

La place du droit en médiation

Enjeux et pistes de réflexion du point de vue réglementaire et déontologique

Shalini Pai
Avocate et Médiatrice FSA

16 juin 2021

Pourquoi avoir choisi le thème du rôle du droit en médiation ?

Message selon lequel le médiateur ne doit pas « faire de droit »

- En tant qu'avocat, quid du bagage juridique ?
- Quelle est la finalité de ce message ?
- Ce message a-t-il une vraie raison d'être ?

Recherche de sens, de clarification et de cohérence

Première étape

VAUD

- **Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ)**
 - aucune mention du rôle du droit dans la médiation
- **Règlement sur les médiateurs civils agréés du canton de Vaud (RMCA)**
 - aucune mention du rôle du droit dans la médiation
- **Règlement sur la médiation dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (RMPPM)**
 - Art. 3 Conditions nécessaires à l'exercice de l'activité de médiateur agréé
 - d. disposer de **connaissances suffisantes** en droit pénal

GENEVE

- **Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ)**

- Art. 67 Conditions d'exercice

- L'exercice de la fonction de médiateur est réservée aux personnes qui :

- d) disposent d'une expérience ou **de connaissances suffisantes dans le domaine d'exercice de la médiation**

- **Règlement relatif aux médiateurs pénaux et civils (RMéd)**

- Art. 17 Teneur de l'information

- Selon les cas de figure, le médiateur informe les parties au sujet :

- c) **du rôle et de la signification du droit dans la médiation**
- d) **de la faculté de se faire assister par un avocat ou un autre conseiller et de faire contrôler le résultat de la médiation.**

FRIBOURG

- **Loi sur la justice (LJ)**
 - aucune mention du rôle du droit en médiation
- **Ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs (Oméd)**
 - Art. 7 Conditions d'exercice – En général
 - (1) L'exercice de la fonction de médiateur ou médiatrice est réservé aux personnes qui:
 - e) disposent, pour justifier l'inscription au tableau, **de qualifications particulières ou de domaines de spécialité, d'une expérience ou de connaissances suffisantes** dans le domaine d'activité concerné

FSM / ASMF

- Règles déontologiques
 - **Art. 7 Devoir d'information et limites**
 - (3) La médiatrice / le médiateur devrait, en règle générale, préciser les points suivants:
 - **place des questions d'ordre juridique** dans la médiation
 - **possibilité de consulter un conseil juridique** et contrôle de l'équité conformément à l'article 8 ci-dessous
 - possibilité de s'adjoindre des experts externes et définition de leur rôle.
 - **Art. 8 Importance du droit et contrôle de l'équité**
 - (1) Les solutions choisies doivent tenir compte **en premier lieu du sentiment d'équité** des personnes concernées, ainsi que de leur **besoin de réparation**. Ces solutions **ne doivent pas contrevénir aux dispositions légales impératives**.
 - (2) La médiatrice ou le médiateur discute avec les participants au conflit de la possibilité de soumettre l'accord avant sa signature à des experts extérieurs.

FSA

- **Directives FSA pour la médiation**
 - **art. 5. Devoir d'information des médiateurs / médiatrices**
 - 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.**

Le droit joue un rôle en médiation

- obligations du médiateur
 - de renseigner les parties sur **le rôle et la signification du droit en médiation**
 - de disposer, dans son domaine d'activité, **de connaissances suffisantes, notamment juridiques**
 - de ne pas contribuer à la conclusion d'un **accord illégal**
 - d'informer les parties sur **la possibilité de se faire assister par un conseil juridique en médiation**

Sous un angle différent...

- Quand on présente les avantages de la médiation, on met en avant son caractère **global** !
- Qu'on illustre souvent avec la **figure de l'iceberg**...
 - ... avec dans la partie **émergée**,
les faits, le droit, les positions
 - ... et dans la partie **immergée**,
les intérêts, les besoins, les valeurs,
les perceptions, les émotions, etc.

Alors quelle place pour le droit en médiation ?

Deuxième étape

Principes déontologiques

Indépendance, Impartialité et Neutralité

- 3 notions liées
- sens différent
- risque de confusion
- définition

Indépendance

- Absence d'intérêt direct ou indirect au différend
- Absence de lien de quelque nature que ce soit (économique, religieux, politique, affectif, etc.)
 - avec l'une des parties ou leurs représentants
 - avec des tiers susceptibles d'influencer le médiateur
- Liberté vis-à-vis du monde (des parties et des tiers)
- Gage de l'impartialité et de la neutralité

Impartialité

ou Multipartialité

- Fait de ne pas prendre parti pour l'une ou l'autre des parties en raison d'une prévention ou d'une préférence
- Fait de rejoindre chaque partie là où elle est
 - Regard positif du médiateur sur chaque partie
 - Empathie envers tous
- Garantie d'un processus loyal et équitable
 - Servir les parties de manière équitable
 - Tenir compte des déséquilibres de rapports de force entre les parties

Neutralité

- *Neuter* : ni pour l'un ni pour l'autre
- Devoir d'abstention du médiateur vis-à-vis du problème ou du conflit
 - se prononcer ni pour l'une ni par l'autre partie et/ou thèse
 - ne pas donner son opinion
 - s'abstenir de s'impliquer dans la controverse

- Indépendance et Impartialité à l'égard des **parties**
- Neutralité à l'égard du **conflit** / de la **solution**

VAUD

- **Art. 40 Code de droit privé judiciaire (CDPJ)**
 - (4) Le médiateur agréé s'engage à exercer sa mission dans le respect des lois, **en toute indépendance, neutralité et impartialité**, sans exercer sur les personnes en litige une quelconque pression destinée à obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement consentie et à respecter la confidentialité de la médiation.

VAUD

- **Règlement sur les médiateurs civils agréés (RMCA)**
 - Art. 4 Indépendance, neutralité et impartialité
 - (1) Le médiateur agréé exerce ses fonctions en toute **indépendance**.
 - (2) Il **ne favorise aucune des parties** à la médiation et n'entreprend rien qui puisse faire douter de son impartialité.
 - (3) Il **n'exerce aucune pression** sur les parties afin d'obtenir l'adhésion à un accord.
- **Règlement sur la médiation dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (RMPPM)**
 - Art. 5 Indépendance
 - Art. 6 Impartialité

GENEVE

- **Art. 70 Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ)**
 - ⁽¹⁾ Le médiateur exerce ses fonctions **en toute indépendance, neutralité et impartialité.**

GENEVE

- **Règlement relatif aux médiateurs pénaux et civil (RMéd)**

- **Art. 9 Mandat**

- ¹ Dès le premier contact en vue de sa désignation et tout au long du processus de médiation, le médiateur doit être **indépendant, neutre et impartial**. (...).

- **Art. 10 Indépendance**

- L'indépendance du médiateur signifie notamment qu'il ne doit avoir aucun intérêt direct ou indirect au différend, aucune relation ou autre lien avec l'une ou l'autre des parties ou leurs représentants dont la nature ou l'intensité pourraient faire douter de son impartialité.

- **Art. 11 Neutralité**

- La neutralité signifie que le médiateur ne doit pas prendre parti pour une solution particulière dans la négociation entre les parties, **sauf accord spécifique de toutes les parties sur une telle démarche**.

- **Art. 12 Impartialité**

- L'impartialité du médiateur signifie qu'il ne doit exprimer de préférence envers aucune des parties ou leurs positions.

FRIBOURG

- **Art. 126 Loi sur la justice (LJ)**
 - (1) Les médiateurs et médiatrices sont **indépendants** et **impartiaux**.

FRIBOURG

- **Ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs du canton de Fribourg (OMéd)**
 - **Art. 17 Indépendance**
 - (1) Le médiateur ou la médiatrice exerce ses fonctions **en toute indépendance**, en particulier face à la juridiction saisie de la cause.
 - **Art. 18 Impartialité et neutralité**
 - (1) Le médiateur ou la médiatrice **ne favorise ni l'une ni l'autre des parties** en litige.
 - (2) Il ou elle **n'exerce aucune pression** sur les parties pour obtenir l'adhésion à un accord.
 - **Art. 22 Déontologie**
 - Pour le surplus, les règles de déontologie applicables sont celles de la Fédération suisse des associations de médiation.

FSM

- **Art. 2 Indépendance, transparence et renoncement à représentation ultérieure**
 - 1 La médiation suppose **l'indépendance** de la médiatrice / du médiateur. Ces derniers abordent ouvertement la question d'éventuels conflits d'intérêts, ainsi que des circonstances qui pourraient porter atteinte à leur **indépendance** et à leur **neutralité**. Ce sont les parties qui décident si un motif mettant en danger **l'indépendance** existe.
 - 2 La transparence constitue un autre présupposé de la médiation. La médiatrice ou le médiateur informe les participants qu'elle ou il n'acceptera aucun autre mandat, pas plus que, après la fin de la médiation, elle ou il n'acceptera de représenter l'une ou l'autre des parties dans le cas traité en médiation.

FSM

- **Art. 3 Impartialité (multipartialité) et équité**
 - (1) La médiatrice ou le médiateur adopte envers les participants au conflit une attitude **impartiale (multipartiale)**, exempte de préjugés.
 - (2) La médiatrice ou le médiateur garantit un déroulement équitable du processus et soutient les participants à la médiation de manière à ce qu'ils parviennent à trouver une solution à leur conflit que chacun d'eux considère comme équitable.

FSA

- **Directives FSA pour la médiation**
 - **Art. 4. Indépendance et impartialité des médiateurs / médiatrices**
 - 4.1 Les médiateurs / médiatrices garantissent durant toute la procédure de médiation leur **indépendance** et leur **impartialité**.

Constat 1

- Les lois et règlements abordent tous les notions **d'indépendance** et **d'impartialité**
- La situation est plus complexe s'agissant de la **neutralité** :
 1. Règlements qui l'exigent
 2. Règlements qui l'exigent, mais avec la possibilité d'y déroger (GE)
 3. Règlements qui n'en parlent pas (FSA)
 - *obligation implicite ou silence qualifié?*

Constat 2

- Flou sur le rôle du droit en médiation
- Flou sur la question de la neutralité du médiateur
 - Règlementation
 - Doctrine
 - Jurisprudence

... Un flou sur un flou...

Arrêt du TF 4A_310/2019 du 10 juin 2020

« L'employeuse a mandaté M. en qualité d'expert externe. Evoquant l'apparition de tensions et conflits entre différentes personnes actives en son sein, elle a invité le médiateur à se faire une idée de la situation, à identifier les origines de ces tensions et à soumettre une analyse ainsi qu'une recommandation au président du conseil d'administration. (...). Le médiateur a rendu son rapport le (...). **Le médiateur préconisait une action rapide pour rattraper les décisions en retard et éviter une détérioration supplémentaire. (...).**

D. était décrit comme une personne arrogante, maîtrisant mal les situations complexes et ayant des problèmes relationnels. Ses capacités managériales étaient mises en cause. **Le médiateur préconisait son licenciement assorti d'une libération immédiate de son obligation de travailler.**

A. était qualifiée de très émotionnelle; elle maîtrisait son métier et s'identifiait à Z.. Toutefois, son poste constituait une solution coûteuse pour les fonctions en cause, alors qu'il convenait de limiter les frais fixes et de gagner en flexibilité (taux d'occupation, honoraires). **Le médiateur recommandait de résilier son contrat de travail et de lui offrir un mandat d'environ 50 % dès la fin dudit contrat.**

Enfin, **le médiateur conseillait l'exécution immédiate de ses conseils pour ne pas encourir une détérioration supplémentaire de la situation. »**

Pistes de réflexion

Sur le rôle du droit en médiation

- fait partie de la réalité, au même titre que les intérêts et les besoins
- doit aider les parties à avoir une meilleure compréhension de la réalité
- doit favoriser la recherche de solutions constructives
- ne doit pas prendre le dessus sur les intérêts et les besoins
- permet de garantir l'efficacité et la durabilité des accords trouvés en médiation

« The question is not whether the law is involved, but how to deal with the law's involvement »

« Make the law people size »

**Gary Friedman / Jack Himmelstein,
Challenging Conflict, Mediation Through Understanding**

Sur le respect des principes déontologiques

- Enjeu pour le médiateur
 - faire entrer le droit en médiation
 - sans contrevenir à ses obligations déontologiques

- Critère décisif
 - Respect de la posture du médiateur

La posture du médiateur

- **Savoir-être** (ensemble de qualités du médiateur)
 - acquis dans le cadre de la formation spécifique en médiation
 - dont le médiateur est seul et auto-garant

Connaissance de soi suffisamment grande

Attention de chaque instant

Conclusion

Dans le savoir-être (posture) du médiateur,
il y a de la place pour son **savoir-faire**
(connaissances et compétences)

FSA Ancienne réglementation (traduction libre)

Directives de la FSA pour les avocats médiateurs du 30 août 1998, abrogées par les Directives FSA pour la médiation, actuellement en vigueur

3. Information sur les droits et obligations des parties

Outre la clarification des faits, l'avocat-médiateur, comme tout avocat, est tenu d'informer les deux parties de manière exhaustive sur la procédure et sur leurs droits et obligations respectifs, indépendamment du fait que cela rende finalement plus difficile la conclusion d'un accord ou non.

L'avocat-médiateur signale aux parties si elles ont l'intention de conclure des arrangements qui sont nuls. Si les parties insistent sur ce point, l'avocat-médiateur refuse de poursuivre la médiation.

Si les parties sont psychologiquement et intellectuellement incapables de sauvegarder leurs intérêts et de se défendre de manière autonome, si elles ne saisissent pas la signification des informations dont elles disposent et les conséquences de leurs décisions, ou si le déséquilibre des forces ne peut être équilibré, l'avocat médiateur doit, en cas de doute, ne pas poursuivre la médiation.

FSA Ancienne réglementation (traduction libre)

Directives de la FSA pour les avocats médiateurs du 30 août 1998, abrogées par les Directives FSA pour le médiation actuellement en vigueur

4. Indépendance et neutralité de l'avocat médiateur

L'avocat-médiateur doit conserver sa **neutralité** et son **indépendance**.

Il informe d'office les parties des circonstances qui, aux yeux de l'une d'elles, pourraient faire naître des doutes sur son indépendance et sa neutralité.

FSA Ancienne réglementation (traduction libre)

Directives de la FSA pour les avocats médiateurs du 30 août 1998, abrogées par les Directives FSA pour le médiation actuellement en vigueur

6. Contrôle de l'équité

Les clients doivent être informés de la possibilité d'obtenir des conseils de leurs propres avocats avant de conclure un accord.

L'examen des conseils unilatéraux d'un avocat aux parties respectives semble approprié **même si la médiation est proposée par un avocat et que ce dernier a donc déjà conseillé les parties en détail sur leurs droits et obligations** dans le cadre du processus de médiation. **Chaque partie doit savoir, nommément, si elle renonce explicitement ou implicitement à une prétention juridique.**

Merci de votre attention !
