

« Deal Mediation »

L'Avenir des modes alternatifs de règlement des différends pour la conclusion d'accords commerciaux

Claude Amar¹ et Véronique Fraser, Ph.D.²

La pratique de la médiation ou du règlement des différends par le dialogue existe depuis des millénaires, remontant à 1800 avant Jésus-Christ lorsque la médiation était utilisée dans le royaume de Mari (la Syrie actuelle) pour résoudre les différends avec d'autres royaumes (Barrett, 2009). La médiation en tant que concept remonte également au temps de la Bible et du Talmud, dont les principes comprenaient, entre autre, l'acceptation d'un compromis afin d'éviter un conflit. Dès lors, le concept de médiation est profondément enraciné dans la tradition juive, comme en témoignent son insistance permanente sur la paix (*Shalom*) ainsi que l'appel des chefs religieux à rechercher et promouvoir la paix-*Bakesh shalom v'rodfehu* (Steinberg, 2000). Malgré ses origines historiques très anciennes, la médiation dans sa forme actuelle date depuis moins longtemps ; elle remonte à la fin des années 1900 (au regard du cadre analytique actuel). Depuis lors, la médiation est devenue une branche à part entière plus fréquemment utilisée parmi les modes alternatifs de règlement des différends (MARD), en particulier depuis son intégration dans le système judiciaire aux Etats-Unis dans les années 1960 et 1970. Lors de la promotion des MARD, il s'agissait d'une part, de réduire les coûts et le temps passé en procès, autrement dit, de désengorger les Tribunaux, et de concevoir des solutions créatives qui

¹ Claude Amar est médiateur et conseiller en prévention et résolution des conflits. Il a été formé à la médiation au Center for Mediation in Law, San Francisco, par Gary Friedman, a suivi les cours du Program On Negotiation de Harvard Law School de Robert Mnookin. Il est architecte DPLG (Ecole Nationale Supérieure des Beaux Arts, Paris) et a suivi le cours de Finance à l'INSEAD, Fontainebleau. Il s'est spécialisé dans le développement d'hôtels à travers le monde. Médiateur, certifié par l'IMI (International Mediation Institute), le SIMI (Singapore International Mediation Institute) et l'IFCM (Institut Français de Certification des Médiateurs), il est régulièrement désigné par les tribunaux français, TGI, Tribunal de Commerce et Cour d'appel, ainsi que par la CCI (Chambre de commerce internationale). Il est médiateur à l'Espace d'Accès à la Médiation, à destination d'un public en difficulté.

² Véronique Fraser, Ph.D. est professeure à la Maîtrise en prévention et règlement des différends de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke (Canada). Elle siège sur le Comité exécutif de la *International Task Force on Mixed Modes Dispute Resolution*, un effort combiné du College of Commercial Arbitrators, du International Mediation Institute et du Straus Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University School of Law, en ligne : <https://imimmediation.org/imi-mixed-mode-mediation-task-force>

³ Les auteurs tiennent à remercier Fedorah Philippeaux, étudiante au MA Peace and Conflict Studies, Double International Award from the University of Marburg and the University of Kent et Camille Audemard, étudiante Master 2 Droit et Gestion des Ressources Humaines en alternance, Université Catholique de Lille pour leur excellent travail d'assistance de recherche.

n'auraient pas émergées dans le cadre d'un procès (Menkel-Meadow 2016). Depuis la première publication de Fisher et Ury « Getting to Yes » dans les années 1980, la pratique de la négociation et de la médiation a été largement acceptée et utilisée dans la résolution des différends. Malheureusement aujourd'hui, beaucoup de personnes familiarisées avec la pratique de la médiation gardent une vision archaïque de celle-ci, à savoir que son utilité réside exclusivement dans la résolution des différends. Les médiateurs eux-mêmes sont souvent formés à considérer la médiation uniquement en terme de conflit (IMI). L'hypothèse sous-jacente se base sur la nécessité d'un conflit pour que la médiation soit considérée comme une option. En réalité, ceci n'est pas toujours le cas. La médiation est en effet une excellente méthode pour résoudre les conflits existants, mais elle se révèle tout autant utile, voire plus, pour prévenir des conflits avant qu'ils ne surgissent. Bien qu'elle ne soit pas encore largement utilisée de cette manière, on peut aisément établir le bien-fondé de la médiation utilisée non seulement comme mode alternatif de résolution des conflits, mais également comme précurseur ou mesure préventive dans l'art de négocier les accords. Cet article met en lumière les avantages de la médiation dans les domaines non-conventionnels, tels que le « deal-making » et le « deal-management » afin d'encourager son développement futur et une utilisation plus répandue à l'avenir.

Les médiateurs dans le domaine des MARD peuvent « aider les parties en conflit à surmonter les asymétries d'information, optimiser leurs accords, gérer les barrières psychologiques à la négociation ainsi que les aspects émotionnels et relationnels » (Peppet2004, 287). Les négociations sont bien différentes des médiations. Typiquement, les négociations surviennent directement entre les parties sans l'intervention d'un tiers neutre. Pendant la négociation, plusieurs difficultés peuvent survenir et sont susceptibles d'entraver considérablement la réussite de la résolution du conflit. Les parties viennent souvent à la table de négociation avec leurs perceptions personnelles des faits et chaque partie considère systématiquement que son point de vue de la situation est factuel et constitue la seule vérité. Dès lors, la partie adverse a forcément « tort ». Par ailleurs, comme chaque partie veut garder un avantage sur l'autre, elle est souvent réticente à partager des informations, que ce soit sur ses véritables intérêts ou des options alternatives à disposition, de peur de perdre la main. Il y a également le facteur humain qui tend vers l'égoïsme et donc vers une incapacité à pardonner les blessures passées. Ceci peut entraîner un engrenage dans les détails dudit passé et rendre impossible l'oubli de ces blessures. Pour ces raisons, Fisher et Ury font une mise en garde par rapport à ces difficultés et encouragent vivement ceux qui se lancent dans une négociation à

« séparer les personnes du problème ». Dans un procès, il est souvent difficile de certifier ce que décidera la Cour et à la faveur de qui le jugement sera rendu, en particulier lorsque chaque partie croit fermement au bien-fondé de son cas. En raison des problèmes mentionnés ci-dessus, la médiation par l'existence d'un tiers neutre est de plus en plus reconnue.

L'utilité d'un médiateur dans le but d'éviter les litiges a largement été documentée pendant ces dernières décennies. Il apporte une aide auprès des parties pour parvenir à des solutions mutuellement favorables. Le médiateur est habilité à assister les parties à surmonter certains échecs de négociation mentionnés par Priest et Klein. Ceux-ci surviennent par manque de partage d'information, par des présuppositions erronées en lien avec des options alternatives de la partie adverse, ou par des appréciations inexactes quant à la valeur réelle d'une telle résolution. Lorsque de telles situations surviennent, le médiateur peut agir en tant que tiers neutre, ou comme Schelling (1960) le décrit dans son travail sur la théorie de la négociation, il peut contribuer à recueillir et traiter toutes les informations des deux parties puis comparer les offres et contre-offres sans divulguer les informations confidentielles. De cette manière, le médiateur est en mesure de faire une analyse/synthèse éclairée grâce à tous les faits recueillis auxquels les parties elles-mêmes n'ont pas forcément accès. Ceci permet au médiateur d'avoir plus de recul sur les enjeux pour conduire la médiation en conséquence. Ce plus grand recul lui permet d'intervenir auprès des parties en les aidant à créer des solutions à valeur ajoutée à leurs différends.

Beaucoup de problèmes rencontrés dans les négociations existent aussi en matière d'accords puisqu'il s'agit d'un type de négociation qui engage des parties et des intérêts différents. Dès lors, la médiation devrait naturellement se révéler très utile dans de telles situations. Alors pourquoi cela n'est-il pas le cas ? Pourquoi ne fait-on pas appel plus fréquemment à la médiation en matière de « deal-making » ?

Une partie du problème réside à l'heure actuelle sur les perceptions du grand public par rapport à la médiation et son utilisation. Deux idées fausses relatives à l'emploi du « deal mediation » sont très répandues et limitent celui-ci. La première sous-entend que seuls les avocats pratiquent la médiation. Bien que cela puisse sembler vrai en raison de la forte visibilité des avocats dans le domaine des MARD, il n'en reste pas moins que les médiateurs proviennent de divers milieux : droit, politique, santé, et les arts. Le principal critère qui les rassemble est leur certification. Celle-ci leur permet de pratiquer la médiation dans n'importe quel domaine. Néanmoins, il faut reconnaître que les programmes de certification varient fortement selon les instructeurs et leurs philosophies générales.

La seconde idée fautive voudrait que la médiation n'existe que comme une alternative. A ce jour, la médiation au sens commercial du terme, est principalement reliée au domaine des MARD en tant qu'option distincte de l'arbitrage, des contentieux et autres. Ce lien a sensiblement limité le champ autrement plus vaste des possibles en matière de « deal mediation ». Il est peut-être temps pour nous de réaliser que « la meilleure technique de gestion des conflits est la prévention du conflit », laquelle constitue l'objectif du « deal mediation ». Selon Armes (2011), dans l'industrie du bâtiment, environ 50% des frais juridiques sont liés aux conflits. Il s'agit d'un coût extrêmement élevé qui pourrait peut-être être économisé et redirigé vers d'autres utilisations. Cette statistique à elle-seule montre combien la prévention du conflit est importante avant que celui-ci ne se présente.

Tandis qu'Armes revendique le recours à des mesures préventives dans le secteur de la construction, le même principe peut s'appliquer à d'autres secteurs, par exemple le secteur médical. D'après un article de Massie du *Centre for Effective Dispute Resolution* (« CEDR »), les hôpitaux dans le Système National de Santé (« NHS : National Health System) au Royaume-Uni sont confrontés depuis peu à de telles contraintes financières qu'ils sont maintenant tiraillés entre le souci de proposer des soins de qualité et leurs ressources limitées. D'où une utilisation accrue de « deal mediation » autrement désigné par « gestion de contrats » (« contract management ») afin d'économiser du temps et de l'argent. Le Système National de Santé a trouvé préférable l'utilisation du « deal mediation » pour les affaires où les négociations directes avaient échouées ou abouties à des résultats insatisfaisants. Un autre exemple de modèle de médiation préventive fut l'établissement de la Commission Indépendante pour la Prévention des Litiges (« Independent Dispute Avoidance Panel ») par le Comité d'Organisation Olympique de Londres en 2012. Deux impératifs incontournables avaient justifié la création de cette commission de mesures préventives : l'importance de gérer les litiges en amont ou tout de suite avant qu'ils n'émergent et l'urgence de respecter les délais stricts déjà mis en place pour les jeux olympiques.

Malheureusement, nombreux sont ceux qui ne se rendent pas compte que des problèmes futurs pourraient être évités si un médiateur était présent dès le début d'un « deal ». De cette manière, comme le suggèrent Schonewille et Fox, le médiateur agirait en tant que « deal facilitator ». Selon Stearn (2008), le « deal mediation » est « une négociation facilitée, avec le concours d'un tiers neutre pour les transactions commerciales pour lesquelles aucun litige n'a émergé ». Généralement, le processus habituel pour conclure une affaire commerciale ressemble plus à une négociation positionnée qu'à un « deal » optimal « gagnant-gagnant ».

Celui-ci profite à l'ensemble des parties dans les meilleures conditions possibles. Dans un tel contexte, le « deal mediator » ou le « deal facilitator » montre toute son utilité.

La recherche de Schonewille et Fox (2011) montre que les parties directement impliquées dans une négociation commerciale sont susceptibles de tomber dans de nombreux pièges et écueils qui pourraient déboucher sur un accord « sous-optimal ».

Ces embûches consistent à diviser de la valeur plutôt que d'en créer ; les parties restent campées sur leurs positions respectives au lieu d'explorer ensemble des options pour des bénéfices mutuels. Puisque dans de telles négociations les parties concernées sont souvent très inexpérimentées sur les techniques nécessaires de négociation, elles finissent souvent dans une impasse, ou, dans les cas où un accord est conclu, font l'impasse sur des opportunités de création de valeurs. Bien qu'un tel accord puisse convenir parfaitement et satisfaire toutes les parties, il est fort probable que le « deal » consécutif ne soit pas aussi optimal qu'attendu. Le travail du « deal mediator » dans de tels cas est double : d'abord, s'assurer que l'accord se conclut (bien que ce ne soit pas une garantie), puis s'assurer que l'accord, quel qu'il soit, porte en lui la valeur la plus élevée possible pour chaque partie ; c'est-à-dire que chaque partie reçoive le maximum de garanties possibles issues de l'accord trouvé par les parties. Voilà la leçon à retenir (Neiman 2012). Les parties pourraient bien sûr choisir de négocier un accord entre elles, avec l'assistance de leurs conseils, et conclure cet accord avec succès en étant apparemment tous satisfaits. Toutefois, la différence principale par rapport au recours à un « deal mediator » ou un « deal facilitateur » est que leur principal objectif n'est pas de parvenir à *un* accord mais plutôt de parvenir au *meilleur* accord possible pour toutes les parties en s'assurant que leurs intérêts profonds soient comblés. En d'autres termes, l'objectif du « deal mediator » est de créer le meilleur accord possible tandis que les conseils des parties visent à maximiser la valeur individuelle de leur client. Ce dernier cas peut souvent conduire à des tactiques de marchandage et un résultat purement distributif témoin de la puissance de tractation de l'une ou l'autre des parties.

Pourquoi le recours à un médiateur est-il important dans le « Deal-Making » ?

Comme l'a souligné Salacuse (2002), au regard du climat actuel, les accords sont de plus en plus internationaux, avec des parties venant du monde entier, de cultures et milieux divers et variés, d'où des styles différents de négociation. Cette richesse culturelle porte en elle un risque de malentendus culturels susceptibles d'entraver la conclusion de l'accord. La

présence d'un « deal-facilitator » ou d'un « Deal mediator » pourrait déjouer de tels malentendus en clarifiant les différents points de vue issus d'une différence culturelle.

Un deuxième intérêt du « Deal mediator » est sa compréhension exhaustive de l'accord. Si par exemple, le « deal mediator » était présent depuis les toutes premières étapes de l'accord, il aurait une parfaite compréhension de l'accord négocié et serait déjà familiarisé avec les subtilités de celui-ci. Ceci lui permettrait d'anticiper ou gérer tout conflit ultérieur beaucoup plus facilement que s'il n'avait pas été présent dès le départ. Un « deal mediator » impliqué dès les premières étapes sera le mieux placé pour aider les parties à réfléchir et anticiper tous les éventuels points de leurs différends. Le « deal mediator » peut également avoir une expertise spécifique dans un secteur et aider les parties à anticiper les éventuels points litigieux. « The Disputes Potential Index in the construction industry » (Construction Industry Institute) en est un exemple. Salacuse (2002), en référence aux « deal mediators » internationaux dans l'industrie du bâtiment, pose l'hypothèse qu'un contact permanent avec les parties et les projets conduit à une « connaissance approfondie de la transaction ». De plus, le « deal mediator » peut aider les parties à personnaliser les processus de règlement des différends pour aborder les différents points litigieux pré-identifiés par les parties; cela peut inclure notamment l'établissement de communication et de positions neutres clairement définies. Avec cette expertise sur le processus de règlement du différend, le « deal mediator » peut aider les parties à adapter les processus à leurs besoins spécifiques et à leur situation.

Un troisième intérêt du médiateur se trouve dans sa capacité à identifier les intérêts de chaque partie et à les assister à imaginer des solutions pour satisfaire ces intérêts. Trop souvent, les parties entrent dans une négociation, tel que le « deal-making », avec des positions très arrêtées. Ces positions sont exprimées de telle manière qu'il y a peu de place pour des remaniements ; les parties ont tendance à s'en tenir fermement à leurs positions. La tâche du médiateur est d'éviter une négociation positionnelle en insistant sur les intérêts ou les besoins sous-jacents associés à chaque position (Fisher et Ury). Dans une simulation de négociation concernant l'industrie pharmaceutique, l'entreprise A dit : « J'ai besoin de noix de coco pour trouver une cure à une maladie qui ravage la population ». L'entreprise B dit : « Eh bien, j'ai besoin de noix de coco et l'offre est limitée pour nourrir la population de mon pays et sans lesquels il y aura la famine ». Ce que chaque partie omet de dire est qu'il n'avait besoin que d'une partie spécifique de la noix de coco ; L'entreprise A a besoin de l'eau de noix de coco pour fabriquer son médicament pharmaceutique et l'entreprise B a simplement besoin de la chair de noix de coco pour nourrir sa population. Etant donné que chaque partie est venue à la

négociation avec des positions bien campées et a refusé d'en démordre, elle n'a pas réalisé que son besoin était en fin de compte compatible avec celui de l'autre partie et qu'il y avait de la marge pour collaborer ensemble. C'est là que le médiateur entre en scène. Le médiateur peut creuser au-delà des positions définies par chaque partie et ouvrir une ZPA (Zone Possible d'Accord) pour que les parties commencent à imaginer des solutions collaboratives et amiables. J'utilise cet exemple pour illustrer combien il est important d'identifier les intérêts, et pour souligner le fait que lorsque les parties sont laissées à elles-mêmes pour négocier un accord quel qu'il soit, elles ne réussissent pas aussi bien à identifier les véritables intérêts qui se cachent derrière les positions de l'autre partie. Au contraire, le recours à un tiers permettrait cette réussite.

Un quatrième avantage repose sur la capacité du « deal mediator » à aider les parties à évaluer correctement les risques. Bien qu'il s'agisse de l'une des étapes la plus critique dans la prévention future des différends et l'évitement des coûts inutiles, la plupart des parties et leurs conseils préfèrent placer leur énergie sur « gagner » le jeu de marchandage tout en transférant autant de risque que possible à la partie adverse. Comme le souligne le « CPR International Institute for Dispute Prevention & Resolution » (2010), cette méthode de répartition des risques peut engendrer une grande méfiance voire même une animosité entre les parties et conduire ainsi à des conséquences plus néfastes que celles imaginées au départ. Pour ces raisons, une analyse rationnelle des risques entre les parties est essentielle ; cela peut aider à prévenir et contrôler les différends des parties contractantes et ainsi, donner vie à un accord et à des relations commerciales durables.

Les inconvénients du « Deal Mediation » ?

Après avoir discuté des multiples avantages au recours à un « deal mediator », il convient toutefois de relever les éventuels inconvénients du recours à celui-ci. Souvent, un manque d'information induit la peur, la peur de l'inconnu. Ceci est certainement vrai pour ce qui concerne le « deal mediation ». Les inconvénients sont peu nombreux, mais étant donné le peu d'information existant sur le sujet et le peu de rapports écrits qui relatent les réussites du « deal mediation », il est souvent rejeté sous prétexte qu'il gaspille le temps et l'argent. Il peut y avoir une part de vérité là-dessus. Il se peut que le principal inconvénient relatif à l'emploi d'un médiateur soit que celui-ci ne garantisse pas forcément l'aboutissement d'un « deal ». S'il n'y a pas de « deal », alors chaque partie aura à déboursé le coût du temps passé et des efforts

du médiateur, celui-ci étant divisé par le nombre de parties concernées. Alors que ceci peut paraître un inconvénient en termes de coût, il y a un réel intérêt associé, et celui-ci mérite d'être reconnu. Malgré l'absence d'un « deal », les parties auront passé beaucoup de temps à discuter les nombreuses subtilités de leurs projets et ils partiront donc avec une meilleure compréhension des besoins et intérêts de l'autre partie. Ceci peut s'avérer fructueux en vue de « poser les fondements d'un futur deal si tel est le souhait des parties » (Neiman 2012, 4). Il faut toutefois rappeler que certaines personnes craignent de « perdre la main », pour ainsi dire, quand elles s'engagent dans un tel processus et par conséquent, elles se sentent en position de négociation plus vulnérable. Ceci est une idée erronée courante par rapport à la médiation et doit être contestée.

En réalité, la médiation peut ouvrir un champ d'options possibles autrement inimaginables, et contribuer à élargir la ZOPA par transparence. La médiation contribue à répondre aux intérêts de chaque partie de la meilleure manière possible. Avec une expertise dans la résolution de problème et dans la négociation intégrative, le « deal mediator » peut aussi aider les parties à faire la recherche de solutions créatives pour créer de la valeur ajoutée. De telles solutions peuvent inclure l'ajout de thèmes de négociation sur la table de négociation pour permettre des concessions, créer des contingences (par exemple basées sur le prix du marché ou les bénéfices annuels ou futurs), établir la priorité donnée aux intérêts ou les optimiser en concédant sur des intérêts secondaires et assister les parties dans un processus complexe de « brainstorming ».

Maintenant que nous avons décrit les avantages et inconvénients du recours au « deal mediator », nous allons décrire ses qualités.

Les qualités du « Deal Mediator »

Les « Deal mediators » ont plusieurs qualités importantes qui les distinguent d'un négociateur classique.

1- Ils sont impartiaux

Ceci veut dire qu'ils n'ont pas le droit de prendre parti ou faire preuve de partialité quelle que soit la situation. En tant que tiers neutre et impartial, le médiateur est là pour entendre les préoccupations de chacun et faire en sorte que ces préoccupations soient entendues et reconnues par toutes les parties concernées *sans* montrer du favoritisme à l'égard d'une partie par rapport à une autre. Ils ne sont pas influencés par une partie ou une autre et sont véritablement au milieu.

Ceci ne veut pas dire qu'ils sont inhumains et manquent d'émotions. Ceci veut simplement dire qu'ils savent maîtriser leurs émotions, reconnaître et éviter les partis pris potentiels pour ne pas favoriser l'une ou l'autre des parties. Leurs intérêts personnels n'interfèrent pas sur l'issue de la médiation.

2- Ils sont indépendants

Le tiers neutre n'a aucun lien avec l'une ou l'autre des parties, et n'a pas d'intérêt direct dans l'issue. Autrement dit, les intérêts personnels du médiateur ne sont d'aucune manière liés à l'issue de la médiation. Son seul objectif est d'assister les parties à trouver une transaction meilleure que celle qu'elles auraient trouvée sans cette assistance.

L'objectif ultime du médiateur reste l'assistance aux parties pour parvenir au meilleur « deal » possible, et que celui-ci soit mutuellement bénéfique. Leur indépendance certifie qu'ils sont rémunérés pour les heures effectuées quelle que soit l'issue. Ils ne sont pas payés plus parce que vous aboutissez à une solution ou un accord signé. Ceci garantit qu'ils ne forceront pas les parties à signer un accord simplement pour accroître leur contrepartie financière.

3- Ils sont capables de révéler les intérêts de toutes les parties concernées

Comme indiqué ci-dessus, il existe une différence entre les intérêts et les positions. Fisher et Ury insistent fortement sur ce point en suggérant que les parties dans une négociation apprennent à séparer les positions des intérêts. Le médiateur, en tant que tiers neutre, peut partir de la question « Quoi ? » et poser les questions « Pourquoi ? » et « Comment ? » : Que voulez-vous ? Pourquoi le voulez-vous ? Comment peut-on répondre à ce besoin ? Le médiateur peut poser ces questions et révéler les véritables besoins des parties pour ouvrir une zone d'entente plus large, autrement celle-ci serait restée fermée. Ceci ouvre la perspective de solutions plus créatives et davantage de collaboration entre les parties.

4- Le « Deal mediator » n'a pas d'opinion

Le « Deal mediator » est aussi connu comme « deal facilitator » parce que sa tâche première est de faciliter la conclusion d'un deal ; il n'est pas là pour donner son opinion. C'est à cela que servent les conseils. Chaque partie peut se faire assister par les personnes de leur choix, que ce soit un expert, un intermédiaire, leurs avocats, ou tout autre personne qu'elle juge utile. Ces personnes peuvent proposer toutes recommandations et avis ; le rôle du médiateur, en revanche, n'est pas d'exprimer son opinion. Le médiateur est là pour s'assurer que chaque partie a toutes les informations nécessaires pour leur permettre de se faire leurs propres opinions.

5- Le « Deal mediator » n'est pas le décideur, les décideurs sont les parties elles-mêmes

Alors que le « deal mediator » est là pour assister les parties à finaliser une transaction et repartir avec un « deal », il ne doit pas faire pression ou forcer une des parties à signer un « deal » contre son gré. Le médiateur ne doit pas prendre de décisions pour l'une ou l'autre des parties ; la décision revient aux parties. Ce que le médiateur *va* faire est de poser directement les questions et préoccupations aux parties, celles que les parties n'arrivent pas à se poser elles-mêmes. En tant que tiers observateur, le médiateur peut soulever les questions délicates et critiques qui sont les clés pour conclure un bon « deal » mais qui n'auraient pas été abordées par les parties elles-mêmes, de peur de mettre en péril un « deal » potentiel. Le médiateur a le droit de et est habilité à suggérer des solutions créatives que les parties ont peut-être négligées, sans imposer leur acceptation ; ils donnent une opportunité aux parties de prendre en compte des options qu'ils n'auraient pas imaginées tous seuls. De cette manière, la « ZOPA » s'ouvre, comme s'élargit la part du gâteau et la probabilité de réussir le « deal » s'accroît. L'essentiel est que tout au long du processus, le pouvoir de résoudre le litige reste entièrement entre les mains des parties. Etant donné que le médiateur ne peut pas prendre de décision finale pour les parties, il leur incombe de trouver une solution et de se mettre d'accord sur ladite solution.

Comme énoncé par Schonewille et Fox, le « Deal mediator » a les tâches suivantes :

- Organiser le processus de négociation;
- S'assurer que l'accord se réalise, selon les termes sur lesquelles les parties impliquées peuvent se mettre d'accord ;
- Prévenir et, si besoin, résoudre les différends pendant la négociation, ou pendant une étape ultérieure de mise en place de la solution négociée.

Il est indispensable de rappeler que bien que les missions d'un « deal mediator » soient de l'ordre de l'évaluation, elles ne doivent pas traiter le fond du sujet du « deal ». Cela relève de la responsabilité des parties et de leurs conseils. En outre, les médiateurs peuvent apporter de la valeur à une négociation dans laquelle des déséquilibres de forces existent. Dans ce cas, le médiateur contribue à neutraliser ces effets et à égaliser le champ de toutes les parties. Le médiateur aide celles-ci à identifier leurs besoins et intérêts plutôt qu'à rester campées sur leurs positions. Ainsi, les parties peuvent quitter la pièce avec un accord plus favorable, équilibré, et durable.

Inévitablement une question demeure : Pourquoi a-t-on besoin de cette personne ? Pourquoi payer ce tiers neutre pour un conflit qui n'existe même pas ? A ces questions, la réponse de Monsieur Armes est assez simple : il faut considérer cette personne comme une police d'assurance. Selon lui, « la seule et meilleure manière de résoudre un conflit est de le prévenir » et c'est exactement le rôle du « deal mediator ». Les coûts associés à la résolution de conflit et autres alternatives sont bien plus élevés que le coût d'un « deal mediator » dès les premières étapes du « deal » à venir.

Comme le dit le dicton, « le temps c'est de l'argent ». Moins on passe de temps à assainir un conflit, plus on économise de l'argent. De plus, un bon « deal mediator » va encourager un dialogue ouvert et favoriser la communication entre les parties, ce qui conduit à une relation de travail plus solide et qui se maintiendra, on l'espère, durant tout le projet. Dès lors, même si le « deal mediation » n'est pas aussi largement répandu comme il pourrait l'être, il y a de fortes probabilités qu'il soit utilisé à l'avenir dans diverses industries : la construction, le sport, la sante, la pharmacie. Le « deal mediation » est bien plus que la conclusion d'un accord commercial - il s'agit de conclure de meilleures « deals », qui durent plus longtemps et qui respectent les intérêts de toutes les parties.

Soyons réalistes, qui serait contre ?

Bibliographie

Armes, Murray. "The Concept of Dispute Avoidance", article originally written for the King's College Annual Conference 2011 and published by the DRBF in December 2011

Armes, Murray. "Cost Benefits of Using Dispute Boards." Proc. of 14th DRBF International Conference, Singapore. N.p.: n.p., 2014. N. pag. Print.

Barrett, Jerome T., and Joseph P. Barrett. *A history of alternative dispute resolution: the story of a political, cultural, and social movement*. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2004. *Alternative Dispute Resolution*.

<https://www.adr.gov/events/2009/may7-2009-materials-history.pdf>

Construction Industry Institute. *SP23-3 Dispute Potential Index*

https://www.construction-institute.org/scriptcontent/more/sp23_3_more.cfm

CPR International Institute for Conflict Prevention & Resolution, *CPR Prevention Practice Materials*. 23 November 2010

<https://www.cpradr.org/news-publications/articles/2010-11-23-cpr-prevention-practice-materials>

Fisher, Roger, William Ury, and Bruce Patton. *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*. London: RandomHouse Business , 2012. Print.

Hager L. Michael and Robert Pritchard.

Deal Mediation: How ADR Techniques Can Help Achieve Durable Agreements in the Global Markets

[http://www.atmos.be/files/How ADR techniques durable agreements in global markets.pdf](http://www.atmos.be/files/How%20ADR%20techniques%20....%20durable%20agreements%20in%20global%20markets.pdf)

Massie, Graham. "Deal mediation – Neutral chairing for contract negotiation." *CEDR says...* N.p., 04 July 2016. Web. 24 Mar. 2017.

[https://www.cedr.com/blog/Deal mediation/](https://www.cedr.com/blog/Deal%20mediation/)

Menkel-Meadow, Carrie. "The History and Development of." *Völkerrechtsblog*. N.p., 01 July 2016. Web. 24 Mar. 2017.

<http://voelkerrechtsblog.org/the-history-and-development-of-a-dr-alternativeappropriate-dispute-resolution/>

Neiman, Phil. (2012). Guide to Deal Mediation.

[http://www.neimanmediation.com/wp-content/uploads/2012/05/Deal mediation-Guide-PDF1.pdf](http://www.neimanmediation.com/wp-content/uploads/2012/05/Deal_mediati-on-Guide-PDF1.pdf)

Peppet, Scott R. (2004) Contract Formation in Imperfect Markets: Should We Use Mediators in Deals? *Ohio State journal on Dispute Resolution*.

<http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/peppet/ohio.pdf>

Salacuse, Jeswald W. "Mediation in International Business." *Studies in International Mediation*. By Jacob Bercovitch. Palgrave Macmillan, 2002. 213-27. *International Mediation Institute*.

<https://imimmediation.org/jeswald-salacuse-article>

Schonewille, Manon and Fox, Kenneth H., "Chapter 5. Moving beyond 'Just' a Deal, a Bad Deal or No Deal: How a Deal-Facilitator Engaged by the Parties as a 'Counsel to the Deal' Can Help Them Improve the Quality and Sustainability of the Outcome.

"In Arnold Ingen-Housz (ed.), *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, Vol. 2, (Wolters Kluwer, 2011) 81.

<https://ssrn.com/abstract=2291102>

Skivington, Dean. "Dispute Resolution Provisions: With A View To The 2012 London Olympic Games." Thesis. University of Westminster, 2010.

<https://deanskivington.wordpress.com/2012/03/14/dispute-resolution-provisions-with-a-view-to-the-2012-london-olympic-games/>

Steinberg, Gerald M. "Conflict Prevention and Mediation in the Jewish Tradition." *Jewish Political Studies Review* 12.3-4 (2000): n. pag. *Jerusalem Center for Public Affairs*.

<http://jcpa.org/wp-content/uploads/2000/10/conflict-prevention.pdf>