

## Le médiateur doit-il dire le droit ?

Table Ronde - Réflexions suite à la conférence organisée par la Chambre de médiation de l'Ordre des avocats vaudois (OAV) sur « La place du droit en médiation » le 16 juin 2021

### **Cinthia Lévy**

LLM, Avocate et Médiatrice FSA

Médiatrice CSMC, FSM, OMPI, TAS

Coordinatrice de la Permanence de médiation de l'Ordre judiciaire vaudois

Directrice de la formation en médiation de la FSA

Chargée de cours à la Faculté de droit de l'UNIL et de l'UNIGE

La question de savoir si le droit a sa place en médiation n'est en réalité pas controversée. Comme cela a été rappelé lors de la conférence, en citant Gary Friedman "The question is not whether the law is involved, but how to deal with the law's involvement" (Friedman, G., Himmelstein, J., Challenging Conflict, Mediation through understanding, ABA, 2008, p. 139). Ainsi, après avoir examiné les questions juridiques qui se posent éventuellement lors d'une médiation, il se peut que les éléments de droit soient mis de côté, simplement parce que la solution ne réside pas dans le droit, mais ailleurs. L'intérêt aura été de clarifier l'espace de négociation et d'éviter que le droit ne fasse irruption, ultérieurement et à contre temps, si les parties n'ont pas eu l'occasion de comprendre les réalités juridiques telles que comprises par chacune. A l'inverse, il se peut que certaines questions de droit soient centrales dans le cadre de la résolution du conflit et il est essentiel de pouvoir les aborder dans la médiation. En résumé, le droit a sa place dans la médiation, mais ce n'est pas la seule chose, ni la première chose à examiner, ni nécessairement la chose la plus importante.

Lors de cette conférence, plusieurs approches ont été partagées pour déterminer les contours de l'intervention du médiateur en lien avec sa formation, sa responsabilité s'il est par ailleurs avocat, ou encore des approches plus évaluatives de la médiation.

La présente contribution se concentre sur un aspect en particulier qui a été débattu avec intérêt lors de la conférence, à savoir qui doit « dire le droit », c'est-à-dire conseiller ou informer les parties en droit dans la médiation ? La médiatrice peut-elle prendre ce rôle ? Faut-il faire appel aux avocats des parties et les faire entrer dans la médiation s'ils ne sont pas présents ? Faut-il inviter les parties à se renseigner en dehors de la médiation et revenir informés sur leurs droits ? Faut-il inviter un avocat en médiation pour conseiller les parties et prendre le rôle d'expert en droit ? En médiation, il ne s'agit nullement de parvenir à un accord dans l'ignorance de ses droits. Bien au contraire.

Plusieurs opinions ont été exprimées et débattues lors de la conférence, l'avis majoritaire étant qu'il n'appartient pas au médiateur de dire le droit. Si des questions de droit impératif se posent par exemple, la médiatrice devra inviter les parties à se renseigner sur leurs droits auprès de leurs avocats respectifs et inclure ces avis dans les discussions lors des séances de médiation.

Voici 4 raisons pour lesquelles, selon moi, le médiateur ne devrait pas dire le droit :

- (1) Une raison de principe : la neutralité, qui implique que la médiatrice ne prend pas position sur le fond du litige, est enseignée dans toutes les formations en médiation,

en Suisse comme à l'étranger. C'est un pilier de la médiation en lien avec la posture du médiateur, au même titre que l'impartialité (ou la multipartialité) ou l'indépendance. Si la médiatrice prend position sur le fond, elle perd en tout cas la confiance d'une des parties dans la médiation ce qui a pour effet de mettre fin au processus.

- (2) Une raison stratégique : dans le cadre de la promotion de la médiation, on tente depuis des années d'appivoiser les avocats et les juges pour qu'ils conseillent la médiation aux parties. Si le médiateur donne un avis en droit lors de la médiation, quel est le rôle de l'avocat qui accompagne son client en médiation ou qui laisse son client aller seul en séance de médiation tout en continuant à le conseiller ? Que se passe-t-il si l'avis donné par la médiatrice, son évaluation des chances de succès de telle ou telle action en justice est contredite ensuite par l'avocat d'une des parties ? Que se passe-t-il si une des parties prend un avocat en cours de médiation et que les avis sont divergents ?
- (3) Une raison pratique du point de vue des parties : si l'avis en droit peut venir de la médiatrice, alors les parties en médiation vont s'en remettre à celle-ci, en sa qualité d'experte en droit, pour trouver une solution. La médiation va naturellement se focaliser sur les aspects juridiques du dossier (haut de l'iceberg). Il n'y aura pas de responsabilisation des parties par rapport à la recherche de solutions, ce qui est précisément la particularité du processus de médiation.
- (4) Une raison pratique du point de vue du médiateur : en tant que médiateur, on ne peut pas être en même temps « au four et au moulin ». Comment rester dans l'accueil, le non-jugement, l'écoute en privilégiant l'ouverture et en même temps prendre le rôle de celui qui sait – l'expert en droit ?

Pour toutes ces raisons, complétées par l'aspect de la responsabilité du médiateur évoquée par le Professeur Bohnet lors de la conférence, la médiatrice ne doit, selon moi, pas dire le droit en médiation.

Une nuance peut toutefois être faite entre dire le droit, c'est à dire donner un conseil juridique et donner des informations juridiques objectives qui ne mettent pas une partie dans une situation plus avantageuse que l'autre. Si dans le cadre d'une médiation, les parties me demandent si l'accord intervenu dans la médiation judiciaire peut être ratifié par un juge, je peux répondre à cette question, en tant que médiatrice, en donnant les informations « juridiques » requises. C'est très différent de se prononcer sur l'opportunité ou non de faire ratifier un accord issu de la médiation, ce qui serait un avis de droit. Je peux avoir une discussion avec les parties à ce sujet, explorer les différentes pistes et voir comment chacune se positionne, mais je ne donnerai pas un conseil, encore moins mon avis pour des questions de procédure en lien avec la médiation et à fortiori pas de conseil sur le fond du litige.

A plusieurs reprises, il a été question des particularités de « l'avocat-médiateur » lors de la conférence et la question s'est posée de savoir si le médiateur, qui par ailleurs est avocat, doit se positionner différemment et dire le droit alors que la médiatrice qui n'est pas avocate ne devrait pas. Je partage l'avis du Professeur Bohnet sur cette question, le rôle du médiateur ne change pas, qu'il soit avocat ou qu'il ait une autre profession (Bohnet, F., Martenet, V., Droit de la profession d'avocat, Stämpfli, Berne, 2009, N 3467).

Il me paraît utile de préciser que les titres « Médiateur-Avocat » ou « Avocat-Médiateur » n'existent pas et portent à confusion. Une personne peut être titulaire du titre « Médiateur » et par ailleurs du titre « Avocat ». Si on est formé à la médiation et qu'on accompagne un client en tant que conseil dans le cadre de la médiation, on est avocat. Si on est nommé comme médiatrice dans un dossier, et qu'on est par ailleurs avocate de profession, on reste médiatrice dans ce dossier. On est médiatrice ou avocate dans un dossier, il n'y a pas de double casquette.

Par contre, je pense qu'il existe bien des spécificités de la Médiatrice FSA, ou du médiateur qui, par ailleurs, exerce la profession d'avocat sans nécessairement porter le titre de Médiateur FSA. Ces spécificités relèvent à la fois du « savoir être » et du « savoir faire » du médiateur. En voici quelques exemples :

- Son expérience pour gérer des conflits avec une approche professionnelle et l'accompagnement des personnes prises dans l'engrenage du conflit ;
- Sa façon de s'exprimer, de s'adresser aux parties, à leurs avocats, sa capacité de synthèse et une certaine autorité pour la pause du cadre nécessaire à la médiation ;
- Sa compréhension du langage juridique et la possibilité d'identifier rapidement où les personnes se trouvent si une procédure judiciaire est en cours ;
- En toile de fond, sa connaissance du monde judiciaire avec ses garanties indispensables dans un État de droit et ses limites ;
- Sa capacité d'offrir des approches multiples, interdisciplinaires, tenant compte de sa formation juridique et de toutes ses autres formations qui seront venues compléter celle-ci et enrichir l'approche et les outils du médiateur ;
- Une certaine image et confiance de la part des autres praticiens du droit ;
- Sa connaissance du droit – non pas pour dire le droit, mais pour comprendre et identifier les enjeux, pour poser les questions pertinentes, pour interagir avec les avocats dans le cadre de la médiation que ces derniers soient ou non présents en séance de médiation, pour interagir avec les magistrats dans le cadre des médiations judiciaires ;
- Sa capacité de prendre du recul par rapport au droit. De façon paradoxale, c'est peut-être la connaissance du droit et le cadre posé lors de la médiation qui permettra aux parties de s'écarter du droit ou de lui donner sa juste place. Cela permettra aussi à la médiatrice d'accompagner les parties non pas en méconnaissance du droit mais en présence ou en marge du droit – lorsque l'intérêt des parties le commande et que la solution se trouve ailleurs.

Félicitations aux organisateurs de cette conférence sur « La place du droit en médiation », qui a rassemblé de nombreux praticiens et des intervenants de qualité. Cette conférence aura eu le mérite de poser les bonnes questions, de contribuer à la réflexion dans ses aspects de principe et de pratique de la médiation, tout en permettant à chacun de faire valoir son point de vue, sans jugement.

Cinthia Lévy  
16.08.21