

Introduction

La présente note vise à donner une vision synthétique du processus de médiation dans le cadre de la résolution d'un conflit commercial.

Elle doit permettre aux parties et à leurs conseils de se situer dans le processus tout au long de son déroulement. Savoir où l'on en est permet d'avancer avec sérénité.

Qu'est-ce qu'une médiation ?

Une médiation est une forme particulière de négociation (dite « triangulaire ») visant à régler un conflit présent ou à venir (susceptible de se produire dans un avenir proche). La médiation est triangulaire en raison de l'intervention d'un tiers – le médiateur – dont la fonction est de faciliter les échanges entre les parties.

Le médiateur ne prend parti pour personne. Il ne cherche pas à forcer les parties à s'entendre. Son rôle est toutefois actif et vise, entre autres, à amener les parties à mettre leur différend en perspective, à en reconsidérer les tenants et aboutissants.

Il est chargé de l'organisation de la médiation et est garant de son bon déroulement. Si nécessaire, il impose des règles de prise de parole. Les modalités pratiques de la médiation et les garanties offertes par le médiateurs (indépendance, neutralité, confidentialité, droit de suspendre ou de mettre un terme à la médiation, etc.) sont reprises dans un contrat : le *protocole de médiation*.

La médiation est d'une très grande utilité lorsque les parties ne se parlent plus ou ne se sont plus parlé depuis longtemps.

Comment ça marche ?

Comme il s'agit d'une négociation, il faut que les parties se rencontrent. Il est préférable que les parties se rencontrent physiquement (il n'y a que 10 % du message qui passe par la parole ; tout le reste dépend du comportement, du cadre, du contexte, des attentes, etc.).

Habituellement les réunions se tiennent chez le médiateur pour une question de neutralité. Les parties peuvent toutefois se réunir ailleurs.

- Phase préparatoire (avant la première réunion)

La phase préparatoire est cruciale. Elle doit permettre aux parties d'identifier ce qu'elles attendent de la médiation et ce qu'elles sont prêtes à y apporter. C'est la conséquence du caractère volontaire

de la médiation. On ne participe pas à une réunion de médiation « pour savoir ce que l'autre a dans son dossier ».

Une fiche de préparation est communiquée pour aider les parties à préparer la médiation. La préparation peut se faire avec l'aide de son avocat.

Mieux une partie prépare la médiation, plus grands seront ses gains.

- **Première réunion plénière (durée estimée : environ 3 heures)**

Le médiateur accueille les parties et vérifie qu'elles disposent bien des informations nécessaires pour participer à une médiation et qu'elles sont d'accord d'y participer loyalement.

Les parties et le médiateur signent le protocole de médiation.

Le médiateur donne la parole aux parties pour qu'elles exposent leurs points de vue respectifs autour des questions suivantes :

- Qu'attendent-elles du processus de médiation ? que sont-elles disposées à faire pour parvenir à un accord ?
- Que s'est-il passé ? quels sont les faits utiles à connaître ?
- Quel est le problème ?
- En quoi est-ce un problème ?
- Qu'est-ce qui a fait qu'il n'a pas pu être résolu ?
- Qu'est-ce qui est important pour chaque partie ? Y a-t-il une urgence ?

Le médiateur s'assure que toutes les personnes autour de la table ont bien compris tous les points de vue exposés (ce qui ne veut pas dire qu'il faut être d'accord avec ceux-ci). Il questionne chaque partie et demande des éclaircissements si nécessaire.

Les parties peuvent à tout moment demander une suspension de la réunion voire y mettre un terme. Elles peuvent s'isoler pendant un moment avec leur avocat en présence ou non du médiateur (**aparté ou caucus**).

A partir du moment où le conflit est clairement identifié dans toutes ses dimensions, les parties entament un travail de résolution. C'est le moment où, ensemble, les parties recherchent des solutions (phase de créativité) dont elles vont ensuite critiquer la pertinence et la faisabilité avant de s'accorder sur une ou plusieurs solutions concrètes. Durant cette phase, il arrive que les parties autour de la table aient besoin d'un avis technique pour valider une option ou en mesurer les contraintes.

Il est impossible de prédire où les parties en seront dans le processus à la fin de la première réunion. D'expérience, la première réunion se termine lorsque toutes les données du conflit sont mises à plat et que les parties ont pu prendre du recul par rapport aux enjeux de celui-ci (mise en perspective).

Si un accord partiel est dégagé à l'issue de la première réunion, il peut être acté avec ou sans réserves.

La deuxième réunion de médiation doit intervenir rapidement après la première. Entre les deux réunions, le médiateur peut rencontrer séparément les parties qui le souhaitent ou les contacter de sa propre initiative pour discuter tel ou tel autre point.

- Deuxième réunion de médiation (durée estimée : de 3 à 4 heures)

Les parties poursuivent leur travail de résolution. Elles sont dans le processus de négociation à proprement parler. Les parties comparent les solutions envisagées avec ce qu'elles sont prêtes à accepter.

Si un accord se dégage, le médiateur aide les parties à simuler l'exécution de l'accord (test de réalité) afin de s'assurer que les parties ont envisagé tous les points de l'accord.

L'entente est rédigée avec l'aide des avocats et doit refléter fidèlement les accords conclus. La rédaction de l'entente n'est pas le moment d'une nouvelle négociation.

L'entente est signée par les parties et le médiateur. Si celui-ci est agréé par la Commission fédérale de médiation, l'entente peut être homologuée par le Tribunal de première instance.

- Exécution de l'accord – fin de la mission du médiateur

C'est le seul véritable intérêt pratique d'une négociation quelle que soit sa forme.

Habituellement, le médiateur ne participe pas à l'exécution de l'accord. Néanmoins, en cas de difficulté, les parties peuvent faire appel à lui.

Comment faire pour que cela rate ?

Une médiation a toutes les chances d'échouer dans les cas suivants (exemples non limitatifs tirés de la pratique) :

- Imposer à une partie des conditions préalables au déroulement de la médiation (p. ex : paiement préalable d'un « *incontestablement dû* » ; reconnaissance préalable d'un fait ou d'une responsabilité, etc.) ;

- Cantonner l'objet de la médiation à une demande ou une exigence (p. ex. : limiter les échanges au calcul d'une indemnité) – dans un pareil cas, un arbitrage, une procédure judiciaire ou une expertise peuvent mieux convenir ;
- Considérer qu'il n'y a rien à négocier ;
- Participer à une médiation pour aller à la « pêche aux informations »
- Participer à une médiation pour gagner du temps

Conclusion

La médiation se révèle être un excellent outil d'apaisement d'un conflit pour qui accepte de « jouer le jeu » d'une communication vraie. Cela n'implique pas qu'il faille tout dire, loin s'en faut, mais que les parties autour de la table aient l'ambition véritable de régler leur différend, en tout ou en partie.

La médiation est donc une question d'état d'esprit.

Enfin, last but not least, la médiation ne présente pas de risque particulier grâce à la confidentialité des échanges, le secret professionnel auquel est soumis le médiateur et l'encadrement du processus par la loi (articles 1724 à 1737 du code judiciaire).

Le seul risque que les parties prennent, c'est de trouver un accord.