Temps des opérationnels et juristes, des conseils et experts, etc.)

Quels coûts cela engendrera-t-il ?

(Voir Annexe 1)

Le délai de résolution par la voie contentieuse est-il raisonnable ou adapté à la situation ?

Mes arguments et/ou ceux de l'autre partie sont-ils si solides ? Quel est l'aléa judiciaire ?

**Quelle est la meilleure issue possible en l'absence d'accord amiable ?
Quelle est sa probabilité ?**

Une décision judiciaire ou arbitrale sera-t-elle facilement et rapidement exécutable ?

04

COMMENT (SE) CONVAINCRE D'ALLER EN MÉDIATION ?



La médiation est un processus volontaire : comment emporter l'adhésion ?

Convaincre en interne

Grâce à la médiation, la direction juridique :

- s'implique activement et directement dans le règlement du différend ;
- affirme sa contribution de stratège au service de l'entreprise ;
- se positionne comme créatrice de valeur, en apportant des solutions pragmatiques et économiques. Elle renforce sa crédibilité de *business partner* auprès des opérationnels et de la direction générale ;
- permet d'identifier des axes d'amélioration pour l'entreprise (*process*, communication entre services ou avec les partenaires) ;
- offre de nouvelles perspectives aux juristes, renforçant leur motivation individuelle, l'esprit *corporate* et leur contribution au projet d'entreprise.

Pour la direction générale et/ou les opérationnels, la médiation est :

- un outil orienté *business* permettant de trouver des solutions plus pratiques et commerciales que juridiques ;
- un moyen de maîtriser le risque associé aux différends et de s'impliquer activement dans la recherche d'une solution ;
- une preuve de maturité et de responsabilisation, et donc pas un aveu de faiblesse ;
- une économie en temps et en coûts ;
- un moyen de développer des relations responsables avec les parties prenantes à l'activité de l'entreprise : le différend n'est plus le « monopole » du service contentieux mais l'affaire de tous.



TIPS

Proposez d'emblée des clauses de médiation obligatoires ou optionnelles dans vos projets de contrats et de partenariats (Voir Annexe 2).

Convaincre en externe

Toute autre partie au différend

- Expliquer les avantages de la médiation, en recourant si nécessaire à un tiers indépendant tel qu'un centre de médiation ou médiateur.
- Impliquer les opérationnels concernés. Ils sont souvent les interlocuteurs des autres parties et des appels entre « homologues » peuvent être très efficaces !
- Solliciter formellement une médiation, et démontrer ainsi sa bonne foi (notamment auprès de la juridiction qui est, ou viendrait à être, saisie).

Les avocats de l'entreprise

- Ils ont toute leur place en médiation pour :
 - > accompagner leurs clients dans l'évaluation des risques et la stratégie ;
 - > convaincre le conseil de toute autre partie d'accepter la médiation ;
 - > rédiger et/ou vérifier la convention avec le médiateur et l'éventuel accord de médiation ;
 - > conseiller et assurer le suivi pour l'exécution de l'accord transactionnel et ses suites si nécessaire.
- La médiation leur offre l'opportunité :
 - > de renforcer la relation avec leurs clients et les fidéliser ;
 - > d'éviter l'aléa judiciaire et d'être associés à des solutions satisfaisant leurs clients ;
 - > de se positionner en *business partners*.



TIPS

Établir des *Key Performance Indicators* de médiation (économie de temps et d'argent, solution pratique, recherche d'issues orientées vers le futur et non le passé, etc.).

Par exemple : aller en médiation, c'est se donner 70% de chance de mettre fin rapidement à un contentieux par une solution mutuellement acceptée.

04

COMMENT (SE) CONVAINCRE D'ALLER EN MÉDIATION ?



Préjugé

“ La médiation est une perte de temps ! ”

Réponse

La médiation n'est jamais une perte de temps. Le taux d'accord est d'environ 70% et dans tous les cas, qu'elle aboutisse ou non à un accord, elle permet :

- de mieux cerner les enjeux du litige concerné et de préparer sa suite ;
- de renouer un lien avec l'autre partie et mieux la comprendre ;
- de poser les bases d'une réflexion à mûrir, et trouver un accord plus tard.

Sur le plan procédural, la prescription est suspendue par l'entrée en médiation.*

**Art. 2238 du Code civil et art. L.213-6 du Code de justice administrative.*

Préjugé

“ La conciliation est gratuite et revient au même ! ”



Réponse

Conciliation et médiation sont souvent confondues.

Elles diffèrent pourtant, au moins sur trois points :

- le conciliateur — qu'il s'agisse du juge chargé de juger ou de concilier, du juge chargé de l'audience de règlement amiable* ou d'un conciliateur de justice — est rattaché à une juridiction. Le médiateur, en revanche, même s'il peut être proposé par une juridiction, reste un tiers indépendant choisi ou approuvé par les parties qui peuvent même en désigner plusieurs ;
- le conciliateur propose une solution à partir des positions des parties, tandis que le médiateur travaille sur les intérêts et besoins réels de chacun et ne suggère éventuellement une solution que si les parties le souhaitent et sans jamais pouvoir l'imposer ;
- le périmètre d'intervention du médiateur est plus large et plus souple que celui du conciliateur qui ne peut excéder le cadre du litige.

** Nouveau mode de règlement amiable entrant en vigueur le 1er novembre 2023 devant le tribunal judiciaire.*



Préjugé

“ Trop compliqué de trouver le bon profil de médiateur. ”

Réponse

Le choix peut être fait par les parties elles-mêmes avec l'assistance de leurs conseils ou d'un centre de médiation qui dispose d'un vivier de médiateurs permettant de proposer les profils qui lui semblent les plus adaptés, ou encore par le juge avec l'accord des parties. La co-médiation peut également être une solution en cas de difficultés à s'accorder sur le nom d'un seul médiateur. Il est aussi possible de rencontrer préalablement le médiateur proposé avant d'arrêter son choix.

“ Préjugé
Ce n'est pas aussi efficace qu'une décision de justice. ”



Réponse

L'accord issu de la médiation peut avoir la même force exécutoire qu'une décision de justice par le biais de différentes procédures rapides (homologation, recours au greffe ou à un notaire, etc.). Il aura ainsi la même efficacité. En pratique, l'accord étant toujours librement négocié et approuvé par les parties, il est le plus souvent spontanément exécuté.

“ Préjugé
Le médiateur ne peut rien imposer, ça ne sert à rien ! ”



Réponse

Le médiateur n'impose pas de décision mais peut suggérer des solutions si les parties le souhaitent. Dans tous les cas, il impose le respect d'un cadre légalement protégé dans lequel il organise les échanges afin de les faire constamment progresser grâce à l'écoute des intérêts et besoins de chacune des parties.

05

LE DÉROULÉ D'UNE MÉDIATION

1^{re} étape - Réflexion sur les attentes



Que dois-je attendre du médiateur ?

Connaître ou non le secteur

L'adéquation entre l'expérience du médiateur et le secteur d'activité des parties peut être de nature à renforcer la confiance qu'elles placent dans le médiateur.

La co-médiation, ou la désignation d'un expert en appui du médiateur et avec l'accord des parties, peut permettre de réunir des compétences complémentaires utiles.

Ce n'est pas forcément un professionnel du droit

C'est la dynamique de dialogue qu'il insuffle et la créativité des solutions qu'il suscite auprès des parties qui importent plus que les compétences juridiques.

Un degré d'implication variable

Les parties doivent s'interroger sur ce qu'elles attendent de sa part, simple facilitateur ou avisé suggérant des pistes ? Généralement en médiation des affaires, il est préférable d'avoir un médiateur proactif.

Une expertise est-elle souhaitable en même temps ?

Les parties peuvent mettre en œuvre une expertise privée, conjointe* ou non. Elle pourra porter notamment sur des aspects techniques ou de quantum, aider à la recherche d'un accord entre les parties dans le cadre d'une médiation. Cette expertise pourra avoir la même valeur qu'une expertise judiciaire**.

* Si conjointe, les articles 1547 et s. du Code de procédure civile peuvent s'appliquer.

** Art. 1554 du Code de procédure civile, applicable en cas de mise en œuvre des articles 1547 et s. du Code de procédure civile.

Tous ces points peuvent être déterminés dans la convention initiale de médiation, ou avec le médiateur dans le cours de la médiation.

Une convention de médiation est très souvent signée entre les parties et le médiateur.

Elle détermine notamment sa rémunération et la durée de la médiation et, selon le choix des parties, peut décrire plus en détail certaines modalités pratiques.

2^e étape - Préparation de la médiation

Il faut analyser le litige et faire un état des forces et des faiblesses :

Envisager la « Meilleure Solution de Rechange » : identifier les meilleures alternatives à une solution négociée avec l'autre partie, pour mieux mesurer les marges de manœuvre possibles ;

Désigner les personnes qui pourront utilement représenter l'entreprise, négocier et décider, par exemple des opérationnels ou dirigeants avec un recul suffisant vis-à-vis du litige ;

Identifier tous les acteurs concernés : assureurs, sous-traitants, etc.

05

LE DÉROULÉ D'UNE MÉDIATION

3^e étape - Déroulement de la médiation

Le médiateur adapte le processus avec les parties selon ce qui semble approprié, en pouvant alterner sessions plénières et apartés. Ces apartés peuvent aussi être sollicités à tout moment par l'une des parties.

Les réunions ou apartés peuvent avoir lieu avec ou sans les conseils juridiques internes ou externes, avec tout ou partie des représentants de l'entreprise participant à la médiation : tous les schémas sont possibles dès lors que les parties sont d'accord.

Les lieux, dates, horaires et modalités de réunion (visioconférence ou non, etc.) sont fixés en commun accord avec les parties.

4^e étape - Issue de la médiation

En cas d'accord, les conseils juridiques de chacune des parties rédigent un accord de médiation qui prend souvent la forme d'un protocole transactionnel. Cet accord pourra revêtir la force exécutoire si les parties le sollicitent.

En l'absence d'accord à l'issue de la médiation, le processus prend fin (ou est suspendu) et chacune des parties retrouve sa liberté de poursuivre ou d'engager le contentieux. Une nouvelle médiation (ou sa reprise) peut être mise en œuvre plus tard si les parties le souhaitent. Un accord pourra toujours intervenir après une médiation lorsqu'il aura « germé » dans l'esprit des parties.

Dans tous les cas : la confidentialité des éléments échangés persiste (sauf décision contraire de toutes les parties).



Et les avocats dans tout cela ?

La participation d'un conseil n'est pas obligatoire si les juristes internes sont suffisamment familiarisés avec le processus de médiation. Elle reste très fortement conseillée, notamment pour la rédaction de l'accord, l'articulation avec les éventuelles autres procédures, ou si la médiation comprend des aspects juridiques techniques (par exemple en droit des assurances) ou internationaux.



Comment je négocie ?

La médiation est par principe confidentielle :

tout ce qui est dit ou échangé reste entre les parties.

Cela permet d'être créatif et se concentrer sur les aspects commerciaux et financiers plutôt que sur les aspects juridiques : le but est de trouver une solution.

En cas de réticence à partager des informations avec les autres parties, l'une d'elles peut toujours communiquer au médiateur les informations pertinentes. Il ne les partagera pas avec les autres parties.

Il pourra en tenir compte, sans les dévoiler, dans ses rapports avec les autres parties et sa manière de guider les échanges.

06

CONCLUSION



La médiation comme préalable ou alternative à la procédure judiciaire, une tendance inexorable...

française, avec le lancement de la politique de l'amiable, début 2023, par le ministre de la Justice : médiation préalable obligatoire dans certains cas, audience de règlement amiable et césure, remboursement des frais de justice en cas de médiation, etc. ;

européenne, avec des mesures nationales analogues à la France dans les autres pays (Grande-Bretagne, Allemagne, Espagne, Italie...) et des nouvelles réglementations sectorielles de l'Union européenne imposant ou incitant à la mise en place de dispositifs de règlement extrajudiciaire des différends (ex. Directives sur le numérique*) ;

mondiale, avec l'accélération du règlement transactionnel d'une très grande majorité des contentieux aux Etats-Unis**, le développement de nouveaux centres régionaux de médiation commerciale internationale (Singapour, Dubaï...), et l'adoption en 2018 de la convention de Singapour sur la médiation commerciale internationale.

* Article 21 de la directive européenne dite « DSA » et article 6.12 de la directive européenne dite « DMA ».

** Il est souvent cité un taux de transaction de 90%.

... qu'il est préférable de maîtriser

par une politique interne en faveur de l'amiable et sa communication aux avocats de l'entreprise, notamment par l'insertion et l'application de clauses de médiation dans les contrats commerciaux, afin de ne pas subir l'attrait forcé vers la médiation en cas de contentieux mais de librement en déterminer le cadre ;

par l'information et la formation des équipes juridiques internes à la médiation et la sensibilisation des dirigeants opérationnels de l'entreprise, afin de les préparer à la mise en œuvre de médiations et à leur conduite dans les meilleures conditions ;

... et qui permet aux responsables juridiques de contribuer à la création de valeur pour leur entreprise !

58%

des sociétés utilisent la médiation pour résoudre leurs différends, soit une augmentation de 10% depuis 2017*

77%

des sociétés ont des clauses de médiation dans leurs contrats*

65%

des solutions transactionnelles issues de médiations incluent au moins un élément de créativité ne figurant pas dans les demandes initiales des parties**

* *New York Law Journal*, août 2023 :

<https://www.law.com/newyorklawjournal/2023/08/07/five-indicators-mediation-is-at-a-tipping-point/>

** *Lin Adrian, Solfrid Mykland, "Creativity in Court-Connected mediation: Myth or Reality?", Harvard Negotiation Journal, 2014, Volume 30, Issue 4, pp. 421-439.*

REMERCIEMENTS

Le Cercle Montesquieu et son président d'honneur, Denis Musson, membre du Conseil National de la Médiation, remercient chaleureusement les membres du groupe de travail ayant permis, grâce à leur temps et à la qualité de leur contribution, d'élaborer ce kit :

Pour le Cercle Montesquieu :

Annabel Rigard-Abramowitz, Directrice juridique et Médiatrice (CMAP, IEAM et CIMA) qui a conduit le projet avec les apports de François Boulinier (Médiateur CMFA) et Sophie Carole René-Worms (Directrice juridique et Médiatrice CEDR et CMAP) ;

Pour le cabinet Baker McKenzie, ami du Cercle :

Aurélie Bonneau (Avocat conseil et Médiatrice IFOMENE) ;

Pour le cabinet Lacourte Raquin Tatar, ami du Cercle :

François de Bérard (Avocat associé) et Benoît Neveu (Avocat associé et Médiateur IFOMENE) ;

Pour Equanim International :

Paul Rolland, Délégué Général.

ANNEXES

ANNEXE 1

STRUCTURATION DES COÛTS DU CONTENTIEUX*

La gestion des contentieux engendre des coûts internes et externes qui varient en fonction des modes de règlement des différends. Leur estimation est importante pour guider la stratégie contentieuse et les choix dans une médiation. Le tableau ci-dessous recense, pour chaque phase d'un différend et de son mode de règlement, les coûts associés.

Coûts inévitables

Phase 1 : Préparation de la réclamation / Demande

Coûts internes	Coûts externes
Juristes Équipe opérationnelle	Conseils externes / experts (si nécessaires)

Faibles coûts

Phase 2 : Négociation

Coûts internes	Coûts externes
Juristes / Avocats Équipe opérationnelle	Avocats

Phase 3 : Médiation

Coûts internes	Coûts externes
Juristes Équipe opérationnelle Équipe dirigeante (Directions / DG / Comex)	Avocats Frais de médiation

Coûts élevés

Phase 4 : Arbitrage / Contentieux

Coûts internes	Coûts externes
Juristes Équipe opérationnelle Équipe dirigeante (Directions / DG / Comex) Temps de préparation des témoins	Avocats Conseils externes / experts (si nécessaires) Frais judiciaires ou d'arbitrage Frais procéduraux (administration de la preuve, etc.) Frais logistiques (déplacement, etc.)

* Cette présentation est librement inspirée de celle effectuée dans le guide ICC Effective Conflict Management, 2023, p. 42.

ANNEXE 2

EXEMPLES DE CLAUSES DE MÉDIATION

Le recours à la médiation peut être anticipé en insérant dans les contrats une clause de médiation préalable optionnelle ou obligatoire.

Ci-dessous deux exemples de clauses du centre de médiation *Equanim International*, membre du groupe de travail ayant présidé à la création de ce kit :

Exemple de clause de médiation préalable optionnelle

En cas de différend résultant du Contrat (insérer le terme désignant le contrat dans lequel la clause sera mise en œuvre) ou en relation avec celui-ci, les parties conviennent de discuter, avant toute autre procédure, de l'opportunité de tenter de le résoudre par une médiation selon le règlement de médiation d'Equanim International.

Exemple de clause de médiation préalable obligatoire

En cas de différend résultant du Contrat (insérer le terme désignant le contrat dans lequel la clause sera mise en œuvre) ou en relation avec celui-ci, les parties tenteront, de manière obligatoire et avant toute autre procédure, de régler leur différend amiablement par une médiation conformément au règlement de médiation d'Equanim International.

Si le différend n'a pas été réglé dans le cadre dudit règlement de médiation dans un délai de [XX] jours/mois suivant le dépôt de la demande de médiation ou dans tout autre délai dont les parties peuvent convenir par écrit, le différend sera ensuite tranché définitivement suivant [...].

Pour plus de renseignements : <https://www.equanim-international.com/>

ANNEXE 3

UN PODCAST POUR APPROFONDIR

Pierre Servan-Schreiber, *Paroles de Lawyer* (podcast) :

La médiation - Partie 1 :

<https://podcast.ausha.co/parole-de-lawyer/episode-7-la-mediation-part-1>

La médiation - Partie 2 :

<https://podcast.ausha.co/parole-de-lawyer/episode-8-la-mediation-part-2-comment-ca-se-passe>

**Baker
McKenzie.**

◆ EQUANIM ◆

LACOURTE RAQUIN TATAR

