

# **Le rôle de l'avocat dans le processus de médiation**

## ***Il ruolo dell'avvocato nel processo di mediazione***

### **Birgit Sambeth Glasner, LL.M.**

Avocate, Partner ALTENBURGER legal + tax, Genève & Zurich

Médiatrice assermentée et accréditée CEDR, CMAP, CSMC & FSA

Vice-présidente pour Genève, Chambre Suisse de Médiation Commerciale

Membre du Comité Médiation FSA et Vice-Chair du Mediation committee IBA

Chargée de cours après des Universités de Genève, Fribourg et Turin

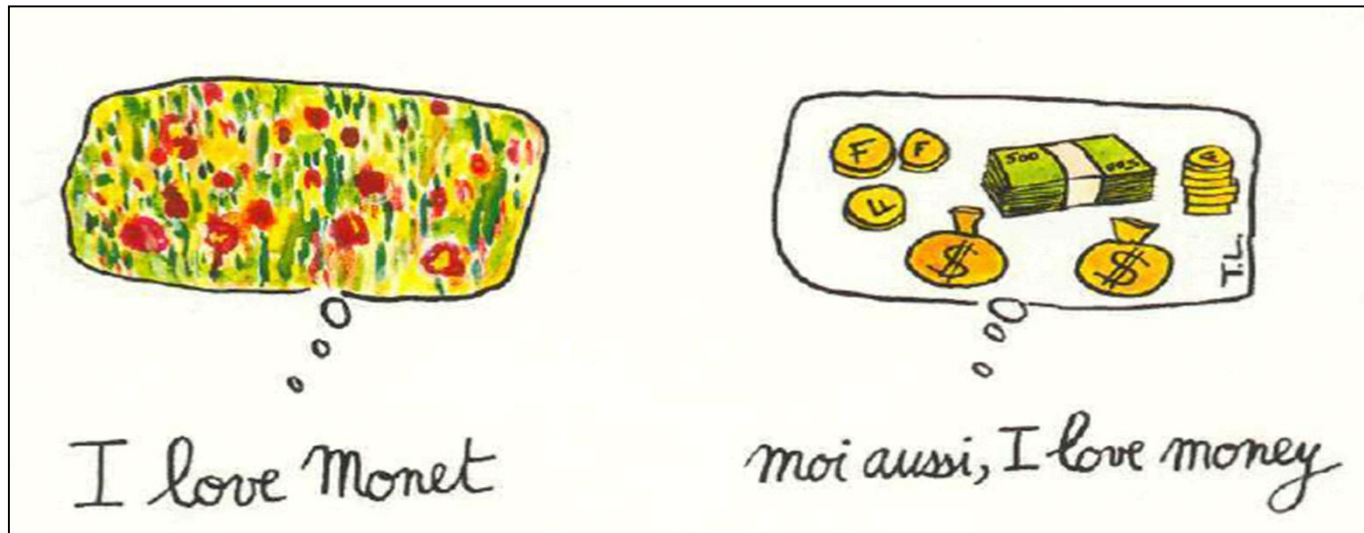
Ancienne Juge conciliatrice suppléante, Genève

sambeth.glasner@altenburger.ch

# La source du conflit

---

## IncoMpréhEnsion ?



# Le Rôle de l'avocat dans le processus de médiation

---

## ➤ Contexte

- 2011: CPC, CPP, LPMIN, etc.
- Directive Européenne sur la médiation
- Règles professionnelles des Avocats
- Clauses «ad hoc» et règles institutionnelles

## ➤ Rôle de l'avocat:

- ✓ Avant
  - ✓ Pendant
  - ✓ Après
- 
- le processus de médiation

# Le Rôle de l'avocat dans le processus de médiation

---

## ➤ Contexte

- 2011: CPC, CPP, LPMIN, etc.
- Directive Européenne sur la médiation
- Règles professionnelles des Avocats
- Clauses «ad hoc» - Règles institutionnelles

## Le règlement amiable a la priorité ...

Message du Conseil fédéral relatif au **Code de procédure civil suisse** :

*«Les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse.*

...

*Le tribunal est une autorité. Sa mission est de régler les conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide de tiers, résoudre seules.*

*Le **règlement a l'amiable a donc la priorité**, non seulement parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, 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.»*

(Message du 26.6.2006 - FF 6860)

# **Directive 2008/52/CE** du Parlement européen et du Conseil de l'Europe sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

---

- Délai de transposition chez les Etats membres de l'UE: **21 mai 2011**
- Encourage le règlement amiable des litiges et le recours à la médiation comme moyen de règlement des litiges en matière civile et commerciale. **La médiation n'est pas considérée comme une alternative aux procédures judiciaires, mais comme l'une des méthodes de résolution des litiges dont dispose la société moderne.**
- S'applique aux **litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale**, à l'exception des matières fiscales, douanière ou administrative ou à la responsabilité de l'État pour des actes ou omissions dans l'exercice de sa puissance publique.
- Instaure une procédure par laquelle **un accord peut être confirmé par un jugement, une décision ou un instrument authentique d'une juridiction ou d'une autorité publique**. Cela permet la **reconnaissance mutuelle et l'exécution des accords transactionnels** dans toute l'Union européenne.

# Codes suisse de déontologie de l'avocat

---

## Article 9

«L'avocat doit s'efforcer de régler à l'amiable les litiges dans la mesure où l'intérêt de son client ne s'y oppose pas.

En qualité de conseiller ou de représentant d'une partie en justice, il tient compte d'une médiation en cours ou du souhait de l'une ou l'autre d'en instaurer une».

- Directives FSA pour la médiation:  
<http://www.swisslawyers.com>

# Le Rôle de l'avocat dans le processus de médiation

---

## ➤ **Rôle de l'avocat:**

### ✓ **En général**

- Insertion de clauses ADR dans les contrats / statuts et autres documents

### ✓ **Avant le processus de médiation:**

- Diagnostique des étapes du conflit
- Structuration du processus de règlement du différend
  - Ad hoc – Institutionnel
  - Médiation – Arbitrage - Hybrides (Med-Arb / Arb-Med / Medalooa)
- Choix du neutre
- Préparation de la médiation

# Clause-accord de médiation lorsque le litige est survenu

---

*Swissrules*

- Les parties soussignées déclarent par le présent accord qu'elles acceptent de soumettre à la médiation, conformément au Règlement Suisse de Médiation Commerciale, le présent litige :
- [brève description du litige]
- Le siège de la médiation sera... [ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'une ville à l'étranger], bien que les séances pourront se tenir à ... [spécifier le lieu].

- Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d'éventuelles violations du contrat ou sa résiliation seront soumis à la médiation conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement.
- Le siège de la médiation sera... [ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'une ville à l'étranger], bien que les séances pourront se tenir à ... [spécifier le lieu].
- Le processus de médiation se déroulera en [spécifier la langue souhaitée].

# Clause Med-Arb contractuelle : «step-clause»

---

## *Médiation suivie d'un arbitrage*

*Swissrules*

Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d'éventuelles violations du contrat ou sa résiliation, seront soumis à **la médiation** conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement.

Le siège de la médiation sera ... [ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'une ville à l'étranger], bien que les séances pourront se tenir à ... [spécifier le lieu].

Le processus de médiation se déroulera en ... [spécifier la langue souhaitée].

**Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n'ont pu être complètement résolus par la médiation dans un délai de 60 jours** à compter de la date de confirmation ou de nomination du/des médiateur(s) par les Chambres, ils seront tranchés par voie de **l'arbitrage** conformément au Règlement suisse d'arbitrage international des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la notification d'arbitrage est déposée conformément audit Règlement.

Le nombre d'arbitres est fixé à ... [un ou trois];

Le siège de l'arbitrage sera ... [ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'un siège à l'étranger];

L'arbitrage se déroulera en ... [spécifier la langue souhaitée].

L'arbitrage se déroulera selon les règles de la Procédure Accélérée [si les parties le souhaitent].

# «Step-Clause»: nature et caractère exécutoire

---

## *Clause contractuelle ou accord de procédure ?*

- Suisse:**
- ZH: ZR 99 (2000) n° 29 = Bull. ASA 2002 p. 373: une clause de médiation a uniquement un effet de droit matériel (mais contra: ZR 101 (2002), n°21 p.78)
  - ATF 4A\_18/2007: **laisse la question ouverte** au motif que la médiation préalable n'était pas obligatoire en l'espèce.
- Allemagne:** BGH 18.11.1998, NJW 1999, p. 647: une clause de médiation **obligatoire** a des effets analogues à une convention d'arbitrage
- Angleterre:** Cable and Wireless PLC, Arb. Int. 2003, p. 352: une clause de médiation peut être **exécutoire** si elle est suffisamment précise.
- Belgique:** **L'exception de médiation** peut être invoquée d'entrée de cause.
- France:** Cas. 14.2.2003, Poiré c./ Tripier, Rev.arb.2003 p.403: une clause de médiation obligatoire est une **fin de non-recevoir**».
- Europe:** Commission EU, Livre vert sur les MARC de 2002: **violation d'obligations contractuelles et des règles de la bonne foi.**
-

# Le Rôle de l'avocat dans le processus de médiation

---

## ➤ **Rôle de l'avocat:**

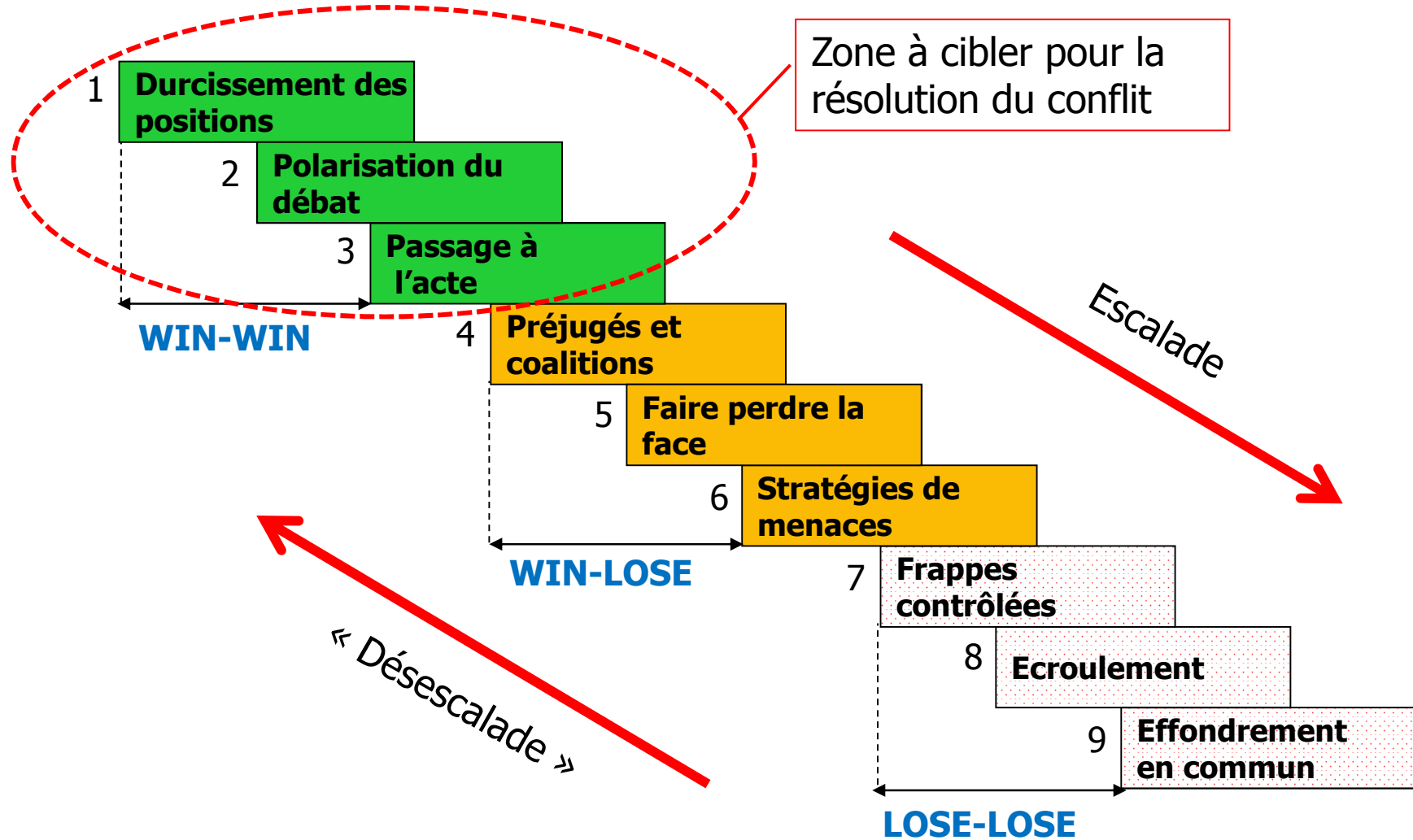
### ✓ **En général**

- Insertion de clauses ADR dans les contrats / statuts et autres documents

### ✓ **Avant le processus de médiation:**

- Diagnostique des étapes du conflit
- Structuration du processus de règlement du différend
  - Ad hoc – Institutionnel
  - Médiation – Arbitrage - Hybrides (Med-Arb / Arb-Med / Medalooa)
- Choix du neutre
- Préparation de la médiation

# Diagnostic du conflit



Inspiré de Tina Monberg  
Source: F. Glasl's "Confronting Conflict"

# Structuration du processus ADR: Médiation + ?

Source: J. Kalowski, JOK Consulting

Moins évaluatif  
Moins structuré  
Moins formel



Plus évaluatif  
Plus structuré  
Plus formel

**NEGOCIATION**

**MEDIATION**

**EXPERTISE INDEPENDANTE**

**CONCILIATION**

**EVALUATION**

**ARBITRAGE**

**JUGEMENT**

Processus consensuel  
Les parties ont le contrôle



Processus contradictoire  
Un tiers a le contrôle

# Sélection du médiateur

---

- Médiateur certifié ou accrédité (listes)
- Expert ou non-expert
  - compétent et expérimenté en résolution de conflits (processus)
- et/ou ?**
  - familier avec la substance du litige : technologie, industrie, droit applicable, finance, etc. (fond)
- Co-médiation
- Disponibilité & lieu
- Genre, langue, culture, religion, (inter)nationalité
- Approches et méthodes
  - Évaluatif - facilitatif - transformatif
- Désignation
  - ad-hoc ou institutionnelle
- Personne capable de créer / favoriser les relations & les liens

# Accompagnement pendant le processus de médiation

---

- 1. Préparation** **(phase d'ouverture)**
  - Explication du processus, des règles et du rôle du médiateur
  - Négociation d'une entente commune sur les aspects de procédure (« contrat »)
  - Coordination des parties (documents écrits, présentations, temps , etc.)
- 2. Développement des sujets de discussion** **(phase d'exploration)**
  - 1<sup>ère</sup> session conjointe: présentations - sessions conjointes et apartés/caucus
  - Identification des besoins, intérêts, points d'accord/désaccord, BATNAs/WATNAs
  - Test de réalité (réévaluation des positions)
- 3. Evaluation d'options et de solutions nouvelles** **(phase de négociation)**
  - Brainstorming (sans évaluation)
  - Analyse (avec évaluation)
  - Sélection
- 4. Rédaction et supervision de l'accord** **(phase de conclusion)**
  - Rôle des avocats
- 5. Homologation/titre exécutoire et exécution**

# Le Client + son Conseil = une équipe

---

## **A. Avant la médiation: préparation à la médiation**

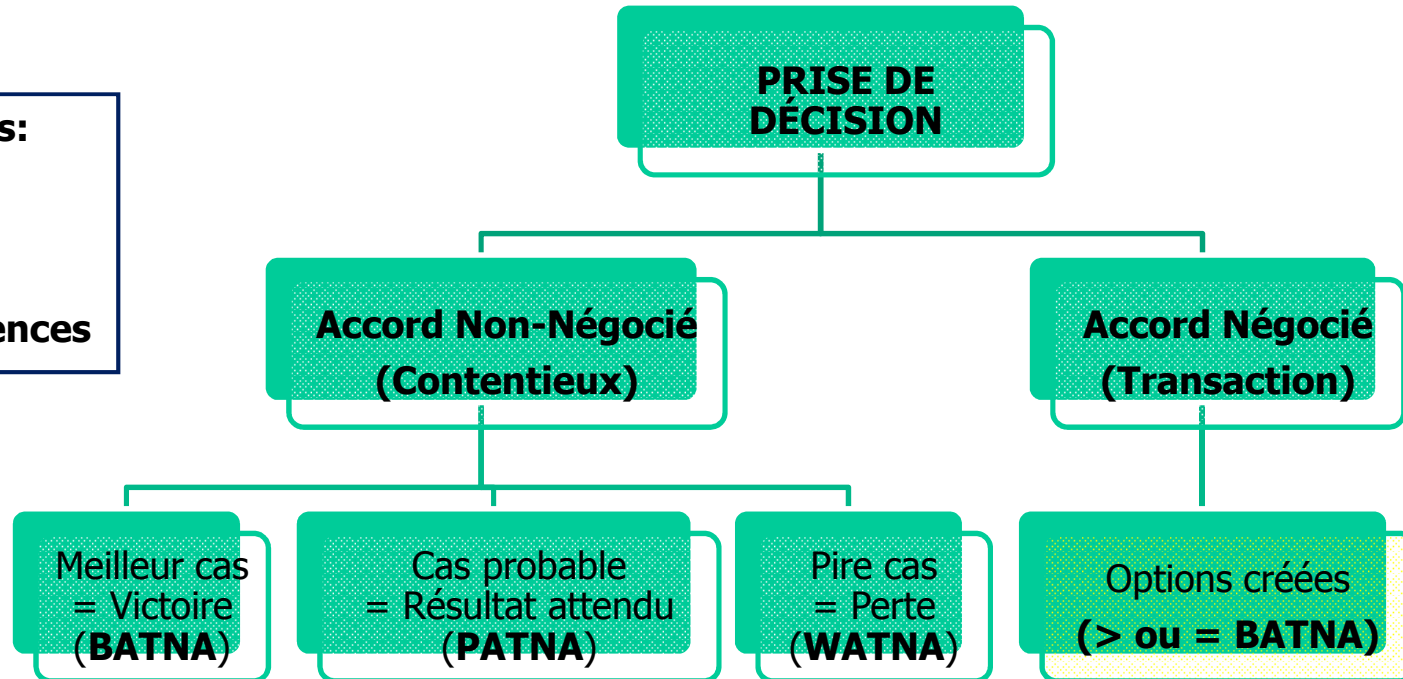
1. Sélection du médiateur
2. Etablir une liste des besoins et intérêts actuels et futurs du client ainsi que ceux de l'autre partie
3. Analyser les alternatives : BATNA, WATNA, PATNA
4. Si nécessaire prévoir 1-2 séances préparatoires avant la médiation
5. Préparer les exposés/présentations basés particulièrement sur les intérêts (client et avocat)
6. Préparer les « écritures » et autres échanges entre les parties avant la médiation
7. Préparer les premiers exposés/présentations des parties
8. Répartir les rôles et les tâches (client et avocat) pendant le processus



## Préparation II: Analyse des alternatives et des options

4 paramètres clés:

1. Le temps
2. Les coûts
3. La sentence
4. Les conséquences



**Il est possible en médiation de viser des options qui valent mieux que les BATNAs des parties.**

## Préparation II: Analyse des alternatives et des options

		Partie A	Partie B
<b>BATNAS</b>	Temps		
	Coûts		
	Dom mages-intérêts		
	Conséquences		
<b>WATNAS</b>	Temps		
	Coûts		
	Dom mages-intérêts		
	Conséquences		
<b>PATNAS</b>	Temps		
	Coûts		
	Dom mages-intérêts		
	Conséquences		

## Préparation III: Analyse « **SWOT** »

---

Cette outil d'analyse permet d'évaluer les situations particulières et de développer des stratégies.

	<b>Positif</b>	<b>Négatif</b>
<b>Vision interne</b>	<b>S</b> TRENGTHS (Points Forts)	<b>W</b> EAKNESSES (Points Faibles)
<b>Vision externe</b>	<b>O</b> PPORTUNITIES (Opportunités)	<b>T</b> HREATS (Menaces)

## Préparation IV: Mettre en place les stratégies de négociation

---

### a) La négociation positionnelle



### Zone d'accord potentiel ("ZOPA")



# Préparation IV: Mettre en place les stratégies de négociation

---

## **b) La négociation raisonnée**

*Fisher & Ury, Getting to Yes*

- Séparer les personnes des problèmes
- Cibler les **intérêts** plutôt que les positions (besoins v. stratégies)
- Comprendre et analyser les **alternatives** à une solution négociée
  - "**BATNA**" = *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (meilleure)
  - "**WATNA**" = *Worst Alternative to a Negotiated Agreement* (pire)
  - "**PATNA**" = *Probable Alternative to a Negotiated Agreement* (probable/raisonnable)
    1. Temps
    2. Coûts
    3. Dommages-intérêts
    4. Résultat / conséquences
- "Brainstorming": imaginer des nouvelles possibilités avant de les évaluer
- Evaluer des options (par rapport aux besoins)
- Rechercher des options en vue d'un gain mutuel (critères objectifs)

## Préparation IV: Préparer les étapes de négociation

---

seul

### 1. Analyse contextuelle

- Permet l'élaboration de stratégies
- «Roadmap»

### 2. Analyse de l'objectif

- Qu'est-ce que JE veux ? (strictement monomaniacque)
- Focalisé : - sur MON intérêt ou celui de mon client
  - sur MES objectifs et non pas sur les moyens de l'obtenir
  - soustrait à l'influence de l'autre

avec l'autre

### 3. Que veut l'autre ?

- L'autre  $\neq$  problème  
= une opportunité
- Je considère l'autre comme un contributeur à ma solution
- Par des questionnements exploratoires

### 4. Echange / mise en lien

### 5. Mise en œuvre / implémentation

Inspiré de Melissa Davies  
[www.negoservices.com](http://www.negoservices.com)

# Le Client + son Conseil = une équipe

---

## **B. Pendant la médiation**

1. Client = le protagoniste le plus important
2. L'avocat = son accompagnant (« coach » + « garde-fou »)
3. Utiliser adéquatement:
  1. la confidentialité du processus de médiation
  2. structure du processus (causus / séances plénières)
  3. les outils et compétences du médiateur
4. Participer activement au brainstorming des options (sans évaluation)
5. Analyser et sélectionner les options (par rapport aux besoins/intérêts des parties)
6. Formaliser la transaction/rédaction de l'accord final (ou partiel)

## **C. Après la médiation**

1. Homologation / titre exécutoire et exécution
2. Prochaines étapes en cas d'accord partiel / non-résolution du conflit

# Accord de médiation: Homologation judiciaire ou Titre authentique exécutoire

---

## 1. Accord simple

## 2. Accord homologué (transforme un accord en décision exécutoire)

Introduction d'une requête par-devant le Juge compétent *ratione loci* et *ratione materiae* aux fins de ratification **217 CPC**

## 3. Titre authentique exécutoire **347 CPC et 57 CL**

Art. 347 Caractère exécutoire

Les titres authentiques relatifs à des **prestations de toute nature** peuvent être **exécutés comme des décisions** aux conditions suivantes:

- a. la partie qui s'oblige a expressément déclaré dans le titre qu'elle **reconnaissait l'exécution directe** de la prestation;
- b. la **cause juridique** de la prestation est mentionnée dans le titre;
- c. la **prestation** due est:
  1. suffisamment **déterminée** dans le titre,
  2. **reconnue** dans le titre par la partie qui s'oblige,
  3. **exigible**.

***Nouvelles opportunités de travail pour  
l'avocat  
et  
modèle d'honoraires***

***Nuove opportunità di lavoro per gli avvocati  
e modelli di onorario***

# Nouvelles opportunités :

---

## L'Avocat comme:

- «Dispute Resolution Specialist»
- Membre d'un «Dispute Board»
- Collaborative lawyer
- ...

---

*“We have to start by  
defining the problem as  
a process”*

*David Plant*

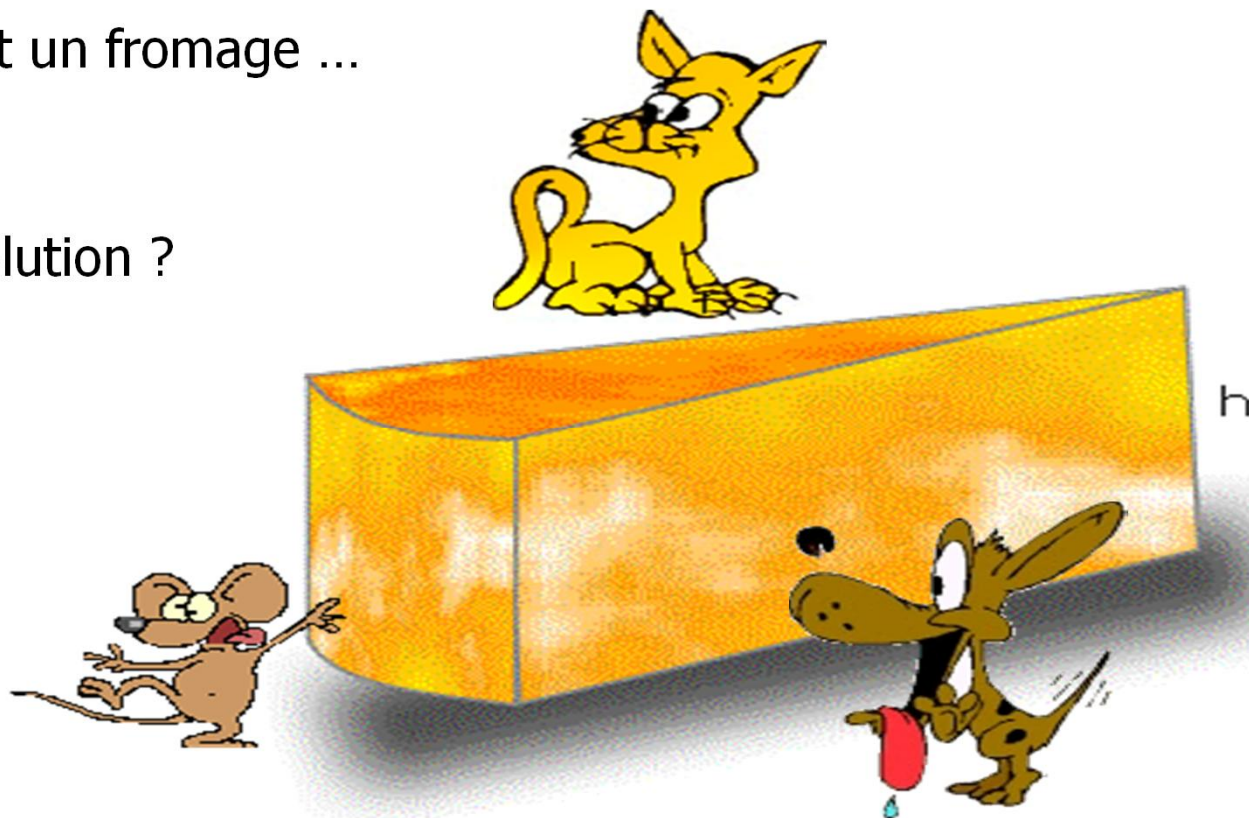
## L'avocat comme « Dispute Resolution Specialist »

---

N'en faites pas tout un fromage ...

Quel problème ?

Quel mode de résolution ?



# Le conflit > le litige

---

Pointe de l'iceberg

Le litige



Le conflit

Dessous de l'iceberg

## Juge et Arbitre:

- examine le litige
- ne tranche que les effets du conflit

## Médiation:

- s'occupe du conflit
- tend à solutionner la cause du litige

# MARC = Méthodes Alternatives / Appropriées de Résolution de Conflits

---

Source: J. Kalowski, JOK Consulting

Moins évaluatif  
Moins structuré  
Moins formel



Plus évaluatif  
Plus structuré  
Plus formel

**NEGOCIATION**

**MEDIATION**

**EXPERTISE INDEPENDANTE**

**CONCILIATION**

**EVALUATION**

**ARBITRAGE**

**JUGEMENT**

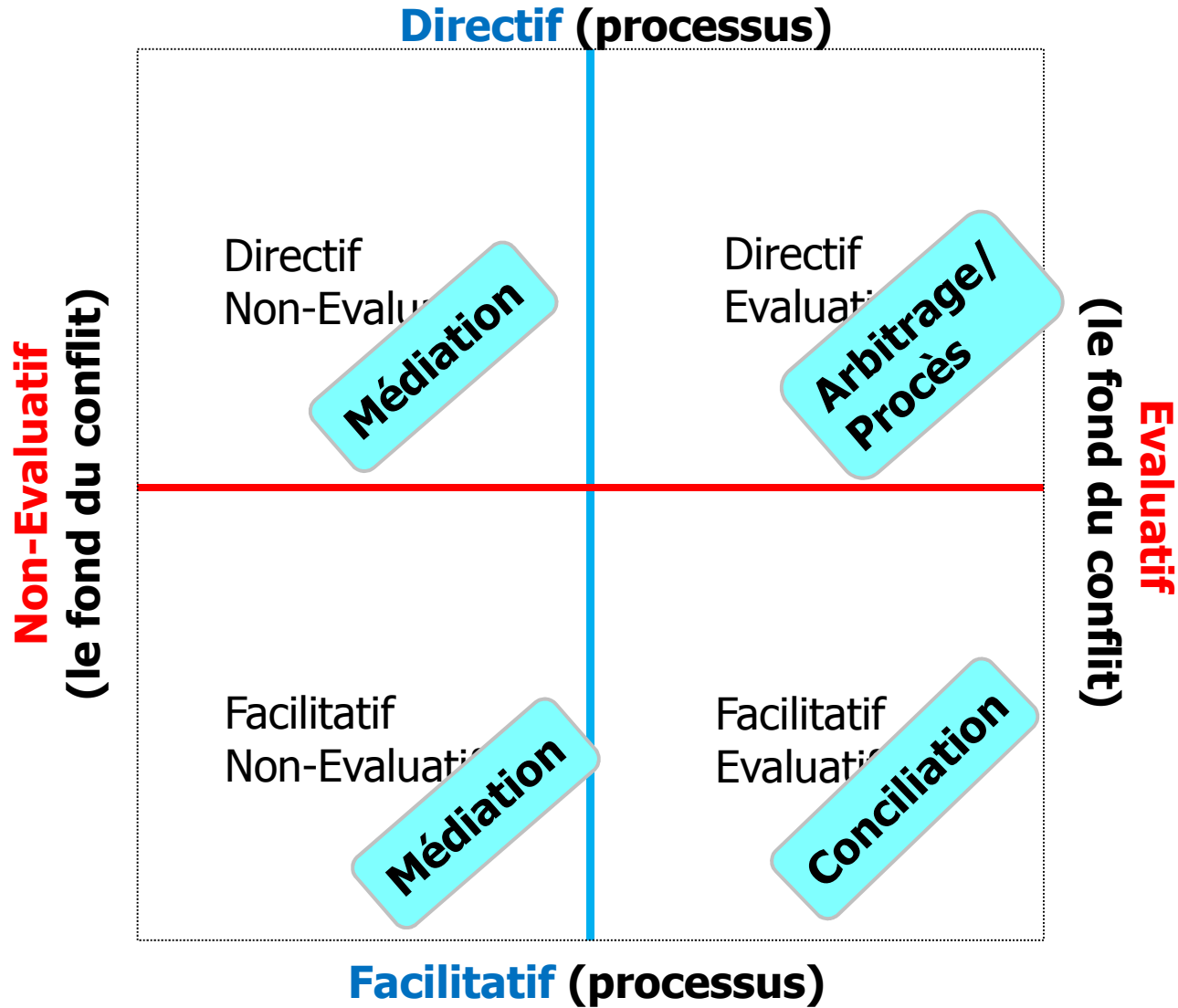
Processus consensuel  
Les parties ont le contrôle



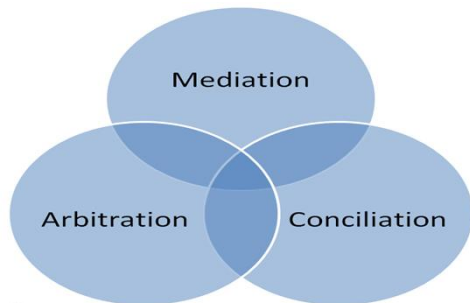
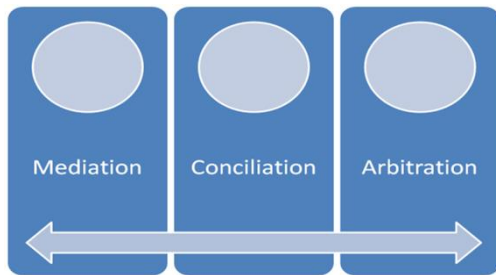
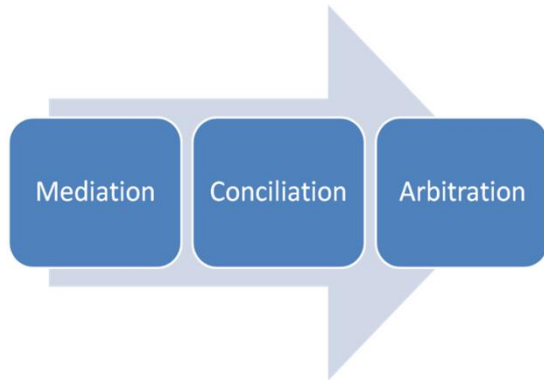
Processus contradictoire  
Un tiers a le contrôle

# Type de processus voulu ?

Source: Jeremy Lack + L. Riskin "The New Old & New New Grids"



# Articulations & procédures mixtes



## Consecutives

- Med-Arb
- Arb-Med

## Parallèles

- Med//Arb
- Carve-outs
- Fenêtres
- Shadow mediation
- Partnering

## Hybrides

- MEDALOA
- « Co-medarbitres »?

## Facteurs clés

- Parties
- Certitude de résultat
- Coûts
- Temps & délais
- Droit(s) applicable(s)
- Langues
- Compétences
- Distance et lieux
- Institutions - règles
- Nationalités/cultures
- Avocats
- Neutres
- Disponibilités
- Conseillers/experts
- Confidentialité
- Discovery-pièces
- Implémentation
- Exécution

# Arb-Med

- But: Créer une « marmite à pression » pour arriver à un accord quand les négociations deviennent bloquées
- 2 techniques successives: arbitrage (3 heures) et médiation (3 heures)
- Neutre(s) avec 2 chapeaux:
  1. L'Arbitre rend une décision (placée dans une enveloppe scellée)
  2. Le Médiateur assiste les parties pour trouver une solution négociée
- Si un accord est trouvé: l'enveloppe reste fermée
- Sinon, les parties sont liées par la décision (enveloppe)

## Exemple:

# BAT



Inspiré de Jeremy Lack

# MEDALOA (Hybride Med-Arb)

MEDALOA = Mediation and Last Offer Arbitration

« Arbitrage sur dernières offres »

- But: Créer encore une « marmite à pression » plus psychologique
- Combinaison de médiation et d'arbitrage (même neutre)
- Le « med-arbitre » ne peut choisir qu'entre les 2 dernières offres faites par les parties
- Variantes
  - «Baseball arbitration» («final offer arbitration»)
  - «Night baseball arbitration»

**Exemple:**

## Skyguide



Inspiré de Jeremy Lack

# Exemples de processus hybrides

---

- **Swissrules** - Processus séquentiels ou parallèles ou hybrides  
[www.sccam.org](http://www.sccam.org)
  - En tout temps, aussi à la demande du Tribunal arbitral / Chambre de Commerce (art 24)
  - Le médiateur peut suggérer d'autres instruments de résolution des conflits, notamment l'arbitrage (art 15)
  - Les parties en médiation peuvent demander le recours à l'arbitrage (art 23)
  - Possibilité de « Communication de dernières offres » (art 15)
  - Exemples récents: arbitrages introduits, résolution par voie de médiation, accords (sentence d'accord parties?)
- **Règl. ADR CCI** - ADR facultatif: à tout moment et sans préjudice de toutes autres procédures  
[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)
  - Parties et tiers neutre s'entendent sur la formule à utiliser pour le règlement du litige et s'entretiennent au sujet du processus ADR à suivre. A défaut d'accord des parties sur la formule à utiliser, celle-ci sera la médiation (art. 5)
  - [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)
- **CMAF** - Litiges internationaux, les parties peuvent à tout moment demander au médiateur s'il est disposé à être désigné par la CMAF en qualité d'arbitre afin de rendre une sentence d'accord-parties (art. 7)  
[www.cmap.fr](http://www.cmap.fr)
  - Règlement de MED-ARB simultané (processus indépendants)
  - Règlement sur dernières offres (DDO)
- **UNCITRAL** Model Law on International Commercial Conciliation - 2002 :
  - Art 6: *The conciliator may, at any stage of the conciliation proceedings, make proposals for a settlement of the dispute.*

- Un Dispute Board (DB) est un comité chargé des différends dans le cadre d'une relation contractuelle.
- Il est créé dès le début du contrat pour aider de manière informelle les parties à résoudre des désaccords pouvant survenir lors de l'exécution du contrat et pour émettre des recommandations ou des décisions concernant tout différend que l'une ou l'autre des parties lui soumet.
- Généralement composé de 3 personnes, celles-ci sont choisies lors de la négociation du contrat: un président spécialiste de la résolution de différends et deux spécialistes du domaine contractuel concerné.
- «**Dispute Review Board**»: ce DB émet des « recommandations » concernant tout différend qui lui est soumis et constitue une méthode relativement consensuelle pour résoudre les différends
- «**Dispute Adjudication Board**» émet des « décisions » concernant tout litige qui lui est soumis. En vertu de la convention des parties, une décision doit être appliquée dès sa réception. Si une partie manifeste son désaccord avec une décision dans un délai déterminé, elle peut soumettre le différend à l'arbitrage, si les parties en sont convenues, ou au juge, en vue de le faire trancher définitivement.
- «**Combined Dispute Board**» émet généralement des recommandations concernant tout différend qui lui est soumis. Il peut néanmoins rendre une décision si une partie le demande et qu'aucune autre partie ne s'y oppose.

# Collaborative Law

---

- Combinaison de médiation et de pratique judiciaire en vue d'une solution négociée
- En présence: - des parties
  - de leurs avocats
  - de spécialistes (interdisciplinarité)
- Contrat négocié entre les parties et également entre leurs avocats (tous signataires)
- En cas de procédure judiciaire, l'avocat doit se départir du mandat (clause pénale)
- Difficultés: véritable échange d'informations confidentielles ?

[www.droitcollaboratif-geneve.ch](http://www.droitcollaboratif-geneve.ch)

# Les clauses sur mesure: le principe « clause & effet »

Storebaelt, DK



Oresund, DK & SE



Source: Tina Monberg

Le même «Conflict Management System» a été proposé dans 2 cas

## PROPOSITION DE PETER LUNDHUS

### Musketeer bonus + Steering group

1. Négociation
2. Dispute Resolution Board
3. Médiation
4. Arbitrage

### LUNDHUS PROPOSAL **REFUSÉ**

## LUNDHUS PROPOSAL **ACCEPTÉ**

- Ouvert avec 9 mois d'avance
- Dans les limites du budget
- Aucun constructeur n'a perdu de l'argent
- Pas de presse négative ou de plaintes politiques
- Relations positives
- Moins d'accidents et aucun décès

# Modèle d'honoraires en médiation

---

- Tarif horaire:
  - Préparation
  - Participation
  - Formalisation et
  - Exécution
  
- Travail au forfait
  
- Pactum de palmario

---

*“We can't solve the problems  
by using the same kind of thinking  
we used when we created them”*

*Albert Einstein*

---

Questions?  
Clarifications?

