



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Journée de droit successoral 2020

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann
(éd.)



Stämpfli Editions

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann
(Editeurs)

Journée de droit successoral 2020

Maryse Pradervand-Kernen
Michel Mooser
Antoine Eigenmann
(Editeurs)

Journée de droit successoral 2020

Contributions de

Bastien Verrey
Nicolas Gillard
Denis Piotet
Michel Mooser
Birgit Sambeth Glasner
Paul-Henri Steinauer
David Regamey



Stämpfli Editions

© Stämpfli Editions SA, Bern

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2020
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-8901-9

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-8902-6

printed in
switzerland



La médiation successorale

BIRGIT SAMBETH GLASNER

*Avocate, Médiatrice FSA assermentée**

Introduction	124
I. La définition de la médiation	126
1. La médiation est une négociation facilitée par un tiers neutre..	126
2. La médiation est une négociation basée sur les intérêts	127
II. Les clauses de médiation.....	128
III. Les principes applicables au processus de médiation	131
IV. La médiation dans le Code de procédure civile unifié	132
1. « ... le règlement amiable a la priorité... ».....	132
2. La médiation en remplacement de la conciliation	133
3. La médiation pendant la procédure au fond.....	133
4. La relation avec la procédure judiciaire.....	134
5. La ratification de l'accord.....	135
6. Les frais de la médiation.....	136
7. L'assistance juridique (AJ).....	136
V. Le processus de médiation : organisation et déroulement.....	137
VI. Le choix du Médiateur : un Médiateur qualifié.....	140
VII. La médiation <i>ad hoc</i> et la médiation institutionnelle	143
VIII. L'avocat et la médiation.....	143
IX. Quelques exemples de médiations successorales.....	145
X. Conclusion	147
Bibliographie	149

* Avocate, Associée Etude ALTENBURGER LTD legal + tax, Genève, Zurich, Lugano. Médiatrice assermentée & accréditée FSA, IMI, CSMC, CPR, CEDR, INSOL, IAM. Vice-Présidente de la Fédération Suisse des Avocats (FSA), Chargée de Cours de médiation auprès du Graduate Institute (MIDS) et de diverses institutions et universités, Ancienne Juge Suppléante.

Chaque médiation est un chantier de la démocratie, érigé dans un esprit de liberté, d'égalité et de solidarité au service de la société civile

*Joseph Duss-von Werdt
Docteur en philosophie et en théologie, Médiateur*

Introduction

- 1 La médiation prend de plus en plus d'ampleur en matière successorale, que cela soit lors de l'organisation d'une succession et l'élaboration de dispositions pour cause de mort (par exemple lors de la conclusion d'un pacte successoral), ou lorsqu'un différend surgit après le décès du *de cuius* lors de la dévolution de la succession et son partage.
- 2 Dans cette deuxième hypothèse, la principale caractéristique de la médiation réside dans le fait que le personnage principal duquel on infère des intentions spécifiques au sujet de sa succession, des personnes et des biens qui la composent, ne participe pas à la discussion et ne sera jamais en mesure de donner son éclairage, alors que ses héritiers, légataires et autres ayants droit se sentent investis de la parole et des volontés du défunt et que les effets des dispositions pour cause de mort s'interprètent juridiquement au moyen du seul *animus testandi* du défunt.
- 3 Enfin, le contexte de la médiation successorale est particulièrement chargé émotionnellement, ce qui rend le processus spécialement délicat et sensible. En effet, « dans les conflits familiaux, notamment au moment des successions, les litiges enclenchés par le partage des biens ne sont souvent que le révélateur de vieux conflits liés à l'histoire familiale. L'objet du litige n'est souvent que le prétexte à alimenter le conflit »¹.
- 4 Souvent, la médiation successorale est à la croisée des chemins entre la médiation commerciale, qui revêt plutôt la forme d'une médiation de négociation dans le cadre de laquelle le médiateur (le « Médiateur »²) endosse le rôle de manager du conflit pour optimiser le processus dont le but principal est la résolution concrète du différend (« deal mediation »), et la médiation parfois qualifiée de « relationnelle », voire même de « thérapeutique »³, qui désigne le processus dans le cadre duquel l'être humain est placé au centre du débat, le

¹ FIUTAK, p. 15.

² Dans le présent article, « Médiateur » ou « Médiateurs » inclut médiatrice(s) et médiateur(s).

³ RISSE, p. 28 ss.

Médiateur assistant les parties qui ont perdu leurs compétences propres à résoudre le conflit, en facilitant et en améliorant leur communication, notamment par des techniques issues de la psychothérapie (PNL, systémique, Marshall Rosenberg, etc.).

Dans le cas de successions impliquant des parties liées dans une structure entrepreneuriale ou commerciale, il est difficile de catégoriser formellement les conflits et les processus, dans la mesure où il s'agit de conflits hybrides, les discussions familiales se faisant lors de séances du conseil d'administration alors que les décisions commerciales se prennent à la cuisine, autour de la table du déjeuner ! Ceci est d'autant plus vrai dans nos contrées où le tissu économique est principalement composé d'entreprises familiales de petite et moyenne importance⁴. Leur nombre est aujourd'hui de quelque 563'000, généralement des petites entreprises ou des microentreprises. La plupart est en mains privées, détenue par un nombre minimum de personnes, et dont le propriétaire en assure aussi fréquemment la direction.⁵

À cet égard, le droit suisse opère actuellement des changements par l'introduction dans le Code civil suisse de dispositions spécifiques à la transmission d'entreprises par succession⁶ (art. 616 ss du Code civil suisse).

Les litiges successoraux touchent par essence des personnes qui ont l'ambition de conserver des relations personnelles, sociales et économiques au sein d'une structure familiale et parfois entrepreneuriale, de sorte que la médiation, qui a vocation de préserver les liens, est le processus de choix pour y prévenir, gérer et résoudre les différends⁷.

Enfin, la médiation est particulièrement appropriée pour prévenir, gérer et résoudre ce genre de conflits dans la mesure où, à l'instar de ce qui se passe en droit successoral, le principe de l'universalité s'applique à la médiation : elle peut inclure tous les biens (meubles, immeubles, réels ou immatériels) et tous les ayants droit, directs et indirects, quels que soient leur origine, lieu de situation, nationalité, langue ou culture, appartenance religieuse, etc.

⁴ SAMBETH GLASNER.

⁵ Rapport explicatif du 10 avril 2019 relatif à l'avant-projet concernant la révision du Code civil suisse (Transmission d'entreprises par succession). BERGMANN/HALTER/ZELLWEGER, p. 11.

⁶ Avant-Projet de révision du Code civil suisse (Transmission d'entreprise par succession).

⁷ CHAPUS-RAPIN.

I. La définition de la médiation

1. La médiation est une négociation facilitée par un tiers neutre

- 9 Les Directives FSA pour la médiation, adoptées en 2005, la caractérisent comme une procédure extrajudiciaire de résolution des litiges, dans laquelle un ou plusieurs tiers indépendants et impartiaux (médiateurs/médiatrices) aident les parties impliquées dans un conflit à le régler par elles-mêmes et de façon amiable, par la voie de la négociation⁸.
- 10 SCAI Swiss Chambers' Arbitration Institution définit la médiation comme suit : « *La médiation est un mode alternatif de résolution des différends. Deux ou plusieurs parties demandent à une tierce personne, le médiateur, de les aider à trouver une solution pour résoudre leur différend actuel ou en prévenir un potentiel. Le médiateur est neutre et indépendant des parties. Pendant la médiation, il facilite les échanges d'avis et encourage les parties à chercher des solutions qui leur soient mutuellement profitables* »⁹.
- 11 De manière synthétique, la médiation peut être présentée comme un processus de traitement négocié des conflits¹⁰ prenant en compte de nombreux éléments sous-jacents et nécessaires à la perception du différend par chacune des parties, tels que, notamment, le vécu, les préoccupations, les malentendus, les perceptions, les sentiments, les craintes, les émotions, les intérêts, les besoins et les valeurs¹¹. Il s'agit ainsi d'une méthode par laquelle un tiers impartial et indépendant, le Médiateur, offre aux personnes en conflit l'occasion de se rencontrer pour négocier un accord avec son aide.
- 12 Au contraire, la mise en œuvre du droit par le procès, basée sur l'antagonisme des points de vue, favorise la radicalisation des positions et l'imposition d'une solution. En effet, le mécanisme du syllogisme juridique se base uniquement sur les faits et les positions, sans tenir compte des éléments sous-jacents au litige et nécessaires à sa perception par chacune des parties¹².

⁸ Fédération suisse des avocats : https://www.sav-fsa.ch/fr/documents/dynamiccontent/6209_directives-fsa_pour-la-mediation_f.pdf (consulté le 29 octobre 2019).

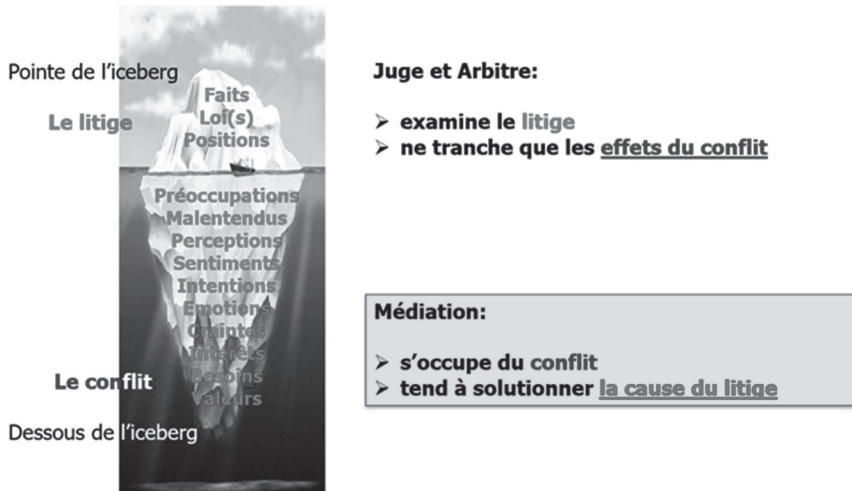
⁹ SCAI <https://www.swissarbitration.org/> (consulté le 10 octobre 2019).

¹⁰ SALBERG/SAMBETH GLASNER, p. 67.

¹¹ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 327 et 330.

¹² SALBERG/SAMBETH GLASNER, p. 66.

Le conflit > le litige



Enfin, la médiation permet aux personnes en litige de se réapproprier la gestion de leur conflit. Elle leur offre la possibilité de gérer leur désaccord, de restituer le litige dans son contexte, d'en analyser les causes sans être tenues par des règles formelles de procédure. L'accent est ainsi mis non pas sur l'objet du différend mais sur le blocage de la communication entre les personnes en conflit et sur les intérêts en présence. 13

Ainsi, au lieu de déléguer à un tiers (avocat, juge, arbitre) la gestion de leur conflit, les parties en redeviennent les acteurs de premier plan en s'adjoignant les services d'un facilitateur de communication : le Médiateur. Celui-ci, véritable catalyseur humain, est le garant méthodologique d'un processus qui a pour objectif de transformer les perceptions qu'ont les personnes du conflit qui les oppose afin de parvenir, si possible, à un accord¹³. 14

2. La médiation est une négociation basée sur les intérêts

La médiation trouve son fondement dans les principes de la négociation dite raisonnée, basée sur les intérêts¹⁴, les besoins et les valeurs, plutôt que sur les positions des parties. Au contraire, une négociation positionnelle consiste à « saucissonner » le conflit en passant de positions en positions jusqu'à aboutir 15

¹³ FAGET, p. 14.

¹⁴ Interest based Negotiation : <https://www.pon.harvard.edu/tag/interest-based-negotiation/> (consulté le 29 octobre 2019).

à une solution médiane, correspondant au dicton populaire « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès », solution qui généralement ne correspond aux intérêts bien compris d'aucun des protagonistes.

- 16 La négociation raisonnée est notamment basée sur le livre *Getting to Yes, Negotiating Agreement without giving in*¹⁵ du Harvard Negotiation Project, dont les principes fondamentaux en vue de la résolution des conflits sont les suivants :
- séparer les personnes des problèmes, soit dépersonnaliser le conflit ;
 - cibler les intérêts et les besoins plutôt que les positions et les stratégies ;
 - comprendre les alternatives à une solution négociée :
 - « BATNA » = Best Alternative to a Negotiated Agreement¹⁶ ; y a-t-il une meilleure alternative, en termes de processus et/ou à la médiation, respectivement à l'accord que nous sommes en train de négocier ? ; cas échéant cette alternative est-elle réaliste et meilleure (en appliquant des critères objectifs tels que le temps pour obtenir cette solution, les coûts que cela engendre, les potentiels dommages collatéraux, les résultats sur la relation entre les parties, etc.) ? ;
 - par « brainstorming », imaginer un maximum d'options de résolution dans un cadre créatif mais réaliste ;
 - évaluer les options trouvées en fonction des intérêts et des besoins des parties et en vue d'un gain mutuel pour aboutir à une/des solution(s) ;
 - choisir la/les solution(s) trouvée(s) et formaliser l'accord.
- 17 Les étapes du déroulement du processus de médiation, dont le Médiateur est le chef d'orchestre et le garant, tiennent compte de chacun de ces principes.

II. Les clauses de médiation

- 18 Il est de plus en plus fréquent de trouver des clauses de médiation dans les dispositions pour cause de mort, sortes de vœux sous forme de charge imposée aux héritiers pour résoudre les différends qui pourraient surgir au décès de leur auteur.
- 19 Savoir dans quelle mesure les héritiers sont légalement liés par une telle clause qu'ils n'ont pas eux-mêmes souscrite n'est pas clair, en particulier en ce qui

¹⁵ FISCHER/URY.

¹⁶ <https://www.pon.harvard.edu/daily/batna/translate-your-batna-to-the-current-deal/>.

concerne les héritiers réservataires, mais une telle charge leur impose un poids ne serait-ce qu'émotionnel auquel peu seront enclins à se soustraire.

Une clause typique de médiation dans une disposition pour cause de mort indiquera :

– Médiation ad hoc¹⁷

« Je souhaite que mes héritiers, légataires et autres ayants droit soumettent tout différend en lien avec les présentes dispositions pour cause de mort, à la médiation. »

– Médiation institutionnelle

« Je souhaite que mes héritiers, légataires et autres ayants droit soumettent tout différend en lien avec les présentes dispositions pour cause de mort à la médiation, conformément au Règlement suisse de médiation de la Swiss Chambers' Arbitration Institution (<https://www.swissarbitration.org/Mediation/Reglement-de-mediation>).

Le siège de la médiation sera à (*nom d'une ville*), à (*nom d'un pays*), bien que les séances pourront se tenir ailleurs, selon l'accord unanime des parties en litige.

La médiation se déroulera en (*spécifier la langue souhaitée*). »

Si le *de cuius* n'a pas prévu de clause particulière, à son décès, il est tout à fait envisageable et opportun que les parties (héritiers, légataires et autres ayants droit) conviennent de la clause suivante :

« Les parties soussignées déclarent par le présent accord qu'elles décident de soumettre à la médiation, conformément au Règlement suisse de médiation de la Swiss Chambers' Arbitration Institution (<https://www.swissarbitration.org/Mediation/Reglement-de-mediation>), le présent différend :... (*brève description du différend*).

Le siège de la médiation sera à (*nom d'une ville*), (*nom d'un pays*), bien que les séances pourront se tenir à (*nom d'une ville*), à (*nom d'un pays*).

La médiation se déroulera en (*spécifier la langue souhaitée*). »

Ces dernières clauses soumettent la médiation à une institution, ici la Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI), qui est une émanation des Chambres de commerce suisses¹⁸.

¹⁷ Voir ci-dessous Chapitre VII : La médiation ad hoc et la médiation institutionnelle.

¹⁸ Les Chambres de Commerce et d'Industrie de Bâle, Berne, Genève, Lausanne, Lucerne (Suisse centrale), Lugano, Neuchâtel et Zurich ont fondé la Swiss Chambers' Arbitration Institution. Cette dernière propose des services de résolution des litiges

- 23 En termes de bonnes pratiques, il est de plus en plus fréquent de soumettre un potentiel conflit à une clause prévoyant une médiation suivie, en cas d'échec, d'une procédure judiciaire :

« Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d'éventuelles violations du contrat ou sa résiliation, seront soumis à la médiation conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement. Le siège de la médiation sera [*ville en Suisse*], bien que les séances pourront se tenir à ... [*spécifier le lieu*]. Le processus de médiation se déroulera en [*spécifier la langue souhaitée*].

Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n'ont pu être complètement résolus par la médiation dans un délai de 60 jours à compter de la date de confirmation ou de nomination du/des médiateur(s) par les Chambres, ils seront soumis aux Tribunaux de (*spécifier le lieu*). »

- 24 Enfin, en matière internationale, un arbitrage suivant la médiation sera généralement privilégié¹⁹ :

« Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d'éventuelles violations du contrat ou sa résiliation, seront soumis à la médiation conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement. Le siège de la médiation sera [*ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'une ville à l'étranger*], bien que les séances pourront se tenir à ... [*spécifier le lieu*]. Le processus de médiation se déroulera en [*spécifier la langue souhaitée*]. Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n'ont pu être complètement résolus par la médiation dans un délai de 60 jours à compter de la date de confirmation ou de nomination du/des médiateur(s) par les Chambres, ils seront tranchés par la voie de l'arbitrage conformément au Règlement suisse d'arbitrage international des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la notification d'arbitrage est déposée conformément audit Règlement. Le nombre d'arbitres est fixé à ... [*un ou*

nationaux et internationaux basés sur le Règlement suisse d'arbitrage international et le Règlement suisse de médiation commerciale (voir <https://www.swissarbitration.org/A-propos>).

¹⁹ Clauses « multi-tiered » ou « escalation clauses », c'est-à-dire des clauses de différents niveaux de procédure de résolution de conflits. Voir AHRENS, p. 173 ss.

trois]. Le siège de l'arbitrage sera ... [ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'un siège à l'étranger]. L'arbitrage se déroulera en ... [spécifier la langue souhaitée]. L'arbitrage se déroulera selon les règles de la Procédure Accélérée [si les parties le souhaitent]. »
 (<https://www.swissarbitration.org/Mediation/Clauses-de-mediation>).

Dans les deux cas, il sera impératif de conduire la médiation préalablement à la forme de résolution de conflit subséquemment agréée par les parties, faute de quoi le tribunal civil, respectivement le tribunal arbitral, ne seront pas compétents. En effet, dans un arrêt récent²⁰, le Tribunal fédéral a annulé une sentence partielle qui admettait sans réserve la compétence du tribunal arbitral et il a ordonné la suspension de la procédure arbitrale pour permettre la tentative de conciliation prévue contractuellement en préalable à l'arbitrage. 25

Il sied cependant de préciser que certaines actions successorales sont soumises à un for impératif et prévoient des délais de péremption qui ne peuvent pas faire l'objet de clauses d'élection de for ou de droit, et ne peuvent pas être suspendues²¹. Ces actions peuvent être menées en parallèle à une procédure de médiation. 26

III. Les principes applicables au processus de médiation

Le but de la médiation est de privilégier la prévention, la gestion et la résolution efficaces des conflits, et ainsi de faire émerger une solution qui vient des parties et non de leur proposer une solution extérieure²². 27

De plus, le Médiateur est un facilitateur qui agit sur le processus de recherche de l'accord et non pas sur son contenu²³. 28

Les principes centraux de ce processus sont les suivants :

- la participation volontaire des parties, soit la liberté d'adhérer et de renoncer à ce processus ;
- la neutralité, l'impartialité et l'indépendance du Médiateur, lequel facilite la discussion sans pouvoir décisionnel ;
- la compétence, les qualifications et l'éthique de ce dernier ;
- la confidentialité du processus et des débats ; dans la procédure de médiation, l'engagement de confidentialité réciproque est le premier accord que prennent les parties et, bien sûr, le Médiateur ; la création de cet espace de

²⁰ TF, 4A_628/2015.

²¹ Par exemple l'action en pétition d'hérédité des art. 598 ss CC.

²² KUHN, p. 101.

²³ GUY-ECABERT, p. 205.

confidentialité est nécessaire pour qu'elles puissent s'exprimer en toute confiance, sans craindre que leurs déclarations et les pièces produites leur soient opposées en cas d'échec du processus ; pierre angulaire et condition *sine qua non* de la médiation, la confidentialité permet aux parties d'engager une discussion globale et de faire le pari de la réussite²⁴.

IV. La médiation dans le Code de procédure civile unifié

1. « ... le règlement amiable a la priorité... »

- 29 Le Code de procédure civile suisse unifié, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, a inscrit la médiation comme instrument complémentaire de résolution des conflits à la disposition des justiciables, des avocats et des magistrats dans le contexte judiciaire civil²⁵.
- 30 Ainsi, une place importante est réservée au règlement préalable ou extrajudiciaire des litiges. Comme l'a proclamé le Conseil fédéral dans son Message relatif au CPC, « *le règlement à l'amiable a (...) la priorité parce que 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* »²⁶.
- 31 La médiation est ainsi prévue aux art. 213 à 218 CPC et 297 al. 2 CPC. Ces dispositions n'ont pas pour but de réglementer la médiation en tant que telle mais son articulation avec la procédure judiciaire. En effet, un processus de médiation peut être initié par les parties tant en dehors de toute procédure judiciaire qu'à l'occasion ou en parallèle à une procédure pendante ou sur le point d'être introduite devant les tribunaux.
- 32 L'ancrage législatif de la médiation a indubitablement augmenté la compréhension de ce processus par les tribunaux, les parties et les avocats : « la médiation entre dans les salles d'audience et perd ainsi sa connotation psycho-thérapeutique »²⁷ et le juge civil agit de plus en plus fréquemment comme prescripteur de la médiation.

²⁴ SAMBETH GLASNER, La confidentialité, p. 253 ss.

²⁵ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 327 ss.

²⁶ FF 2006 6860.

²⁷ MÜRNER, p. 44.

2. La médiation en remplacement de la conciliation

Dans le CPC, la médiation figure en tant qu'alternative à une requête de conciliation ou en tant que procédure incidente dans le cadre d'un procès pendant, que ce soit en première ou en seconde instance. 33

La médiation remplace ainsi la procédure de conciliation si toutes les parties en font la demande, conformément à l'art. 213 al. 1 CPC, notamment dans les domaines où celle-ci est imposée par la loi. 34

Du point de vue formel, l'al. 2 de l'art. 213 CPC prévoit que la demande de médiation est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience. 35

En application de l'art. 62 CPC, le dépôt de la requête de conciliation et, partant, de la demande de médiation, crée la litispendance. 36

Dans la mesure où, par essence, la médiation est un processus requérant l'adhésion de toutes les parties et ce, pendant toute sa durée, celles-ci sont libres d'y renoncer en tout temps. Ainsi, lorsque l'une des parties communique l'échec de la médiation à l'autorité de conciliation, celle-ci délivre l'autorisation de procéder (art. 213 al. 3 CPC). 37

Quant à la durée du processus, s'agissant de la conciliation, l'art. 203 al. 4 CPC 38 prévoit que la procédure ne peut excéder douze mois.

La question de l'applicabilité de ce délai à la procédure de médiation et, dans l'affirmative, de ses conséquences si la procédure de médiation n'est pas terminée dans ce délai, n'est pas réglée par la loi. 39

Cette question devra être tranchée par les autorités de conciliation. Ainsi, 40 celles-ci pourraient considérer la procédure comme suspendue jusqu'à révocation de la requête de conciliation, respectivement jusqu'à la communication de la fin de la médiation, par application analogique de l'art. 214 al. 3 CPC. Elles pourraient également, en anticipation de l'écoulement du délai de douze mois, s'enquérir auprès des parties de l'état de la médiation.

Cependant, en pratique, cette problématique ne se pose guère dans la mesure 41 où la célérité est l'un des avantages du processus de médiation qui s'étend généralement sur une à cinq séances.

3. La médiation pendant la procédure au fond

Compte tenu de la nature de ce processus de résolution des conflits qui peut 42 être utilisé en conjonction et non en contradiction avec d'autres processus, les parties sont, en tout temps, libres d'adhérer (et de renoncer) à la médiation. Par conséquent, elles peuvent souhaiter engager un processus de médiation, alors

qu'une procédure au fond est d'ores et déjà pendante, une demande ayant été le cas échéant introduite après l'échec de la conciliation obligatoire ou en l'absence de conciliation préalable s'agissant des domaines où elle est facultative ou exclue (art. 198 ou 199 CPC).

- 43 À cet égard, l'art. 214 CPC dispose que le tribunal peut conseiller en tout temps aux parties de procéder à une médiation. De plus, les parties peuvent en tout temps déposer une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation.
- 44 Lors de l'engagement dans un processus de médiation au cours d'une procédure judiciaire, l'art. 214 al. 3 CPC prévoit que celle-ci reste suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation. En d'autres termes, la procédure au fond demeurera suspendue tant et aussi longtemps que dure la médiation.
- 45 On précisera encore ici que les règles révisées du droit de la prescription²⁸, applicables à toute situation²⁹ judiciaire et extrajudiciaire, qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2020, prévoient à l'art. 134 al. 1 ch. 8 CO nouveau que la prescription est suspendue « pendant les discussions en vue d'une transaction, pendant une médiation ou pendant toute autre procédure extrajudiciaire visant la résolution d'un litige, si les parties en sont convenues par écrit ».
- 46 Cela étant, la médiation étant pleinement volontaire, elle peut être interrompue unilatéralement en tout temps, entraînant la reprise de la procédure au fond.

4. La relation avec la procédure judiciaire

- 47 À teneur de l'art. 216 CPC, la médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du Tribunal.
- 48 Qu'elle intervienne au stade de la conciliation ou pendant la procédure au fond, la médiation est une procédure extrajudiciaire entièrement indépendante par rapport à la procédure judiciaire. Ainsi, ni l'autorité de conciliation, ni le Tribunal ne peuvent donner des instructions. Corollairement, celui qui agit comme Médiateur dans une cause n'a pas le droit d'apporter subséquemment son concours comme magistrat ou fonctionnaire et doit obligatoirement se récuser (art. 47 CPC). En outre, l'art. 166 al. 1 let. d CPC autorise un tiers à refuser de collaborer à l'administration des preuves dans le cadre d'une procédure, lorsqu'il serait amené, en tant que Médiateur, à révéler des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

²⁸ FF 2018 3655 et RO 2018 5343.

²⁹ Sous réserve de préemption, p. ex. art. 600 CC action en pétition d'hérédité.

En outre, la confidentialité de la médiation est garantie par le CPC. Cette obligation s'impose à la fois au Médiateur et aux participants à la médiation. 49

L'art. 216 CPC indique par ailleurs clairement que les déclarations des parties en médiation ne peuvent pas être prises en compte dans la procédure judiciaire. 50

5. La ratification de l'accord

Conformément à l'art. 217 CPC, les parties peuvent demander la ratification de l'accord conclu dans le cadre de la médiation. L'accord ratifié a les effets d'une décision entrée en force. 51

Lorsque l'accord a été trouvé dans le cadre d'une médiation remplaçant la procédure de conciliation, l'autorité de conciliation est compétente pour procéder à sa ratification. Si l'accord est trouvé pendant la procédure au fond, le Tribunal saisi sera compétent. 52

À cet égard, le pouvoir de cognition de l'autorité est restreint et découle du principe de disposition ancré à l'art. 56 CPC : seul est vérifié le fait que l'accord n'est pas disproportionné et qu'il ne viole pas le droit impératif. Si l'accord ne peut pas être ratifié, l'autorité de conciliation délivrera l'autorisation de procéder, respectivement, le Tribunal reprendra la procédure au fond. 53

La question se pose de savoir si des accords ayant été trouvés dans le cadre d'une médiation initiée en dehors de toute procédure de conciliation ou judiciaire pourront être soumis à la ratification selon le même processus, ou si le formalisme commandera de passer par les étapes prévues aux art. 213 ou 214 CPC. 54

Dans la mesure où l'objet du conflit entre dans les compétences juridictionnelles *rationae materiae* et *fori* de l'autorité judiciaire saisie, le pragmatisme et le souci d'économie de procédure commandent de pouvoir obtenir la ratification des conventions de médiation ne consacrant pas un accord manifestement disproportionné et ne violant pas le droit impératif, et ce indépendamment du fait qu'elles aient ou non été obtenues à l'occasion ou en dehors de toute procédure de conciliation ou judiciaire. 55

À ce jour, il semble qu'il n'y ait pas eu de situations de ce type et, en pratique, la question ne se pose pas car les accords obtenus en médiation sont généralement exécutés, la communication entre les parties ayant pu être restaurée et la confiance rétablie. 56

6. Les frais de la médiation

- 57 Conformément à l'art. 218 al. 1 CPC, les frais de la médiation sont à la charge des parties. Toutefois, dans les affaires concernant le droit des enfants qui ne sont pas de nature patrimoniale, les parties ont droit à la gratuité de la médiation si elles ne disposent pas des moyens nécessaires et si le tribunal recommande le recours à la médiation (art. 218 al. 2 CPC). Il ne s'agit toutefois pas de questions successorales mais de litiges relatifs au droit de visite ou à l'attribution de l'autorité parentale.
- 58 Enfin, le droit cantonal peut prévoir des dispenses de frais supplémentaires (art. 218 al. 3 CPC), de même que l'octroi de l'assistance judiciaire en matière non contentieuse.
- 59 En application de l'art. 123 CPC, la dispense de frais n'est pas définitive et doit être remboursée dès que la partie concernée est en mesure de le faire, étant précisé que la créance se prescrit par dix ans à compter de la fin du procès.

7. L'assistance juridique (AJ)

- 60 Conformément à l'art. 218 al. 3 CPC, le droit peut prévoir des dispenses de frais concernant la prise en charge des frais de la médiation.
- 61 Le canton de Genève a fait usage de cette compétence dans la mesure où la Loi genevoise sur l'organisation judiciaire prévoit, en son art. 63, que l'AJ peut être requise par toute personne physique, domiciliée dans le canton de Genève et susceptible d'intervenir comme partie dans une procédure, dont la fortune ou les revenus ne sont pas suffisants pour lui assurer l'aide ou les conseils d'un avocat, d'un avocat stagiaire, ou d'un médiateur assermenté, en dehors d'une procédure administrative ou judiciaire.
- 62 Enfin, à teneur de l'art. 2 du Règlement sur l'assistance juridique, elle peut inclure le recours à un médiateur civil au sens de l'art. 218 al. 2 et 3 CPC et le terme « assistance juridique » recouvre à la fois l'assistance judiciaire (en matière civile et administrative) et l'assistance extrajudiciaire. Partant, l'AJ peut également être sollicitée en cas de recours à un Médiateur en dehors de toute procédure civile.

V. Le processus de médiation : organisation et déroulement

De manière imagée, le processus de médiation commence, au présent, par l'exploration et la compréhension du passé, pour ensuite se tourner vers la résolution du conflit ancrée fermement dans le futur. 63

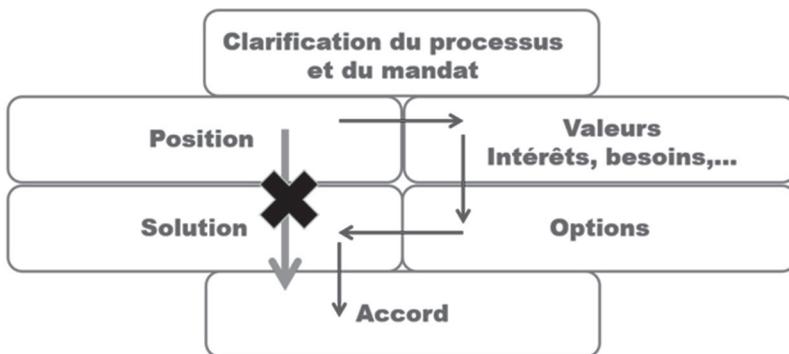
Un processus de médiation peut intervenir tant en dehors de toute procédure judiciaire existante qu'à l'occasion ou en marge d'une procédure pendante ou sur le point d'être introduite devant les tribunaux³⁰. 64

Conformément à l'art. 215 CPC, les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation, processus qui reste à leur libre disposition. 65

Ainsi, le Médiateur n'est pas nommé par le Tribunal ou l'autorité de conciliation. C'est aux parties qu'il incombe de se mettre d'accord sur la personne du Médiateur et de conclure avec lui un contrat de médiation. 66

Le processus de médiation consiste à ne pas passer directement du positionnement du problème à la solution (négociation positionnelle), mais de faire un indispensable détour par la clarification du cadre de la médiation, la compréhension des intérêts, besoins, valeurs, risques, etc., et l'examen des alternatives, l'élimination d'options avant le choix puis l'esquisse d'une résolution pour aboutir à la solution. 67

Processus de médiation

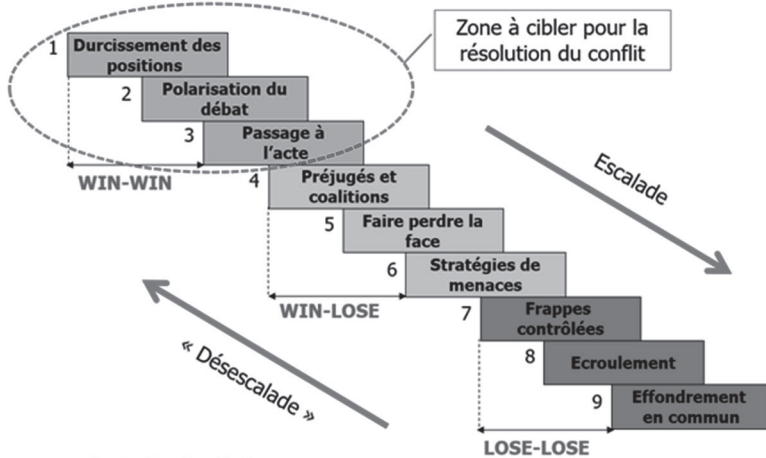


³⁰ Voir devant un Tribunal arbitral.

- 68 Le processus de médiation se fait soit avec les parties seules, soit avec elles et leurs avocats. Il est composé des phases suivantes :
- la phase de préparation ;
 - la phase d’ouverture ;
 - la phase d’exploration ;
 - la phase de génération d’options ;
 - la phase de négociation ;
 - la phase de conclusion ;
 - la phase de mise en œuvre précédée, cas échéant, de la phase d’homologation.
- 69 Généralement, le processus commence par un entretien téléphonique conjoint entre le Médiateur et les avocats des parties pour expliciter, circonscrire et définir ensemble le processus, son agenda, l’échange éventuel de documents, ses participants, son lieu, sa langue, ses coûts, etc. et s’assurer de la compréhension des principes de la médiation et, en particulier, du respect la confidentialité du processus.
- 70 En résulte une Convention de médiation signée par tous, premier accord des parties sur leur désaccord !
- 71 Ensuite, un accent particulier est mis sur la préparation de la médiation afin de permettre un maximum d’efficacité et de diligence tout en laissant une place nécessaire à la manifestation des émotions.
- 72 Lors de cette préparation, après un premier diagnostic du conflit sur « l’échelle de Glasl³¹ », seront tour à tour découverts et examinés les intérêts en présence, les alternatives (BATNA) existantes, les risques sous-jacents, les options potentielles et finalement les contours d’un éventuel accord sur la résolution, sa formalisation et son exécution.

³¹ FRIEDRICH GLASL (né le 23 mai 1941 à Vienne) est un économiste connu pour avoir développé un modèle d’escalade des conflits, tout en représentant son échelle sous une forme descendante, pour manifester l’aggravation du conflit.

Les étapes du conflit



Inspired by: Tina Monberg
Source: F. Glasl's "Confronting Conflict"

La préparation se poursuit par l'établissement de quelques brefs documents à transmettre, par chaque partie, tant au Médiateur qu'aux autres parties (« position paper »), respectivement seulement au Médiateur (« interests paper »), ce, avant la tenue d'entretiens de préparation séparés (« apartés ») entre chacune des parties et le Médiateur. 73

La phase de médiation proprement dite commence ensuite. 74

En médiation successorale, en fonction de la distance géographique des parties, de leur culture, de leur langue, du temps à disposition, et d'autres critères importants pour le cas particulier, le processus de médiation se déroulera sur plusieurs séances de trois à quatre heures ou sur une à deux journées. 75

Les séances se font, selon les besoins, en alternances plus ou moins rapprochées, entre séances conjointes et apartés³². Les intérêts et besoins en présence vont ainsi apparaître petit à petit, alors qu'en même temps les forces, faiblesses, opportunités et risques seront analysés³³. 76

La communication restaurée va ensuite permettre le rétablissement progressif du lien de confiance et donc de la possibilité de construction d'un futur comprenant un lien commun. 77

Enfin, lorsque, après divers « checks » de réalité, les parties se mettent d'accord pour retenir une ou plusieurs options discutées préalablement dans le cadre du 78

³² Aparté ou caucus : entretien privatif avec certains des participants à la médiation, lors duquel la confidentialité est totale.

³³ Analyse SWOT : Strengths, Weaknesses, Opportunities & Treats.

processus, leur accord est généralement formalisé par écrit et rédigé par les avocats accompagnant le processus.

- 79 Par ailleurs, lorsqu'une procédure judiciaire est pendante, un accord de médiation successoral peut être homologué par un magistrat pour lui conférer la force de chose jugée.
- 80 En effet, l'accord de médiation passé entre les parties est un contrat auquel s'applique le principe de la liberté contractuelle (art. 19 CO), sous réserve qu'il s'agisse de choses illicites, contraires aux mœurs ou objectivement impossibles. Dans ce cas, le contrat est nul (art. 20 CO) et il faut invoquer cette nullité dans les délais prévus par la loi.
- 81 La forme écrite de l'accord de médiation n'est généralement pas obligatoire mais elle permet d'apporter la preuve de son existence. Elle est nécessaire en cas d'homologation judiciaire ainsi que par devant notaire pour revêtir la forme d'un acte authentique exécutoire au sens de l'art. 347 CPC, lequel peut être reconnu et exécuté dans tous les États parties à la Convention de Lugano conformément à son art. 57 al. 1.

VI. Le choix du Médiateur : un Médiateur qualifié

- 82 De par leur rôle, fonction, responsabilité et posture, ni un exécuteur testamentaire, ni un notaire, ne peuvent agir comme Médiateur successoral.
- 83 Or, le choix d'un bon Médiateur est essentiel au succès de la médiation dont il est le garant du processus. Il doit tout à la fois bénéficier de savoir-faire, de qualités humaines, de compétences personnelles et professionnelles, ainsi que de structure, pour amener les parties à bon port et ce, dans un délai relativement court.
- 84 La question de savoir si le Médiateur doit aussi être un spécialiste de l'objet du litige fait couler beaucoup d'encre. En fait, cela dépend de la nature du litige et de sa résolution, d'une part, et, d'autre part, de la perception de la compétence du Médiateur qu'ont les parties.
- 85 Si, par exemple, le litige en matière successorale ne porte « que » sur des questions d'ordre juridique (for, droit applicable, mesures provisionnelles, etc.) – quand bien même il est très rare que cela soit le cas, le fond du litige étant rarement ce que les parties en pensent de manière positionnelle – il est certainement opportun de choisir un Médiateur avocat lequel pourra, non pas endosser le rôle de magistrat ou d'évaluateur, mais permettre aux parties, au moyen de questions ouvertes, de faire un « check » de réalités quant à leurs positions et leur permettre de percevoir la réalité de l'autre partie.

Quoi qu'il en soit, il est très important que les parties aient du respect et de la confiance dans le Médiateur qui va les accompagner dans ce processus difficile, émotionnellement et techniquement, faute de quoi elles ne pourront y adhérer, de sorte qu'il ne pourra pas aboutir. 86

Le choix du Médiateur dépend donc de nombreux critères objectifs et subjectifs, ainsi que du type de médiation voulu, sachant que les Médiateurs anglo-saxons seront plus directifs et « évaluatifs », alors que les Médiateurs continentaux seront plus facilitatifs et « non évaluatifs ». 87

Le nom du Médiateur est généralement choisi par les parties sur une liste *ad hoc* ou institutionnelle³⁴, ou encore proposé par une institution, voire suggéré par un magistrat sur une liste comportant plusieurs noms. 88

À cet égard, pour rétablir le rapport de confiance, il convient certainement de privilégier la sélection, par la « partie adverse », d'un Médiateur sur une liste préapprouvée par toutes les parties. 89

Quant au Médiateur dont parle le CPC, il s'agit d'un Médiateur qualifié, valablement formé et expérimenté. Quand bien même « Médiateur » n'est pas un titre professionnel protégé en Suisse, il existe plusieurs cycles de formation dont l'achèvement donne droit à une telle dénomination³⁵. C'est en premier lieu à ces Médiateurs qualifiés que la loi se réfère lorsqu'elle parle de médiation³⁶. 90

En Suisse romande, à l'instar des cantons de Vaud³⁷ et de Fribourg³⁸, le canton de Genève³⁹ subordonne l'exercice de la fonction et le port du titre de « Médiateur assermenté » à une autorisation du Conseil d'État. Celui-ci dresse et tient 91

³⁴ Par exemple, liste des médiateurs IMI (<https://www.imimmediation.org/find-a-mediator/>), FSA (<https://www.sav-fsa.ch/fr/anwaltssuche/mediation/ueber-den-mediator.html>), Chambre suisse de médiation commerciale (<https://skwm.ch/fr/wirtschaftsmediation/>), Fédération suisse de médiation (<https://www.mediation-ch.org/cms2/fr/trouver-un-mediateur/liste-recherche/>) (consultés le 29 octobre 2019).

³⁵ Par exemple le titre de « IMI Mediator » délivré par le International Mediation Institute ([imimmediation.org](https://www.imimmediation.org)), celui de « Médiateur FSA », délivré par la Fédération suisse des avocats, celui de « Médiateur FSM-SDM », délivré par la Fédération Suisse des Associations de Médiation, ou encore celui de « Médiateur CSMC » délivré par la Chambre Suisse de Médiation Commerciale.

³⁶ FF 2006 6943.

³⁷ Liste des médiateurs agréés du Tribunal cantonal : https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/justice/fichiers_pdf/TABLEAU_DES_MEDIATEURS_CIVILS.pdf (consulté le 29 octobre 2019).

³⁸ Liste des médiateurs assermentés de la Commission de médiation de l'État de Fribourg : <https://www.fr.ch/sj/institutions-et-droits-politiques/justice/mediation-judiciaire> (consulté le 29 octobre 2019).

³⁹ Loi d'organisation judiciaire de Genève, titre IX, la médiation, art. 66 à 74 LOJ-GE.

à jour un tableau des Médiateurs assermentés⁴⁰, mentionnant le cas échéant les qualifications particulières ou les domaines de spécialité des Médiateurs.

- 92 L'exercice de la fonction de Médiateur est par ailleurs soumis à des conditions relatives à l'âge (30 ans au moins), la formation, l'expérience professionnelle, des qualifications et aptitudes particulières en matière de médiation, et, enfin, à l'absence de condamnation pour un crime ou un délit relatif à des faits portant atteinte à la probité et à l'honneur.
- 93 Les exigences d'indépendance, de neutralité et d'impartialité font l'objet d'une disposition *ad hoc*, de même que l'obligation de secret auquel le Médiateur est astreint. La violation de ces dispositions, de même que des règles déontologiques applicables au Médiateur, est par ailleurs passible de sanctions, allant de l'avertissement à la radiation définitive, en passant par le blâme, l'amende jusqu'à 10'000 francs ou encore la radiation provisoire pour un an ou plus.
- 94 Appliquant les principes reconnus mondialement⁴¹, le Règlement relatif aux médiateurs civils et pénaux (RMéd) du canton de Genève⁴² prévoit notamment les règles de déontologie du Médiateur suivantes :
- l'indépendance, qui signifie notamment que le Médiateur ne doit avoir aucun intérêt direct ou indirect au différend, aucune relation ou autre lien avec l'une ou l'autre des parties ou leurs représentants dont la nature ou l'intensité pourrait faire douter de son impartialité ;
 - la neutralité, qui signifie que le Médiateur ne doit pas prendre parti pour une solution particulière dans la négociation entre les parties, sauf accord spécifique de toutes les parties sur une telle démarche ;
 - l'impartialité (ou la multipartialité), qui signifie qu'il ne doit exprimer de préférence envers aucune des parties ou leurs positions.
- 95 Le Médiateur s'abstient également d'agir en tant que représentant ou conseiller d'une partie, arbitre, ou toute autre qualité, en relation avec le différend.
- 96 Ce mécanisme de contrôle permet à l'État d'atteindre son objectif de qualité. Cette mesure restreint certes le libre accès à une activité lucrative privée, mais répond indéniablement à un intérêt public prépondérant.

⁴⁰ <https://www.ge.ch/document/tableau-mediateurs-civils> et <https://www.ge.ch/document/tableau-mediateurs-penaux> (consultés le 29 octobre 2019).

⁴¹ Voir notamment le Code de conduite Européen pour les médiateurs : https://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_fr.pdf (consulté le 29 octobre 2019).

⁴² E 2 05.06.

VII. La médiation *ad hoc* et la médiation institutionnelle

Alors qu'en matière commerciale, il sera généralement question de médiations institutionnelles (p. ex. SCAI Swissrules, CCI, etc.) – le processus spécifique de l'organisme de médiation choisi étant prévu dans une clause contractuelle plus ou moins standard, de sorte qu'au stade du conflit, le processus de résolution ne peut plus être contesté – en matière successorale, la médiation a tendance à se faire *ad hoc*, une fois la situation avérée. 97

La mise en place d'une médiation *ad hoc* implique que les règles et les clauses applicables sont déterminées par les parties qui doivent s'entendre pour désigner, en particulier : la personne du Médiateur, le lieu de la médiation, la langue, la répartition des coûts, le droit applicable, etc. Or, cette entente sur le processus est relativement compliquée à obtenir et à mettre en place une fois le conflit survenu. 98

Ainsi, en matière successorale internationale, émergent des processus de médiation institutionnels, en particulier ceux soumis à SCAI⁴³, voire à d'autres institutions internationales, lesquels comportent également des règles précises quant à la combinaison de processus tels que les Med-Arb⁴⁴ et AMA (Arb-Med-Arb), de plus en plus fréquemment utilisés par les parties accompagnées d'avocats dont la sophistication en matière de résolution des différends a considérablement augmenté ces dernières années. 99

VIII. L'avocat et la médiation

L'avocat a un rôle important à jouer en matière de médiation et en particulier dans le cadre de la médiation successorale, laquelle s'insère dans un système juridique très codifié et relativement complexe, en particulier lors de successions dites internationales. 100

Au niveau local et international, les diverses règles éthiques et déontologiques auxquelles est soumis l'avocat sont claires : l'avocat doit, dans la mesure du possible et si l'intérêt du client ne s'y oppose pas, favoriser une solution transactionnelle. Les différents textes applicables prévoient ainsi ce qui suit : 101

⁴³ En été 2019, SCAI a adapté ses règles institutionnelles de médiation pour qu'elles soient explicitement applicables aux conflits familiaux complexes et en matière successorale. Voir <https://www.swissarbitration.org/Mediation/Reglement-de-mediation>; HIRSCH/SAMBETH GLASNER/LACK, p. 545 ss.

⁴⁴ Med-Arb : médiation suivie d'un arbitrage en cas d'échec de celle-ci. AMA : arbitrage immédiatement suspendu pour commencer une médiation qui, si elle aboutit, permettra à l'arbitre de rendre une sentence d'accord entre les parties et dans le cas contraire, de reprendre le processus d'arbitrage.

- Us et Coutumes de l'Ordre des Avocats (OdA) genevois (2018) Art. 10 – Devoir de modération et d'information

(1) L'avocat doit autant que possible favoriser les solutions transactionnelles. Il n'engagera de procès que si un arrangement n'est pas possible.

(2) Dans la mesure où l'intérêt de son client ne s'y oppose pas, l'avocat envisage à tout moment des modes alternatifs de résolution des conflits.

(3) Il informe le client des risques, des difficultés, du coût prévisible et de l'évolution de l'affaire, dont il ne doit garantir l'issue.

- Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats (FSA) (2005) Art. 9 – Règlement amiable des litiges.

L'avocat s'efforce de régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas. Il tient compte, comme représentant d'une partie en justice ou conseiller, d'une médiation en cours ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une.

- Code de déontologie des avocats européens (2008) Art. 3.7.1. – 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 pour mettre fin au litige.

- International Bar Association (IBA) International Code of Ethics (1988) Art. 11 – Lawyers shall, when in the client's interest, endeavour to reach a solution by settlement out of court rather than start legal proceedings. Lawyers should never stir up litigation.

102 « Il n'est en effet pas loin le jour où, à l'issue d'un procès au résultat insatisfaisant, son client se plaindra de ce qu'il n'avait pas été suffisamment informé des autres voies de droit qui lui étaient ouvertes à la résolution de son conflit. »⁴⁵

103 Dans toutes les étapes de la médiation, l'avocat est non seulement l'expert du droit mais il est également le conseil et le coach⁴⁶ de son client lors des négociations, ainsi que celui qui permet le « check » de la réalité juridique des problèmes soulevés et de la mise en œuvre des solutions trouvées. Il joue un rôle important et multiple avant, pendant et après la médiation.

104 Loin de constituer une menace pour son activité, qu'elle soit de conseil ou judiciaire, la médiation offre à l'avocat la possibilité de répondre plus précisément aux besoins et aux attentes de ses clients et de développer avec eux une véritable stratégie de prévention, de gestion et de résolution des différends⁴⁷.

⁴⁵ ELKAIM, p. 2.

⁴⁶ Voir SAMBETH GLASNER, L'avocat.

⁴⁷ Voir SAMBETH GLASNER/PASTORE.

L'avocat-conseil en médiation⁴⁸ a également un intérêt personnel à la mesure de la diversité des services qu'il peut offrir à ses clients. Il dispose dorénavant d'un nouvel outil pour gérer des dossiers délicats et chargés émotionnellement⁴⁹, comme c'est particulièrement le cas lors de conflits successoraux. 105

Les jeunes avocats sont aujourd'hui formés⁵⁰ à la résolution alternative/amicable des conflits et les avocats de tout âge disposent de « check-lists » telle que celle publiée par la Chambre de médiation de l'Ordre des avocats vaudois : « *Quand conseiller la médiation : check list pour les avocats* »⁵¹. 106

Enfin, dans la plupart des barreaux de Suisse, il existe dorénavant une Commission ADR/MARC⁵² qui regroupe les avocats spécialisés en matière de modes alternatifs de prévention, gestion et résolution des conflits (arbitrage, médiation, conciliation extrajudiciaire, droit collaboratif, dispute boards)⁵³ et qui met en place des sensibilisations, voire des permanences de médiation, à l'instar de la Permanence de médiation au Tribunal d'arrondissement de Lausanne⁵⁴. 107

IX. Quelques exemples de médiations successorales

Après cinq ans de procédure, alors que l'affaire se trouve toujours en instruction devant le Tribunal de première instance de Genève, une famille genevoise composée de trois générations est aimablement invitée à faire une médiation par le juge en charge du dossier. Le fils, âgé d'une soixantaine d'années, s'oppose à sa mère, veuve depuis 8 ans, ainsi qu'à sa sœur, dans le cadre du partage de la succession de leur père et mari. Les relations familiales sont catastrophiques et certains des petits-enfants n'ont que rarement rencontré leurs oncle/tante et grand-mère ! 108

Moult immeubles composent la succession ainsi qu'une société immobilière dont le fils est administrateur et directeur ; quant à la grand-mère, elle préside le conseil d'administration.

⁴⁸ Voir LEVY.

⁴⁹ Voir LEVY, Les avantages.

⁵⁰ Par exemple, dans le cadre de l'École d'avocature de Genève, les futurs avocats bénéficient de cours et d'ateliers en matière de négociation et de médiation.

⁵¹ Check list pour les avocats, élaborée par la Chambre de médiation de l'Ordre des avocats vaudois : <http://www.mediation-oav.ch/images/uploaded/file/Check-List-Avocat-tableau.pdf> (consulté le 29 octobre 2019).

⁵² ADR Alternative/amicable Dispute Resolution ou MARC Modes alternatifs/amicales de résolution des conflits.

⁵³ À Genève : <https://www.odage.ch/commissions/ADR> (consulté le 29 octobre 2019).

⁵⁴ <https://www.mediation-oav.ch/cms/index.php> (consulté le 29 octobre 2019).

La situation est inextricable et chacun campe sur ses positions, de sorte que le partage n'a pas pu avoir lieu depuis plusieurs années.

Dans le cadre de la médiation, le Médiateur apprend que le fils est dans une situation financière très difficile, ayant fait l'objet d'une faillite personnelle et ses créanciers se trouvant sur le pas de la porte ; que la sœur est divorcée, gravement malade, et qu'elle a besoin d'argent pour entretenir son train de vie et celui de son enfant ; et enfin que la grand-mère a peur de perdre son emprise émotionnelle, familiale et commerciale. Tous regrettent la détérioration des relations familiales mais chacun a peur de perdre son « pré-carré ».

Le début d'une résolution sera trouvé lorsque le fils dira, dans le cadre de la confidentialité de la médiation : « Je suis architecte et ce qui m'intéresse c'est le travail créatif et non pas la direction commerciale d'une société immobilière, mais je n'ai pas eu d'autre choix que de me cramponner à mon siège de directeur afin de ne pas perdre ma place sociale et financière dans la famille. Ce qui m'intéresse vraiment c'est le petit Grotto de famille que nous avons au Tessin et où j'ai rencontré ma femme. Pour le surplus, j'aimerais que tous les petits-enfants soient logés à la même enseigne ».

En énonçant ses véritables intérêts, le fils a permis au reste de la famille de faire de même et, ensuite, de réfléchir ensemble pour trouver une résolution sur mesure, adéquate pour tous.

L'accord de médiation a été signé lors d'un goûter organisé au bureau du Médiateur, auquel ont participé tous les membres des trois générations à la grande joie de la grand-mère qui n'avait jusqu'à lors que peu de contacts avec ses petits-enfants.

- 109 Le Médiateur est approché par des avocats en vue de la mise en place d'une médiation internationale portant sur la très importante succession d'un père aux multiples vies. Les enfants du mariage, rompus aux importantes affaires familiales, semblent unis derrière leur mère mais pas nécessairement solidaires quant à leurs aspirations personnelles. En face, l'enfant d'une relation extra-conjugale, beaucoup plus jeune, est seul et démuné.

Diverses constructions bancaires de structurations financières et fiscales ainsi que des dispositions pour cause de mort potentiellement divergeantes sont tour à tour affichées et menacent la valorisation de la succession.

Dans le cadre de la confidentialité de la médiation, une fois les intérêts énoncés et perçus de part et d'autre, le rapport de confiance se rétablit peu à peu. Les réelles alternatives sont examinées et les analyses SWOT⁵⁵ effectuées. Sur cette base, les options sont clarifiées et un accord peut finalement être finalisé avec l'assistance des avocats.

⁵⁵ Voir nbp 33.

Mis à part le rétablissement de la communication et la gestion des émotions, parfois dans le cadre d'une médiation dans la médiation avec l'une des parties, la réussite de ce processus a été en grande partie due à l'accompagnement intelligent et efficace des avocats-conseils, lesquels ont permis une meilleure compréhension par les parties des enjeux, des risques et des opportunités, notamment au moyen de « checks » de réalité aux divers stades de la médiation.

Une médiation est mise en place dans une situation successorale qui oppose 110 deux demi-frères entre cinquante et soixante ans dont la mère est décédée.

Le plus âgé approche le Médiateur et lui dit : « c'est du pur commercial et financier, il n'existe aucune émotion ici. Nous ne nous entendons pas, c'est tout ».

Lors de la première séance conjointe, l'aîné prend la parole et dit à son demi-frère : « maman t'a toujours aimé plus que moi ».

Aucune émotion, bien sûr !

La médiation a alors vraiment pu commencer.

X. Conclusion

Le processus de médiation est particulièrement adapté aux conflits successo- 111 raux et son usage va grandissant.

Il est d'autant plus intéressant car il s'agit d'un processus de règlement des 112 différends rapide, efficace, lors duquel les coûts sont maîtrisés. En effet, les enquêtes nationales⁵⁶ réalisées sur la médiation en Suisse, tous domaines confondus, par la FSM Fédération Suisse des Associations de Médiations en 2008, 2012 et 2014 ont révélé que les médiations durent en moyenne de trois à cinq séances et connaissent un taux de réussite de plus de 70%. En d'autres termes, plus de deux médiations sur trois aboutissent à un accord écrit librement souscrit par les participants à la médiation.

Ces chiffres confirment les statistiques 2006 de ACB Mediation, Pays-Bas, se- 113 lon lesquelles la durée moyenne des médiations commerciales est de quatre sessions d'une demi-journée, pour un coût moyen d'environ EUR 3'500. – par partie et un taux de réussite de 79%.

Partant de ce constat et considérant les effets positifs de la médiation en termes 114 d'apprentissage de résolution des conflits et de leur prévention, ainsi que de

⁵⁶ Enquête Médiation Suisse, publiée en novembre 2014, disponible sur le site de la FSM Fédération suisse des associations de médiation : https://www.mediation-ch.org/cms2/fileadmin/user_upload/Umfrage_Rapport_2014_f.pdf (consulté le 29 octobre 2019).

poursuite de relations personnelles, familiales, sociales et économiques, en ce 21^e siècle, les parties et leurs conseils pourront-ils raisonnablement se permettre de renoncer à faire usage de ce processus⁵⁷ ?

⁵⁷ Ou comme je le dis à l'occasion de mes diverses interventions : « Can we afford not to try to mediate? ».

Bibliographie

- J. AHRENS, Escalation clauses – Stairway to Heaven or Highway to Hell, in C. Müller/A. Rigozzi (éd.), *New Developpments in International Commercial Arbitration 2010*, Zurich 2010, p. 173 ss.
- H. BERGMANN/F. HALTER/T. ZELLWEGER, Regulierungsfolgenabschätzung Revision Erbrecht (Unternehmensnachfolge) Gutachten im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Saint-Gall 2018.
- G. CHAPUS-RAPIN, La médiation successorale, in L. Hirsch/C. Imhoos (éd.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 27 ss.
- E. ELKAIM, Préface, in J. Mirimanoff (éd.), *La résolution amiable des différends en Suisse*, Berne 2016, p. 1 s.
- J. FAGET, *La médiation, essai de politique pénale*, Toulouse 1997.
- R. FISHER/W. URY, Getting to Yes, Negotiating an Agreement without giving in, 3^e éd., New York 2011.
- T. FIUTAK, *Le médiateur dans l'arène, réflexion sur l'art de la médiation*, 2^e éd., Toulouse 2014.
- C. GUY-ECABERT, Le règlement amiable des conflits dans le projet de Code de procédure civile suisse ; une avance à conserver !, RSPC 2007 199 ss.
- L. HIRSCH/B. SAMBETH GLASNER/J. LACK, Le nouveau Règlement suisse de médiation SCAI, RDAI/International Business Law Journal 5 2019 545 ss.
- A. KUHN, La médiation pénale, JdT 2002 I 99.
- C. LEVY, L'avocat en médiation – entrez dans la danse !, in L. Hirsch/C. Imhoos (éd.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 121 ss ;
- Les avantages de la médiation pour l'avocat, Revue de l'avocat 2013 470 ss (cité : LEVY, Les avantages).
- D. MÜRNER, *Gerichtsnaher Zivilmediation unter besondere Berücksichtigung des Vorentwurfs für eine schweizerische ZPO*, Zurich/Bâle/Genève 2005.
- F. PASTORE/B. SAMBETH GLASNER, La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié, Revue de l'Avocat 2010 327 ss.
- J. RISSE, *Wirtschaftsmediation*, Munich 2003.
- A.-C. SALBERG/B. SAMBETH GLASNER, La médiation, in J. A. Marimanoff/S. Vigneron-Maggio-Aprile (éd.), *La gestion des conflits, Manuel pour les Praticiens*, Lausanne 2008, p. 57 ss.

- B. SAMBETH GLASNER, La médiation commerciale, quelques exemples tirés de la pratique, in L. Hirsch/C. Imhoos (éd.), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 77 ss ;
- L’avocat peut devenir un coach en médiation, Plaidoyer 2011 (cité : SAMBETH GLASNER, L’avocat) ;
 - La confidentialité en médiation : mythes et réalités, in L. Hirsch (éd.), *Transparence et secret dans l’ordre juridique : Liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret*, Genève 2010, p. 253 ss (cité : SAMBETH GLASNER, La confidentialité).
- B. SAMBETH GLASNER/F. PASTORE, Rôle et contribution de l’avocat en médiation, *Revue de l’Avocat* 2015 381 ss.