

Université de Neuchâtel **unhe**

FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Le médiateur/la médiatrice FSA et le droit

François Bohnet
Juin 2021

1

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

Plan

- I. L'avocat, le médiateur et le juge
 - A. Définition et fonction
 - B. Formation
 - C. Connections
- II. Le médiateur / la médiatrice FSA
 - A. Fonction
 - B. Mélange des rôles
 - C. Règles professionnelles
 - D. Responsabilité civile

DROIT

2

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge

A. Définition et fonction

Avocat:

L'avocat est un **professionnel** qui offre des services juridiques et qui dispose, dans une large mesure, de l'exclusivité de la **représentation en justice**. Il exerce une profession libérale, indépendante, soumise à autorisation, en principe réglementée et surveillée par l'Etat, tout en étant autorégulée.

L'avocat a une position de **garant de l'Etat de droit**. Sans lui, les justiciables seraient souvent en peine de connaître et de faire valoir leurs droits. Indépendant de l'Etat, il peut critiquer ses décisions et dénoncer ses dysfonctionnements. Grâce au secret professionnel, les justiciables peuvent se confier à lui.

Il doit veiller à **exclure tout conflit d'intérêts**.

DROIT

3

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge

A. Définition et fonction

Médiateur:

Le médiateur est un **tiers, neutre, indépendant et impartial**, qui, dans un processus formalisé, aide les parties en les amenant à **renouer le dialogue** afin qu'elles trouvent elles-mêmes et sous leur propre responsabilité une solution à leur litige.

➤ La définition de la médiation est sujette à débats: peut-elle aussi comprendre les conciliations conduites par un tiers?

DROIT

4

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge

A. Définition et fonction

Juge:

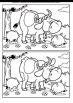
Le juge est l'**autorité indépendante et impartiale** chargée de **trancher**, dans des affaires concrètes, par des **décisions motivées et contraignantes**, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, **toute question relevant de sa compétence**.

DROIT

5

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge



L'**avocat** est un **professionnel** qui offre des **services juridiques** et qui se voit réservé, dans une large mesure, l'**exclusivité** de la représentation en justice. Il exerce une profession libérale, indépendante, **soumise à autorisation, en principe réglementée** et surveillée par l'Etat tout en étant autorégulée. Il doit veiller à exclure tout conflit d'intérêts.

Le **médiateur** est un **tiers, neutre, indépendant et impartial**, qui, dans un **processus formalisé**, aide les parties en les amenant à **renouer le dialogue** afin qu'elles trouvent elles-mêmes et sous leur propre responsabilité une **solution à leur litige**.

Le **juge**, en sa qualité d'**autorité indépendante et impartiale**, est **chargé de trancher**, dans des affaires concrètes, par des décisions motivées et contraignantes, **sur la base de normes de droit** et à l'issue d'une **procédure organisée**, toute question relevant de sa compétence.

DROIT

6

FAULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

B. Formation I. L'avocat, le médiateur et le juge

Avocat:

Art. 8 LLCA: brevet d'avocat délivré par les cantons, qui suppose :

- a. des études de droit sanctionnées soit par une licence ou un master délivrés par une université suisse, soit par un diplôme équivalent délivré par une université de l'un des États qui ont conclu avec la Suisse un accord de reconnaissance mutuelle des diplômes;
- b. un stage d'une durée d'un an au moins effectué en Suisse et sanctionné par un examen portant sur les connaissances juridiques théoriques et pratiques.

Titre protégé (LLCA, droit cantonal).

ATF 146 II 309

DROIT

7

FAULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge

B. Formation

Médiateur

Nombreuses formations (universitaires ou non, généralement CAS/DAS), en principe pas de droit.

Titre pas protégé.

TF 2C_283/2020 du 5 février 2021

DROIT

8

FAULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge

B. Formation

Juge

Souvent pas d'exigence dans la loi, mais régulièrement formation en droit, prise en compte lors de l'élection. Des juges laïcs existent encore en Suisse.

ATF 134 I 16, JdT 2008 I 96

DROIT

9

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge

B. Formation

ATF 134 I 16, JdT 2008 I 96

La Constitution fédérale ne contient aucune garantie institutionnelle d'être jugé par un magistrat au bénéfice d'une formation juridique.

il existe cependant un lien entre l'**indépendance** garantie par l'art. 30 al. 1 Cst. et les conditions de formation requises pour exercer la fonction de juge. **Seules des connaissances suffisantes de fait et de droit** rendent le juge apte à former sa volonté de manière indépendante et à appliquer correctement le droit.

Le juge doit être capable de comprendre l'affaire dans tous ses détails, de se former une opinion et d'appliquer ensuite le droit. Le droit à un juge indépendant peut être atteint lorsque des juges laïcs inexpérimentés doivent exercer leurs fonctions sans pouvoir s'appuyer sur l'aide d'un professionnel indépendant.

DROIT

10

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge

B. Formation

En bref:

L'**avocat** est au bénéfice d'une formation complète en droit

Même si c'est généralement le cas, le **juge** n'est pas nécessairement au bénéfice d'une formation en droit mais doit dire le droit et pour ce faire être « apte à former sa volonté de manière indépendante et à appliquer correctement le droit ».

Le **médiateur** peut être au bénéfice d'une formation en droit.

Le **médiateur/médiatrice FSA** est par définition avocat-e.

DROIT

11

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

I. L'avocat, le médiateur et le juge


C. Connections

- ✓ Les professions d'avocate, de médiatrice et de juge sont trois professions liées à la résolution des litiges.
- ✓ Les processus de médiation et judiciaire peuvent entrer en contact.
- ✓ art. 213 ss CPC: remplacement de la conciliation, suspension du procès; ratification de l'accord).

DROIT

12

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL



I. L'avocat, le médiateur et le juge

C. Connections

- ✓ Les postures d'avocat, de médiateur et de juge peuvent-elles s'entremêler? Rôle ou compétences?
- ✓ Avant-pendant-après?
 - ✓ Avocat-médiateur?
 - ✓ Avocat-juge ?
 - ✓ Juge-médiateur?

DROIT

13

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

A. Fonction

Avocate:

- ✓ Intervient en principe pour une partie.
 - ✓ Peut agir pour les deux parties à un acte ou une procédure gracieuse (séparation, divorce), mais en prenant garde à l'émergence de conflits d'intérêts concrets (art. 12 let. c LLCA)
- ✓ **Doit convaincre et porter la voix** (advocatus)
- ✓ Confrontante
- Réactive, tactique voire stratégique, parfois agressive, tenace
- Différents styles d'avocates

DROIT

14

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

A. Fonction

Médiatrice:

- ✓ Neutre
- ✓ Doit établir un **espace d'écoute et de parole** et **conduire un processus**
- ✓ Recherche du consensus
- Patience, retenue prudence, amabilité et optimisme
- Différents styles de médiatrices

DROIT

15

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

A. Fonction

Avocate et médiatrice

Compétences communes:

- ✓ sens de l'écoute;
- ✓ capacité de négociatrice.

DROIT

16

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

A. Fonction

« Que le médiateur soit ou non titulaire du brevet d'avocat, son rôle ne varie pas.

Il n'existe pas de spécificité du médiateur avocat par rapport à un autre médiateur ».

Bohnet/Martenet, N 3467

DROIT

17

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

A. Fonction

*« Tout au plus le médiateur avocat peut-il donner des **informations juridiques générales** aux parties en conflit et par exemple les rendre attentives aux éventuels vices entachant leur projet d'accord.*

*Mais il est recommandé qu'il ne donne pas de **conseils juridiques**, en particulier pour préserver son impartialité.*

Il peut donner des informations objectives et neutres sur requête commune des parties, mais le conseil demeure la tâche de leurs mandataires.

Le médiateur avocat sortir du paradigme du droit et se distancer du syllogisme juridique. »

Bohnet/Martenet, N 3467 avec références à Liatowitsch, Bono-Hörlner et Blum

DROIT

18

FAULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

A. Fonction

Atouts du médiateur FSA:

- ✓ Connait globalement le cadre juridique
- ✓ Connait les alternatives à la médiation
- ✓ Formulation des accords de manière juridique

DROIT

19

FAULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

B. Mélange des rôles

- ✓ Le cadre juridique
 - ✓ Indication sur les éléments à régler d'un point de vue juridique?
 - ✓ Indication sur le droit impératif?
- ✓ L'urgence juridique
 - ✓ Délai à respecter?
 - ✓ Risque de perte des droits?
- ✓ La consolidation du processus de médiation
 - ✓ Soutien des parties à l'audience de ratification de l'accord?

DROIT

20

FAULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

B. Mélange des rôles

- ✓ Le cadre juridique
 - ✓ Indication sur les éléments à régler d'un point de vue juridique?
 - ✓ Indication sur le droit impératif?
- Evolution des directives FSA (comp. art. 3 1998 et art. 5 2005)

DROIT

21

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

B. Mélange des rôles

2005

5. Devoir d'information des médiateurs / médiatrices

5.1 Les médiateurs / médiatrices ont, dès le début et tout au long de la procédure, une obligation d'informer les parties sur le genre, le contenu, le déroulement de la procédure et le rôle du médiateur / de la médiatrice.

5.2 Ces derniers doivent aussi discuter avec les parties, de la question de savoir si la médiation est la procédure appropriée.

5.3 Ils doivent également informer les parties sur le rôle du droit dans la médiation et sur la possibilité d'impliquer ou faire intervenir des avocats / avocates ou d'autres spécialistes.

DROIT

22

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

B. Mélange des rôles

1998

3 Information über Rechte und Pflichten der Parteien

Ober die Sachverhaltsabklärung hinaus ist der Anwaltsmediator, wie jeder Anwalt, verpflichtet, beide Parteien über das Verfahren und über ihre jeweiligen Rechte und Pflichten umfassend zu informieren, ohne Rücksicht darauf, ob dies die Einigung letztlich erschwert oder nicht.
 Der Anwaltsmediator weist die Parteien darauf hin, wenn sie Regelungen zu treffen beabsichtigen, die nichtig sind. Beharren die Parteien hierauf, lehnt der Anwaltsmediator die weitere Vermittlungstätigkeit ab.
 Wenn die Parteien psychisch und intellektuell nicht in der Lage sind, ihre Interessen selbständig wahrzunehmen und für sich selbst einzustehen, wenn sie die Bedeutung der ihnen zur Verfügung stehenden Informationen und Konsequenzen ihrer Entscheidungen nicht erfassen, oder wenn das Machtgefälle nicht ausgeglichen werden kann, wird der Anwalt im Zweifel die Mediation nicht weiterführen.

DROIT

23

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

B. Mélange des rôles

✓ L'urgence juridique

- ✓ Délai à respecter?
- ✓ Risque de perte des droits?

DROIT

24

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

B. Mélange des rôles

- ✓ La consolidation du processus de médiation
 - ✓ Soutien des parties à l'audience de ratification de l'accord?

DROIT

25

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

B. Mélange des rôles

Art. 4.5 Directives FSA pour la médiation 2005

Tout médiateur / médiatrice qui souhaiterait **agir** pour une ou plusieurs des parties à un conflit, **en tant que représentant / représentante**, conseiller / conseillère, arbitre ou dans toute autre fonction, sur un sujet touchant au litige qui fait l'objet de la médiation, doit fournir des explications complètes à toutes les parties impliquées dans le conflit et obtenir leur accord préalable écrit. Les autres dispositions légales ou déontologiques qui sont en rapport avec les fonctions précitées sont applicables.

DROIT

26

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

C. Règles professionnelles

L'avocat médiateur est-il soumis aux règles professionnelles de l'avocat ?

- Oui (solution globalement retenue dans les pays qui nous entourent): diligence, indépendance, interdiction des conflits d'intérêts, secret professionnel, facturation.
- Si les règles qui s'appliquent respectivement à l'avocat ou au médiateur sont en contradiction, c'est en principe la **plus restrictive** qui s'applique, sinon la **plus spécifique**.
- Problème particulier: le **secret professionnel** (art. 13 LLCA et 321 CP), dans sa **dimension privilégiée**.

DROIT

27

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

C. Règles professionnelles

Art. 166 CPC Droit de refus restreint

¹ Tout tiers peut refuser de collaborer:

b. dans la mesure où, de ce fait, la **révélation d'un secret** serait punissable en vertu de l'**art. 321 CP**; les réviseurs sont exceptés; à l'exception des avocats et des ecclésiastiques, le tiers soumis à une obligation de dénoncer ou délié de l'obligation de garder le secret a le devoir de collaborer (...)

d. lorsqu'il serait amené en tant qu'ombudsman, conseiller conjugal ou familial, ou encore **médiateur** à révéler des faits dont il a eu connaissance dans l'**exercice de ses fonctions**.

DROIT

28

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

C. Règles professionnelles

Art. 171 CPP Droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel

¹ Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, conseils en brevet, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires, peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

² Ils doivent témoigner:

a. lorsqu'ils sont soumis à l'obligation de dénoncer ;
 b. lorsqu'ils sont déliés du secret, selon l'art. 321, ch. 2, CP, par le maître du secret ou, en la forme écrite, par l'autorité compétente.

³ L'autorité pénale respecte le secret professionnel même si le détenteur en a été délié lorsque celui-ci rend vraisemblable que l'intérêt du maître au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

⁴ La loi du 23 juin 2000 sur les avocats est réservée.

DROIT

29

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

C. Règles professionnelles

Art. 173 CPP Droit de refuser de témoigner fondé sur d'autres devoirs de discrétion

² Les détenteurs d'autres secrets protégés par la loi sont tenus de déposer. La direction de la procédure **peut les libérer de l'obligation de témoigner** lorsqu'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

➤ A l'inverse de ce qui prévaut pour la procédure civile, le médiateur doit donc témoigner s'il n'en est pas dispensé par la direction de la procédure.

DROIT

30

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

C. Règles professionnelles

Il existe donc plusieurs *catégories de médiateurs* :

- ceux qui ne sont soumis à aucune règle étatique ou privée;
- ceux qui sont « diplômés » et accrédités, soumis aux règles déontologiques d'une association professionnelle;
- les avocats médiateurs soumis aux règles de la LLCA et aux règles déontologiques, généralement formés à la médiation et accrédités.

DROIT

31

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

D. Responsabilité civile

Rappel:

L'**avocat** doit apprécier correctement les faits qui lui sont soumis et en déduire les conséquences juridiques appropriées:

- En matière de conseil
- En matière de conduite du procès



OWTGOOSH
ARE TOS MURTT?

HOW WOULD I KNOW?
I'M A DOCTOR,
NOT A LAWYER!

WWW.CARTOONSTOCK.COM

DROIT

32

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

- **En matière de faits**: l'avocat doit disposer des éléments nécessaires à l'établissement de son analyse factuelle (ATF 117 II 563)
- **En matière de droit**: C'est lui le spécialiste, il ne peut s'en remettre à l'analyse de son client TF (11.08.2005) 4C.80/2005

DROIT

33

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

D. Responsabilité civile

L'avocate-médiatrice est une mandataire (art. 394 ss CO)

- ✓ Fidélité et diligence (art. 398 CO).
- ✓ Dès l'instant où le médiateur FSA donne des informations, voire des conseils juridiques, il engage sa responsabilité professionnelle.
- ✓ Vu sa qualité d'avocate et du flou pouvant exister sur son rôle, la médiatrice FSA **devrait informer** les parties qu'elle ne donne pas de conseils juridiques ni de renseignements sur les droits matériels et procéduraux de chaque partie et sur leur perte éventuelle, renvoyant les parties aux mandataires.
- ✓ **Risque sinon de fausse expectative** et de confiance déçue.

DROIT

34

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

II. Le médiateur FSA

D. Responsabilité civile

L'avocate-médiatrice est une mandataire (art. 394 ss CO)

- ✓ Si la médiatrice FSA ne donne pas de conseils juridiques et l'a clairement annoncé, pas de responsabilité pour des conseils qui n'ont pas été donnés.
 - ✓ *Même si urgence juridique?* (ex.: délai droit des successions; retour de l'enfant, action en justice, etc.)
- ✓ Limites: formulation de l'accord. Information nécessaire sur la portée et la validité. **Responsabilité** en cas de formulations et d'engagements problématiques.

DROIT

35



FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL

36
