

L'AVOCAT ET LA RÉOLUTION DES CONFLITS - L'IMPORTANCE DE L'ORIENTATION PRÉALABLE

NICOLAS DUTOIT

Avocat et médiateur FSA, Keller & Dutoit Avocats Sàrl, à Payerne

Médiateur assermenté (VD et FR), accrédité FSM, FSA et CSMC

Avocat collaboratif

Arbitre eJust

Mots-clés: orientation préalable, résolution de conflits, litiges, différends, négociation, médiation, conciliation, droit collaboratif, arbitrage

Les avocats qui agissent dans la résolution des conflits doivent assimiler l'art de l'orientation préalable, non seulement pour des raisons déontologiques mais également pour des questions de responsabilité. Cet article propose un bref aperçu des principaux modes de résolution des conflits et met en exergue un certain nombre de critères qu'il convient de prendre en compte dans le choix de la méthode à adopter. En annexe, il est proposé à l'attention du praticien un outil sous forme de deux tableaux, qui doivent permettre de simplifier la démarche.

I. Introduction

Les avocats sont les gestionnaires de conflits par excellence. En effet, en cas de problème, le premier réflexe des gens est souvent de consulter un avocat.

Or, tout au long de ses études et durant son stage, l'avocat est formé (pour ne pas dire formaté) à agir en justice. La base du métier, c'est le combat judiciaire. On lui a appris à défendre les intérêts de son client, qui seraient nécessairement opposés à ceux de la partie adverse.

Pourtant, l'expérience nous démontre que le conflit est très rarement une volonté des parties. Les clients ont surtout le souhait que leur avocat réponde à leur(s) besoin(s) et ne cherchent pas forcément – ou en tous cas pas systématiquement – le combat judiciaire. Il convient alors, pour répondre aux attentes de leurs clients, que les avocats connaissent la palette des possibilités qui s'offrent aux personnes confrontées à un conflit et qu'ils les présentent de manière claire et compréhensible, dans le cadre d'un entretien que nous nommons «orientation préalable».

II. L'orientation préalable

Le terme d'«orientation préalable» se veut une traduction de l'«Early evaluation» prévue dans les règles déontologiques de certains États anglo-saxons. L'orientation préalable peut être définie comme l'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié¹.

À notre avis, il est indispensable de procéder à une telle orientation préalable non seulement pour des raisons déontologiques, mais également et surtout pour des motifs de responsabilité.

En effet, ainsi que le relevait le Bâtonnier de l'Ordre des avocats vaudois, Me ELIE ELKAIM, dans une récente préface², «il n'est en effet pas loin le jour 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».

Il convient dès lors que l'avocat se protège et qu'il fasse signer à ses clients un document spécifique, qui doit permettre de démontrer qu'il a exhaustivement informé son client de toutes les possibilités qui s'offrent à lui dans la résolution de son conflit. Ainsi, il aura documenté son devoir d'information.

¹ JEAN A. MIRIMANOFF, L'orientation préalable des parties à un différend, *Revue de l'avocat* 1/2010, p. 17.

² Préface de l'ouvrage suivant: JEAN A. MIRIMANOFF, *La résolution amiable des différends en Suisse*, 2016, p. 2.

Inspirés de SANDER et GOLDBERG³, divers tableaux permettent de procéder à l'orientation préalable⁴. Pour notre part, nos expériences en matière d'orientation préalable nous ont conduits à opter pour un tableau personnalisé, quelque peu allégé, se limitant à six critères principaux et quatre processus envisageables. Notre tableau figure en annexe à la présente contribution, accompagné de quelques commentaires pratiques sur notre façon de procéder, qui se déroule en deux étapes.

III. Les principaux modes de résolution des conflits

Mener un entretien d'orientation préalable nécessite évidemment une bonne connaissance des divers modes de résolution des conflits.

À ce stade, nous souhaitons apporter quelques précisions sur le plan terminologique⁵. En pratique, il est fréquent de parler, en français, des Modes Alternatifs (ou Amiables) de Résolution des Conflits, les MARC.

Or, le vocable «alternatif» prête à confusion: comme on le verra⁶, ce sont en réalité les procédures civiles et arbitrales qui sont des alternatives aux modes extrajudiciaires. Quant au terme de «amiable», il n'englobe pas l'arbitrage et l'action judiciaire. Pour toutes ces raisons, nous nous référons dans la présente contribution à la notion de «modes de résolution des conflits», qui nous semble plus large et mieux adaptée à notre contexte.

Nous proposons ci-dessous un bref aperçu des principaux modes de résolution des conflits, sans aucune prétention d'exhaustivité⁷.

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 ressources⁸.

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)⁹.

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

A) La négociation compétitive

Ce type de négociation se base sur des positions et non des intérêts¹⁰. Il s'agit d'une négociation compétitive et distributive.

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 positions¹¹. Elle est également distributive car les négociateurs considèrent que ce que l'une des parties gagne, l'autre doit forcément le perdre.

Le marchandage est l'illustration de cette négociation compétitive et distributive: ce que le vendeur perd, l'acheteur le gagne. À noter qu'il est très fréquent en pratique

que les avocats négocient sur les positions. Leur inefficacité est encore amplifiée du fait que les avocats adoptent souvent un profil de négociateur compétitif¹².

La négociation compétitive et distributive 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. La solution retenue a au final peu de chance d'être durable et d'avoir un effet favorable sur la relation entre les parties. En outre, elle ne permet pas d'apporter une solution pérenne à un différend.

B) La négociation raisonnée

La négociation raisonnée a été développée par deux chercheurs américains, ROGER FISCHER et WILLIAM URY. Dans leur ouvrage de référence «*Getting to yes*¹³», ils cherchent à sortir du schéma compétitif/distributif en prenant en compte l'élément psychologique du conflit.

3 FRANK E. A. SANDER and STEPHEN. B. GOLDBERG, *Fitting the Forum to Fuss: A User-Friendly Guide to selecting ADR procedure*, *Negotiation Journal*, January 1994, p. 49 ss.

4 Cf. notamment les tables proposées par JEAN GAY, *Les ADR et l'orientation préalable*, in *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, 2018, p. 426 ss et celles de JEAN A. MIRIMANOFF, *L'orientation préalable des parties à un différend*, *Revue de l'avocat* 1/2010, p. 18 ss.

5 Pour plus de détails, cf. JEAN A. MIRIMANOFF, *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, 2015, notamment pp. 34, 35, 46 et 151. À noter qu'il existe également des différences entre les notions de «conflit», de «différend» et de «litige».

6 Cf. *infra* chiffre IV.

7 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, cf. notamment NICOLAS DUTOIT, *La résolution des conflits par le Tribunal arbitral du sport: quelques réflexions sur les interactions entre arbitrage et médiation*, *Jusletter* 23 mai 2016, p. 8 ss.

8 NICOLAS IYNEDJIAN, *Négociation, les trois tensions*, in *La résolution amiable des différends en Suisse*, 2016, p. 8.

9 JEAN A. MIRIMANOFF, *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, 2015, p. 220.

10 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 a besoin de la pelure pour parfumer un gâteau. En découvrant les intérêts, il est possible d'aboutir à une solution «gagnant-gagnant».

11 JEAN A. MIRIMANOFF, *Dictionnaire de la résolution amiable des différends*, 2015, p. 220.

12 D'une manière schématique, on rattache traditionnellement les négociateurs à l'une des trois catégories suivantes: compétition, évitement ou conciliation. Il est notoire que le profil le plus répandu parmi les avocats est l'adoption d'une attitude compétitive. Pour plus de détails, cf. NICOLAS IYNEDJIAN, *Négociation, les trois tensions*, in *La résolution amiable des différends en Suisse*, 2016, p. 18 ss.

13 ROGER FISHER, WILLIAM URY ET BRUCE PATTON, *Getting to yes*, 2^e éd. 1999.

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 très utiles dans ce cadre¹⁴.

Les avocats qui ont fait l'effort de se former aux techniques de la négociation raisonnée ont tous pu mesurer le changement de paradigme. On substitue une démarche collaborative de résolution de conflits à la posture antagoniste logiquement induite par le recours aux procédures contentieuses¹⁵. Le changement pour les avocats est important et nécessite d'abandonner certains réflexes¹⁶ et d'adopter de nouvelles attitudes¹⁷.

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 différends¹⁸». Il ne s'agit pas d'une procédure à proprement parler mais plutôt d'un processus, à savoir une succession d'étapes qui ont toutes un rôle à jouer.

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 (respectivement marchandage)/renoncement/action judiciaire¹⁹. 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 allemande, l'autre en Suisse romande²⁰.

3. La médiation

Il existe de nombreuses définitions de la médiation²¹. 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 dans la justice traditionnelle²². La médiation est particulièrement indiquée dans les litiges en matière familiale, successorale ou commerciale²³.

14 Cf. notamment MARSHALL ROSENBERG, Les mots sont des fenêtres (ou des murs), Introduction à la communication non violente, 2^e édition, 2004.

15 Sur la notion de changement de paradigme, cf. notamment JEAN A. MIRIMANOFF, Dictionnaire de la résolution amiable des différends, 2015, p. 244 ss.

16 Voici quelques exemples (non exhaustifs) de réflexes à laisser à la porte de nos bureaux: demander plus pour avoir moins, poser des questions fermées, présupposer l'intérêt de son client ou imposer une solution juridique qui nous semble opportune.

17 À titre illustratif, écouter activement son client sans porter de jugement, identifier les intérêts (et non uniquement les positions) de son client et déterminer leur valeur limite. Au cours de la négociation, écouter activement son interlocuteur et tenter de déceler ses intérêts (et non uniquement ses positions).

18 CHRISTOPHE IMHOOS, 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.

19 À ce sujet, cf. également JEAN GAY, Les ADR et l'orientation préalable, in Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 417.

20 CLP Pool à Zurich (<http://www.clp.ch/>) et Association suisse romande de droit et pratique collaboratifs (<https://droit-collaboratif-romand.ch/>) (consulté le 3.1.2019).

21 Pour un aperçu de la notion et des nombreuses définitions qui entourent la médiation, cf. JEAN A. MIRIMANOFF, Dictionnaire de la résolution amiable des différends, 2015, p. 206 ss.

22 SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, La résolution amiable des différends en matière civile - Interactions entre procédure civile et modes amiables, in La résolution amiable des différends en Suisse, 2016, p. 46.

23 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 «médiableté», cf. notamment l'Annexe 1 in La résolution amiable des différends en Suisse, 2016, p. 217 ss.

L'avocat a évidemment un rôle à jouer dans la médiation, avant, pendant et après le processus²⁴.

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-mêmes²⁵.

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 juridiques²⁶. On parle d'ailleurs souvent de «sœurs jumelles²⁷».

Ainsi que le relève VIGNERON-MAGGIO-APRILE²⁸, 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, plus que sur la reconstruction des liens relationnels, domaine qui est du ressort du médiateur.

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.

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.

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 étatiques²⁹.

Il a pour but d'aboutir à une sentence assimilable à un jugement, avec tous les attributs qui sont attachés à un acte juridictionnel³⁰. 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 étatique³¹.

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. À notre sens, avec l'arrivée des *LegalTech* et le développement du numérique³², 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.

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 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 incomrait 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.

-
- 24 Pour plus de détails, cf notamment CINTHIA LÉVY, L'avocat et la médiation – entrez dans la danse!, in Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 121 ss; Cinthia Lévy et Lucrèce Tille, Comment rendre la médiation rentable pour les avocats, *Plaidoyer* 2/2017, p. 20 ss ou MONIQUE SCHALLER REARDON, De l'importance pour les avocats de s'investir dans la médiation, *Revue de l'avocat* 3/2016, p. 123.
- 25 SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, La résolution amiable des différends en matière civile – Interactions entre procédure civile et modes amiables, in *La résolution amiable des différends en Suisse*, 2016, p. 63.
- 26 Voir notamment ISABELLE BIERI, Conciliation et médiation, concepts en pagaille dans une procédure en chantier, *Revue de l'avocat* 10/2003, p. 355.
- 27 Voir notamment l'Annexe 4 in *La Résolution amiable des différends en Suisse*, 2016, p. 226. Six critères permettent de délimiter la conciliation classique et la médiation classique.
- 28 SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, La résolution amiable des différends en matière civile – Interactions entre procédure civile et modes amiables, in *La résolution amiable des différends en Suisse*, 2016, p. 63 ss.
- 29 GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER et ANTONIO RIGOZZI, Arbitrage international: droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2^e éd. 2010, p. 4.
- 30 PHILIPPE SCHWEIZER, in *Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 6 ad art. 353 CPC.
- 31 Cf. également NICOLAS DUTOIT, La résolution des conflits par le Tribunal arbitral du sport: quelques réflexions sur les interactions entre arbitrage et médiation, *Jusletter* 23 mai 2016, p. 4.
- 32 À titre illustratif, la *start-up* eJust, une sorte de salle d'audience virtuelle, a pour ambition de vulgariser l'arbitrage avec une procédure dématérialisée et simplifiée afin de réduire le temps et le coût des contentieux pour les entreprises. L'idée de base est d'offrir une solution aux nombreuses entreprises qui renoncent à faire appel à la justice pour des raisons de coûts et de durée.

IV. 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 complémentaires³³. L'objectif est de parvenir à identifier le mode le plus approprié.

S'il n'y a pas de hiérarchie entre les divers modes de résolution des conflits, le législateur³⁴ 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 angles objectifs et subjectifs. Ainsi que le relève JEAN GAY, «derrière tout dossier se cache un être humain³⁵». Il est donc primordial que l'avocat prenne en compte ce facteur humain afin de maximiser la satisfaction du client-humain et qu'il ne se limite pas à des paramètres techniques.

Sans que la liste soit exhaustive³⁶, nous avons identifié six critères pouvant aider le client à décider de la manière dont il souhaite résoudre son conflit.

1. L'importance du facteur «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, la participation aux dépens pour la partie qui succombe ou le prix du temps passé consacré au dossier³⁷.

À côté des coûts directs, il existe toute une série de frais cachés. À 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, etc.

Pour rappel, il est de la responsabilité de l'avocat de renseigner son client sur les coûts prévisibles du mode de résolution des conflits envisagé, conformément à l'art. 12 let. i de la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats.

2. L'importance du facteur «temps»

Il incombe également à l'avocat de renseigner son client sur la durée prévisible nécessaire à la résolution du conflit, en fonction du mode de résolution des conflits choisi.

Par exemple, il importe que le client sache 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.

3. L'importance des relations avec l'autre partie

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.

L'avocat doit donc examiner avec son client l'importance de cette relation. À titre illustratif, le client est-il en mesure de supporter affectivement une détérioration de la relation? Peut-il commercialement se permettre de mettre un terme à la relation d'affaires?

4. La maîtrise du conflit

Il est nécessaire d'aborder avec son client sa faculté à supporter moralement et physiquement le conflit auquel il est confronté.

Pour certaines personnes, il est primordial de rester maître de son 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.

Il importe que l'avocat renseigne son client sur l'éventail des modes de résolution des conflits et qu'il distingue les méthodes permettant de rester maître du conflit (négociation, droit collaboratif, médiation, conciliation) de celles ayant un caractère contraignant (action judiciaire et arbitrage).

³³ À titre illustratif, cf. JEAN MIRIMANOFF, 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». À 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.

³⁴ Cf. 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 subséquemment plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir.»

³⁵ JEAN GAY, Les ADR et l'orientation préalable, in Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 423.

³⁶ Comme indiqué *supra*, nous avons opté pour une version quelque peu allégée des tableaux établis par SANDER et GOLDBERG. Pour des tables comportant davantage de critères, voir notamment JEAN GAY, Les ADR et l'orientation préalable, in Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 426 ss et JEAN A. MIRIMANOFF, L'orientation préalable des parties à un différend, Revue de l'avocat 1/2010, p. 18 ss.

³⁷ Dans le même sens, NICOLAS BURGNER, 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.

5. *Les risques de la procédure*

Comme le relève BURGNER³⁸, 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.

6. *La nécessité d'obtenir une décision de justice en force et publiée*

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 est prête à défendre vigoureusement ses droits de propriété intellectuelle³⁹.

V. Conclusion

Les avocats ont un rôle important à jouer dans la gestion et la résolution des conflits. En procédant à une orientation préalable, ils évoluent dans leur cœur de métier: le conseil à l'humain.

Quoi qu'il arrive, les avocats vont devoir – c'est à notre sens déjà une obligation aujourd'hui – procéder, dans leur pratique quotidienne, à des orientations préalables. Ne serait-ce que pour se prémunir d'une action en responsabilité de la part d'un client déçu qui se plaindrait du fait qu'il ignorait qu'il existait des alternatives à la voie judiciaire.

Ainsi, quand bien même un avocat ne «croirait» pas aux modes amiables de résolution des conflits, il n'a pas le choix: il doit exposer à son client l'ensemble de la palette des possibilités de résoudre son conflit, faute de quoi sa responsabilité en tant qu'avocat pourrait être engagée.

Au lieu d'y voir une contrainte, nous sommes d'avis que le praticien devrait plutôt saisir la balle au bond et y voir une belle opportunité d'étendre ses services. En effet, le développement des MARC offre de formidables opportunités pour les avocats. Sans forcément devenir eux-mêmes des médiateurs, les avocats ont tout intérêt à s'intéresser à la médiation, afin de pouvoir accompagner et conseiller leurs clients avant, pendant et après le processus. De même, il est urgent que les avocats se forment à la négociation raisonnée et qu'ils puissent monter dans le train du droit collaboratif, promis à n'en point douter à un avenir radieux.

Enfin, notre expérience nous démontre quotidiennement que les clients d'aujourd'hui veulent être entendus, compris et qu'ils souhaitent une solution à leur problème. En tant que prestataire de services, à nous avocats d'offrir à nos clients ce qu'ils souhaitent, à plus forte raison que les réponses à leurs attentes existent.

En guise de conclusion, nous invitons chaque praticien à réfléchir à la citation de DARWIN:

«Les espèces qui survivent ne sont pas les espèces les plus fortes, ni les plus intelligentes, mais celles qui s'adaptent le mieux aux changements.»

38 NICOLAS BURGNER, Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution de litige, in Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 449.

39 NICOLAS BURGNER, 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. Cf. également le cas de la manufacture de tabac cité par JEAN GAY, Les ADR et l'orientation préalable, in Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, 2018, p. 423.

Annexe: Tableaux «Orientation préalable»

Étape 1

En début de mandat, nous parcourons avec le client le tableau ci-dessous.

<i>Orientation préalable 1</i>	
1. Temps Rapide	----- Long
2. Coûts Réduits	----- Élevés
3. Maintien des relations Important	----- Pas important
4. Maître du conflit Maîtrisé	----- Non maîtrisé
5. Chances de succès Importantes	----- Faibles
6. Décision nécessaire Oui	----- Non

Nous expliquons en détails ce que recouvre chaque critère et, en fonction de l'importance que le client accorde à chaque critère, une croix est placée sur chaque échelle (le tableau est recouvert d'une pochette plastifiée).

Étape 2

À l'issue de cette première étape, la pochette plastifiée sur laquelle ont été inscrites les croix est retirée du premier tableau et placée sur le second tableau ci-dessous.

<i>Orientation préalable 2</i>	
1. Temps Rapide	----- Long
Médiation	X
Droit collaboratif	X
Tribunal	X
Arbitrage	X
2. Coûts Réduits	----- Élevés
Médiation	X
Droit collaboratif	X
Tribunal	X
Arbitrage	X
3. Maintien des relations Important	----- Pas important
Médiation	X
Droit collaboratif	X
Tribunal	X
Arbitrage	X
4. Maître du conflit Maîtrisé	----- Non maîtrisé
Médiation	X
Droit collaboratif	X
Tribunal	X
Arbitrage	X
5. Chances de succès Importantes	----- Faibles
Médiation	X
Droit collaboratif	X
Tribunal	X
Arbitrage	X
6. Décision nécessaire Oui	----- Non
Médiation	X
Droit collaboratif	X
Tribunal	X
Arbitrage	X

L'avocat et son client examinent ensemble les modes de résolution des conflits qui semblent le mieux répondre aux préoccupations du client, l'objectif étant de dégager des tendances.

À ce stade, il est souvent nécessaire d'affiner les réflexions et d'éventuellement élargir le spectre des processus et critères pris en compte. En outre, il convient fréquemment de hiérarchiser l'importance de chaque critère.