Procès ou médiation ? Des indicateurs pour orienter les parties en conflit

Alexandre Lombard*
Avocat, médiateur, greffier-juriste vacataire au Tribunal des prud'hommes

Synthèse

La médiation se développe en Suisse romande. À Genève, la Loi sur la médiation, en vigueur depuis le début de l'année, encourage le recours à ce mode de résolution des conflits dans les cas qui s'y prêtent. Comment distinguer les situations adaptées à la médiation de celles nécessitant un procès ? Cette contribution vise à faciliter le diagnostic des conflits et l'orientation des parties par les avocats et les juges. Elle examine les indicateurs en faveur et en défaveur de la médiation et les illustre au moyen d'exemples concrets.

* L'auteur remercie vivement la Prof. Julia Xoudis pour son aide et ses conseils dans l'élaboration de cette contribution, ainsi que la Dre iur. Sandra Vigneron-Maggio-Aprile, juge au tribunal civil, et Christophe Imhoos, avocat et médiateur, pour leurs précieux commentaires.

Zusammenfassung

Die Mediation entwickelt sich in der Westschweiz. In Genf fördert das seit Anfang des Jahres geltende Mediationsgesetz den Rückgriff auf diese Art der Konfliktlösung in geeigneten Fällen. Wie lassen sich Situationen, die für eine Mediation geeignet sind, von solchen unterscheiden, die ein Gerichtsverfahren erfordern? Dieser Beitrag soll die Konfliktdiagnose und die Orientierung der Parteien durch Anwälte und Richter erleichtern. Er untersucht Indikatoren, die für und gegen die Mediation sprechen, und veranschaulicht diese anhand von konkreten Beispielen.

Table des matières

Introduction **479**

I. Cadre juridique **480**

A. Survol du CPC **480**

1. Liens entre le procès et la médiation 480
2. Indépendance de la médiation 480
3. Confidentialité de la médiation 481

B. Médiation facultative ou obligatoire ? **481**

C. Encouragement à la médiation **482**

D. Situations adaptées à la médiation **482**

II. Orientation des parties **483**

A. Évaluation initiale (anamnèse) **484**

1. Contexte factuel 484
2. Objectifs des parties 484

B. Situation juridique (analyse objective) **484**

1. Conclusions et motivation juridique 484
2. Administration des preuves 484
3. Coûts globaux 484
4. Chances de succès 485

C. Situation personnelle (analyse subjective) **485**

1. Interactions entre les parties 485
2. Rôle des tiers 485
3. Relation au risque 486

D. Indicateurs et contre-indicateurs (évaluation de la médiation) **486**

1. Sérieux de la démarche 486
   a. Volonté de négocier 486
   b. Latitude de négociation 487
2. Niveau d'escalade du conflit 487
3. Perspectives d'avenir 488
4. Autres indicateurs 489
   a. Attentes des parties 489
   b. Tentatives passées 489
   c. Complexité du conflit 490
   d. Émotions et tensions 491

E. Informations et recommandations **491**

Conclusion **492**

Annexe I – Orientation des parties (diagnostic) **493**

Annexe II – Indicateurs et contre-indicateurs (check-list) **494**

1. Sérieux de la démarche 494
2. Degré d'escalade du conflit 494
3. Perspectives d'avenir 494
4. Autres indicateurs 495
   - a. Attentes des parties 495
   - b. Tentatives passées 495
   - c. Complexité du conflit 495
   - d. Émotions et tensions 495

Annexe III – Échelle du conflit, adaptée de Friedrich Glasl **496**

Bibliographie **497**

Introduction

La médiation est en plein essor en Suisse romande. Plusieurs initiatives cantonales sont apparues ces dernières années afin d'encourager le dialogue, en particulier dans les conflits familiaux. Le modèle du consensus parental en matière de divorce (aussi appelé « modèle de Cochem ») a été mis en place dans le canton du Valais entre 2020 et 2022, puis dans le canton de Vaud en 2023. Il devrait également voir le jour dans le canton de Fribourg. Les cantons de Neuchâtel et de Genève, quant à eux, ont chacun adopté une loi destinée à encourager la médiation civile et pénale[1]. La loi genevoise est entrée en vigueur le 1er janvier 2024, tandis que la loi neuchâteloise est en attente de promulgation[2].

En quelques mots, la médiation est un processus par lequel un médiateur indépendant, neutre et impartial facilite la communication entre les parties, leur permet d'identifier leurs réels besoins et intérêts, et les aide à trouver par elles-mêmes une solution équitable et durable au conflit qui les oppose. Les discussions se déroulent dans un cadre confidentiel afin de trouver un accord sur mesure visant à améliorer ou, à tout le moins, préserver les relations. Le processus étant volontaire, les parties peuvent y mettre fin à tout moment.

L'encouragement à la médiation suppose que les parties en conflit y recourent, au besoin sur conseil de leurs avocats ou sur recommandation du tribunal. Comment identifier les situations qui se prêtent à la médiation et celles pour lesquelles le procès est plus adapté ? Les développements qui suivent tenteront de répondre à cette question. Après une analyse succincte du cadre juridique (I), l'analyse portera plus en détail sur l'orientation des parties (II) afin d'évaluer la pertinence de la médiation pour résoudre les conflits en matière civile.

1 Loi neuchâteloise sur la médiation civile et pénale ; Loi genevoise sur la médiation (LMédiation/GE ; RSG E 6 25).

2 Dernière vérification effectuée le 17.06.24.

I.
Cadre juridique

A. Survol du CPC

La médiation est réglée aux articles 213 ss CPC. Ces dispositions ont fait l'objet de nombreux commentaires[3], de sorte qu'il ne sera question ici que d'un survol des liens entre la procédure judiciaire et la médiation (1), avec un accent sur l'indépendance (2) et la confidentialité de la médiation (3).

1. Liens entre le procès et la médiation

Les règles de procédure prévoient tout d'abord que la médiation peut remplacer la conciliation[4] sur requête commune des parties (art. 213 al. 1 CPC), en vertu du caractère volontaire de la médiation (et de la maxime de disposition)[5]. Durant la procédure au fond, la médiation est possible en tout temps, toujours sur requête commune des parties (art. 214 al. 2 CPC). Le juge peut également leur conseiller en tout temps de tenter une médiation (art. 214 al. 1 CPC). Il suspend alors la procédure et laisse aux parties le soin d'organiser la médiation (art. 215 CPC)[6]. Dans ces deux cas de figure, le recours à la médiation a pour avantage de créer la litispendance ou de la maintenir[7], ce qui n'est pas le cas d'une médiation hors procédure[8].

La partie la plus diligente informe le tribunal de l'issue de la médiation (art. 214 al. 3 CPC). Si les parties parviennent à un accord, l'autorité de conciliation ou le tribunal peut ratifier cette convention et lui conférer la même valeur qu'une décision entrée en force (art. 217 CPC). En cas d'échec, l'autorité de conciliation délivre une autorisation de procéder (art. 213 al. 3 CPC) ou la procédure au fond reprend son cours (art. 214 al. 3 CPC).

À noter enfin que la médiation est également envisageable en deuxième instance[9], voire même après la réception d'une décision, pour régler d'éventuels problèmes d'exécution.

2. Indépendance de la médiation

La médiation est un processus indépendant de la procédure judiciaire (art. 216 al. 1 *in fine* CPC). En parallèle du procès, les parties créent deux nouvelles relations contractuelles : l'une avec le médiateur, avec qui elles concluent un contrat de mandat[10], et l'autre entre elles, sous la forme d'un accord d'entrée en médiation[11]. La qualification juridique de cet accord est controversée. Certains considèrent que les parties forment une société simple[12] tandis que d'autres estiment qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* empruntant à la fois à la société simple et au mandat[13]. Dans le cadre de cette contribution, la distinction n'a toutefois pas de réel impact.

Corollaire de l'indépendance de la médiation vis-à-vis de la procédure judiciaire, le médiateur n'a pas de compte à rendre à l'autorité de conciliation ou au tribunal[14]. Cela découle également de la confidentialité de la médiation, examinée ci-dessous.

3 Voir en particulier l'analyse très complète de Beyeler. Cf. également CR CPC-Bohnet, CPC 213 ss ; BSK ZPO-Ruggle, CPC 213 ss ; Hofmann / Lüscher, p. 241 ss ; Vigneron-Maggio-Aprile, Procédure civile, p. 54 ss ; Mirimanoff, Justice durable, p. 77 ss.

4 La distinction entre médiation et conciliation a fait l'objet de nombreuses contributions. Cf. notamment Guy-Ecabert, p. 17 ss ; Mirimanoff / Vigneron-Maggio-Aprile, p. 87 ss.

5 Hofmann / Lüscher, p. 241.

6 La pratique des tribunaux civils en matière de suspension n'est pas homogène. Il semblerait que certains juges fassent preuve de souplesse et ne suspendent pas automatiquement la procédure en cas de médiation. Dans ce cas, il peut arriver que les envois en médiation soient assortis d'une convocation à trois mois (cf. Thorens-Aladjem, p. 443), comme c'est le cas en France (art. 131-1 à 131-3 du Code de procédure civile français).

7 CR CPC-Bohnet, CPC 213 N. 11 et CPC 214 N. 20.

8 Vigneron-Maggio-Aprile, Procédure civile, p. 56.

9 CR CPC-Jeandin, CPC 316 N. 7 ; Beyeler, N. 139.

10 Beyeler, N. 237 ; Goetz, p. 282 s. ; Habscheid, p. 941 s.

11 Cet accord est également appelé « consentement à la médiation ».

12 Not. Habscheid, p. 941.

13 Beyeler, N. 230 ; Mirimanoff, Justice durable, p. 35 ; Goetz, p. 282.

14 CR CPC-Bohnet, CPC 216 N. 6.

3. Confidentialité de la médiation

Le contenu de la médiation demeure confidentiel (art. 216 al. 1 *ab initio* CPC). Il s'agit d'un principe fondamental qui a pour but d'offrir aux parties la possibilité de s'exprimer librement[15]. L'étendue et les limites de cette confidentialité sont toutefois controversées en doctrine[16].

En pratique, les parties règlent généralement ce point dans l'accord d'entrée en médiation. Elles ne peuvent pas renoncer par avance à la confidentialité. En revanche, elles ont la possibilité de consentir à ce que certaines informations partagées durant la médiation soient utilisées dans le cadre de la procédure judiciaire[17].

En cas d'échec de la médiation, le juge ne pourra pas tenir compte des déclarations des parties faites devant le médiateur (art. 216 al. 2 CPC). Il s'agit du même mécanisme qu'en procédure de conciliation (cf. art. 205 al. 1 CPC)[18]. L'interdiction faite au juge couvre tant les propos des parties que leur attitude, leurs éventuelles concessions et propositions d'arrangements, ainsi que les documents, dans la mesure où ces déclarations (comprises au sens large) n'existaient pas indépendamment de la médiation ou n'étaient pas connues de l'autre partie avant la médiation[19]. Ainsi, la médiation ne doit pas permettre d'empêcher une partie de se prévaloir de certains faits dans une procédure civile sous le simple prétexte qu'ils ont également été mentionnés en médiation[20].

Quant au médiateur, il ne peut pas transmettre d'information à l'autorité de conciliation ou au tribunal s'agissant du déroulement de la médiation, du comportement des parties ou de tout autre élément de la médiation[21]. Cela découle des règles de procédure précitées mais également, à Genève, de la nouvelle loi sur la médiation (art. 10 al. 1 LMédiation/GE). Le médiateur dispose d'ailleurs de la possibilité de refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. d CPC).

Lorsque des faits confidentiels sont malgré tout divulgués par une partie, ni l'autorité de conciliation ni le juge ne peuvent les prendre en considération. La question se pose toutefois de savoir s'il s'agit de moyens de preuves obtenus de manière illicite et si l'intérêt prépondérant à la manifestation de la vérité peut permettre d'en tenir compte malgré tout (art. 152 al. 2 CPC).

15 Beyeler, N. 255 ss; Mirimanoff, Justice durable, p. 82 s.; Lévy, p. 88; Sambeth, p. 253 s.

16 Cf. Sambeth, p. 254 ss; Beyeler, N. 247 ss; Lévy, p. 90; Kobel, p. 4 ss.

17 CR CPC-Bohnet, CPC 216 N. 9.

18 Beyeler, N. 254.

19 Beyeler, N. 281 ss; CR CPC-Bohnet, CPC 216 N. 10.

20 Beyeler, N. 282 s.

21 CR CPC-Bohnet, CPC 216 N. 5.

La doctrine est partagée mais le Tribunal fédéral rappelle que cette disposition s'applique aux preuves obtenues en violation d'une norme de droit matériel. Lorsqu'une norme de procédure est violée, la preuve est qualifiée d'irrégulière et l'article 152 alinéa 2 CPC ne s'applique pas à ce cas de figure[22]. Nous suivons l'avis de Beyeler qui considère que l'interdiction de l'article 216 alinéa 2 CPC ne souffre aucune exception[23]. Une décision judiciaire basée sur des faits couverts par la confidentialité de la médiation serait alors annulable[24]. Enfin, si le médiateur est à l'origine de la divulgation, il peut faire l'objet de sanctions disciplinaires[25].

B. Médiation facultative ou obligatoire ?

La médiation est un processus volontaire auquel les parties doivent adhérer librement. Les articles 213 alinéa 1 et 214 alinéa 2 CPC prévoient d'ailleurs que la médiation ne peut avoir lieu que si toutes les parties en font la demande. Il en découle que la médiation est consensuelle et facultative[26]. Toutefois, des exceptions existent en droit de la famille.

En effet, les juges peuvent encourager ou ordonner la médiation pour le bien-être des enfants. L'article 297 alinéa 2 CPC, relatif à la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille, permet au juge d'exhorter les parents à tenter une médiation. Cela signifie que le juge peut faire preuve d'une certaine insistance pour inciter les parties à recourir à la médiation, sans pour autant que le CPC n'institue d'obligation procédurale pour les parties[27]. Dans le cadre des mesures de protection de l'enfant, l'article 314 alinéa 2 CC prévoit également la possibilité d'exhorter à la médiation.

22 ATF 140 III 6, c. 3.1; TF, 5A_643/2020 du 11 septembre 2020, c. 4.3.2; TF, 4A_200/2016 du 5 octobre 2017, c. 3.1.

23 Beyeler, N. 264, estime en particulier que l'art. 216 al. 1 CPC n'interdit pas la divulgation par les parties mais la prise en compte par le juge. Selon lui, cette disposition constitue de plus une *lex specialis* par rapport à l'art. 152 al. 2 CPC. Plus nuancé: BSK ZPO-Ruggle, CPC 216 N. 11 ss, qui réserve d'ailleurs l'abus de droit, mais qui fait également un parallèle entre la confidentialité de la médiation et celle de la conciliation selon l'art. 205 al. 1 CPC. *Contra*: CR CPC-Bohnet, CPC 216 N. 12, qui mentionne simplement la possibilité de recourir à la pesée des intérêts de l'art. 152 al. 2 CPC.

24 Beyeler, N. 264.

25 En particulier si son activité est soumise à autorisation, comme c'est le cas des médiateurs assermentés dans le canton de Genève (art. 11 LMédiation/GE).

26 Beyeler, N. 4.

27 CR CPC-Jeandin, CPC 297 N. 10 s.

En revanche, l'article 307 alinéa 3 CC va plus loin en permettant au juge de véritablement ordonner une médiation lorsque le bien-être de l'enfant est menacé et que les parents n'y remédient pas d'eux-mêmes ou ne sont pas en mesure de le faire[28]. Il s'agit ici d'une mesure incisive qui peut être assortie de la menace de l'article 292 CPC, contrairement à l'exhortation de l'article 314 CC[29].

Malgré ces interventions judiciaires, la nature volontaire de la médiation est préservée car les parties peuvent se retirer du processus à tout moment[30].

C. Encouragement à la médiation

Le législateur genevois a décidé de promouvoir le recours à la médiation afin de contribuer à la paix sociale et de limiter la judiciarisation des rapports sociaux (art. 1 al. 1 LMédiation/GE). Pour ce faire, le Bureau de la médiation a ouvert ses portes en janvier 2024 avec comme missions principales l'information et l'orientation du public, la sensibilisation et la formation des juges et des avocats, ainsi que l'octroi d'aides financières aux personnes en conflit qui recourent à la médiation (art. 17 al. 1 LMédiation/GE). Ce Bureau est composé de médiateurs et médiatrices expérimentés (art. 17 al. 2 LMédiation/GE). Les aides financières couvrent non seulement l'activité du médiateur (art. 19 LMédiation/GE) mais également une partie des honoraires d'avocat des parties (art. 21 LMédiation/GE) ainsi que le recours à un conseil juridique pour un avis de droit (art. 22 LMédiation/GE).

Pour recourir à la médiation, il faut que les parties connaissent son existence et soient au fait de ses spécificités. Sans cela, l'initiative des parties de faire appel à la médiation pour résoudre leurs différends risque malheureusement de demeurer rare[31]. Par conséquent, il revient aux juges et aux avocats de les informer et de les orienter.

Il s'agit d'ailleurs d'une des trois missions du juge civil. Celui-ci devrait concilier les parties, les orienter vers la médiation et, en dernier recours, instruire l'affaire et juger[32]. À Genève, cette mission d'orientation figure désormais dans la Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ/GE[33]), selon laquelle les magistrats encouragent les parties à tenter une médiation dans toutes les situations qui leur paraissent s'y prêter (art. 67 al. 1 LOJ/GE). Le premier projet de loi, qui ne prévoyait alors qu'une modification de la LOJ/GE, souhaitait insérer un nouvel article 65D intitulé « Affaires éligibles à la médiation »[34]. La suite des travaux législatifs a non seulement conduit à la création d'une loi à part, mais également à la modification de l'article 67 LOJ/GE, intitulé « Envoi en médiation », démontrant que la mission du juge civil demeure inchangée.

Cette mission d'orientation concerne également les avocats. La loi genevoise sur la profession d'avocat (LPAv/GE[35]) leur impose de conseiller chaque client sur le mode de résolution de conflits le mieux adapté à sa situation (art. 1 al. 3 LPAv/GE), ce qui inclut la médiation. Cette mission s'inscrit également dans le cadre plus large de l'obligation de diligence de l'avocat telle que prévue par la loi fédérale sur la libre circulation des avocats (LLCA[36] ; art. 12 let. a)[37], par le Code suisse de déontologie de la Fédération Suisse des avocats (CSD ; art. 11), ainsi que par certains us et coutumes cantonaux[38].

D. Situations adaptées à la médiation

Pour remplir leurs missions respectives, les juges et les avocats doivent être en mesure de détecter les situations qui sont adaptées à la médiation.

En théorie, toute situation conflictuelle peut se prêter à la médiation. Il semble que le législateur genevois a d'ailleurs choisi de ne pas limiter le champ d'application matériel de la LMédiation, en s'abstenant de spécifier les situations où la médiation serait possible ou non. Dès lors, c'est à travers l'examen des circonstances concrètes de chaque conflit qu'il convient d'évaluer si l'on se trouve dans une situation qui se prête à la médiation.

Aux Pays-Bas, de nombreuses recherches ont été menées au sein des tribunaux, sous la direction de Machteld Pel, afin d'évaluer la médiation judiciaire (*court-connected mediation*). En se fondant sur ces recherches et sur sa propre expérience de juge et de médiatrice, Pel a établi une première liste d'indicateurs (*indicators*) et de contre-indicateurs (*counter indicators*) pour faciliter le renvoi en médiation[39]. Par la suite, elle a rédigé un guide pratique permettant d'aider les parties en conflit à décider si la médiation est une bonne option[40]. Dans cet ouvrage de référence, le terme « indicateurs » a été remplacé par « critères de choix » (*choice drivers*) en faveur et en

28 ATF 142 III 197, c. 3.7, JdT 2017 II 179 ; TF, 5A_723/2019 du 4 mai 2020, c. 6.3.2. Pour un commentaire, voir Jordan, p. 1399 ; Lévy / Kiepe, p. 450 ss. *Contra* : Beyeler, N. 44, qui estime que le juge ne peut jamais obliger juridiquement les parties à tenter une médiation.

29 CR CC I-Meier, CC 307 N. 14.

30 Beyeler, N. 5.

31 Pel, p. 168.

32 Stoll, p. 332 ss ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 15.

33 RSG E 2 05.

34 PL 12854, p. 46 ss.

35 RSG E 6 10.

36 RS 935.61.

37 Mirimanoff, Procédure civile, p. 108 ss.

38 C'est notamment le cas des us et coutumes genevois (art. 10 al. 1 et 2) et valaisans (art. 10).

39 Niemeijer / Pel, p. 353.

40 Pel.

défaveur de la médiation[41]. En Suisse romande, la doctrine a repris ces critères afin d'identifier les situations qui se prêtent à la médiation[42].

En parallèle, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), dont la Suisse est membre, a élaboré des Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la médiation en matière civile, pénale et administrative[43]. Puis, elle a développé une Boîte à outils pour le développement de la médiation, en collaboration avec l'Institut International de Médiation et le Conseil des barreaux européens[44]. L'objectif est d'aider les États membres à mettre en œuvre et à développer concrètement l'utilisation de la médiation, ainsi que de soutenir les acteurs de la médiation dans leur pratique quotidienne[45]. Cette Boîte à outils comprend notamment un guide du renvoi judiciaire à la médiation à l'attention des juges, ainsi qu'un guide de médiation pour les avocats. Tous deux contiennent une liste de critères pour l'orientation des parties et le renvoi en médiation[46].

Ces indicateurs ont enfin été repris et commentés par la doctrine suisse[47]. La Boîte à outils de la CEPEJ est par ailleurs explicitement mentionnée dans les travaux parlementaires ayant abouti à la LMédiation/GE[48]. Il paraît dès lors opportun de s'intéresser à ces critères pour interpréter et concrétiser la mission d'orientation des juges et des avocats.

41 *Id*., p. 59.

42 CPMMCP / GEMME, p. 10 s.; Mirimanoff, Orientation préalable, p. 17 ss; Mirimanoff, Amiable, p. 218 ss; Mirimanoff / Courvoisier, p. 7 ss; Mirimanoff, Prescripteur, N. 36 ss; Gay, p. 423 ss.

43 CEPEJ(2007)14F (12/2007), CEPEJ(2007)13F (12/2007) et CEPEJ(2007)15F (12/2007).

44 CEPEJ, Boîte à outils, p. 3.

45 *Ibid*.

46 CEPEJ, Juges, p. 2 ss; CEPEJ, Avocats, p. 10. À noter que la Chambre de Médiation de l'Ordre des avocats vaudoise a également élaboré divers documents dans le même but: https://mediation-oav.ch/professionnels/ (dernière consultation le 17.06.24).

47 Cf. en particulier Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 137 ss; voir également Dutoit, p. 69 s.

48 PL 12854, p. 46 ss, qui donne des exemples de situations éligibles ou non à la médiation.

II. Orientation des parties

Les avocats et les juges jouent un rôle essentiel dans l'orientation des personnes impliquées dans un conflit. Grâce à leur expérience et leur expertise, ils sont à même de comprendre les enjeux et les options à disposition, ainsi que de poser les bonnes questions aux parties afin de les orienter vers la voie la plus adaptée à leur situation.

Une orientation efficace suppose de réaliser un diagnostic du conflit[49]. Celui-ci commence par une anamnèse, soit une évaluation initiale de la situation (A), ce qui nécessite de questionner les parties[50]. Il continue avec un examen plus approfondi du différend impliquant une analyse objective de la situation juridique (B) et une analyse subjective de la situation personnelle des parties (C)[51]. Le diagnostic permet alors d'évaluer la pertinence du traitement proposé, en l'occurrence de la médiation, au moyen d'indicateurs et de contre-indicateurs (D). Il convient finalement d'informer les parties et de leur formuler une recommandation (E).

Afin de faciliter le diagnostic du conflit, un schéma est annexé à cette contribution (cf. Annexe I).

49 CEPEJ, Juges, p. 3 s.; Sambeth/Pastore, p. 383 s.; Stimec, p. 46.

50 Pel, p. 148 s. et 161; CEPEJ, Juges, p. 17.

51 Mirimanoff, Gestion des conflits, p. 159; Gay, p. 423 ss; Dutoit, p. 69; Mirimanoff, Procédure civile, p. 109.

A. Évaluation initiale (anamnèse)

1. Contexte factuel

Deux questions permettent de comprendre le contexte factuel : quel est l'objet du conflit et quelle est son étendue ?

L'objet du conflit correspond aux points de désaccord entre les parties et les enjeux qui y sont rattachés. Le conflit peut être vu comme un iceberg. La partie visible de l'iceberg se compose des faits, du droit applicable et des positions des parties, alors que sa partie immergée englobe de manière plus large les besoins et les intérêts des parties, d'éventuels malentendus, leurs perceptions de la situation, leurs sentiments, intentions, émotions, craintes, et les valeurs qu'elles prônent[52]. L'étendue du conflit est quant à elle délimitée par les personnes impliquées, qu'il s'agisse des parties ou de tiers affectés par la situation conflictuelle, qui peuvent à leur tour avoir un impact sur sa gestion (cf. *infra* II.C.2).

Il est important de tenir compte de l'ensemble de ces éléments dans le cadre du diagnostic afin d'orienter au mieux les parties.

2. Objectifs des parties

Quels objectifs sous-jacents motivent réellement les parties, au-delà des positions qu'elles affichent ?[53] La réponse n'est pas évidente à obtenir, pour la simple raison que les parties elles-mêmes ne se sont souvent pas prêtées à un examen poussé de leurs motivations profondes. Pour les accompagner, l'avocat ou le juge peut formuler la question de la manière suivante : si ce conflit était résolu dès demain, quel serait pour vous le dénouement idéal ?

L'identification des objectifs incombe d'abord à l'avocat, qui a l'occasion de s'entretenir avec son client avant d'entamer d'éventuelles démarches judiciaires. Pour le juge, cette étape aura lieu au plus tôt lors de la première audience. Dans les deux cas, cela permet une lecture plus pertinente de la situation juridique et de mieux comprendre la situation personnelle des parties.

52 Mirimanoff, Gestion des conflits, p. 158 s.; Lack, p. 341 ss.

53 Sander / Goldberg, p. 51 ss; Sander / Rozdeiczer, p. 10 ss; CPR, p. 5 ss.

B. Situation juridique (analyse objective)

1. Conclusions et motivation juridique

Les parties formulent leurs prétentions au moyen de conclusions, en vue de les soumettre au tribunal[54]. Il convient de se poser la question suivante : en cas d'action judiciaire, ces conclusions permettent-elles de résoudre le différend dans sa globalité ou seulement en partie ? Autrement dit, une victoire en justice permettrait-elle d'atteindre les objectifs des parties ?

Il est également nécessaire d'examiner la motivation juridique des conclusions. Parvient-elle à établir le bien-fondé de la position de chaque partie ? Cet examen permet d'identifier les allégués à formuler et d'évaluer la complexité de l'affaire. Cela conditionne la suite de l'analyse, à savoir l'administration des preuves, les coûts globaux et les chances de succès.

2. Administration des preuves

Selon le principe général de l'article 8 CC, il appartient à la partie qui allègue un fait d'en apporter la preuve, laquelle porte sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC). Il est essentiel d'établir la liste des moyens de preuve à disposition pour soutenir la position de chaque partie afin d'anticiper les éventuelles mesures probatoires à requérir ou à ordonner dans le cadre de l'administration des preuves. Cela aura un impact non seulement sur l'estimation des coûts globaux, mais également des chances de succès.

3. Coûts globaux

L'analyse des éléments précédents donne un premier aperçu des coûts potentiels associés à la résolution du différend. Ceux-ci se mesurent en temps, en argent et en énergie.

La durée d'une procédure judiciaire dépend de la complexité (juridique et/ou factuelle) de l'affaire, du nombre d'étapes procédurales et de la charge de travail des tribunaux. Elle est difficile à évaluer mais, généralement, un procès s'étend sur des mois, voire des années. La durée d'une médiation, en revanche, dépasse rarement six mois, ce qui équivaut en moyenne à trois à cinq séances[55].

Les frais engendrés par le procès sont également difficiles à chiffrer. Le calcul des frais de justice dépend des montants réclamés dans les conclusions et des mesures d'instruction (p. ex. une expertise), qui ont chacune un coût. À cela s'ajoutent les honoraires d'avocats, qui varient en fonction de nombreux

54 Le Roy / Schönenberger, p. 343; Hohl, N. 398.

55 FSM, Enquête 2014, p. 6 s.

facteurs. Dans le cadre d'une médiation, les parties doivent seulement s'acquitter des honoraires du médiateur et d'éventuels frais annexes (p. ex. location de salle)[56]. À Genève, l'État prend en charge les coûts de la médiation, à certaines conditions, à travers le Bureau de la médiation (cf. *supra* I.C).

Enfin, il convient de prendre en compte l'énergie dépensée pour résoudre un conflit. En vue d'une procédure judiciaire, chaque partie doit mobiliser des ressources pour fournir les explications et les documents pertinents à son avocat, puis participer à la préparation du procès et enfin assister aux audiences. Ces efforts et leurs répercussions sur les parties sont souvent sous-estimés[57]. Il en va de même de la charge émotionnelle liée à une procédure judiciaire, en particulier lorsque celle-ci dure des années. À noter que cette charge affecte non seulement les parties mais également leur entourage. Le processus de médiation nécessite quant à lui moins de préparation en amont car l'essentiel du travail est fourni par les parties pendant les séances et il se termine plus rapidement, comme indiqué ci-dessus, ce qui réduit son impact sur les parties.

Il revient aux avocats et aux juges d'estimer les coûts globaux d'un procès, de les comparer avec ceux d'une médiation et d'interroger les parties sur les ressources disponibles pour résoudre leur conflit. Il convient ensuite de mettre ces informations en parallèle avec ce que les parties peuvent raisonnablement espérer retirer du procès, en fonction de leurs chances de succès, ou de la médiation.

4. Chances de succès

Les chances de succès d'une action en justice sont généralement difficiles à évaluer. Il arrive souvent que les parties surestiment les possibilités de victoire et sous-estiment les conséquences négatives en cas de défaite[58]. Les avocats jouent un rôle essentiel en permettant à leurs clients de se faire une idée raisonnable de l'issue probable du procès. À noter toutefois que les chances de succès sont souvent perçues de manière différentes par les parties et par les avocats. Ces derniers devraient clarifier cette question, quitte à quantifier les probabilités de succès en pourcentage si nécessaire, pour garantir que leur client partage leur compréhension de la situation. Ils aident également chaque partie à évaluer les risques liés au procès ou à la médiation, qu'ils soient financiers, juridiques ou réputationnels. L'impact sur les parties d'une victoire, d'une défaite ou d'un accord devrait idéalement être pris en considération[59].

56 À Genève, les médiateurs et médiatrices peuvent facturer des débours avec l'accord des parties (art. 19 al. 6 LMédiation/GE).

57 Burgener, p. 449.

58 Stimec, p. 45.

59 Burgener, p. 449 ; Gay, p. 424.

C. Situation personnelle (analyse subjective)

1. Interactions entre les parties

Le premier point à élucider est de savoir si les parties communiquent entre elles et, le cas échéant, si elles ont déjà essayé de résoudre leur conflit d'une manière ou d'une autre (p. ex. une tentative de négociation ou de médiation). Cela permet d'avoir un aperçu de la relation entre les parties, de leur état d'esprit et du niveau d'intensité du conflit.

Le second élément à examiner est l'éventuel déséquilibre qui pourrait exister dans la relation entre les parties[60]. Pour rappel, les interactions sociales ne sont jamais totalement équilibrées. Généralement, les asymétries de pouvoir sont minimes ou varient selon le contexte et ne posent pas de problème majeur dans la résolution du conflit.

Un déséquilibre des forces peut cependant être accentué par divers facteurs influant sur la négociation, notamment les ressources financières, les compétences, les arguments juridiques, l'historique de la relation, les pressions externes, les besoins essentiels, la perception de la position de l'autre, les alternatives (ou l'absence d'alternative) à disposition, ou encore la force psychologique[61].

Les déséquilibres peuvent se manifester sous la forme de pressions subies par une figure d'autorité (supérieur hiérarchique, parent, médecin, représentant religieux, etc.), de conflits de loyauté (par exemple une aliénation parentale avérée), voire d'usage de la violence physique ou morale (harcèlement sexuel, dérapages verbaux ou physiques). Il est essentiel de les reconnaître afin d'orienter au mieux les parties en conflit.

2. Rôle des tiers

Les conflits ne touchent pas uniquement les parties directement impliquées ; des tiers sont souvent également concernés. Il est important d'identifier ces individus ou groupes qui peuvent influencer la résolution du conflit afin de leur donner un rôle adapté à leur implication. Ce rôle variera selon que l'on se trouve en procédure judiciaire ou en médiation. À titre d'exemples de tiers, nous pouvons mentionner les conjoints, les enfants, les autres membres de la famille, les proches, les voisins, les collègues de travail, les supérieurs hiérarchiques, les partenaires commerciaux, les assureurs, etc.

60 Gay, p. 425.

61 Sander / Rozdeiczer, p. 29 ss.

3. Relation au risque

L'attitude des parties face au risque est le pendant subjectif des chances de succès. Quelle est la perception du risque par chaque partie ? Quel est leur niveau d'aversion au risque ? Ces questions, combinées avec les chances de succès, facilitent généralement l'orientation des parties[62].

Il faut toutefois de se méfier des biais cognitifs, en particulier du « syndrome du jackpot » qui s'illustre de la manière suivante : le demandeur est persuadé qu'il obtiendra une somme d'argent importante en cas de procès ou inversement le défendeur est certain que son adversaire sera entièrement débouté, sans que ces convictions ne soient connectées à la réalité factuelle, ce qui rend la négociation difficile[63]. Il appartient à l'avocat d'informer son client au mieux sur les réelles chances de succès (cf. *supra* B.4).

D. Indicateurs et contre-indicateurs (évaluation de la médiation)

Il convient à présent d'évaluer si la médiation constitue une approche adaptée pour résoudre le conflit dans un cas concret. Pour cela, nous distinguons d'une part les indicateurs principaux identifiés par Pel, à savoir le sérieux de la démarche (1), le niveau d'escalade du conflit (2) et les perspectives d'avenir (3), et d'autre part les autres indicateurs (4). Tous sont utiles pour identifier les situations qui se prêtent à la médiation, mais les premiers sont également des indicateurs directs de succès de la médiation, alors que les seconds n'exercent qu'une influence indirecte sur son résultat, en fonction de leurs combinaisons et des spécificités du conflit[64].

Il est important de garder à l'esprit qu'il s'agit de guides généraux et non de règles infaillibles. La délimitation de chaque indicateur n'est pas stricte et des chevauchements sont possibles. L'avocat et le juge devront toujours recourir à leur savoir-faire issu de leur pratique pour évaluer la situation dans son ensemble. Enfin, en raison du caractère dynamique du conflit[65], l'examen des indicateurs est amené à évoluer avec le temps et le recours à la médiation peut s'avérer déconseillé dans un premier temps, puis préférable au procès par la suite.

Afin de faciliter l'orientation des parties, une checklist est annexée à cette contribution (cf. Annexe II).

1. Sérieux de la démarche

Selon les recherches menées par Pel, les premiers éléments à examiner pour déterminer si la médiation est adaptée au conflit sont la volonté de négocier et la latitude de négociation[66]. Ils permettent d'évaluer le sérieux avec lequel les parties sont prêtes à entamer les discussions.

a. Volonté de négocier

Il est possible d'examiner la volonté des parties de négocier à l'aide des trois indicateurs suivants : les parties souhaitent garder le contrôle sur le processus et le résultat, elles cherchent une solution rapide et/ou à moindre coût, et enfin une décision judiciaire ne permettrait pas de résoudre le conflit sous-jacent[67]. Il convient toutefois de ne pas confondre la volonté de négocier et l'intérêt à négocier. Il arrive parfois que, du point de vue de l'avocat ou du juge, l'intérêt des parties à tenter la médiation soit évident, alors que ces dernières ne sont aucunement disposées à entamer des pourparlers[68]. La combinaison de ces trois indicateurs évalue le sérieux de la volonté de négocier des parties.

En médiation, les parties contrôlent la durée du processus, chacune étant libre d'y mettre un terme à tout moment, ainsi que le calendrier des rencontres, d'entente avec le médiateur[69]. Cela permet une grande flexibilité d'organisation, une adaptation aux besoin et impératifs des parties et une certaine prévisibilité, alors que les aléas de la procédure judiciaire sont nombreux (incidents de procédure, délais supplémentaires, mesures d'instructions, etc.)[70]. La médiation permet également d'aboutir à une solution sur mesure[71]. Le médiateur est responsable du cadre des discussions et les parties se chargent d'en déterminer le contenu. Le résultat se trouve entre les mains des parties, qui bénéficient d'une solution adaptée à leurs besoins et à leurs objectifs (cf. *supra* A.2). La médiation offre ainsi un contrôle sur le résultat, par opposition à l'incertitude inhérente au procès[72]. L'évaluation de la relation au risque des parties permet de déterminer si cette incertitude est acceptable ou non (cf. *supra* C.3).

62 Gay, p. 424.

63 Sander / Goldberg, p. 59.

64 Pel, p. 57 ss, mentionne la volonté de négocier et la latitude de négociation, que nous avons regroupé sous le terme de « sérieux de la démarche », ainsi que niveau d'escalade du conflit. Ce sont également les indicateurs principaux retenus par la CEPEJ, Juges, p. 4. Pel évoque aussi la préservation de la relation en tant qu'indicateur de succès de la médiation, sans toutefois faire figurer explicitement cet élément dans la liste des indicateurs principaux. Cf. également Pel / Combrink, p. 37 ss. Nous examinons ce point sous l'angle plus large des « perspectives d'avenir ».

65 Pel, p. 26.

66 *Id.*, p. 57.

67 *Id.*, p. 57 s., 153 s.

68 *Id.*, p. 57, 153.

69 CEPEJ, Juges, p. 3 s.

70 Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 139.

71 Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 47.

72 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 58 s. ; CEPEJ, Juges, p. 3 s.

Les parties en conflit souhaitent généralement le résoudre rapidement et à moindre coût. Le facteur temps joue un rôle important, en particulier dans le domaine contractuel. Une résolution rapide du conflit peut s'avérer essentielle pour les parties lorsqu'un retard risquerait de compromettre leurs activités commerciales (p. ex. dans le domaine de la construction)[73]. Les aspects financiers du conflit jouent également un rôle souvent déterminant pour les parties, puisque les ressources à disposition pour régler le différend sont généralement limitées. Si ces aspects sont importants pour les parties, il est recommandé d'opter pour la médiation, car elle offre une solution plus rapide et moins coûteuse qu'un procès (cf. *supra* B.3)[74].

Il arrive enfin qu'une décision judiciaire ne permette pas de résoudre le conflit sous-jacent. Le litige soumis au tribunal est délimité par les conclusions des parties. Toutefois, les intérêts de celles-ci peuvent être plus larges que les enjeux juridiques[75]. Pour constater cela, il est nécessaire d'identifier les besoins et intérêts des parties, ainsi que leurs objectifs (cf. *supra* A.2). Il se peut par ailleurs qu'un conflit en cache un autre, à l'origine des tensions entre les parties. Ainsi, derrière des prétentions pécuniaires (p. ex. heures supplémentaires, contribution d'entretien, etc.) peuvent en réalité se cacher des préoccupations d'ordre émotionnel ou affectif liées à la relation entre les parties (p. ex. besoin de reconnaissance des efforts fournis ou de l'importance du rôle joué au sein de l'entreprise ou de la famille)[76]. La médiation, bien plus que le procès, permet de trouver des moyens de satisfaire au mieux ces besoins à l'aide de solutions sur mesure.

La présence de ces indicateurs est un signe encourageant en faveur de la médiation et de ses chances de succès[77]. En revanche, si aucune partie n'est disposée à négocier ou si une partie refuse purement et simplement toute discussion, alors la médiation n'est pas possible en l'état[78]. Il se peut malgré tout qu'avec le temps les tensions s'apaisent et que le dialogue devienne envisageable (cf. *infra* 2).

Il arrive que la mauvaise foi de la partie adverse soit invoquée comme argument en défaveur de la médiation. La mauvaise foi est une attitude déloyale qui vise à nier une vérité ou soutenir un mensonge. Proche de l'abus de droit, elle peut viser à détourner la médiation de son but à des fins dilatoires ou pour récolter des informations (*fishing expedition*)[79]. En réalité, les parties s'imaginent souvent que le camp adverse est de mauvaise foi du simple fait qu'il soutient une thèse différente de la leur. Une divergence de point de vue n'est pas suffisante pour remettre en question la bonne foi[80]. La médiation permet justement de clarifier ces différentes versions des faits. En revanche, en cas de mauvaise foi avérée, la médiation ne peut pas avoir lieu[81].

b. Latitude de négociation

De l'avis de Pel, il est nécessaire d'évaluer également la latitude de négociation des parties, à tout le moins leur marge de manœuvre dans la gestion du conflit[82]. Il s'agit également d'un indicateur en faveur de la médiation. Une latitude de négociation suffisante implique la possibilité de trouver une solution qui s'éloigne potentiellement des positions initiales des parties ou d'éventuelles attentes formulées par des tiers (p. ex. conjoint ou supérieur hiérarchique). L'importance de la latitude de négociation doit toutefois être relativisée, dans la mesure où des solutions acceptables peuvent être trouvées dans les limites de l'espace de négociation disponible. Il importe en revanche de disposer d'une marge de manœuvre suffisante, à savoir la capacité de négocier d'une façon ou d'une autre, de rectifier des problèmes de communication, d'explorer les différents intérêts en jeu et de rechercher des moyens de les satisfaire[83]. Si une partie ne dispose d'aucune latitude de négociation ni de marge de manœuvre, il est plus judicieux de se tourner vers le procès[84].

2. Niveau d'escalade du conflit

Le niveau d'intensité du conflit entre les parties est un élément essentiel dont il faut tenir compte. Pour le mesurer, nous nous référons à l'« Échelle du conflit ». Il s'agit d'un outil élaboré par Friedrich Glasl qui décrit l'escalade du conflit en neuf étapes d'intensité croissante réparties en trois paliers (cf. Annexe III). Sur le premier palier, l'opposition entre les parties est rationnelle et relativement contrôlée. Les tensions montent mais la coopération est toujours possible. Sur le second, les tensions se focalisent sur la relation entre les parties qui commencent à se menacer.

73 Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 139.

74 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 54 ss; Mirimanoff, Prescripteur, N. 46; CEPEJ, Avocats, p. 10; CEPEJ, Juges, p. 3 s.

75 Mirimanoff, Amiable, p. 218; CEPEJ, Juges, p. 3 s.; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 138.

76 Pour plus d'informations à ce sujet, cf. Fisher / Shapiro.

77 Pel, p. 58.

78 Cf. Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 142, qui mentionne également le besoin pour les parties de remettre la prise de décision au juge afin notamment de se dédouaner de leur responsabilité.

79 Mirimanoff, Prescripteur, N. 65. Pour plus d'information sur la confidentialité en médiation, cf. *supra* I.A.3.

80 Mirimanoff, Amiable, p. 220.

81 Pel, p. 59; Mirimanoff, Amiable, p. 219; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 142.

82 Pel, p. 154 s.; cf. également Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 142.

83 Pel, p. 154 s.

84 Mirimanoff, Prescripteur, N. 65; CEPEJ, Juges, p. 3 s.

Enfin, sur le dernier palier, les parties ne communiquent plus et mettent de côté leurs propres intérêts. Leur confrontation devient destructrice car elles sont incapables de se faire confiance et éprouvent un besoin de blesser l'autre, de lui nuire, voire de le détruire[85].

Tant que le conflit se situe sur le premier ou le second palier, la médiation est envisageable. Pel estime même que la médiation pourrait ne pas être nécessaire sur le premier palier puisque les parties sont capables de coopérer[86]. Nous estimons cela étant que le recours à un médiateur peut s'avérer bénéfique sur ce premier palier afin d'aider les parties à identifier leurs besoins et leurs intérêts. Sur le second palier, le rôle du médiateur consiste notamment à traduire les propos des parties en leur ôtant l'agressivité que celles-ci y attachent, afin que le message devienne audible et que la discussion s'oriente vers une solution[87]. En revanche, si le conflit a trop escaladé et que les parties se situent sur le troisième palier, où les interactions peuvent se traduire en violence, il est nécessaire de recourir à la procédure judiciaire[88]. C'est particulièrement le cas lorsque la violence est récurrente ou avérée mais niée par son auteur[89].

Comme déjà évoqué ci-dessus, il convient de garder à l'esprit que le conflit évolue avec le temps et qu'il peut diminuer[90], rendant possible une médiation qui paraissait impensable auparavant.

3. Perspectives d'avenir

La préservation de la relation est également un indicateur de succès de la médiation. Celle-ci est particulièrement indiquée lorsque les parties en conflit sont engagées dans une relation durable (de fait ou de droit) nécessitant des interactions régulières[91]. Ces interactions peuvent découler d'une nécessité, et non d'un choix, en particulier à court ou à moyen terme[92]. Nous pensons notamment aux relations familiales, de travail, de voisinage ou commerciales. La médiation est pertinente dans ces situations car elle permet de préserver les relations comportant des intérêts personnels ou commerciaux communs, tout en prévenant les litiges futurs, faute de quoi ces relations pourraient être sérieusement compromises[93].

De même, quand une relation durable touche à sa fin, qu'elle soit professionnelle ou personnelle, la médiation peut être utilisée pour organiser le processus de séparation, afin de mitiger ses conséquences. Le recours à la médiation permet de s'assurer que l'épilogue de la relation se déroule avec considération pour toutes les parties concernées[94]. Prenons à titre d'illustration le licenciement d'un employé compétent mais réfractaire à la digitalisation de son activité. La médiation permet d'envisager des solutions plus créatives que le versement d'une éventuelle indemnité. Par exemple, le maintien de l'employé en tant que consultant pour accompagner la transition digitale, valorisant ainsi son expérience tout en satisfaisant les objectifs de l'entreprise. Cette solution limite par ailleurs les conséquences du licenciement en préservant le rôle et la réputation de l'employé. Dans le domaine familial, une situation délicate qui se présente souvent est celle de la séparation du couple avec enfant tout en maintenant la relation coparentale. La médiation permet de ménager les diverses dimensions de la relation afin de limiter l'impact de la séparation sur les parties, leurs enfants et leurs proches. En revanche, si ces égards particuliers ne sont pas nécessaires ou pas recherchés par les parties, le procès peut tout à fait convenir.

Lorsque les parties en conflit ont des intérêts économiques convergents ou complémentaires, la médiation leur permet de redéfinir leur relation et leurs activités ou d'établir de nouvelles formes de coopération[95]. Il s'agit en particulier de relations commerciales durables (p. ex. contrat de licence, contrat de franchise, contrat d'entreprise générale, contrat de sous-traitance, ou encore contrat de bail à loyer commercial). Cette orientation vers l'avenir contraste avec le contentieux, qui porte généralement sur des événements passés et qui vise à rétablir une situation conforme au droit. Dans le cadre de la médiation, les parties élaborent ensemble des solutions qui tiennent compte de la continuité et de l'évolution de leurs relations. La médiation offre ainsi une approche prospective qui prend en considération les besoins de coopération pour l'avenir.

85 Pel, p. 30 ss ; Glasl, p. 83 ss ; Lack, p. 345 ss.

86 Pel, p. 32.

87 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 43 ; Pel, p. 32 s.

88 Pel, p. 33 ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 65 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 140 s. Ce critère est d'ailleurs expressément mentionné à l'article 48 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Convention d'Istanbul ; RS 0.311.35).

89 Mirimanoff, Amiable, p. 219.

90 Pel, p. 30.

91 Mirimanoff, Amiable, p. 218 ; CEPEJ, Juges, p. 3 s. ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 137 s.

92 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 50.

93 Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 43 ; CEPEJ, Avocats, p. 10.

94 Pel, p. 59.

95 Mirimanoff, Amiable, p. 218 ; CEPEJ, Juges, p. 3 s. ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 137 s.

La médiation peut également s'avérer particulièrement utile lorsqu'une action en justice pourrait provoquer un conflit avec des intérêts vitaux d'une partie[96]. En effet, certains conflits touchent des aspects cruciaux qui pourraient menacer l'activité, la réputation, l'entourage ou même l'existence de la partie concernée. Nous pensons surtout aux relations commerciales (p. ex. avec un fournisseur difficilement remplaçable), mais également aux liens familiaux (p. ex. en cas de succession). Dans ces contextes particuliers, la médiation permet de préserver la relation et, par ce biais, les intérêts vitaux de chacun.

À l'inverse, la médiation n'est pas toujours la solution à privilégier dans les situations où les parties en conflit n'ont pas de relation préexistante et ne devraient pas avoir d'autres interactions dans le futur (p. ex. un léger accident de voiture ou l'achat d'un objet défectueux). Dans de telles circonstances, l'absence de relations à long terme peut faire de la médiation une option moins pertinente qu'un procès, surtout si les parties se sentent moins impliquées dans le conflit.

4. Autres indicateurs

a. Attentes des parties

La médiation permet d'obtenir une solution définitive et durable au différend. Cela découle d'une combinaison d'éléments : les discussions prennent en compte l'ensemble des intérêts des parties et le rôle des tiers impliqués dans le conflit. Elles sont aussi tournées vers l'avenir et mises en œuvre dans un accord sur mesure. De ce fait, les accords de médiation durent généralement dans le temps et sont respectés par les parties[97].

La préférence pour la médiation peut s'expliquer par un besoin accru de confidentialité[98] afin de préserver l'image publique ou la réputation personnelle des parties[99]. Il s'agit notamment des composantes politiques, économiques ou intimes des conflits. Cela peut par exemple concerner les cercles professionnels restreints qui souhaiteraient éviter la publicité d'un procès et recherchent une certaine de discrétion dans le traitement de leur conflit (p. ex. les professions libérales).

À l'inverse, il arrive qu'une des parties souhaite se prévaloir d'une décision auprès de tiers. Dans ce cas, le procès est naturellement la voie à privilégier. En effet, pour certains litiges il est important d'obtenir une décision judiciaire afin de non seulement régler la situation litigieuse, mais également de créer un précédent qui permette de clarifier une question juridique et de prévenir d'autres litiges par le biais de sa communication à des tiers[100]. Ainsi, une marque pourrait avoir intérêt à défendre ses droits de propriété intellectuelle devant un tribunal dans l'espoir d'obtenir un jugement qui condamne un contrefacteur et décourage les autres de suivre son exemple[101].

b. Tentatives passées

En cas d'échec de négociations, la médiation peut tout à fait être envisagée[102]. En effet, les parties ont visiblement démontré une volonté de discuter. Par ailleurs, une mauvaise communication est souvent la cause de cet échec et, plus généralement, la source de conflits. Ces problèmes peuvent notamment prendre la forme d'incompréhensions, soit l'incapacité ou le refus de comprendre quelqu'un ou quelque chose, ou de malentendus, soit des divergences d'appréciation ou d'interprétation. La médiation permet justement de rétablir une meilleure communication entre les parties pour les recentrer vers la recherche d'un accord[103].

Si une procédure judiciaire a été engagée, cela n'empêche pas le recours à la médiation (cf. *supra* I.A.1). Au vu des efforts que les parties doivent fournir et de la durée des procédures (cf. *supra* B.3), il arrive qu'après un certain temps les parties éprouvent une forme de lassitude vis-à-vis du procès[104]. Celle-ci peut notamment s'exprimer par le désir des parties de tourner la page ou de passer à autre chose face à une procédure qui s'enlise. Dans ce cas, il peut être judicieux d'envisager le recours à la médiation car les parties sont généralement plus enclines à la discussion.

En revanche, si une médiation a récemment échoué et que les circonstances n'ont pas changé, une nouvelle tentative n'a quasiment aucune chance d'aboutir[105]. Il vaut mieux recourir à des démarches judiciaires. Il se peut toutefois que la médiation devienne envisageable à un stade ultérieur de la procédure, par exemple après un premier échange d'écritures, lorsque les parties ont une meilleure estimation de la force de leurs positions et des moyens à engager dans le cadre du procès.

96 CEPEJ, Avocats, p. 10.

97 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 56 ss ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 41 s. ; Pel, p. 59.

98 Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Amiable, p. 218 ; CEPEJ, Avocats, p. 10 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 139.

99 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 53 s.

100 Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Amiable, p. 219 ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 65 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 142.

101 Exemple tiré de Burgener, p. 448.

102 En particulier si les négociations ont été menées « sur positions ». La médiation est quant à elle généralement basée sur les principes de la négociation dite « raisonnée », cf. Ury / Fisher.

103 Mirimanoff, Amiable, p. 220.

104 Pel, p. 59 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 140.

105 Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 65 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 141.

Il convient de garder à l'esprit que le recours au juge s'avère parfois nécessaire pour résoudre le différend[106]. La partie la plus faible peut avoir besoin de la protection spéciale que lui accorde la loi (p. ex. le travailleur, le locataire, le consommateur)[107]. Imaginons qu'un employeur ne verse pas son salaire à un employé malgré plusieurs réclamations. Mis au pied du mur, le travailleur n'a d'autre choix que d'intenter une action en justice. Le rôle du tribunal est d'assurer l'application de la loi à travers un jugement contraignant qui peut faire l'objet d'une exécution forcée. Cela permet, dans une certaine mesure, de rétablir l'équilibre entre les parties en s'appuyant sur l'autorité du système judiciaire et le recours à la force publique en faveur de ceux dont les droits ne sont pas respectés.

c. Complexité du conflit

Certains conflits se révèlent particulièrement complexes. Cette complexité peut notamment résulter de la présence de nombreuses demandes ou de l'implication de nombreuses parties. Imaginons un conflit de voisinage qui s'envenime au point que des procédures judiciaires sont envisagées. Les parties pourraient agir l'une contre l'autre en cessation du trouble devant les tribunaux civils, tout comme se dénoncer mutuellement pour divers motifs auprès d'autorités administratives (p. ex. construction d'une piscine sans autorisation), voire pénales. Il serait également envisageable pour les parties d'impliquer leur régie dans le conflit ou de se plaindre auprès de l'assemblée des copropriétaires.

Dans ces situations, la médiation s'avère particulièrement adaptée puisqu'elle permet d'aborder la situation conflictuelle dans son ensemble, en tenant compte de ses diverses composantes et en incluant toutes les parties[108]. En comparaison, le tribunal peut uniquement traiter le litige qui lui est soumis, à l'exclusion des autres volets du conflit, sous réserve d'une éventuelle jonction de causes (art. 125 let. c CPC)[109], une dénonciation d'instance (art. 78 CPC) ou un appel en cause (art. 81 CPC).

La présence de tiers complique également le conflit. La médiation permet d'inclure ces tiers dans la discussion ou, à tout le moins, de recueillir indirectement leurs points de vue à travers les parties, assurant ainsi une prise en compte de l'ensemble des personnes impliquées dans le conflit[110]. En matière successorale, les partenaires des héritiers jouent souvent un rôle important dans le partage des biens du *de cujus*. En cas de mobbing entre collègues, il se justifie dans certains cas d'impliquer la hiérarchie et/ou les ressources humaines, notamment si une réorganisation du service est envisagée. Le procès ne favorise pas nécessairement l'implication des tiers, celle-ci étant limitée au témoignage (art. 169 ss CPC), à l'expertise (art. 183 ss CPC), voire au renseignement écrit (art. 190 CPC), et leur rôle dans le litige se réduit souvent à clarifier des faits spécifiques.

Enfin, le conflit comporte parfois une composante internationale[111], en particulier dans les régions frontalières ou dans le domaine commercial. Les litiges internationaux nécessitent de résoudre de nombreuses questions juridiques préalables avant même d'examiner le fond de l'affaire, alors que la médiation n'a pas à tenir compte de ces éléments pour entamer les discussions. La langue peut également poser problème en procédure lorsque les parties ne parlent pas la langue du tribunal compétent pour juger l'affaire. En médiation, les parties choisissent librement le médiateur, notamment en fonction des langues qu'il maîtrise.

En raison de cette complexité, il peut exister une disproportion entre, d'un côté, les enjeux du conflit et, de l'autre, le coût et la durée du procès[112]. Même si le choix entre la médiation et le procès ne découle généralement pas uniquement d'un calcul mathématique, ce dernier permet souvent aux parties de se représenter plus concrètement les ressources à investir pour espérer obtenir gain de cause au tribunal et ce qu'elles pourraient effectivement en retirer dans le meilleur des cas. Il convient également de prendre en considération la charge émotionnelle liée au procès, tant pour les parties que pour leur entourage[113]. Généralement, la médiation s'avère un choix judicieux lorsque les enjeux paraissent faibles en comparaison des coûts et de la durée prévisibles d'une procédure judiciaire, ainsi que de ses conséquences sur le plan affectif.

En revanche, lorsqu'il est possible d'obtenir une décision judiciaire très rapidement ou sans frais excessifs, alors le procès est une solution préférable[114]. C'est notamment le cas lorsque la valeur litigieuse est minime, que la procédure est gratuite (art. 113 al. 2 CPC) ou que les questions juridiques sont simples et que la preuve des allégués peut être facilement apportée par titres.

106 Mirimanoff, Prescripteur, N. 65 ; Gay, p. 423.

107 Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Amiable, p. 219.

108 Sander / Goldberg, p. 57 s. ; Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 44 s. ; Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Amiable, p. 218 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 138.

109 Le Tribunal fédéral rappelle que la jonction de cause n'est possible que si la compétence du tribunal est donnée et que les causes relèvent de la même procédure (ATF 142 III 581, c. 2.1, SJ 2017 I 5).

110 Pel, p. 59 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 138.

111 Mirimanoff, Amiable, p. 218.

112 *Id.*, p. 218 ; CEPEJ, Avocats, p. 10 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 140.

113 Dutoit, p. 69 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 140.

114 Mirimanoff, Amiable, p. 219 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 143.

d. Émotions et tensions

Si le conflit a une composante émotionnelle importante, la médiation, bien plus que le procès, permet l'expression de ces émotions afin de créer un espace de discussion propice à la négociation[115]. Les émotions sont présentes dans tout conflit mais ont tendance à augmenter avec le temps, en particulier lorsqu'elles ne sont pas exprimées. Leur expression permet de libérer les parties de leur charge émotionnelle et de les aider à se recentrer sur des arguments rationnels[116]. Le soulagement d'avoir pu s'exprimer est un prérequis nécessaire pour négocier et résoudre un conflit, qu'il soit familial, de voisinage ou même commercial. Cela vaut également lorsque le litige implique des personnes morales dans la mesure où il s'agit toujours de relations humaines[117]. Et même si la médiation échoue, la procédure judiciaire s'en trouvera généralement facilitée car les aspects émotionnels auront été évacués ou à tout le moins apaisés[118].

Il arrive également que le conflit découle d'incompréhensions ou de malentendus, en particulier dans un contexte interculturel[119]. Cette situation engendre elle aussi des émotions négatives telles que la confusion, la peur, le mépris, voire la colère. Au-delà de l'expression de celles-ci, la médiation permet d'améliorer la communication entre les parties[120]. Le médiateur intervient comme intermédiaire et permet à chacun de se sentir à la fois entendu et compris à l'aide de l'écoute active et de la reformulation. Cela permet ensuite d'aborder les points litigieux de manière plus sereine et efficace. La présence d'un tiers formé à la gestion de conflit augmente ainsi considérablement les chances d'aboutir à une solution négociée.

Les situations conflictuelles engendrent des tensions entre les parties. Un certain déséquilibre des forces peut alors apparaître, que la médiation est généralement à même de gérer et de compenser. En revanche, face à un grave déséquilibre dans les rapports de force entre les parties (cf. *supra* C.1), il vaut mieux se tourner vers le tribunal. Il en va de même lorsqu'une partie se trouve dans une situation de conflit d'intérêts ou de loyauté (p. ex. dans un conflit familial clivé). Dans ces situations, la médiation n'est pas indiquée car la négociation n'est pas équitable, notamment s'il y a des risques d'intimidation ou de représailles, et la solution ne peut pas être librement acceptée[121].

E. Informations et recommandations

Au terme du diagnostic, il convient de fournir aux parties des informations sur la médiation et le procès, leurs spécificités, leurs avantages et leurs inconvénients[122], ainsi que de répondre aux éventuelles questions des parties avant de leur faire une recommandation sur la voie à suivre pour résoudre le conflit. À Genève, le Bureau de la médiation, qui se trouve au sein du Palais de justice, répond aux questions des parties et de toute personne intéressée par la médiation[123].

Par sécurité, il faudrait toujours conseiller aux parties de s'informer auprès d'un avocat afin de prendre les mesures nécessaires pour interrompre une éventuelle prescription ou éviter la péremption d'un droit. Pour rappel, le recours à la médiation dans le cadre d'une procédure judiciaire a pour avantage de créer la litispendance ou de la maintenir, contrairement à une médiation hors procédure (cf. *supra* I.A.1).

En définitive, la recommandation dépend des différents indicateurs et contre-indicateurs identifiés par le juge ou l'avocat. Il n'existe pas de formule mathématique permettant de décider de manière définitive si la médiation ou le procès est le mode le plus adéquat pour résoudre le conflit. Généralement, en présence d'un ou plusieurs des indicateurs principaux, les professionnels du droit devraient encourager les parties à tenter la médiation. En revanche, si certains des contre-indicateurs principaux sont présents, mieux vaut ne pas entamer des discussions qui pourraient envenimer la situation. Lorsque la situation est floue, les indicateurs secondaires permettent souvent de faire pencher la balance. Dans le doute, la médiation devrait avoir la priorité, comme le préconise le Conseil fédéral depuis de nombreuses années[124]. Les parties peuvent y mettre un terme à tout moment, de sorte que les risques ne sont pas très élevés. Dans tous les cas, la décision finale revient aux parties.

115 Sander / Goldberg, p. 54 ss ; Mirimanoff, Amiable, p. 218 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 137.

116 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 42 ss.

117 Sander / Goldberg, p. 56.

118 Mirimanoff, Prescripteur, N. 78.

119 Pekar Lempereur / Salzer / Colson, p. 46 s. ; Mirimanoff, Amiable, p. 218 ; CEPEJ, Avocats, p. 10.

120 Sander / Goldberg, p. 54 s.

121 Pel, p. 59 ; Mirimanoff, Amiable, p. 219 ; Mirimanoff, Prescripteur, N. 65 ; CEPEJ, Juges, p. 3 ; Vigneron-Maggio-Aprile, Indicateurs, p. 140 s.

122 Mirimanoff, Prescripteur, N. 56 ss ; CEPEJ, Juges, p. 4.

123 https://justice.ge.ch/fr/contenu/bureau-de-la-mediation. Par ailleurs, le site Internet de la Fédération Suisse Médiation (FSM) fournit de nombreuses informations (https://www.mediation-ch.org/). De son côté, la Fédération Genevoise Médiation (FGeM) propose une Permanence Info Médiation (PIM) joignable par téléphone ou par courriel (https://fgem.ch/permanence-info-mediation/).

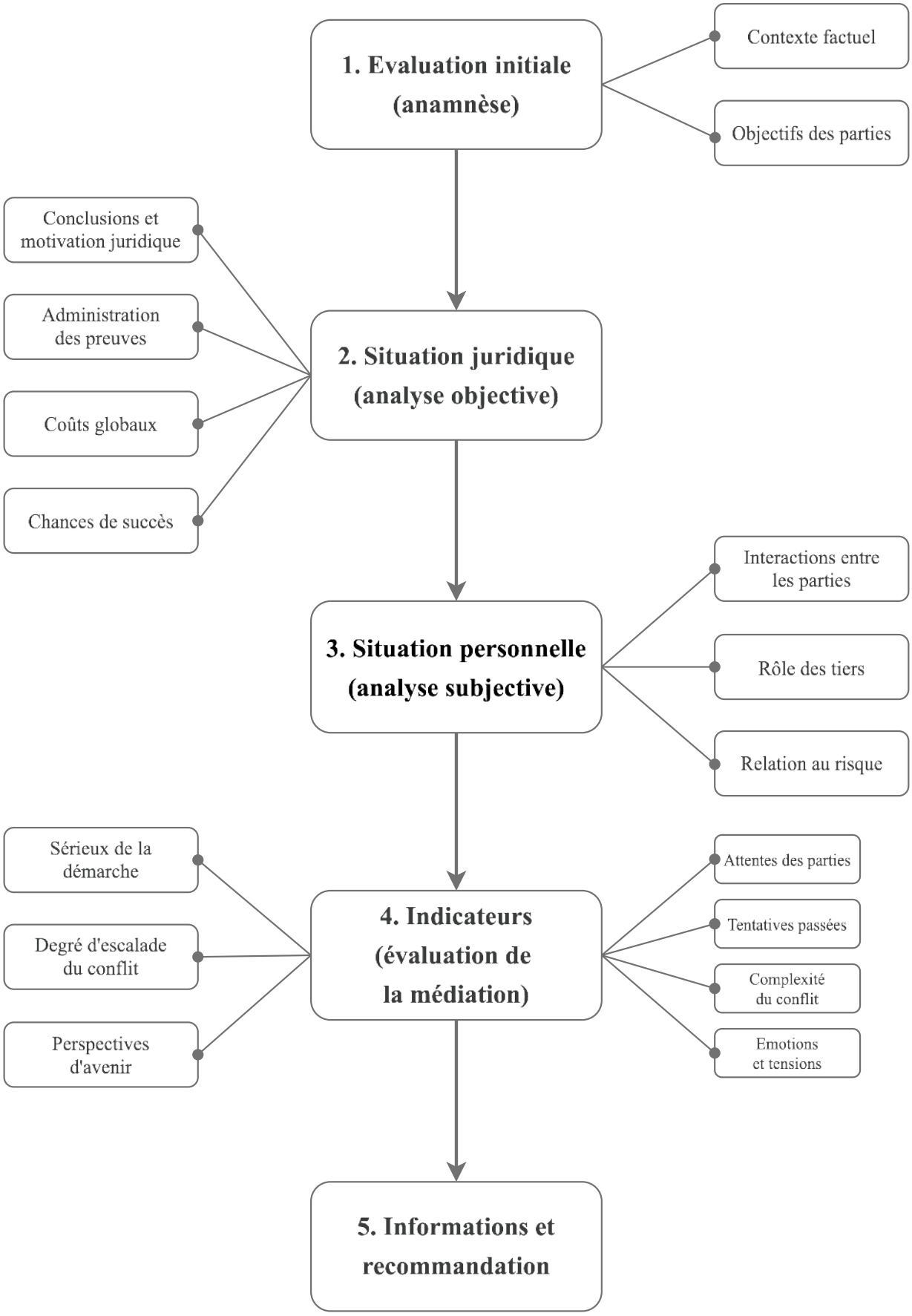
124 Message CPC, p. 6860, selon lequel « [l]'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. [...] Le règlement à l'amiable a donc la priorité [...]. »

Conclusion

L'encouragement à la médiation démontre une volonté de réfléchir différemment à la résolution des conflits. À notre sens, la médiation se présente souvent comme une option préférable au procès. Par ailleurs, il est important de reconnaître le rôle essentiel des avocats et des juges dans l'orientation des parties. En effet, la décision d'orienter vers la médiation ou le procès n'est pas une science exacte. Elle nécessite de prendre en compte de nombreux facteurs, objectifs et subjectifs, susceptibles d'évoluer avec le temps. Nous espérons que cette contribution facilitera ce travail pour les professionnels du droit.

Quand les circonstances semblent favorables à la médiation, il est judicieux d'inciter les parties à tenter cette voie. Dans le meilleur des cas, le conflit se règle à l'amiable. En cas d'échec, la possibilité de s'adresser aux tribunaux reste ouverte. Ainsi, le règlement à l'amiable devrait être privilégié et le procès envisagé seulement comme dernier recours pour résoudre le conflit.

Annexe I – Orientation des parties (diagnostic)



Annexe II – Indicateurs et contre-indicateurs (check-list)

Tous les indicateurs sont utiles pour identifier les situations qui se prêtent à la médiation. Toutefois, le sérieux de la démarche, le degré d'escalade du conflit et les perspectives d'avenir sont également des indicateurs directs de succès de la médiation. Les autres indicateurs n'exercent qu'une influence indirecte sur son résultat en fonction de leurs combinaisons et des spécificités du conflit.

1. Sérieux de la démarche

Indicateurs :

- Souhait de garder le contrôle sur le processus et sur le résultat (solution sur mesure).
- Nécessité de trouver une solution rapide et/ou à moindre coût.
- Incapacité du procès à résoudre le conflit sous-jacent.
- Latitude de négociation suffisante.

Contre-indicateurs :

- Absence totale de volonté de discuter avec l'autre partie.
- Aucune latitude de négociation ni marge de manœuvre.
- Abus de procédures par l'une des parties (mauvaise foi avérée).

2. Degré d'escalade du conflit

Indicateurs :

- Faible escalade du conflit (1-3).
- Escalade modérée du conflit (4-6).

Contre-indicateurs :

- Escalade trop importante du conflit (7-9).
- Violence avérée niée par son auteur ou violence récurrente.

3. Perspectives d'avenir

Indicateurs :

- Relation durable entre les parties.
- Intérêts économiques convergents ou complémentaires entre les parties.
- Mise en péril d'intérêts vitaux d'une partie en cas d'action en justice.

4. Autres indicateurs

a. Attentes des parties

Indicateurs :

- Souhait de trouver une solution définitive et durable au conflit.
- Besoin accru de confidentialité.

Contre-indicateurs :

- Nécessité de créer un précédent.

b. Tentatives passées

Indicateurs :

- Échec d'une négociation antérieure.
- Lassitude à l'égard du procès.

Contre-indicateurs :

- Échec d'une médiation antérieure.
- Besoin pour la partie la plus faible d'obtenir la protection de la loi.

c. Complexité du conflit

Indicateurs :

- Multitude de demandes ou de parties impliquées dans le conflit.
- Implication utile de tiers non parties à la procédure.
- Composante internationale du conflit.
- Disproportion entre les enjeux d'un côté et le coût et la durée du procès de l'autre.

Contre-indicateurs :

- Possibilité d'obtenir une décision judiciaire très rapidement ou sans frais excessifs.

d. Émotions et tensions

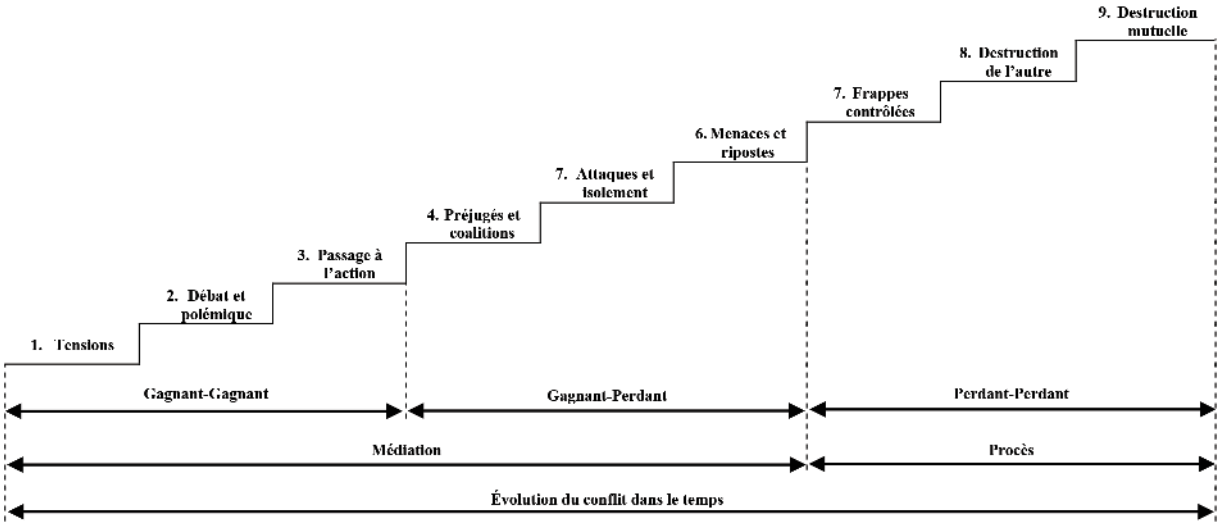
Indicateurs :

- Composante émotionnelle importante.
- Conflit découlant d'incompréhensions ou de malentendus.

Contre-indicateurs :

- Grave déséquilibre dans les rapports de force.
- Conflit d'intérêts ou de loyauté clivés.

Annexe III – Échelle du conflit, adaptée de Friedrich GLASL



Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur ou de l'autrice.

Beyeler Martin, La médiation selon les art. 213 à 218 CPC, *in* Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée, 2019, p. 292 ss.

Bohnet François / Haldy Jacques / Jeandin Nicolas / Schweizer Philippe / Tappy Denis, Code de procédure civile, Commentaire romand, 2e éd., Bâle 2018 (cité : CR CPC-Auteur).

Burgener Nicolas, Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution de litige, *in* Laurent Hirsch / Christophe Imhoos (éd.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Zurich (Schulthess) 2018.

Commission Européenne pour l'Éfficacité de la Justice (CEPEJ), Boîte à outils pour le développement de la médiation, 2018 (cité : Boîte à outils).

Commission Européenne pour l'Éfficacité de la Justice (CEPEJ), Guide de médiation pour les avocats, 2018 (cité : Avocats).

Commission Européenne pour l'Éfficacité de la Justice (CEPEJ), Guide du renvoi judiciaire à la médiation, 27 juin 2018 (cité : Juges).

Commission de Préavis en Matière de Médiation Civile et Pénale (CPMMCP) / Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME), Guide pratique de la médiation civile, Genève 2006.

International Institute for Conflit Prevention & Resolution (CPR), ADR Suitability Guide, New York 2006.

Dutoit Nicolas, L'avocat et la résolution des conflits : l'importance de l'orientation préalable, *in* Revue de l'avocat, 2019, p. 65 ss.

Fédération Suisse Médiation (FSM), Enquête Médiation Suisse, 2014 (cité : Enquête 2014).

Fisher Roger / Shapiro Daniel, Beyond Reason : Using Emotions as You Negotiate, New York (Penguin Books) 2006.

Gay Jean, Les ADR et l'orientation préalable, *in* Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement [Hirsch Laurent / Imhoos Christophe, édit.], Zurich (Schulthess) 2018, p. 415 ss.

Glasl Friedrich, Confronting Conflict, A first-aid kit for handling conflict, Gateshead (Athenaeum Press) 2009.

Goetz Marc L., « Anwaltliche Mediation » - eine originär anwaltliche Tätigkeit ?, *in* Pratique Juridique Actuelle, 2005, p. 281 ss.

Guy-Ecabert Christine, Conciliation ou médiation ?, *in* Revue de jurisprudence neuchâteloise, 2011, p. 17 ss.

Habscheid Edgar J., Die aussergerichtliche Vermittlung (Mediation) als Rechtsverhältnis, *in* Pratique Juridique Actuelle, 2001, p. 938 ss.

Hofmann David / Lüscher Christian, La médiation, *in* Le Code de procédure civile, Berne 2023.

Hohl Fabienne, Procédure civile, 2e éd., Précis de droit Staempfli, Berne (Stämpfli Editions SA) 2016.

Jordan Karin, Médiation familiale obligatoire en droit suisse : vers une solution toute trouvée ?, *in* Pratique Juridique Actuelle, s. d., p. 1391 ss.

Kobel Pierre, La confidentialité de la médiation à l'épreuve de l'escroquerie au procès, Une perspective transversale, *in* Jusletter, 22 février 2021.

Lack Jeremy, Appropriate Dispute Resolution (ADR) : The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties, *in* ADR in Business, Practice and Issues across Countries and Cultures [Ingen-Housz Arnold, édit.], Alphen aan den Rijn (Kluwer Law International) 2011.

Le Roy Yves / Schönenberger Marie-Bernadette, Introduction générale au droit suisse, 4e éd., Précis, Genève (Schulthess éd. romandes) 2015.

Lévy Cinthia, La confidentialité en médiation, *in* Revue suisse de procédure civile, 1/2020, p. 87 ss.

Lévy Cinthia / Kiepe Maya, Médiation judiciaire : Volontaire ou obligatoire ?, *in* Revue de l'avocat, s. d., p. 446 ss.

Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841 (cité : Message CPC).

Mirimanoff Jean A., La médiation dans l'ordre juridique suisse : une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2011 (cité : Justice durable).

Mirimanoff Jean A., Le droit des parties d'accéder à la médiation en procédure civile, *in* Revue de droit suisse, I/2021, p. 101 ss (cité : Procédure civile).

Mirimanoff Jean A., Le juge civil comme prescripteur de la médiation, *in* Justice — Justiz — Giustizia : die Schweizer Richterzeitung, 2017 (cité : Prescripteur).

Mirimanoff Jean A., L'orientation préalable des parties à un différend, *in* Revue de l'avocat, 2010 (cité : Orientation préalable).

Mirimanoff Jean A., Une nouvelle culture : La gestion des conflits, *in* Pratique Juridique Actuelle, 2/2009, p. 157 ss (cité : Gestion des conflits).

Mirimanoff Jean A. (éd.), La résolution amiable des différends en Suisse, Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels, Berne (Stämpfli) 2016 (cité : Amiable).

Mirimanoff Jean A. / Courvoisier Francine, F.A.Q. Médiation, 2e éd., , Genève (Slatkine) 2016.

Mirimanoff Jean A. / Vigneron-Maggio-Aprile Sandra, La nouvelle conciliation judiciaire, *in* Jean A. Mirimanoff / Sandra Vigneron-Maggio-Aprile (éd.), La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens, Lausanne (CEDIDAC) 2008.

Niemeijer Bert / Pel Machteld, Court-Based Mediation in the Netherlands: Research, Evaluation and Future Expectations, *in* Dickinson Law Review, 2/2005, p. 345 ss.

Pekar Lempereur Alain / Salzer Jacques / Colson Aurélien, Méthode de Médiation, Au coeur de la conciliation, Paris (Dunod) 2018.

Pel Machteld, Referral to Mediation, A practical guide for an effective mediation proposal, La Haie (Sdu Uitgevers) 2008.

Pel Machteld / Combrink Lia, Referral to mediation by the Netherlands judiciary, *in* The Judiciary Quarterly, 2011, p. 25 ss.

Pichonnaz Pascal / Foëx Bénédict / Fountoulakis Christiana, Code civil I, Commentaire romand, 2e éd., Bâle 2023 (cité: CR CC I-Auteur).

Sambeth Birgit, La confidentialité en médiation: Mythes et réalités, *in* Transparence et secret dans l'ordre juridique, Liber Amicorum pour Me Vincent Jeannert, Genève (Slatkine) 2010, p. 253 ss.

Sambeth Birgit / Pastore Florence, Rôles et contributions de l'avocat en médiation, *in* Revue de l'avocat, 2015, p. 381 ss.

Sander Frank E. A. / Goldberg Stephen B., Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure, *in* Negotiation Journal, 1/1994, p. 49 ss.

Sander Frank E. A. / Rozdeiczer Lukasz, Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach, *in* Harvard Negotiation Law Review, 1/2006, p. 1 ss.

Spühler Karl / Tenchio Luca / Infanger Dominik, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3e éd., Bâle 2017 (cité: BSK ZPO-Auteur).

Stimec Arnaud, Gérer les résistances à la médiation, *in* Gestion, 4/2006, p. 40 ss.

Stoll Daniel, La priorité du règlement à l'amiable et les trois missions du juge civil, *in* Genève et la médiation, Essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et d'autres approches de pacification sociale , Genève (Slatkine) 2023, p. 329 ss.

Thorens-Aladjem Sophie, Le rôle du juge civil dans la résolution amiable des litiges, *in* Hirsch Laurent / Imhoos Christophe (éd.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement , Zurich (Schulthess) 2018, p. 439 ss.

Ury William / Fisher Roger juriste, Comment réussir une négociation, Nouvelle édition revue et actualisée, Paris (Édition du Seuil) 2022.

Vigneron-Maggio-Aprile Sandra, Interactions entre procédure civile et modes amiables, *in* La résolution amiable des différends en Suisse, Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels [Mirimanoff Jean A., édit.], Berne (Stämpfli) 2016 (cité: Procédure civile).

Vigneron-Maggio-Aprile Sandra, La médiation en matière civile: Indicateurs et contre-indicateurs, *in* Genève et la médiation, Essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et d'autres approches de pacification sociale, Genève (Slatkine) 2023, p. 135 ss. (cité: Indicateurs).