**Français**

**Jean A. MIRIMANOFF et Francine COURVOISIER**

# F.A.Q. MEDIATION

Genève 2016

Slatkine

2e édition

Texte disponible en allemand, anglais, espagnol et russe

© Reproduction autorisée avec mention de la source

**Message du Président du Conseil d'Etat**
**de la République et canton de Genève**

Parce qu'il fait partie de la vie, le conflit peut être porteur - dans sa manifestation - tantôt de désastres, tantôt de progrès. Tout dépend de la vision que l'on en a et de l'usage que l'on en fait, c'est-à-dire de la manière dont il est géré.

La médiation repose sur le pari positif que chaque partie à un conflit possède les ressources et les compétences suffisantes - avec l'aide d'un tiers, *la médiatrice ou le médiateur* - pour trouver par elle-même une solution au conflit avantageuse à ses intérêts. Bien entendu la médiation ne saurait remplacer dans tous les cas la procédure étatique, mais elle peut aussi la compléter et en faciliter le bon déroulement.

Pour réussir la médiation, il appartient à tous les participants à son processus d'y jouer un rôle et d'en sortir gagnants : le tiers en favorisant la reprise du *dialogue* et la recherche des *intérêts* ; les avocats en assistant leurs clients dans la recherche de *solutions constructives et durables ;* et surtout les parties qui, d'adversaires, deviennent des *partenaires* dans le processus.

Parce qu'elle constitue un complément indispensable aux moyens juridictionnels et arbitraux de résolution des litiges, la médiation doit pouvoir être accessible à toute notre population, personnes physiques et entreprises, suisses et étrangères. Pour le permettre, il importe qu'elle soit mieux connue du public. En vertu de notre Constitution genevoise et de notre législation cantonale et fédérale, l'Etat encourage les modes de résolutions extrajudiciaires. C'est pourquoi la République et canton de Genève se doit de promouvoir la médiation et soutenir la présente brochure.

Cette « foire aux questions » - F.A.Q. MEDIATION a pour objectif premier d'informer le public sur ce mode de résolution des litiges. Elle répond aux premières questions que chacun se pose quant à son application éventuelle dans un litige déterminé. Ce guide est disponible dans notre canton, en cinq langues aujourd'hui : français, anglais, allemand, espagnol et russe, en version papier ou sur le site internet de la République et canton de Genève.

François LONGCHAMP
Président du Conseil d'Etat

# F.A.Q. MEDIATION

1. Qu’est-ce que la médiation ?

2. Quels sont les avantages et les atouts de la médiation ?

3. Quand la médiation est-elle appropriée ?

4. Quand la médiation est-elle inappropriée ?

5. Quelles garanties la médiation offre-t-elle aux parties ?

6. Quel est le rôle du médiateur ?

7. L’avocat : son rôle ? Son intérêt ?

8. Quel processus ? Quelles étapes ? Quelle durée ?

9. Combien coûte la médiation ?
   Quels sont ses avantages économiques ?
   L’aide juridique (AJ) la prend-elle en charge ?

10. Comment initier la médiation ? Quand ? Par qui ?
    Avec qui ?

Annexes :

I. Modèle de clause de médiation

II. Pour en savoir plus

# 1. Qu'est-ce que la médiation ?

D'abord un état d'esprit. Une manière d'être et de se comporter différemment vis-à-vis du conflit. Les conflits sont inévitables dans les relations humaines car ils font partie de la vie. Il est tout aussi normal de se disputer que de s'entendre. Les conflits ne sont pas en soi dangereux[1] : tout dépend de l'usage qu'on en fait. Le conflit n'est pas une fatalité, mais peut devenir une source de transformation, de plus-value, d'expérience et de découverte de soi et de l'autre. Si d'instinct on répond au conflit par la force, la fuite ou la soumission, la médiation nous enseigne à l'affronter *en privilégiant le dialogue.*

L'esprit de médiation se fonde sur la croyance en la capacité des personnes à trouver en soi les forces et les ressources suffisantes pour se sortir d'une situation conflictuelle. Toutefois, face à certains conflits, les personnes concernées ne parviennent pas à les gérer. La médiation part du principe que la présence d'un tiers, indépendant et sans pouvoir concernant l'objet du *conflit*, pourra les aider à renouer le dialogue et, le cas échéant, leur permettre de trouver une solution aux problèmes qui les opposent.

La médiation sollicite la collaboration active des personnes en médiation (les *médiants*) et favorise leur capacité d'autodétermination. Elle constitue dès lors un facteur de responsabilisation en invitant les participants à trouver eux-mêmes des solutions acceptables pour chacun. Ce sont dès lors les parties elles-mêmes qui assument leur responsabilité concernant les solutions adoptées. Le respect de leur choix dans les limites du droit impératif et de l'ordre public constitue un élément essentiel de la médiation.

Plus techniquement, la médiation se présente comme un *processus volontaire et structuré par lequel un tiers* - impartial (multipartial), indépendant et neutre - *facilite la communication entre les parties à un conflit, ce qui leur permet de prendre, dans la* confidentialité, *la* responsabilité *d'en rechercher par elles-mêmes et* librement *leur propre solution fondée sur leurs intérêts.*

Ainsi la médiation a pour objectif principal de rétablir ou d'améliorer le dialogue entre les *parties* au conflit, invitées à devenir *partenaires* dans le processus. Cet objectif confère à la médiation une *place à part* parmi les modes de résolution des différends, parce qu'elle agit sur un autre plan, dans un autre contexte, et avec d'autres objectifs que les procédures judiciaires ou arbitrales. Dans ces deux derniers cas le droit, au côté des faits, joue un rôle prépondérant : à la fois sur leur *déroulement* (droit procédural) et sur la *solution* (droit de fond), tandis que la médiation s'intéresse essentiellement aux personnes[2].

---

[1] Il sied donc de bien distinguer le conflit de sa *manifestation* (la violence, la guerre, etc. ou positivement une plus-value issue d'une négociation ou d'une médiation).

[2] Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing, Bâle, 2011

En cas de problème ou de conflit, la médiation peut déjà avoir lieu en dehors de tout contexte judiciaire ou arbitral : c'est la *médiation non judiciaire*. Ou, inversement, elle reste possible encore à l'occasion d'une procédure déjà en cours : c'est la *médiation judiciaire*. Mais dans les deux cas, en Suisse, l'organisation et le déroulement de la médiation reste l'affaire des parties. En matière civile tout au moins.

La médiation appartient à la *justice amiable ou participative*, c'est-à-dire celle qui permet aux personnes, aux entreprises et aux collectivités d'œuvrer *elles-mêmes* à l'élaboration de la solution de leur problème. Inversement, la procédure étatique (les tribunaux) et privée (l'arbitrage) appartiennent à la *justice imposée,* c'est-à-dire celle dans laquelle le tiers – juge ou arbitre – prend *lui-même* une décision, qui sera obligatoire pour les parties. Ainsi aujourd'hui, *de par la loi*, la justice est plurielle. Enfin dans certains cas la loi prescrit le recours à la procédure étatique. Exemple : en matière de divorce. Mais cela n'empêche pas les époux/parents de rechercher parallèlement en médiation une solution durable, parce que tournée vers l'avenir, entre eux, mais ils devront alors la soumettre à l'approbation (la ratification) de leur juge.

*Lorsque l'on passe de la procédure au processus, on peut considérer que les accords de médiation respectant les limites du droit impératif et de l'ordre public traduisent le* passage *du droit imposé au droit négocié.*

Mais avons-nous comme citoyen ou comme entrepreneur le choix entre toutes ces méthodes ? Et qui peut nous y aider ?

Devant la maladie, chaque patient a le droit de connaître les moyens de la soigner ou d'en atténuer les effets. Le médecin a le devoir de l'informer des avantages et des inconvénients des différents moyens à disposition, et de le conseiller, le choix final appartenant au patient, qui doit pouvoir se déterminer de manière libre et éclairée.

Semblablement devant le conflit, chaque personne – physique ou juridique – a le droit de connaître les moyens de le résoudre. L'homme de loi a le devoir de l'informer des avantages et des inconvénients des différents moyens à disposition, et de le conseiller, le choix final appartenant aux parties au conflit, qui doivent pouvoir se déterminer de manière libre et éclairée.

Ni les uns ni les autres ne sont mis sous la tutelle du spécialiste. Ils ont la liberté et la responsabilité du choix, dans ces deux situations et dans bien d'autres encore, dans notre société démocratique. Rien ne justifie de les en priver.

On verra à la question 6 quel est le rôle du médiateur et ce qu'il s'abstient de faire, et à la question 10 qui peut le recommander.

Parmi les nombreuses définitions de la médiation, retenons la suivante :

> *Processus de création et de réparation du lien social et de règlement des conflits… dans lequel un tiers, impartial, (neutre[3]) et indépendant tente, à travers l'organisation d'échanges[4] entre les personnes ou les institutions, de les aider à améliorer une relation ou de régler un conflit qui les oppose[5].*

[3] Nous avons ajouté le *principe de neutralité*, aussi important que mal compris, qui contribue à distinguer la médiation de la conciliation : c'est un *devoir d'abstention* d'exprimer une opinion, un avis, un conseil, ce qui n'empêche en aucune manière au médiateur d'avoir en son for intérieur la sienne, le cas échéant.

[4] L'organisation des échanges dans le dessein de faire émerger les intérêts des parties.

[5] *Cf.* Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, « Renforcer la Médiation familiale », *in* : Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *Médiation et Jeunesse, Mineurs et Médiations Familiales, Scolaires et Pénales en pays francophones*, 1ère partie, chap. 7, note 10.

## 2. Quels sont les avantages et les atouts de la médiation ?

La médiation présente de nombreux avantages comparativement aux modes traditionnels de résolution des différends (la procédure judiciaire et l'arbitrage) : elle est tout d'abord *plus rapide, moins coûteuse et plus constructive*. Souvent conçue pour l'avenir, *ses solutions s'avèrent plus durables* qu'un jugement ou une sentence arbitrale, qui ne règle qu'une situation passée.

En tant que processus rapide, la médiation peut débuter en quelques jours. Souvent une ou deux séances suffisent pour trouver une solution (ou pour arriver à la conclusion que la médiation est inadaptée ou prématurée). Grâce à sa rapidité et à son efficacité, le coût d'une médiation ne représente qu'une fraction du coût d'une procédure judiciaire ou d'arbitrage.

La médiation permet aux parties (les médiants ou médiés) de régler leur conflit dans sa globalité, avec tous ses aspects, y compris les émotions, préoccupations, besoins, valeurs et intérêts (la partie immergée de l'iceberg), qui ne sont généralement pas pris en considération dans la procédure civile et l'arbitrage. Les procédures traditionnelles sont en effet limitées à l'examen des faits présélectionnés et offerts en preuve, sans pouvoir s'écarter des conclusions des parties (la partie émergée de l'iceberg). Dans son déroulement (le processus) comme dans la construction de sa solution (le contenu de leur accord), la médiation se manifeste comme une méthode sur mesure et à la mesure des parties.

Par une *issue gagnant-gagnant,* la médiation va pouvoir aider les parties à rétablir ou à reconstruire les liens sociaux, ou d'y mettre fin de manière plus adaptée que par le combat judiciaire et arbitral, avec un gagnant et un perdant, et ses aléas découlant des recours de toutes sortes. Justice participative, la médiation aboutit à une solution qui résiste mieux à l'épreuve du temps qu'un jugement ou une sentence issu de la justice imposée.

La médiation a pour objectif de permettre aux parties de renouer le dialogue. Pour les personnes ou les entreprises qui sont amenées à devoir coopérer par la suite ou à poursuivre des liens, la reprise d'échanges dans un climat apaisé permettra d'éviter nombre de problèmes par la suite et de préserver non seulement les *médiants* (les protagonistes de la médiation), mais également des tiers. Que l'on pense aux parents qui, suite à un divorce, doivent collaborer pour l'éducation de leurs enfants et qui parviendront à trouver des solutions sans que leurs enfants soient un enjeu de leur conflit, ce qui s'avère malheureusement trop souvent le cas lorsque le dialogue entre parents est rompu.

Les parties restent libres de trouver une solution à leur convenance, sans être limitées par les conclusions formulées en procédure, parce que la médiation les incite à rechercher leurs intérêts qui se distinguent de leurs positions initiales. Elle permet aux *médiants* d'élaborer leur propre définition de la justice, en prenant notamment en

considération des éléments qui ne seraient pas relevants dans des procédures judiciaires ou arbitrales. Elle privilégie le sens de l'équité et la recherches de solutions acceptables - donc durables - pour toutes les parties en présence.

La médiation offre par ailleurs la possibilité d'expérimenter les options, d'en vérifier la faisabilité et le bien-fondé avant de les adopter définitivement, notamment par des accords provisoires tests.

Les participants à la médiation sont des sujets actifs. Ils assument en conséquence la responsabilité des accords souscrits et les respectent d'autant plus volontiers. Lorsque le droit impose, comme en matière de divorce, la *ratification* par le juge des accords de médiation, on constate que les conventions de médiation entraînent beaucoup moins de modifications subséquentes de jugements.

Qui plus est, par leur apprentissage ou réapprentissage de la négociation lors du processus de médiation, les parties seront mieux à même de gérer leurs divergences futures et de s'adapter en conséquence aux changements inéluctables qu'elles devront affronter sans qu'il leur soit nécessaire de recourir à la voie judiciaire.

Enfin, des études montrent que la médiation présente un indice élevé d'accords satisfaisant les parties, notamment d'un point de vue psychologique, ce qui s'explique par le fait que les accords sont le fait des parties elles-mêmes. Son taux de succès est élevé (60 à 80 % dans les pays qui la pratiquent), tout particulièrement en matière commerciale.

*Ainsi la médiation a un triple effet pacificateur : prévenir le conflit, le résoudre et en éviter de nouveaux rebondissements*[6].

[6] *Cf.* Thierry GARBY, *La gestion des conflits,* Economica, Paris, 2004

## 3. Quand la médiation est-elle appropriée ?

La médiation paraît appropriée dans les situations suivantes :

- Les personnes en conflit sont toutes d'accord d'entrer dans un processus de médiation.
- Les parties entretiennent des relations durables de fait (p.ex. : situations familiales, relations au travail, voisinage) ou de droit (p.ex. : conflits familiaux, de bail, de copropriété, de construction, contrats d'associations, de propriété intellectuelle et autres contrats commerciaux).
- Le procès ne réglerait qu'une partie du conflit.
- Le conflit contient une composante émotionnelle importante.
- En raison d'intérêts économiques convergents ou complémentaires, les parties ont avantage à mettre sur pied une coopération ou à délimiter leurs activités respectives.
- Le conflit en cache un autre.
- Les intérêts des parties sont mieux préservés par le biais d'un rapide arrangement que par une longue procédure judiciaire ou arbitrale ; le coût et la durée du procès sont disproportionnés par rapport aux enjeux.
- Les problèmes sont extrêmement complexes. Ils concernent plusieurs demandes ou plusieurs personnes ou entités (coresponsable, assurance, autre société d'un groupe, associé, licencié, etc.).
- Le conflit touche plusieurs pays.
- On constate des différences de culture ou de langue.
- Les parties souhaitent éviter la publicité d'une procédure judiciaire.

Si, sur le plan juridique, la médiation peut s'appliquer à tous les domaines du droit civil et commercial, on peut y recourir en dehors de tout procès (médiation conventionnelle) ou en cas de procès (à tous les stades de la procédure, qui est suspendue). Elle s'avère particulièrement adéquate dans les domaines suivants :

A. En matière familiale : séparations, divorces, successions (prévention et résolution des problèmes), conflits intergénérationnels, conflits inter-fratries, protection des mineurs,

B. En matière commerciale : relations inter-entreprises ou intra-entreprises,

C. En matière immobilière : lors d'une construction ou d'une promotion, en cas de bail commercial, au sein d'une copropriété, d'une PPE ou d'une coopérative d'habitation,

D. Aux relations de travail : conflits entre collègues, avec son supérieur ou avec son subordonné,

E. En matière de propriété intellectuelle, de contrats de franchise, d'agence, de représentation,

F. Ou encore : dans les conflits de voisinage (p.ex. entre locataires ou propriétaires de villas), lors de manifestations sportives, en milieu scolaire, etc.

Dans le domaine du droit pénal, la médiation est possible à certaines conditions, de même que dans celui du droit administratif.

## 4. Quand la médiation est-elle inappropriée ?

Il peut être inapproprié de recourir à la médiation dans un certain nombre de cas, où l'on peut avoir de bonnes raisons de l'écarter (A), tandis que dans d'autres cas il s'agit de prétextes visant à éluder le processus (B).

A. Il existe de bonnes raisons de ne pas recourir à la médiation dans les situations suivantes :

- Nécessité de créer un précédent pour la jurisprudence ;
- Possibilité d'obtenir une décision judiciaire ou une sentence arbitrale très rapidement ou sans frais excessifs ;
- Faible coût de la conciliation judiciaire lorsque la valeur litigieuse est minime ;
- Besoin pour la partie la plus faible d'obtenir la protection de la loi (locataire d'habitation, travailleur, consommateur) ;
- Grave déséquilibre dans le rapport des forces ;
- Abus de procédures par l'une des parties (mauvaise foi avérée) ;
- En cas de déni de violence avérée ou en cas de violence récurrente ;
- Incapacité de discernement d'une des parties.

B. Il y a aussi de mauvaises raisons souvent invoquées :

- *La médiation serait interprétée comme un signe de faiblesse, parce qu'on laisse de côté une position*. Or, la médiation permet de ne plus se focaliser sur l'objet du litige (les positions) mais de prendre en compte l'ensemble des circonstances (personnelles, psychologiques, sociales, etc.) et de l'avenir, ce qui permet de rechercher et de privilégier les intérêts communs. Cet argument n'a pas lieu d'être lorsque la médiation est recommandée par un tiers ou prescrite par une autorité.

- *Il serait trop tôt (ou trop tard) pour tenter une médiation* ; la médiation peut être efficace aussi bien lorsque le conflit n'est pas encore trop noué que lorsque les parties sont épuisées par leur combat.

- *L'autre partie serait de mauvaise foi parce qu'elle n'est pas d'accord avec moi*; la médiation permet précisément aux parties de constater que leur divergence de vues est compréhensible, et que la différence de position ne signifie pas que l'autre partie est de mauvaise foi.

- *Les parties ont déjà négocié entre elles sans succès, et le recours à un médiateur n'y changerait rien* ; c'est le plus souvent parce que les parties ont échangé sur des positions que la négociation échoue ; c'est précisément à ce stade qu'il y a lieu de se tourner vers la médiation, une négociation facilitée par un tiers et focalisée sur la recherche des intérêts.

- *Cela ne servirait à rien parce que les parties ne se parlent plus ou se détestent* ; cet argument fréquemment exprimé découle de la méconnaissance de la médiation. Or, cette méthode, en encourageant l'expression des émotions, va permettre ensuite aux médiants de se parler à nouveau pour rechercher leurs intérêts communs.

## 5. Quelles garanties la médiation offre-t-elle aux parties ?

Les garanties pour les partenaires (les médiants) à la médiation sont de trois ordres : ils tiennent à la personne du médiateur assermenté ou agréé (A), au déroulement du processus (B) et aux règles de déontologie (C).

A. Le *médiateur assermenté officiellement par l'Autorité (ou agréé* par une association faîtière) offre toutes garanties de *qualification professionnelles et d'éthique.* On le choisira donc sur les *listes des instances officielles* (voir Q n° 10 C ci-après) qui examinent s'il remplit les conditions prévues par la loi, ou sur les listes des associations faîtières (FSM-SDM ; CSMC-SKWM ; FSA/SAV), qui délivrent une accréditation à leurs membres.

B. Le *bon déroulement du processus* est régi par quelques principes fondamentaux et quasiment universels :

- *Humanité* : c'est la personne humaine qui est au cœur de la médiation, qui a pour *objectif* de rétablir le dialogue et pour *effet* de diminuer ou d'apaiser les souffrances et les gaspillages de toutes sortes engendrés par le conflit ;
- *Multipartialité et empathie du médiateur* : ce dernier s'engage à servir les parties de manière équitable, sans établir entre elles de distinction de caractère défavorable ; il assume la bonne conduite du processus ;
- *Liberté et autonomie* : les parties sont libres d'accepter ou de refuser d'entrer dans le processus, et peuvent le quitter en tout temps ; le médiateur est libre d'entamer, de poursuivre, de suspendre le processus ou d'y mettre fin en cas de nécessité ;
- *Responsabilité* : les parties ont le devoir de s'engager de bonne foi dans le processus, de s'y comporter de manière respectueuse et transparente et d'en respecter la confidentialité ; elles sont responsables de son issue. Le médiateur a la responsabilité de la bonne conduite du processus ; il a le devoir de vérifier que les parties ont bien compris les caractéristiques du processus, leur rôle et le sien ; le médiateur doit s'assurer que les parties donnent à leur accord final un consentement libre et éclairé, et les invitera, si nécessaire, à consulter un avocat ; il a le devoir d'y mettre fin si la solution envisagée est irréalisable ou contraire au droit ;
- *Indépendance* : le médiateur est indépendant. Il doit révéler aux parties toutes les circonstances qui objectivement ou subjectivement sont de nature à compromettre son indépendance ;
- *Neutralité* : le médiateur s'abstient de prendre part à la controverse et de s'exprimer sur le contenu du différend ;
- *Humilité ou absence de pouvoir* : le médiateur n'a aucun pouvoir de décision ;
- *Confidentialité* : les parties et le médiateur s'interdisent de dévoiler à des tiers toutes les déclarations, opinions ou propositions émises lors du processus, ni de produire dans des procédures ultérieures des documents les reflétant. Les parties s'interdisent de citer le médiateur comme témoin. Le médiateur tiendra

en outre pour confidentielles l’existence du processus et le nom des parties. Des exceptions existent cependant dans certaines situations (médiation scolaire, ou découverte d’un délit pénal en cours de médiation).

C. Ces principes sont reflétés dans les codes de déontologie des médiateurs, comme celui des médiateurs européens, dans certaines législations nationales et dans les instruments non contraignants du Conseil de l'Europe ou de l'Union européenne, ou d’autres organisations non gouvernementales ou gouvernementales (CCI/ICC ; OMPI/WIPO ; UNCTAD/CNUCED, etc.). Les médiatrices ou médiateurs assermentés qui ne les respecteraient pas s’exposeraient à des sanctions, pouvant conduire jusqu’à leur radiation du tableau.

## 6. Quel est le rôle du médiateur ?

A. Il commence par s'assurer que les parties sont venues de manière libre et en pleine connaissance de cause. Le 1er rôle du médiateur assermenté consiste à aider les parties à entreprendre une négociation constructive. Il facilite la communication entre elles et la discussion des éléments du conflit qui les oppose. Il identifie les obstacles à la communication et à l'entente en utilisant des techniques spécifiques. Il crée une atmosphère de respect dans laquelle les parties peuvent trouver la confiance nécessaire à un dialogue fructueux. Il les aide ainsi à développer leurs possibilités créatives pour résoudre leur conflit de manière satisfaisante pour chacune d'entre elles.

Le médiateur recourt à plusieurs outils spécifiques : écoute active (verbal, para verbal et non verbal), reformulation, recadrage (synthèse), *et* à la négociation raisonnée. Cette dernière est un mode de résolution des conflits élaboré par Roger Fischer, William Ury et Bruce Patton, professeurs à l'Université de Harvard, selon lequel les négociateurs se concentrent sur les intérêts communs des parties, et non sur leurs positions respectives, étant entendu que les revendications sont rarement conciliables alors que les besoins le sont plus facilement. Encore faut-il laisser la place à l'imagination. L'objectif est de parvenir à des accords rationnels fondés sur des critères objectifs.

Dans le cadre de la médiation, le médiateur emprunte les techniques de la négociation raisonnée pour aider les parties à négocier entre elles les différentes options envisagées. Pour ce faire, il veille à respecter la dignité des personnes en présence, en traitant séparément les questions de personnes et le différend, et il les invite à imaginer des solutions leur procurant un bénéfice mutuel.

B. Le médiateur s'abstient de :

- donner une opinion sur un point technique, contrairement à l'expert ;
- donner un conseil ou un avis de droit, contrairement au conciliateur ;
- procéder à des enquêtes et faire des recommandations aux parties ou à une autorité, contrairement à l'ombudsman ;
- rendre une sentence, contrairement à l'arbitre ;
- rendre un jugement, contrairement au juge.

C. Co-médiation.

Dans les affaires complexes, en cas de grand nombre de participants, ou de préférence des parties, la médiation peut se dérouler avec deux médiateurs ou médiatrices assermentés ou agréés, p.ex. un homme et une femme, un spécialiste et un généraliste, un juriste et un scientifique (ingénieur ou technicien, etc.).

# 7. L'avocat : son rôle ? Son intérêt ?

## A. Son rôle[7]

Le rôle de l'avocat diffère de celui du combat judiciaire et sera déterminé d'un commun accord. Les parties déterminent si leur conseil va participer à toutes les étapes du processus de médiation ou à certaines d'entre elles. Il s'avère important, notamment lors de la rédaction de l'accord final. La présence de l'avocat est plus particulièrement bienvenue dans les affaires complexes ou, d'une manière générale, lorsqu'un problème délicat de droit se pose.

### Avant le processus

Pour éviter à leurs clients d'entrer en conflit, pour les aider à le contenir (puisque le conflit fait partie de la vie) et à maintenir leurs relations avec leurs proches et leurs partenaires commerciaux en dépit d'un éventuel différend, les conseils seront amenés à leur proposer la mise en place de clauses de médiation dans leur contrat (*cf.* annexe 1). Cette précaution se justifie particulièrement dans les contrats de durée ou lorsque les parties ont entretenu des liens de longue date.

*Si et lorsqu'un processus de médiation* a été sélectionné, il s'agit d'expliquer au client ledit processus, à savoir notamment l'autonomie des parties, les « règles du jeu », dont la confidentialité et le respect de l'autre partie, qui, de « partie adverse », devient « partenaire au processus ».

### Pendant le processus

Puisque le client est le protagoniste le plus important du processus, son avocat jouera auprès de lui essentiellement le rôle de conseil (ou coach) et de conseiller (garde-fou), tout en essayant de se faire comprendre par l'autre partie. Il interviendra avec son confrère dans un rôle plus traditionnel dans la rédaction commune de la convention de médiation.

### Après le processus

L'avocat s'interrogera sur la nécessité ou non de faire homologuer la convention de médiation, ou de la soumettre à la forme d'un titre authentique exécutoire.

---

[7] *Cf.* Avi SCHNEEBALG, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, CMAP/ECONOMIA, Paris, 2003

**Après le jugement**

Suite à un jugement, l'avocat consulté s'interrogera sur l'opportunité de recourir encore à ce stade à la médiation, en particulier lorsque la décision ne lui paraît pas adaptée à la situation réelle ou aux intérêts profonds des parties.

**Déontologie**

Outre la question du coût, *l'intérêt supérieur du client* conduira l'avocat à lui proposer de recourir à la médiation lorsque le cas s'y prête (voir Q n° 3 et 4 ci-dessus). Les codes de déontologie de la profession des avocats vont dans ce sens, que ce soit le code de déontologie des avocats européens adopté par le Conseil des barreaux européens, les codes nationaux ou régionaux. Ne pas le faire dans les situations qui s'y prêtent (voir Q n° 3) pourrait constituer aujourd'hui une faute professionnelle, tant à la lumière de ces codes, que de l'injonction du Conseil fédéral selon laquelle :

> *L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. (...) Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les* solutions transactionnelles *sont* plus durables et subséquemment plus économiques *du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir*[8].

Le code adopté par le Conseil des Barreaux européens[9] stipule :

> *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 de règlement des litiges*[10].

[8] CONSEIL FEDERAL, Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006 (FF 2006 6841)

[9] Les Barreaux suisses y sont associés, et vont sans doute transposer cette règle dans leurs us et coutumes, maintenant que la médiation est ancrée dans l'ordre juridique suisse.

[10] Art. 3.7.1. du code de déontologie des avocats européens, adopté par le Conseil des barreaux européens mis à jour le 19.5.2006, *cf.* Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire,* Helbing, Bâle, 2011

## B. Son intérêt[11]

L'avocat trouvera, tant dans l'exercice de sa profession que dans sa relation avec le client, plusieurs avantages à proposer la médiation et à y participer à ses côtés comme conseil :

1. L'importance du taux de réussite des médiations. Les statistiques en Suisse et à l'étranger se recoupent et font apparaître un taux de réussite d'environ 70 % en matière civile et commerciale[12]. Ce taux de réussite est de nature à renforcer la crédibilité de l'avocat et de l'étude qui pratique la médiation.

2. La rentabilité pour l'étude. Etant donné que les honoraires peuvent tenir compte légitimement du succès et de la rapidité de la prestation de l'avocat, le taux de réussite précité sera aussi un facteur de plus-value économique pour l'étude.

3. L'image de l'étude. La médiation représente un nouveau créneau illustrant l'ouverture, la créativité et la diversité des prestations offertes par l'étude à son client, et le souci de l'étude de tenir compte principalement de l'intérêt supérieur de ce dernier.

4. La fidélisation de la clientèle. Les facteurs précités devraient également contribuer, en période de concurrence accrue dans la profession, à fidéliser la clientèle

[11] Cinthia LEVY, « Les avantages de la médiation pour l'avocat », *in : Revue de l'Avocat*, novembre-décembre 2013

[12] Enquête de la FSM, exercice 2008, publiée en octobre 2009.

## 8. Quel processus ? Quelles étapes ? Quelle durée ?

Il n'y a pas de processus uniforme, ni pour la médiation en général, ni non plus pour les médiations spéciales : familiales, commerciales, immobilières, etc. Il n'est donc pas surprenant de constater dans la pratique une grande diversité d'approches, courants et méthodes.

On rencontre souvent dans les formations données en Suisse et dans d'autres pays européens un modèle intitulé « la roue de Fiutak »[13], du nom de son auteur. Il comporte, après une préparation préliminaire, quatre phases, puis l'exécution de l'accord.

*Préparation préliminaire* : avant de signer leur engagement en médiation, le médiateur, les parties et leurs conseils se présentent, définissent leurs objectifs et attentes, les règles du processus sont énoncées, le temps du processus et de ses étapes est fixé.

Première phase : *le quoi ?*

Elle permet aux parties de communiquer la perception qu'elles ont de leur réalité. A ce stade, le rôle du médiateur est de donner temps de parole équilibré et de poser des questions pour clarifier la situation.

Deuxième phase : *le pour quoi ?*

Elle permet aux parties de se poser des questions l'une à l'autre pour tester leur représentation de la réalité et commencer à vérifier et à comprendre quels peuvent être leurs véritables intérêts. Les parties y expriment librement leurs émotions, sentiments, valeurs, besoins et intérêts.

Troisième phase : le *et si,* ou *comment* ?

Les parties y explorent les différentes options sans se laisser piéger et limiter dans les difficultés du passé. Y exprimer un maximum d'options constitue un atout.

Quatrième phase : *comment précisément* ?

Elle permet d'élaborer et d'appliquer un plan d'action consistant pour les parties à choisir ensemble, parmi toutes les options, celles qui aboutiront à la conclusion d'un accord durable. A ce moment surviennent parfois des discussions sur des points de détail, plus compliqués, qui n'avaient pas été considérés jusque-là. Ce n'est que lorsque les parties peuvent répondre aux questions ***:*** « Qui fait quoi, quand, où et

[13] Thomas FIUTAK, Gabrielle PLANES et Yvette COLIN, *Le médiateur dans l'arène, Réflexion sur l'art de la médiation*, Trajets, Erès, Paris, 2009

comment ? » et qu'elles peuvent préciser quelles seraient les conséquences pour chacune en cas de non-respect de la convention de médiation que celle-ci devient possible et réalisable.

Entre les deux premières phases et les deux suivantes se situe une zone - capitale - dans laquelle s'expriment tout particulièrement les émotions des parties, et que Fiutak dénomme « le point de transition de la catharsis ».

*Exécution de l'accord :* une fois l'accord final intervenu, les parties peuvent se satisfaire d'une forme orale ou d'une convention écrite, ou en renforcer l'efficacité par le biais d'un titre exécutoire, ou de l'homologation en cas de médiation judiciaire. Toutefois la ratification du tribunal est toujours nécessaire dans les cas de séparation ou de divorce.

L'ensemble du processus peut se dérouler en une ou plusieurs séances, celles-ci pouvant durer des périodes de deux à quatre heures, englobant tout ou partie des étapes, ceci selon les décisions des parties et les domaines dans lesquels la médiation est exercée.

Entre le début et la fin du processus l'intervalle de temps ne devrait en règle générale pas dépasser deux à trois mois.

Pour éviter de trop grands intervalles de temps entre les séances, les parties peuvent prévoir des dates butoirs (un délai au-delà duquel la médiation ne se poursuit pas si elle n'a pas abouti). De tels délais se retrouvent dans les règlements de médiation ou dans certaines législations nationales.

Les médiations les plus courtes (moins d'une heure ou moins d'une demi-journée) sont par exemple : les médiations de voisinage, puis viennent les médiations commerciales (en moyenne toute une journée ou de deux à quatre demi-journées), tandis que les médiations familiales se déroulent dans des séances de l'ordre de deux heures, mais plus espacées entre elles pour permettre aux parties de bien gérer ce qu'elles y ont vécu et de mieux se préparer à des solutions durables. Les médiations scolaires se déroulent généralement de manière beaucoup plus rapide et informelle.

# 9. Combien coûte la médiation ? Quels sont ses avantages économiques ? L'aide juridique (AJ) la prend-elle en charge ?

## A. Coût de la médiation

Les frais d'une médiation se composent des honoraires du médiateur et de ses débours éventuels. Les parties et le médiateur commencent par s'entendre sur les modalités de la rémunération. Les honoraires du médiateur sont généralement partagés à parts égales entre les médiants, mais ils peuvent également être différenciés pour tenir compte, par exemple, des différences d'ordre économique entre les médiants.

La fixation du taux horaire des honoraires tiendra compte notamment de la situation économique des parties, de la valeur litigieuse, du nombre de parties, de la nature et de la complexité du conflit, etc. Le plus souvent la tarification est connue d'avance parce qu'elle est fixée dans le règlement des institutions de médiation (voir les liens mentionnés à la Q n° 10 C).

## B. Avantages économiques

Le plus souvent la médiation, en particulier en matière commerciale, tend au maintien ou à la transformation des liens entre les parties. En revanche, la procédure civile ou arbitrale (combat judiciaire), aura le plus souvent un effet de rupture, qui entraînera nécessairement des coûts cachés qui ne sont pas pris en compte dans les coûts procéduraux à proprement parler. Il faudra en effet pour chacune des parties investir à nouveau en temps, en argent et en énergie, pour trouver : un nouveau partenaire commercial, un nouveau produit, de nouveaux services, de nouveaux brevets, marques ou modèles industriels, de nouveaux collaborateurs, de nouveaux financements, de nouveaux locaux, etc. Or précisément tous ces coûts qui peuvent s'avérer fort importants sont épargnés ou sensiblement réduits lorsque la médiation est adoptée comme mode de résolution.

## C. L'assistance juridique

Lorsque les conditions de l'assistance juridique sont remplies, le coût de la médiation est pris en charge y compris les honoraires des médiateurs. Certaines législations étendent l'octroi de l'assistance juridique à la médiation non judiciaire[14].

[14] Art. 2 du Règlement sur l'assistance juridique pour le médiateur assermenté (E 2 05 04)

## 10. Comment initier la médiation : Quand ? Par qui ? Avec qui ?

### A. Quand ?

Les parties peuvent prévoir à l'avance, c'est-à-dire à titre préventif, de recourir à la médiation même en cas de simple problème ou difficulté relationnelle.

Plusieurs situations se présentent :

a) A titre préventif, il est recommandé d'insérer dans chaque contrat la clause de médiation (*cf.* annexe 1).

b) Les parties peuvent également convenir d'un accord de médiation une fois le conflit survenu, au stade de la conciliation (à sa place) ou à tout moment en première ou en deuxième instance.

c) Par ailleurs, dans un accord final de médiation suite à un premier conflit, les parties peuvent prévoir, en cas de difficulté d'exécution de l'accord ou en cas de problèmes ultérieurs entre elles, de recourir à nouveau à la médiation.

### B. Par qui ?

La médiation est mise en œuvre essentiellement par les parties, et leur conseil le cas échéant, comme elle peut également être suggérée, proposée ou enjointe par un tiers. Quel tiers ? A vrai dire tout le monde :

- Il peut s'agir d'une personne privée : un ami, un voisin, un parent, un collègue, un président d'association, un avocat, une fiduciaire, un assureur, etc.

- Il peut s'agir aussi d'une personne officielle : un magistrat, un notaire, un maire de commune, un enseignant, un représentant qualifié de la brigade des mineurs, etc.

### C. Avec qui ?

Des listes de médiateurs assermentés ou agréés, avec des domaines de spécialisations, sont tenues et mises à jour par les autorités de certains pays ou cantons, et à défaut par des associations faîtières sur le plan national ou régional.

Genève : Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, Département de la Sécurité et de l'Economie, 7 place de la Taconnerie, Case postale 3962, 1211 Genève 3,
www.ge.ch/justice/mediation

Fribourg : Commission de la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs, Service de la Justice, 27 Grand Rue, CP, 1702 Fribourg,
www.fr.ch/sj/fr/pub/mediation.htm

Vaud : Tribunal cantonal, Liste des médiateurs civils agréés,
www.vd.ch/mediation-civile

Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC/SKWM),
www.skwm.ch

Fédération suisse des associations de médiation (FSM/SDM),
www.infomediation.ch

Fédération suisse des avocats (FSA/SAV),
www.swisslawyers.com

International Mediation Institute (IMI), La Haye
www.imimediation.org

# ANNEXES :

## I. MODELE DE CLAUSES DE MEDIATION (CCIG)

**MEDIATION (SUIVIE D'UN ARBITRAGE)**

*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 de la Swiss Chambers' Arbitration Institution en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit règlement.*

*Le siège de la médiation sera Genève.*

*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), ils seront tranchés par voie de l'arbitrage conformément au Règlement suisse d'arbitrage international de la Swiss Chambers' Arbitration Institution en vigueur à la date à laquelle la notification d'arbitrage est déposée conformément audit Règlement.*

*Le nombre d'arbitres est fixé à ... [« un », « trois » ou « un ou trois »].*

*Le siège de l'arbitrage sera Genève.*

*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]).*

*Pour plus d'informations :* *arbitration@ccig.ch*
*www.ccig.ch*

## II. POUR EN SAVOIR PLUS


- Roger FISHER, William URY et Bruce PATTON, *Comment réussir une négociation*, Seuil, Paris, 1982

- Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *La Médiation*, Que sais-je ? PUF, 7e éd., Paris 2015

- Esther HAAS et Toni WIRZ, *Médiation- Résoudre les conflits par le dialogue*, Beobachter et FSM, 2014

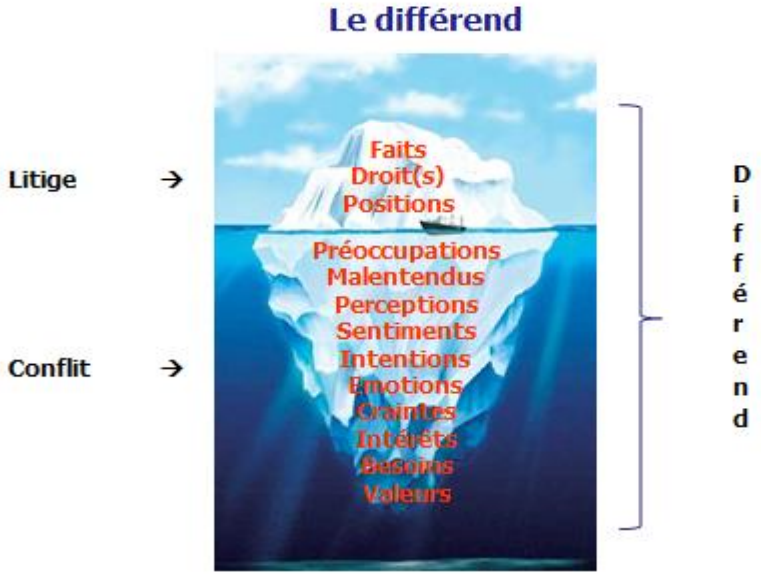
- Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La Résolution amiable des différends en Suisse – Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Staempfli, 2016

- Jean A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la Résolution amiable des différends- RAD/ADR en matières civile, commerciale, familiale et sociale*, Larcier, Bruxelles, 2015

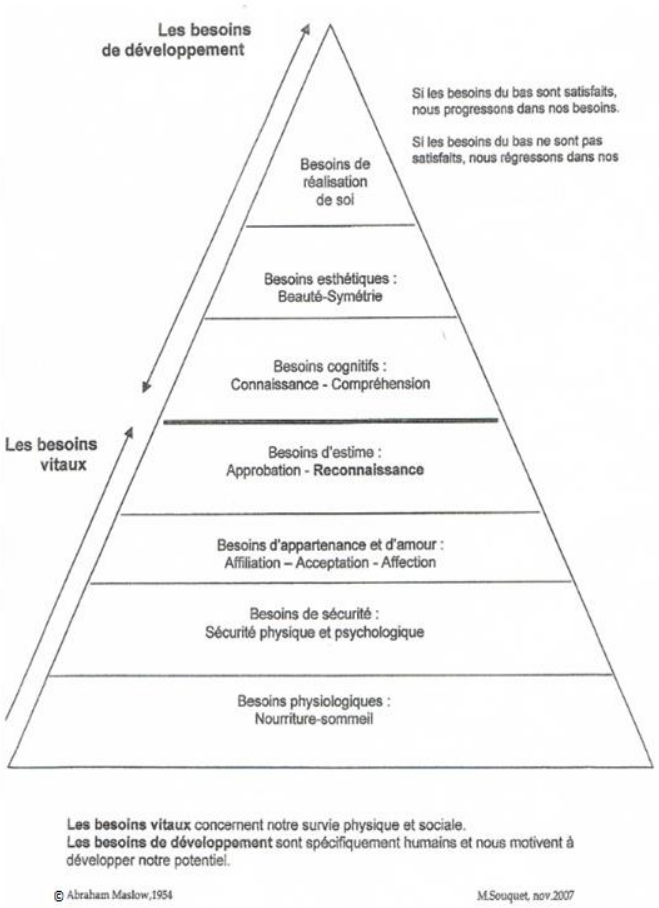
- Jean A. MIRIMANOFF (éd.), *La Médiation dans l'Ordre juridique suisse – Une justice durable à l'écoute du 3e millénaire*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2011

- Florence STUDER et Marc ROSSET, *Médiation*, Fribourg, 2012

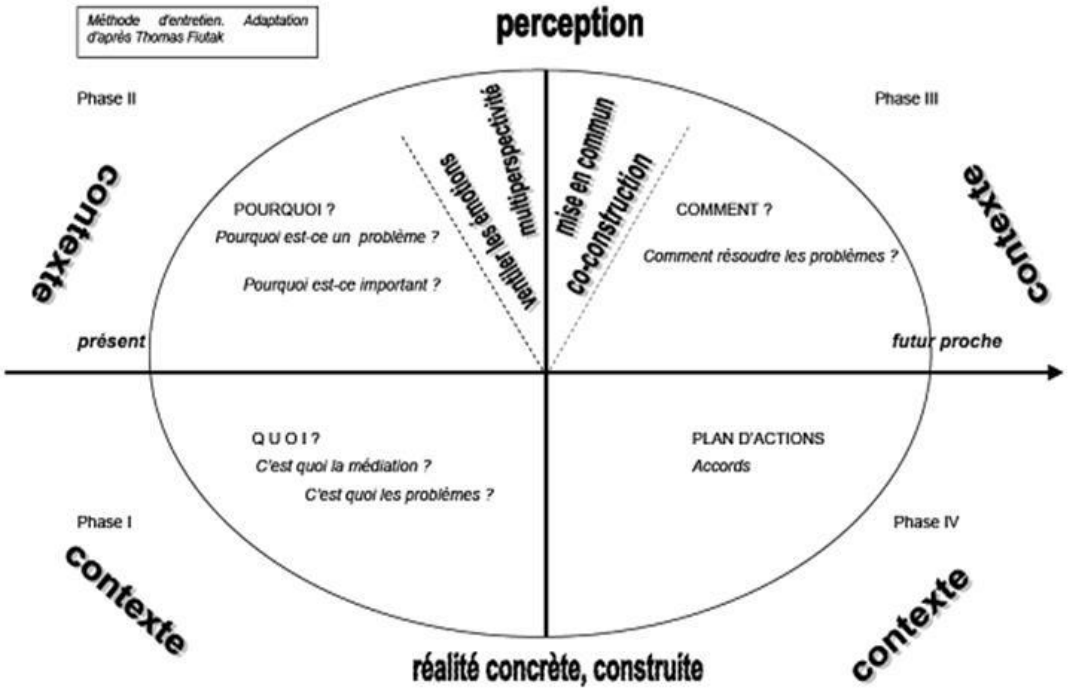
# III. SCHEMAS




## La hiérarchie des besoins (Pyramide de Maslow)



## Le processus de médiation (schéma de Th. Fiutak)




©Groupement Pro Médiation, 2002 /2007

Avec le soutien de

REPUBLIQUE
ET CANTON
DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

GEMME

**SDM-FSM**

Schweizerischer Dachverband Mediation
Fédération Suisse des Associations de Médiation
Federazione Svizzera delle Associazioni di Mediazione

C S M C Chambre Suisse de Médiation Commerciale
S K W M Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation
C S M C Camera Svizzera per la Mediazione Commerciale
S C C M Swiss Chamber of Commercial Mediation