

Hubert Rüedi\* et Pierre Kobel\*\*

## Dix Questions concernant les Directives FSA pour la médiation

**Mots clés :** Médiation, directives FSA, règles de déontologie, indépendance et impartialité, devoir d'information et d'explication du médiateur, confidentialité du processus de médiation, honoraires, recommandation de la médiation

### 1. Qu'est-ce que la médiation?

«La médiation est une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges, dans laquelle un ou plusieurs tiers indépendants et impartiaux (médiateurs/médiatrices) aident les parties impliquées dans un conflit à la régler par elles-mêmes et de façon amiable, par la voie de la négociation» (Directives § 1). La médiation se distingue des processus judiciaire, arbitral et des négociations traditionnelles. La fonction principale du médiateur ne réside ni dans le conseil aux parties ou leur représentation, ni dans le prononcé de jugements. Le médiateur est en fait le responsable indépendant et impartial du processus.

### 2. Quels sont les buts poursuivis par la FSA en adoptant ces Directives le 1<sup>er</sup> juillet 2005?

En créant en 2002, une spécialisation et un titre correspondant de «Médiateur FSA/Médiatrice FSA», la FSA avait souhaité marquer son soutien à l'égard de cette activité et mettre en place des standards de qualité. Cela fait, la FSA se devait désormais de régler les obligations de l'avocat agissant comme médiateur. Des règles particulières s'imposaient dans la mesure où les obligations de l'avocat-conseil ou de l'avocat représentant des parties sont différentes de celles de l'avocat médiateur. Le médiateur n'est pas le conseiller ou le représentant de l'une ou l'autre des parties mais prend en charge pour toutes les parties, la responsabilité du processus de résolution amiable d'un différend qu'est la médiation. Il fallait donc définir les obligations du médiateur dans leurs particularités. C'est ce que font les présentes Directives, lesquelles remplacent les précédentes directives pour les avocats-médiateurs.

### 3. Quelle est la relation entre les Directives et le Code suisse de déontologie sur la profession d'avocat?

Le Code suisse de déontologie adopté le 1<sup>er</sup> juillet 2005 par la FSA, décrit les obligations professionnelles de l'avocat conseillant des parties ou exerçant une activité judiciaire. Même si pour la FSA, l'activité de médiateur fait partie de l'activité d'avocat, ses particularités exigent – comme indiqué sous 2. ci-dessus – des directives particulières. Il a donc été décidé que les Directives régleraient de manière exhaustive les obligations de

l'avocat agissant en tant que médiateur (Directives § 2.1), sous réserve bien entendu des obligations relatives au contrat de mandat.

### 4. A qui s'appliquent les Directives?

Les Directives s'appliquent à tous les membres FSA qui ont une activité de médiateur correspondant à la définition donnée au paragraphe 1. Elles ne s'appliquent donc pas seulement aux membres FSA qui auraient obtenu le titre de «Médiateur FSA» (Directives § 2.1).

### 5. Quelles sont les obligations qu'un membre FSA doit observer pour pouvoir pratiquer comme médiateur?

Les Directives prescrivent que tout membre FSA qui souhaite agir comme médiateur justifie d'une formation en médiation appropriée. En d'autres termes, le membre FSA qui pratiquerait en tant que médiateur sans avoir suivi une formation appropriée violerait les directives FSA pour la médiation (Directives § 3.1). Les exigences en matière de formation sont définies dans le «Règlement Médiateur FSA/Médiatrice FSA». (Dans les paragraphes qui suivent, les termes «médiateur» ou «avocat» définissent des personnes qui sont également membres de la FSA.)

### 6. Que signifient l'«indépendance» et l'«impartialité» du médiateur?

Le médiateur ne défend ni ne représente les intérêts de certaines des parties. Il agit comme intermédiaire entre les parties. Il doit donc s'assurer, avec le concours des parties, de son indépendance et son impartialité. Cela implique qu'il communique aux parties tout fait susceptible de mettre en cause son indépendance ou son impartialité (Directives § 4.3). Le médiateur avocat qui ne peut communiquer de tels faits aux parties en raison de son secret professionnel, devra renoncer à son mandat de médiateur (Directives § 4.4). Le médiateur est tenu de respecter ces obligations tout au long de la procédure de médiation (Directives § 4.1). Lorsqu'une ou plusieurs parties mettent en cause l'indépendance ou l'impartialité du médiateur et que ces doutes ne peuvent être levés, le médiateur doit renoncer à son mandat (Directives § 4.4).

Les Directives ne définissent ni l'indépendance ni l'impartialité. Elles partent toutefois d'une conception subjective-objective de ces devoirs. Compte tenu de l'expérience de la vie et des

\* Hubert Rüedi, Lucerne, membre de la Commission de médiation FSA.

\*\* Pierre Kobel, Genève, membre de la Commission de médiation FSA.

circonstances du cas d'espèce, c'est l'idée qu'un tiers placé dans des circonstances similaires pourrait raisonnablement se faire de l'indépendance et de l'impartialité du médiateur. L'indépendance en tant que telle dépend d'abord d'un substrat objectif: la présence ou l'absence de certaines relations avec l'une ou l'autre des parties. Les Directives font état de l'intérêt à l'issue du conflit, des relations avec les parties (Directives § 4.2). L'indépendance n'est plus garantie lorsque la nature ou l'intensité de cette relation entre le médiateur et une partie peut raisonnablement faire naître des doutes. L'impartialité dépend plus généralement de l'attitude du médiateur pendant la médiation. Les Directives donnent l'exemple de préférences exprimées pour une partie ou pour une solution (Directives § 4.2).

En principe, les Directives n'interdisent pas au médiateur d'agir comme arbitre, représentant, conseil ou autre fonction pour l'une ou l'autre des parties sur un sujet ayant fait l'objet de la médiation. Les Directives autorisent le médiateur à entreprendre toute activité pour les parties ou une partie d'entre elles après la médiation, à la double condition qu'il ait fourni à toutes les parties des explications complètes sur la signification de ces activités notamment par rapport à ses obligations d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité, et ait obtenu leur consentement écrit (Directives § 4.5).

## 7. Quelles sont les obligations d'information du médiateur?

Les Directives partent de l'idée que le processus de médiation doit répondre à une certaine transparence. Cette idée se concrétise dans l'obligation imposée au médiateur d'informer les parties sur la procédure et le rôle du médiateur (Directives § 5.1), de discuter avec les parties de l'opportunité de la médiation (Directives § 5.2), d'informer les parties sur le rôle du droit et l'intervention d'avocats dans la médiation (Directives § 5.3), d'informer les parties de tout fait pouvant remettre en question son indépendance ou impartialité (Directives § 4), d'informer les parties de la portée et des limites de la confidentialité et du secret professionnel (Directives § 6), d'informer les parties des frais additionnels aux honoraires (Directives § 7), de passer une Convention de médiation (Directives § 8), d'attirer l'attention des parties sur la possibilité de consigner leur accord final dans un écrit et de le faire examiner par un tiers (Directives § 9).

## 8. Comment est-ce que la confidentialité de la médiation est-elle garantie?

Il ne revient pas à des Directives en matière déontologique de définir les obligations de confidentialité du médiateur et des parties. Par contre, le médiateur se doit d'informer les parties de ses propres obligations et de la possibilité que les parties ont de s'obliger à une certaine confidentialité. Les Directives partent de l'idée que l'avocat pratiquant en tant que médiateur peut se pré-

valoir de son secret professionnel. La médiation relève typiquement de l'activité professionnelle de l'avocat moderne. Cette question n'ayant pas été tranchée par le Tribunal fédéral, il est recommandé que le médiateur définisse dans la convention de médiation les obligations de confidentialité des parties à son égard, soit notamment le renoncement à le faire citer comme témoin (voir à ce sujet l'art. 139 alinéa 3 CCS). On relèvera en passant que la loi d'organisation judiciaire genevoise prescrit la confidentialité au médiateur civil et, dans des termes légèrement différents, au médiateur pénal<sup>1</sup>. Le projet de loi fédérale sur la procédure civile consacre également le droit du médiateur de refuser de témoigner. Ces exemples témoignent de la large reconnaissance du principe.

## 9. A quelles règles sont soumis les honoraires du médiateur?

Les Directives laissent la question des honoraires largement à l'appréciation du médiateur et des parties. En pratique les honoraires se calculent sur la base d'un taux horaire. Les médiateurs pourront également s'inspirer des principes applicables à la profession d'avocat. La rémunération du médiateur sera généralement traitée dans la convention de médiation.

## 10. Y'a-t-il une obligation de tenter ou considérer la médiation?

Les obligations de l'avocat à l'égard de son client relèvent d'abord du mandat, de la loi sur la libre circulation des avocats et du Code suisse de déontologie entré en vigueur également le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Ce dernier prescrit que, par principe, l'avocat se doit de rechercher une solution amiable (Code suisse de déontologie § 9.1). Ce n'est que lorsque l'intérêt du client s'y oppose que l'avocat peut renoncer à la recherche d'une solution amiable. Il prescrit aussi que l'avocat tienne compte du désir de son client de tenter une médiation (Code suisse de déontologie § 9.2). La possibilité d'une médiation en tant que méthode reconnue de résolution des litiges, doit donc être prise en considération dans le cadre d'une activité de conseil complète et conforme au droit, compte tenu de l'état de fait et de droit en cause. Cette obligation s'impose à plus forte raison que la médiation est désormais prévue dans certaines législations et, selon toute vraisemblance, dans le projet de loi fédérale sur la procédure civile.

<sup>1</sup> Art. 161 E de la Loi sur l'organisation judiciaire (GE):

1. Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus l'activité de médiateur.
2. Quelle que soit l'issue de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil.