LA MÉDIATION : ALTERNATIVE EXTRAJUDICIAIRE À LA SOLUTION D'UN CONFLIT ET MÉTHODE DE NÉGOCIATION

Par

Dr. Nika Witteborg, Heidelberg

Conférence dans le cadre du 35ičme séminaire commun des Facultés de Droit de l'Université de Montpellier et de l'Université de Heidelberg, Heidelberg le 1er juillet 2003

Chers invités, cher professeur Coursier, chère Mme Cave, chers participants du 35ième séminaire commun!

Après que nous ayons participés en janvier de cette année à Berlin au premier parlement franco-allemand des jeunes en tant que modérateurs, assistants et accompagnateurs, sur invitation de l'Office Franco-Allemand de la Jeunesse, l'idée nous est venue qu'à l'occasion du 35° séminaire commun des innovations seraient être à l'ordre du jour. La raison fut entre autres les conversations que nous avions menées avec d'anciens participants et l'expérience positive de notre participation à Berlin, expérience couronnée par des résultats notamment médiatiques et politiques importants. Nous pensions que l'heure était venue d'ouvrir aux étudiants un espace de réflexion scientifique et juridique dans le cadre du séminaire. C'est à partir de cette innovation et de l'aide de certains assistants qu'est né le présent programme. Sans cette aide précieuse le programme présenté n'aurait pas vu le jour. C'est pourquoi je tiens à remercier particulièrement toutes ces personnes.

C'est aujourd'hui qu'entre en vigueur la nouvelle loi allemande sur la magistrature réformant substantiellement la formation des juristes. Une des raisons de la réforme est qu'il s'était avéré que dans la pratique les juristes n'étaient pas être seulement jugés à l'aune de leur savoir juridique et que ce dernier n'était pas le seul critère de réussite. Les métiers du droit dans leur large éventail demande des facultés de communication.

Ainsi le § 5 al. 3 phrase 1 de la loi allemande sur la magistrature prévoit que des qualifications comprenant certains potentiels de communication doivent être partie intégrante des études et des examens. Ces potentiels sont : l'art de la négociation, la conduite d'entretiens, la rhétorique, la conciliation, la médiation ou l'art de l'interrogatoire. L'énumération du législateur a seulement un caractère indicatif. Ainsi les étudiants ne doivent pas en fin d'étude maîtriser toutes les formes de l'éventail possible de ces qualifications, pas plus que les facultés ne doivent avoir au programme l'ensemble de celles-ci.

D'après le § 3 al. 5 de la formation juridique et la procédure d'examen du Baden-Württemberg (JAPRO) propose aux Universités des cours pour l'apprentissage interdisciplinaire de ces potentiels de communication, comme par exemple l'art de la négociation, la conduite d'entretiens, la médiation et faculté de communication.

Au sens large du terme le potentiel de communication peut aussi comprendre la connaissance de langues étrangères. Ces langues étrangères ne font pas partie de l'examen final, mais la participation avec succès à un cours de langue à caractère juridique doit être produit d'après le § 5 a al. 2 phrase 1 de la loi sur la magistrature. L'important n'étant pas la maîtrise de la langue de tous les jours, mais bien de la terminologie juridique.

Par ailleurs nous sommes à la croisée des chemins de l'évolution sociologique concernant le passage du temps de l'information à celui de la coopération. L'accent doit donc être mis sur la coopération, la coordination et la communication. Ainsi l'on peut être en droit d'attendre un changement d'attitude en ce qui concerne la résolution de problèmes par le biais de la coopération et de la communication qui remplace alors une attitude plutôt compétitive. A cela s'ajoute la procédure de médiation, dont le but est de trouver des solutions équitables face aux intérêts en lice tout en renforçant l'autonomie privée et la compétence concernant la maîtrise des conflits.

A cet égard je voudrais vous parler de

La médiation : alternative extrajudiciaire à la solution d'un conflit et méthode de négociation

Je voudrais ici remercier M. Marc Schneider, chargé de cours à l'Université Paris II Assas, et les assistants d'échange, M. Serge Mégnin et Mlle. Emilie Labarchède, anciens chargés de cours à l'Université de Heidelberg, pour l'aide apportée à la rédaction de la présente conférence.

∗Origine et départ de la médiation

Le terme de médiation vient de l'anglais, sa signification étant la même qu'en français. La médiation est déjà depuis près de 20 ans aux États-Unis un des trois piliers fondamentaux de l' *Alternative Dispute Resolution*, parallèlement à la négociation et l'arbitrage; celle-ci s'est développée en Allemagne dans la nébuleuse du droit de la famille. C'est seulement récemment que la médiation fait l'objet d'un véritable intérêt.

Par médiation nous comprenons le fait qu'une tierce personne neutre prend part à un conflit en vu de soutenir les parties lors de la négociation et de la recherche de solutions. Il est crucial que le médiateur ne dispose d'aucune compétence décisionnelle ou coercitive. Ceci est la différence fondamentale par rapport à un litige porté devant les tribunaux ou une cour d'arbitrage.

Evidemment, lors de l'arbitrage, c'est aussi un tiers neutre à qui il a été fait appel par les parties au litige. Ce tiers prend alors généralement une décision d'arbitrage; même si elle n'a que la valeur d'un avis, le non respect de cette décision exige une fin de non-recevoir pour le moins motivée et reste exceptionelle. De plus la différence entre le conciliateur et l'arbitre est souvent floue quand il s'agit de problèmes liés à la discussion sur les tarifs. La personne chargée des négociations dispose le plus souvent d'un pouvoir de décision, ce qui n'est pas le cas du médiateur. En définitive, le terme de médiation est un dénominateur commun à tous les langages.

La médiation s'est développée à partir de la recherche fondamentale sur la négociation. Ceci se voit déjà à la lecture de l'intitulé de projets de recherche universitaire, tel que le

Negotiation Project de l'Université de Harvard, projet ayant pour but l'analyse et l'amélioration de méthodes de négociation, sans oublier de citer d'autres projets, en particulier ceux du *Stanford Center on Conflict and Negotiation* et le séminaire de négociation de l'Université de Tübingen. Un processus de négociation peut être dirigé conformément aux buts choisis à partir de l'application de techniques de médiation et l'inclusion d'un médiateur. On parle alors de médiation comme forme de négociation.

∗Contenu et caractéristiques

La caractéristique la plus marquante de la médiation est le fait qu'il ne s'agit pas d'un combat autour de positions, car c'est bien plus l'intérêt des parties qui est le souci principal. La médiation est défini comme un processus ayant pour but de régler à l'amiable un conflit par la liberté de choix de négocier des parties et par le fait de trouver une entente. Le processus n'est caractérisé par aucun formalisme puisque ce sont les parties qui définissent librement l'organisation de la négociation.

Les principes issus de la recherche sur la médiation valent aussi pour le processus de la médiation. Les principes substantiels et les plus en cours sont ceux du modèle défini à Harvard, à savoir la séparation des faits et des relations qui régissent les parties. Ce sont donc les intérêts personnels, économiques, juridiques ou autres intérêts des parties sont primordiaux et non la situation personnelle dans un conflit donné. Le but du processus est de développer des options ayant un avantage pour chacune des parties (ce qu'on appel une *win-win situation*) et ce, sous la seule application de critères de décisions objectifs.

Au-delà de cette procédure, chaque partie devrait développer une alternative de sortie. Celle-ci lui permet de quitter la négociation et de la protéger d'un éventuel mauvais résultat. C'est l'étalon avec lequel on mesure le résultat de la négociation. Cet étalon devrait donc toujours être la meilleure alternative.

La médiation se révèle comme inappropriée dans toutes les situations où il n'existe aucun terrain d'entente et où aucun gain de coopération ne se dessine à l'horizon; c'est le cas par exemple quand l'un des protagonistes acquiert un avantage au détriment de l'autre. La médiation s'adapte à une multitude de situations. Aujourd'hui on l'applique en droit de la famille et en droit de l'environnement; en ce qui concerne le droit des affaires, elle n'a pas encore connu le boom enregistré aux États Unis mais elle en prend le chemin.

∗ Déroulement

Une médiation peut avoir fait l'objet d'un plan préétabli mais elle peut aussi se dérouler ad hoc. La plupart du temps elle est organisée par une clause de médiation. Lorsque la clause est rédigée, les parties ou leurs représentants nomment un médiateur. La base du déroulement de la procédure de médiation fait généralement l'objet d'une conevention écrite sur la médiation comprenant d'une part le caractère confidentiel de la procédure et d'autre part l'accord sur la prise en charge commune des coûts du médiateur (en règle général sous forme d'honoraires).

a) Mise en œuvre de la procédure (Phase introductive)

La première phase de la procédure de médiation débute par un dialogue entre le médiateur et les parties. Ici le médiateur éclaire les parties sur son rôle et leur soumet le déroulement de la

procédure. Les parties sont invitées à poser des questions. Par ailleurs on fait état des règles de conduite et le cas échéant un emploi du temps peut être fixé ainsi qu'un ordre du jour.

b) La phase d'information

La phase suivante d'information qui sert à la clarification des faits et du droit mais aussi à l'information sur l'état des relations entre les parties.

Les parties ou leurs avocats tiennent des plaidoiries d'ouvertures, dans lesquelles ils exposent leurs vues des faits et du droit. Puis les parties donnent également leur avis. Ceci à pour but notamment d'évaluer et de prendre en compte l'aspect émotionnel des débats. Cette procédure se clôt généralement par la prise de positions des parties. Jusqu'ici rien ne diffère d'un débat contradictoire ordinaire. C'est à partir de maintenant que la médiation et sa spécificité entrent en jeu.

c) La phase des intérêts

Dans la phase dite des intérêts, le médiateur tente de rechercher et d'évaluer derrière les positions juridiques les intérêts cachés, matériels ou immatériels, des parties.

Ici les parties peuvent expliquer ce qui les motive véritablement. Si l'une des parties n'intégrait pas ce processus, c'est-à-dire s'il lui était hermétique, le médiateur pourrait faire avancer le processus par une sorte de dialogue diplomatique. Le médiateur est alors soumis lors de ce dialogue à une stricte confidentialité. En règle générale, les parties sont plus ouvertes que lors d'un débat contradictoire ordinaire puisque leurs divulgations ne peuvent porter à conséquence.

Le médiateur ne peut en aucun cas reculer les frontières de l'entente au-delà desquelles plus rien n'est possible. Il peut par contre tenter de corriger la perception de ces limites afin de révéler subjectivement le terrain d'entente objectif. C'est exactement dans ce type de démarche que réside le potentiel créateur de valeurs de la médiation. C'est ce troc qui prend en compte les différents intérêts primordiaux des parties et qui les respecte au plus près. Corriger d'éventuelles mauvaises appréciations des parties et conseiller celles-ci suppose de la part du médiateur une connaissance parfaite des faits et des problèmes juridiques du cas d'espèce.

d) *Brainstorming*

Lorsque les problèmes ont été cernés et définis, on attaque alors la phase de la résolution des problèmes. Le médiateur tente de faire percevoir aux parties le problème comme un problème commun, qui doit trouver une solution grâce à des efforts communs. On rassemble dans ce but les idées des parties (toutes sortes de solutions étant admises), on fait appel à leur créativité, à leur disponibilité de se soumettre à de nouvelles expériences et exceptionnellement à la créativité du médiateur. Etant donné que les solutions sont tournées vers le futur, la marge de manœuvre est beaucoup plus large qu'avec une procédure contradictoire axée sur le passé.

Une évaluation des propositions de solution ne peut être admise à ce stade de la procédure car elle mettrait en danger la créativité en lui apportant une restriction inadmissible.

Ce n’est enfin qu’ après une systématisation que l’on arrive à la phase de l’évaluation par le médiateur lui-même. Après l’élimination des propositions qui ne peuvent être mises en œuvre, les options restantes sont analysées en accord avec l’intérêt des parties, la finalité étant l’accomplissement le plus bénéfique aux intérêts des parties.

Ici le médiateur peut, dans l’élargissement du panel des critères d’évaluation et éventuellement en prenant position en faveur d’un ou plusieurs critères, convaincre de l’impartialité de la négociation et adoucir une hypothétique dispute autour du partage.

e) La phase de l’accord

Lors de la phase finale de l’accord, les divers points de convergence sont minutieusement détaillé et inscrit sur une liste sous des rubriques correspondantes, comprenant les différents points encore non éclaircis et les solutions envisagées pour leur résolution. Tous ces points font ensuite l’objet d’un contrat au sens juridique du terme.

Cette phase devrait en général appartenir aux avocats des parties ou à tout autre personne compétente remplissant des fonctions importantes.

∗Le rôle du médiateur

Le médiateur peut endosser divers rôles lors de la procédure : il peut par exemple être l’organisateur et en même temps le garant du bon déroulement de la procédure, être le modérateur de la discussion et le canal de communication ouvert aux parties ainsi qu’une sorte de paratonnerre canalisant sur sa personne les émotions lors des procédures de conciliation. Il peut en outre avoir la fonction de correcteur de certaines appréciations, de conseiller technique, d’organe de proposition de conciliations, jusqu’à être chroniqueur et surveillant de la mise en œuvre de la conciliation et du respect de celle-ci.

Cette phase n’est en aucun cas l’application technocratique des outils qu’a à sa disposition le médiateur, mais beaucoup plus une approche sensible et flexible en vue de soutenir la conciliation en cours, ayant pour objet la maîtrise du conflit. Au vu de la procédure décrite, certaines règles s’imposent au médiateur et à son comportement. Á la différence de l’avocat le médiateur est tenu à la plus stricte neutralité. Il doit être le garant du traitement équitable des parties, devant faire respecter par exemple le temps de parole prévu. Ainsi le médiateur doit faire preuve de retenue, il n’agit donc pas en tant qu’autorité mais comme une personne incarnant un service.

Le rôle imparti au médiateur doit d’abord se borner à la recherche des intérêts des parties. Durant cette recherche il ne quitte pas des yeux les différentes solutions qui lui paraissent être viables et guide les parties vers l’une ou l’autre. Les parties ne doivent en aucun cas lors de cette phase convaincre le médiateur du bien-fondé de leurs prétentions ni décrire en détail les faits incriminés.

La responsabilité de la procédure incombe au médiateur. Lors de son déroulement il doit en outre garantir l’amélioration de la communication entre les parties et éviter une détérioration de leur rapports si celles-ci ne sont pas en mesure de contrôler leurs émotions; c’est lui qui doit rétablir la communication si celle-ci s’est vue interrompue.

Etant donné que le médiateur n'est pas impliqué dans le faisceau de l'argumentaire juridique, cela lui permet de donner des impulsions créatives et d'agrandir le champ de vision des protagonistes.

En tant que base concrète d'action, le procédé dit du texte unique est à conseiller. Le médiateur doit à cet effet rédiger rapidement un texte de travail qui englobe toutes les solutions viables en vue d'une conciliation. Ce texte est ensuite soumis aux parties, une discussion critique a alors lieu et au besoin le texte est amélioré voire complété en commun.

L'avantage d'une telle façon de faire est la mise en place instantanée d'un processus de consolidation. Le médiateur doit particulièrement être attentif à la clarté de la proposition et éviter toute interprétation possible à double sens.

∗ Bases juridiques

Où sont donc les points d'achoppement permettant un débat juridique avec la médiation?

Certaines voix s'élèvent pour dire que la médiation comprise comme pure description se nuit à elle-même en tant qu'alternative pour maîtriser les conflits et lui donne un aspect éphémère.

Ce qui manquerait, d'après cette opinion, serait une discussion menée juridiquement; à cela s'ajoute que dans le domaine de la médiation il n'est pas rare de voir intervenir des psychologues ou des sociologues : le juriste peut donc être tenté de ne pas intervenir juridiquement. Le médiateur formé en tant que juriste se doit au contraire de connaître lors du déroulement de la procédure et pour d'éventuels conseils de connaître les données juridiques concernant la situation concrète. Ce n'est qu'ainsi qu'il peut juger à bon escient et proposer une solution.

Nous ne sommes pas encore aussi avancé que les anglais dans ce domaine mais une réflexion s'impose qui peut avoir des effets bénéfiques dans le futur. D'après le droit anglais, le devoir des parties est de tenter de régler à l'amiable des conflits en dehors des tribunaux (Cf. la décision de la *Court of Appeal* du 22.2.2002 dans l'affaire *Dunnet v. Railtrack plc.*) Si les parties ne se soumettent pas à cette règle, la Court peut alors condamner aux dépense la partie gagnante si celle-ci n'a pas véritablement entrepris des démarches dans ce sens. Ceci découle du nouveau *Civil Procedure Rules* de 1998 (CPR), la *Rule* 1.3 CPR stipulant que les parties doivent soutenir les efforts d'un tribunal pratiquant le *active case managment* ayant pour but de donner une issue équitable aux débats juridiques.

Le droit allemand dans son § 278 al. 2 *Zivilprozeßordnung* (Code de la Procédure civile; ZPO) prévoit qu'il est du devoir du tribunal, d'organiser une rencontre des parties à fin de trouver une solution à l'aimable, et ce préalablement à l'audience publique. Si il est évident que lors du procès qu'une des parties n'est pas en mesure de négocier en raison de son émotion ou reste de façon obsessionnelle sur ses positions le juge peut d'après le § 278 al. 5 phrase 2 ZPO imposer une aide professionnelle extérieure, par exemple un médiateur.

Les dépens de la procédure sont par contre toujours et encore attribués à la partie perdante d'après le § 91 ZPO.

Un rapprochement des §§ 93 ZPO et ss. avec les solutions plus flexibles ayant cours Outre-Manche peut être envisagé dans le futur.

On attend du médiateur ayant des connaissances juridiques qu'il contrôle la portée juridique et donc la viabilité de la conciliation; en cela la médiation fait partie de la responsabilité civile de la fonction d'avocat et donc d'un risque assuré.

Les normes législatives organisant la médiation ne sont pas monnaie courante, et sont totalement absentes dans la médiation à caractère économique (qui repose uniquement sur des bases contractuelles).

Dans le cadre de la procédure de médiation, il existe trois phases contractuelles différentes : premièrement la clause de médiation, à rapprocher d'une clause d'arbitrage selon le § 1029 ZPO, par laquelle les parties s'obligent à la procédure de médiation. C'est aussi dans cette clause que la procédure est esquissée dans ses grands traits, que les parties s'obligent à la coopération et à la confidentialité des informations échangées.

Deuxièmement, le contrat de procédure de médiation est en règle générale un contrat de service à caractère de gestion d'affaires, §§ 611, 675 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand; BGB), conclu entre les parties et un tiers qui organise la procédure. Sont inclues dans ce contrat les règles concernant l'engagement de la responsabilité ainsi que les honoraires.

Troisièmement, l'entente finale régissant les futurs relations entre les parties, prend généralement la forme d'une transaction d'après le § 779 BGB.

Certains aspects peuvent avoir une importance juridique :

∗ Les règles de responsabilité

Si le comportement du médiateur lors de la procédure est contraire aux règles de la médiation, ne serait-ce par exemple que par la prise de position du médiateur en faveur d'une des parties, ce sont alors les règles générales du droit des obligations qui s'appliquent. La sécurisation du caractère confidentiel de la procédure peut être renforcée par une amende conventionnelle. De leur côté, les tiers engagent leur responsabilité selon les règles du droit délictuel.

∗ La protection de la confidentialité

L'un des avantages de la procédure de médiation est l'exclusion du public en vue de protéger la bonne réputation et de manipuler avec précaution d'éventuels secrets commerciaux. Cet avantage ne peut être garanti que par une protection accrue de la confidentialité. Ainsi les informations ne peuvent être en aucun cas divulguées ni par le médiateur lui-même, ni les parties, ni par les avocats ou autres tiers ayant pris part à la procédure, tels des experts par exemple. Les avocats sont aussi soumis au strict respect de la confidentialité : en effet d'après le § 18 *Bundesrechtsanwaltsordnung* (les règles concernant le travail des avocats; BRAO) la position de conciliateur ou de médiateur fait partie de l'activité d'avocat.

En outre le droit de refuser un témoignage lors d'un procès ultérieur devant les tribunaux ordinaires est tout à fait concevable d'après le § 386 al. 1 n° 6 ZPO en accord avec le § 43 a al. 2 BRAO. Une obligation de confidentialité doit faire l'objet de clauses écrites protectrices, valant entre les parties.

∗ Interruption de la prescription

Depuis la réforme du droit des obligations certaines dispositions telles que les §§ 203, 204 al. 1 n° 4 et n° 11 BGB jouent en faveur d'une recherche de conciliation par rapport à l'interruption de la prescription, faisant en sorte que les parties ne sont plus soumises aux mêmes impératifs temporels qu'autrefois.

∗Réalisation d'un compromis extrajudiciaire

A l'intérieur du territoire allemand les parties peuvent coucher leurs décisions sous forme d'un contrat notarié (§ 794 al. 1 n° 5 ZPO), d'un compromis devant avocats (§ 794 n° 4 a en accord avec les §§ 1053, et 1060 ZPO) ou par une décision d'arbitrage, ce qui a pour conséquence qu'aucune autre procédure réglementaire ne vient entraver leur exécution.

∗ Introduction d'une instance judiciaire parallèle

En Allemagne, même si la plus haute Cour ne s'est pas encore prononcée à ce sujet, la clause de médiation constitue un désistement d'action dilatoire, et ce même si la clause ou la convention de médiation ne le mentionne pas expressément. En effet, la jurisprudence reconnait généralement de telles conventions comme valables dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux bonnes moeurs, où elles ne contreviennent pas à une interdiction légale et enfin lorsque les parties jouissent de la liberté contractuelle dans le domaine de la convention de la médiation.

Avec la clause de médiation, les parties renoncent à faire valoir leurs prétentions devant les tribunaux aussi longtemps que se déroule la procédure de médiation. C'est donc une façon de renoncer à une introduction d'instance dilatoire par le procès. Si l'une des parties introduit une plainte en dépit de la clause, la plainte est réputée nulle par opposition de l'exception de l'autre partie.

Les mesures provisoires de protection juridiques ne sont pas écartées par la clause de médiation, sauf stipulation contraire des parties.

Comme le législateur a instauré dans l'art. 15 a EGZPO une procédure de conciliation obligatoire, il n'y aura aucune objection ultérieure concernant la forçe obligatoire légale de clause de médiation.

∗Critères minimaux pour la formation du médiateur

On peut légitiment se poser la question concernant la formation du médiateur. Actuellement la médiation fait l'objet d'une discussion sur la question de savoir si l'on doit introduire par voie législative un devoir de formation du médiateur comprenant des règles de formation reconnues. Ceci s'explique aussi par la position de celui qui recherche la protection du médiateur. La médiation ést une recherche de conciliation résultant de l'autonomie des parties, il est par conséquent souhaitable que le choix du médiateur incombe aux parties; la profession de médiateur n'étant pas réglementée, c'est la loi du marché qui assurera la haute qualité de la médiation. Les situations où les médiateurs interviennent sont tellement différentes et variées que la profession ne peut pas être règlementée. C'est ainsi que l'on ne requérra pas de formation particulière pour un arbitre, alors que ce dernier à un pouvoir de décision irrévocable lors d'une procédure privée contrairement au médiateur. En outre, en ce qui concerne la formation de médiateur, celle-ci a pour objet un segment du marché

économiquement plus qu'intéressant. Il est à noter que les groupements professionnels ont déjà tendance à vouloir se protéger, ce qui serait renforcé par la mise en place de critères minimaux législatifs.

∗ La médiation pour les juristes?

Quel est donc le sens et l'intention de la médiation comme méthode de négociation dans le cadre de l'exercice des métiers juridiques et en particulier du métier d'avocat? L'avocat est traditionnellement perçu comme le représentant des intérêts d'une partie qui sont entrées en collision avec les intérêts ou les principes d'une autre partie. Même si l'avocat est souvent appelé à intervenir au moment où un conflit est déjà bien entamé si je puis m'exprimer ainsi, dans la pratique, le conseil en vue d'éviter un conflit est une partie non négligeable du champ d'action de l'avocat.

Ainsi l'avocat se voit aussi représenter des intérêts dans le cadre de la maîtrise ou de la prévention de conflits, soutenant son client lors de tractations; même si d'ailleurs ces activités sont depuis toujours partie intégrante du métier d'avocat, c'est plus son activité judiciaire qui figure au premier plan, à tel point que l'activité de conseil se voit être négligée voire méconnue, alors que cela pourrait constituer un marché tout à fait attractif.

Une des causes de cette négligence repose sur l'art et la manière dont est formé le juriste non seulement à l'université mais aussi dans sa période d'apprentissage de la profession d'avocat, où l'accent est mis sur l'importance de l'argumentation et de la réalisation des prétentions, et d'écarter toutes les différences seulement à l'aide de moyens juridiques. Aussi longtemps que le juriste sera soumis à l'exigence d'avoir la solution juridique et d'exiger une prétention réalisable, alors les tribunaux continueront à être submergés, la pensée juridique unique régnant ainsi sans partage.

Nous constatons donc que le règlement d'un conflit faisant appel à des solutions ne se bornant pas à la qualification juridique des faits et respectant les intérêts des parties est d'emblée inenvisageable, aux dépens de la créativité et de la possibilité de trouver plusieurs solutions intéressantes. Nous pouvons affirmer sans coup férir que la réalité charnelle se voit dépouiller jusqu'à son squelette juridique par la rigidité de la qualification en droit des faits. Ceci dit tous les avocats n'enverront pas sur le chemin du tribunal le plaignant qui frappe par hasard à sa porte, et s'efforcera de lui montrer d'autres alternatives. Mais en méconnaissance des méthodes de médiation l'avocat court le risque de passer outre au sein du conflit certains intérêts des parties qui peuvent être parfois plus importants que leurs prétentions recevables devant les tribunaux. Par conséquent l'intérêt immatériel porté à des excuses ou le souci d'étendre les relations commerciales peut être plus conforme aux attentes d'une partie que la réalisation judiciaire de prétentions pécuniaires; si l'avocat apparaissait aux clients plus souvent comme un conseiller, alors le progrès réalisé serait non négligeable. Ceci est déjà de facto le cas dans une relation avocat client déjà établie depuis longtemps, mais le terme de conseiller ne sera pas toujours de mise.

Par ailleurs l'avocat peut exercer en tant que tiers neutre les fonctions de conseiller ou négociateur en vue de maîtriser un conflit. Le juriste est dans ces cas-là avantagé face à la charge qui lui incombe de maîtriser des faits complexes par sa formation classique juridique et l'habitude de penser par positionnement face aux prétentions et revendications.

De plus cela implique la maîtrise de facultés psychologiques et de savoir choisir dans les moments cruciaux entre une attitude coopérative ou compétitive, ainsi que de repousser toutes

tentatives de manipulations ou toute deloyauté, et les émotions négatives doivent être maîtrisées avec sérénité. Finalement c'est une maîtrise complète de toutes les facette de la communication qui est demandée.

∗ Perspectives

Si jusqu'à présent en Allemagne comme en Europe, l'évolution du mode de réglement d'un litige s'est fait très lentement notamment concernant l'intégration de la médiation, nous pouvons à présent constater un changement. La Cour de Cassation française a jugé le 14 février de cette année qu'une clause de médiation dans un contrat commercial force les parties, comme une clause d'arbitrage, à essayer de trouver une solution extra-judiciaire avant de porter un conflit devant le tribunal. Si malgré cette clause de médiation l'une des parties porte plainte, le tribunal déboutera la plainte à la demande de l'autre partie. Par conséquent la partie qui commence une médiation ne risque pas de perdre ces droits envers des actions juridiques qui peuvent suivre en cas d'échec des négotiations. Cela prouve qu'en France aussi la volonté de renforcer la solution des conflits par accord contractuel s'est constituée.

Même si la fonction principale du médiateur se concentre actuellement sur le secteur de la formation, la recherche de cas pratiques grandit et l'on peut attendre qu'une connaissance plus large de la médiation de ses contenus et de ses buts fasse en sorte que cette forme de la maîtrise des conflits se propage dans la pratique.

Sur le plan international on assiste aussi à une prise en compte de la médiation. Ainsi en août 2001 la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a pris une résolution concernant le *US Uniform Mediation Act* (UMA). En avril 2002 la Commission Européenne a présenté un livre vert concernant les procédures alternatives pour la maîtrise des conflits en droit civil et commercial, et par ailleurs en juin de la même année l'UNICTRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) a adopté le *Model Law on International Commercial Conciliation*. Dans ces deux œuvres réglementaires, la médiation est vue comme une sorte de méthode alternative à la maîtrise de conflits et de conciliation, et par là même intégrée dans les buts définis par ces règlements.

On peut aussi remarquer une effervescence concernant la recherche scientifique sur les méthodes de maîtrise des conflits. Actuellement il existe en Allemagne plusieurs publications scientifiques qui ont pour unique objet les méthodes alternatives de maîtrise des conflits, comme par exemple la publication pour l'arbitrage et la publication pour la médiation et la méthode de maîtrise des conflits. La centrale pour la médiation à Cologne décerne depuis quelques années un prix pour les meilleurs monographies scientifiques, en particulier les thèses et les ouvrages d'agrégations. Cette année aura lieu à Göttingen le Congrès sur la Médiation 2003 sous le titre de „La médiation et son émergence- coopération entre médiation et institution„.

En février de l'année courante a eu lieu l'ouverture du *Heidelberger Center of Dispute Resolution*. Lors du premier tour de table sur les devoirs et les buts du Centre, sur intervention d'un jeune participant le vœu a été formulé de se préoccuper aussi de la médiation. Même si l'institutionnalisation de cette méthode est encore en suspension je voudrais remercier nos partenaires français ainsi que Monsieur le Professeur Pfeiffer pour s'être courageusement prêtés à ce thème innovant dans le cadre du 35° séminaire commun.

Enfin je souhaite à tous les étudiants présents une journée riche en événements lors de la résolution du cas pratique qui sera par la suite présenté en français par les groupes.

Références:

Alexander, Nadja (Hrsg.), Global Trends in Mediation, Köln 2003

Breidenbach, Stephan, Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995

Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin (Hrsg.), Mediation für Juristen. Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997

Büchting, Hans-Ulrich/Heussen, Benno (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch 2001/2002, 7. Auflage, München 2001

Clay, Thomas, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, D. 2003, jurisp., 2468 ff.

Dieter, Anne/Montada, Leo/Schulze, Annedore (Hrsg.), Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation, Frankfurt-New York 2002

Duve, Christian, Mediation und Vergleich im Prozeß. Eine Darstellung am Beispiel des Special Masters in den USA, Köln 1999

Eidenmüller, Horst, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation. Mediationsvereinbarungen, Mediatorverträge, Mediationsvergleiche, Internationale Mediationsfälle, Köln 2001

Eisele, Jörg, Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation, JURA 2003, 656 ff.

Fisher, Roger/Ury, William, Getting to Yes. Negotiating an agreement without giving in, 2. Auflage, London 1999

Greger, Reinhard/Engelhardt, Matthias, Take mediation seriously or face the consequences, ZKM 2003, 4 ff.

Hacke, Andreas, Der ADR-Vertrag. Vertragsrecht und rechtliche Gestaltung der Mediation und anderer alternativer Konfliktlösungsverfahren, Heidelberg 2001

Haft, Fritjof, Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Auflage, München 2000

Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina Gräfin von (Hrsg.), Handbuch der Mediation. Verhandlungstecfhnik, München 2002

Hartung, Wofgang/Römermann, Volker (Hrsg.), Marketing- und Management-Handbuch für Rechtsanwälte, München 1999

Henssler, Martin/Koch, Ludwig, Mediation in der Anwaltspraxis, Bonn 2000

Hilber, Marc, Der Uniform Mediation Act-Aktuelle Bestrebungen zur Vereinheitlichung des US-amerikanischen Mediationsrechts, International Journal of Dispute Resolution, BB-Beilage5/2003, 9 ff.

Lacabarats, Alain, Mediation in der französischen Gerichtspraxis, ZKM 2003, 153 ff.

Lasserre, Bertrand, Optimising the Management of your Internaional Disputes. Thanks for Mediation: The French Experience, International Journal of Dispute Resolution, BB-Beilage5/2003, 22 ff.

Montada, Leo/Kals, Elisabeth, Mediation. Lehrbuch für Psychologen und Juristen, Weinheim 2001

Schlieffen, Katharina Gräfin von, Anforderungen an einen Mediator, ZKM 2000, 52 ff.