

ANWALTS [9 | 2015] REVUE DE L'AVOCAT

MARTINE LANG

L'Ordre des avocats jurassiens SEITE / PAGE 357

WOLFGANG WEISS

Zukunft des Anwaltsberufs SEITE / PAGE 360

CHRISTOPHE PIGUET / ALEXANDRE DYENS

Konnte mit der Einführung der Schweizerischen
Strafprozessordnung tatsächlich eine Stärkung
der Verteidigungsrechte bewirkt werden? SEITE / PAGE 365



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

RÔLES ET CONTRIBUTIONS DE L'AVOCAT EN MÉDIATION

BIRGIT SAMBETH GLASNER*

LL.M., Avocate et médiatrice FSA, associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax à Genève

FLORENCE PASTORE**

DEA en droit international privé, Avocate et médiatrice FSA, Etude ALTENBURGER LTD legal + tax à Genève

Mots-clés: avocat, rôle de l'avocat, médiation, mediation advocacy, prévention et résolution de conflits

Progressivement, la médiation se développe et occupe une place de plus en plus importante parmi les instruments à la disposition des avocats.

Loin de constituer une menace pour leur activité, qu'elle soit de conseil ou judiciaire, elle leur offre la possibilité de répondre plus précisément aux besoins et aux attentes de leurs clients et de développer avec eux une véritable stratégie de résolution et de prévention des différends.

La présente contribution met en évidence ce que l'avocat peut apporter à la médiation et les avantages qu'il peut en retirer.

Par décret du 11 mars 2015, la France a modifié son Code de procédure civile en ce sens que, dorénavant, une «*assignation [devra] préciser[r] les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige*».¹ La garde des Sceaux a ainsi consacré une véritable obligation de tentative de résolution amiable du différend avant la saisine du juge.

En Suisse, à l'occasion de son Message relatif au Code de procédure civile, le Conseil fédéral a également conféré au «*règlement à l'amiable la priorité, parce que les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir*».²

A ce sujet, les règles de déontologie de l'avocat suisse sont claires également: elles lui commandent de «*s'efforcer[r] de régler à l'amiable les litiges*».³

Depuis plusieurs années, la médiation est ainsi venue enrichir la panoplie des instruments à la disposition des avocats pour assister adéquatement leurs clients. Elle a été ancrée dans les textes légaux (dans le Code de procédure civile, dans le Code civil, dans le droit pénal des mineurs voire, à Genève, des majeurs ou encore dans la procédure administrative fédérale), dans des textes de rang constitutionnel (à l'instar de la Constitution genevoise) ou encore dans les règles déontologiques des avocats (Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des Avocats, Us et Coutumes de l'Ordre des Avocats genevois).

Mode rapide, peu coûteux et efficace de traitement des différends, la médiation est définie dans le «*Règlement suisse de médiation commerciale*» ou «*Swiss Rules*

of Commercial Mediation»⁴ des Chambres suisses de commerce comme «*un mode amiable de résolution de litiges, par lequel deux ou plusieurs parties demandent à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver un accord pour mettre un terme à leur différend, voire de prévenir un conflit futur. Le médiateur est neutre par rapport au conflit et indépendant par rapport aux parties. Par le processus de médiation, le médiateur favorise l'échange de points de vue et tente d'amener les parties à explorer des solutions acceptables pour celles-ci. Il ne donne pas son avis, contrairement à*

* LL.M., Avocate et médiatrice FSA, associée de l'Etude ALTENBURGER LTD legal + tax à Genève (www.altenburger.ch), membre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève (2009-2015) dont elle préside la Commission ADR. Médiatrice accréditée FSA, CPR, CEDR, CSMC et CMAP, assermentée (civil et pénal) par le Conseil d'Etat de Genève et le Tribunal du Canton de Vaud. Elue à la Commission de préavis du Conseil d'Etat, Vice-présidente de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale, Section romande (www.csmc.ch), ainsi que Vice-Chair du ABA International Section Mediation Committee. sambeth.glasner@altenburger.ch.

** DEA en droit international privé, Avocate et médiatrice FSA, Etude ALTENBURGER LTD legal + tax à Genève (www.altenburger.ch); Médiatrice accréditée FSA et CSMC; Membre de la Commission Médiation de la FSA, pastore@altenburger.ch.

1 <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORF-TEXT000030348201> (voir articles 18 et 19).

2 FF 2006 6860.

3 Article 9 du Code suisse de déontologie, Fédération suisse des avocats.

4 Ces «*Swiss rules*», adoptées en 2007, complètent les «*Swiss rules of international arbitration*» pour permettre l'articulation de ces deux processus ADR ou MARC (Alternative Dispute Resolution ou Modes Alternatifs de Résolution des Différends).

*l'expert; il ne formule pas de proposition, contrairement au conciliateur et il ne tranche pas le litige, contrairement au juge ou à l'arbitre».*⁵

La médiation est un processus structuré de résolution des litiges, conduit par un tiers indépendant, neutre et impartial, dans un cadre confidentiel, et qui se compose des phases suivantes:

- La phase de préparation
- La phase d'ouverture
- La phase d'exploration
- La phase de génération d'options
- La phase de négociation
- La phase de conclusion
- Le cas échéant, la phase d'homologation et de mise en œuvre

L'avocat a pleinement un rôle à jouer durant chacune des phases précitées, ce dans l'intérêt bien compris du processus et de tous ses protagonistes.

La présente contribution a pour but de lui permettre de se familiariser avec la médiation, de comprendre ce qu'il peut apporter au cours des différentes phases du processus et, enfin, ce que la médiation peut lui apporter.

I. L'apport de l'avocat à la médiation

L'avocat peut exercer un rôle déterminant pour structurer, avec son client, un processus de règlement des différends et identifier avec lui le mode le plus adéquat. Pour ce faire, il lui faut oser abandonner sa posture traditionnelle consistant à préconiser par réflexe une procédure judiciaire pour, au contraire, procéder à une véritable analyse de situation et de stratégie, et ne proposer la voie contentieuse, en toute connaissance de cause, que comme *ultima ratio*.

Ainsi, en amont, l'avocat analysera la situation de conflit pour déterminer si un processus de médiation est adéquat (*«early case evaluation»*). A cet effet, il aura à l'esprit les intérêts des parties en présence – et non pas leurs positions affichées –, et les facteurs favorisant particulièrement ce processus, tels que, par exemple, la volonté des parties de régler leur différend, l'importance du maintien de la relation ou encore l'absence d'escalade à un stade empêchant toute réconciliation.

De plus, d'une manière générale, l'avocat réfléchira à insérer de manière systématique des clauses de résolution des différends prévoyant une tentative préalable de médiation (*«multi-step clauses»*, sur le modèle, par exemple, de la clause type suggérée dans les Swiss rules of Commercial Mediation www.swisschambermediation.ch), dans les contrats, statuts et autres documents qu'il rédige.

Le rôle de l'avocat en médiation est d'autant plus important que la discussion sur le droit y est généralement indispensable, en particulier lors de l'analyse de la situation, de ses forces et faiblesses, des alternatives et des options envisageables, respectivement du caractère exécutable de l'accord trouvé. Comme l'indiquent les Professeurs Gary Friedman et Jack Himmelstein: «La question n'est pas de savoir si la loi est impliquée en médiation mais

comment appréhender l'implication de la loi en médiation».⁶

1. Contribution et rôle de l'avocat avant le processus de médiation

L'avocat peut jouer un rôle clef aux côtés de son client pour préparer efficacement une médiation et constituer avec lui une véritable équipe de négociation. Dans cette optique, il conviendra que tous deux définissent clairement leurs rôles et tâches respectifs.

Tout d'abord, l'avocat pourra participer au choix du/des médiateur(s) et de la mise en place du processus «ad hoc» ou institutionnel. Une fois ce processus initié, commencera la phase de préparation, ce tant avec le médiateur qu'avec le client.

Dans ce contexte, l'avocat effectuera, avec son client, un diagnostic du conflit et de son degré d'escalade. L'identification de l'étape à laquelle les parties se trouvent permet en effet de cibler la manière d'aborder au mieux le conflit afin de le résoudre.

Ensuite, en sortant de la logique positionnelle, il est important que l'avocat établisse avec son client une liste des besoins et intérêts de celui-ci ainsi que de ceux de l'autre partie. Sur cette base, une déclaration d'ouverture (*«opening statement»*) basée sur les intérêts et non sur les positions pourra être préparée.

En outre, l'avocat pourra pleinement jouer son rôle en se livrant à une analyse SWOT (Strength, Weakness, Opportunities, Threats), laquelle permet, par un diagnostic à la fois interne et externe, d'avoir une vision globale et d'identifier, d'une part, les forces et faiblesses de la situation, notamment d'un point de vue juridique, et, d'autre part, les opportunités et les risques/menaces en présence.

Afin de préparer au mieux une médiation, il convient également d'analyser les alternatives à une solution négociée et, en particulier, le BATNA (*«Best Alternative to a Negotiated Agreement»*, ou MESORE, MEilleure SOLution de REchange), ce en fonction de divers facteurs, en particulier le temps, les coûts, les dommages et autres conséquences.

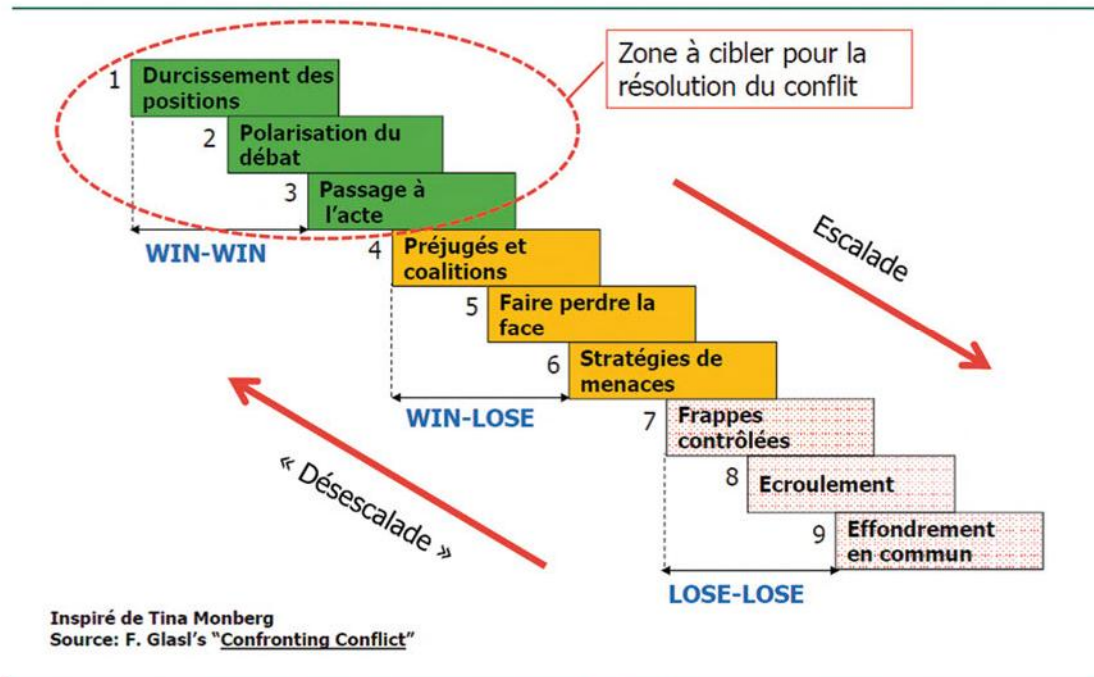
Enfin, l'avocat définira avec son client les documents et autres informations à partager entre les parties/médiateur ou seulement avec le médiateur.

Il découle de ce qui précède que l'avocat a pleinement un rôle à jouer dans la préparation d'une médiation, en particulier, en matière d'analyse et de définition de stratégie.

⁵ <https://www.swissarbitration.org/sm/fr/index.php>.

⁶ «The Question is not whether the law is involved but how to deal with the law's involvement». Friedman Gary/Himmelstein Jack, Challenging conflict, Mediation through understanding, American Bar Association, Harvard Program on Negotiation, 2008, p. 137 ss.

Préparation: Diagnostic du conflit



2. Contribution et rôle de l'avocat pendant le processus de médiation

L'avocat a également pleinement sa place pendant le processus de médiation et il prend généralement part aux séances plénières et aux caucus. Cela étant, il est important que les tâches et les rôles soient clairement alloués, dès lors que le protagoniste central est le client et non l'avocat. Ce dernier, tout en s'écartant de son rôle traditionnel de plaideur, a toutefois véritablement un rôle à jouer pour son client: à la fois coach et garde-fou.

En particulier, l'avocat doit procéder à une analyse constante des alternatives à une solution négociée et procéder à des tests de réalité («*reality check*») quant à celles qui sont envisageables.

Il peut ensuite prendre une part active à la phase de génération d'options, en s'abstenant, à l'instar des autres protagonistes, de toute évaluation. A ce stade, l'idée est de mettre sur la table, de manière créative et en toute confidentialité, toutes les options possibles et imaginables, afin de chercher à satisfaire les besoins et intérêts de toutes les parties.

Au stade de la sélection des options retenues et de leur mise à l'épreuve de la réalité, l'avocat procèdera notamment à l'analyse du cadre juridique et spatio-temporel dans lequel les options retenues s'insèrent et de leur faisabilité.

Enfin, une fois un accord trouvé, l'avocat a fréquemment pour rôle sa formalisation et sa rédaction.

3. Contribution et rôle de l'avocat après le processus de médiation

A l'issue du processus de médiation, l'avocat peut être amené à accomplir différentes démarches afin de faire homologuer l'accord de médiation par un Juge ou à lui faire revêtir la forme d'un titre authentique exécutoire passé devant un notaire.

Il participera également au suivi de sa mise en œuvre et de son exécution. Ainsi, des prémisses à l'issue du processus du médiation, en sa qualité de spécialiste de la résolution des conflits («*dispute resolution specialist*»), l'avocat a véritablement un rôle à jouer aux côtés de son client, ce dans l'intérêt bien compris de tous les protagonistes, du processus ainsi que de son résultat («*deal*»).

II. L'apport de la médiation pour l'avocat

Nonobstant ce que certains avocats proclament parfois, la médiation ne rime ni avec la fin de leur profession ni avec une diminution drastique de leur rémunération («*ADR # Alarming Drop in Revenue*»).

Bien au contraire, elle vient enrichir la panoplie des instruments à leur disposition et leur procure un véritable rôle, tourné vers l'avenir. Si les avocats sont un apport pour la médiation, l'inverse est certainement encore plus vrai.

En effet, par le biais de la médiation, l'avocat est amené à renforcer et à développer ses compétences en

matière de résolution et de prévention des conflits. Les outils de la médiation lui apprennent non seulement à procéder à une analyse holistique et à opérer un diagnostic du conflit, mais également à comprendre les intérêts en présence, à envisager l'existence d'alternatives, ou encore à structurer une négociation efficiente.

Utilisés de manière systématique, ils lui permettent de mettre en place des stratégies efficaces de résolution des différends en identifiant avec ses clients quels sont leurs intérêts plutôt qu'en se fixant sur leurs positions. L'avocat est ainsi à même de répondre plus précisément à leurs attentes et à leurs besoins, également en termes financiers et de temps.

Dès lors, confrontés à des clients de plus en plus sensibles à la question de la durée et des coûts des procédures judiciaires, ainsi qu'à leurs effets dévastateurs, l'avocat pourra-t-il longtemps encore se permettre le luxe de ne pas développer son offre de services, de négliger les véritables besoins du marché et les règles de sa profession, respectivement d'ignorer les modes alternatifs de résolution des différends et, notamment, la médiation?

Les aspects financiers ne devraient pas l'en empêcher, bien au contraire, sachant que le processus de médiation nécessite une participation soutenue de l'avocat lors de ses différentes phases, en particulier et contrairement à une procédure judiciaire, lors de la préparation au processus et de sa finalisation.

De plus, lors de son analyse globale, l'avocat est en mesure de comprendre les intérêts de son client, ses besoins et les risques, en particulier légaux, auxquels il est confronté. Ceci lui permet d'appréhender l'envergure de

son champ d'action potentiel, ce en qualité de spécialiste du droit de manière générale et non pas seulement de la résolution de conflits.

Sachant que les statistiques internationales révèlent un taux de succès de l'ordre de 80% pour la médiation, l'avocat est également en mesure de se fidéliser une clientèle exigeante, tournée vers la pérennisation de ses relations commerciales et le développement de nouveaux marchés.

Ce taux de réussite avéré favorise également une rétribution adéquate de l'avocat par un système de *pactum de palmario*, soit en partie en fonction du résultat obtenu et dont il est l'un des principaux acteurs.

Enfin, alors qu'ils sont les cibles de reproches fondés formulés par de nombreux clients commerciaux et institutionnels, d'autres modes alternatifs jusqu'alors très en vogue, tel l'arbitrage, perdent des parts de marché du fait en particulier de leur durée et de leurs coûts prohibitifs. En conséquence, d'importantes transformations réglementaires ont été adoptées, suggérant l'usage conjoint d'outils de médiation dans l'arbitrage, en particulier au stade du «*case management*» (Règlements d'arbitrage et de médiation de la CCI), respectivement son usage parallèle (Swissrules) ou l'ouverture de «fenêtres de médiation» comme le préconise le CMAP Centre de médiation et d'arbitrage de Paris.

Il est donc important, voire indispensable, que l'avocat se familiarise avec les outils et le processus de médiation, et qu'il en soit partie prenante comme protagoniste actif de la prévention et de la résolution des différends du 21^e siècle!