

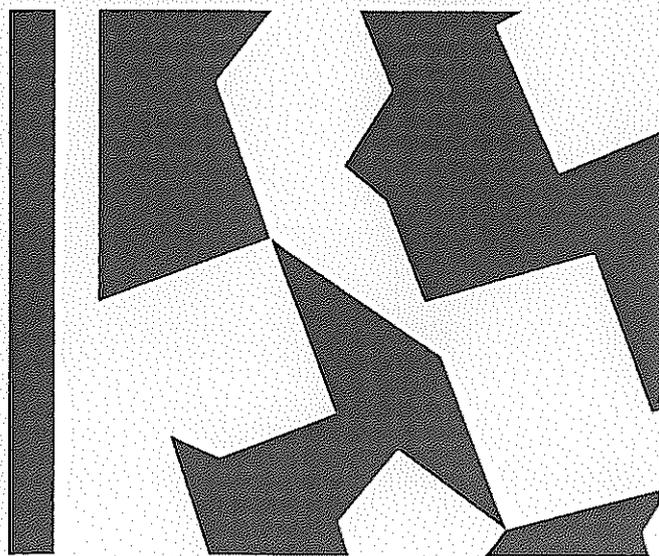
**Christophe IMHOOS, Nicolas IYNEDJIAN,
Céline COURBAT, Nicolas JEANDIN,
Jean A. MIRIMANOFF, Anne-Catherine SALBERG,
Birgit SAMBETH-GLASNER,
Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE**

La gestion des conflits

Manuel pour les praticiens

**Edité par Jean A. Mirimanoff
et Sandra Vigneron-Maggio-Aprile**

78



IDAC



GECO

Christophe Imhoos
Nicolas Iynedjian
Céline Courbat
Nicolas Jeandin
Jean A. Mirimanoff
Anne Catherine Salberg
Birgit Sambeth Glasner
Sandra Vigneron-Maggio-Aprile

La gestion des conflits

Manuel pour les praticiens

Centre du droit de l'entreprise
de l'Université de Lausanne

Lausanne 2008

La médiation

Anne Catherine Salberg

Licenciée en droit, titulaire du Master européen en médiation (MAS), médiatrice assermentée (ASM-FSM), responsable des formations GPM, coordinatrice des standards de formation au Forum européen de médiation familiale

Birgit Sambeth Glasner

Avocate, LLM (Boston), médiatrice assermentée (CEDR, CMAP, CSMC, FSA), vice-présidente de la CSMC, membre des comités médiation de la FSA et de l'IBA

I. Introduction

La médiation prend depuis vingt ans une ampleur remarquable. L'intérêt que lui porte le monde économique, politique, juridique et social interroge plus d'un chercheur et philosophe¹⁴⁴.

Nombre d'acteurs professionnels, institutionnels ou associatifs préconisent cette approche face aux profondes mutations que traverse notre société et aux conflits qui en résultent.

La médiation se base sur une méthode coopérative de la gestion des conflits. Il s'agit de reconnaître l'existence d'un problème et d'accepter de nommer les difficultés. Lors de rencontres en face à face, les personnes en conflit acceptent de reconnaître les points de vue différents sur une situation et sont prêtes à collaborer pour trouver des solutions satisfaisantes pour tous.

La démarche peut sembler très simple à première vue, elle demande cependant aux parties d'adopter une attitude conciliante et exige du médiateur une posture particulière. En effet ce dernier doit à la fois rester en retrait par rapport au contenu, en s'abstenant de donner conseil, avis ou opinion, tout en

¹⁴⁴ On peut comprendre l'essor récent de la médiation en Occident comme « symptôme et remède » selon les termes de Jean DE MUNCK, *De la loi à la médiation*, in : *France : les révolutions invisibles*, Paris 1998, p. 311 ss.

par rapport au processus, en favorisant la communication, ce qui laisse aux personnes concernées – qui sont les expertes de leur situation – trouver elles-mêmes l'accord qui leur convient le mieux.

Cette contribution vise à sensibiliser les jeunes avocats à l'utilisation de la médiation comme mode de traitement du conflit et à identifier les principales étapes du processus de médiation.

Après l'exposé du cadre légal de la médiation (II.) et des formes coopératives de gestion des conflits (III.), les questions plus concrètes concernant le processus de médiation (IV.) et la méthode d'entretien du médiateur (V.) seront abordées, avant de présenter la conclusion (VI.).

II. Cadre légal de la médiation

Seuls quelques Etats ont légiféré en Europe sur la médiation proprement dite¹⁴⁵. En Suisse, le Canton de Genève est certainement celui qui dispose des outils légaux les plus complets dans le cadre de ce mode alternatif de résolution des différends.

A. Médiation pénale

En 2001, faisant œuvre de pionnier, le Parlement genevois a adopté une première loi sur la médiation pénale¹⁴⁶ correspondant à la Recommandation 99 (19) sur la médiation en matière pénale du Conseil de l'Europe¹⁴⁷. Entrée en vigueur en janvier 2002, celle-ci prévoit la délégation de l'affaire, par le Ministère public, en opportunité, à un médiateur pénal assermenté figurant sur le tableau des médiateurs du Conseil d'Etat¹⁴⁸. Une copie du dossier pénal lui est remise et le processus entre alors dans une phase totalement autonome face à la justice. Toutefois le Procureur reste maître de l'action pénale durant toute la procédure et décide à l'issue de la médiation de la suite à lui donner (classement ou instruction)¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Notamment la France, l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Italie, l'Autriche, la Belgique, les Pays-Bas et la Slovénie. Pour plus de détails : Jayne SINGER / Cameron MCKENNA, *The EU Mediation Atlas : Practice and Regulation*, Londres 2005.

¹⁴⁶ Art. 115-115B et 197-197A CPP ; art. 156 ss LOJ ; art. 3 Loi sur l'assistance juridique.

¹⁴⁷ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=420547&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>

¹⁴⁸ Art. 157 LOJ.

¹⁴⁹ Anne Catherine SALBERG, *Médiation, de la rupture au lien*, PJA 2002, 1407.

B. Médiation civile et commerciale

La loi genevoise sur la médiation civile a été adoptée par le Parlement le 28 octobre 2004 et est entrée en vigueur le 1er janvier 2005¹⁵⁰. Elle s'est introduite dans diverses lois genevoises¹⁵¹ et prévoit exclusivement la médiation conventionnelle (par opposition à la médiation judiciaire), ce quand bien même un magistrat l'aura proposée aux parties. Elle est euro-compatible¹⁵² dans la mesure où elle s'insère, notamment, dans le cadre des Recommandations du Conseil de l'Europe CE 98-1 sur la médiation familiale, CE 2002-10 sur la médiation en matière civile et commerciale, les lignes directrices CEPEJ 2007-14¹⁵³ et la Directive du Parlement européen et du Conseil sur la médiation civile et commerciale adoptée 21 mai 2008 (Directive 2008/52/CE). Elle rejoint ainsi en grande partie la proposition de Directive du Parlement Européen en matière de médiation civile et commerciale. Enfin, la plupart de ses aspects répondent aux préoccupations des Règles UNCITRAL sur la médiation / conciliation commerciale¹⁵⁴.

Cette loi poursuit essentiellement trois objectifs¹⁵⁵ :

- consacrer la légitimité de la médiation pour les parties à la procédure, à l'initiative du juge ou de la leur, à tous les stades de la procédure et dans tous les domaines du droit civil et commercial, y compris le droit de la famille, le droit du bail et le droit du travail ;
- unifier les problèmes de passage de la procédure judiciaire au processus de médiation et inversement ;
- codifier les principes déontologiques : indépendance, impartialité et neutralité du médiateur, d'une part, confidentialité, d'autre part, tout en garantissant l'autonomie des parties et leur participation volontaire.

C. Les qualités du médiateur

La qualification du médiateur – qu'il soit civil ou pénal – son indépendance, sa neutralité et son impartialité sont prévues aux articles 71A LPC et 161D LOJ.

¹⁵⁰ PL 8931-A, Exposé des motifs et Rapport de la Commission législative chargée d'étudier le projet du Conseil d'Etat modifiant la loi de procédure civile.

¹⁵¹ LPC art. 71A-71J ; art. 9 al. 4, 157 à 161F LOJ ; art. 3 al. 3 LCCBL ; art. 11 al.2 LJP ; art. 37 al.1 ch. 54 LPG ; art. 3 Loi sur l'assistance juridique.

¹⁵² Jean A. MIRIMANOFF, L'eurocompatibilité de la loi N. 8931 sur la médiation civile, Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, SJ 2005 II 125.

¹⁵³ CEPEJ Conférence européenne pour l'efficacité de la justice.

¹⁵⁴ UNCITRAL MLICC *Model Law on International Commercial Conciliation* :

www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html.

¹⁵⁵ GEMME-Suisse, Médiation civile en Suisse : Pratiques cantonales et propositions d'amendements au projet de Code de procédure suisse (CPC), Fribourg 2006, p. 72.

Ces préceptes sont également énoncés par les Règles de déontologie de la Fédération suisse des associations de médiation¹⁵⁶ et par le Code de conduite européen pour les médiateurs¹⁵⁷, lesquels :

- régissent les compétences et la désignation du médiateur ;
- énoncent les principes de l'indépendance, la neutralité et l'impartialité ;
- explicitent la convention de médiation, la procédure, l'accord et les coûts et
- édictent les règles de confidentialité.

De plus, les médiateurs sont généralement soumis aux règles déontologiques et de fonctionnement des organismes auxquels ils sont rattachés :

- Directives FSA pour la médiation du 20 janvier 2005¹⁵⁸ ;
- Règles de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale¹⁵⁹.

Enfin, pour figurer sur la liste officielle des médiateurs et institutions de médiations à Genève¹⁶⁰, un médiateur doit disposer de qualifications et d'aptitudes particulières en matière de médiation, être agréé par le Conseil d'Etat et avoir prêté serment¹⁶¹.

D. La confidentialité du médiateur, des parties et du processus

La confidentialité est la pierre angulaire de la médiation et sa règle fondamentale. Elle est la condition *sine qua non* de son existence. A Genève, il existe une confidentialité légale prévue par la Loi d'organisation judiciaire¹⁶². Celle-ci prévoit non seulement le devoir de confidentialité du médiateur, lequel ne peut pas témoigner

¹⁵⁶ infomediation.ch/cms/fileadmin/dokumente/fr/Reglements/Regles_deontologiques_def.pdf.

¹⁵⁷ https://www.sccam.org/sm/download/code_de_conduite_francais.pdf.

¹⁵⁸ www.swisslawyers.com, pour porter le titre de « Médiateur FSA », l'avocat doit satisfaire diverses exigences, notamment celle d'avoir accompli une formation en médiation de 128 heures au total. Voir Pierre KOBEL, *Le nouveau Règlement Médiateur FSA / Médiatrice FSA*, Revue de l'Avocat 3/2008 p. 99 ss ; Ursula GROSS LEHMANN, *SAV und Mediation*, Revue de l'Avocat 3/2008 p. 102 ss ; Peter VON INS, *Mediation in der (Anwalts)Praxis – insbesondere bei Streitigkeiten im Bau und Immobilienbereich*, Revue de l'Avocat 3/2008 p. 104 ss.

¹⁵⁹ www.csmc.ch.

¹⁶⁰ Art. 161A LOJ, cf. également le Règlement relatif aux médiateurs pénaux et civils RSG E 2 05.06.

¹⁶¹ Art. 161C LOJ ; NdE : il est question de ne plus faire mention des institutions dans le projet de LOJ à l'étude.

¹⁶² Art. 161E LOJ. En matière pénale, le médiateur a une obligation de garder le secret sur les faits dont il a acquis connaissance dans l'exercice des ses fonctions et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté (art. 160 LOJ).

ni fournir de dossier et qui pourrait être amendé en cas de contravention¹⁶³, mais également le devoir des parties qui ne pourront se prévaloir, en cas de suite de procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil ou pénal.

Dans d'autres cantons où la loi est muette au sujet de la médiation, la confidentialité de la médiation doit être prévue contractuellement et il appartient aux parties de la définir à défaut de quoi leur médiation ne sera pas confidentielle. Les règles conventionnelles devront ainsi prévoir quelles sont les informations couvertes, les personnes tenues, celles auxquelles elles peuvent être opposées et les éventuelles sanctions.

La confidentialité peut également être prévue par le Règlement du Centre de médiation auquel le processus a été confié, soit par une clause de médiation figurant dans un contrat, soit par accord *ad hoc* des parties¹⁶⁴.

Au plan fédéral, l'article 139 alinéa 3 CC prévoit que dans l'établissement des faits dans une procédure de divorce ou de séparation, le juge ne peut faire citer le médiateur. Le nouvel article 213 du Code de procédure civile unifiée, actuellement débattu aux Chambres, prévoit également la confidentialité de la médiation.

E. Les clauses de médiation

En matière civile, par clause de médiation contractuelle, les parties choisissent le mode de résolution d'un éventuel différend futur. Généralement, des clauses à étages multiples sont prévues : négociation, ensuite médiation, enfin arbitrage ou procédure judiciaire.

Il n'existe pas, en Suisse, de dispositif légal permettant d'obliger les parties à un contrat prévoyant une telle clause à débattre de leur différend en médiation avant d'initier tout autre processus judiciaire ou arbitral. Une action qui ne respecterait pas l'essai préalable de médiation restera admissible et ne pourra pas être rejetée pour ce seul motif. Subsiste la possibilité éventuelle de réclamer des dommages-intérêts pour non exécution de la clause contractuelle. A teneur de la jurisprudence récente, l'interprétation de la clause se fera en application des principes généralement applicables en matière contractuelle et notamment du principe de la bonne foi, article 2 al. 2 CC¹⁶⁵.

¹⁶³ Sa violation est par ailleurs sanctionnée à GE par l'art. 37 al. 1 ch. 54 LPG. L'amende maximale est de CHF 10'000.- en application de l'art. 106 CP.

¹⁶⁴ Par ex : *Swiss Rules of Commercial Mediation* : art. 18 et *ICC ADR Rules* art. 7.

¹⁶⁵ ATF 4A.18/2007 publié in : *ASA Bulletin* I/2008 p. 87 ss : au sujet des clauses progressives ou « MDR-clauses » (*Multi-tiered Dispute Resolution Clauses* ou *multi-step clauses*): une procédure de médiation (conciliation OMPI) n'est pas un préalable obligatoire à l'arbitrage au cas où le processus pré-arbitral n'est pas suffisamment défini et qu'il n'est pas limité dans le temps de façon précise. La question non résolue clairement par le TF étant celle de la qualification de la clause de médiation: procédurale ou substantive? Par contre, les arbitres de la CCI

Cette constatation s'applique aux parties à une relation contractuelle prévoyant une clause de médiation institutionnelle ou *ad hoc*.

F. Possibilité de la médiation en tout temps, avant et à tous les stades de la procédure

De manière générale, le juge n'intervient pas dans le processus de médiation. Il en est de même du médiateur dans le cadre de la procédure judiciaire.

A Genève, hors procédure civile, respectivement avant l'introduction d'une affaire en justice et avant même l'audience de conciliation, les parties peuvent négocier entre elles une convention de médiation et la déposer directement devant le juge conciliateur compétent pour l'homologuer¹⁶⁶. Elle acquiert ensuite force de jugement et est exécutoire.

Une médiation peut également être initiée dans le cadre d'une procédure de conciliation¹⁶⁷. Un délai de trois mois est alors donné aux parties.

Après l'introduction de la cause en justice, une fois dûment informé par les parties de leur engagement en médiation, le juge suspend l'instance, sous réserve de mesures requises par l'ordre public et de droit impératif¹⁶⁸.

Lorsque, suite à l'aboutissement d'une médiation, les parties ont trouvé un accord, elles conviennent soit de l'homologation de leur accord, soit du retrait de l'action et la cause est rayée du rôle¹⁶⁹. Si l'accord n'est pas complet, l'instance est reprise pour les chefs encore litigieux. Si les parties le souhaitent, une convention partielle est homologuée¹⁷⁰.

Cependant, lorsque le médiateur n'est pas inscrit au Tableau des médiateurs, le juge peut refuser l'homologation totale ou partielle de la convention¹⁷¹.

Conformément à l'état actuel du droit, l'initiation d'une médiation ne suffit pas, à elle seule, à interrompre, à suspendre ou à prolonger d'éventuels délais de prescription¹⁷² et *a fortiori* les délais de péremption. Si, dans le cadre de la médiation, les parties ont le loisir de convenir de suspendre, prolonger ou encore de renoncer à invoquer la prescription de l'action¹⁷³, elles ne peuvent interrompre, suspendre ou prolonger les délais de péremption.

semblent pencher pour clause de caractère procédural et refusent d'entrer en matière en déclarant l'action non admissible tant que la démarche préalable n'a pas été effectuée, Christopher BOOG, *How to deal with Multi-tiered Dispute resolution Clauses*, ASA Bulletin I/2008, 102 ss.

¹⁶⁶ Art. 71D, 71F, 71I et 71J LPC.

¹⁶⁷ Art. 71E LPC.

¹⁶⁸ Art. 71G LPC.

¹⁶⁹ Art. 71H LPC.

¹⁷⁰ Art. 71I LPC.

¹⁷¹ Art. 71F LPC; NdE : *cf. supra*, n. 71, p. 17.

¹⁷² Art. 134-135 CO.

¹⁷³ Par exemple au moyen de déclarations réciproques de renonciation à se prévaloir de la prescription.

L'assistance juridique a été étendue à la médiation, sans en limiter les domaines. Ainsi, si les conditions légales sont remplies, les honoraires des avocats et des médiateurs peuvent être couverts¹⁷⁴.

Un guide pratique de la médiation a été élaboré par la Commission de préavis et est disponible sur internet : <http://www.geneve.ch/tribunaux/guides-formulaires/guides-brochures.html>

G. Procédure civile suisse unifiée

Au début de l'année 2011, entrera en vigueur la procédure civile fédérale unifiée au plan national (CPC) et ses dispositions topiques sur la médiation¹⁷⁵. Sur le plan genevois, seules les dispositions figurant dans la loi d'organisation judiciaire lui survivront, à savoir : les conditions d'inscription aux tableaux des médiateurs et les règles y relatives.

III. Les formes coopératives de gestion des conflits

Si le concept de la « gestion des conflits » est relativement nouveau pour le monde judiciaire moderne, les anthropologues du droit ont montré que le mode négocié existe dans toutes les sociétés traditionnelles (avec l'intervention d'un tiers pacificateur), le mode imposé étant le corollaire de l'existence de l'Etat, lequel produit le droit que le juge appliquera en rendant une décision¹⁷⁶.

Aujourd'hui, de nombreux juristes sont convaincus qu'une saine gestion des conflits et une issue positive peuvent se traduire par une satisfaction de tous les protagonistes.

En effet, les conflits ne sont pas une fatalité car ils proviennent des parties elles-mêmes, peuvent être prévenus et gérés pour non seulement éviter des conséquences négatives mais également en tirer des avantages¹⁷⁷.

Sous ses formes coopératives, la gestion des conflits implique la négociation avec ou sans l'assistance d'un tiers, sur la base de méthodes et théories élaborées relativement récemment¹⁷⁸ et qui tentent d'améliorer son efficacité.

¹⁷⁴ Art. 3 Règlement sur l'Assistance juridique.

¹⁷⁵ La médiation y est traitée aux art. 210 à 215 et 292 CPC. Ces dispositions ont aujourd'hui franchi les étapes parlementaires. Cf. www.admin.ch/ch/f/ff/2006/7019.pdf; Thomas PFIRSTERER, *Unterwegs zur Einigung mit der Mediation in der Schweizerischen ZPO*, RSJ 2007, 541.

¹⁷⁶ Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris 1988.

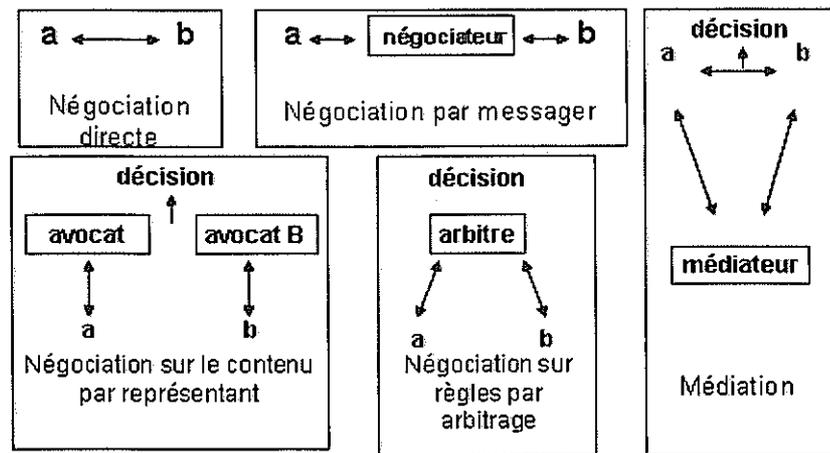
¹⁷⁷ Thierry GARBY, *La Gestion des conflits*, Paris 2004.

¹⁷⁸ Roger FISHER / William URY, *Getting to Yes*, 2^{ème} éd., Londres 1999.

Ainsi, la négociation est la première méthode de gestion des conflits. Elle maintient les relations, respectivement permet de mieux les structurer et/ou d'en nouer de nouvelles.

Ensuite, « lorsque la négociation n'a pas pu aboutir, la médiation donne aux parties une vraie chance de s'entendre »¹⁷⁹.

Formes coopératives de gestion des conflits



Source : Jean-Pierre Bonnard-Schmitz

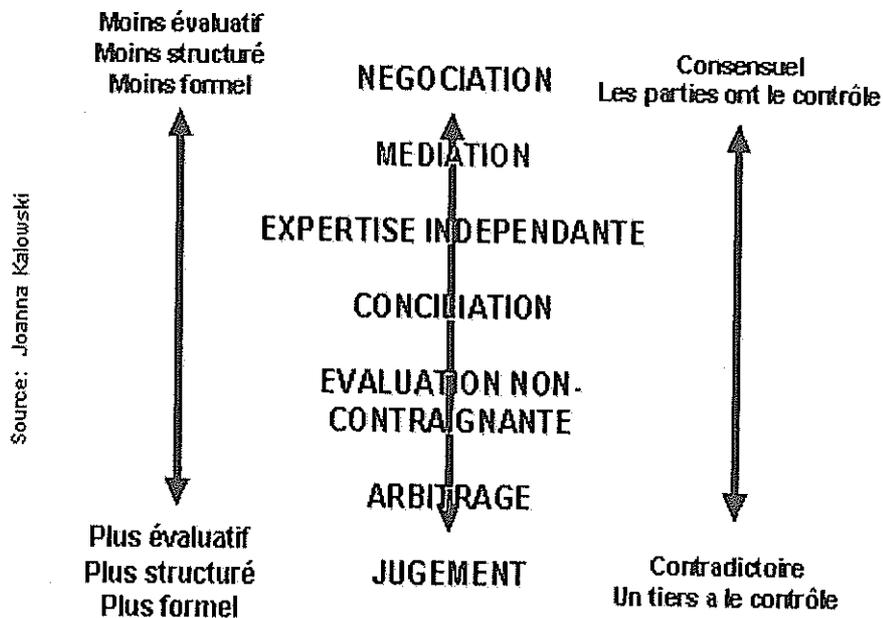
- La négociation directe est celle existant entre deux protagonistes, sans l'aide d'un tiers.
- Celle par messenger, implique l'assistance d'un négociateur qui se borne à porter les paroles de l'un à l'autre.
- La négociation sur le contenu d'un différend par représentants interposés (généralement des avocats) permet une distance personnelle parfois bénéfique et, ainsi, une objectivisation de l'objet du conflit.
- Au moyen de l'arbitrage, les parties négocient les règles de résolution de leur litige, le champ des objets devant être résolu, l'étendue de la sentence (décision) et les personnes appelées à en décider (arbitres). L'arbitrage, parfois qualifié de « justice privée », est de nature hybride, à la fois décisionnel et conventionnel, les arbitres ayant pour mission de décider en vertu d'une convention de procédure formée par les parties et rendant une décision de justice « classique » motivée en droit.

¹⁷⁹ Thierry GARBY, *op. cit.*, p. 51. NdE : cf. Annexe I, schéma N. 1.

- La médiation permet la négociation entre les parties assistées d'un facilitateur neutre et indépendant, rompu au processus et formé aux techniques de médiation. Celui-ci va favoriser l'échange de points de vue, permettre la prise en compte des intérêts et besoins respectifs et aider les parties à explorer des solutions acceptables pour l'ensemble d'entre elles. Contrairement au conciliateur ou à l'arbitre, il ne formule ni propositions ni ne tranche le litige.

Ainsi, dans le cadre de l'évaluation de systèmes de Modes Amiables (ou Alternatifs) de Résolution de Conflits (MARC ou ADR : *Amicable/Alternative Dispute Resolution*), en recourant à la médiation, les parties gardent le maximum de contrôle sur leur différend et sa résolution en recourant à un processus peu formel, peu structuré et non évaluatif.

MARC/ADR



IV. Le processus de médiation

A. Généralités

La mise en oeuvre du droit par le procès, basée sur l'antagonisme des points de vue, favorise la radicalisation des positions et l'imposition d'une solution. La logique du droit s'inscrit dans un principe de rupture¹⁸⁰, il y a un gagnant et un perdant dès lors que le syllogisme juridique se base sur l'équation suivante :

Faits + Droit applicable = Conclusions

Ce mécanisme se base uniquement sur les faits et les positions. Il ne tient pas compte des nombreux éléments sous-jacents au litige et nécessaires à sa perception par chacune des parties, tels que, notamment, le vécu, les préoccupations, les malentendus, les perceptions, les sentiments, les craintes, les intérêts, les besoins, les émotions et les valeurs.

Au contraire, la médiation permet aux personnes en litige de se réappropri¹⁸¹ la gestion de leur conflit. La médiation, quel que soit son champ d'application¹⁸², leur offre la possibilité de gérer leur désaccord, de resituer le conflit dans son contexte, d'en analyser les causes sans être tenu par des règles formelles de procédure. La logique de la médiation s'inscrit dans un principe de lien où chacun perd et chacun gagne par la création d'une solution commune.

B. Définition

On trouve de très nombreuses définitions de la médiation. Les Chambres suisses de commerce proposent celle-ci :

« La médiation est un mode amiable de résolution de litiges, par lequel deux ou plusieurs parties demandent à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver un accord pour mettre un terme à leur différend, voire de prévenir un conflit futur. Le médiateur est neutre par rapport au conflit et indépendant par rapport aux parties. Par le processus de médiation, le médiateur favorise l'échange de points de vue et tente d'amener les parties à explorer des solutions acceptables pour celles-ci. Il ne donne pas son avis, contrairement à l'expert ; il ne formule pas de propo-

¹⁸⁰ Jacques FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville St-Agne, 1997, p. 56.

¹⁸¹ N. CHRISTIE, *Conflicts as Property*, *The British Journal of Criminology*. Vol. 17 January 1977, p. 1ss.

¹⁸² Les principaux champs d'application sont : la médiation commerciale, environnementale, familiale, interculturelle, internationale, pénale, administrative, dans le domaine de la santé, de voisinage et en entreprise. La médiation peut être interpersonnelle (relations entre deux ou plusieurs personnes qui se représentent elles-mêmes) ou multi-parties (en particulier la médiation environnementale ou internationale).

sition, contrairement au conciliateur et il ne tranche pas le litige, contrairement à l'arbitre »¹⁸³.

De cette définition, les éléments suivants seront analysés :

1. *Mode amiable de résolution des litiges*

Cette formule dénote l'ancrage judiciaire de cette définition de la médiation. Nous préfererions utiliser un langage moins connoté juridiquement et plus « médiateur en utilisant les termes de « mode négocié de traitement des conflits » :

Le « mode négocié », que les théoriciens du droit distinguent du mode « imposé »¹⁸⁴ représenté par le monisme juridique, est étudié par le courant de l'anthropologie juridique qui défend l'hypothèse du pluralisme normatif¹⁸⁵.

La « résolution » donne l'idée que le conflit sera résolu. Or, il s'agit plutôt de trouver une solution aux problèmes créés par le conflit. La médiation cherche principalement à résoudre les problèmes et seulement indirectement le conflit¹⁸⁶.

Quant au mot « litige », il relève de cette même logique juridique. En effet, le litige est la manière dont le droit, par une norme prédéterminée, générale et abstraite, simplifie la réalité. Or, le conflit comprend de nombreuses dimensions que le droit dans son souci d'objectivation ne peut retenir. Avec l'interdiction de statuer *ultra petita*, le juge ou l'arbitre est lié par l'objet du litige, un concept sans pertinence dans le processus de médiation. La médiation peut en effet prendre en compte tous les aspects en jeu dans un conflit au plan affectif, économique, juridique, éducatif, psychologique, social.

2. *Trouver un accord*

Plus qu'une simple technique, la médiation est une méthode par laquelle un tiers impartial, et indépendant, le médiateur, offre aux personnes en conflit l'occasion de se rencontrer pour négocier avec son aide un accord. Ce processus donne aux participants la possibilité de collaborer de manière créative à la recherche commune d'une solution originale, permettant à chacun de satisfaire ses besoins et intérêts respectifs.

¹⁸³ V. <https://www.sccam.org/sm/fr/rules.php>.

¹⁸⁴ Philippe GÉRARD / François OST / Michel VAN DE KERCHOVE (éd.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles 1996.

¹⁸⁵ Voir Anne Catherine SALBERG, *Médiation, de la rupture au lien*, PJA 12/2002, 1401.

¹⁸⁶ Joseph DUSS VON WERDT, *Einführung in Mediation*, Heidelberg 2008, p. 43 ss. L'auteur distingue le problème, soit le contenu des faits (*Sachinhalt*) du conflit qui se joue sur la scène des relations (*Beziehungsebene*). NdE : cf. définition de GEMME *infra*, MIRIMANOFF / VIGNERON-MAGGIO-APRILE, ch. IV.G.

3. Favoriser l'échange des points de vue

Les « médiateurs »¹⁸⁷ acceptent de formuler et de vivre leur conflit dans la perspective anticipée de sa gestion coopérative, ainsi que de le situer dans un temps limité. Le médiateur permet aux « partenaires de la négociation »¹⁸⁸ d'explicitier leurs positions, de les généraliser et de reconnaître qu'il existe des « mondes » différents¹⁸⁹. Le médiateur fait confiance à leurs compétences et leur permet de s'ouvrir à la complexité. Il est attentif à la manière dont chacun parle des objets et des gens et comment, très concrètement, les participants seront capables de déconstruire leurs positions pour reconstruire une situation nouvelle.

4. Explorer des solutions acceptables

Grâce au processus de médiation, les médiateurs devront mettre en œuvre des compromis. Le médiateur est attentif aux différentes formes de justification utilisées par les protagonistes de la médiation. Chacun part de son monde et veut avoir raison, puis pourra reconnaître le monde de l'autre et faire petit à petit le sacrifice de ses positions, en reconnaissant qu'il n'y a pas de réalité unique, de vérité absolue. Il ne s'agit pas de déterminer quel principe supérieur commun s'imposera mais de chercher une solution hybride qui prenne en compte les différences de points de vue, de valeurs, de perspectives. Le médiateur ouvre l'espace d'une co-construction, en prenant en compte l'éventail des mondes de référence possibles d'une situation. C'est la création d'un monde commun qui permet la justesse de la solution.

C. Le résultat de la médiation

On ne mesure pas le succès ou l'échec de la médiation par le déroulement d'un processus complet se concluant par un accord, mais par la capacité des personnes en conflit à prendre en charge sa gestion.

Le médiateur n'est pas un expert mais il est le garant d'une procédure qui implique une égale participation de tous.

Les accords issus du processus de médiation peuvent, le cas échéant, être soumis par chacune des parties à son conseil, qui peut concourir à leur rédaction après en avoir vérifié la validité juridique. En pratique, tel sera le cas pour la ratification de la convention sur les effets du divorce ou lorsque le droit impératif est

¹⁸⁷ Afin d'éviter toute confusion avec la terminologie juridique utilisée en procédure, le terme « médiateur » plutôt que « partie » est utilisé pour dénommer les personnes qui participent à un processus de médiation.

¹⁸⁸ « *Verhandlungspartner* » selon la définition des rôles en médiation que donne Joseph DUSS VON WERDT dans son dernier ouvrage, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁹ Christine GUY-ECABERT, *Contexte et perspectives de la médiation*, Plädoyer 5/2006, p. 48 ss.

concerné : droit du travail, du bail et de la consommation. En effet, le médiateur ne devra jamais être le garant de la validité juridique des accords trouvés et se substituer ainsi au juge, seul habilité à dire le droit.

V. La méthode d'entretien du médiateur

Les grandes lignes du processus de médiation sont les suivantes :

Processus de médiation

Préparation

1. **Convention de médiation** (fil rouge)
2. Rencontres en **plénum** et en **caucus**
3. Information préalable du médiateur (dépôt de résumés /documents; dossier pénal, etc.)

Médiation

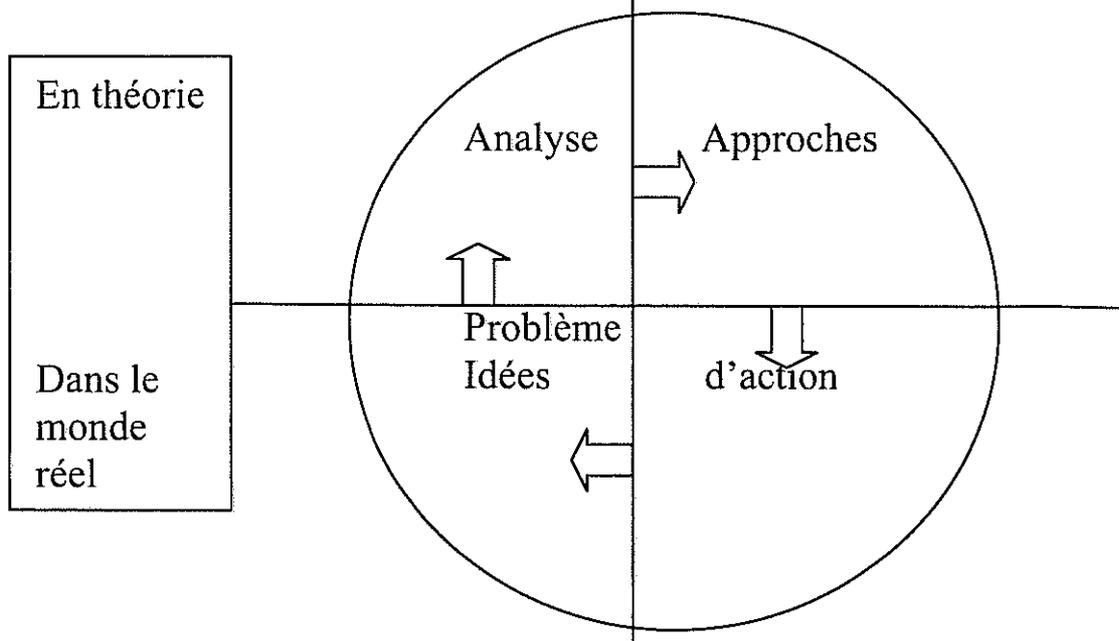
4. Explication du **processus** et du **rôle** du médiateur
5. Identification des **besoins** et des **intérêts** des parties
6. Imagination de **solutions** et **d'options nouvelles**
7. **Accord de médiation** exprimé par les parties

Suivi

8. Vérification de légalité par les avocats externes
9. Homologation de l'Accord de médiation par un juge

Dans ce cadre, le médiateur utilise une méthode en quatre phases, adaptée du désormais classique ouvrage de Fisher et Ury, Comment réussir une négociation¹⁹⁰. Ces auteurs présentent un cercle en quatre phases :

¹⁹⁰ Roger FISHER / Willam URY, *Getting to Yes*, 2^{ème} éd., Londres 1999, p. 68 (traduit de l'anglais par Léon BRAHEM, Seuil, 2^{ème} éd., Paris 1991).



Sur ce modèle de négociation raisonnée, Thomas Fiutak, un professeur américain, a défini une méthode d'entretien en quatre phases, reprise par de nombreux auteurs francophones¹⁹¹. Elle est généralement adaptée de manière à inclure une phase préalable et une phase de clôture.

A. Phase préalable

Avant de commencer une médiation, le médiateur détermine le cadre de son intervention, en fonction du contexte et du champ de la médiation, dans cette situation : co-médiation, contact avec les parties, entretien préalable ou pas, présence des avocats, négociation de la convention de médiation (commerciale) ou du consentement à la médiation (familiale), montant et partage de la prise en charge des honoraires.

Selon le type de médiation, il choisira de prendre ou non connaissance du dossier pénal transmis par le procureur (médiation pénale) ou, en médiation commerciale, d'une information préalable du médiateur par les parties et leurs avocats. De nombreux médiateurs préfèrent n'avoir aucune information préalable afin de ne pas être influencés par la définition des problèmes selon une optique d'expert (en général, le codage juridique).

¹⁹¹ Par exemple, Jean-Pierre BONAFÉ-SCHMITT *et al.*, Les médiations, la médiation, Ramonville St-Agne, Erès 1999, p. 94.

B. Phase d'adhésion au processus « QUOI ? »

Durant la première phase de la médiation, le médiateur joue un rôle directif. Il présente le contexte et le cadre de son intervention et, si la médiation est déléguée, le sens de sa mission.

Il explique le processus et les principes de la médiation ainsi que les autres possibilités de gestion du conflit. Il sensibilise à l'importance de la contribution individuelle pour la gestion négociée du conflit. Il clarifie les attentes et les perspectives des participants par rapport à la médiation et vérifie leur libre adhésion au processus. Il obtient un accord des participants quant à la teneur et à l'étendue de la clause de confidentialité.

Si cela n'a pas été fait lors de la phase préalable, il fait signer un contrat de médiation et détermine avec les participants les points à traiter.

C. Phase de médiation « POUR QUOI ? »

Cette deuxième phase est la plus importante du processus et aussi la plus difficile. Le médiateur facilite l'expression des points de vue individuels et garantit le respect de la parole de chacun. Il demande aux participants de présenter les problèmes qu'ils rencontrent. Il permet la confrontation et soutient la clarification du conflit.

En confirmant la parole entendue de chacun, il facilite la reformulation de positions différenciées afin de stimuler les participants à un changement d'attitude vers des positions moins tranchées. Il amène petit à petit chacun à se distancier du conflit et à faire des concessions sur sa position par l'exploration de ses besoins et intérêts.

Lorsque les partenaires de la négociation arrivent à une définition commune du problème, tout en reconnaissant des convergences et des divergences, le médiateur peut commencer la phase de la négociation.

D. Phase de médiation « COMMENT ? »

Cette étape de la médiation est la plus directement influencée par la négociation raisonnée. Le médiateur facilite la recherche créative d'options en incitant les personnes à « sortir du cadre ». Il les invitera à imaginer – sans restriction aucune – des solutions au problème identifié. Le médiateur fait établir une liste non-sélective d'options possibles.

Lorsque la liste est terminée (en principe sans l'aide du médiateur, qui peut tout au plus suggérer l'une ou l'autre piste si les personnes sont bloquées), le médiateur accompagne l'exploration active des options.

A la suite de ce « remue-méninge » (*brainstorming*) les participants identifient des solutions novatrices.

E. Phase de conclusion « PLAN D' ACTIONS »

Dans cette dernière partie de la médiation, le médiateur facilite une progression vers la solution en permettant la sélection d'options acceptables pour chacun.

Le médiateur aide les participants à évaluer la faisabilité des solutions retenues en lien avec leur contexte.

Les parties négocient leurs accords et identifient les problèmes de mise en œuvre. Elles formalisent leur entente par un engagement oral ou écrit selon les domaines de la médiation. Dans les médiations se déroulant en complémentarité d'une action juridique, l'accord écrit est soumis à leurs conseils respectifs.

Il reste à décider qui et comment l'accord se transmet aux instances judiciaires ou à l'institution mandante.

Enfin, le médiateur vérifie s'il est nécessaire d'évaluer et de suivre la mise en œuvre de l'accord et, cas échéant comment cela se fera.

F. Phase de bouclage de la situation de médiation

Lorsque la médiation se termine, le médiateur qui travaille en équipe, fait un bilan avec son co-médiateur.

D'une manière générale, les médiateurs s'engagent à parler de leur pratique de manière régulière à leurs pairs (intervision) ou à un superviseur.

VI. Conclusion

Le Code suisse de déontologie de l'avocat prévoit que ce dernier doit s'efforcer « de régler à l'amiable les litiges dans la mesure où l'intérêt de son client ne s'y oppose pas ». Pour ce faire, « en qualité de conseiller ou de représentant d'une partie en justice, il tient compte d'une médiation en cours ou du souhait de l'une ou l'autre des parties d'en instaurer une »¹⁹².

De nos jours, une méconnaissance du processus de médiation et de ses règles constitue indubitablement une faute professionnelle et déontologique grave, de laquelle l'avocat négligent devra un jour répondre.

Par ailleurs, l'avocat a un rôle particulier à jouer en matière de médiation¹⁹³.

En effet, son professionnalisme, son rôle de conseil et la relation de confiance qui l'unit à son client font de lui un partenaire privilégié avec lequel appréhender

¹⁹² Art. 9 Code suisse de déontologie édicté par FSA. NdE : *cf. supra*, Avant-propos.

¹⁹³ Avi SCHNEEBALG / Eric GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris 2003.

une relation passée, présente ou future, analyser toutes les facettes d'un litige et de son contexte, ainsi que procéder à un examen approfondi des diverses réactions envisageables et des possibilités de résolution.

Aussi, l'avocat peut proposer de manière préventive une clause ADR dans un contrat ou encore suggérer la médiation lors d'un différend passé ou actuel.

A chaque difficulté lors de laquelle un différend doit être résolu, son rôle consiste à aider son client à évaluer adéquatement ses attentes, à les confronter aux réalités notamment contextuelles, commerciales et financières, et à examiner son « BATNA » (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*).

Dans la perspective de la plus-value généralement attendue d'une médiation, il se tourne délibérément vers le futur et réfléchit, avec son client, à des propositions de solutions constructives les plus diverses.

Une fois l'importante phase de préparation passée, l'avocat accompagne son mandant lors de la médiation, soit physiquement sur place, soit en arrière-plan comme « personne ressource ».

Le rôle de l'avocat est donc particulièrement important dans cette phase de préparation de la médiation¹⁹⁴. Lorsque celle-ci débute, il pourra accompagner son client durant les entretiens (en particulier en médiation commerciale) ou rester à disposition pour donner des renseignements juridiques en cas de nécessité, sans être physiquement présent lors de sessions.

Enfin, c'est généralement lui qui se charge de verbaliser l'accord de médiation auquel les parties sont parvenues et d'en négocier la terminologie. C'est également souvent l'avocat qui se préoccupe de l'exécution de l'accord de médiation.

Chaque avocat ayant expérimenté un processus de médiation aura compris que les outils appris et les compétences développées dans ce cadre sont autant d'atouts pour l'exercice général de sa profession et la fidélisation d'une clientèle de plus en plus exigeante.

¹⁹⁴ NdE : La remarque vaut tout autant pour la préparation de la conciliation ; cf. *supra*, n. 15, p. XXX.