

CHAPITRE 23

L'ORIENTATION PRÉALABLE DES PARTIES À UN DIFFÉREND LE RÔLE DE L'AVOCAT ET DES PROTECTIONS JURIDIQUES

Nicolas DUTOIT

I. Introduction

La présente contribution reprend dans une large mesure les considérations développées dans un article du même auteur paru dans la Revue de l'avocat en février 2019⁴⁰.

Elle vise à encourager les principaux acteurs de la gestion des conflits – notamment les avocats et les protections juridiques – à mieux appréhender l'art de la sélection des différents modes de résolution des conflits et donne quelques pistes de réflexion en vue de favoriser le développement de l'orientation préalable.

II. L'orientation préalable

2.1 La notion

L'orientation préalable peut être définie comme étant «*l'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié*»⁴¹.

Quant au Dictionnaire de la résolution amiable des différends, il évoque «*une méthode de gestion des conflits développée aux Etats-Unis et*

⁴⁰ DUTOIT Nicolas, «L'avocat et la résolution des conflits – L'importance de l'orientation préalable», *in* : FSA, Revue de l'avocat, n° 2 – 2019, p. 65 ss.

⁴¹ MIRIMANOFF Jean A., «L'orientation préalable des parties à un différend», *in* : FSA, Revue de l'avocat, n° 1 – 2010, p. 17.

consistant à aider les parties à un différend à sélectionner le mode de résolution le plus approprié au cas concret »⁴².

Il s'agit donc de sélectionner, parmi plusieurs modes de résolution des différends, celui qui est le plus approprié au cas d'espèce.

L'orientation préalable nécessite non seulement de connaître les caractéristiques des principaux modes de résolution des différends (2.2) mais également d'être capable d'opérer une sélection parmi ces modes de résolution, sur la base de critères définis (2.3).

2.2 Les caractéristiques des principaux modes de résolution des conflits

A titre préliminaire, nous souhaitons apporter une précision sur le plan terminologique. Nous entendons souvent parler en pratique de MARC, pour Modes Alternatifs (ou Amiables) de Résolution des Conflits.

Pour notre part, nous préférons nous référer à la notion de « modes de résolution des conflits », qui nous semble à la fois plus juste⁴³ et mieux adapté au contexte dans lequel s'opère une orientation préalable.

Nous proposons ci-dessous un bref aperçu des principaux modes de résolution des conflits, sans aucune prétention d'exhaustivité⁴⁴.

2.2.1 La négociation

La négociation peut être définie comme étant une activité menée dans le but d'amener son interlocuteur à un accord qui met un terme à un différend et qui alloue des ressources⁴⁵.

⁴² MIRIMANOFF Jean A., *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 376 ss.

⁴³ Le terme « alternatif » porte à confusion : en réalité, ce sont les procédures judiciaires et arbitrales qui sont des alternatives aux modes extrajudiciaires. Quant au vocable « amiable », il n'englobe ni l'arbitrage, ni l'action judiciaire, ce qui nous semble trop réducteur.

⁴⁴ Par exemple, les hybrides tels que le Med-Arb ou l'Arb-Med-Arb ne sont pas évoqués dans la présente contribution. Pour plus de détails sur ces mécanismes, voir notamment Nicolas DUTOIT, « La résolution des conflits par le Tribunal arbitral du sport : quelques réflexions sur les interactions entre arbitrage et médiation », in : *Jusletter 23 mai 2016*, p. 8 ss.

⁴⁵ IYNEDJIAN Nicolas, « Négociation, les trois tensions », in : *La résolution amiable des différends en Suisse*, 2016, p.8.

La négociation implique une interaction entre au moins deux parties, plus ou moins interdépendantes, dont les demandes ne sont pas compatibles (au moins de prime abord)⁴⁶.

On opère traditionnellement une distinction entre la négociation compétitive (ou sur positions) et la négociation raisonnée (ou sur intérêts) (voir chap. 15).

2.2.1.1 *La négociation compétitive*

Ce type de négociation se base sur des positions et non des intérêts⁴⁷. La négociation est dite compétitive car les négociateurs considèrent que le gain est nécessairement prédéterminé et qu'il ne peut être que gagné ou, au pire, partagé. Il y a donc nécessairement compétition entre des parties qui cherchent à se réserver la plus grosse part du gâteau en se polarisant sur les positions⁴⁸. Les négociateurs considèrent que ce que l'une des parties gagne, l'autre doit forcément le perdre.

Ce type de négociation ne garantit pas que la solution retenue par les parties soit optimale ; il s'agit en réalité d'un compromis. Or, le compromis induit fréquemment la frustration des parties puisqu'aucune d'elles ne verra sa demande entièrement satisfaite, en raison des concessions accordées. Au final, la solution retenue a peu de chance d'être pérenne et d'avoir un effet favorable sur la relation entre les parties.

2.2.1.2 *La négociation raisonnée*

La négociation raisonnée a été développée par deux chercheurs américains, Roger FISCHER et William URY. Dans leur ouvrage de référence

⁴⁶ MIRIMANOFF Jean A., *Dictionnaire*, *op.cit.*, p. 351.

⁴⁷ La métaphore de l'orange permet, de manière caricaturale, de comprendre la distinction entre intérêts et positions. Deux parties prétendent qu'une orange leur appartient entièrement (la position est: je veux cette orange). Une négociation sur position ne pourrait aboutir qu'au partage de l'orange (solution «perdant-perdant», tout le monde est mécontent) ou à l'attribution du fruit à l'une des deux parties (solution «gagnant-perdant»). La négociation raisonnée tentera de découvrir les réels intérêts des parties (pourquoi est-ce que je veux cette orange). Il pourrait alors apparaître qu'une partie a besoin de la pulpe pour faire un jus alors que l'autre partie souhaite disposer de la pelure pour parfumer un gâteau. En découvrant les intérêts, il est possible d'aboutir à une solution «gagnant-gagnant».

⁴⁸ MIRIMANOFF Jean A., *Dictionnaire de la résolution amiable des différends en Suisse*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 220.

«*Getting to yes*»⁴⁹, ils cherchent à sortir du schéma compétitif en prenant en compte l'élément psychologique du conflit.

Ce processus gère le conflit en quatre étapes successives :

La séparation entre les personnes et les problèmes ;
 La prise en compte des intérêts plutôt que des positions ;
 La recherche des options possibles ; et
 Le recours à des critères objectifs.

Les techniques de négociation reposent avant tout sur la capacité du négociateur à écouter et à observer son interlocuteur, afin d'identifier ses intérêts et besoins. L'écoute active et la communication non violente peuvent s'avérer dans ce cadre très utiles⁵⁰.

2.2.2 *Le droit collaboratif*

Le droit collaboratif est «une méthode de prévention de conflits et résolution de problèmes, non contentieuse, aux caractéristiques qui lui sont propres, alliant une prise en compte adéquate des parties et de leurs difficultés et différends»⁵¹. Il ne s'agit pas d'une procédure à proprement parler mais plutôt d'un processus, à savoir une succession d'étapes qui ont toute un rôle à jouer (voir chap. 16).

Le droit collaboratif est un mode respectueux de règlement des conflits auquel participent avocats et parties. Les avocats – qui doivent obligatoirement disposer d'une formation spécifique à cette méthode et d'expérience en matière de négociation raisonnée – aident les parties à trouver des solutions qui tiennent compte des buts et priorités de chacun, tout en assistant et conseillant leurs clients. Le confrère devient un allié et non plus un adversaire.

L'objectif de cette approche est d'aboutir à une solution concertée, équitable et mutuellement satisfaisante.

Une caractéristique importante du droit collaboratif est que les avocats ayant participé au processus doivent se retirer si aucun accord n'est intervenu et que les parties décident de porter l'affaire devant les tribunaux. Ce processus permet de sortir du traditionnel triptyque négociation

⁴⁹ FISHER Roger, URY William et PATTON Bruce, *Getting to yes*, 2^{ème} éd., 1999.

⁵⁰ Voir notamment ROSENBERG Marshall, *Les mots sont des fenêtres (ou des murs)*, *Introduction à la communication non violente*, 2^{ème} éd., 2004.

⁵¹ IMHOOS Christophe, «Le droit collaboratif (Collaborative Law) : un nouvel outil dans la gestion amiable des différends», in : *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 280.

(respectivement marchandage) / renoncement / action judiciaire⁵². En effet, les clients et leurs avocats vont mettre beaucoup d'énergie pour trouver un accord commun et ne pas se limiter à de brefs pourparlers transactionnels sur positions, si souvent rencontrés en pratique. Les clients savent que s'ils ne parviennent pas à trouver une solution à leur différend, ils devront mandater un autre avocat pour porter leur affaire en justice, avec toutes les conséquences en termes de temps et de coûts qui en découlent.

Le droit collaboratif est depuis quelques années très répandu en Amérique du Nord et il commence à se développer en Europe. Il connaît actuellement un essor important en France et en Belgique notamment. En Suisse, deux groupes de pratique se sont constitués, l'un en Suisse alémanique, l'autre en Suisse romande⁵³.

2.2.3 La médiation

Il existe de nombreuses définitions de la médiation⁵⁴. Pour notre part, nous considérons la médiation comme un processus volontaire de prévention, de gestion et de résolution des conflits par lequel un médiateur aide les parties à trouver une solution amiable et durable au conflit qui les oppose. Le médiateur est un tiers neutre, indépendant et impartial.

La médiation – tout comme le droit collaboratif – est un processus et non une procédure. Elle est une suite d'étapes qui se déroulent sur une certaine durée. La médiation est un processus volontaire : les parties acceptent librement de l'entamer et, par corollaire, elles peuvent à tout moment y mettre fin.

La communication est au centre du processus, permettant de faciliter la recherche des intérêts et des besoins sous-jacents au différend. La médiation permet aux parties de régler leur conflit dans sa globalité, avec tous ses aspects, y compris les émotions, préoccupations, motivations, besoins, valeurs et intérêts, lesquels ne sont pas nécessairement pris en compte

⁵² A ce sujet, voir également GAY Jean, «Les ADR et l'orientation préalable», in : *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 417.

⁵³ CLP Pool à Zurich (<http://www.clp.ch/>) et Association suisse romande de droit et pratique collaboratifs (<https://droitcollaboratif.ch/>) (consulté le 30.03.2023).

⁵⁴ Pour un aperçu de la notion et des nombreuses définitions qui entourent la médiation, voir MIRIMANOFF Jean A., *Dictionnaire* (2019), *op.cit.*, p. 326 ss; BEYELER Martin, «La médiation selon les art. 213 à 218 CPC», in : *Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée*, n° 48, 2019, p. 292 ss; LEVY Cinthia et KIEPE Maya, «Médiation judiciaire : volontaire ou obligatoire?», in : *FSA, Revue de l'avocat*, n° 11 et 12 – 2020, p. 446 ss.

dans la justice traditionnelle⁵⁵. La médiation est particulièrement indiquée dans les litiges en matières familiale, successorale ou commerciale⁵⁶.

2.2.4 *La conciliation*

La conciliation peut être définie comme un mode amiable informel de résolution des conflits par lequel un tiers, le conciliateur, a pour mission d'amener les parties à un arrangement en leur proposant ou suggérant une solution si elles n'y parviennent pas elles-mêmes⁵⁷.

Il n'est pas toujours aisé de distinguer la conciliation de la médiation, à plus forte raison qu'il existe un certain flou dans la doctrine et les textes juridiques⁵⁸. On parle d'ailleurs souvent de «sœurs jumelles»⁵⁹.

Ainsi que le relève VIGNERON-MAGGIO-APRILE⁶⁰, la conciliation s'inscrit dans un cadre formel qui est celui de la procédure judiciaire. Dès lors, à la différence de la médiation, la conciliation est avant tout centrée sur l'objet du litige, qui est délimité à ce stade par les conclusions de la partie demanderesse et le complexe des faits allégués. Le conciliateur reste ainsi le garant d'un cadre légal. Les parties n'ont d'ailleurs ni le choix de la démarche (qui leur est imposée par la loi), ni de la personne du conciliateur.

En outre, l'intervention du conciliateur diffère de celle du médiateur de par le cadre judiciaire dans lequel s'inscrit le processus. Les parties qui se présentent en conciliation ont pour volonté de saisir un tribunal d'un litige déterminé afin qu'il soit tranché d'un point de vue juridique. Le conciliateur se voit ainsi soumettre un litige bien circonscrit auquel le droit devra apporter une réponse, et non un conflit d'ordre général ou purement relationnel. Le conciliateur se concentrera avant tout sur l'accord possible,

⁵⁵ VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, «La résolution amiable des différends en matière civile – Interactions entre procédure civile et modes amiables», in: MIRIMANOFF Jean A. (éd), *La résolution amiable des différends en Suisse*, Stämpfli, Berne, 2016, p. 46.

⁵⁶ D'une manière générale, la médiation est particulièrement indiquée lorsqu'il s'agit de rétablir ou de préserver les liens sociaux ou d'y mettre fin de manière plus adaptée que par le combat judiciaire. Sur les questions de «médiabilité», voir notamment l'Annexe 1, in: *La résolution amiable des différends en Suisse*, op. cit., p. 217 ss.

⁵⁷ VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, op. cit., p. 63.

⁵⁸ Voir notamment BIERI Isabelle, «Conciliation et médiation : concepts en pagaille dans une procédure en chantier», in: *FSA*, Revue de l'avocat n° 10 – 2003, p. 355.

⁵⁹ Voir notamment l'Annexe 4, in: *La Résolution amiable des différends en Suisse*, op. cit., p. 226. Six critères permettent de délimiter la conciliation classique et la médiation classique.

⁶⁰ VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, op. cit., p. 63 ss.

plus que sur la reconstruction des liens relationnels, domaine qui est du ressort du médiateur⁶¹.

Par ailleurs, contrairement au médiateur, le conciliateur pourra se montrer évaluatif, en allant jusqu'à proposer des solutions tenant compte de l'issue prévisible de la procédure. Il n'a pas le pouvoir d'imposer sa solution mais l'élément normatif n'est pas absent du processus de conciliation (voir chap. 4).

La conciliation a donc cette particularité d'appartenir encore au règlement amiable, dans la mesure où son issue demeure consensuelle, mais de relever dans le même temps de l'action judiciaire, puisqu'elle en représente en principe la première étape.

2.2.5 *L'arbitrage*

L'arbitrage peut être défini comme un mode conventionnel de résolution des litiges par des particuliers (les arbitres) choisis par les parties et investis de la mission de juger à la place des juridictions étatiques⁶². Contrairement à la médiation et à la conciliation, l'arbitrage a un caractère contraignant pour les parties.

Traditionnellement, on reconnaît à l'arbitrage les avantages suivants : neutralité du tribunal, possibilité de choisir l'arbitre et confidentialité de la procédure. On y ajoute parfois la rapidité de la procédure, surtout en comparaison avec la justice étatique⁶³.

En revanche, on considère souvent que les coûts d'une procédure arbitrale sont très élevés et que l'arbitrage est dès lors réservé à des litiges d'une certaine ampleur. A notre sens, avec l'arrivée des *LegalTech* et le développement du numérique, ce propos doit être nuancé et l'arbitrage ne devrait pas être d'emblée exclu du seul fait que la valeur litigieuse ne semble pas, de prime abord, être suffisamment importante.

2.2.6 *L'action judiciaire*

L'action judiciaire consiste à imposer une solution à partir des règles juridiques applicables. La solution judiciaire, dont l'aboutissement est le

⁶¹ NdE : Le CPC innove cependant en permettant de rechercher un accord en dehors de l'objet du litige (voir chap. 4, ch. 4.4).

⁶² KAUFMANN-KOHLER Gabrielle et RIGOZZI Antonio, *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2^{ème} éd. 2, 2010, p. 4.

⁶³ Voir également DUTOIT Nicolas, « La résolution des conflits par le Tribunal arbitral du sport : quelques réflexions sur les interactions entre arbitrage et médiation », *in* : *Jusletter* 23 mai 2016, p. 4.

jugement, impose une décision fondée sur un raisonnement prenant la forme d'un syllogisme juridique, solution à laquelle les parties ne sont pas associées et doivent se soumettre.

Durant très longtemps, il incombait exclusivement aux tribunaux étatiques de dire le droit, mission alors réservée au monopole de la justice. Par la suite, avec l'arrivée de l'arbitrage, ce monopole a été «partagé» avec cette justice privée, non étatique. Aujourd'hui, avec l'émergence de la justice participative sous ses diverses formes, notre ordre juridique met à la disposition du justiciable une large palette d'outils lui permettant de résoudre son conflit.

2.3 Les critères à prendre en compte dans le choix du mode de résolution

Après avoir identifié les principaux modes de résolution des conflits, il convient encore d'opérer un choix, étant précisé qu'il n'existe pas une méthode de résolution des conflits qui soit par essence meilleure que les autres. Chaque mode a ses caractéristiques propres et il ne faut surtout pas les opposer entre elles, à plus forte raison qu'elles sont bien souvent complémentaires⁶⁴. L'objectif est de parvenir à identifier le mode le plus approprié au cas concret.

S'il n'y a pas de hiérarchie entre les divers modes de résolution des conflits, le législateur⁶⁵ a tout de même établi une priorité en invitant les différents acteurs du monde judiciaire à privilégier la voie amiable, l'action judiciaire devant être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse.

Afin d'opérer un choix parmi les principaux modes de résolution des conflits, il est nécessaire de procéder à une analyse du dossier, sous ses

⁶⁴ A titre illustratif, MIRIMANOFF Jean A., «Médiation commerciale: Un témoignage – Comment conjuguer les intérêts de la famille et ceux des entreprises dans les conflits successoraux», in: *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 95 ss. Par ailleurs, il est évident que la négociation intervient dans tous les modes de résolution des différends sous l'égide de tiers, raison pour laquelle on parle fréquemment de l'«ubiquité de la négociation». A noter également que le mode de résolution peut changer en cours de route pour, par exemple, passer de la procédure civile à la médiation et inversement.

⁶⁵ Voir le Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6860, qui relève notamment que «les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. [...] Le règlement amiable a donc la priorité, non parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir».

angles objectifs et subjectifs. Ainsi que le relève GAY, «derrière tout dossier se cache un être humain»⁶⁶. Il est donc primordial de prendre en compte ce facteur humain et ne pas se limiter uniquement à des paramètres techniques.

Sans que la liste ne soit exhaustive, nous avons identifié six critères pouvant aider à sélectionner le mode de résolution du conflit le plus adéquat.

2.3.1 *Les coûts*

Il convient de distinguer les coûts directs et les coûts indirects (ou cachés).

Les coûts directs comprennent notamment les honoraires des avocats / médiateurs / arbitres, les émoluments, les frais d'expertise ou la participation aux dépens pour la partie qui succombe⁶⁷.

A côté des coûts directs, il existe toute une série de frais cachés. A titre illustratif, à l'issue d'un combat judiciaire ayant par hypothèse engendré un effet de rupture, il faudra encore investir de l'argent pour trouver par exemple un nouveau produit, un nouveau collaborateur ou un nouveau local.

2.3.2 *La durée*

Il convient également de tenir compte de la durée prévisible nécessaire à la résolution du conflit, en fonction du mode de résolution des conflits choisi.

Par exemple, il importe d'être conscient qu'une décision judiciaire rendue en première instance peut en principe faire l'objet de plusieurs recours, alors que les possibilités de contester une sentence arbitrale sont très limitées.

⁶⁶ GAY Jean, «Les ADR et l'orientation préalable», in : *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 423.

⁶⁷ Dans le même sens, BURGNER Nicolas, «Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution de litige», in : *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 448 ss. L'auteur ajoute, avec son regard de juriste d'entreprise, que le travail de support effectué par les ressources internes à l'entreprise est souvent sous-estimé par les conseils externes.

2.3.3 *Le maintien des relations*

Il est de notoriété publique qu'une procédure judiciaire peut potentiellement mettre à mal et dégrader la relation entre les parties, en les éloignant l'une de l'autre.

Il faut donc tenir compte de l'importance de cette relation. A titre illustratif, est-ce que je suis en mesure de supporter affectivement une détérioration de la relation ? Puis-je commercialement me permettre de mettre un terme à la relation d'affaires ?

2.3.4 *La maîtrise du conflit*

Il convient également de s'interroger sur notre faculté à supporter moralement et physiquement le conflit auquel nous sommes confrontés.

Pour certaines personnes, il est primordial de rester maître de leur conflit et que la « solution » ne soit pas imposée de l'extérieur. Pour d'autres individus, il n'est pas envisageable de se confronter personnellement au litige et ils préféreront confier la responsabilité de sa résolution à un tiers.

Parmi l'éventail des modes de résolution des conflits, il existe des méthodes permettant de rester maître du conflit (négociation, droit collaboratif, médiation, conciliation) et d'autres ayant un caractère contraignant (action judiciaire et arbitrage).

2.3.5 *Les chances de succès d'une procédure*

Comme le relève BURGENER⁶⁸, il convient d'estimer non seulement les chances de succès et d'échec, mais également l'impact d'une victoire ou d'une décision négative sur l'entreprise et ses futurs projets.

Les risques financiers (actions récursoires, en dommages-intérêts), juridiques (action en annulation d'une marque) et de réputation doivent notamment être examinés de manière approfondie.

2.3.6 *La nécessité d'obtenir une décision*

Parfois, il est nécessaire d'être en mesure de pouvoir brandir une décision de justice favorable. Par exemple, il est envisageable qu'il soit utile de freiner les velléités de certains contrefacteurs en démontrant que la société

⁶⁸ BURGENER Nicolas, *op.cit.*, p. 449.

est prête à défendre vigoureusement ses droits de propriété intellectuelle⁶⁹.

III. Le rôle des avocats en matière d'orientation préalable

Lorsqu'ils rencontrent un problème, l'un des premiers réflexes des gens est souvent de consulter un avocat.

Or, durant des décennies, l'avocat a été formé (pour ne pas dire formaté !) à agir en justice. On lui a appris à défendre les intérêts de son client, qui sont nécessairement opposés à ceux de la partie adverse.

L'expérience démontre pourtant que le conflit est rarement une volonté des parties. Les personnes en litige ont surtout la volonté de sortir du conflit et elles ont le souhait d'être accompagnées, entendues et comprises. Le combat judiciaire peut parfois être la meilleure alternative qui s'offre à une partie, mais ce n'est certainement pas systématiquement le cas, loin s'en faut. Afin d'aider son client à déterminer la meilleure option qui s'offre à lui en cas de litige, l'avocat doit impérativement procéder à une orientation préalable, en évaluant toutes les alternatives et en soupesant les avantages et inconvénients de chacune d'entre elles, à la lumière de différents critères convenus.

En outre, à défaut d'une telle orientation, l'avocat risque à terme de s'exposer à une action en responsabilité de la part d'un client déçu qui se plaindra du fait qu'il ignorait que des alternatives à la voie judiciaire existaient et que son avocat a donc manqué à ses devoirs.

Dans le même sens, M^e Elie ELKAIM, alors Bâtonnier de l'Ordre des avocats vaudois, indiquait en 2016 dans une préface ce qui suit :

« Il n'est pas loin le temps où, à l'issue d'un long procès au résultat insatisfaisant, un client se plaindra de ce qu'il n'avait pas été suffisamment informé des autres voies qui lui étaient ouvertes à la résolution de son conflit ».

En matière d'orientation préalable, les avocats ont donc un rôle majeur à jouer. Non seulement pour se prémunir d'une éventuelle action en responsabilité mais également et surtout pour évoluer dans leur cœur de métier : le conseil à l'humain.

⁶⁹ BURGNER Nicolas, *op.cit.*, p. 448. Voir également le cas de la manufacture de tabac cité par GAY Jean, « Les ADR et l'orientation préalable », in : *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 423.

IV. Le rôle des protections juridiques en matière d'orientation préalable

Ces dernières années, le marché des protections juridiques a connu un essor fulgurant. Enormément de litiges sont désormais gérés par ces dernières, soit en interne, soit en mandatant des avocats externes. Dans ce cadre également, pour des raisons d'efficacité et *in fine* également de coûts, il est nécessaire qu'une véritable orientation préalable puisse être réalisée avec le client.

Toutes les protections juridiques prévoient désormais le recours à la médiation. Toutefois, en pratique, nous constatons qu'il est souvent difficile pour le collaborateur qui est «au front» de proposer des alternatives à la voie judiciaire. En effet, l'assuré pourrait rapidement avoir l'impression que la protection juridique cherche à économiser des honoraires d'avocat et, dans la mesure où il paye ses primes comme tout le monde, il ne voit pas pour quelle raison il n'aurait pas le droit de recourir à la voie judiciaire...

Nous sommes d'avis qu'il pourrait être utile, pour les protections juridiques, de proposer à leurs assurés une véritable orientation préalable, qui soit effectuée par un tiers neutre et impartial et qui dispose d'une bonne connaissance des divers modes de résolution des conflits. Afin de garantir la neutralité et l'impartialité du processus, ce tiers ne devrait à notre sens pas être un employé de la protection juridique, faute de quoi l'assuré pourrait avoir l'impression qu'on l'oriente vers une solution autre que le tribunal pour des raisons de coûts. Ce tiers ne devrait pas non plus être l'avocat (ou le médiateur, ou l'arbitre) mandaté pour la suite de la procédure, au motif qu'on pourrait considérer que l'avocat (ou le médiateur, ou l'arbitre) a un intérêt à orienter l'assuré vers un mode de résolution de conflits en particulier.

En tout état de cause, les protections juridiques – tout comme les avocats – ont un rôle important à endosser dans le développement de l'orientation préalable.

V. L'importance de la formation des acteurs

L'orientation préalable nécessite une connaissance fine de la palette des différents modes de résolution des conflits. Il importe donc que les acteurs en charge de la gestion et de la résolution des conflits soient formés et connaissent les caractéristiques des principaux modes de résolution.

En 2010 déjà, MIRIMANOFF constatait qu'«il ne rest [ait] que peu de temps, à peine quelques mois, pour que les principaux acteurs, les

magistrats, les arbitres et les avocats s'informent, mieux : se sensibilisent, et encore mieux : se forment à cet égard»⁷⁰. Désormais, toutes les Facultés de droit des Universités de Suisse romande proposent au moins un cours ou un atelier consacré à la négociation et à la médiation.

A Genève, l'Ecole d'avocature (ECAV) a été parmi les premières à proposer des cours et des ateliers consacrés à la négociation et à la médiation⁷¹. Les futurs avocats et avocates peuvent ainsi élargir leur horizon professionnel et ne pas renoncer à proposer à leurs clients des alternatives à la procédure judiciaire uniquement par méconnaissance, comme c'est malheureusement encore parfois le cas en pratique.

A Lausanne, un cours et un séminaire consacrés à la médiation civile et commerciale sont dispensés à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique depuis une dizaine d'années.

A Neuchâtel, la Faculté de droit propose aux étudiants en Master un cours d'un semestre consacré à la négociation et un autre cours d'un semestre traitant des modes amiables de gestion des conflits.

A Fribourg, un séminaire de 3 jours intitulé «Négociation et médiation : mise en pratique !» est proposé aux étudiants de Master, dans le but de leur permettre d'expérimenter divers modes de résolution de conflits, au travers notamment de plusieurs jeux de rôle. Les avocats-stagiaires du canton de Fribourg suivent également un cours consacré au rôle de l'avocat dans les méthodes alternatives de résolution des conflits.

Il ressort de ce qui précède que plusieurs démarches ont été entreprises au niveau de la formation initiale des principaux acteurs. En revanche, des efforts doivent encore être déployés dans le cadre de la formation continue des praticiens. D'ailleurs, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) indiquait dans le «Guide de Médiation pour les Avocats» élaboré conjointement avec le Conseil des barreaux européens (CCBE) en 2018 que les barreaux devraient introduire la médiation dans les programmes de formation continue, dont le contenu serait idéalement le même partout en Europe⁷². La CEPEJ et le CCBE ajoutent qu'«afin de permettre au client de faire le bon choix, les avocats en exercice doivent être bien informés de tous les modes de résolution des conflits disponibles, de leurs singularités, des institutions recommandées et des fournisseurs de

⁷⁰ MIRIMANOFF Jean A., «L'orientation préalable des parties à un différend», in : *FSA*, Revue de l'avocat, n° 1 – 2010, p. 15.

⁷¹ NdE : C'est ainsi que tous ces futurs avocats sont tenus de se sensibiliser. Il faut être conscient que tant que les barreaux cantonaux n'auront pas pris au sérieux la sensibilisation continue de leurs membres, il n'y aura pas de changement important dans la pratique actuelle (voir les citations de la CEPEJ entourant le présent ouvrage).

⁷² Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), *Guide de Médiation pour les Avocats*, p. 17 <https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation>.

services afin de pouvoir proposer efficacement ces méthodes au client et pouvoir ensuite le soutenir professionnellement tout au long de la démarche»⁷³.

Nous sommes également d'avis que les barreaux devraient réfléchir à la possibilité d'exiger, d'une manière générale, que tous leurs membres suivent un certain nombre d'heures de formation continue, indépendamment d'une éventuelle spécialisation. Dans le cadre de cette formation continue, des modules devraient être consacrés aux divers modes de résolutions des conflits et à la manière de les sélectionner⁷⁴.

VI. Conclusion

Les acteurs de la gestion des conflits doivent impérativement assimiler l'art de l'orientation préalable. En effet, nous constatons quotidiennement que les clients d'aujourd'hui ont besoin d'être entendus, compris et qu'ils souhaitent une solution à leur problème. Ils ne désirent pas forcément recourir à la justice pour faire trancher une question de droit mais veulent surtout que leur conflit soit réglé, dans toute sa complexité et sa globalité.

Pour les servir, il est nécessaire d'instaurer un mécanisme d'orientation préalable systématique, que ce soit par le biais d'un « tiers-orienteur » pour les protections juridiques ou directement par l'avocat dans sa pratique quotidienne, au moyen par exemple de « tableaux d'orientation préalable »⁷⁵.

Evidemment, une orientation préalable efficace nécessite une bonne connaissance des divers modes de résolution des conflits. Il importe dès lors que les principaux acteurs de la gestion des conflits soient bien formés, non seulement sur le plan théorique mais également pratique (au moyen par exemple de mises en situation et jeux de rôle dans le cadre d'ateliers en petits groupes). Les Facultés de droit et autres instituts de formation doivent donc poursuivre leurs efforts afin que leurs étudiants soient en mesure de mieux appréhender les différents modes de résolution des

⁷³ *Ibid*, p. 9 <https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation>

⁷⁴ NdE: Selon la CEPEJ, l'absence de sensibilisation des juges et des avocats est le principal obstacle au développement de la médiation judiciaire.

⁷⁵ Voir notamment DUTOIT Nicolas, « L'avocat et la résolution des conflits – L'importance de l'orientation préalable », in : *FSA*, Revue de l'avocat, n° 2 – 2019, p. 71 ; SANDER Frank E. A. and GOLDBERG STEPHEN, B, « Fitting the Forum to Fuss: A User-Friendly Guide to selecting ADR procedure », in : *Negotiation Journal*, January 1994, p. 49 ss ; GAY Jean, « Les ADR et l'orientation préalable », in : *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 426 ss ; MIRIMANOFF Jean A., « L'orientation préalable des parties à un différend », in : *FSA*, Revue de l'avocat n° 1 – 2010, p. 18 ss.

conflits. Il faut également poursuivre et renforcer les efforts de formation à l'attention des praticiens, en envisageant peut-être de rendre obligatoire un minimum d'heures de formation continue, indépendamment d'une éventuelle spécialisation.

Enfin, une systématisation de l'orientation préalable devrait permettre de répondre à l'injonction fédérale accordant la priorité à la résolution amiable.