

Current News

Revue de l'avocat

Eric W. Fiechter

Mediation – Warum braucht es neben den Anwälten einen neutralen Dritten ?

Anwälte versuchen ja immer eine Vermittlerrolle zu spielen vor Einreichung einer Klage! Wenn also eine Klage eingereicht werden muss, ist die Gegenpartei Schuld daran, falls sie zu keinem vernünftigen Kompromiss bereit war. Oder ist die Antwort vielleicht doch nicht ganz so eindeutig? Hat der Anwalt vielleicht doch nicht alles Vernünftige unternommen, um den Streit effizienter zu bewältigen als durch ein langes und teures gerichtliches Verfahren?

Médiation – Pourquoi faire intervenir un tiers neutre...

...alors que les avocats s'efforcent déjà de trouver une solution amiable avant de déposer une demande en justice ? Si une solution amiable n'était pas possible, c'était donc par la faute de la partie adverse, opposée à une solution raisonnable ! A moins que la réponse ne soit quand même pas si évidente ? Est-ce que l'avocat a vraiment tout tenté pour régler le litige de façon plus efficace que par le biais d'une procédure judiciaire longue et coûteuse ?

Mots clés: médiation, conciliation, facilitation, transaction
Schlichtung, Vereinbarung, Kompromiss, ADR

La médiation est souvent perçue par les avocats avec une bonne dose de scepticisme. Aux Etats-Unis aussi ; seule une évolution dans la façon des médiateurs d'appréhender les litiges a permis de répondre aux besoins, tels que les avocats les percevaient. Aujourd'hui, les médiateurs américains facilitent les négociations entre avocats, les aidant à surmonter les obstacles stratégiques (et parfois émotionnels) inhérents aux dossiers qui leur sont confiés . L'évolution aux Etats-Unis, plus rapide qu'en Europe, s'explique par le contexte américain, mais n'est pas sans intérêt pour les avocats suisses.

Pour que la médiation puisse servir de méthode de résolution des conflits dans un environnement où les avocats sont parties prenantes en raison de leur mode de rémunération (jusqu'à 40% de participation sur le montant encaissé), les médiateurs ont en effet dû prendre en compte plus qu'en Europe, non seulement l'intérêt des parties, mais aussi celui des avocats. Les médiateurs américains ont donc tout naturellement évolué plus vite que leurs collègues européens.

Ils ont évolué d'une approche non-interventionniste vers une approche beaucoup plus ciblée.

Dans une approche non-interventionniste des problèmes quant au fond du litige (broad, facilitative approach), le médiateur est responsable du cadre dans lequel la médiation a lieu. Il est responsable du bon déroulement du processus, le but étant de susciter des solutions originales (innovative bargaining).

L'approche beaucoup plus ciblée et interventionniste utilisée aux Etats-Unis (narrow issues, evaluative approach) signifie que le médiateur intervient aussi sur le fond du litige, allant jusqu'à offrir le moment venu « sa solution ». Dans cette approche, le médiateur est essentiellement responsable du timing (size of concession and time between concessions) et de la nature des informations échangées (y compris, si nécessaire, le blocage d'informations qui pourraient nuire à la négociation).

Pour contrôler le processus de négociation, le médiateur travaille en caucus et, contrairement à la médiation traditionnelle, seulement de façon limitée en présence de toutes les parties. Le travail s'effectue de manière très concentrée, par exemple en réservant une journée (ou deux) pour trouver une issue acceptable au litige.

Le médiateur n'hésite pas à faciliter les négociations de marchands de tapis (distributive bargaining), par exemple, en travaillant sur la fourchette monétaire dans le cadre de laquelle la négociation se déroulera, en sachant par expérience qu'au terme de ses efforts, l'affaire sera souvent transigée à mi-chemin entre les premières « offre et contre-offre » raisonnables.

Aucune partie n'ayant envie de découvrir ses cartes ou de faire une offre transactionnelle en premier à l'autre partie, le médiateur permet aux parties de se faire conseiller par celui qui seul a la vision globale. Cela aide les parties à formuler les premières « offre et contre-offre » raisonnables, dont nous avons vu qu'elles déterminent statistiquement le montant final de la transaction. De plus, cela assure une meilleure confidentialité des négociations, la partie qui refuse d'aller jusqu'au bout des négociations ne connaissant pas le seuil ultime que s'était fixé l'autre partie.

En outre, différentes techniques de règlement enseignées aux médiateurs permettent de faire avancer les négociations là où les avocats des parties se heurteraient à des impasses fatales.

La réponse à notre question de savoir comment obtenir des avocats qu'ils envoient plus d'affaires en médiation est donc simple : faire en sorte que les avocats en retirent des avantages, par exemple en les aidant à formuler l'offre transactionnelle optimale, puis en l'améliorant au rythme approprié (distributive bargaining) tout en acceptant de limiter les questions examinées dans le cadre de la médiation (narrow issues). En effet, les avocats sont souvent assez méfiants

face à la médiation qui aborde le problème de façon très large (broad issues) avec une forte composante psychologique. Il ne s'agit pas pour autant de renoncer à l'approche qui repose sur l'« innovative bargaining », soit la recherche de solutions en dehors du cadre fixé initialement par les parties, dans un processus impliquant d'abord les parties au litige, lorsque l'affaire le requiert. Mais l'approche qui a permis d'impliquer les avocats et d'assurer le succès auprès d'eux de l'intervention d'un médiateur est quand même souvent celle où le médiateur intervient aussi sur le fond du litige (evaluative approach).

Quel avantage extraordinaire, en effet, pour les avocats que de pouvoir recourir dans le cadre de négociations transactionnelles à l'intervention d'un tiers neutre et assurant la confidentialité absolue, mais qui peut quand même savoir, même en toute discrétion, ce que pense l'autre partie. Ce tiers utilisant les techniques de la médiation, pose des questions ou fournit des conseils qui permettent de rapprocher les parties, sans dévoiler la position de la partie adverse aussi longtemps que celle-ci ne l'y a pas autorisé ou seulement dans la mesure convenue avec elle. Dans ce cas, le médiateur veille cependant à ne pas devenir l'instrument de manipulation de l'autre partie. Les règles d'éthique sévères auxquelles sont soumis les médiateurs FSA l'interdisent.

Aider les avocats implique donc une vision en partie différente de la médiation au sens où nous l'entendons en général en Europe, le médiateur devenant davantage un facilitateur actif de la négociation entre avocats.

Reste à distinguer cette approche de la conciliation. La différence principale est dans l'attitude du tiers neutre face à la solution du litige. Le médiateur ne propose pas sa solution aux parties mais aide les parties ou les avocats à surmonter les obstacles tactiques (ou émotionnels) par ses questions et ses conseils, alors que le rôle du conciliateur est de formuler des propositions de règlement qu'il espère acceptable pour les deux parties. Il n'est pas interdit au médiateur de formuler aussi une proposition de solution s'il a l'impression que c'est la seule façon de dépasser un blocage et si les deux parties le souhaitent, mais avant d'amorcer ce pas, le médiateur devra rendre les parties attentives au fait qu'il est sur le point de changer de rôle, et de devenir conciliateur, au lieu de se contenter de son rôle de médiateur. En attirant bien l'attention des parties sur ce changement de rôle, il s'assure qu'elles donnent leurs consentements éclairés et augmente les chances de voir ses propositions bien accueillies par les parties.

Pour terminer, il convient de rappeler encore une fois qu'environ 70% des médiations se terminent par un règlement du litige et que même dans les cas où une procédure judiciaire ou arbitrale est quand même encore nécessaire, celle-ci est souvent mieux ciblée après une médiation, donc souvent moins chère.

N'hésitez donc pas à proposer une médiation avant le dépôt d'une action en justice. Il en résulte souvent des miracles, et presque toujours des avantages pour les deux parties et leurs avocats, sans inconvénient réel en cas d'échec.

Les plus grands obstacles à la médiation rencontrés dans la pratique sont une sous-évaluation des potentialités réelles des médiations menées par un bon médiateur et le manque de modestie des avocats qui ont de la peine à concevoir que l'intervention d'un tiers neutre et spécialement formé à la médiation puisse réussir là où les négociations directes entre les avocats des parties ont échoué !

Alors, souvenez-vous qu'en matière de médiation, « essayer c'est l'adopter », aussi pour les avocats !