

Ordre des avocats de Genève – Commission ADR

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Edité par

Laurent Hirsch, Avocat

Christophe Imhoos, Avocat

Citation suggérée de l'ouvrage: LAURENT HIRSCH/CHRISTOPHE IMHOOS (éds) *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

978-3-7255-8704-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève • Zurich • Bâle 2018

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

A. Médiation

Les métamorphoses de la régulation des conflits JACQUES FAGET	3
Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints LOUBNA FREIH	7
La médiation en protection de l'enfance ANNE CATHERINE SALBERG	19
La médiation successorale GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN	27
En chemin vers la résolution du conflit pénal CATHERINE HOHL-CHIRAZI / RITA SETHI-KARAM	37
La justice restaurative en Suisse CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE	47
Violence en milieu scolaire : pourquoi pas une médiation pénale ? FABIENNE PROZ JEANNERET / VIKTORIA AVERSANO / VÉRONIQUE HIRSCH	57
Médiation et conflits de voisinage PASCALE BYRNE-SUTTON	67
La médiation commerciale : quelques exemples tirés de la pratique BIRGIT SAMBETH GLASNER	77
Les services de médiation proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution CAROLINE MING	85
Médiation commerciale : un témoignage. Comment conjuguer les intérêts de la famille et ceux des entreprises dans les conflits successoraux JEAN MIRIMANOFF	95
Médiation administrative FABIENNE BUGNON	101
Mediation at the Court of Arbitration for Sport (CAS) JOSÉ LUIS ANDRADE	111
L'avocat et la médiation – entrez dans la danse ! CINTHIA LÉVY	121

Le choix du médiateur INGRID ISELIN ZELLWEGER	131
La co-médiation ; un outil au service des médiateurs NATHALIE FAVRE / BRUNO MUNARI	139
Clauses <i>multi-tiered</i> et la fenêtre de médiation PIERRE KOBEL	143

B. Arbitrage

Arbitrage commercial international SÉBASTIEN BESSON	153
Les services d'arbitrage proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution VALÉRIANE OREAMUNO	163
WIPO Mediation and Arbitration IGNACIO DE CASTRO / HEIKE WOLLGAST	173
L'arbitrage <i>ex aequo et bono</i> LAURENT HIRSCH	183
Arbitrage en matière de construction BERND EHLE	193
L'arbitrage de cas immobiliers JEAN-MARC SIEGRIST	199
Arbitrage en matière de propriété intellectuelle THOMAS LEGLER	207
L'arbitrage multipartite ALEXANDRA JOHNSON	219
Arbitrage en matière sportive LUCA BEFFA / FABRICE ROBERT-TISSOT	229
L'arbitrage d'investissement MICHAEL E. SCHNEIDER	239
L'arbitrage en droit public suisse ELEANOR MCGREGOR	249
Le choix de l'arbitre PIERRE-YVES GUNTER	259
The Pledge for equal representation and diversity in international arbitration DOMITILLE BAIZEAU	269

C. Autres méthodes de résolution des litiges

Le droit collaboratif (<i>Collaborative Law</i>) : un nouvel outil dans la gestion amiable des différends CHRISTOPHE IMHOOS	279
Dispute Boards CHRISTOPHER KOCH	289
La nature bicéphale de l'expertise-arbitrage ELENA NEIDHART	299
La conciliation judiciaire DAVID ROBERT	309
La conciliation en matière de baux et loyers SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE	319
Protection de la personnalité au travail : le dispositif du Groupe de confiance de l'Etat de Genève SOPHIE DE WECK HADDAD	331
Bureau de l'Amiable Compositeur : une réponse sur mesure à une question complexe MARTINE BRUNSCHWIG GRAF	343
Les Ombudsmans, des médiateurs souvent inconnus FLORENCE BETTSCHART	353
Le règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce CAMILLE FLÉCHET	361

D. Différents domaines de litiges

Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales ANNE REISER	371
La résolution à l'amiable des conflits en droit du travail NATHALIE SUBILIA	381
Le rôle du notaire dans la résolution des litiges successoraux COSTIN VAN BERCHEM	389
Médiation et arbitrage dans les services financiers (conseil en placement et gestion de fortune) LUC THÉVENOZ	395
La résolution des litiges dans les foires MICHÈLE BURNIER	405

E. Aspects généraux et transversaux

Les ADR et l'orientation préalable JEAN GAY	417
The Global Pound Conference (GPC) Series, The future of commercial ADR and mixed modes: How does Geneva compare? JEREMY LACK	429
Le rôle du juge civil dans la résolution amiable des litiges SOPHIE THORENS-ALADJEM	439
Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution des litiges NICOLAS BURGNER	447
Protection juridique, médiation, digitalisation : la révolution. Objectifs : Présentation de l'expérience en médiation d'un assureur protection juridique MARCEL PAQUIER	453
Les biais dans les processus décisionnels CATHERINE AUDRIN / DAVID SANDER	463

CINTHIA LÉVY*

L'avocat et la médiation – entrez dans la danse !

Introduction

De plus en plus d'avocats s'intéressent à la médiation et la recommandent à leurs clients. Le rôle de l'avocat en médiation n'est cependant pas encore bien compris par de nombreux confrères.

La question qui se pose aujourd'hui n'est pas de savoir si un avocat doit s'intéresser à la médiation, mais plutôt comment et avec quelle formation il peut accompagner ses clients dans le processus de médiation. La médiation peut en effet être demandée par le client ou proposée par l'autre partie, ou encore recommandée par un magistrat, ce qui arrive de plus en plus régulièrement¹.

A l'heure où la compétition entre les avocats et avec d'autres professions fait rage, et face à la multiplication des sites de consultation en ligne et autres tentatives de digitalisation de la profession, l'avocat doit moderniser sa façon de travailler et diversifier ses services. En particulier, l'avocat doit privilégier les services où la relation interpersonnelle avec son client est importante, et où le conseil et l'accompagnement sont omniprésents. La médiation s'insère ainsi stratégiquement dans les nouveaux services que l'avocat doit offrir à ses clients.

La présente contribution est une réflexion sur le rôle de l'avocat en tant que conseil dans le cadre de la médiation².

* Avocate et médiatrice

¹ Les permanences de médiation se multiplient au sein des tribunaux, permettant aux magistrats d'envoyer les parties et leurs avocats durant les audiences vers des médiateurs pour être informés. A titre d'exemple, voir la directive sur la permanence de médiation de l'Ordre judiciaire vaudois, FAO – Vaud du 8 mai 2018 et consultez <https://www.vd.ch/themes/justice/conseils-et-assistance/mediation-en-matiere-civile/> (consulté le 25.06.2018). Voir également l'article « L'entente hors procès inspire Genève » consacré à la permanence de médiation de l'Ordre judiciaire vaudois, paru dans le journal 24 heures du 19 février 2018.

² Il ne s'agit pas ici de parler du rôle du médiateur, mais bien de l'avocat qui accompagne son client en médiation et qui devient « avocat-conseil en médiation ».

Depuis l'entrée de la médiation dans le Code de procédure civile (CPC), la pratique des modes amiables, dont la médiation, se développe en Suisse. Les formations universitaires et dans les Hautes Ecoles se multiplient. La médiation est devenue une des matières importantes et incontournables dans la formation académique et professionnelle.

Pour les avocats qui entrent dans la profession, le rôle d'avocat-conseil en médiation fait naturellement partie des services qu'ils offriront à leurs clients, au même titre que le conseil juridique, la représentation en justice et la négociation.

L'avocat n'est plus aujourd'hui exclusivement un négociateur intransigeant ou un guerrier. Les clients attendent de leurs avocats qu'ils les conseillent, les guident, les rassurent et les renseignent sur les différents modes de résolution des conflits et pas uniquement sur la procédure judiciaire. On peut dire qu'il y a un changement de paradigme et une évolution sociologique dans le rapport entre le client et son avocat³.

L'avocat a-t-il un rôle spécifique à jouer dans le cadre du processus de médiation ? Est-il juste un figurant, appelé à intervenir uniquement en cas d'échec du processus pour accompagner son client au tribunal ? Y a-t-il un intérêt pour l'avocat à accompagner son client en médiation ? Y a-t-il différentes façons d'accompagner son client en médiation ? Est-ce rentable pour l'avocat ? Ces questions seront abordées successivement dans le cadre de cette contribution.

I. La médiation : Définition – Processus – Parties

La médiation est un processus volontaire de prévention, de gestion et de résolution des conflits par lequel un médiateur aide les parties à trouver une solution amiable et durable au conflit qui les oppose. Le médiateur est un tiers neutre, indépendant et impartial.

Le caractère volontaire de la médiation est un sujet important et qui fait l'objet de nombreux débats en Suisse et au niveau européen⁴. En Suisse, la règle qui prévaut est

³ Un changement similaire est intervenu il y quelques années dans le rapport entre le patient et son médecin. La profession d'avocat se trouve au cœur d'une évolution sociétale similaire et il est important d'en prendre la mesure pour répondre aux demandes des clients.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_628/2015 du 16 mars 2016 ; C. LÉVY, La sanction de l'inexécution des clauses de conciliation et de médiation, RSPC 05/2016, pp. 559-566 ; Rapport du Parlement européen, Legal and Parliamentary Affairs on « 'Rebooting' the Mediation directive », 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf); voir également le rapport du Parlement européen de 2016 sur « The implementation of the Mediation directive », 29 novembre 2016, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA\(2016\)571395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/571395/IPOL_IDA(2016)571395_EN.pdf) (consultés le 25.06.2018).

que les parties sont libres d'entrer et de sortir de la médiation quand elles le souhaitent⁵. C'est à la fois une particularité de la médiation et une force du processus. Tant que les parties sont engagées dans une médiation, même si elles sont en désaccord sur tout, elles sont en tout cas d'accord sur le fait de chercher une solution.

Il arrive encore souvent que les avocats ne participent pas à la médiation, considérant que si leur client choisit ce processus, ils n'auront rien à faire. Ce n'est pas exact. L'accompagnement du client dans le processus de médiation, que l'avocat soit ou non présent aux séances avec le médiateur, peut s'avérer utile voire déterminant pour le client et pour la réussite de la médiation.

Selon CATHERINE EMMANUEL, on peut identifier six étapes clefs dans lesquelles l'avocat a un rôle à jouer en lien avec le processus de médiation⁶:

- informer son client de l'existence des modes amiables, dont la médiation ;
- évaluer la pertinence ou non du recours à la médiation ;
- convaincre son client et l'avocat de l'autre partie de l'intérêt de la médiation ;
- préparer son client à la première rencontre de médiation ;
- accompagner son client tout au long du processus ;
- rédiger un accord de médiation et demander la ratification de l'accord, le cas échéant.

Nous allons examiner plus en détail trois stades en lien avec le processus de médiation (Avant – Pendant – Après) et la contribution spécifique de l'avocat à chaque stade.

⁵ Sous réserve de dispositions contractuelles, voir note 4. Dans le cadre de la médiation en entreprise, voir également l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 mai 2012, 2C_462/2011, imposant aux entreprises « la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein ».

⁶ C. EMMANUEL, « Le coaching du client en médiation familiale », Commission ouverte du Barreau de Paris, Modes amiables de résolution des différends, Présentation disponible sous : http://www.avocatparis.org/system/files/worksandcommissions/coaching_avocat_mediation_ce_2_de_cembre_2015.pdf (consulté le 25.06.2018). Voir également B. SAMBETH GLASNER et F. PASTORE, Rôles et contributions de l'avocat en médiation, *Revue de l'avocat*, 9//2015 ; C.IMHOOS, Le rôle de l'avocat en médiation commerciale, *Création d'Entreprises*, n°5, juin 2008.

II. Rôle de l’avocat avant le processus de médiation : l’avocat, conseil indispensable

Lorsqu’un client s’adresse à un avocat, il souhaite dans un premier temps être informé sur ses droits et sur l’analyse de son dossier. L’avocat doit compléter cette analyse par une explication des différents modes de résolution des conflits à disposition pour son client. Le rôle de l’avocat est primordial pour guider son client vers le mode de résolution des conflits le plus adapté au dossier et aux personnes concernées.

Dans la pratique classique de l’avocat, il s’agira le plus souvent de transiger dans un premier temps et d’entamer une procédure judiciaire si la négociation n’aboutit pas.

Depuis l’entrée en vigueur des articles 213 à 218 du CPC portant sur la médiation, et les règles cantonales et déontologiques qui ont suivi⁷, l’avocat a l’obligation de parler à son client des modes amiables, dont la conciliation obligatoire et la médiation⁸. La formation des avocats aux modes amiables est indispensable pour pouvoir conseiller les clients et les rassurer avec des éléments concrets⁹. L’avocat pourra également entamer avec le conseil de l’autre partie un dialogue constructif sur le choix du processus de résolution des conflits à envisager, dans l’intérêt des parties.

Je souhaite souligner que contrairement aux craintes de certains confrères, proposer la médiation dans un dossier à un autre confrère est un signe de gestion saine et constructive d’un dossier, qui n’a rien à voir avec les forces ou les faiblesses relatives du dossier. Ce n’est en tout cas pas un signe de faiblesse, bien au contraire. Alors que les jeunes avocats pourraient avoir un avantage dans la facilité du recours à la médiation, étant donné qu’ils auront pour la plupart été formés à la médiation dans leur cursus universitaire, je perçois ici un avantage pour les avocats plus expérimentés. En effet,

⁷ Par exemple : les recommandations du Conseil de l’Ordre en matière de médiation du 7 mars 2017, Ordre des avocats vaudois, disponible sous : http://www.mediation-oav.ch/images/uploaded/file/Recommandations_OAV.pdf (consulté le 25.06.2018). Voir également l’article 10 al. 2 des Us et Coutumes Genevois.

⁸ M. SCHALLER REARDON, De l’importance pour les avocats de s’investir dans la médiation, *Revue de l’avocat*, 3/2016, pp. 123-125, spéc. p. 123. L’auteure cite également le Bâtonnier ELKAIM dans la préface de l’ouvrage « La résolution amiable des différends en Suisse – interactions pour une meilleure résolution des litiges entre justice traditionnelle et modes consensuels », J. A. MIRIMANOFF, Stämpfli, Berne 2016 ; PH. MASPOLI, La justice vaudoise pousse les ennemis à s’entendre hors-procès, *Journal 24 heures* du 17 août 2017.

⁹ B. SAMBETH GLASNER, « L’avocat peut devenir un coach de médiation », *Plaidoyer*, 2/11 ; Check list pour les avocats, élaborée par la Chambre de médiation de l’Ordre des avocats vaudois, <http://www.mediation-oav.ch/images/uploaded/file/Check-List-Avocat-tableau.pdf> (consulté le 25.06.2018); A noter une initiative intéressante de la Commission ADR de l’Ordre des avocats de Genève : Projet pilote Avocat-Expert dans la médiation du 4 avril 2017.

ceux-ci ont l'habitude de gérer des clients difficiles et des situations tendues. Ils ont acquis une certaine maturité non seulement en raison de leur âge mais aussi de leur expérience de vie et de leur parcours professionnel. Ces aptitudes pourront ainsi aider dans le cadre de la médiation à « calmer le jeu », à mettre en perspective certains débordements et à rassurer et guider les personnes en conflit.

De plus, indépendamment de l'intérêt de la médiation pour les clients quand ce processus est recommandé¹⁰, l'avocat a également un intérêt personnel en tant que conseil, à recommander la médiation à ses clients¹¹. Il s'agira par exemple de la possibilité d'entrer dans un processus structuré où la créativité et la flexibilité sont privilégiées. L'avocat aura aussi la satisfaction d'utiliser l'ensemble de ses compétences (juridiques et interpersonnelles) et son expérience pour construire avec son client plutôt que combattre au nom de son client. L'intérêt de l'avocat est également présent dans la diversité des services qu'il peut offrir à son client et pratiquer, avec moins de contraintes et plus de liberté. Un autre avantage de la médiation pour l'avocat est l'intérêt d'avoir un nouvel outil pour gérer des dossiers délicats et chargés émotionnellement en dehors d'une procédure qui répond rarement aux besoins réels du client.

La pratique de la médiation peut en outre être une activité tout à fait rentable pour l'avocat dans la mesure où elle vient s'ajouter à ses autres activités plus traditionnelles. Cette pratique pourra ainsi lui apporter de nouveaux mandats et une flexibilité dans la gestion de mandats existants lui permettant de proposer de nouvelles pistes à ses clients. L'avocat pourra, grâce à la médiation, finaliser plus rapidement certains dossiers pour se consacrer à d'autres dossiers également rentables voire plus rentables. Durant la médiation, l'avocat pourra travailler dans le dossier de façon plus intense sur une période plus courte, ce qui peut s'avérer rentable également. L'expérience acquise en accompagnant des clients en médiation pourra devenir un critère de marketing et contribuer à la réputation de l'avocat, ce qui aura certainement une incidence positive sur la rentabilité de l'étude¹².

Il arrive encore trop souvent que les parties soient renvoyées en médiation pour les mauvaises raisons. J'entends parfois des avocats ou des juges dire : « *Je ne sais vraiment plus comment faire avec ces gens là, alors je les ai envoyés en médiation* » ou « *franchement, je n'y crois pas, j'ai dit aux parties d'essayer, on verra bien* ».

¹⁰ *Ibidem*, Check list pour les avocats.

¹¹ C. LÉVY, Les avantages de la médiation pour l'avocat, Revue de l'avocat 11/12 2013, pp. 470-476.

¹² C. LÉVY et L. TILLE, Comment rendre la médiation rentable pour les avocats, Plaidoyer 2/2017, pp. 20-23.

Dans d'autres cas, les parties arrivent en médiation convaincues qu'elles pourront obtenir tout ce qu'elles réclament en procédure, à moindres frais et plus rapidement, puisque tout simplement leur avocat leur a dit qu'elles avaient raison.

Ce n'est pas une bonne façon d'entamer une médiation. Souvent les médiateurs doivent passer un temps considérable à « réparer les pots cassés » avant de pouvoir entamer le travail de médiation.

Il me semble qu'un facteur déterminant pour renvoyer en médiation est d'entrevoir la possibilité que les parties, dans le cadre du dialogue qui sera mis en place en médiation, puissent prendre en considération la réalité et la vision de l'autre dans l'équation qui mènera vers une solution. Si la seule chose qui anime votre client est d'imposer à l'autre sa vision des faits, du droit et du dossier, sa façon de penser et ses perceptions parce qu'il a raison et que l'autre a tort – ne perdez pas votre temps en médiation. Si par contre, vous voyez la possibilité ou la nécessité de prendre en considération la vision de l'autre pour construire le futur parce que le lien sera maintenu, ou parce que les parties veulent se séparer dignement, rapidement et intelligemment, alors la médiation est certainement une voie intéressante et elle doit être recommandée.

Au-delà de ces considérations, c'est au client de décider ce qui est le mieux pour lui.

La médiation peut être proposée à tous les stades de la procédure. Si la médiation vous paraît intéressante dans la situation mais qu'elle n'est pas envisageable dans un premier temps en raison de l'animosité existante entre les parties, il pourrait être intéressant de proposer cette piste ultérieurement, comme le prévoit d'ailleurs l'article 214 CPC.

Les médiateurs, les avocats et les magistrats doivent travailler ensemble pour clarifier l'interaction entre la médiation, la conciliation et la procédure, et simplifier les informations transmises aux parties concernées, ce qui facilitera la mise en œuvre des médiations et le lien avec les procédures en cours¹³.

III. Rôle de l'avocat pendant le processus de médiation : l'avocat partenaire

Une fois le choix du processus de médiation avec son propre client et l'accord de l'autre partie obtenu, l'avocat a un rôle à jouer tout au long du processus.

¹³ C'est précisément cette collaboration entre magistrats, médiateurs et avocats qui a été mise en place dans le cadre de la permanence de médiation de l'Ordre judiciaire vaudois, voir note 1.

Il faut relever que selon l'article 216 CPC l'avocat est tenu à la même confidentialité qui s'applique à son client pour l'ensemble des échanges intervenus dans le cadre de la médiation.

L'avocat peut être présent ou non aux séances individuelles ou plénières de médiation. Il arrive que les avocats soient présents aux entretiens préalables pour accompagner leurs clients, rencontrer le médiateur et mettre en place la médiation, puis, d'entente avec leurs clients, qu'ils ne participent pas aux séances plénières ultérieures.

Le rôle de l'avocat ne se limite cependant pas à une présence aux séances avec le médiateur. Outre son rôle essentiel dans le choix du processus (voir point 2 ci-dessus), l'avocat devra préparer son client aux différentes séances de médiation. Cela signifie non seulement examiner avec le client les aspects juridiques du dossier, mais aussi les enjeux fondamentaux stratégiques, émotionnels et financiers. Il faut rappeler que pour maintenir sa neutralité, le médiateur ne donne pas d'avis en droit aux parties dans le cadre de la médiation¹⁴. C'est le rôle de l'avocat, et ce rôle demeure intact lorsque les parties sont en médiation.

L'analyse que l'avocat fait avec son client pourra notamment porter sur les besoins, les intérêts et les craintes du client – tous ces éléments importants qui auront inmanquablement une influence dans la médiation car c'est ce qui compte fondamentalement pour le client. Il s'agit aussi pour l'avocat de préparer son client à un certain état d'esprit pour entamer le processus de médiation et le poursuivre. Je reçois parfois des clients en médiation qui arrivent tendus comme des cordes de violon, et qui commencent par un « réquisitoire » formel à charge de l'autre partie avec des conditions préalables et non négociables pour poursuivre le dialogue. Clairement, ces clients ont été soit mal renseignés ou ils n'ont pas bénéficié des conseils d'un avocat soucieux du bon déroulement de la médiation. Il peut aussi arriver que l'avocat n'avait pas la moindre idée de son rôle en médiation ou des informations à transmettre à son client.

Lorsque l'avocat n'a pas d'expérience préalable en médiation comme avocat-conseil, ce qui est encore assez fréquent, il faut demander l'aide du médiateur qui transmettra toutes les informations nécessaires sur les rôles respectifs des parties, des avocats et son propre rôle lors d'un entretien préalable ou lors d'une première séance de médiation avec toutes les parties présentes. Les contacts téléphoniques entre avocats et médiateurs dans la phase de mise en place de la médiation sont d'ailleurs fréquents. Ces informations peuvent également être obtenues dans les permanences de médiation.

Parmi les informations essentielles à transmettre au client qui va participer à une médiation, il y aura donc : le rôle du médiateur, des avocats et surtout le rôle des parties.

¹⁴ Cette règle s'applique même si le médiateur est avocat ou juriste de formation.

Ce sont les parties, encouragées et guidées par le médiateur qui s'exprimeront sur la situation conflictuelle, sur les causes et leur analyse de la situation, qui rechercheront des pistes de solutions et des options et qui finalement définiront les contours d'un accord. La responsabilisation du client par rapport aux décisions qui seront prises dans le cadre de la médiation doit être bien expliquée par l'avocat et renforcée par le médiateur. Ce sont les parties, *in fine*, dans le cadre de la médiation qui reprennent possession de leur vie, de leur famille, de leurs avoirs, de leurs affaires. Le médiateur organise le cadre dans lequel le dialogue devient à nouveau possible, il encourage les parties dans l'écoute et le respect mutuel, il participe à l'échange d'idées, synthétise et souligne les points d'accord et de désaccord, mais il ne propose pas de solution clef en main aux parties¹⁵.

En médiation familiale, il est fréquent que les avocats soient actifs avec leurs clients dans le choix du processus, la préparation des séances, le suivi et la rédaction de l'accord final, mais qu'ils ne soient pas présents pendant les séances pour permettre aux parties d'ouvrir la discussion aux aspects plus personnels et concrets et ne pas revenir systématiquement et exclusivement sur des considérations juridiques. En matière commerciale, c'est le schéma inverse: les avocats sont en général présents tout au long du processus et durant les séances de médiation. Ils participent à la fois aux discussions sur les considérations juridiques et sur la recherche créative de solutions incluant les aspects techniques et commerciaux du dossier. Comme le rôle du médiateur n'est pas de guider les parties là où il pense que se trouve une solution, c'est aux avocats d'aider leurs clients à réfléchir, en prenant en considération non seulement leurs intérêts mais aussi les intérêts de l'autre partie, en posant des questions et en cherchant à construire des ponts afin d'aider les parties dans la recherche de solutions.

IV. Rôle de l'avocat après le processus de médiation : l'avocat expert

Lorsque le processus de médiation a pris fin, plusieurs situations peuvent se présenter.

La médiation peut avoir abouti à un accord. Les statistiques démontrent que le taux de « réussite » de la médiation est de l'ordre de 70 % tous domaines confondus¹⁶.

¹⁵ C'est une des différences avec le juge conciliateur dont le rôle consiste principalement à écouter les prétentions des parties, analyser la situation en droit et à faire une proposition de solution que les parties sont libres d'accepter ou non.

¹⁶ Enquête Médiation Suisse 2014, publiée en novembre 2014 et disponible sur le site de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM).

Le rôle de l'avocat va dépendre du stade de la procédure. Si une procédure de conciliation ou au fond est engagée et qu'elle a été suspendue pendant la durée de la médiation, l'avocat pourra proposer à son client de faire ratifier l'accord de médiation selon l'article 217 CPC. Il faut que les parties fassent cette demande conjointement. L'instance qui ratifie (autorité de conciliation ou juge du fond) dispose d'un pouvoir de cognition limité qui consiste à analyser si l'accord n'est pas manifestement disproportionné et s'assurer qu'il ne viole pas les dispositions impératives¹⁷.

Cette ratification clôturera la procédure et l'accord de médiation aura les mêmes effets qu'une décision entrée en force. Il se peut aussi que les parties retirent leur demande en justice et ne souhaitent pas obtenir la ratification de l'accord. Dans ce cas, l'accord des parties a la valeur d'un contrat.

Il se peut aussi que la médiation se déroule en dehors de toute procédure judiciaire. Dans ce cas, le CPC ne prévoit pas, actuellement, de possibilité de demander la ratification de l'accord, ce qui est critiqué par la doctrine¹⁸.

Il se peut que lors de la médiation, les parties aient prévu une date relais leur permettant de tester la solution préconisée dans l'accord et susceptible d'être confirmée ou d'être réévaluée selon des critères définis entre elles. Dans ce cas, l'avocat devra veiller à organiser avec son client, l'autre partie et le médiateur, cette séance relais et devra conseiller son client sur le maintien ou la modification des conditions de l'accord, voire proposer de nouvelles options.

Si la médiation n'aboutit pas, les avocats devront réévaluer avec leurs clients l'intérêt d'entamer une nouvelle négociation ou d'entamer ou poursuivre une procédure judiciaire. A noter que si la médiation était une médiation judiciaire, c'est-à-dire entamée dans le cadre d'une procédure judiciaire qui est suspendue pendant la durée de la médiation, le juge de la conciliation délivrera une autorisation de procéder (art.213 CPC) ou le juge du fond, s'il est déjà saisi, reprendra la procédure (art.214 CPC).

Les parties ont besoin de leurs avocats pour les guider à travers ces dispositions et pour décider de la meilleure solution dans le cas qui les occupe. Lorsque la médiation aboutit à une solution satisfaisante pour les parties, elles seront naturellement reconnaissantes envers leurs avocats de leur avoir proposé ce mode de résolution des conflits et de les avoir guidées tout au long du processus. En cas de nouveau dossier, c'est naturellement

¹⁷ Message p. 6944 – Article 217 CPC.

¹⁸ F. PASTORE et B. SAMBETH GLASNER, La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié, Revue de l'avocat 8/2010, p.332 ; Le législateur belge a fait un autre choix en prévoyant la possibilité d'obtenir l'homologation d'un accord de médiation en dehors de toute procédure judiciaire à certaines conditions (Article 1733 Code Judiciaire belge).

vers ces avocats que les parties se tourneront de même que pour la mise en pratique des solutions préconisées en médiation¹⁹.

Conclusion : Entrez dans la danse

Le rôle de l'avocat, à l'instar de nombreuses professions, est en pleine évolution. Certains pessimistes annoncent la disparition de la profession au profit des sites internet de recherches juridiques, d'autres se cramponnent aux services classiques de l'avocat, les visionnaires ont déjà pris le virage des nouvelles technologies adaptées aux services de l'avocat et se sont formés aux nouvelles pratiques telles que la médiation et le droit collaboratif.

Comme nous l'avons décrit dans la présente contribution, le rôle de l'avocat est multiple et essentiel à tous les stades, *avant, pendant et après* la médiation. Ce rôle est bien plus large que la simple présence des avocats lors des séances de médiation. La formation et l'implication des avocats peuvent être un gage de réussite du processus dans l'intérêt des parties. Les avocats formés comme conseil en médiation sont des alliés du médiateur pour faire aboutir le processus de médiation. Plus la participation des avocats à la médiation se généralisera, plus les avocats seront perçus comme contribuant à l'apaisement des relations au sein de notre société tout en leur permettant de diversifier leurs activités.

Pour terminer, je propose une métaphore sur le thème de la danse :

La procédure judiciaire est comme une valse à trois temps, traditionnelle, bien orchestrée et bien programmée, visible et prévisible. Chaque danseur a un rôle différent et préalablement défini.

La médiation est comme une « Silent Party »²⁰ ; la danse est au choix, ceux qui entendent la même musique, « s'entendent », se reconnaissent et peuvent se retrouver. Ce sera le cas des parties, de leurs avocats et du médiateur. Pour ceux qui sont en dehors, ou qui écoutent une autre musique, cela semble curieux, et peut même paraître incompréhensible. Toutefois, même pour ceux qui n'écoutent pas la même musique, l'harmonie des gestes et la magie du moment de la médiation sont perceptibles et présents.

¹⁹ C. LÉVY. et L. TILLE, *op. cit.*, p. 21.

²⁰ Une « Silent Party » est une soirée dansante où les participants reçoivent des casques sans fils pour écouter la musique et qui dansent apparemment « en silence » pour les observateurs extérieurs.