

COLLOQUE GEMME du 29 mai 2013
à l'Université de Neuchâtel
Contrôle de la qualité juridique de l'accord de médiation –
Le rôle du médiateur, en particulier la relation avec l'avocat

Introduction – Les interactions

C'est par la reconnaissance des interactions réciproques entre justice et modes alternatifs de résolution des conflits (ci-après MARC) que l'on évite la polarisation des opinions et ses dérives.

L'approche systémique permet de distinguer les MARC des formes de justice traditionnelle : ils s'intègrent dans une culture de l'état de droit et ne peuvent prétendre se substituer à la justice étatique.

De son côté, cette justice intègre progressivement l'ouverture vers les MARC lorsqu'elle réalise l'impasse/les risques/le coût exorbitant du procès.

Tous les acteurs ont présent à l'esprit ce rapport coût/efficacité qui détermine le choix de la voie adéquate.

La relation avocats-médiateur, qui est au centre de la présente communication, constitue l'un des vecteurs de l'influence réciproque des différents acteurs, au même titre que les autres interactions.

A. Approche au travers de la substance de l'accord

1. Le champ des accords et le champ de la légalité :

Plusieurs hypothèses doivent être distinguées :

- a il y a concordance entre le cadre légal et l'accord de médiation (*ex : les époux conviennent dans leur accord de médiation de maintenir l'exercice conjoint de l'autorité parentale ; dans leur accord, employeur et employé décident d'appliquer l'échelle bernoise au calcul du droit au salaire en cas de maladie*)
- b il n'y a pas d'accord. On est dans le champ des jugements imposés (*ex : le juge fixe le montant de l'indemnité équitable de l'art. 124 CC, les époux n'ayant pu se mettre d'accord sur ce point ; n'étant pas d'accord sur la qualification juridique du contrat qui les lie – travail ou mandat - , c'est le juge qui examine et statue sur le droit au salaire en cas de maladie*)
- c les accords sortent du cadre légal

c.1 ils ne contreviennent à aucune norme impérative (*exemple : les époux en instance de divorce décident du sort de leurs animaux domestiques ; un accord est trouvé entre l'employeur et ses salariés sur les conditions d'utilisation de la cantine d'entreprise*)

c.2 ils contreviennent à de telles normes (*exemple : Madame renonce au partage LPP, pensant qu'elle n'y a pas droit dans un régime de séparation de biens ; un salarié accepte en cours de contrat de compenser ses vacances non prises pour l'année en cours par une rémunération en argent*).

2. La place du droit en médiation

Le rôle du droit en médiation est pour certains, **un élément objectif** à prendre en considération dans le cadre de la discussion, pour d'autres il appartient aux avocats des parties de reformuler les accords de celles-ci en conformité des contraintes légales, l'aspect juridique risquant, s'il est traité en médiation, de figer les positions que l'on veut justement **ouvertes sur les besoins** et non arque-boutées sur les droits.

On distinguera évidemment selon que le litige implique la référence à des normes impératives (le droit fait alors effectivement partie d'éléments objectifs ne pouvant être ignorés) ou soumises au principe de disposition (l'accord peut intervenir en marge de la loi). Cette problématique est bien connue des juristes en droit de la famille, en droit du travail ou en droit du bail, par exemple.

On distinguera également selon que l'accord a besoin d'une ratification judiciaire pour déployer ses effets (*exemple : convention alimentaire concernant un enfant mineur*) ou non (*exemple : modification d'une contribution après divorce de l'article 125 CC*).

B. **Approche au travers du processus**

1. Règles du jeu applicables aux conseils en cours de médiation

- Les avocats ne sont plus les porte-parole de leurs mandants
- ils accompagnent ceux-ci en tant que personnes de référence pour des questions techniques. Généralement, ce rôle est bien compris
- ils sont la courroie de transmission avec les tribunaux ; ils veillent à la sauvegarde des délais procéduraux, en particulier ils sont responsables de prolonger les suspensions et de requérir la reprise de cause en cas d'échec de la médiation
- le protocole d'accord leur est soumis par leurs mandants avec lesquels ils conféreront de l'opportunité/de la nécessité d'une ratification judiciaire. Outre l'examen relatif à la substance de l'accord dont il est question sous litt. A ci-dessus, ils vérifieront que d'éventuelles questions liées à la procédure et à ses frais soient réglées.

2. La présence des conseils en médiation favorise-t-elle le processus ?

- oui si les parties ont manifestement des intérêts communs (ou un ennemi commun !)

Exemple 1 : conflit du travail entre une collectivité publique et son employé. Les deux parties veulent éviter l'escalade et sauvegarder leur image auprès du public (peur du

qu'en dira-t-on). Les conseils ont soutenu leurs clients dans un processus de concertation et d'accord.

- non si la procédure judiciaire est trop présente

Exemple : un des médians ne cesse de revenir à ses droits, qu'il estime acquis, dans le cadre d'un procès successoral: on peine à se concentrer sur les besoins et à se libérer de la démarche contentieuse à laquelle, peut-être, la présence des avocats a donné un poids supplémentaire.

L'attitude et l'influence des conseils sur le processus est le fruit d'un calcul et d'une pesée des intérêts.

Le médiateur doit intégrer ces éléments dans son travail, savoir qu'à chaque séance à chaque étape du processus, les médians et leurs avocats pèseront le pour et le contre.

3. Incidences d'un procès en cours sur le processus de médiation

Un processus judiciaire fortement engagé, impliquant l'intervention de deux avocats dans le cadre du procès n'est pas forcément un obstacle à l'aboutissement de la médiation. Les deux médians peuvent ainsi avoir une volonté commune de réduire les risques du procès, qu'ils savent élevés.

Exemple : conflit de voisinage en relation avec des servitudes sur des places de parc. Les propriétaires sont conscients de ce que la mise en œuvre d'un géomètre officiel qui serait certainement nécessaire en l'absence d'accord amiable risquerait d'aboutir à la suppression pure et simple de 2 des 4 places disponibles qui empiètent légèrement sur le domaine public.

La facilité avec laquelle les parties pourront à nouveau recourir à la voie judiciaire peut toutefois mettre la médiation en échec ou en tout cas entamer leur détermination à poursuivre un processus qui les expose. S'il suffit d'un coup de fil à l'un des avocats consultés pour que le processus judiciaire reparte, l'intérêt pour des discussions parfois éprouvantes ou houleuses s'émousse.

Exemple : l'un des médians évoque à plusieurs reprises son désir de remettre en œuvre l'expert pédo-psychiatrique dont le travail avait été suspendu au profit de la médiation dans le cadre d'un procès en divorce. Il suffisait pour cela d'un coup de fil à son avocat.

Dans le même ordre d'idées, en l'absence de conseil, ou à plus forte raison si aucune procédure judiciaire n'est engagée, l'alternative à la solution négociée devient une affaire délicate et coûteuse, qui risque de dissuader les parties de s'engager dans cette voie. Elles seront par conséquent plus conscientes de leur intérêt à poursuivre le processus de médiation dont les chances de succès sont plus élevées.

Exemple : divorce avec implications internationales permettant de régler dans la concertation le sort d'immeubles à l'étranger et les modalités du déménagement de l'épouse et des enfants.

C. Conclusion

Les modes alternatifs et judiciaires sont complémentaires, l'existence des uns ne saurait remettre en cause la valeur des autres. C'est la grande différence entre les MARC qui se développent aujourd'hui, dans un contexte de respect des droits de la personne et des normes juridiques fondamentales et les modes traditionnels qui ne connaissent aucun contrepoids .

Lausanne, avril 2013/dlr

Catherine Jaccottet Tissot, avocate
Etude Pépinet 4, 1002 Lausanne