

[11/12 | 2013]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

SANDRA EBERLE / STEPHAN C. BRUNNER

Die wichtigsten im Jahr 2014
in Kraft tretenden Erlasse
des Bundes: ein Überblick SEITE / PAGE 463

CINTHIA LÉVY

Les avantages de la médiation
pour l'avocat SEITE / PAGE 470

LUZIA VETTERLI

Ein Lackmустest für
die Rechtsstaatlichkeit SEITE / PAGE 499



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	459
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	461

THEMA / QUESTION DU JOUR

Sandra Eberle / Stephan C. Brunner	Die wichtigsten im Jahr 2014 in Kraft tretenden Erlasse des Bundes: ein Überblick	463
------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------	-----

ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Cinthia Lévy	Les avantages de la médiation pour l'avocat	470
Bruno Mascello	Alternative Honorarmodelle als Trend und Chance	477
Marina Joos	Vers une «class action» helvétique?	487
Marco Itin	Der Schweizer Gläubiger im Konkurs des Schuldners in Frankreich	494
Luzia Vetterli	Ein Lackmustest für die Rechtsstaatlichkeit	499
Andrea Schafer	Durchklick: Anleitung zur Aktivierung Ihrer SuisseID auf dem Mitgliederausweis	505
Andrea Schafer	Clic informatique: instructions pour activer la SuisseID de votre carte de membre	507

RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE

ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT

Ernst Staehelin	Akquisition über die Kanzlei-Website und Konsumentengerichtsstand	513
-----------------	-------------------------------------------------------------------	-----

SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	517
-----------------------------------------	-----

GLOSSE/GLOSE

Peter von Ins	Redlich war dann mal fort ...	518
---------------	-------------------------------	-----

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
16. Jahrgang 2013 / 16^e année 2013
ISSN 1422-5778

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitiervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Verlag und Redaktion /
Edition et rédaction**
Stämpfli Verlag AG
juristisches Lektorat
MLaw Miriam Eggimann-Jordi (Eg)
Wölflistrasse 1, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 18, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com,
miriam.eggimann-jordi@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch
www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli Publikationen AG
Postfach 8326, CH-3001 Bern
Tel. 031 767 83 30, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel: CHF 198.-, EUR 216.-
Studenten / Etudiants: CHF 98.-, EUR 129.-
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 25.-, EUR 26.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen

erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

LES AVANTAGES DE LA MÉDIATION POUR L'AVOCAT

CINTHIA LÉVY

LLM, Avocate et Médiatrice FSA, Chargée de cours à la Faculté de droit de l'UNIL et de l'UNIGE, Médiatrice accréditée FSA, CSMC, OMPI, TAS, Commission Fédérale de Médiation de Belgique, Vice-Présidente de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale, section romande, Membre du bureau de la Chambre de médiation de l'Ordre des avocats Vaudois

Mots-clés: avocat, avocat conseil en médiation, médiation, médiateur, rentabilité

Certains avocats sont contre la médiation par principe, d'autres sont favorables au processus mais ne pratiquent pas la médiation comme avocat-conseil, d'autres encore pratiquent et recommandent la médiation à leurs clients, car ils y voient des avantages non seulement pour le client mais également pour eux. La présente contribution a pour objectif d'analyser les avantages que la pratique de la médiation peut apporter aux avocats lorsqu'ils accompagnent leurs clients dans ce processus, en qualité d'avocat-conseil.

I. Introduction

Certains confrères ne recommandent pas la médiation à leurs clients et n'ont jamais participé à une séance de médiation proposée par la partie adverse. Par principe, ils sont contre le processus de médiation.

Alors que les législateurs au niveau international, dans les pays de tradition anglo-saxonne et de tradition civile, s'intéressent de plus en plus à la médiation et légifèrent dans le domaine¹, il est intéressant de se demander pourquoi une telle résistance existe, chez certains confrères, concernant le recours à la médiation. Cela fera l'objet de la première partie de cet article.

D'autres avocats sont plus nuancés. Ils se disent favorables au processus de médiation, considérant qu'en théorie, c'est certainement «une bonne idée» pour leurs clients. En pratique cependant, ces avocats ne recommandent pas ou peu la médiation. Ce sont les préoccupations et craintes, souvent légitimes, de ces avocats concernant le processus de médiation, qui seront énumérées dans la deuxième partie de cet article.

Enfin, il existe une troisième catégorie d'avocats qui sont favorables à la médiation et qui recommandent et pratiquent la médiation comme avocat-conseil. Ces confrères considèrent que non seulement la médiation peut être utile pour leurs clients, mais que c'est un processus qui comporte des avantages pour eux aussi. Ces avocats présentent et expliquent la médiation à leurs clients lorsque les particularités du dossier ou la situation des parties le commandent². Ils suggèrent et rassurent leurs clients quant au choix de la médiation et au fait qu'ils pourront continuer à

être leur conseil dans le cadre de ce processus. Ils proposent régulièrement la médiation à la partie adverse, avec des degrés de succès variables. Ils suggèrent la médiation dans le cadre d'une procédure de conciliation ou devant le juge du fond comme le prévoient les articles 213 et 214 du CPC. Dans la troisième partie de cet article, nous examinerons les avantages de la pratique de la médiation pour les avocats.

Il ne s'agit pas ici de décrire le processus de médiation, ni d'expliquer le rôle important que les avocats peuvent (et devraient) avoir lors d'une médiation. Il ne s'agit pas non plus d'examiner le rôle du médiateur. Pour

- 1 En Suisse, depuis le 1^{er} janvier 2011, les articles 213 à 218 CPC et 297 CPC réglementent le lien entre le processus de médiation et la procédure judiciaire. Pour un aperçu international des dispositions et pratiques de la médiation, voir: International Mediation Guide, Clifford Chance, www.infomediation.ch, rubrique Actualité, Newsletter 2013-06. Pour une étude reprenant la législation sur la médiation commerciale dans 21 pays: Commercial Mediation – a comparative review, 2nd Ed., Linklaters, 2013 www.linklaters.com/Publications/Commercial-mediation-comparative-review.
- 2 Afin d'aider les avocats dans la décision de conseiller ou non la médiation à leurs clients, la Chambre de médiation de l'OAV a élaboré un document (Check-list pour les avocats) reprenant les conditions favorables pour recommander la médiation en fonction de la nature du litige ou de la situation des parties, www.mediation-oav.ch, rubrique: domaines d'intervention. Les recommandations de la Fédération Suisse des Avocats (FSA) pour la médiation, ainsi que les recommandations de la Fédération Suisse des Associations de Médiation (FSM) peuvent utilement être consultées.

cela je renvoie aux articles déjà parus et aux ouvrages consacrés à ce sujet³.

L'objet de la présente contribution est d'analyser les avantages de la médiation pour l'avocat, dans sa pratique professionnelle quotidienne, non pas uniquement «parce que ce serait bon pour le client»⁴ mais aussi parce que ce serait intéressant et rentable pour l'avocat. Pour cela il faut prendre en considération la situation de l'avocat dans son ensemble, non seulement comme conseil de son client, mais aussi comme professionnel, ses contraintes, son image, sa pratique, sa formation et son vécu, pour mettre en lumière les avantages que la médiation peut lui procurer⁵.

Nous nous concentrerons dans l'analyse, principalement sur le domaine de la médiation civile et commerciale.

II. Les avocats contre la médiation – par principe

Certains confrères ne recommandent jamais la médiation, quel que soit le contexte, la situation des parties, le dossier ou la longueur de la procédure en cours ou à venir. Ils considèrent les propositions de médiation faites par la partie adverse, avec une certaine condescendance et transmettent, ou non, ces propositions à leurs clients.

L'objectif de cette section est de faire un inventaire des critiques les plus souvent émises par les confrères qui sont contre la médiation par principe. Certaines critiques sont dites haut et fort, d'autres sont pensées tout bas.

Il ne s'agit pas ici de se livrer à une analyse détaillée de ces arguments mais plutôt d'en prendre conscience et de voir dans quelle mesure ils sont contredits par la pratique ou la connaissance de la médiation ou compensés par les avantages que peut apporter la pratique de la médiation aux avocats.

1. La médiation est une perte de temps et d'argent

Dans cette optique, la médiation serait une perte de temps et d'argent car elle serait nécessairement vouée à l'échec. La médiation ne ferait que prolonger la procédure judiciaire perçue comme inévitable. Elle augmenterait par ailleurs les frais et les honoraires pour le client.

Or, il est intéressant de noter que les statistiques concernant la médiation font au contraire état d'un taux de réussite ou d'accord de l'ordre de 70% ou plus, pour les médiations tous domaines confondus⁶. Dans les cas où la médiation n'aboutit pas, une procédure judiciaire peut être entamée ou poursuivie⁷. Il arrive souvent qu'après une médiation, les parties et leurs avocats aient déjà bien «débroussaillé» le dossier et y voient plus clair. Parfois un accord partiel a pu être trouvé, et on fait appel au juge pour trancher les points sur lesquels les parties n'ont pas pu se mettre d'accord. La procédure judiciaire pourrait aussi, dans certains cas, être simplifiée et moins longue parce qu'il y a eu une médiation, même si celle-ci n'a pas donné lieu à un accord sur tous les points en litige.

2. La médiation – ce n'est pas du droit

Pour certains avocats, avoir recours à la médiation, c'est mettre le droit de côté. Comme si le droit n'avait pas sa

place en médiation, puisqu'il ne serait question que d'émotions, de sentiments et du vécu des gens. Les défenseurs de cet argument présentent la règle de droit comme claire et limpide, en faveur de leur client, bien entendu, et non sujette à interprétation. Le droit serait le seul critère, le grâle et le seul étalon de mesure de toute chose. Dans cette vision fantaisiste, il suffirait de faire le choix de la médiation pour écartier l'application des règles de droit. L'avocat n'aurait ainsi aucun rôle à jouer dans une telle mascarade.

Je suis toujours surprise par la méconnaissance du processus de médiation chez les personnes qui considèrent que le droit n'a pas sa place dans ce processus. Le droit a bien sûr sa place en médiation⁸. Les dispositions

-
- 3 AVI SCHNEEBALG/ERIC GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Pratique du droit, Kluwer, 2002; GARY P. POON, *The corporate counsel's Guide to mediation*, American Bar Association, Section Litigation, 2010; ROBERT H. MNOOKIN/SCOTT R. PEPPE/ANDREW S. TULUMELLO, *Beyond Winning, Negotiating to create value in deals and disputes*, Harvard University Press, 2000; PIERRE-PAUL RENSON, *Les avocats et les modes alternatifs de résolution des conflits*, dans *La tribune Flash*, Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones de Belgique, 25 avril 2013; FRANÇOIS BLUM, *L'avocat et la médiation*, Actes du Colloque du 10 octobre 1996 sur la Médiation, Université de Genève, Travaux CETEL, n° 49, Septembre 1997. Pour des articles plus généraux sur la médiation dans le CPC, nous renvoyons aux articles de FLORENCE PASTORE/BIRGIT SAMBETH GLASNER, *la médiation civile dans le Code de procédure civile*, *Revue de l'Avocat*, 8/2010, p. 327-334; FLORENCE PASTORE/BIRGIT SAMBETH GLASNER, *Reflexions sur la médiabilité*, *Revue de l'Avocat*, 10/2010, p. 412-415; *Le règlement amiable des conflits dans le nouveau Code de Procédure Civile (CPC)*, Cedidac, Lausanne, 28 octobre 2009 ainsi qu'à l'ouvrage collectif intitulé «*La médiation dans l'ordre juridique suisse, une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*», Ed. JEAN MIRIMANOFF, Helbing Lichtenhahn, 2011.
 - 4 Trop souvent les ouvrages consacrés à la médiation se limitent à expliquer de façon très claire et détaillée les avantages de la médiation pour le client. Selon certains, cela devrait être suffisant pour que les avocats recommandent la médiation à leurs clients, car ils sont «au service» de leurs clients ou chargés de défendre les intérêts de leurs clients. Il me paraît toutefois important et utile, pour le développement de la médiation, de se concentrer sur les contraintes et préoccupations des avocats, légitimes pour la plupart – en ce compris la contrainte de rentabilité de la profession – afin de compléter la réflexion et que les confrères puissent, en connaissance de cause, recommander ou non la médiation à leurs clients.
 - 5 La médiation n'est pas la réponse à tout. C'est un processus qui s'adapte particulièrement à certains dossiers ou à certains profils de clients (voir Check-list pour les avocats préparée par la Chambre de médiation de l'OAV, réf. 2 ci-dessus). Dans d'autres cas, il peut s'avérer parfaitement légitime pour un avocat, après avoir expliqué à son client le processus, ses avantages et ses inconvénients, de ne pas lui recommander la médiation. Le choix stratégique appartient toutefois au client bien entendu.
 - 6 Enquête Médiation Suisse 2008, publié en octobre 2009 et disponible sur le site de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM) ainsi que l'enquête de novembre 2012 sur l'«Utilisation et utilité de la médiation du point de vue des assurances de protection juridique en Suisse», www.infomediation.ch, rubrique Actualités, Statistique. Voir également les statistiques publiés par la Fondation ACB en Hollande, www.acbmediation.nl.
 - 7 Article 214 CPC.
 - 8 Par ailleurs, dans les procédures judiciaires, il n'y a pas que les règles de droit qui s'appliquent, l'équité, les choix de vie, les principes que défendent les personnes concernées ont aussi leur place même si les débats sont principalement axés sur l'application des règles de droit.

d'ordre public et impératives restent des dispositions d'ordre public et de droit impératif, qu'il s'agisse d'une procédure judiciaire ou d'une médiation. Dans les litiges commerciaux par exemple, où des clauses de contrat techniques et complexes sont en jeu, il est clair que les règles de droit feront partie intégrante de la médiation, de même que l'application de la réglementation applicable en matière de droit du travail par exemple.

Certains auteurs, et notamment Gary Friedman, considèrent d'ailleurs que la discussion sur le droit est essentielle dans la médiation et indispensable pour rencontrer les intérêts en présence⁹. Mettre de côté le droit serait nuisible car cela pourrait avoir pour conséquence de remettre en cause la solution à laquelle les parties seraient parvenues en médiation dans l'ignorance de leurs droits. Ce n'est pas le but de la médiation, bien au contraire. C'est d'ailleurs en particulier dans les cas où les questions de droit font partie intégrante des débats que la présence des avocats, dans leur rôle d'avocat-conseil en médiation, est essentielle.

L'apport et la richesse de la médiation résident dans la possibilité d'accompagner les parties dans toutes les dimensions du conflit, c'est-à-dire les aspects juridiques et les autres aspects. Dans le cadre de la médiation, on travaillera avec les parties sur leurs intérêts, leurs préoccupations, leurs valeurs et les émotions qui en découlent dans le cadre de la gestion du conflit et pas uniquement les aspects juridiques qui sont parfois très éloignés de la situation réelle vécue. La possibilité de consacrer du temps à ces autres aspects du conflit et pas uniquement aux aspects juridiques, est une des plus-values de la médiation.

L'argument supplémentaire qui consiste à dire que ce n'est pas la place de l'avocat de se préoccuper des émotions, des préoccupations et du vécu de leurs clients me semble tellement lointain de l'image que je me fais de la profession d'avocat que je me demande comment ses défenseurs considèrent leur rôle d'avocat? Selon moi, l'avocat n'est pas uniquement un technicien du droit, un automate qui fait passer des fiches pré-poinçonnées dans un «orgue de barbarie» en espérant que la mélodie sera conforme aux prédictions. Le métier d'avocat est un métier de service, d'écoute et d'accompagnement du client dans un monde où les avocats sont détenteurs d'un savoir que le plus souvent les clients n'ont pas. C'est un privilège. Le client est d'abord une personne, avec toutes ses forces et ses faiblesses, avant d'être un sujet de droit.

Cela étant dit, beaucoup d'avocats pratiquent au quotidien cette écoute multidimensionnelle et la pratique de la médiation comme avocat-conseil leur paraîtra très naturelle et un cadre intéressant pour aider et accompagner leurs clients autrement¹⁰.

3. Je n'ai pas besoin de la médiation dans ma pratique d'avocat

Certains confrères, excellents négociateurs au demeurant, considèrent qu'ils n'ont pas besoin de la médiation, parce qu'ils font eux-mêmes de la «médiation» en recherchant des compromis, en encourageant leurs clients à être raisonnables et à trouver des solutions amiables.

Il est vrai que lorsque la négociation aboutit entre les parties, la question de la médiation ne se pose simplement pas. Dans certains domaines du droit, et notamment dans le domaine commercial, de nombreux dossiers sont négociés avec succès par les parties et leurs avocats quotidiennement et il n'est pas question de changer cette pratique rapide, efficace et satisfaisante pour le client. La médiation n'intervient que lorsque la négociation n'a pas abouti ou lorsque les parties impliquées dans une situation conflictuelle complexe, auraient un intérêt à construire un accord de façon plus large qu'un accord sur des bases strictement distributives¹¹.

La méconnaissance du processus de médiation fait que ces avocats négociateurs considèrent qu'ils font de la médiation, simplement parce que l'objectif est d'arriver à une solution amiable. La médiation est un processus qui requiert la présence d'un tiers, neutre par rapport au conflit, impartial par rapport aux parties et indépendant. La présence du tiers crée une dynamique différente pour les parties entre elles et pour les avocats. Le médiateur est le garant du cadre de la médiation, un espace sécurisé, confidentiel et ouvert qui sera favorable à la recherche de solutions amiables, souvent différentes et plus larges que des solutions strictement juridiques¹². Cette dynamique spécifique ainsi que le temps qui y est consacré sont le plus souvent absents lorsque des avocats négocient entre eux en amont d'une procédure judiciaire, pour le compte de leurs clients respectifs en les encourageant à faire des compromis et des concessions réciproques, en toute discrétion.

Si la négociation aboutit et que le client est satisfait, il n'a pas de raison de chercher un autre processus. Si la négociation n'aboutit pas, et qu'une procédure judiciaire ou arbitrale est envisagée, les avocats considèrent souvent qu'ils «ont tout fait» avec la partie adverse, tout tenté avec le confrère et que personne ne pourrait faire «mieux».

Ces confrères, qui considèrent qu'ils font de la médiation tout en représentant les intérêts de leur client se trompent dans leur compréhension du processus de mé-

9 GARY FRIEDMAN/JACK HIMMELSTEIN, Challenging conflict, Mediation through understanding, American bar Association, Harvard Program on Negotiation, 2008, p. 137 et s. «The question is not whether the law is involved but how to deal with the law's involvement» p. 139; CHRISTINE GUY-ECABERT, Conciliation ou médiation? Guider le juge et le justiciable par une analyse des différences entre les processus, RJN 2011, p. 32-33.

10 Plus les avocats seront conscients de leur rôle en médiation, plus ils encourageront leurs clients à aller en médiation. Une meilleure coopération entre médiateurs et avocats doit être en mise en place pour faciliter le recours à la médiation, dans les cas où ce processus est indiqué.

11 Sur la distinction entre la négociation sur position (distributive) et la négociation raisonnée voir l'article de NICOLAS IYNEDJIAN/CÉLINE COURBAT, Négociation, PJA 3/2008, p. 263-274. Dans certains cas, la présence d'un médiateur, tiers neutre, impartial et indépendant peut aider les parties et leurs avocats à sortir d'une impasse dans le cadre de la négociation distributive et à entamer une négociation sur les intérêts, c'est-à-dire une négociation raisonnée.

12 Sur l'importance du droit en médiation, voir point 2 ci-dessus.

diation. Ils perdent de vue que ce processus est une autre piste qui peut être proposée à leur client. Ce n'est pas le médiateur qui «pourra faire mieux», c'est la dynamique du processus de médiation, le cadre posé, les outils de la médiation, l'espace et le temps qui sera consacré au conflit dans un contexte distinct, qui peuvent faire la différence. La médiation ne s'apparente pas à la négociation directe, même avec les meilleures intentions. La médiation est un processus à part qui pourrait apporter aux avocats et à leurs clients un autre cadre pour la recherche de solutions amiables, avec des outils et des techniques spécifiques. Dans ce nouveau cadre, même si tout le reste a échoué, il est peut-être possible de trouver une solution avec l'aide du médiateur et des avocats-conseils.

4. Je dois protéger mes clients contre les risques de manipulation du médiateur

Les avocats sont en général, et c'est bien naturel, protecteur par rapport à leurs clients. Ils considèrent qu'il y a un risque que leur client se fasse influencer, manipuler dans un processus aux contours «peu clairs» et dans lequel un tiers, le médiateur, dont «on ne sait pas très bien ce qu'il va faire ou peut faire» dirige les débats et «pousse les parties à un compromis» qui pourrait ne pas être dans l'intérêt «juridique» de leur client.

A la lecture de cet argument, il est clair qu'il s'agit d'une méconnaissance du processus de médiation et du rôle du médiateur. La médiation n'est pas un «no man's land» où le médiateur aurait pour but d'influencer les parties dans un sens ou dans un autre. Le médiateur, contrairement à l'avocat d'ailleurs, est neutre, c'est-à-dire qu'il n'a aucun intérêt personnel à ce que les parties trouvent un accord. Il est impartial et n'a pas vocation à donner son avis ni le pouvoir d'imposer une solution aux parties. Les parties sont d'ailleurs libres de quitter la médiation quand elles le souhaitent. C'est la force de ce processus.

L'argument développé ci-dessus concernant le risque de manipulation par le médiateur met en évidence la nécessité, pour les avocats, de se familiariser avec la médiation pour démystifier le processus et se débarrasser de cette image floue et inquiétante véhiculée par l'ignorance et le manque d'information et d'expérience en médiation.

5. La médiation représente une perte de statut pour l'avocat

Certains avocats considèrent qu'ils vont perdre une partie de leur aura, de leur sublime, de leur statut en allant en médiation. Qu'ils vont apparaître aux yeux de leur client comme n'étant «pas très sûrs d'eux» et comme «faibles» au regard de la partie adverse. La médiation propose en effet aux avocats qui y participent une modification de leur posture: ils ne viennent pas y plaider mais aider leur client à coopérer avec l'autre partie dans la résolution de leur différend.

Cette critique est particulièrement intéressante car elle met en évidence une préoccupation importante de l'avocat, propre à la profession: le paraître. D'autres avo-

cats qui ont plus d'expérience en médiation considèrent au contraire que de proposer une médiation est une marque d'expérience et d'assertivité¹³ à la fois à l'égard de son client et de la partie adverse.

Lorsque le client est informé des alternatives à une procédure judiciaire, et qu'il comprend l'approche de la médiation, il aura vite compris que son avocat souhaite, dans l'intérêt de son client, trouver une solution amiable et sur mesure et ne pas l'entraîner aveuglément dans une guerre judiciaire, si celle-ci peut être évitée. Ce raisonnement peut être tenu que le dossier soit «bon» ou plus «incertain». Cela ne peut avoir qu'un effet favorable sur l'image que le client se fait de son avocat.

6. La médiation représente une perte de contrôle pour l'avocat

L'avocat a l'habitude de contrôler le dossier et dans une certaine mesure ses clients, en tout cas jusqu'à la phase de jugement. Ensuite, il appartient au juge de trancher. Le juge sera qualifié de «bon juge», qui a bien compris la situation, s'il tranche en faveur du client. L'avocat peut avoir le sentiment, désagréable, que ce contrôle risque de lui échapper dans le cadre de la médiation. Ces mêmes avocats considèrent souvent que dans notre système judiciaire, c'est au juge de trancher et pas aux parties de se mettre d'accord «sur un coin de table».

C'est là que le bât blesse bien entendu. La médiation est un processus qui va redonner aux parties le contrôle sur leur conflit, sur la manière de gérer leur conflit et sur les solutions. L'idée qui prédomine est que les parties doivent se réapproprier le conflit car il s'agit de leur vie et que c'est aussi les parties qui doivent supporter les risques découlant du conflit. Dans le cadre de la médiation, comme pour la négociation, il est exact que ce sont les parties qui reprennent le rôle principal et le contrôle tant sur le processus que sur le résultat, avec l'aide du médiateur et des avocats-conseils.

7. Ce sont les parties qui ne veulent pas de la médiation

Lorsque les avocats arrivent au bout de leurs arguments contre la médiation, ils se retranchent souvent derrière les clients, qui ne voudraient – soit-disant – pas entendre parler de la médiation. Selon ces mêmes avocats, lorsque le client vient voir son avocat, les parties sont déjà trop polarisées, les dossiers trop complexes et les enjeux trop importants pour «laisser le dossier entre les mains des parties».

¹³ PIERRE-PAUL RENSON, Les avocats et la médiation, La Tribune Flash du 25 avril 2013, Publication de l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones de Belgique consacrée à «L'avocat et les modes alternatifs de résolution des conflits»; FRANÇOIS BLUM, L'avocat et la médiation, Actes du Colloque du 10 octobre 1996 sur la Médiation, Université de Genève, Travaux CETEL, n° 49, Septembre 1997, p. 102.

Il arrive fréquemment que ce genre d'argument couvre une situation où l'avocat ne suggère pas la médiation¹⁴ ou alors juste du bout des lèvres, en considérant d'entrée de jeu que les clients ne seront pas intéressés. Ces avocats se confortent dans l'attitude réservée ou le refus du client qui finalement suit les conseils de son avocat¹⁵. Certains avocats mentionnent en passant la proposition de la partie adverse de recourir à la médiation pour insister auprès de son client sur «la faiblesse» du dossier de la partie adverse et «la force» de son propre dossier, en concluant que dans ces conditions la procédure judiciaire sera une affaire «rondement menée».

Il arrive aussi que les clients soient effectivement demandeurs d'une procédure, d'un «combat frontal dans l'arène judiciaire» considérant qu'il s'agit là du «moyen normal, socialement accepté et psychologiquement satisfaisant de résoudre des conflits»¹⁶. Pour ces clients, la perspective de travailler avec la partie adverse, ennemi juré, pour trouver ensemble une solution qui réponde aux intérêts de tous est tellement éloignée du champ des possibles qu'ils n'y songent même pas, ou peut-être qu'ils n'osent pas y songer, faute d'information et de conseils.

III. Les avocats favorables à la médiation – préoccupations légitimes et craintes

La deuxième partie de cet article est consacrée aux préoccupations et craintes – souvent légitimes – des avocats qui, formés à la médiation considèrent que ce processus est intéressant et utile. Ces avocats sont favorables à la médiation sur le principe mais en pratique, ils ne recommandent pas ou peu la médiation à leurs clients.

1. Rentabilité de l'étude

Un avocat, comme tout professionnel indépendant, doit gagner sa vie. En suggérant à ses clients un processus qui pourrait prendre quelques heures, voire quelques séances, alors qu'une procédure dans le même dossier durerait quelques années et assurerait un revenu régulier et conséquent pour l'étude, l'avocat peut avoir le sentiment de «scier la branche sur laquelle il est assis» et travailler contre ses intérêts et ceux de son étude. Même s'il s'agit parfois d'un sujet difficile à aborder, on met ici le doigt sur un véritable conflit d'intérêts entre d'une part, les intérêts financiers de l'avocat et l'intérêt du client, d'autre part.

En clair, du point de vue du client, cela reviendrait à dire que l'avocat se préoccupe d'abord de son portefeuille avant de se préoccuper de son client. C'est comme si un chirurgien proposait systématiquement une chirurgie à ses patients, qu'ils en aient besoin ou pas tout à fait, parce que cet acte médical lui rapporte plus alors qu'il existe d'autres pratiques, moins invasives avec des résultats tout à fait prometteurs dans la littérature médicale. C'est choquant? Le patient qui découvre cela aura vite fait de changer de médecin. Il en sera de même pour les clients d'un avocat. Raisonner de la sorte est par conséquent un raisonnement à très court terme de la part des avocats.

Par contre, la préoccupation est réelle et parfaitement légitime chez les avocats dans un contexte économique qui s'est durci ces dernières années. Certains vous diront que la concurrence entre les études est telle, l'importance des frais fixes, des frais des collaborateurs et stagiaires, des frais structurels et informatiques et de documentation sont si importants que même si l'idée de la médiation leur paraît intéressante, ils ne peuvent «simplement pas se le permettre». Dans la troisième partie de cet article, nous expliquerons comment rendre la médiation rentable pour les avocats.

2. Les peurs et les craintes

Parmi les autres préoccupations «légitimes» que l'on rencontre il y a :

- La peur de l'avocat de perdre un client en lui proposant la médiation alors que ce dernier veut la guerre.
- La peur de l'avocat de ne pas avoir sa place, de se sentir inutile parce que ce sont les parties qui ont le premier rôle, la peur de ne pas maîtriser la suite de la procédure, de ne pas savoir exactement de quoi il s'agit.
- La peur de l'avocat de perdre sa spécificité. L'avocat qui conseille la médiation à son client et qui l'accompagne dans ce processus devient «avocat-conseil en médiation», un rôle plus discret que les plaidoiries publiques et éloquents. Lorsque l'on est brillant comme avocat-conseil en médiation, c'est dans un cercle plus privé.
- La peur d'entrer dans un processus où tout n'est pas codifié, prévisible, séquencé comme une procédure judiciaire classique.
- La peur du médiateur, de son rôle, de son pouvoir et de la place qu'il va bien vouloir laisser à l'avocat.
- La crainte de l'impact sur la relation avec le client, en particulier si la médiation n'aboutit pas.
- La crainte de ne pas pouvoir défendre les intérêts de son client avec les outils habituels, pour lesquels l'avocat est formé pendant ses études et ses formations complémentaires et qu'il a acquis à travers l'expérience.

Ces arguments sont intimement liés au manque de connaissance du processus, au manque de formation et au manque d'expérience des avocats dans le domaine de la

¹⁴ L'article 9 du Code suisse de déontologie prévoit que: «L'avocat s'efforce de régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas. Il tient compte, comme représentant d'une partie en justice ou conseiller, d'une médiation en cours ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une.»

¹⁵ On peut faire l'analogie avec le médecin qui suggère à son patient une nouvelle technique opératoire, alternative et moins invasive, mais en en parlant avec réserve et critique car il a peu d'expérience avec cette nouvelle technique – le patient n'osera pas s'aventurer dans un premier temps vers cette terra incognita. Il est possible aussi que le patient décide de prendre un deuxième avis auprès d'un médecin plus aguerri. C'est un phénomène qui existe en médecine et que l'on va voir apparaître en droit également.

¹⁶ FRANÇOIS BLUM, L'avocat et la médiation, Actes du Colloque du 10 octobre 1996 sur la Médiation, Université de Genève, Travaux CETEL, n° 49, Septembre 1997, p. 104.

médiation. Heureusement, il y a régulièrement des formations qui sont organisées pour informer les avocats et les former à la médiation¹⁷.

3. Les émotions

On rencontre aussi des arguments d'un autre ordre, et notamment la peur de devoir gérer des émotions, celles du client, de la partie adverse et... les siennes. Certains avocats ne souhaitent pas entrer dans ce monde-là, en tout cas pas en public. C'est un choix délibéré pour se protéger parfois ou simplement un manque d'intérêt chez certains qui considèrent que le rôle de l'avocat est de gérer un dossier et pas plonger dans les méandres nébuleux de la vie des gens. Enfin, et c'est bien naturel, il y a la peur de la nouveauté.

Encore une fois, ces craintes et préoccupations sont légitimes et il faut les aborder lors des formations, des colloques et rencontres entre professionnels pour clarifier le rôle de l'avocat-conseil en médiation et, comme nous le verrons ci-dessous, préciser les avantages que l'avocat peut retirer à titre personnel de la pratique de la médiation. Ce n'est qu'en passant en revue ces différentes questions que progressivement les avocats, conscients des avantages que peut leur procurer la pratique de la médiation, pourront s'aventurer dans cette «terra incognita» et en retirer le plein potentiel, pour leurs clients bien sûr, et pour eux.

IV. Les avocats favorables à la médiation – les avantages pour l'avocat

Les avantages de la pratique de la médiation pour l'avocat-conseil sont nombreux et concernent à la fois l'exercice de la profession et la relation avec le client.

Parmi les avantages on peut citer:

- *La taux de réussite des médiations*: Les statistiques démontrent que les médiations ont un taux de réussite d'environ 70% tous domaines confondus¹⁸. C'est rassurant de savoir que ce processus apporte de bons résultats et cela devrait encourager les avocats à recommander la médiation. Autant recommander au client un mode de résolution des conflits qui a un taux de réussite élevé et ainsi contribuer favorablement à la réputation de l'avocat et de l'étude.
- *La rentabilité pour l'avocat*: Très souvent j'entends l'argument de la rentabilité des avocats comme une contre-indication pour conseiller la médiation. On ne conseillera pas la médiation parce que ce ne serait pas rentable. Comme je l'ai exposé lors de la formation dispensée par l'OAV sur l'introduction de l'instance lors de l'entrée en vigueur des dispositions du CPC sur la médiation¹⁹, la pratique de la médiation peut être rentable pour un avocat.
- La pratique de la médiation ne doit pas se concevoir en lieu et place des autres activités de l'avocat mais comme une activité complémentaire.
- La médiation contribue à la diversité des services qu'offre un avocat à ses clients. Il faut considérer la mé-

diation comme une spécialisation à part entière, et «un plus» pour l'étude. C'est un élément de promotion de l'activité de l'avocat ou de l'étude et une preuve de diversité et de modernité²⁰. La médiation s'insère parfaitement dans les activités de l'avocat qui est le premier conseiller du client. L'avocat se trouve souvent dépositaire des préoccupations du client et détenteur des compétences – pas uniquement juridiques – qui pourront être utiles dans l'accompagnement du client. Il faut donc considérer la médiation comme une spécialité à part entière et à ce titre s'attendre à recevoir de nouveaux dossiers de clients existants et des mandats de nouveaux clients. Une médiation réussie est aussi de nature à satisfaire le client et à maintenir la clientèle existante sur le long terme, ce qu'une longue procédure peut mettre à mal. Traditionnellement, les dossiers sont traités en négociation prioritairement puis en procédure si la négociation n'aboutit pas. En proposant la médiation, l'avocat offrira à son client une autre piste, une autre façon de gérer le conflit. La médiation apporte donc une plus-value à la pratique de l'avocat qui est de nature à augmenter la rentabilité de l'étude et non à la réduire.

- *La réputation de l'avocat*: Contrairement à ce que pensent certains avocats, la pratique de la médiation comme avocat-conseil en médiation contribue à la bonne réputation de l'avocat et de l'étude. Non seulement parce que cette pratique démontre la diversité des services offerts par l'avocat mais aussi parce qu'il sera clair, en proposant cette option au client, que l'avocat a aussi à cœur l'intérêt de son client et qu'il n'est pas uniquement motivé par le gain qu'une procédure judiciaire pourrait lui procurer.

¹⁷ A titre d'exemple de formations, on peut citer la journée d'étude sur «Le règlement amiable des conflits dans le nouveau Code de Procédure Civile (CPC)», organisée par le CEDIDAC/GEMME/UNIL, Lausanne, le 28 octobre 2009; Conflits dans l'entreprise, médiation intra- et inter-entreprises, UNINE/CEMAJ/CNCC, Neuchâtel, 13-14 novembre 2009; La formation OAV/UNIL sur les nouvelles procédures et notamment le module «Introduction de l'instance», Lausanne, jeudi 20 mai 2010; Conciliation et médiation: de nouvelles opportunités pour les juges et les justiciables, GEMME/CEMAJ/UNINE, Neuchâtel, du 25 mai 2011; La formation sur les nouveautés en matière d'arbitrage et de médiation commerciale, CCI/OAG, Genève, 20 octobre 2011; La médiation en contexte judiciaire, GEMME/CEMAJ/UNINE, Neuchâtel, 29 mai 2013; Les P'tits-Déjeuners de la Médiation organisés régulièrement par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève (CCIG); Les formations proposées par différents organismes et notamment la Fédération Suisse des Associations de Médiation (FSM), Le Groupement Pro Médiation (GPM) et la Fédération Suisse des Avocats (FSA).

¹⁸ Cf. référence 6 ci-dessus.

¹⁹ Formation OAV/UNIL sur «Les nouvelles procédures» et notamment le module «Introduction de l'instance», Lausanne, jeudi 20 mai 2010.

²⁰ Les grandes études d'avocats n'ont pas attendu les dispositions du CPC pour introduire dans leur offre de services la médiation. Au sujet de la rentabilité et la prospection de nouveaux clients, voir JOHANA BUSMANN, Avocat et prospection: Alliance contre-nature?, Revue de l'Avocat 2/2013, p. 61-68.

Du point de vue de la pratique de l'avocat, il y a d'autres considérations et d'autres avantages qui n'ont rien à voir avec la réputation, la réussite ou la rentabilité et qui me paraissent tout aussi importants à souligner:

- *La satisfaction de l'avocat dans l'accompagnement du client dans une médiation.* Il est clair que la relation entre l'avocat et son client s'en trouvera changée, enrichie. La médiation permet à l'humain de faire surface et pas simplement aux considérations juridiques d'être au centre des discussions. La profession d'avocat nécessite une ouverture sur les autres, le vécu des clients, leurs préoccupations et leurs soucis. L'accompagnement d'un client dans le cadre d'une médiation est un privilège pour un avocat et un signe de confiance de la part du client.
- Le plaisir d'utiliser ses compétences de juristes et ses autres compétences professionnelles et personnelles pour «construire» avec son client et pas uniquement pour «combattre» l'adversaire.
- *La flexibilité et la créativité* inhérentes au processus de médiation et auxquelles l'avocat participe dans la médiation ainsi que la possibilité d'exercer le métier d'avocat autrement.
- La possibilité de participer à un processus qui comporte moins de contraintes (règles de procédures et délais) même s'il y a un cadre qui est posé et qu'il faut respecter. La médiation donne *plus de liberté* au client mais aussi à l'avocat dans sa pratique quotidienne. On travaille à un autre rythme en médiation. Souvent, pendant un temps le rythme est beaucoup plus intense qu'en procédure judiciaire parce que les réunions s'enchaînent de façon rapprochée.
- La possibilité pour le jeune avocat de faire appel à un professionnel aux compétences complémentaires (le médiateur) pour l'aider à *canaliser des clients difficiles* tout en conservant le dossier²¹.

Dans la liste des avantages, on citera aussi des considérations plus juridiques mais qui représentent néanmoins des arguments en faveur de la pratique de la médiation pour les avocats:

- La confidentialité des débats.
- Dans les cas où la médiation n'aboutit pas, le client et son avocat n'ont perdu aucune possibilité de *recours* et une procédure judiciaire peut être entamée ou poursuivie le cas échéant. Cette caractéristique différencie la médiation notamment de l'arbitrage, qui est aussi un mode alternatif de résolution des conflits et pour lequel les recours dans le cadre d'une procédure judiciaire sont extrêmement limités.
- Un des avantages de la médiation pour l'avocat par rapport au droit collaboratif²² notamment, est que l'avocat qui accompagne son client en médiation peut, dans l'hypothèse où la médiation n'aboutit pas, *continuer à défendre les intérêts de son client en procédure judiciaire.*
- Les dispositions du CPC permettent de plus la *ratification* de l'accord passé en médiation. Un accord ratifié a les mêmes effets qu'un jugement. La ratification devrait, à mon sens, être possible non seulement pour les ac-

cords qui interviennent à l'issue d'une médiation judiciaire²³ mais également pour les accords de médiation qui interviennent alors qu'aucune procédure judiciaire n'est encore en cours²⁴. Dans ce cas, la procédure judiciaire serait introduite dans le but d'obtenir la ratification de l'accord de médiation.

Pour conclure sur les avantages de la médiation pour les avocats – et je pense que la grande majorité des avocats seront d'accord sur ce point – certains dossiers méritent d'être gérés autrement qu'en procédure judiciaire. Je pense notamment à des conflits successoraux, ou familiaux, à des conflits entre associés ou membres d'associations pour n'en citer que quelques-uns. Certains dossiers s'éternisent, tournent en rond, comme les clients qui sont concernés. Il est trop facile de reporter systématiquement la faute sur la partie adverse. Si la médiation peut apporter aux avocats un autre outil, une autre voie pour aider leurs clients à sortir plus rapidement d'un conflit, c'est un avantage certain.

V. Conclusion

Il est clair que les avocats ont à cœur l'intérêt de leurs clients, c'est une des raisons pour lesquelles nous nous engageons dans cette profession. Il est important de garder en mémoire les autres intérêts légitimes des avocats, qui les font encore parfois hésiter à recommander la médiation. Mon souhait est que la liste des avantages que la médiation apporte à l'avocat dans sa pratique, mentionnés dans cet article, sera de nature à faciliter le recours à la médiation qui enrichit notre profession. Le recours à la médiation peut être riche en expérience et rentable pour les avocats.

Bonnes médiations!

²¹ C'est une remarque faite par une avocate stagiaire qui voyait en la personne du médiateur, une personne ressource pour l'aider à gérer des dossiers lourds et délicats comme des divorces entre personnes plus âgées qui avaient des enfants et toute une vie à détricoter et à «rafistoler».

²² En droit collaboratif les avocats qui accompagnent leurs clients dans le cadre de ce processus doivent nécessairement se retirer si le processus collaboratif n'aboutit pas, c'est-à-dire qu'ils ne pourront pas accompagner leurs clients respectifs dans une procédure judiciaire ultérieure. Pour plus de renseignements sur la pratique de droit collaboratif en Suisse, voir www.collaborative-law-geneva.ch.

²³ C'est-à-dire une médiation qui intervient en remplacement d'une procédure de conciliation (art. 213 CPC) ou lors de la procédure au fond à la demande des parties ou sur recommandation du juge (art. 214 CPC).

²⁴ Dans le même sens: FLORENCE PASTORE/BIRGIT SAMBETH GLASNER, la médiation civile dans le Code de procédure civile, Revue de l'Avocat, 8/2010, p. 332.