

# DE L'IMPORTANCE POUR LES AVOCATS DE S'INVESTIR DANS LA MÉDIATION

MONIQUE SCHALLER REARDON

Licenciée en droit, MCL U. of Chicago, avocate et médiatrice FSA

Mots-clés: responsabilité de l'avocat, sécurité juridique, flexibilité de la médiation, décision éclairée du client

Dans notre système juridique interne suisse et dans les faits, la procédure judiciaire classique occupe le premier plan dans le règlement des conflits. Toutefois, en introduisant la médiation dans ce même système<sup>1</sup>, le législateur a fourni un outil supplémentaire de règlement et de prévention des litiges aux juges, aux avocats et aux justiciables. Il est grand temps pour les membres de notre profession, et les Ordres des avocats en particulier<sup>2</sup>, de s'approprier cet outil et de mettre en œuvre la médiation judiciaire dont la FSA a élaboré la déontologie, en s'appuyant sur ses principes et ses perspectives. Dans les cantons qui n'ont pas encore légiféré sur la mise en application de la médiation telle qu'elle est prévue dans le CPC<sup>3</sup>, la profession devrait saisir une opportunité unique d'aider le législatif à élaborer un arrêté d'application qui serve au mieux les intérêts du justiciable.

## I. La responsabilité et les fonctions de l'avocat

Les avocats doivent se rappeler que tant la loi fédérale sur la libre circulation des avocats<sup>4</sup> que le Code suisse de déontologie<sup>5</sup> les obligent à exercer leur activité avec le soin et la diligence exigés par leur profession, dans le respect de la loi. Le Code suisse de déontologie précise la portée de ces exigences en obligeant l'avocat à tenter de régler les litiges à l'amiable et, en tant que représentant ou conseiller d'une partie, à tenir compte «d'une médiation en cours ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une»<sup>6</sup>. Le Code suisse de déontologie dispose aussi que le souci d'une bonne gestion des intérêts de son client doit primer sur ceux de tiers ou les siens propres<sup>7</sup>. Lors du Congrès de la Chambre suisse de médiation commerciale, du 18 septembre 2015, le Bâtonnier de l'Ordre des avocats vaudois, Me Elie Elkaim, a relevé un risque que court l'avocat qui ne se soumettrait pas à ces règles et qui ne considérerait pas proposer la recherche d'une solution amiable: un client, mécontent du résultat d'une procédure, pourrait attaquer son mandataire en invoquant un manquement à son devoir d'information portant sur les options offertes par la loi<sup>8</sup>.

Dans le cas particulier de la médiation judiciaire, l'avocat est idéalement placé pour remplir deux fonctions:

- il assurera la sécurité juridique de son client (information juridique, surveillance des délais de prescription et de péremption, mesures [super]provisionnelles, notamment), et

- il prodiguera des conseils qui permettront à son client de se projeter dans l'avenir en analysant ses intérêts à court, moyen et long termes; avec son avocat, le client dûment informé pourra élaborer une solution qui tiendra compte de ses intérêts et de ses besoins.

1 La médiation fut notamment introduite (i) en 2007 dans la loi fédérale sur la procédure administrative du 20.12.1968, (ii) en 2011 dans le code de procédure civile du 19.12.2008 («CPC»), le code de procédure pénale suisse du 5.10.2007 et la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 20.3.2009 ainsi que (iii) en 2013 dans le code civil suisse du 10.12.1907.

2 Les Ordres des cantons de Berne, Vaud et Genève ont intégré la médiation au sein de leurs associations, pour ne parler que des cantons romands.

3 En Suisse romande, on peut citer les cantons de Neuchâtel et du Valais, le Jura ayant légiféré et le délai référendaire arrivant à échéance.

4 Art. 1 lit. a de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23.6.2000.

5 Art. 1 du Code suisse de déontologie du 10.6.2005 («CSD»).

6 Art. 9 CSD.

7 Art. 11 CSD.

8 Discours d'ouverture du Congrès CSMC/SKWM du 18.9.2015, à Lausanne. Dans le même sens, voir également la préface du Bâtonnier Elkaim dans l'ouvrage intitulé «La résolution amiable des différends en Suisse – Interactions pour une meilleure résolution des litiges entre justice traditionnelle et modes consensuels» à paraître aux éditions Stämpfli.

L'avocat qui connaît la médiation pourra conseiller son client dans l'établissement de la convention de médiation<sup>9</sup>, qui détermine les sujets abordés par les parties dans un litige spécifique, puis dans l'élaboration de l'accord final<sup>10</sup>, qui clôt le litige. Le processus est flexible et permet d'introduire des solutions qui ne sont pas prévues dans la loi. Il est fondamental que la partie en médiation soit au courant des solutions légales pour qu'elle puisse se prononcer en toute connaissance de cause sur une solution créée sur mesure pour le litige traité dans le processus qu'elle envisage d'entamer. Tout médiateur devrait apprécier que le rôle de l'avocat en tant que conseil de son client est un pilier de l'aptitude à gérer une médiation judiciaire.

## II. Les avantages de la médiation judiciaire

L'avocat qui aura intégré la médiation judiciaire dans sa pratique pourra, sans préjudice d'un droit quelconque, offrir à ses clients:

- un processus garantissant une confidentialité absolue: pas d'audience publique, pas de journalistes, pas de dépôt de documents auprès des autorités, ni de procès-verbal d'audience révélant des difficultés de famille ou des secrets d'affaires. De surcroît, il faut relever que le médiateur FSA assure lui-même une double confidentialité: a) il tient confidentielles les informations reçues des parties en séance de caucus à l'égard des autres parties et b) il est tenu et couvert par le secret professionnel de l'avocat<sup>11</sup>; une violation du secret professionnel serait sanctionnée par l'article 320 al. 1 du code pénal suisse. En ce qui concerne les parties et leurs mandataires, l'article 216 CPC prescrit expressément que la médiation est confidentielle et que les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire. Pour ce qui est des avocats, ils sont tenus, de surcroît, à la confidentialité conformément notamment aux articles 6 et 26 CSD;
- un processus ouvert, qui permet d'intégrer toutes les personnes concernées par le conflit dans les débats visant à sa résolution, même si, d'un point de vue strictement procédural, certaines d'entre elles n'auraient pas la capacité pour agir, que ce soit au sens du CC ou du CO, selon les cas. L'option du processus de médiation judiciaire est particulièrement importante lorsque le lien entre les parties est censé être maintenu ou lorsque le pouvoir est moins tenu par les parties au contrat que par des personnes d'influence;
- un processus très souvent plus rapide qu'une procédure classique, puisque son rythme est géré par les parties et non par le rôle des audiences. Cet avantage est appréciable dans toute procédure. En matière de conflits dans la construction, on peut limiter, voire éviter, tout retard sur un chantier: soutenu par son avocat, le client peut s'entretenir avec les différents corps de métier et explorer des solutions aux problèmes qui se posent en quelques jours de travail intensif («*Kurzzeitmediation*») au lieu de figer une situation défavorable à tout le moins pour la durée de mesures (super)provisionnelles. En ma-

tière contractuelle, une médiation réussie aide les parties à sortir de l'impasse dans laquelle elles se trouvent et permet l'exécution de contrats parfois vitaux pour l'une ou l'autre des parties, voire pour les deux parties. En matière matrimoniale, la médiation abrègera les souffrances des enfants qui doivent trop souvent subir le long conflit de parents qui ne contrôlent plus le déroulement de leur séparation;

- un processus souvent moins coûteux qu'une procédure classique, puisqu'il n'y a pas, ou peu de frais de justice. Outre les honoraires de l'avocat, souvent sollicité de façon intensive dans le processus, il faut toutefois compter avec les honoraires du médiateur et d'éventuels frais d'expertise, comme dans une procédure classique.

## III. Quand choisir de se lancer en médiation?

Une spécificité supplémentaire et appréciable du processus de médiation consiste encore dans le fait qu'il peut intervenir à tout moment.

On peut y recourir avant l'éclatement d'un conflit, pour gérer une situation tendue: une médiation peut notamment se présenter sous la forme d'un conseil de cadres dans un conflit commercial, d'un conseil de famille au moment d'établir des dispositions testamentaires, ou d'une réunion de chantier dans le domaine de la construction. La présence d'un médiateur neutre, qui ne pourra représenter aucune des parties en cas de conflit, ni témoigner en justice, offre un cadre structuré et sûr aux différents intervenants.

Lors de la survenance d'un conflit, la médiation est recommandée avant l'initiation d'une procédure<sup>12</sup>, afin d'éviter que le conflit qui oppose déjà les parties ne s'amplifie. Il sera plus facile pour les parties de renouer contact si les avocats n'ont pas encore déposé d'actes judiciaires, dans lesquels ils auront brossé le tableau le plus positif possible de leur thèse et, par définition, le plus négatif possible de la thèse adverse. Ce travail est leur devoir, dans la mesure où ils doivent déposer tous leurs arguments le plus tôt possible, afin de ne pas se voir empêchés d'alléguer un fait ultérieurement, par exemple, lors des débats principaux. Cette technique de médiation à un stade précoce a déjà trouvé son acronyme aux États-Unis où l'on parle de EDR (*Early Dispute Resolution*).

En cours de procédure, la médiation interviendra quand les parties, se rendant compte que les solutions prévues par la loi risquent de ne pas satisfaire leurs besoins dans le cas précis, seront prêtes à reprendre un contact personnel et envisager une solution d'avenir.

<sup>9</sup> Art. 8 des Directives FSA pour la médiation, du 25.1.2005 (ci-après «Directives FSA»).

<sup>10</sup> Art. 9 des Directives FSA

<sup>11</sup> Mise en danger de cette garantie, voir art. 4 de l'Avant-projet du 17.3.2015 concernant la modification de la loi cantonale jurassienne d'introduction du Code de procédure civile suisse.

<sup>12</sup> Message du Conseil fédéral du 28.6.2006 relatif au CPC, FF 2006 6841 («Message CPC»), p. 6843.

Enfin, la médiation peut se révéler utile même après la procédure, pour faciliter l'exécution du jugement dans tous les cas où les relations entre les parties doivent continuer. Les exemples de l'exercice du droit de visite en matière matrimoniale et de conflits de voisinage sont les plus évidents.

Dans chacune de ces situations, l'avocat au fait de la médiation pourra informer son client des différentes options offertes par la loi et le soutenir dans la résolution ou, à défaut, la gestion optimale de son conflit.

Il faut souligner aussi qu'en cas d'échec des pourparlers, le travail effectué en processus de médiation permettra aux parties et à leurs avocats de présenter rapidement un dossier déjà instruit, distinguer les points les plus litigieux de ceux qui seront plus consensuels et de conduire la procédure classique de manière plus efficace. Comme développé plus haut, les parties et les avocats qui entreprendront en procédure après un processus de médiation devront toutefois prendre toutes les précautions nécessaires pour ne pas enfreindre les règles de confidentialité auxquelles elles sont soumises.

#### IV. Conclusions

De fait, la médiation vient enrichir notre système juridique. Pour cette raison, il est essentiel que les médiations judiciaires soient conduites avec des justiciables dûment informés de leurs droits et des risques inhérents à toute procédure. C'est même le meilleur moyen d'éviter une nouvelle sorte de procédures, soit celles qui attaqueraient une convention ou un accord final de médiation pour nullité, lésion ou vice du consentement. Les Directives FSA pour la médiation exigent qu'il soit systématiquement rappelé aux parties les différentes options à leur disposition pour faire valoir leurs droits en analysant «*la question de savoir si la médiation est la procédure appropriée*»<sup>13</sup>.

En tant qu'auxiliaires assermentés de la justice, les avocats doivent respecter la volonté du législateur, expri-

mée par le Conseil fédéral, qui déclare qu'*«une place importante est réservée au règlement préalable ou extrajudiciaire des litiges»* et invite les parties à «*procéder à une tentative de conciliation ou se soumettre à une médiation avant de saisir le tribunal compétent*». Il déclare même que ce passage est «*en principe obligé*»<sup>14</sup>.

Comme nous le savons, le législateur suisse, et même européen<sup>15</sup>, attend de la médiation qu'elle contribue à soulager la charge des tribunaux et «*à faciliter l'accès à la justice pour les parties*»<sup>16</sup>. Les juges doivent pouvoir dire le droit plutôt qu'entendre des parties qui se disputent. De leur côté, les justiciables attendent de ce processus de trouver une solution juste, durable et respectueuse de leurs intérêts.

Les avocats qui s'emploieront à utiliser le processus le plus favorable aux besoins de leurs mandants gagneront la confiance de leur clientèle. Ils promouvront ainsi la réputation de leurs services auprès des juges et de la population en général.

En conclusion, si la rigueur des règles de procédure assure la sécurité du droit, la souplesse du processus de médiation assure aux médiateurs la possibilité de tenir compte de toutes les particularités de leur situation. Le droit sans la médiation risque de conduire à une justice aveugle, la médiation sans le droit risque de devenir une justice privée. L'un avec l'autre constituent une justice intelligente, dans le sens étymologique du terme, qui veut dire une justice qui comprend la situation des parties.

<sup>13</sup> Art. 5.2 des Directives FSA.

<sup>14</sup> Message CPC, p. 6843.

<sup>15</sup> Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21. 5. 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

<sup>16</sup> Message CPC, p. 6843.

# Umfassende Darstellung der Gefährdungs- haftung

## Schweizerisches Haftpflichtrecht

Band III: Haftung nach den Gefährdungshaftungen des JSg, HFG, USG, GTG, EleG, RLG, SprstG, StAG und KHG 2008

Walter Fellmann

**Dezember 2015, CHF 118.–**

Stämpfli juristische Lehrbücher SJL, 665 Seiten,  
gebunden, 978-3-7272-8696-4

Band III des Schweizerischen Haftpflichtrechts behandelt die Gefährdungshaftung des Jagdgesetzes (JSg), des Humanforschungsgesetzes (HFG), des Umweltschutzgesetzes (USG), des Gentechnikgesetzes (GTG), des Elektrizitätsgesetzes (EleG), des Rohrleitungsgesetzes (RLG), des Sprengstoffgesetzes (SprstG), des Stauanlagengesetzes (StAG) und des Kernenergiehaftpflichtgesetzes (KHG 2008). Der Band stellt die Gefährdungshaftungen dar, die in Band II des «Schweizerischen Haftpflichtrechts» noch nicht behandelt wurden, und schliesst damit die Darstellung des privatrechtlichen Haftpflichtrechts in Form eines Lehrbuchs ab.

Bei der Besprechung der Haftung nach dem JSg, HFG, StAG und KHG 2008 handelt es sich um die erste umfassendere Besprechung dieser Haftungstatbestände. Mit der Behandlung der Haftungstatbestände des EleG, des RLG und des SprstG soll der Darstellung von Karl Oftinger und Emil W. Stark aus dem Jahr 1991 (Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band II/3, 4. Aufl.) eine aktualisierte Besprechung zur Seite gestellt werden. Die Erörterung der privatrechtlichen Haftungstatbestände des USG und des GTG konzentriert sich auf die Aufarbeitung der haftpflichtrechtlichen Teile dieser Erlasse in der Art eines Lehrbuchs und ergänzt die bereits vorhandenen allgemeinen Besprechungen dieser Gesetze.

Band III basiert auf der Einführung in die Gefährdungshaftungen im «Schweizerischen Haftpflichtrecht Band II» aus dem Jahr 2013 sowie auf der Besprechung des Allgemeinen Teils des Haftpflichtrechts, die 2012 im «Schweizerischen Haftpflichtrecht Band I» erschienen ist.

# Stämpfli

Verlag

**Stämpfli Verlag AG**

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

verlag@staempfli.com

www.staempfliverlag.com

Bestellen Sie  
jetzt

Stämpfli juristische Lehrbücher

Walter Fellmann

## Schweizerisches Haftpflichtrecht

**Band III**

Haftung nach den Gefährdungshaftungen  
des JSg, HFG, USG, GTG, EleG, RLG,  
SprstG, StAG und KHG 2008

Unter Mitarbeit von M<sup>Law</sup> Pamela Niederberger-Kötter,  
M<sup>Law</sup> Josiane Magnin und B<sup>Law</sup> Murielle Fischer

 Stämpfli Verlag

Ich bestelle \_\_\_\_\_ Ex.

Name, Vorname \_\_\_\_\_

Strasse/PLZ, Ort \_\_\_\_\_

Datum, Unterschrift \_\_\_\_\_

1400-36/16

[www.staempfliverlag.com/](http://www.staempfliverlag.com/)  
anwaltsrevue

