

# LES AVOCATS EN MÉDIATION

texte extrait d'un atelier des Assises de la Médiation Judiciaire  
Centre Universitaire Méditerranéen 1-4 juillet 2015

Bernard BENSA, avocat  
avec la collaboration de Jacques SALZER, universitaire

## **PREAMBULE :**

Je suis avocat honoraire au barreau de Nice et j'exerce actuellement en Principauté de Monaco.

Depuis de nombreuses années je m'occupe de médiation et en particulier j'ai participé à la création d'Alpes-Maritimes Médiation dont j'ai été le président fondateur.

**L'avocat a des rôles semblables dans son rôle habituel et dans celui qu'il a en médiation, accompagnant son client:  
un rôle continu d'information et de conseil.**

**Il a également un rôle spécifique avant, pendant et en fin de médiation.**

**La particularité de la médiation étant le recours à une tierce personne l'avocat va devoir définir un nouveau mode de relation avec son client et s'interroger sur sa relation avec le médiateur.**

## **Une première approche des rôles**

### **Avant la médiation**

**l'information et le conseil,  
mais aussi l'évaluation du cas**

- 1 L'avocat examine avec son client toutes les possibilités y compris celles non judiciaires.
- 2 Il doit comprendre les objectifs de son client
3. Il doit préparer celui-ci à la médiation. Cette préparation fait partie du rôle traditionnel de l'avocat.

3. Il doit **définir une stratégie d'équilibre et lui expliquer ce qu'il peut dire** en liaison avec ce qu'il veut dire

4. L'avocat doit également **conseiller le client sur le choix du médiateur** qui peut être une personne physique ou une association.

## **Pendant la médiation**

1. **La présence de l'avocat est déjà un soutien et une garantie.**

Un avocat silencieux est déjà utile mais c'est déjà une révolution pour un professionnel habitué à soustraire la parole à son client. Pourtant cette seule présence apporte une sécurité de parole.

2. **L'avocat par son attitude, son comportement peut constituer un atout mais aussi malheureusement un handicap.**

3. **L'avocat acceptera plus facilement d'être absent à une ou plusieurs réunions de médiation s'il sait qu'il sera tenu informé** non seulement par son client mais aussi par le médiateur lui-même. Il arrive un moment où les avocats comprennent d'eux-mêmes que leur présence n'est plus nécessaire.

4. Au cours de la médiation **l'avocat peut obtenir des informations tant** sur son client (que celui-ci ne lui avait pas données) que sur l'autre partie (qu'il ne connaissait qu'à travers son avocat)

5. Il peut toujours **demander une suspension de séance** pour s'entretenir avec son client.

## **Un approfondissement des rôles en M**

### **1°/Le rôle de l'Avocat prescripteur, avant la médiation :**

L'avocat doit être prescripteur en matière de médiation. Il évalue les risques liés aux coûts, à la durée et aux aléas d'une procédure. Il conseillera l'intervention d'un tiers indépendant lorsque la solution judiciaire n'est pas adaptée. Par sa formation l'avocat sait lorsqu'il s'agit ou non d'une voie pertinente qu'il doit proposer à son client.

*L'article 3.7.1 du code de déontologie des avocats européens (CCBE) dispose : l'avocat doit essayer à tout moment de trouver une solution au litige du client qui soit appropriée au coût de l'affaire et il doit lui donner au moment opportun, les conseils quant à l'opportunité de rechercher un accord ou de recourir à des modes alternatifs de résolution des différends.*

**Les affaires qui ne se prêteraient pas à la médiation :**

-une affaire dans laquelle le véritable décideur ne peut pas ou ne veut pas, pour quelque raison que ce soit, assister lui-même à la session de médiation.

-un litige impliquant une autorité publique et dans lequel une question politique empêche des discussions sérieuses ou dans une réalité budgétaire peut s'opposer à une transaction.

-une affaire dans laquelle une transaction est intervenue antérieurement et n'a pas été respectée ou mise en œuvre par l'une des parties.

La ligne directrice est de conseiller le recours à la médiation dès que le client dispose de renseignements suffisants pour procéder à une évaluation préliminaire raisonnable de la situation en droit et en fait.

**Celle-ci doit être conseillée dans les cas suivants :**

-le client veut limiter les coûts ou a une capacité financière limitée ;

-il a intérêt à ce que les négociations et le règlement restent confidentiels ;

-il veut conserver des relations avec l'autre partie ;

-il désire plus qu'une compensation financière ;

-il souhaite la modification ou l'ajustement de certaines dispositions d'un contrat ;

-il est capable de bien s'exprimer.

**Par contre la médiation peut présenter un risque inutile pour le client. Il en est ainsi dans les cas où :**

-le client est incapable de négocier ou trop vulnérable ;

- il est nécessaire d'intervenir immédiatement pour prévenir des dommages sérieux ;
- les attentes du client sont déraisonnables et irréalistes ;
- le fait que le litige soit rendu public est favorable au client ;
- le client croit fermement qu'il a une cause gagnée d'avance ;
- le processus judiciaire, en ce compris le coût et le temps, joue en faveur du client.

### **Le contact préalable avec l'avocat de la partie adverse.**

A l'occasion de ce contact l'avocat va exposer à son confrère les raisons qui militent en faveur du recours à une médiation. En cas d'accord sur le principe les avocats peuvent engager une discussion sur le choix du médiateur qui peut être une personne physique ou une association.

L'avocat conseillera d'autant plus le recours à la médiation qu'il a une idée sur le médiateur potentiel. Il ne va pas aventurer son client. Il doit exister un lien de confiance entre l'avocat et le futur médiateur.

En effet **une des clés de la réussite d'une médiation repose sur le choix du médiateur** : son expérience, le modèle de médiation qu'il utilise, sa personnalité. Dans ce domaine il ne faut aucun *a priori*

Dans un dossier j'ai désigné un confrère qui s'est révélé un excellent médiateur alors que c'est un confrère très combatif dans les procédures. L'utilité d'un centre de médiation apparaît évidente pour le choix d'un médiateur. Il garantit que sur sa liste ne se trouvent que des professionnels expérimentés ayant bénéficié d'une formation spécifique. Le président du centre qui procède à la désignation connaît bien ses membres et peut conseiller utilement les avocats.

**Dans le cadre de la médiation judiciaire le magistrat se pose les mêmes questions sur le choix du médiateur.**

Souvent il préfère désigner une association comme la loi lui permet de le faire. Mais un magistrat qui a connu de bons résultats avec un médiateur le désignera ensuite nommément.

L'avocat peut exercer une grande influence sur son client dans le choix du médiateur. Il doit lui expliquer comment va travailler le médiateur et ce faisant le préparer à la médiation. La préparation à la médiation fait également partie du rôle traditionnel de l'avocat.

### **L'avocat doit aussi préparer son dossier en vue de la médiation.**

Ce travail est essentiel pour parvenir à un résultat. L'avocat se doit de connaître les faits contestés et ceux qui ne le sont pas, les problèmes juridiques du dossier et faire la synthèse du tout. Il doit encore évaluer la crédibilité de son client, son désir de poursuivre sa relation avec l'autre partie, sa volonté de trouver un règlement amiable.

### **2°/Le rôle de l'Avocat pendant la médiation :**

**C'est l'avocat accompagnateur et c'est à ce stade que sa place est spécifique en ce que son rôle est nouveau.**

**L'avocat doit être associé au processus de médiation dans le cadre de sa mission d'assistance.**

**Il le rassure et le met en confiance** puisque le client peut avoir besoin de connaître ses droits. Le client ne doit pas être en mesure de reprocher ensuite à son avocat de ne pas l'avoir « freiné » dans ses propositions..

*Exemple: un divorce par consentement mutuel où un client considère après un accord avoir accepté trop de concessions.*

Ensuite, et nous le verrons plus tard, **il aide à formaliser l'accord en vue de son homologation par le juge**, l'accord devant respecter l'ordre public et les intérêts des parties et des enfants.

*Les parties qui entament un processus de médiation sans recourir à l'avocat obtiennent deux fois moins d'accord que ceux qui sont accompagnés par leurs conseils.*

Si une des parties dispose d'un avocat mais pas l'autre ce qui peut arriver y compris dans une médiation judiciaire ordonnée par un tribunal d'instance ou le juge des référés il appartient au médiateur de régler la question.

Il va demander à la partie qui n'a pas d'avocat si elle accepte que l'autre partie soit accompagnée du sien.

Il peut l'inviter à faire le choix d'un avocat pour restaurer un équilibre. Il peut encore demander à la partie ayant un avocat si elle accepte de ne pas venir accompagnée. Enfin il peut inviter les deux parties à trouver un accord. Le plus souvent chaque partie dispose d'un avocat.

**Avant le début de la médiation les avocats peuvent faire connaître leur point de vue juridique. Ils peuvent également procéder à un exposé introductif au début de la médiation.** Cet exposé introductif permet à l'avocat d'expliquer le litige au médiateur ou à lui fournir des explications complémentaires.

La présence d'un avocat à une session de médiation peut constituer un atout mais aussi un sérieux handicap. Un bon plaideur n'est pas nécessairement un avocat dans le cadre d'une médiation. S'il conserve une manière et un vocabulaire propre au milieu judiciaire il risque de mener la démarche à l'échec. Il est hors contexte.

**Il doit apprécier les intérêts de son client dans une perspective plus large que strictement juridique.** Ses conseils juridiques doivent restés nuancés et il doit laisser place aux échanges spontanés de son client et en apprécier la teneur avec un certain recul. Le débat ne se situe plus sur un terrain strictement juridique.

Il faut permettre au client d'exprimer ses émotions. La seule limite réside dans des débordements négatifs ou agressifs qui risqueraient de braquer l'autre partie.

**L'avocat doit donner l'impression qu'il cherche la façon de remédier pour l'avenir à une situation pénalisante** et non exiger compensation ou rétablissement en fonction du passé.

**Vous l'avez compris, il s'agit d'une véritable mutation des rôles.**

Quant- il est plaideur l'avocat est en première ligne. Il monte au front pour représenter son client. Ce rôle exerce une pression sur l'avocat. Celui-ci acquiert des réflexes, des habitudes.

Au théâtre de la médiation le premier rôle revient au client qui retrouve la parole. L'avocat tient le second rôle, un rôle de soutien mais qui reste décisif.

**Il travaille en équipe avec son client.**

**Les comportements productifs :**

- assurer à ses interventions un caractère de civilité, de courtoisie et les formuler sur un ton conciliant ;
- faire état de sa bonne foi et de son désir de parvenir à un règlement ;
- suggérer à son client de noter ses impressions ou questions par écrit afin d'éviter d'interrompre les interventions en cours ;
- éviter l'emploi d'un langage juridique ou d'un ton paternaliste ;
- s'adresser à l'autre partie et non à son avocat ;
- ne pas laisser intervenir une animosité envers l'autre avocat ;
- éviter un « contre interrogatoire » de l'autre partie ;
- s'assurer de bien comprendre la position de l'autre partie mais aussi tenter d'en cerner les intérêts sous-jacents ;
- se rappeler l'impact d'une excuse ou d'une simple expression de regret sur le déroulement de la médiation ;
- relever les progrès accomplis et faire état de son optimisme face au déroulement du processus.

### **Des comportements-types du médiateur en relation avec les avocats**

Considérons que la médiation comporte deux étapes dans sa forme la plus simple, deux grandes phases :

Le *diagnostic* consistant à bien identifier et définir le ou les problématiques concernées et la phase *solution* où la démarche consiste à rechercher les moyens de dénouer le conflit. Plusieurs pratiques sont observées dans les comportements du médiateur:

- consulter tous les avocats – en général séparément – avant ou au début de la médiation, pour recevoir, entre autres, leur point de vue juridique ;
- proposer aux avocats de s'accorder avec les parties sur leur non présence ou leur présence ;
- solliciter les avocats en vue de leur présence compte tenu de leur utilité comme récepteur de toutes les informations qui seront communiquées et comme émetteur d'avis (soutien, modérateur, défenseur, créateur de solutions, etc...) ;

-convaincre les avocats d'être absents afin que les échanges ne soient pas envahis par le droit et amener chaque partie à s'expliquer en direct sans que sa parole ne soit conditionnée par la présence de son avocat ou celui de la partie adverse ;  
-solliciter les avocats pour garantir leur présence à certains moments clés, par exemple au début et à la fin ou lors de tournants critiques.

**Pour l'avocat le choix d'assister physiquement ou non est difficile.**

Sa présence peut compliquer le travail du médiateur et s'il n'est pas là son client peut se sentir fragilisé voire abandonné. Le médiateur doit veiller à ce que cette absence ne signifie pas un déni de son utilité. D'une façon générale si un avocat est présent il en sera de même de l'avocat de l'autre partie.

Pour l'avocat ce rôle est nouveau car il va découvrir l'autre partie dont il ne connaissait que la description faite par son propre client. Il reste son conseil mais va disposer d'éléments bien plus nombreux qui s'échangent au cours de la médiation et qui étaient écartés auparavant.

Souvent le conflit réside dans une histoire, une interaction humaine, qui n'a amené au juridique que pour en sortir. Les solutions ne seront dès lors plus uniquement juridiques et seront recherchées à d'autres niveaux.

**L'avocat passe d'un rôle de conseil à un rôle plus large et valorisant.**

Est alors donné à l'avocat « *une nouvelle mission qui est toute à son honneur, semblable à celle d'un juge : être, avec l'autre ou les autres avocats, créateur de juste* ». Qu'il soit ou non présent durant tout ou partie du processus de médiation l'avocat est fondamental auprès de son client.

**Il l'aide à éviter une convention déséquilibrée** qui servirait bien moins ses intérêts qu'une décision probable du tribunal. En revanche **il peut ramener son client à la réalité et le protège contre un excès de confiance.** Si les parties prenantes restent décisionnaires en médiation **leurs avocats respectifs éclairent ce choix avec constance et connaissance.**



### **3°/Le rôle de l'Avocat à l'issue de la médiation :**

**L'avocat retrouve son rôle traditionnel de conseil et rédacteur.**

**Les avocats doivent revenir aux opérations de médiation dès qu'un accord apparaît possible entre les parties.**

**Ils doivent rédiger le protocole transactionnel et se charger de son homologation. L'avocat engage sa responsabilité dans la rédaction et l'exécution de ce protocole.**

**En cas de désaccord persistant l'avocat reprend son rôle de conseil. Il peut conseiller à son client de mettre un terme à la démarche de médiation. Cette éventualité est cependant rare.**

C'est le médiateur lui-même qui est le mieux placé de tous les intervenants pour juger de l'avancement des discussions et des chances de règlement surtout s'il a été fait usage d'entretiens individuels. Les avocats feront plutôt confiance au médiateur sachant qu'il ne va pas allonger indûment le processus de médiation.

**L'avocat et son client proposeront de mettre un terme au processus de médiation dans les cas suivants :**

- rétention évidente d'information de l'autre partie ;
- négociation à partir d'attitudes hostiles ou intransigeantes ;
- abus de procédure en situation d'inégalité des forces ;
- conviction de la mauvaise foi de l'autre partie ;
- manipulation, pression induite, intimidation, menaces ;
- perte de confiance sur la neutralité du médiateur ;

**Il peut alors conseiller son client sur l'opportunité d'une procédure sachant qu'une médiation qui a échoué peut faciliter un processus transactionnel (citer un dossier dans lequel le juge d'instance de Menton avait nonobstant l'échec d'une médiation pu constater dans un délai de deux mois un accord des parties avec désistements réciproques).**

Il faut savoir qu'un accord est toujours consécutif à un processus de maturation du litige. C'est le cas dans plus de 65% des dossiers. L'avocat retrouve sa place de rédacteur. L'accord de médiation peut être conclu sous la forme d'un acte sous seing privé conforme aux dispositions des articles 1322 et suivants du Code civil.

Aux termes de l'article 1325 du Code Civil, la convention ne sera valable que si elle a été établie en autant d'exemplaires qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, chaque original contenant la mention du nombre des originaux qui ont été faits. Contrairement à l'usage nord-américain, les avocats européens n'apposent généralement pas leurs signatures en bas de l'accord de médiation.

Cependant pour bénéficier d'une sécurité juridique renforcée l'accord de médiation peut être contresigné par les avocats des parties, conformément aux articles 66-3-1 et suivants de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971. En effet, les parties ne peuvent pas désavouer leur signature ou leur écriture, comme ils peuvent le faire pour les actes sous seing privé non contresignés (Code civil articles 1323 et 1324).

### **L'avocat en contresignant l'acte atteste avoir pleinement éclairé son client sur les conséquences juridiques de celui-ci.**

Le consentement des parties est présumé avoir été éclairé sur l'aspect juridique de l'accord. L'accord de médiation peut également prendre la forme d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil. Mais dans ce cas le régime de la transaction est applicable.

En particulier la validité du contrat suppose l'existence de concessions réciproques. Les parties doivent être informées du régime juridique particulier de leur accord. Cet accord passé sous l'égide d'un médiateur a la nature juridique et la force obligatoire d'un contrat lequel doit être exécuté de bonne foi conformément aux dispositions de l'article 1134 du code civil.

### **4°/La relation avocat-médiateur**

A l'origine chacun redoutait l'autre mais aujourd'hui se crée un consensus toujours en cours : le médiateur contacte les avocats avant la médiation et négocie leur rôle avec eux.

Ce dialogue est plus facile depuis que les avocats se sont investis dans la médiation et a fortiori lorsque le médiateur est lui-même issu de la profession d'avocat.

Les approches suivantes sont observées :

-les avocats donnent leur point de vue du droit puis laissent les parties s'expliquer.

-ils sont présents mais silencieux sauf à demander des entretiens individuels pour concertation avec le client ou le médiateur.

-ils sont présents et interviennent quand ils veulent mais sans s'approprier le fond à la place des parties.

-ils ne s'expriment qu'à la demande du médiateur ou des parties. S'ils souhaitent intervenir ils demandent la parole.

-ils demeurent silencieux lors des premières phases d'analyse puis participent dans les phases suivantes de recherche de solutions.

-absents ils sont informés de ce qui se passe par téléphone ou courriel.

Bernard BENSA, avec la collaboration de Jacques SALZER

**LA TABLE RONDE :**  
**scie-t-on la branche sur laquelle on est assis ?**  
**Mon point de vue (Bernard BENSA )**

**Le recours à la médiation ne saurait avoir pour conséquence un affaiblissement du Barreau.** C'est tout le contraire. Le Barreau ne peut que dépérir s'il continue de donner l'image de professionnels qui ne savent conseiller à leurs clients que le recours judiciaire. Le client, consommateur du Droit, ne se tournera vers les avocats que s'il reste convaincu de recevoir le meilleur conseil.

**L'avocat engagera sa responsabilité s'il ne propose pas à son client la solution la plus adaptée au règlement de son litige.** Il doit pouvoir proposer, selon le cas, des pourparlers transactionnels directement avec la partie adverse, une médiation, une procédure participative s'il est habilité à le faire, un arbitrage. La procédure ne sera proposée que dans la seule mesure où il n'existe pas d'autres solutions.

**C'est en agissant de la sorte que nos clients continueront de fréquenter nos cabinets.** A défaut ils chercheront d'autres solutions découragés de n'avoir pour seules perspectives proposées que des procédures longues, coûteuses et aux résultats aléatoires. La médiation constitue en outre un enrichissement sur le plan personnel. Elle permet d'aborder la profession différemment.

**Sur un plan strictement économique le travail de l'avocat dans le cadre d'une médiation doit être reconnu et en conséquence rémunéré.** Une convention d'honoraires doit être établie. Un honoraire de résultat peut être convenu.

**Des avocats développent une activité de médiation selon une rémunération horaire plus élevée en expliquant la pertinence du processus** et l'économie globale réalisée par rapport aux frais encourus dans la durée d'une procédure judiciaire toujours aléatoire. Les dossiers peuvent être réglés plus rapidement à la satisfaction du client mais aussi de son avocat qui percevra sa rémunération d'autant plus facilement que son client sera satisfait du résultat obtenu.

**La médiation constitue une activité supplémentaire pour l'avocat.** Elle peut lui permettre d'élargir son domaine d'intervention. Des avocats qui ont conduit de nombreux clients en médiation notent une augmentation de leur clientèle suite à la réputation qu'ils ont bâties sur cette compétence de gestion amiable des conflits.