

Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Edité par

Laurent Hirsch, Avocat

Christophe Imhoos, Avocat

Le choix du médiateur

Introduction

La médiation est un « *processus structuré [...] dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* »¹. Le rôle du médiateur est essentiellement celui de créateur d'un cadre permettant une communication facilitée entre les parties et de garant du processus de médiation. Les parties à une médiation se trouvent dans un rapport horizontal avec le médiateur². Contrairement au juge ou à l'arbitre, le médiateur n'a aucun pouvoir de décision. Il reviendra aux parties à la médiation de trouver un accord.

Le choix d'un bon médiateur est un des paramètres qui aura une grande influence sur les chances de succès d'une médiation. Sa compétence mais aussi son savoir-être de médiateur et ses qualités humaines auront un impact majeur sur le déroulement de la médiation. Il sera responsable de la conduite du processus de médiation. Il lui reviendra aussi, de manière plus fondamentale peut-être, de créer un espace de confiance qui permettra aux parties d'une part d'entrer dans un dialogue et d'autre part d'élaborer un accord entre elles qui ne dépende plus de ce qui est juste au regard du droit, mais qui tienne aussi, et surtout, compte – et c'est là la force de la médiation – de leurs intérêts et de ce qui est important pour chacune d'entre elles³. Cette solution élaborée par les parties sera acceptée de plein gré par elles parce qu'elle est justement conforme à leurs intérêts. C'est là, outre la confidentialité, la rapidité, la flexibilité et des coûts limités, un des principaux avantages qu'offre la médiation⁴. L'accord élaboré au cours de la médiation

* Avocate spécialiste FSA en successions et Médiatrice FSA, est associée de l'Etude KELLERHALS CARRARD à Genève

¹ Cf. art. 3a) de la Directive 2008/52/CE du 21 juin 2008 sur certains aspects de la médiation civile et commerciale. Il sied de relever que le Code de procédure civile (CPC) ne contient pas de définition de la médiation.

² Cf. Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (FF 2006 6841), p. 6943 (« Message CPC »).

³ Pour un bref résumé des phases d'une médiation fondée sur les intérêts des parties, voir p. ex. BSK-ZPO P. S. GEZLER/P. RUGGLE, Bâle 2017, ad Vorbemerkungen zu art. 213-218, N 2 et ss.

⁴ D. BROWN-BERSET, La médiation commerciale, Le géant s'éveille in ZSR 2002, p. 324.

pourra soit faire l'objet d'une convention entre les parties, soit être homologuée comme transaction par un juge dans le cas d'une médiation dans un contexte judiciaire.

Le choix d'un médiateur est donc crucial. La présente contribution a pour but de guider les parties dans ce choix, en examinant d'une part le processus de désignation et d'autre part les critères de désignation que les parties devraient prendre en considération.

I. Processus de désignation du médiateur

A. La liberté de choix des parties

Une médiation peut avoir lieu dans un contexte extrajudiciaire. Elle peut aussi être convenue par des parties comme alternative à une requête de conciliation⁵ ou en tant que procédure initiée dans le cadre d'un procès pendant, que ce soit en première ou seconde instance⁶. Quel que soit le contexte dans lequel s'insère la médiation, le processus de médiation est volontaire. Il implique que les parties se mettent d'accord sur la personne du médiateur. Ce choix est en principe entièrement libre⁷. Toutefois, certaines restrictions peuvent avoir été convenues par les parties en amont de la médiation. La clause insérée par les parties dans un contrat pour prévoir le recours à une médiation en cas de conflit ou la convention de médiation par laquelle les parties conviennent de se soumettre à une médiation au moment de l'émergence du conflit peuvent en effet prévoir de telles restrictions⁸. Si les parties mandatent un organisme pour organiser la médiation, il arrive que celui-ci tienne une liste de médiateurs parmi lesquels il demande aux parties de faire un choix. Il convient de relever aussi que même dans le cas d'une médiation comme alternative à une conciliation ou dans le cadre d'un procès pendant, le médiateur ne sera pas désigné par le tribunal mais bien par les parties⁹. Enfin, la liberté de choix des parties implique aussi la liberté de changer de médiateur si les parties devaient en éprouver le besoin en cours de processus.

⁵ Art. 213 CPC.

⁶ Cf. Message CPC, p. 6944.

⁷ F. BOHNET, *in* Code de procédure civile commenté, éd. F. BOHNET/J. HALDY/N. JEANDIN/P. SCHWEIZER/D. TAPPY, 2011, N 9 ad art. 213 CPC.

⁸ Cf. aussi C. MÜLLER, *Contrats de droit Suisse*, Berne 2012, p. 715.

⁹ J. T. PETER, *Gerichtsnaher Mediation, Kommentar zur Mediation in der ZPO*, Berne 2011, N 1 ad art. 215 CPC.

B. Le processus de désignation

La médiation est un processus volontaire. Les parties peuvent donc soit l'organiser elles-mêmes, soit décider de se soumettre à un règlement de médiation proposé par une institution.

1. Les parties organisent elles-mêmes la médiation

Lorsque les parties organisent elles-mêmes la médiation à laquelle elles entendent se soumettre, elles devront se mettre d'accord sur le processus de sélection du médiateur. Nous recommandons qu'elles définissent ensemble l'assermentation/l'accréditation¹⁰ et les qualifications spécifiques requises¹¹ du médiateur. Il arrive parfois que les parties se mettent rapidement d'accord sur la personne du médiateur. Si tel n'est pas le cas, nous recommandons qu'une partie établisse une liste de trois à cinq médiateurs qui remplissent les critères prédéfinis et la soumette à l'autre partie afin d'en choisir un. Les parties peuvent aussi décider de s'adresser ensemble à un organisme proposant des services de médiation¹², lequel proposera alors la personne qui interviendra comme médiateur.

2. Les parties se soumettent à un règlement de médiation

Alternativement, les parties à un conflit peuvent convenir de se soumettre au règlement de médiation d'une institution. Plusieurs institutions proposent en effet de tels règlements de médiation. Il s'agit notamment du Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses pour les litiges de nature commerciale¹³ et du Règlement de médiation de l'OMPI pour les litiges concernant la propriété intellectuelle¹⁴. Ces Règlements comprennent des règles sur la désignation du médiateur¹⁵. Celles-ci privilégient en général le choix d'ores et déjà effectué conjointement par les parties. En l'absence d'un accord sur la personne du médiateur, l'institution proposera une liste de médiateurs aux parties avec en général trois noms. Certains délais sont ensuite prévus pour effectuer ce choix et un processus de nomination par l'institution en cas de défaut d'accord est également stipulé par le règlement.

¹⁰ Cf. infra II.B.1.

¹¹ Cf. infra II.B.2.

¹² Il est fait référence ici aux organismes réunissant des médiateurs qui offrent leurs services et non aux institutions visées à la section infra I.B.2.

¹³ Cf. CAROLINE MING, Les services de médiation proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution, p. 85.

¹⁴ Cf. IGNACIO DE CASTRO/HEIKE WOLLGAST, WIPO Mediation and Arbitration, p. 173.

¹⁵ Cf. art. 7 et ss du Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses ; art. 7 Règlement de médiation de l'OMPI.

II. Critères de désignation

A. Les qualifications essentielles

Les qualifications essentielles d'un médiateur sont son indépendance, sa neutralité et son impartialité. Ces qualifications sont essentielles en ce sens qu'elles définissent en elles-mêmes le rôle de médiateur. Elles sont d'ailleurs en général reprises par les codes de déontologie du médiateur¹⁶.

1. Indépendance

Le médiateur doit être indépendant des parties. Il renoncera par conséquent à sa nomination à cette fonction s'il connaît l'un ou l'autre des participants, à moins que les parties, dûment informées ne l'approuvent expressément. Le médiateur devra également être indépendant de tout tiers impliqué (p. ex. le juge en cas de procédure pendante ou une régie dans des conflits de voisinage)¹⁷. Il conviendra de vérifier l'absence de conflit d'intérêt du médiateur.

2. Neutralité

Le médiateur doit faire preuve de neutralité tant s'agissant du problème entre les parties que de la solution qui permettra de le résoudre. Contrairement au juge ou à l'arbitre, le médiateur ne prendra pas de décision. Contrairement au conciliateur, il ne prendra pas non plus part à la controverse, ni ne s'exprimera sur la solution à donner au différend¹⁸.

3. Impartialité (ou multi-partialité)

Le médiateur ne doit favoriser aucune partie aux dépens de l'autre. Il doit être exempt de préjugés et doit faire preuve de la même empathie pour chacune des parties, voire de

¹⁶ Cf. notamment Règles déontologiques pour les médiatrices et médiateurs de la Fédération Suisse des Associations de Médiation (FSM-SDM), art. 1, 2 et 3 ; Code de conduite européen pour les médiateurs, art. 2.1 et 2.2.

¹⁷ BSK-ZPO P. S. GEZLER/P. RUGGLE, op. cit., N 9 ad vor art. 213-218; M. CHENOU/J. MIRIMANOFF, La médiation civile ou metajudiciaire, pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres, *in* SJ 2003 II p. 281.

¹⁸ S. VIGNERON-MAGGIO-APPRILE, Le résolution amiable des différends en matière civile – Interactions entre procédure civile et modes amiables *in* La résolution amiable des différends en Suisse, éd. J. MIRIMANOFF, Berne 2016, p. 51 ; J. G. SCHÜTZ, Mediation und Schiedsgerichtbarkeit in der schweizerischen Zivilprozessordnung, Berne 2009, p. 93.

tiers non présents qui jouent un rôle crucial dans le différend (p. ex. les enfants)¹⁹. On préfère souvent le terme de multi-partialité pour se référer à cette qualité du médiateur.

B. Les autres qualifications

1. Compétence en technique de médiation

Le titre de « médiateur » n'est pas protégé en Suisse²⁰. De nombreux professionnels de différentes branches pensent pratiquer la médiation sans s'être pour autant formés à la pratique de la médiation. Toutefois, depuis plusieurs années déjà, il est reconnu que l'activité de médiateur requiert des compétences qui s'acquièrent par une formation et de l'expérience spécifiques²¹, lesquelles sont indispensables pour optimiser les chances de réussite d'une médiation.

Afin de garantir un certain niveau de compétence, plusieurs cantons ont dressé une liste de médiateurs assermentés ou agréés, lesquels ont dû démontrer remplir certains critères pour pouvoir y figurer²². De plus, plusieurs organismes ont mis en place un système d'accréditation permettant aux médiateurs formés de se faire reconnaître comme tels. En Suisse, il en va notamment de la Fédération suisse des avocats²³, de la Fédération Suisse des associations de médiation²⁴, de la Chambre suisse de médiation commerciale²⁵ et de l'Association suisse pour la médiation familiale²⁶.

¹⁹ Cf. aussi S. VIGNERON-MAGGIO-APPRILE, op. cit., p. 51.

²⁰ Cf. Message CPC, p. 6943.

²¹ Cf. notamment U. VOGEL-ETIENNE/A. LAUTENBACH-KOCH, *Mediation in a nutshell*, Zurich 2014, p. 70 ; C. MÜLLER, op. cit., p. 715 ; S. DEKKER, *Wirtschaftsmidiation, kooperatives Konfliktmanagement als Erfolgskonzept*, in *Wirtschaftsrecht in Bewegung*, Festgabe zum 65. von Peter Forstmoser, Zurich 2008, p. 572 ; D. BROWN-BERSET, op. cit., p. 353.

²² En Suisse romande, il s'agit notamment du canton de Genève (liste de médiateurs assermentés du Conseil d'Etat), du canton de Vaud (liste de médiateurs agréés du Tribunal cantonal) et du canton de Fribourg (liste des médiateurs assermentés de la Commission de la médiation de l'Etat de Fribourg).

²³ La Fédération suisse des avocats (FSA-SAV ; www.sav-fsa.ch) délivre le titre de « Médiateur FSA » (consulté le 24.06.2018).

²⁴ La Fédération Suisse des Associations de Médiation (FSM-SDM ; www.swiss-mediators.org) délivre le titre de « Médiateur FSM » (consulté le 24.06.2018).

²⁵ La Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC-SKWM ; www.skwm.ch) tient une liste de médiateurs accrédités (consulté le 24.06.2018).

²⁶ L'Association suisse pour la médiation familiale (SVFM-ASMF ; www.familienmediation.ch) tient une liste de médiateurs accrédités (consulté le 24.06.2018).

2. Compétence s'agissant de l'objet du conflit

Le médiateur doit-il avoir des connaissances techniques et/ou juridiques du domaine dont relève l'objet du conflit pour intervenir efficacement ? Cette question est vivement discutée en doctrine²⁷.

Alors que la réponse paraît évidente pour l'arbitre, il n'en va pas de même pour le médiateur. Certains considèrent que le médiateur n'a nul besoin de connaissances spécifiques du domaine concerné sachant qu'il n'est que garant du cadre et du processus de médiation. D'autres estiment au contraire qu'elles sont nécessaires au bon déroulement de la médiation.

A notre avis, la réponse à cette question dépend d'une part de la nature de l'objet du conflit et d'autre part du contexte dans lequel se déroule la médiation. Il arrive parfois qu'un litige ait une composante technique majeure. Par ailleurs, l'importance de connaissances juridiques peut jouer un rôle important notamment s'agissant de l'exécutabilité de la solution trouvée. Ainsi le degré de compétence idéalement requis du médiateur variera en fonction du cas d'espèce. De manière générale, on peut toutefois recommander que le médiateur ait une bonne connaissance générale du domaine. C'est la raison pour laquelle de plus en plus de médiateurs se spécialisent dans certains types de conflits. Cela permet au médiateur de bien comprendre le différend entre les parties et les ramifications sous-jacentes éventuelles de celui-ci. Un médiateur ayant de l'expérience dans le domaine pertinent sera aussi particulièrement conscient des éventuels aspects délicats du conflit pour lesquelles les parties pourraient bénéficier de recourir à un expert technique externe ou de consulter un avocat. Il sera en mesure d'attirer l'attention des parties sur les questions annexes qui devraient être couvertes par la solution élaborée par les parties. Toutefois, un médiateur qui possède des compétences techniques ou juridiques approfondies d'un domaine présente aussi un risque accru de perdre sa neutralité et son impartialité en se pensant expert du domaine. Il est donc important qu'un tel médiateur soit particulièrement conscient de la neutralité et de la multipartialité requises par son rôle, qu'il fasse preuve d'humilité²⁸ et qu'il ait une capacité à se remettre en question pour accompagner de manière optimale les parties dans le processus de médiation.

²⁷ Cf. notamment K. P. BERGER, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law International, 3^e éd., 2015, N 6-52 et ss ; U. VOGEL-ETIENNE/A. LAUTENBACH-KOCH, *op. cit.*, p. 71 ; S. BLAKE/J. BROWNE/S. SIME, *A Practical approach to dispute resolution*, Oxford University Press, 2011 p. 194-195 ; L. BOULLE, *Mediation : Principles, Process, Practice*, LexisNexis Butterworths, 2^e éd., 2005, p. 274 et ss.

²⁸ Voir en ce sens aussi S. VIGNERON-MAGGIO-APPRILE, *op. cit.*, p. 51 et E. CARROLL/K. MACKIE, *International Mediation – The Art of Business Diplomacy*, Kluwer Law International, 2000, p. 38.

3. **Savoir-être du médiateur et qualités humaines**

Le médiateur aura notamment pour rôle de créer un espace dans lequel les parties se sentiront en confiance pour développer ensemble une solution à leur litige. Pour créer cet espace de confiance, le médiateur aura besoin d'un savoir-être du médiateur comprenant une qualité d'écoute²⁹ et d'empathie. Celles-ci devront être aussi importantes pour l'une que pour l'autre des parties³⁰. Le médiateur aura recours à des techniques d'écoute active. Il devra également faire preuve d'empathie et ainsi comprendre les sentiments et les émotions des parties sans se laisser envahir soi-même. Il devra identifier les besoins et intérêts de chacune d'entre elles mais aussi leur transmettre qu'il les a assimilés. Ce n'est, en effet, souvent qu'après s'être senties entendues et comprises que les parties seront prêtes à rechercher ensemble une solution.

Plusieurs qualités humaines du médiateur³¹ seront aussi des atouts pour le bon déroulement de la médiation. Il s'agit en particulier de l'intégrité du médiateur, de sa capacité à tenir compte de la personnalité, voire de la culture de chaque partie, de sa créativité, de son ouverture et de sa tolérance au contact d'un conflit.

Il conviendra de ne pas non plus négliger l'impact de la compatibilité interpersonnelle entre les parties et le médiateur. Un médiateur, même compétent et faisant preuve d'un savoir-être expérimenté, peut ne pas convenir à certaines parties, alors même que d'autres l'ont grandement apprécié. Il conviendra dès lors de ne pas hésiter à demander des renseignements détaillés au médiateur s'agissant de sa formation et de son expérience mais aussi de donner une certaine importance à la première rencontre avec le médiateur.

C. **Un ou plusieurs médiateurs**

Au vu des nombreuses compétences requises d'un médiateur, un nombre croissant de médiateurs se sont intéressés à pratiquer en co-médiation, à savoir en tandem avec un autre médiateur.

La co-médiation présente de nombreux avantages. Ceci est particulièrement vrai si les médiateurs viennent d'un contexte professionnel différent. Les médiateurs auront des compétences et expériences complémentaires. La co-médiation permet aussi dans les

²⁹ Cf. aussi M. V. B. PATRIDGE, *Alternative Dispute Resolution: An essential competency for lawyers*, Oxford University Press, 2009, p. 96.

³⁰ Cf. notamment K. FISCHER, *Wann ist Wirtschaftsmediation der bessere Weg?*, in RSDA 2005, p. 80 qui souligne à juste titre l'impact désastreux d'une inégalité d'empathie du médiateur à l'égard de chaque partie.

³¹ Cf. à ce sujet également L. BOULLE, op. cit., p. 271 et E. CARROLL/K. MACKIE, op. cit., p. 38.

litiges complexes que l'un des médiateurs ait une compétence spécifique du domaine alors que l'autre se concentre plus particulièrement sur le processus de médiation. Les chances que les parties se sentent en confiance sont augmentées. Pour ces diverses raisons, la co-médiation est en général considérée positivement³². Certains organismes la proposent aux personnes qui s'adressent à elles. Regrettablement, elle n'est cependant encore que peu mise en œuvre en pratique en Suisse³³ en raison notamment des coûts qu'elle implique.

Conclusion

Choisir un médiateur requiert un soin particulier en raison de la multitude de critères à prendre en considération. Le soin que mettront les parties à choisir ensemble le médiateur aura un impact majeur sur les chances de succès de la médiation à laquelle ils ont convenu de se soumettre. Ce sera aussi une première étape d'une nouvelle dynamique entre les parties en vue de la résolution de leur litige.

³² Cf. notamment K. P. BERGER, *op. cit.*, N 6-60 ; K. J. HOPT/F. STEFFEK, *Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2013, p. 58 ; A. J. STITT, *Mediation: A Practical Guide*, Routledge-Cavendish, 2004, N 4.5 ; E. CARROLL/K. MACKIE, *op. cit.*, p. 39.

³³ Cf. Enquête Médiation Suisse 2014 de la Fédération Suisse des Associations de Médiations (FSM-SDM), p. 16, selon laquelle seuls 9 % des médiateurs qui ont participé à cette étude travaillent en co-médiation en Suisse.