ANWALTS
REVUE
DE L'AVOCAT

Anwaltsrevue|Revue de l'avocat 10/2024 | S. 434–437

Thema

MÉDIATION VS. PROCESSUS COLLABORATIF: QUELQUES ÉLÉMENTS DE DISTINCTION

Laurence Alder-Weber Avocate Médiatrice FSA FSM FGeM, Avocate collaborative, Coach professionnelle IDC Présidente de l'Association Romande de Droit collaboratif

Mots-clés: médiation, droit collaboratif, résolution amiable des litiges, orientation préalable

La médiation et le processus de droit collaboratif sont deux modes de règlement amiable des litiges qui visent à résoudre les conflits, hors de toute procédure judiciaire. Si la médiation est connue des avocats, le processus de droit collaboratif, qui offre d'autres avantages, reste relativement méconnu de ces premiers et du public. La présente contribution comparera ces deux modes afin de permettre au praticien d'orienter son client vers celui qui est le plus adapté à sa situation.

I. Définition

1. La médiation et le médiateur

La législation suisse ne définit pas explicitement la notion de médiation, ni les compétences requises pour exercer en tant que médiateur, à l'exception, du moins à Genève, des médiateurs assermentés. Trois lois fédérales régissent néanmoins certains aspects de la médiation, soit les modalités de son articulation avec une procédure judiciaire[1]. Plusieurs lois cantonales donnent une définition sommaire de la médiation ou fixent quelques principes à respecter par le médiateur. En outre, le titre de médiateur n'est pas protégé par la loi. Aussi, quiconque peut se déclarer médiateur sans garanties sur sa formation/ses compétences[2]. Pour ces raisons, les associations suisses de médiation[3] ont édicté des définitions détaillées et leur affiliation requiert le

suivi d'une formation de base, des formations continues et l'adhésion à des règles déontologiques.

La médiation est un mode de résolution extrajudiciaire des conflits par lequel les parties tentent de trouver elles-mêmes un accord amiable à leur différend à l'aide d'un tiers neutre, le médiateur. *«Le médiateur favorise l'échange d'informations et de perspectives entre les parties et les encourage à explorer des solutions qui répondent à leurs besoins et intérêts. (...) Le médiateur ne donne pas son avis (contrairement à l'expert) et ne formule pas de proposition (contrairement au conciliateur)»*[4]. Ce processus se décompose en quatre phases: narration, recherche des besoins, options, négociation-accord[5]. La médiation est un processus confidentiel qui peut avoir lieu avant ou à la place d'une procédure judiciaire, ou encore pendant une suspension de celle-ci.

En Suisse, les formations de médiation, bien que variables, reposent sur des bases communes: maîtrise du processus, techniques de communication, recherche des besoins, gestion des émotions et respect des principes de confidentialité, d'impartialité, de neutralité et d'indépendance. L'affiliation d'un médiateur à une association garantit ainsi ces compétences. Enfin, les principales associations regroupent environ 2000 membres[6], et la médiation est une spécialisation de la FSA.

2. Le droit collaboratif et l'avocat de droit collaboratif

Il n'existe pas de définition légale du droit collaboratif en Suisse[7]. Pour en trouver une en français, il faut se tourner

vers le Code judiciaire belge qui le définit, depuis le 1er janvier 2019, comme *«un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, (...) en vue d'aboutir à un accord amiable»*[8], qui peut être ordonné par un juge, emportant une suspension de la procédure judiciaire[9]. Le droit collaboratif est un processus de négociation extrajudiciaire importé des États-Unis[10], où avocats et clients travaillent en équipe[11] sur la base de la négociation raisonnée, centrée sur les intérêts des parties plutôt que sur leurs positions[12]. Le contrat de collaboration, signé par les clients et leurs avocats, implique pour les premiers de s'engager à résoudre leur litige hors procédure judiciaire, à communiquer tous documents et informations utiles à la résolution du litige (principe de transparence) et à participer de bonne foi aux négociations en vue d'un accord satisfaisant pour l'ensemble des parties. De leur côté, les avocats s'engagent à soutenir et conseiller leurs clients à négocier une solution concertée et, en cas d'échec, à se dessaisir du dossier (clause de retrait)[13]. Enfin, pensé de manière multidisciplinaire par ses fondateurs[14], le processus prévoit la possibilité pour des experts neutres d'intervenir (psychologue, fiscaliste, notaire, coach) afin d'aider les par-

ties sur des points spécifiques, ce qui en fait un processus complet de gestion des litiges (émotionnel, juridique et financier).

Cette méthode transforme le rôle de l'avocat et marque un changement de paradigme d'un modèle conflictuel vers un modèle orienté solutions. Le droit collaboratif se déroule en cinq phases: récit, recherche des intérêts, objectivation, options et accord. Ce processus confidentiel a lieu en amont de toute procédure judiciaire ou en lieu et place de celle-ci.

En Suisse, cette pratique s'est développée grâce à deux associations, surtout en droit de la famille: CLP Schweiz[15], fondée en 2003, et l'Association Romande de Droit Collaboratif[16], créée en 2009, réunissant 170 avocats et une soixantaine d'experts variés. Elles proposent des formations de base et continues, font la promotion du processus et s'assurent du respect des directives éthiques. Ainsi, pour pratiquer, l'avocat de droit collaboratif doit être titulaire du brevet d'avocat et inscrit au barreau. Il doit en outre se former spécifiquement à cette méthode, s'affilier à l'une des deux associations et adhérer aux règles éthiques édictées par ces dernières.

La formation a des fondements similaires à celle du médiateur, mais inclut des outils spécifiques et l'assimilation des règles propres au processus (transparence, clause de retrait, collaboration en équipe, etc.). En sus de veiller à ce que les discussions collectives se déroulent dans un cadre serein et productif, l'avocat collaboratif doit, en séance individuelle, «coacher» son client, afin qu'il présente ses attentes de manière audible, identifie ses intérêts et communique de manière constructive.

Enfin, le droit collaboratif n'est pas encore une spécialisation de la FSA, bien que les avocats-médiateurs puissent obtenir des crédits de formation continue dans ce domaine[17].

II. Quel processus choisir?

Les deux processus amiables conduisent les parties à négocier, en dehors de toute procédure judiciaire, une solution acceptable, sur mesure et parfois créative à leur conflit. Ils diffèrent toutefois sur plusieurs points, et présentent chacun des avantages et des inconvénients.

1. Besoin de soutien du client

Les parties impliquées dans un conflit doivent faire face à de nombreuses émotions (stress, angoisse, colère, etc.) et ne sont pas toujours en mesure de négocier leur solution seules, surtout lors d'expériences douloureuses (divorce, succession, conflit avec un associé, etc.). Ces clients peuvent avoir besoin d'un accompagnement pour parvenir à des accords[18], ce que la médiation ne peut pas offrir, car le médiateur doit rester neutre et ne peut pas soutenir activement l'une des parties sans perdre sa neutralité et conduire la médiation à l'échec.

Le droit collaboratif répond à ce besoin en apportant un soutien continu, tant sur le plan juridique qu'humain. Lors des séances individuelles, l'avocat collaboratif aidera son client à clarifier ses objectifs, gérer ses émotions et exprimer ses intérêts de manière constructive et le soutien-

dra dans les négociations en séances collectives. Ce travail personnalisé favorise des négociations productives.

La participation d'avocats aux séances de médiation est une solution hybride. Cependant, les médiateurs l'encouragent rarement, considérant les avocats comme un obstacle à une communication ouverte et craignant que la médiation ne passe d'une négociation sur intérêts à une négociation hostile, axée sur les positions[19]. Néanmoins, et d'expérience, avec des avocats sensibilisés à la négociation raisonnée, leur présence peut améliorer l'inter-compréhension entre les parties et favoriser des accords exécutables, bien que cela implique un coût supplémentaire pour les clients.

2. Besoin de conseil juridique

Le médiateur, même avocat, doit s'abstenir de donner des conseils juridiques[20], sauf à risquer de perdre sa neutralité, d'autant que la solution juridique est rarement univoque, notamment compte tenu du pouvoir d'appréciation du juge. Il ne peut ainsi éclairer les parties sur les questions juridiques qu'elles se posent ou qu'elles auraient dû se poser. Les parties non conseillées prennent donc le risque de conclure des accords où elles renoncent, sans en avoir conscience, à certains droits. Pour les divorces, les séances de médiation s'effectuent souvent sans avocat. L'accord, dans ces dossiers, doit être approuvé par un tribunal, qui ne le validera que s'il respecte les exigences légales. Ainsi, un médiateur non rompu à cet exercice pourrait rédiger un accord qui ne serait pas ratifié. De plus, si de nombreuses personnes renoncent à connaître leurs droits et négocient selon ce qu'elles estiment être juste, d'autres veulent savoir ce que dit le droit, quitte à s'en écarter. D'autres enfin éprouvent des difficultés à relayer en séance le point de vue expliqué par leur conseil juridique[21].

Le droit collaboratif surmonte ces difficultés en assurant que chaque client soit accompagné par son avocat continuellement. Bien que la solution juridique ne soit qu'une option parmi d'autres, être informés de leurs droits permet aux clients de mieux comprendre leurs options[22]. L'avocat collaboratif pourra en outre *«expliquer à son client les limites de la loi qui ne peut pas tout régler»*[23] et l'aidera à fixer des attentes réalistes.

3. Déséquilibres et comportements déraisonnables

Le médiateur, confronté à des déséquilibres de pouvoirs ou à des attitudes déraisonnables (malhonnêteté, manipulation), doit naviguer prudemment: intervenir trop activement pourrait nuire à sa neutralité, compromettant la médiation. Toutefois, si le déséquilibre persiste, un accord inéquitable pourrait en découler [24].

Le processus collaboratif, en revanche, propose un cadre contractuel où les négociations s'effectuent *«sur un pied d'égalité»,* en commun et *«de manière transparente»*[25]. Cet engagement de transparence est inexistant en médiation. Les avocats collaboratifs agissent comme *«partenaires»*[26], empêchant une stratégie agressive, tout en protégeant les intérêts de leurs clients. En cas de comportement déraisonnable, les avocats peuvent cesser les négociations, incitant le client à reconsidérer sa position, au vu des coûts supplémentaires d'un changement d'avocat. Ce cadre limite les déséquilibres de pouvoir.

4. Durée

La durée des deux processus varie selon plusieurs facteurs, tels que la capacité des parties à s'entendre, leur état émotionnel et la complexité du dossier. Selon une étude suisse de 2014, les médiations durent entre 1 et plus de 16 séances, avec une moyenne de 3 à 5, et une durée totale allant de 1 à 12 mois[27]. Au Canada, la durée est similaire, allant de 5 à 14 mois[28]. Le processus collaboratif, quant à lui, dure entre 3 et 12 mois en Suisse[29], 3 à 9 mois en Belgique[30], et 5 à 15 mois au Canada et aux États-Unis[31].

Contrairement à la médiation, qui peut être rapide (une médiation commerciale peut se conclure en une journée), le processus collaboratif implique un minimum de séances collectives (minimum 4) espacées de quelques semaines, ce qui prolonge la durée[32]. Cette approche n'est ainsi pas adaptée aux affaires urgentes ou simples.

5. Coûts

Les coûts dépendant des mêmes facteurs que ceux mentionnés pour la durée des processus. La médiation est toutefois moins chère que le processus collaboratif, les parties se partageant les honoraires du médiateur, souvent inférieurs à ceux des avocats. Néanmoins, si des avocats interviennent, les coûts peuvent dépasser ceux d'un processus collaboratif. De surcroît, à Genève, la médiation par des médiateurs assermentés est prise en charge par l'État à certaines conditions[33].

Le droit collaboratif est souvent plus coûteux, chaque partie assumant les frais de son avocat. Il ne bénéficie d'aucun soutien financier de l'État, le rendant moins accessible aux clients aux revenus modestes[34]. De plus, en cas d'échec, les clients devront engager un nouvel avocat pour la procédure judiciaire. Cette contrainte est toutefois incitative, le processus s'arrêtant le cas échéant pour les deux parties[35].

Selon une étude canadienne de 2017, qui compare les coûts de la médiation et du droit collaboratif auprès de 166 avocats, il ressort que les frais des deux processus sont assez équivalents, en présence d'avocats[36].

6. Taux de réussite

Le taux de réussite est similaire pour les deux processus. Pour la médiation, il serait de 70% (données suisses de 2014[37]) et entre 80 et 90% pour le processus collaboratif (données belges, françaises et américaines de 2005)[38].

7. Domaines

Les deux processus conviennent à tous les domaines du droit, pour autant que les parties soient volontaires, en capacité et que le conflit n'ait pas atteint un niveau d'escalade trop élevé. La relation préexistante (ou toujours existante) entre les parties (famille, travail, commercial) favorise le recours à un mode amiable. Toutefois, alors que la médiation met l'accent sur la restauration de la communication et de la relation[39], le processus collaboratif se concentre surtout sur l'accord.

III. Conclusion

En conclusion, en présence d'un besoin de soutien et de conseils juridiques continus, d'un dossier juridique complexe ou de rapports déséquilibrés, le processus collaboratif sera indiqué. Le recours à la médiation pourra être envisagé dans les autres cas.

Cela étant dit, au lieu de promouvoir un mode amiable plutôt qu'un autre alors qu'ils ont respectivement des taux de réussite élevés ou la procédure judiciaire plutôt que ces derniers, l'avocat doit penser en termes de valeur ajoutée et proposer à ses clients diverses options pour régler leur conflit, comme un médecin présente différentes alternatives à une opération.

Le métier d'avocat évolue. La compétition avec d'autres professionnels et l'intelligence artificielle est intense. L'avocat doit ainsi *«privilégier les services où la relation interpersonnelle avec son client est importante et où le conseil et l'accompagnement sont omniprésents»*[40]. Que cela soit en se formant comme médiateur ou avocat collaboratif, ou encore en sa qualité d'accompagnant à l'un de ces processus, l'avocat du 21e siècle sera pluriel afin de fidéliser une clientèle exigeante et informée.

---

1 Art. 213-218 du Code de procédure civile; art. 17 de la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs; art. 33b de la Loi fédérale sur la procédure administrative.

2 François Bohnet, Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, 2009, p. 1355.

3 Not. Fédération Suisse Médiation (FSM), Fédération Suisse des Avocats (FSA), Groupement Pro Médiation (GPM), Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC).

4 Swiss Arbitration Center: ›https://www.swissarbitration.org/centre/mediation/‹ (consulté le 15.9.24).

5 Thomas Fiutak, Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation, 2019, p. 33.

6 En 2024, la FSM comptait plus de 1500 membres, le CSMC près de 200, le Groupement Pro médiation 750, la FSA 434. Cependant, les membres de la FSM sont parfois aussi membres d'une des autres associations précitées (sites internet consultés le 15.9.24).

7 Ueli Vogel-Etienne, Annegret Lautenbach-Koch, Collaborative Law & Practice als alternative Verfahren zur Konfliktlösung, 2020, p. 54.

8 Art. 1738 du Code Judiciaire Belge.

9 Art.1740 du Code Judiciaire Belge.

10 Ce processus a été créé en 1990 par un avocat américain spécialisé en droit de la famille qui, après des années de litiges judiciaires, constata que ceux-ci engendraient pour lui-même et surtout pour ses clients de lourdes conséquences (stress, frustration, détérioration des relations, coûts élevés). Il observa aussi que les négociations étaient assombries par l'éventuelle suite judiciaire. Il élabora ainsi un nouveau processus de négociation pour avocat. Plus d'information: Stuart Webb, *Collaborative Law:* a practitioner's perspective on its history and current practice, Journal of the American Academy of matrimonial lawyers, 2008, p. 155 ss.

11 Christophe Imhoos, La Pratique Collaboratvie (Collaborative Law) et la Pratique Coopérative, *in* Genève et la médiation: essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et d'autres approches de pacification sociale», 2023, p. 235 (ci-après: Christophe Imhoos, La Pratique).

12 Marcia L. McCORMICK, It's about the relationship: Collaborative law in the employment context, Saint Louis University, Legal Research, 2006, p. 14.

13 Pauline Tesler and David Hoffman, Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel, *in*Bette J. Roth*et allii,* the Alternative Dispute Resolution Practice Guide, 2022, p. 4.

14 Aux États-Unis, les professionnels de la santé des divorces judiciaires arrivèrent à la conclusion que leurs rapports, pourtant établis dans l'intérêt supérieur de l'enfant, polarisaient les parents en conflit, nuisant à leur rôle parental. Aussi, pour traiter les aspects émotionnels, en particulier pour protéger les enfants, avocats collaboratifs, experts financiers et professionnels de la santé formèrent des équipes multidisciplinaires proposant une alternative constructive au divorce traditionnel, soit le processus collaboratif pratiqué aujourd'hui.

15 ›www.clp.ch‹ compte 71 avocats, 29 experts en finance et relations familiales (consulté le 15.9.24).

16 ›www.droitcollaboratif.ch‹ compte une centaine de membres avocats et des coachs professionnels (consulté le 15.9.24)

17 Art. 1 let. c du Règlement d'exécution FSA.

18 Marina Blitz et Anne-Marie Boudart, Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire, Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres Marc's, *in* Journal des Tribunaux, 2019, n° 6765, p. 217.

19 Pauline Tesler and David Hoffman, *op.cit,* p. 4

20 Cynthia Levy, L'avocat et la médiation – entrez dans la danse! *in*Laurent Hirsch/ Christophe Imhoos (éds) Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 127.

21 Marina Blitz et Anne-Marie Boudart, *op. cit.,* p. 217.

22 Christophe Ihmoos, La Pratique, p. 247.

23 Marina Blitz et Anne-Marie Boudart, *op. cit.,* p. 217.

24 Pauline Tesler and David Hoffman, *op.cit,* p. 4.

25 Christophe Ihmoos, La Pratique, p. 240.

26 Christophe Imhoos, Le droit collaboratif (Collaborative Law): un nouvel outil dans la gestion amiable des différends, *in*Laurent Hirsch, Christophe Imhoos: Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 279 ss.

27 SDM-FSM Enquête Médiation Suisse 2014, p. 6.

28 An Evaluation of the Cost of Family Law Dispute, Measuring the Cost of Implication of Various Dispute Resolution Methodes, Canadian Forum on Civil Justice, 2017, (ci-après: Etude canadienne) p. 44-45.

29 Christophe Imhoos, La Pratique, p. 248.

30 Anne-Marie Boudart, Le Droit Collaboratif, Prévenir, négocier, résoudre, 2018, p. 365.

31 Étude canadienne, *op. cit.,* p. 44-45; Gay G. Cox & Robert J. Matlock, The Case for Collaborative Law, *in* Texas Wesley Law Review, Vol. 11, Iss. 1, 2004, p. 51, entre 5 et 7 mois; William H. Schwab, Collaborative Lawyering: A Closer Look at an Emerging Practice, *in* Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, Vol. 4, Iss. 3, 2004, p. 377, jusqu'à 16 mois.

32 Elizabeth F. Beyer, A Pragmatic Look at Mediation and Collaborative Law as Alternatives to Family Law Litigation, 40 St. Mary's Law Journal, Vol. 40, Iss. 1/8, 2008, p. 332.

33 Loi sur la médiation.

34 Elizabeth F. Beyer, *op. cit.* p. 326.

35 Anne Barlow, Rosemary Hunter, Janet Smithson, Jan Ewing, Mapping Paths to Family Justice, Briefing Paper & Report on Key Findings, 2014, p. 3.

36 Etude canadienne, *op. cit.,* p. 44-45.

37 SDM-FSM Enquête Médiation Suisse 2014, p. 37.

38 Anne-Marie Boudart, *op. cit.,* p. 363 et 374.

39 Christophe Imhoos, La Pratique, p. 247.

40 Cynthia Levy, *op. cit.,* p. 121.