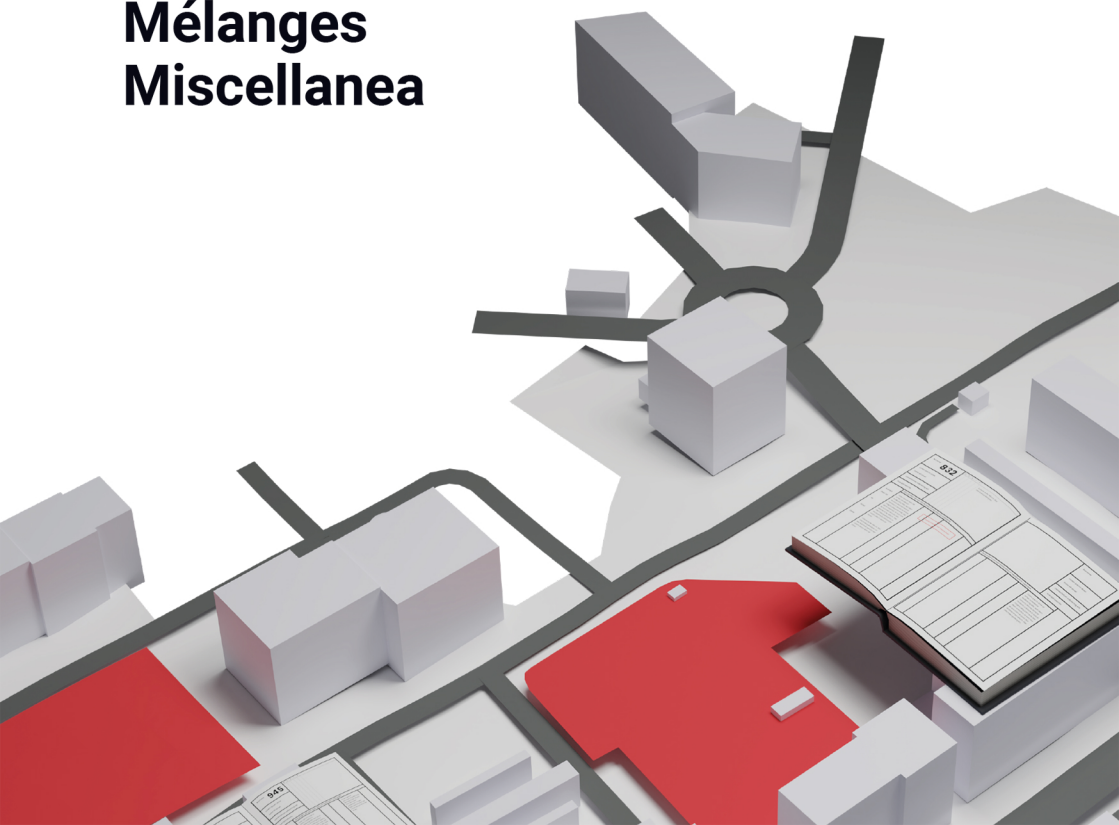




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /
Philipp Adam / Andrea Gautschi

Festschrift Mélanges Miscellanea



Le notaire et les méthodes amiables de résolution du conflit

Regina Wenger

Le notaire, par sa nature impartiale et ses compétences professionnelles, revêt la fonction d'un conciliateur. Avant de procéder à la rédaction d'un contrat, il est tenu de rechercher le consensus entre les parties impliquées. Au-delà de l'acte authentique, le notaire assume intrinsèquement le rôle de médiateur en cherchant activement des solutions pour réunir plutôt que diviser les parties, les familles ou les héritiers. Les méthodes de résolution amiable des conflits constituent des instruments essentiels pour atteindre cet objectif. Le grand public est de plus en plus conscient des avantages financiers et pratiques de ces outils.

Table des matières

1. Introduction	182
2. Conflit	183
2.1. Délimitation et notion.....	184
2.2. Escalade du conflit	185
3. Méthodes amiables de résolution	186
3.1. Négociation	187
3.1.1. Notion	187
3.1.2. Buts	187
3.1.3. Négociation raisonnée.....	188
3.1.4. Négociation sur les positions.....	189
3.2. Conciliation	190
3.2.1. Notion	190

3.2.2. Buts.....	190
3.3. Médiation.....	191
3.3.1. Notion.....	191
3.3.2. Buts.....	193
3.3.3. Organisation d'une médiation.....	193
3.4. Synthèse.....	195
4. Notaire et méthodes de résolution.....	196
4.1. Notaire et négociation.....	196
4.2. Notaire et conciliation extrajudiciaire.....	196
4.3. Notaire et médiation.....	197
5. Conclusion.....	198

1. Introduction

« Tu n'obtiens jamais assez en te battant, tu obtiens l'inattendu en étant plus conciliant. »

Lawrence G. Lovasik, The Hidden Power of Kindness

Le conflit : l'approcher, le comprendre, le résoudre

Résolutions, négociations, médiations, conciliations... Comment faire pour bien faire ?
Quel rôle a le notaire ? Quelle est sa place ? Quelle attitude adopter ?

Si on commençait... ensemble

Pourquoi ne pas commencer par inviter les parties à se mettre autour d'une table, à s'exprimer, discuter, écouter, entendre, formuler, comprendre, rassurer, rechercher la commune volonté, esquisser les diverses opportunités, sur le plan juridique certes, mais en tenant compte également des conséquences économiques et fiscales.

Concilier, conseiller, réconcilier

Rester neutre, bienveillant, ferme, rappeler les limites du cadre légal, concilier – à défaut parfois de réconcilier – garder une posture et une contenance neutres, indépendantes, pragmatiques, discrètes, orientées solutions, empreintes d'empathie, en conservant une distance nécessaire apaisante... Telle est l'action du notaire face à ses clients.

A l'image d'un acteur interprétant un personnage déterminant, le notaire est un auxiliaire de la justice et joue aussi naturellement le rôle de conciliateur sur la scène de la résolution à l'amiable. L'un des objectifs de sa fonction consiste à anticiper pour éviter des conflits. Il est une personne intègre qui utilise instinctivement les outils de la résolution amiable pour analyser une situation problématique et proposer des solutions durables.

Un contrat ou une convention équilibrée permettront d'éviter un conflit, voire une instruction judiciaire.

En cas de procès, le notaire, s'il est nommé expert par le juge, se doit de revêtir et d'assumer cette mission d'auxiliaire de la justice neutre pour proposer une issue, fruit d'une négociation ou non, après avoir entendu les parties.

Jetons ensemble un pont entre ce que le conflit est réellement, ce qu'il représente, et comment nous pouvons l'approcher, le comprendre et le résoudre.

Cette contribution a pour objet de présenter le lien entre la profession de notaire et les différentes méthodes amiables de résolution des conflits. Dès lors, nous nous pencherons sur la notion de conflit. Nous exposerons ensuite les différentes méthodes amiables de résolution des conflits, ce qui nous permettra d'analyser enfin le rôle du notaire à travers ces méthodes.

2. Conflit

Le conflit stimule la pensée, fait naître la colère, demande de la patience, est le chemin court ou long entre des opinions divergentes. Approchons-le, apprivoisons-le, soignons-le pour le résoudre et renouer avec le dialogue.

2.1. Délimitation et notion

Première étape : distinguons le conflit du litige (juridique). Le conflit est la partie enfouie de l'iceberg, celle qui cache les émotions, les perceptions et les sentiments.¹ Il est la source du litige et englobe les faits et les positions des parties en désaccord sur l'exercice d'un droit.² Le litige est la traduction et la réduction judiciaire du conflit.³ Contrairement au conflit, une méthode technique et structurée suffit au règlement du litige.

La distinction entre ces deux notions est essentielle à la résolution des différends : il est indispensable de traiter séparément les facteurs objectifs (le contenu du problème) et subjectifs (les relations entre les parties).⁴

Seconde étape : définissons le conflit. Premièrement, le conflit est une opposition de volontés entre deux ou plusieurs parties sur un objet plus ou moins précis.⁵ Toutefois, comme le nuancent aussi Stimec/Adijès, un désaccord n'est même pas nécessaire. « *Le conflit est la conséquence violente d'une incompatibilité de valeurs, d'enjeux et d'intérêts ou tout au moins d'un affrontement de tout cela* ». ⁶

Deuxièmement, un conflit n'est pas passager, c'est un ancrage qui perdure dans la relation entre les parties.

Troisièmement, le conflit a une part subjective : « *le conflit est d'abord une relation... une question de personnes* ». ⁷ Il est une conséquence violente d'incompatibilité de sentiments, de ressenti interne qui se déclare – souvent – par le comportement agressif des parties. ⁸

¹ JEAN A. MIRIMANOFF (dir.), Dictionnaire de la Médiation et d'autres modes amiables, Bruyland, Bruxelles 2019, p. 152.

² MIRIMANOFF (nbp. 1), p. 151 s.

³ JEAN A. MIRIMANOFF, Une nouvelle culture : la gestion des conflits, PJA 2009, p. 157 ss, p. 158.

⁴ MIRIMANOFF (nbp. 3), p. 159.

⁵ THIERRY GARBY, La gestion des conflits, Paris 2004, p. 2.

⁶ JEAN LOUIS LASCoux, Dictionnaire encyclopédique de la médiation – Au service de la qualité relationnelle et de l'entente sociale, Paris 2019, p. 62.

⁷ LASCoux (nbp. 6), p. 62.

⁸ LASCoux (nbp. 6), p. 62 ; ARNAUD STIMEC/SYLVIE ADIJÈS, La médiation en entreprise, 4e éd., Paris 2015, p. 61, mentionnent un aspect de vide et de plein, les personnes en conflits se situant dans un entre-deux chargé d'incertitudes, de pièges et de faux-semblants. Nous ajouterons à cela que cet entre-deux déborde d'émotions et de sentiments.

Il fait écho à la blessure, respectivement au heurt, à la violence, à l'essence même de la relation avec l'autre. Les personnes en conflit veulent imposer leurs idées et s'imposer elles-mêmes, se sentant menacées par l'autre. La situation s'envenime et s'aggrave.

C'est ce troisième point qui rend le conflit difficilement définissable, surtout et lorsque la dimension humaine entre dans l'équation.

Lors de la résolution d'un conflit, l'approche est double : il s'agit d'abord de comprendre l'objet du désaccord, les ressentiments de l'une au moins des parties (à tort ou à raison). Ensuite, il y a lieu de le résoudre, de dépasser l'atmosphère lourde, tendue, exempte de toute communication verbale. Pour Lascoux : « *Être en conflit, c'est heurter avec adversité* ». ⁹

Le conflit détruit. Il détériore l'aptitude à communiquer des parties. Il use la relation. Il sera nécessaire de la gérer, la redimensionner et en redessiner les contours pour la stabiliser.

2.2. Escalade du conflit

Un conflit se construit dans la durée, s'ancre, s'intensifie, voire s'enlise. Contrairement à l'image que l'on aurait d'une escalade classique, il faut considérer ce processus comme un escalier aux marches descendantes. ¹⁰ Cette (dés)escalade est en soi une fatalité si les parties restent passives. « *Il est facile de se laisser descendre, puis de tomber et plus difficile de remonter* ». ¹¹

L'escalade peut se décomposer en *trois stades*. Le premier est celui du désaccord et de l'incompréhension, pièges auxquels les parties doivent réfléchir pour s'en sortir afin de le résoudre sans l'aide d'un tiers. L'aboutissement de ce premier stade sera souvent – sans comportement actif des parties – une impasse. ¹²

Face à la frustration d'un dialogue infructueux, les parties auront tendance à durcir leur position et vouloir faire plier l'autre à leur propre pensée. C'est ce qu'on appelle la

⁹ LASCoux (nbp. 6), p. 61.

¹⁰ STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 67.

¹¹ STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 67.

¹² STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 68.

polarisation des positions, le *deuxième stade* de l'escalade.¹³ Les parties ne peuvent s'en sortir seules et cherchent au contraire une solution au détriment de la partie opposée. Le recours à l'intervention d'un tiers devient indispensable. C'est le passage à un système non plus de gagnants-gagnants, comme dans le premier stade, mais à un système qui générera fatalement un perdant.¹⁴ Les parties s'attaquent verbalement, utilisent des procédés comme le chantage, le bluff, l'intox, les menaces, mais aussi les amalgames et la généralisation.¹⁵

Malheureusement, le conflit ne s'arrête pas là. Au *dernier stade*, toutes les parties sont perdantes. Un sentiment d'insécurité les gagne. L'instinct primitif de destruction de l'autre prend le dessus. On se trouve dans un système de perdants-perdants.¹⁶ L'objet du litige n'est alors plus qu'un prétexte nourrissant le conflit.¹⁷

Selon Stimec/Adijès: « *L'escalade est en effet un processus qui fausse la rationalité et la lucidité* ». ¹⁸

3. Méthodes amiables de résolution

« *Contraindre est de moins en moins efficace, convaincre de plus en plus nécessaire* ». ¹⁹
Il est devenu primordial de gérer les conflits – du moins de prime abord – par une résolution dite amiable. Recourir uniquement à une instance judiciaire n'est plus la seule option. Le Conseil fédéral est par ailleurs favorable à un règlement amiable des conflits, car les solutions transactionnelles sont plus durables et plus économiques du

¹³ STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 68.

¹⁴ STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 69.

¹⁵ STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 68 s.

¹⁶ STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 69.

¹⁷ GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN, La médiation successorale, in : Laurent Hirsch/Christophe Imhoss (édit.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 27 ss, p. 33 ; THOMAS FIUTAK, Le médiateur dans l'arène – Réflexion sur l'art de la médiation, Toulouse 2015, p. 115.

¹⁸ STIMEC/ADIJÈS (nbp. 8), p. 67.

¹⁹ ALAIN PEKAR LEMPEREUR/AURÉLIEN COLSON, Méthode de négociation – on ne naît pas bon négociateur on le devient, Paris 2004, p. 8.

fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir.²⁰ Pour ce faire, il existe trois méthodes, lesquelles ne constituent pas des thérapies d'aide aux personnes, mais des outils permettant d'accompagner les parties en conflit : la *négociation*, la *conciliation* et la *médiation*.

3.1 Négociation

Encourager la négociation là où se trouve le conflit. Communiquer pour atteindre un équilibre réaliste. Eloigner les peurs pour mieux débattre, échanger, discuter, convaincre et trouver sa juste place grâce à des solutions optimales.

3.1.1. Notion

La négociation est la méthode la plus intuitive. Elle trouve sa source dans la discussion, c'est-à-dire dans la transmission et l'échange d'informations.²¹ Elle peut être définie comme une activité ou un échange entre deux personnes qui souhaitent faire converger leurs idées et leurs intérêts vers un but commun.²² Cette méthode instaure l'équilibre, parfois précaire, entre la recherche conjointe de solution (création de valeurs) et la distribution de cette solution (distribution de valeurs), noyau central de la négociation.²³

La négociation peut être menée sans l'aide d'une tierce personne, car elle est matérialisée par un échange d'arguments directement entre les parties.²⁴

3.1.2. Buts

La négociation évite que le conflit n'engendre une procédure judiciaire et permet ainsi le désengorgement des tribunaux, ce qui constitue un avantage non négligeable pour la société. Dans un procès, le volume de travail des parties et de leurs conseils est souvent

²⁰ Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 Juin 2006, FF 2006 6841, p. 6860; BIRGIT SAMBETH GLASNER/FLORENCE PASTORE, Rôle et contribution de l'avocat en médiation, Revue de l'avocat 2015, p. 381 ss.

²¹ ROGER FISCHER/WILLIAM URY/BRUCE PATTON, Comment réussir une négociation – nouvelle édition suivie des réponses aux questions des lecteurs, 3e éd., Paris 2006, p. 14.

²² NICOLAS IYNEDJIAN, Négociation – Guide pratique, Lausanne 2005, p. 351.

²³ MAURICE A. BERCOFF, L'art de négocier avec la méthode Harvard, Paris 2011, p. 19.

²⁴ MIRIMANOFF (nbp. 1), p. 351.

alourdi par des complications qui relèvent de la procédure.²⁵ Par opposition, le recours à la négociation présente un avantage financier significatif.

La durée d'une procédure judiciaire représente également un argument en faveur de la négociation. Car en effet, plus une procédure judiciaire est complexe, plus elle risque d'être longue et de susciter chez les parties un « coût » émotionnel.

Selon BERCOFF, comme tout processus qui se développe, la négociation est empreinte de dynamiques.²⁶ Si le rapport de forces entre les protagonistes est souvent asymétrique dans un premier temps, il s'ensuit le jeu de la réciprocité qui tend à le rééquilibrer. Puis vient la volonté commune des participants à chercher des solutions acceptables et aisées à mettre en œuvre. Lorsque ce processus se déroule de manière à peu près harmonieuse, il est apte à conduire à des satisfactions partagées.

3.1.3. Négociation raisonnée

La *négociation raisonnée* ou la *négociation sur le fond* représente plus une attitude qu'une méthode stricte et définie. Cette méthode repose sur quatre points essentiels :²⁷ les *hommes* (qui doit être compris au sens humain du terme), les *intérêts*, les *solutions* et les *critères*.²⁸

Le premier critère, les *hommes*, souligne le caractère humain des parties en présence lors d'une négociation. Elles sont dotées de sensibilité et d'émotions. En lieu et place de s'attarder sur leurs positions respectives, les participants sont invités à se soutenir pour attaquer ensemble le problème central. Il faut ainsi, tant pour le praticien négociateur que pour les parties, *traiter séparément* les questions personnelles et le différend.²⁹

²⁵ IYNEDJIAN (nbp. 22), p. 11.

²⁶ BERCOFF (nbp. 23), p. 18.

²⁷ NICOLAS DUTOIT, L'avocat et la résolution des conflits – l'importance de l'orientation préalable, in : Revue de l'avocat 2019, p. 65 ss, p. 67 s.

²⁸ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 31.

²⁹ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 31.

*Le deuxième critère, les intérêts, révèle l'inconvénient des prises de positions. Il est primordial de se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions.*³⁰

*Le troisième critère, les solutions, est conçu pour faciliter les parties à construire une issue qui leur est propre, un accord final. Les protagonistes se rendront compte, malgré leur conflit, que la personne en face peut avoir la même idée, qui serait une solution semblable. Il convient d'imaginer des solutions pour un bénéfice mutuel.*³¹

*Le quatrième point et dernier, les critères, précise qu'une solution doit se fonder sur des éléments justes, sur des critères équitables, objectifs.*³² Ces derniers ne devant favoriser ni l'une ni l'autre partie, mais mettre en avant leurs intérêts communs.

3.1.4. Négociation sur les positions

Cette méthode est la plus classique, mais elle ne garantit aucun accord final. Chaque partie se positionne et présente ses arguments, fait des concessions afin de trouver un compromis.³³ Les « positions » des parties sont le résultat souhaité au terme de la discussion. Encore faut-il que la personne en face soit prête à « lâcher » suffisamment prise pour contenter la première partie et vice versa.

Première constatation : Puisque les parties discutent, argumentent pour atteindre un résultat qu'elles ont déjà trouvé (positions), elles peuvent avoir tendance à s'enfermer dans leur(s) position(s). L'ancrage n'est autre que l'ennemi de la communication. « *Plus on expose clairement une position, plus on la défend contre les attaques, plus on s'y attache* ». ³⁴

Deuxième constatation : Les parties engagent leur négociation en ayant à l'esprit une position extrême. *Elles ont un but antagoniste*. Lors des négociations, puisque les deux parties partent d'une position avec des attentes élevées, chaque compromis sera difficile

³⁰ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 32.

³¹ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 32.

³² FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 32.

³³ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 21.

³⁴ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 23.

à accepter. Tout ceci ne fait que retarder l'accord final et installe un esprit de fatigue et de lassitude. La discussion devient « *un affrontement des volontés* ». ³⁵

Et *troisième constatation* : L'accord final entre les parties ne sera jamais autre que le point de jonction entre la volonté de l'une et le désir de l'autre. Une méthode est efficace et adaptée si elle répond à trois questions : « *Permet-elle d'aboutir à la conclusion d'un accord judiciaire, à supposer qu'il soit possible ? Est-elle efficace ? Permet-elle d'améliorer ou, à tout le moins, de ne pas compromettre les relations entre les parties en présence ?* ». ³⁶

3.2. Conciliation

Elle est synonyme de paix sociale, terrain d'entente, cohérence harmonieuse. Son défi ? Arbitrer des contradictions pour conjuguer au mieux la volonté avec le possible.

3.2.1. Notion

La conciliation est une méthode amiable de résolution d'un conflit. ³⁷ et non une thérapie d'aide aux parties (*supra* 3), caractérisée par l'intervention d'une tierce personne neutre et impartiale, le conciliateur. ³⁸ Ce dernier a pour mission d'amener les parties à trouver un accord.

3.2.2. Buts

Concilier d'abord, juger ensuite, telle est la *ratio legis*. ³⁹ De caractère informel, la conciliation s'inscrit dans le processus formel de la procédure judiciaire ⁴⁰ dont elle est, en principe, la première étape. Dans une procédure judiciaire, cette méthode est centrée sur l'objet du litige, défini par les conclusions des parties et les allégués, à la différence

³⁵ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 26.

³⁶ FISCHER/URY/PATTON (nbp. 21), p. 22.

³⁷ SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, La résolution amiable des différends en matière civile : interactions entre procédure civile et modes amiables, in : Jean A. Mirimanoff (édit.), La résolution amiable des différends en Suisse, Berne 2016, p. 37 ss, p. 63.

³⁸ ISABELLE BIERI, Conciliation et médiation – concepts en pagaille dans une procédure en chantier, Revue de l'avocat 2003, p. 354 ss, p. 355.

³⁹ FF 2006 6841, p. 6943.

⁴⁰ BIERI (nbp. 38), p. 355 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE (nbp. 37), p. 63.

de la médiation qui est, elle, centrée sur la résolution du conflit.⁴¹ Le but de cette méthode est de favoriser la paix sociale en trouvant un terrain d'entente entre les parties pour éviter que le litige ne soit (re)porté devant le tribunal.⁴²

La conciliation est imposée pour toute procédure civile (art.197 CPC), sous réserve des exceptions et renonciations prévues aux articles 198 et 199 CPC, mais demeure un mode amiable de résolution du litige.⁴³ Son issue favorable se matérialisera par un accord entre les parties, ratifié par le juge.⁴⁴ L'accord obtient ainsi force exécutoire et permet de définir les contours juridiques de la relation entre les parties.⁴⁵ La conciliation offre alors aux protagonistes se trouvant déjà devant une autorité civile la possibilité de bénéficier d'un cadre supplémentaire informel pour résoudre leur litige.⁴⁶ Il faut également noter qu'aux termes de l'art. 213 al. 1 CPC, une conciliation peut en tout temps être remplacée par une procédure de médiation.

La conciliation ne garantit cependant pas une préservation du lien entre les parties.

3.3. Médiation

Accepter les différences, encadrer, ne pas s'imposer, veiller au bien-être de chacun, franchir des étapes avec sérénité et sagesse. Garder une attitude qui permet d'être et de rester dans l'humanité.

3.3.1. Notion

Prescrite par le CPC (art. 213 ss CPC), la médiation n'y est pourtant pas définie. Le Message du Conseil fédéral la décrit comme une procédure extrajudiciaire caractérisée

⁴¹ VIGNERON-MAGGIO-APRILE (nbp. 37), p. 63.

⁴² FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, 3e éd., Bâle 2021, n. 935 ; NICOLAS JEANDIN, Introduction à la gestion des conflits, in : Jean A. Mirimanoff/Sandra Vigneron-Maggio-Aprile (édit.), La gestion des conflits – Manuel pour les praticiens, Lausanne 2008, p. 1 ss, p. 6.

⁴³ DELPHINE AESCHLIMANN-DISLER/MICHEL HEINZMANN, in: Isabelle Chabloz/Patricia Dietschy-Martenet/Michel Heinzmann (édit.), CPC – Code de procédure civile, petit commentaire, Bâle 2021, introd. aux art. 213 à 218 CPC, art. 197/198 CPC, ad art. 197/198 CPC 1.

⁴⁴ VIGNERON-MAGGIO-APRILE (nbp. 37), p. 63.

⁴⁵ BIERI (nbp. 38), p. 355.

⁴⁶ VIGNERON-MAGGIO-APRILE (nbp. 37), p. 63 ; MONIQUE SCHALLER REARDON, De l'importance pour les avocats de s'investir en médiation, Revue de l'avocat 2016, p. 123 ss, p. 123.

entre autres par l'intervention d'un tiers neutre et indépendant.⁴⁷ Cette méthode de prévention du conflit se pratique à l'initiative des parties et sans l'intervention d'un juge. Elle peut aussi interférer après une procédure afin de pallier les problèmes de mise en œuvre d'un jugement.⁴⁸

Seul est déterminant le moment où les protagonistes se décident à confronter leurs émotions. Toutefois, il n'existe pas de moyen juridique pour contraindre les parties à aller en médiation, sous réserve de certains cas spécifiques prévus par le CPC. Par exemple, en droit de la famille, les art. 314 al. 2 CC et art. 297 al. 2 CPC constituent un moyen pour le juge d'exhorter les parents à tenter une médiation dans les causes applicables aux enfants. Cette exhortation doit être comprise comme une forte insistance de la part du juge.⁴⁹

Notons que si le juge peut essayer de convaincre les parties à amorcer une médiation, il ne peut cependant en aucun cas les contraindre à la poursuivre.⁵⁰ Malgré des réticences lors de son introduction, en pratique la médiation est de plus en plus recommandée par les magistrats.⁵¹

Le rôle principal du médiateur est d'encadrer. Il ne s'impose jamais. Comme le souligne à juste titre Vigneron-Maggio-Aprile, le médiateur ne doit pas être uniquement impartial

⁴⁷ FF 2006 6841, p. 6943 ; d'un autre avis MARTIN BEYELER, La médiation selon les art. 213 à 218 CPC, PCEF 2019, p. 292 ss, p. 294.

⁴⁸ CINTHIA LÉVY/MAYA KIEPE, Médiation judiciaire : volontaire ou obligatoire ?, Revue de l'avocat 2020 p. 446 ; SCHALLER REARDON (nbp. 46), p. 125.

⁴⁹ SAMUEL MONBARON, La médiation, in : SANDRA F. BOHNET (édit.). Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, NEUCHÂTEL 2010, p. 93 ss, p. 101 ; MARYSE PRADERVAND-KERNEN, Le coût de la médiation civile, RSPC 2018, p. 437 ss, p. 440. Il s'agit alors d'une médiation ordonnée. Voir aussi l'art. 8 al. 1 LF-EAA qui exige du tribunal d'engager une conciliation ou une médiation.

⁵⁰ PRADERVAND-KERNEN (nbp. 49), p. 447 s et les références citées ; JEAN A. MIRIMANOFF, Renvoi judiciaire en médiation dans le cadre des art. 213, 214 et 297 CPC et 307 CC et des instruments de la CEPEJ (Conseil de l'Europe), RSPC 2019, p. 539 ss, p. 549.

⁵¹ CINTHIA LÉVY, Partie A Médiation / L'avocat et la médiation – entrez dans la danse ! in : Laurent Hirsch/Christophe Imhoos (édit.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, p. 121-130, p.121 ; LÉVY/KIEPE (nbp. 48), p. 447.

au sens strict du terme. Il se doit d'être omnipartial ou multipartial, c'est-à-dire qu'il doit veiller au bien-être de l'ensemble des parties de manière égale.⁵²

La médiation est en particulier recommandée dans les litiges en matière familiale, successorale ou commerciale afin de rétablir le lien entre les parties ou d'y mettre fin d'une manière plus adéquate que par une procédure judiciaire.⁵³ Elle fait ressortir le côté humain du conflit en ne se focalisant pas uniquement sur les considérations juridiques qui en découlent.⁵⁴

3.3.2. Buts

Le but principal de la médiation se trouve dans la recherche de la communication. Plus précisément dans l'encouragement de cette dernière afin de maintenir une relation pérenne.⁵⁵ Elle permet de gérer le conflit par la discussion, de recentrer le problème, de le replacer dans son contexte et d'en extraire les solutions, tout en tenant compte de la rupture existant entre les parties. Elle vise à régler le conflit dans son ensemble y compris son aspect émotionnel sous-jacent.

3.3.3. Organisation d'une médiation

Malgré la liberté totale pour les parties d'organiser leur médiation, une certaine structure peut leur permettre, ainsi qu'au médiateur, de garder en vue l'objectif final. La structure présentée dans ce chapitre se base notamment sur la contribution de Sambeth Glasner.⁵⁶

1. *La préparation* : Les parties, comme le médiateur, doivent comprendre les racines du problème pour ensuite se tourner vers le futur. Le but est de prendre le temps de comprendre la situation et d'organiser le travail nécessaire à la résolution du conflit. Lors de cette phase préalable, les parties et le médiateur s'accordent sur les différentes dates de rencontres, les lieux etc. Rappelons qu'il est impératif que le médiateur aménage la

⁵² VIGNERON-MAGGIO-APRILE (nbp. 37), p. 50.

⁵³ DUTOIT (nbp. 27), nbp. 23.

⁵⁴ CINTHIA LÉVY, Les avantages de la médiation pour l'avocat, Revue de l'avocat 2013, p. 470, p. 476.

⁵⁵ DUTOIT (nbp. 27), p. 67.

⁵⁶ BIRGIT SAMBETH GLASNER, La médiation successorale, in : Maryse Pradervand-Kernen/Michel Mooser/Antoine Eigenmann (édit.), Journée de droit successoral 2020, Berne 2020, p. 123 ss, p. 137 ss.

pièce où il reçoit les parties. Par exemple, il est préférable d'avoir une table ronde et non carrée, afin que la distance entre les parties et le médiateur soit égale. Une proximité trop grande avec le médiateur pour l'une des parties, ou entre les parties, peut déjà intégrer un climat d'injustice aux yeux de l'autre.⁵⁷

2. *La phase d'ouverture* : A la suite de cette préparation, *la phase d'ouverture* de la médiation peut débiter. Les personnes concernées seront invitées à exposer l'ensemble de leurs émotions, de leurs griefs, de leurs intérêts et de leurs craintes.⁵⁸ Elles examineront les alternatives existantes au conflit et les meilleurs moyens d'arriver à un accord. C'est le moment où elles doivent s'ouvrir, mais le problème de fond n'y est pas encore traité. Il appartient au médiateur d'instaurer un climat de confiance et de tranquillité. Sans une telle atmosphère, il est impossible pour les personnes de s'exprimer. A l'issue de cette phase, ces dernières établiront des listes de sujets qu'elles souhaitent aborder. Ce catalogue d'éléments à traiter constituera la trame de la discussion future.

3. *La phase d'exploitation* : Dans cette dernière, ce ne sont plus les sujets, mais les intérêts des parties qui sont sur le devant de la scène. Le médiateur permet aux parties de se décrocher de l'emprise du passé pour s'orienter vers l'avenir. Les personnes concernées par le différend se distancient ainsi de leurs positions afin d'amorcer une solution.

4. *La phase de génération d'options* : Les participants se chargent de développer un nombre non exhaustif de solutions.⁵⁹ Toutes les idées sont bienvenues, dans un cadre de respect mutuel. La communication rétablie, l'idéal serait que les parties élaborent leurs solutions conjointement.

5. *La négociation* : Une fois le dialogue retrouvé et les solutions imaginées, vient la phase de négociation, puis l'élaboration d'un accord de principe.⁶⁰ Les parties sont invitées à déceler leurs points de concordance. A l'aide du médiateur, elles se concertent afin de détacher les solutions réalisables.

⁵⁷ Pour plus d'informations et de schémas à ce sujet : PEKAR LEMPEREUR/COLSON (nbp. 19), p. 116 ss.

⁵⁸ SAMBETH GLASNER (nbp. 56), p. 138.

⁵⁹ SAMBETH GLASNER (nbp. 56), p. 138 s.

⁶⁰ SAMBETH GLASNER (nbp. 56), p. 138 s.

6. *La phase de l'accord final se dessine*: Le médiateur ne se prononce pas sur son contenu. Il veille cependant à ce que les parties comprennent ses conclusions, le cheminement effectué et que l'accord soit accepté en connaissance de cause. L'art. 217 CPC permet au juge, sur demande des parties, de ratifier l'accord trouvé en médiation. Il aura les mêmes effets qu'un jugement.⁶¹ L'accord peut être partiel. Dans ce cas, les parties feront appel à un juge pour trancher les points qui demeurent litigieux.⁶²

Notons également que la médiation est un outil efficace de planification (patrimoniale, successorale). Il s'agit d'un moyen de prévenir ou, du moins, de minimiser la naissance de litiges ultérieurs.

3.4. Synthèse

Les trois méthodes amiables mettent en exergue les éléments les plus enfouis du conflit. Il est question pour le praticien d'imager la relation entre les parties. Le lien peut être représenté par une corde que chacune des parties tient à son extrémité, alors que le conflit et le litige sont matérialisés par le nœud. Le litige est la partie visible de ce dernier, tandis que le conflit est la partie centrale invisible. Le négociateur et le conciliateur prendront acte du nœud. Ils tenteront avec les parties de dénouer la corde. Ils feront des essais, conseilleront sur la manière de procéder, proposeront des solutions. En fonctionnant de la sorte, le nœud aura tendance à se défaire de l'extérieur vers l'intérieur, des problèmes les plus visibles vers ceux les plus profonds et complexes. En outre, plus les protagonistes se rapprocheront du nœud, rempli d'émotions, plus la corde s'avèrera être serrée et difficile à dénouer. Le médiateur en revanche comprendra l'ampleur du problème au rythme de la conversation entre les parties. Il laissera ces dernières lui exposer l'ensemble du conflit et les invitera à prendre conscience du lien qui les unit en s'écoulant mutuellement. Une fois le problème exposé, les parties, aidées par le médiateur, auront tous les outils pour défaire le nœud. Par définition, une

⁶¹ LÉVY (nbp. 54) p. 476. Pour cet auteur, la ratification doit être possible pour les accords issus d'une médiation judiciaire (ie qui intervient en remplacement d'une conciliation (art. 213 CPC) ou en cours de procédure au fond (art. 214 CPC)) mais aussi pour les accords issus de médiation ouverte hors procédure judiciaire, dans ce cas, la procédure judiciaire permettrait uniquement de ratifier l'accord (op. cit. nbp. 23 et 24 et p. 476). Dans le même sens, PASTORE/SAMBETH GLASNER (nbp. 20), p. 332.

⁶² LÉVY (nbp. 54), p. 471.

médiation doit permettre aux parties de s'ouvrir. Le médiateur devra créer un climat de confiance, calme et apaisant, une atmosphère exempte de jugement. Il laissera une totale autonomie aux parties sur l'organisation et la façon de résoudre le conflit. Ainsi, le nœud aura tendance à se défaire de l'intérieur vers l'extérieur. De notre point de vue, la deuxième approche est la plus constructive et bénéfique pour les parties.

4. Notaire et méthodes de résolution

La résolution se construit dans la réflexion et le dialogue pour trouver une solution. Négociation, conciliation ou médiation se bâtissent sur la compréhension, la perception et la modération.

4.1. Notaire et négociation

Le notaire est un officier public, intervenant dans des moments clés, voire intimes de la vie de ses clients, tels qu'à l'occasion d'un mariage, lors de l'acquisition d'un bien immobilier, de la liquidation d'un régime matrimonial ou dans le cadre du règlement d'une succession.⁶³ Les personnes concernées sont alors sujettes à une charge émotionnelle intense : le poids des mots choisis est important.⁶⁴ Chaque acte doit refléter la commune et réelle volonté des parties.⁶⁵ Vous le savez, « *ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire arrivent aisément* ».⁶⁶

4.2. Notaire et conciliation extrajudiciaire

Le conciliateur est un tiers neutre et impartial intervenant activement dans le conflit. Il se réfère à des normes préétablies afin d'assurer la prévisibilité, l'égalité entre parties et pour éviter l'arbitraire. Il est lui-même soumis à la norme.⁶⁷ Le notaire est un juriste

⁶³ Dans le même sens COSTIN VAN BERCHEM, Le rôle du notaire dans la résolution des litiges successoraux, in : Laurent Hirsch/Christophe Imhoos (édit.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Genève/Zurich/Bâle 2018, p. 389 ss, p. 392.

⁶⁴ CHAPUS-RAPIN (nbp. 17), p. 28.

⁶⁵ MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2e éd., Berne 2014, n. 203.

⁶⁶ NICOLAS BOILEAU, L'art poétique, 1815, p. 6.

⁶⁷ CHRISTINE GUY-ECABERT, Conciliation ou médiation, RJN, p. 17 ss, p. 34.

qualifié, il possède des connaissances suffisantes pour jouer un rôle non négligeable dans ce cadre extrajudiciaire en respectant les normes préétablies.⁶⁸ Il intervient en amont des procédures judiciaires, son activité de planification tend à éviter des litiges futurs, en éclairant les clients sur le contenu et les conséquences de leurs décisions et de leurs actes.⁶⁹ Il peut également intervenir en parallèle d'une procédure judiciaire, par exemple, lorsqu'il est nommé par le juge en qualité d'expert afin, notamment, d'établir un partage successoral.⁷⁰ Il soumettra alors une proposition au juge qui pourra la ratifier dans un jugement, à moins que les héritiers ne s'accordent à la signer de leur plein gré. Par ces activités, le notaire joue le rôle de conciliateur bien que cette mission soit réservée au juge compétent pour le procès au fond.⁷¹

L'impartialité et la neutralité sont deux qualités indispensables. Le notaire s'efforce de « *sauvegarder les intérêts de chacune des parties* » (art. 40 al. 1 LNo). Ajoutons diverses qualités : écouter, comprendre, expliquer, réunir, apaiser pour faire un choix optimal et emprunter le chemin qui se situe au carrefour des convergences.

4.3. Notaire et médiation

Médier, c'est avant tout encadrer les parties et les laisser s'ouvrir. Le médiateur est l'acteur, par rapport au conciliateur ou au négociateur, qui a le plus de prérogatives en tant que tiers intervenant. Il doit laisser les parties s'exprimer et ainsi accueillir leurs émotions. Il les amène à se comprendre sans forcément accepter la position de l'autre. Il fait preuve d'empathie. Son expérience professionnelle et ses qualités personnelles l'aideront à guider les parties, sans prendre position (impartialité). Ces qualités exigent non seulement un certain calme, du sang-froid, de la patience, une absence de parti pris, mais aussi un savoir-faire dans l'art de communiquer et la manière de gérer les émotions.

⁶⁸ VAN BERCHEM (nbp. 63), p. 392.

⁶⁹ VAN BERCHEM (nbp. 63), p. 392.

⁷⁰ Le juge peut également nommer un notaire en tant que représentant de la communauté héréditaire (art. 602 al. 3 CC).

⁷¹ Sous réserve d'un conflit dans le domaine du droit au bail, où l'autorité de conciliation compétente est la Commission de conciliation en matière de baux à loyer.

Dans une médiation civile ou non, les parties ont le libre choix du médiateur et peuvent faire appel à un tiers de confiance,⁷² si bien qu'elles ne sont pas limitées à des personnes formées.⁷³

« Médiateur » n'est pas qu'une fonction, mais une activité professionnelle. Mooser parle « *d'activité professionnelle en la forme commerciale, d'activité lucrative prépondérante ou d'activité salariée* ». ⁷⁴

Le cadre précisé par le médiateur devra permettre aux parties de comprendre la portée juridique de leur conflit et les solutions qu'elles peuvent apporter.

« *Les parties envers lesquelles le notaire a assumé son obligation de renseigner savent ce qu'elles font ; celles qui bénéficient du conseil savent en plus pourquoi elles ont choisi cette solution plutôt qu'une autre* ». ⁷⁵ Il est, tant par sa qualité d'officier public, que par les obligations qui guident sa profession, la personne ayant des prédispositions pour médier.

5. Conclusion

Communication, émotion, dialogue

Les méthodes amiables de résolution ont l'avantage de se préoccuper des personnes et des relations qui les lient et non uniquement des faits. Elles permettent ainsi de maintenir ces relations, de résoudre le différend et de prévenir de nouveaux conflits, tout en favorisant la complémentarité. Elles enrichissent notre système judiciaire et bousculent notre façon traditionnelle de penser la justice.

Bien que le notaire ne soit pas formé, initialement, à la résolution amiable des conflits, sa fonction lui permet d'intervenir en tant que tiers impartial dans ses activités ministérielles et professionnelles, soumises à des règles légales strictes, notamment

⁷² FF 2006 6841, p. 6944 ; MARTIN BEYELER/MICHAEL HEINZMANN, in: Isabelle Chabloz/Patricia Dietschy-Martinet/Michel Heinzmann (édit.), CPC – Code de procédure civile, petit commentaire, Bâle 2021, introd. aux art. 213 à 218 CPC, art. 215 CPC, ad art. 215 CPC n. 3.

⁷³ BEYELER/HEINZMANN (nbp. 72), art. 215 CPC n. 5.

⁷⁴ MOOSER (nbp. 65), n. 102.

⁷⁵ MOOSER (nbp. 65), n. 226 et n. 712. avec les références citées.

en matière de discrétion, de probité et de neutralité visant à protéger ses clients. Il est un praticien doté de connaissances juridiques solides, un bagage utile à la résolution amiable des conflits. Ses compétences techniques et ses qualités humaines font de lui un négociateur, un conciliateur et aussi un médiateur avisé, qualifié, capable de mener à bien le règlement de conflits par des solutions pragmatiques, réalistes et réalisables.

LEVY souligne et relève à maintes reprises l'importance de la communication et son rôle : « *à la fois la transmission d'information et écoute active mais aussi interaction entre individus* ».

Le notaire est un instrument au service de la paix. Il veut éviter la guerre. Communication, émotion, dialogue sont des mots qui raisonnent son esprit et résonnent dans sa conscience.

„L'auteure remercie Mme Chantal-Anne Jacot, journaliste, Lausanne pour l'adaptation et la rédaction et M. Cyril Jaques, étudiant Master of Law, Université de Fribourg pour son travail de recherche“

