

Co-médiation: flexibilité, force et créativité

Birgit Sambeth Glasner et Jeremy Lack

A paraître dans La Revue de l'Avocat FSA/SAV, Suisse, 2/2009, Helbig & Liechtenhahn

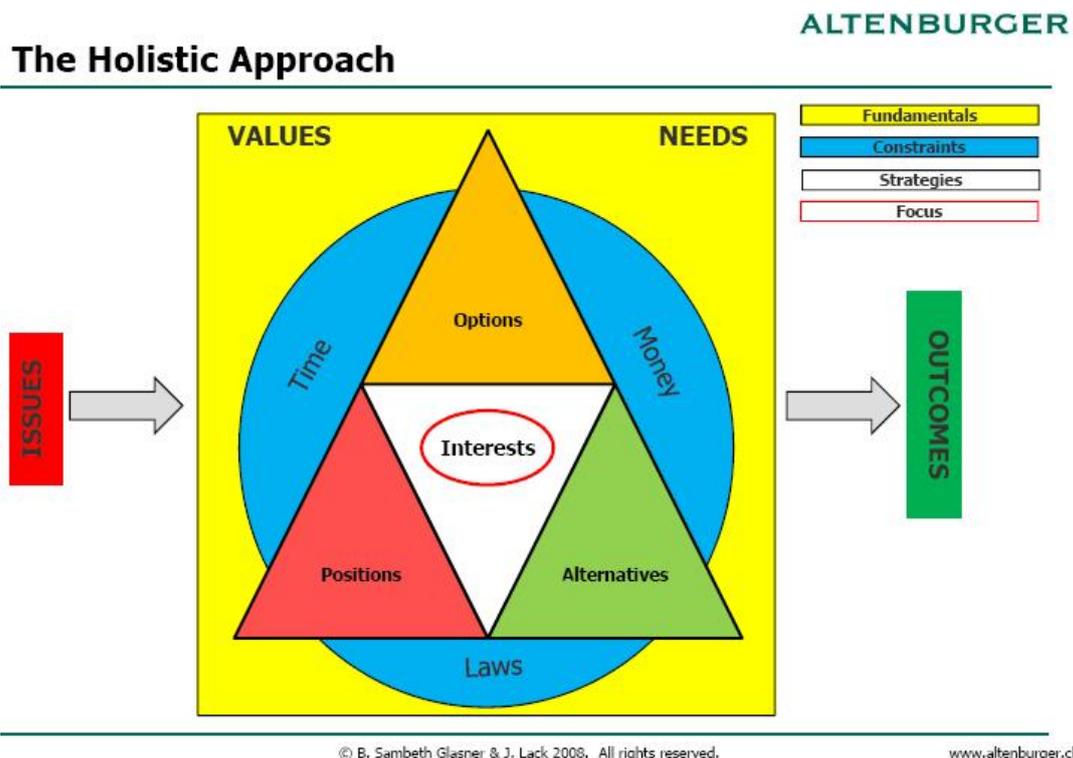
Le monde d'aujourd'hui est gouverné par de nouveaux paradigmes et les relations qui s'y nouent sont tissées au moyen d'outils de communication rapides et efficaces. Le monde se veut « global » et fonctionnel, les relations productives, équitables et pérennes.

Le domaine de la résolution des différends doit ainsi s'adapter au monde actuel et répondre à ses attentes, tant pour des situations simples que complexes, particulières que collectives, tout en garantissant un cadre et un processus compréhensible et éthiquement irréprochable.

Le but est de restituer la responsabilité de la résolution du différend ou de l'élaboration de transactions aux parties de sorte à leur permettre, avec l'assistance d'un ou plusieurs tiers neutres, de trouver par elle mêmes une solution, au moyen d'un processus dont elles auront défini les contours et en fonction de leurs intérêts actuels et futurs.

Dès lors une « approche holistique » de la résolution des différends et/ou de facilitation de transactions s'est imposée, permettant d'analyser de la situation au moyen de divers prismes:

1. les éléments fondamentaux : valeurs et besoins des parties (pyramide des besoins de Maslow)
2. les contraintes : temps, droit applicable et aspects financiers
3. les stratégies : basées sur l'examen des positions, des alternatives et des options des parties, avec une insistance particulière sur leurs intérêts actuels et futurs.



Le but est d'atteindre un résultat satisfaisant pour les parties tant en terme personnel (psychologique, que substantiel (au fond) et procédural (à la forme).

Les parties participent ensuite à l'élaboration du diagnostic de leur conflit à l'aide de l'échelle de Friedrich Glasl (1999 : Konfliktmanagement) de sorte à déterminer son stade (« négociation encore possible » → situation « win-win » ou « ensemble dans le gouffre » → situation « lose-lose ») et examiner les démarches nécessaires à sa « désescalade » pour permettre sa résolution de la manière la plus efficiente possible, soit dans les meilleurs délais et la moins coûteuse.

ALTENBURGER

Conflict Escalation Theory: Breaking out of the spiral



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

© B. Sambeth Glasner & J. Lack 2008. All rights reserved.

www.altenburger.ch

Les processus de résolutions de différents habituels qui s'emploient à répondre au seul syllogisme juridique (« sommet visible de l'iceberg » : Faits + Droit applicable = Conclusions) et qui sont généralement soumis aux tribunaux étatiques ou arbitraux, sont remplacés ou agrémentés de processus permettant également la prise en compte des nombreux aspects subjectifs des conflits, tels que les incompréhensions, les perceptions, les émotions, les sentiments, les croyances, les peurs, les émotions, elles même ouvrant la porte aux besoins et à la définition des intérêts (partie généralement cachée de l'iceberg).

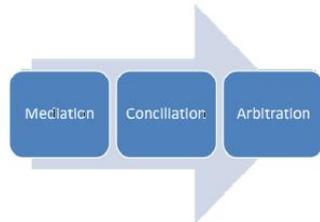
Ainsi, pour chaque cas particulier, un processus est élaboré prévoyant l'utilisation d'un processus spécialement adapté à la situation précise, lequel peut être particulier, séquentiel (p. ex : Med-Arb ou Arb-Med) ou parallèle (p.ex : fenêtres de médiation, « shadow médiation »), voire hybride (p.ex. MEDALOA), de sorte à trouver le mode de résolution de conflit le plus adapté aux parties, à leur besoins culturels, structurels, formalistes, d'autonomie et de contrôle.

Dans ce cadre, la Co-médiation est l'une des techniques permettant d'ajouter de la valeur tant au niveau du processus de résolution (interaction et visions systémiques complémentaires) que de son contenu (approches et perspectives variées).

Elle est particulièrement appropriée lors de conflits multipartites, multiculturels, aux faits complexes, hautement émotionnels, voire d'une certaine durée. En fonction des nécessités du cas d'espèce, les deux médiateurs peuvent prendre des rôles identiques ou les partager (leader et assistant); être similaires ou différenciés (homme + femme, « good + bad cop »), voire complémentaires (mixité culturelle, professionnelle). Dès lors, une attention particulière doit être apportée à la composition du

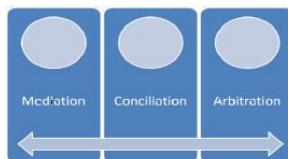
team de co-médiation, à l'intensité et à la durée de sa collaboration, à sa préparation ainsi qu'à ses objectifs particuliers.

Process Design Considerations



Sequential

- Med-Arb
- Arb-Med
- Arb-Med-Con-Med-Arb
- Consent awards



Parallel

- Med//Arb
- Carve-outs
- Windows
- Shadow mediation
- Partnering



Hybrid

- MEDALOA
- Co-"medarbiters"
- ???

Factors

- Parties
- Certainty of outcome
- Costs
- Time & deadlines
- Applicable law(s)
- Languages
- Skill sets
- Venue & distances
- Institutional rules
- Nationalities/cultures
- Counsel
- Neutrals (roles & no.)
- Availabilities
- Advisors & Experts
- Confidentiality
- Discovery
- Implementation
- Enforcement

© B. Sambeth Glasner & J. Lack 2008-9. All rights reserved.

www.altenburger.ch

Le rôle différencié des co-médiateurs est particulièrement visible lors de partage des tâches suivantes :

- management du processus
- communication directe avec les parties
- relève des éléments non verbalisés
- observations et feedbacks
- « contrôles » de réalité
- synthèses et résumés
- « follow up » et
- opinion neutre aux parties (éventuellement).

Il permet un processus des plus efficaces en fonction de la problématique qui se pose et des parties impliquées. La co-médiation peut également permettre une plus grande créativité en matière de processus et d'outils utilisés, voire même l'emploi d'approches différenciées dans le cadre d'un même processus (facilitative et évaluative).

Des statistiques démontrent ainsi que les teams de co-médiateurs interdisciplinaires ou qui sont constitués de deux avocats où les deux sexes sont représentés, ont un taux de réussite plus élevé.

D'usage quasi constant en matière de médiation familiale, la co-médiation est admise par la plupart des règles institutionnelles de résolution des différends commerciaux, nationaux et internationaux, notamment les « Swiss Rules of Commercial Mediation » des Chambres de Commerce Suisses (www.swisschambermediation.ch) et les « ICC ADR Rules » (www.iccadr.org).