

Jean A. Mirimanoff*

L'orientation préalable des parties à un différend

Mots clés : Différend, conflit, litige, négociation raisonnée, pratique collaborative, médiation, conciliation, procédure civile, analyse du conflit

Avant propos

La présente note vise essentiellement à susciter un débat sur le thème de l'orientation préalable (ou l'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié), à encourager l'invention d'une méthode élaborée de manière concertée entre la magistrature, le barreau et la médiature, (sans oublier l'arbitrage), à préparer sa confrontation à l'épreuve du feu (si possible déjà avant le premier janvier 2011), et non à proposer un véritable modèle. En partant du guide des Professeurs Frank E.A. Sander et Stephen B. Goldberg,¹ elle propose d'en prolonger la réflexion à la situation charnière que représente l'entrée en vigueur du Code de Procédure Civile Unifié (CPC) pour la Suisse, pays de tradition romano-germanique ayant par ailleurs développé ses propres institutions, et à la lumière de notre pratique et surtout de celle – combien ingénieuse – des Pays-Bas.

I. Etat des lieux

1. L'intégration de la résolution amiable dans l'ordre juridique suisse

La prochaine entrée en vigueur du CPC le premier janvier 2011, qui accorde une place privilégiée à la conciliation et à la médiation, se situe dans un contexte juridique très large: sur le plan constitutionnel fédéral et cantonal la résolution amiable a déjà été accueillie de longue date, de même que sur le plan législatif, essentiellement fédéral, mais aussi cantonal.² Nous sommes appelés à en prendre mieux conscience dès aujourd'hui pour servir, demain, les nouvelles formes de la justice de manière professionnelle, donc efficace et appropriée.

Ainsi la Constitution fédérale prévoit que les différends entre les cantons ou entre les cantons et la Confédération sont, autant que possible, réglés par la négociation ou par la médiation (Art. 44 al. 3 Cst.), tandis que la Constitution de Fribourg contient trois articles traitant ce sujet: celui relatif aux conflits du travail (art. 27) précise que les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation, celui sur le Conseil d'Etat (art. 119) dit que celui-ci institue, en matière administrative, un organe de médiation indépendant, et celui sur la justice (art. 120) énonce que la loi peut prévoir des modes de résolution extrajudiciaires des litiges.³ *De lege ferenda* quatre associations ont remis le 3 septembre 2008 aux candidats à l'élection pour la Constituante de Genève une proposition d'article constitutionnel sur la résolution amiable des différends. Elle invite les Autorités du Canton à l'encourager en prenant des mesures d'information, de sensibilisation et de formation nécessaires, à privilégier le recours au règlement amiable avant d'agir ou de défendre elles mêmes devant les tribunaux, à introduire graduellement dans les écoles la médiation scolaire par les pairs, et à insérer dans les programmes universitaires ou post-universitaires une formation suffisante en matière de gestion des conflits.⁴

Sur le plan législatif fédéral la résolution amiable a été introduite tour à tour dans le code de procédure administrative, dans le droit pénal des mineurs, dans la procédure pénale applicable aux mineurs avant de l'être dans le CPC. Et sur le plan cantonal Genève a ouvert la voie avec sa loi sur la médiation pénale et sa loi sur la médiation civile, dont plusieurs volets resteront en vigueur au-delà du premier janvier 2011.⁵

Il résulte de ce qui précède que le règlement amiable non seulement ne peut plus être remis en question, mais sera appliqué au même titre que les autres formes de résolution fondées sur le modèle classique de confrontation avec une solution im-

* Médiateur assermenté (CSMC), membre de la Commission des Standards de l'*International Mediation Institute* (IMI), La Haye, et de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, Genève, président de la CCBL et juge suppléant au Tribunal, Genève. L'auteur remercie vivement le Professeur Stephen B. Goldberg d'avoir relu la présente note et de l'avoir enrichie de ses précieuses observations le 27 août 2009 à Avignon.

1 FRANK E.A. SANDER and STEPHEN B. GOLDBERG, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to selecting an ADR Procedure*, *Negotiation Journal*, January 1994, p. 49–63.

2 CHRISTINE GUY-ECABERT, *La Médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative: petite histoire d'un pari sur l'indépendance*, APA/PJA 2009, p. 47 ss; THOMAS PFISTERER, *Einigung und Mediation in der Verfahrensreform des Bundes – Chancen in einer veränderten Welt*, présentation au Congrès de Gemme-Suisse de Lucerne, 10 mai 2009, à paraître dans les Actes de ce Congrès; NICOLAS JEANDIN, *Introduction à la gestion des conflits*, in: *La gestion des conflits*, Manuel pour les praticiens, CEDIDAC, Lausanne 2008; une bibliographie sélective en matière ADR est disponible sur le site www.gemme.ch.

3 FRANÇOISE BASTONS-BULLETTI, *Rapport sur le canton de Fribourg*, in *Gemme-Suisse, Médiation civile en Suisse: pratiques cantonales*, Fribourg, octobre 2006, www.gemme.ch.

4 Gemme-Suisse, la Chambre Suisse de Médiation commerciale (CSMC), section romande, le Groupement Pro Médiation (GPM) et l'Association MédiationS, qui ont formé le premier noyau du GC RAD GE, rejoints par l'Ordre des avocats (Oda), l'Association des juristes démocrates, la Faculté de droit, la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG), et la Chambre des médiateurs, puis par un représentant du Département des Institutions, par le Secrétaire général du Pouvoir judiciaire et par M^{me} le Vice-président du Tribunal de première instance. Leur audition a eu lieu le 26 novembre devant la commission No 3 de la Constituante.

5 Dans le projet actuel, PL 10 462, les articles 65 à 74 (et 74^{bis}) reprennent en les fusionnant les articles 156 à 161 (médiateurs pénaux) et 161 A à 161 K (médiateurs civils) de la LOJ. La loi a été votée le 8 octobre 2009 par le Grand Conseil.

posée (l'arbitrage et la procédure civile). Nous avons le devoir de nous y préparer en vertu des normes précitées, ce que rappellent encore à nos Autorités les instruments de droit international du Conseil de l'Europe, dont la Suisse fait partie.⁶

2. Le CPC arrive demain

Le CPC entre en vigueur demain. Or il va offrir aux parties à un différend un choix plus large – à un double titre – pour tenter de le résoudre. D'une part entre la justice amiable, reposant sur la consensualité des parties, c.à.d. leur liberté et leur responsabilité face à leur problème, et la justice imposée, en laquelle elles se remettent pour régler à leur place une situation qu'elles ne peuvent ou ne veulent pas maîtriser elles-mêmes. Et d'autre part au sein de ces deux voies entre la conciliation et la médiation pour la première, et entre l'arbitrage et la procédure civile pour la deuxième. En réalité ce choix, pour le règlement amiable, s'avère encore plus vaste, dès lors que, le CPC n'imposant pas un *numerus clausus* en la matière, d'autres méthodes peuvent encore intervenir pour régler une situation conflictuelle plus en amont: les nouvelles formes de négociation, non encore enseignées dans toutes les facultés de droit (la Suisse ayant vingt ans de retard sur les pays anglo-saxons et dix sur les Pays-Bas et la Norvège), soit la négociation raisonnée⁷, la négociation coopérative⁸, et la pratique collaborative⁹, sans parler des Offices d'Ombudsman, dont le degré d'indépendance varie beaucoup d'un domaine à un autre,¹⁰ ni non plus à ce stade des formes hybrides. Or comment faire le meilleur choix? Sur la base de quels critères? Dans quelle situation? A quel moment? Et pour quelles parties?

3. La résolution amiable a la priorité

De plus ni la magistrature ni le barreau – ni non plus les législateurs cantonaux – n'ont encore pleinement pris conscience de l'injonction fédérale selon laquelle «*le règlement à l'amiable (des différends) a la priorité*». Ni de toutes ses implications dans et hors la vie judiciaire, de la logistique jusqu'à la manière de communiquer et d'adopter l'enseignement de la gestion des conflits dans les facultés de droit. La priorité s'impose d'une part en raison de ce que la résolution amiable conduit à des solutions plus durables et plus économiques, en tenant compte d'éléments que les tribunaux ne peuvent retenir (interdiction de sta-

tuer *ultra petita*), et d'autre part en raison de ce que «*l'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse*», le «*tribunal n'étant pas une société préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires*». ¹¹ Il résulte de cette injonction que dans le choix précité, les acteurs de demain devront privilégier le règlement amiable non seulement avant la saisine des tribunaux, mais même après et à tous les stades de la procédure, puisque tant la conciliation que la médiation sont possibles en première comme en deuxième instance, sans être non plus exclus plus tard¹² ni ailleurs: en procédure arbitrale¹³. Comment opérer judicieusement ce choix pour une situation concrète sera – on ne cessera de le souligner – une préoccupation nouvelle pour la plupart des acteurs concernés. Deux mesures de mise en œuvre sont indispensables à cet effet: d'abord sur le plan de la formation des acteurs, puis par le mécanisme d'une véritable «*courroie de transmission*», une «*connexion*» entre le règlement imposé (procédures civile et arbitrale) et le règlement amiable.

4. L'application du règlement amiable selon le CPC passe par la formation et la motivation

Dès le 1^{er} janvier 2011 les personnes et les entreprises en conflit ont un droit à la résolution amiable, et – corollairement – les magistrats (le cas échéant les arbitres), et les avocats un devoir de la leur proposer et de les aider à la mettre en place. Le droit à la résolution amiable conféré par le CPC à nos concitoyennes et concitoyens ne saurait dès lors plus dépendre de l'humeur, de la fantaisie ou des intérêts corporatistes des uns ou des autres.

Pour opérer une sélection éclairée parmi les modes de résolution des différends, encore faut-il être en mesure de pouvoir comparer les diverses voies qui se présentent, c.à.d. savoir peser les avantages et les inconvénients de chacune, ce qui implique de toutes les connaître, à la fois théoriquement et pratiquement, et de savoir analyser un conflit. Or il ne reste que peu de temps, à peine quelques mois, pour que les principaux acteurs, les magistrats, les arbitres et les avocats s'informent, mieux: se sensibilisent, et encore mieux: se forment à cet égard. C'est l'une des conditions pour faire fonctionner le système mis en place par le législateur fédéral, condition mise en avant par les Lignes directrices du Conseil de l'Europe déjà citées.¹⁴

Il incombe aux cantons dans ce court laps de temps de s'y préparer, ce que certains ont déjà commencé en anticipant. Ainsi l'Université de Lucerne par son *Center for Conflict Resolution*, celle de Neuchâtel par son CEMAJ, et celle de St Gall par sa haute Ecole – espérons-le rejointes bientôt par celle de Genève avec la future Ecole d'avocature – offrent des cadres de forma-

6 La Recommandation R (98) 1 sur la médiation familiale, la Recommandation R (99) 19 sur la médiation en matière pénale, la Recommandation Rec. (2001) 9 sur les modes alternatifs dans les litiges entre les Autorités administratives et les particuliers, la Recommandation Rec (2002) 10 sur la médiation en matière civile, l'Avis consultatif N° 6 (2004) du Conseil Consultatif des Juges européens (CCJE), et les Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de ces recommandations CEPEJ (2007) N°s 13, 14 et 15.

7 ROGER FISHER, WILLIAM URY and BRUCE PATTON, *Getting to yes*, London 1999; NICOLAS LYNEDJIAN et CÉLINE COURBAT, *Négociation, Guide pratique*, CEDIDAC, Lausanne 2005.

8 ALAIN PEKAR LEMPEREUR et AURÉLIEN COLSON, *Méthode de négociation*, Paris 2004.

9 «*Collaborative law*»; cf. CHRISTOPHE IMHOOS, *La pratique collaborative, mémoire pour l'IUKB*, Sion 2009, (à paraître).

10 En matière bancaire, des assurances, des voyages.

11 Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 6860.

12 Les parties peuvent suspendre la procédure à cet effet.

13 La relation médiation-arbitrage n'a pas été traitée dans le CPC; elle est partiellement réglée dans le Règlement suisse de médiation commerciale adopté par les Chambres suisses de commerce et d'industrie, et avait fait l'objet d'amendements de Gemme-Suisse: *Médiation civile en Suisse*, propositions d'amendements au CPC, Fribourg, oct. 2006, www.gemme.ch; cf. infra note 17.

14 Cf. supra note 6.

tion adéquats pour les acteurs concernés. A Genève, le Pouvoir Judiciaire encourage depuis plusieurs années ses membres à suivre la sensibilisation à la négociation, à la médiation et à la conciliation (NeMeCo), avec un succès encore bien timide. Dans ce canton toutes les Chambres civiles disposent informatiquement de l'accès au Guide pratique sur la médiation civile et à la liste des médiateurs assermentés, documents qu'ils peuvent remettre à leurs justiciables en audience pour accompagner leurs explications sur la médiation.

La Fondation pour la formation continue des juges suisses jouera un rôle essentiel dans la diffusion des connaissances et des techniques en matière de résolution amiable.

Sans cette connaissance il est à redouter que l'on continuerait à privilégier la vieille négociation positionnaliste,¹⁵ stérile et agressive, qui conduit – comme par un syndrome de Pavlov – les parties au conflit au combat judiciaire, avec son cortège de souffrances inutiles, de gaspillage de temps, d'énergie et de coût pour la société dans son ensemble. A cet égard qui sait que la justice, en Suisse, est l'une des plus coûteuses au sein du Conseil de l'Europe?

5. L'orientation préalable: une nécessaire connexion

L'autre mesure indispensable à l'essor de la résolution amiable consiste à établir une véritable «courroie de transmission» permettant aux cas qui s'y prêtent de passer de la justice traditionnelle à la résolution amiable.¹⁶ En effet, le système adopté par les Autorités fédérales en matière de médiation revient à en confier la mission à un tiers, un médiateur, pris en dehors de la magistrature (système métajudiciaire), à l'opposé du système qui en confie la tâche à des magistrats spécialisés et formés (système intrajudiciaire), et ce sans se soucier pour le moins du monde du fonctionnement dans la réalité judiciaire du système retenu. Les Autorités cantonales n'ont, de leur côté, rien prévu non plus! Or l'expérience a largement démontré que le système métajudiciaire ne peut reposer sur les seules épaules des magistrats, non encore suffisamment formés et motivés. L'échec de ce système sans connexion est patent en France depuis 1995, en Belgique depuis 2004 et à Genève depuis 2005, parce qu'il ne prévoit pas de transmission convenable des cas entre la justice traditionnelle et la résolution amiable. Le nombre de cas délégués à la médiation n'y représente qu'une part infime du contentieux judiciaire, inférieure à 5%.¹⁷ Inversement le succès dix fois plus grand du système avec connexion est tout aussi évident lorsque l'on a prévu, comme dans les pays d'Amérique du Nord et en Angleterre depuis une vingtaine d'année et aux Pays-Bas depuis dix ans, des services (ADR Referral Centers), des ma-

gistrats, des secrétaires juristes ou des greffiers (soit des officiers de médiation) chargés d'aider les parties à sélectionner la procédure la plus appropriée à leur cas, le plus tôt possible, soit lors de la saisine du tribunal.¹⁸

Mais comment mettre en place un tel service avec le CPC en Suisse? Peut-on simplement importer le modèle américain, dès lors que les moyens budgétaires n'ont pas été votés pour intégrer le séduisant modèle néerlandais, ou le complexe programme français prévu récemment en cour d'appel, auxquels il faudra bien s'intéresser un jour?¹⁹

6. L'adaptation européenne

Etant rappelé que la résolution amiable s'est développée en Europe depuis l'antiquité jusqu'à la fin de l'ancien régime,²⁰ et qu'elle a ressurgi au siècle dernier aux Etats-Unis sous des formes diverses et variées,²¹ il n'est pas surprenant que, pour choisir entre elles, l'orientation préalable soit à son tour apparue d'abord outre Atlantique, dans la littérature et dans la pratique des tribunaux de ce pays.²²

En Europe quelques guides sont sortis ces dernières années,²³ mais – hormis la notable avancée des Pays-Bas – pas encore sous la forme de grilles telles que celles imaginées par les Professeurs Sander et Goldberg dans leur article consacré à ce sujet.²⁴ Sur cette dernière base des avocats ont commencé à forger pour leur pratique et pour leur clientèle leurs propres modèles, souvent de manière particulièrement pointue et convaincante.²⁵ La question de l'adoption de grilles applicables et proposées systématiquement à l'orée du procès, en conciliation ou dès le dépôt de la demande pour les cas non soumis à la tentative préalable obligatoire, se pose à son tour non seulement pour les avocats avec leur client, mais surtout pour les magistrats conciliateurs ou les juges du fond, sans parler des arbitres.

18 VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution – American Experiences and Swiss Perspectives, Zurich 2005.

19 MACHTELD PEL, Referral to Mediation, A practical guide for an effective mediation proposal, Den Haag 2008; JEAN-CLAUDE MAGENDIE, Célérité et qualité de la justice. La médiation: une autre voie, rapport issu du groupe de travail sur la médiation, Cour d'Appel de Paris, octobre 2008.

20 JOSEPH DUSS-VON WERDT, Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart, mars 2005; CHRISTIAN GROSS, Pour bien de paix, in: Figures de la médiation et de lien social, Paris 2006, p. 85 ss; CHRISTIAN GROSSE, Les Consistoires réformés et le pluralisme des instances de régulation des conflits (Genève, XVI^e siècle), in: Entre justice et justiciables, Les Auxiliaires de la justice du Moyen Age au XX^e siècle, Laval 2005.

21 CHRISTOPHER W. MOORE, The Mediation Process – Practical Strategies for resolving conflict, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 3^e éd. 2003, p. 21–33.

22 *Inter alia*: Massachusetts Supreme Judicial Court, Trial Court Standing Committee on Dispute Resolution, A guide to Court-Connected ADR Services; cf. supra note 18.

23 CEDER, Court referred ADR, A guide for judiciary, 2^e éd., oct. 2003; Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, Guide pratique pour la médiation civile, éd. plurilingue, Genève, juin 2006, www.gemme.ch; Gemme-France, Guide pratique à l'usage des magistrats prescripteurs de médiation, Paris 2006.

24 Cf. supra, note 1.

25 BIRGIT SAMBETH GLASNER, Commercial Mediation in Switzerland, in: Gemme Congress, «The Mediation in service of Peace», Genève, nov. 2008 (approche holistique); JEAN GAY, L'Orientation précoce, présentation au Congrès de la FSM, Soleure, nov. 2008.

15 Cf. supra PEKAR (note 8), p. 20 ss.

16 JEAN A. MIRIMANOFF et SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, Pour une libre circulation des différends civils et commerciaux, Réflexions sur les nouveaux réseaux de la justice plurielle: le cas suisse dans le contexte européen, RDS, avril 2007, p. 21 ss.

17 JEAN A. MIRIMANOFF, Feasibility of Mediation Systems in Switzerland. Does the future belong to court-annexed (justice model) or to court-connected (market place model) or to hybrid mediation systems?, ASA Bulletin N^o 3, 2009.

Il paraît à première vue que, pour être rapidement et directement efficace, l'orientation préalable en Europe va prendre en compte les modes amiables qui y sont déjà nôtres, comme les offices d'ombudsman et surtout la conciliation (inconnue longtemps du monde anglo-saxon, mais introduite cependant en Australie il y a peu²⁶) ou sur le point de le devenir (la négociation raisonnée, la pratique collaborative et la médiation), en ayant encore à l'esprit, dans l'application (et la notation) de toute méthode, que dans les pays de tradition romano-germanique le rôle du droit a un impact différent sur le règlement amiable que dans le système de common law: en particulier l'ordre public et le droit impératif, en matière de droit de la famille, de droit du travail, de droit du bail, de droit de la consommation et de droit successoral, pour citer les domaines les plus importants, qui limitent la liberté d'action des parties, le cas échéant.

II. Définition, buts et critères de l'orientation préalable

L'orientation préalable (ou précoce²⁷) peut être définie comme l'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié. Elle ne doit pas être confondue avec l'estimation indépendante qui consiste, pour un tiers choisi à cet effet, à donner aux parties au conflit son avis, éventuellement contraignant, sur un problème technique ou juridique.²⁸

Si la voie judiciaire a été retenue, il n'y a ensuite plus aucun choix possible entre les trois types de procédure.²⁹

Pour déterminer, dans une situation concrète et précise, quel est (ou quels sont) le mode le plus approprié, le magistrat (ou l'arbitre si les parties lui en confient la mission) prendra en considération celui qui sied le mieux au vu des intérêts de toutes les parties en litige, alors que chaque avocat commencera par le faire généralement pour l'une d'elles, en ayant interrogé son seul client. Ainsi le magistrat (ou l'arbitre, le cas échéant) se posera la question de savoir quel mode répondra le mieux aux objectifs recherchés par les parties, et lequel leur permettra le mieux de surmonter les obstacles à un règlement amiable.

Dans les deux cas il listera les objectifs et les obstacles, pour chacun des modes de résolution amiable, sur la base de deux grilles prédéterminées, dans lesquelles chaque élément est, pour chaque mode, apprécié par une notation.

Comme il est indiqué plus haut, on peut soit élargir sur les deux grilles la liste des modes avec des ouvertures sur la nouveauté, soit se confiner aux modes les mieux connus, ou encore ajouter à l'éventail les modes hybrides, qui combinent par exemple les modes amiables et les modes imposés. Aussi pas-

sionnante que soit l'aventure de l'élargissement, il semble plus sage, pour commencer, de se contenter des modes les plus familiers aux acteurs, c.à.d. plus exactement des modes auxquels ils sont censés se familiariser avant janvier 2011: la médiation et la conciliation pour les modes amiables, que recommande le CPC, et la procédure civile et l'arbitrage pour les modes imposés, que règle le CPC, modes auxquels il faut ajouter en amont la négociation raisonnée (et coopérative) et la pratique collaborative, sans oublier – au passage – les offices d'ombudsman.

III. Quels modes de résolution pour atteindre certains objectifs?

La question des objectifs recherchés par une personne ou une entreprise en conflit vis-à-vis des moyens de le résoudre va dépendre d'une série d'éléments, variant d'un cas à l'autre, et qui feront l'objet d'un échange et d'un examen entre le magistrat et les justiciables, avec le concours – il va de soi – des conseils si les parties en ont constitué.

Comme nous l'avons indiqué, il devrait avoir lieu le plus en amont possible: en conciliation avant même que cette dernière ne commence, ou dès la saisine du tribunal pour les cas non soumis à l'essai préalable de conciliation (soit les deux tiers du contentieux pour un canton urbain comme Genève). Il s'agira de déterminer pour chaque partie d'une part quels sont les objectifs recherchés par elle, pour les confronter ensuite un par un aux caractéristiques de chaque mode de résolution. La notation attribuée à chaque mode ne repose pas sur des recherches empiriques des deux scientifiques américains, mais plutôt sur la base de leur propre expérience, et n'a pas de valeur absolue. Nous l'avons adaptée au vu de notre pratique.

Nous avons repris presque tous les objectifs retenus dans la première grille proposée:

- épargner le temps,
- limiter les coûts,
- rester dans la confidentialité,
- maintenir, améliorer ou transformer les relations entre les parties,
- vouloir affirmer ses valeurs,
- obtenir un avis, variante: une décision,
- vouloir en découdre, en ajoutant un autre objectif:
- ne pas perdre la face.

En revanche nous n'avons retenu et introduit que les modes présumés les plus utiles pour notre pays:

- négociation raisonnée, variante: coopérative,
- pratique collaborative,
- médiation (familiale, commerciale),
- conciliation, variante: ombudsman,
- arbitrage,
- procédure civile.

26 Information aimablement communiquée par M^{me} Joanna Kowalski, médiatrice australienne de renommée internationale.

27 Terminologie de M^e Jean Gay, avocat, médiateur et arbitre.

28 THIERRY GARBY, *La Gestion des Conflits*, CMAP-Economica, Paris 2004, p. 98.

29 La procédure ordinaire, la procédure simplifiée et la procédure sommaire ne sont pas laissées au choix du tribunal ou des parties, mais leur application est déterminée par la loi; cf. DAVID HOFMANN et CHRISTIAN LÜSCHER, *Le Code de procédure civile*, Berne 2009, p. 105.

Nous avons en l'état gardé l'échelle de notation de 0 à 3 points, soit:

- 0: mode inapproprié
- 1: mode peu approprié
- 2: mode approprié
- 3: mode très approprié

Pour affiner la méthode, les Professeurs Sander et Goldberg conseillent d'inviter les parties à donner leur priorité, qui peut se limiter à trois objectifs, en leur attribuant une valeur supplémentaire, de 3 à 1 points. Ces auteurs ont pu constater que la plupart des personnes accordent une priorité au temps épargné, au coût limité et au maintien des relations, les trois facteurs pris ensemble étant le mieux représentés dans la médiation (voir table I ci-dessous).

IV. Quels modes de résolution pour surmonter certains obstacles?

Les mêmes remarques valent pour les obstacles à la résolution que permettent ou non de franchir les modes envisagés.

La aussi nous avons, presque, «collé» à la deuxième grille proposée, tout en la modifiant comme ci-dessus pour les modes les plus utiles, ou plutôt supposés tels.

Ce qui donne:

- la difficulté à communiquer,
- la divergence sur les faits,
- la divergence sur le droit,
- l'aversion du risque,

**Quelle procédure pour atteindre les objectifs recherchés
(Table I)**

Modes Objectifs	Solution consensuelle				Solution imposée	
	Négociation raisonnée/ coopérative	Pratique collaborative	Médiation fam./com.	Conciliation ombuds'	Arbitrage	Procédure civile
Epargner le temps	3	2-3	2-3	3	0-1	0-1
Limiter les Coûts	3	2-3	2-3	3	0-1	0-1
Poursuivre transformer ou améliorer les relations	2-3	3	3	2	1	0
Rester dans la confidentialité	3	3	3	2	2-3	0
Vouloir affirmer ses valeurs	2	2-3	3	2	1	0
Obtenir un avis/ une décision	0	0	0	2-3	3	3
Vouloir en découdre	0	0	0	2	2-3	3
Ne pas perdre la face	3	3	3	2	1	0

**Quelle procédure pour surmonter les obstacles
(Table II)**

Modes Obstacles	Solution consensuelle				Solution imposée	
	Négociation raisonnée/ coopérative	Pratique collaborative	Médiation fam./com.	Conciliation ombuds'	Arbitrage	Procédure civile
Difficultés à communiquer	2	2-3	3	2-3	1	0
Divergence sur les faits	1-2	1-2	1-2	2-3	3	3
Divergence sur le droit	1-2	1-2	1-2	2-3	3	3
Pluralité des parties	2-3	2-3	3	2	1-2	1-2
Pluralité de litiges entre les parties	2-3	2-3	3	2	1-2	1-2
Manque de ressources	2-3	2	2-3	3	0	1
Aversion du risque	3	3	3	2	1	0
Mauvaise foi avérée	0	0	0	2	3	3

- la mauvaise foi avérée,³⁰
- la pluralité des parties,
- la pluralité des litiges, en ajoutant un autre obstacle:
- le manque de ressources (ou de liquidités).

Tout en insistant sur le caractère relatif de la notation, ce qui a été énoncé plus haut sur les points, les priorités et leur pondération demeure valable (voir table II, page précédente).

Le lecteur aura sans doute compris qu'il ne suffira pas simplement de confronter les deux tables pour orienter la sélection par un discutable calcul, mais plutôt de reprendre ensuite, dans ce cadre provisoire et relatif, un entretien avec les parties et leur conseil pour tenter d'arriver à un choix consensuel sur le processus, première pierre apportée à l'édifice de la consensualité sur la solution.

V. L'option conciliation – médiation selon le CPC: comment choisir?

Est-il possible de procéder comme on vient de la faire pour tenter de déterminer laquelle, de la médiation ou de la conciliation, sied le mieux aux parties à un différend pour répondre à leurs attentes et pour lever les obstacles à sa résolution? L'option proposée *in limine litis* entre la conciliation obligatoire et la médiation facultative, selon l'article 213 CPC, n'implique-t-elle pas que l'orientation préalable se penche particulièrement sur cette alternative: concilier ou médier?

Si la question paraît simple, la comparaison l'est moins. Pour simplifier on pourrait se contenter de mettre en balance la médiation traditionnelle et la conciliation traditionnelle. Soit d'un côté un processus de médiation facilitatif qui, au travers de plusieurs étapes³¹ va permettre aux parties d'exprimer leurs émotions, leurs valeurs et leurs besoins pour arriver par elles-mêmes à une solution de leur cru, et de l'autre côté un déroulement conciliatoire estimatif par lequel le tiers, après avoir retenu les faits pertinents et procédé à l'analyse juridique du cas, va donner un avis juridique ou faire une proposition (médiation évaluative selon la terminologie anglaise). Tant que l'on en reste là – et c'est encore largement le cas en Suisse – les avantages et les inconvénients de chaque mode apparaissent nettement.³² Mais au fur et à mesure que les magistrats conciliateurs vont s'intéresser aux outils de la médiation, la situation va se nuancer.

Plus délicat en effet s'avère l'exercice lorsque le magistrat conciliateur, qui est non seulement libre mais le plus souvent bien inspiré de le faire, a recours aux outils de la médiation,³³ et aide ainsi les parties à trouver des solutions en dehors de l'objet du litige.³⁴ C'est la «Nouvelle conciliation judiciaire». Dans ces conditions, selon le temps disponible et l'ouverture des parties et de leurs conseils, le déroulement conciliatoire peut connaître au moins quatre approches différentes: selon la manière dont la consensualité des parties peut ou non s'exprimer, ou selon que l'on demeure dans l'objet du litige ou que l'on s'en écarte.³⁵ Le conciliateur sera alors tantôt directif, tantôt non directif, tantôt évaluatif, tantôt non évaluatif.

Par ailleurs la médiation elle-même connaît de multiples variantes³⁶: son déroulement en matière familiale et en matière commerciale diffère, et même en matière familiale plusieurs écoles se rencontrent.³⁷ Le médiateur sera alors tantôt directif, tantôt non directif, mais selon nos traditions jamais évaluatif,³⁸ sauf si toutes les parties le demandent.

En définitive c'est là l'essentielle différence qui subsiste: le tiers est-il invité – ou non – à proposer lui-même une solution? Si tel est le cas, les parties sont encore – ou déjà – en conciliation. Ce qui paraît important, c'est ce que recherchent les parties, que les règles du jeu soient fixées d'avance et acceptées de manière libre et éclairée par les parties, et enfin qu'on ne les change pas en cours de route, sauf accord de toutes les parties.

A vrai dire la réponse à la problématique posée par l'art. 213 CPC vient d'être donnée de manière magistrale par l'expérience néerlandaise.³⁹ L'analyse rigoureuse et systématique de plus de dix mille dossiers aiguillés en médiation pendant une décennie et devant plusieurs juridictions civiles des deux instances a mis en lumière les trois principaux critères conduisant vers la conciliation⁴⁰ et les trois autres conduisant vers la médiation par un tiers, qui sont les suivants:

30 La bonne foi est présumée, et dans la pratique cela se confirme dans la grande majorité des litiges; simplement les parties s'imaginent que du seul fait que leur adversaire soutient une thèse différente des leurs il n'est pas de bonne foi, les parties étant prisonnières de leur vision binaire du litige (juste/injuste; vrai/faux; bon/méchant).

31 THOMAS FIUTAK, GABRIELLE PLANÈS et YVETTE COLIN, Le médiateur dans l'Arène, Réflexion sur l'art de la médiation, Paris 2009, p. 33 ss.

32 JEAN A. MIRIMANOFF et SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE, La Nouvelle Conciliation Judiciaire, in: La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens, CEDIDAC, Lausanne, nov. 2008, texte mis à jour pour le séminaire de Gerzensee des 19/20 février 2009, Fondation pour la formation continue des juges suisses, pour celui de Paris du 6 mai 2009, Ecole Nationale de la Magistrature, tableaux N^{os} 5 et 6, et «Les mécanismes de la nouvelle conciliation judiciaire», texte mis à jour pour la conférence CEDIDAC du 28 octobre 2009.

33 ANDREAS HEIERLI, Mediation und Gerichtsbarkeit, Nachdiplomstudium Mediation an der Fachhochschule Aargau, ergänzt Juni 2003.

34 Selon le compte rendu de l'activité du Pouvoir judiciaire en 2008, le taux de succès de la conciliation en matière de baux et loyers a augmenté de 18%, avec 42% d'affaires conciliées ou retirées en audience, chiffre dépassant 50% les six derniers mois, et 60% en avril 2009. Ce résultat s'explique largement par la recherche de solutions au-delà de l'objet du litige, peu importe qu'il s'agisse de questions elles-mêmes litigieuses ou non litigieuses, la formulation maladroite de l'ancien article 198 al. 1 ne devant à l'évidence pas limiter la créativité constructive des parties et du conciliateur (cf. sur ce point, dans le même sens, BASTIEN SANDOZ, Procédure civile fédérale unifiée: quel impact sur la gestion des litiges dans la perspective du juge? La conciliation, in: Actes de la Conférence de Gemme-Suisse, Neuchâtel, 6. 6. 2008, www.gemme.ch).

35 Cf. supra, note 32, tableau N^o 3.

36 JEAN-PIERRE BONAFÉ-SCHMITT, JOCELYNE DAHAN, JACQUES SALZER, MARIANNE SOUQUET, et JEAN-PIERRE VOUCHE, Les médiations, La médiation, Ramonville 1999.

37 Par exemple au sujet de l'admissibilité ou non des apartés (*caucus*), ou de la présence ou non des avocats.

38 Lors d'apartés, le risque de dérapage peut cependant se présenter dans les tests de réalité.

39 MACHTELD PEL et al., Customized conflict resolution: Court-connected Mediation in The Netherlands 1999–2009, a pre publication on the occasion of the conference Moving Mediation, The Hague, Nov. 19th 2009.

40 «Settlement», soit une négociation initiée par le juge, menée hors ou dans la salle d'audience, dans ce cas sous l'égide du magistrat qui aide les parties à trouver une solution mutuellement intéressante, sa démarche s'apparentant ainsi à une conciliation «douce», peu directive sur le fond.

- a) critères en faveur de la conciliation:
- la rapidité de la solution,
 - la modicité des coûts,
 - la perspective d'un résultat raisonnable.
- b) critères en faveur de la médiation:
- la préservation ou la restauration des liens entre les parties,
 - l'inadéquation du jugement pour résoudre le conflit en cause,
 - la perspective d'une solution personnalisée, mieux adaptée qu'une décision judiciaire.

VI. La présomption en faveur de la médiation

Dans leur guide les Professeurs Sander et Goldberg font observer que, selon leur expérience, le processus de sélection de l'orientation préalable est facilité par le constat que la médiation demeure le mode préféré des parties. La médiation leur permet à la fois d'atteindre leurs trois objectifs clefs (limiter les coûts, économiser le temps et restaurer les liens) et également de rester dans la confidentialité, tout en surmontant le principal obstacle à la résolution de leur différend (problème de communication). C'est la raison pour laquelle ils considèrent qu'elle doit être présumée la meilleure voie. Et par rapport à la conciliation? Si celle-ci ne bénéficie pas des Autorités des moyens pour se dérouler dans un temps suffisant, et de magistrats conciliateurs formés et motivés⁴¹, elle devra elle aussi s'incliner devant la médiation, plus respectueuse envers la liberté des parties, tout particulièrement en comparaison avec la conciliation pratiquée par le juge du fond, ce qui va à l'encontre des règles posées par les instruments de droit international (garantie de la confidentialité) que le CPC n'a pas voulu reprendre.⁴²

VII. L'expérience néerlandaise: phare des magistrats européens, source pour les autorités suisses

La récente conférence «Moving Mediation» qui s'est tenue à La Haye⁴³ a révélé les raisons profondes du succès du système judiciaire performant et d'avant garde des Pays-Bas. Tandis que les législateurs de France (en 1995), de Belgique (en 2004) et de Suisse (en 2008) ont tous retenu le système de la médiation métajudiciaire (hors du pouvoir judiciaire) dans leur code de procédure civile, abstraitement, sans se soucier du tout des modalités pratiques indispensables à son fonctionnement, les autorités néerlandaises ont procédé inversement: elles ont programmé un système métajudiciaire empirique, par vagues d'expériences pilote, analysées de manière systématique et scientifique, constamment débattues, étendues et réadaptées, pour ensuite

pouvoir adopter une législation conforme à ce qui fonctionne le mieux. Une méthode suivie par la Slovénie.⁴⁴

Au coeur de ce système se situent deux facteurs essentiels: l'orientation préalable du juge néerlandais, qui analyse le conflit avec les parties et leurs conseils, de manière à les aiguiller de manière consensuelle vers la solution la plus adaptée à leur conflit: la conciliation, la médiation ou le jugement, et le suivi externe du processus de médiation d'un bout à l'autre par un fonctionnaire spécialisé (l'officier de médiation), y compris par un questionnaire de satisfaction à l'issue de l'accord final de médiation.

Le modèle néerlandais, comparé au modèle américain⁴⁵ paraît à la fois plus simple quant au nombre d'options (conciliation, médiation et jugement) et plus sophistiqué quant à la rigueur de l'analyse du conflit.

On aura ainsi compris tout le profit que peuvent en tirer les magistrats suisses, une fois formés à la maïeutique de l'orientation préalable, eux qui ont reçu de par le CPC le double devoir de pacification sociale rappelé en tête de ces lignes, et qu'ils ne rempliront efficacement pour les parties qu'après avoir procédé à l'analyse de leur conflit, et non *in abstracto*. L'aiguillage se fera sous leur égide entre les trois mêmes options que leurs collègues néerlandais. Pour les autorités cantonales qui auront compris les vrais enjeux du CPC et seront attentives à réaliser sur le terrain l'injonction des autorités fédérales en faveur de la résolution amiable, il s'agira de favoriser en même temps l'insertion dans le judiciaire de courroies de transmission fonctionnelles vers la médiation, en formant les greffiers ou secrétaires juristes comme «officiers de médiation», ceux-ci agissant déjà en amont par l'envoi de questionnaires aux parties (comme celui traduit dans l'encadré à la page suivante).

VII. Conclusion: L'art de sélectionner le mode de résolution des différends le plus approprié

Le CPC en tant qu'il accorde une place et un rôle déterminants au règlement amiable ne peut sur ce point avoir d'effet que si des mesures de mise en œuvre l'accompagnent, les secteurs public et privé y ayant tous deux des responsabilités à prendre et des synergies à déployer. L'exemple en est donné au sein des groupes de contact sur le règlement amiable des différends qui réunissent tous les acteurs concernés dans chacun de nos cantons.⁴⁶ Outre l'indispensable formation des acteurs, qui va s'étendre sur une ou plusieurs décennies selon les cantons, le système même de la médiation métajudiciaire ne peut pas fonctionner sans une connexion assurant le lien entre la procédure

41 La priorité au règlement amiable restera lettre morte tant qu'elle n'a pas d'impact sur la logistique, offerte ou refusée à la conciliation ou à la médiation par les Autorités concernées; la logistique accordée à sa réalisation représente la «preuve par l'acte» de la volonté politique de favoriser le règlement amiable.

42 Cf. supra, note 6.

43 Cf. supra, note 39.

44 La personnalité d'ALEŠ ZALAR a permis, comme juge, qu'il développe la médiation sur une base pragmatique dans le district de Ljubjana, puis comme ministre de la justice qu'il présente un projet de loi consacrant l'expérience enregistrée, loi ayant été adoptée par le Parlement de Slovénie le 19 novembre 2009.

45 Cf. note 18.

46 Cf. supra, note 4.

et la médiation.⁴⁷ L'orientation préalable, relativement aisée et peu coûteuse à mettre en place, sera sans doute, sous une forme de plus en plus évoluée, la méthode qui permettra aux parties de choisir en pleine connaissance de cause le mode le plus approprié – ou le plus personnalisé – pour résoudre leur différend.

47 Cf. supra, note 17.

L'orientation préalable contribuera ainsi à répondre à l'injonction fédérale accordant à la résolution amiable la priorité. C'est en commençant par en débattre et à en expérimenter les modalités en Suisse que l'on parviendra, à l'instar de nos amis néerlandais, à forger un modèle de plus en plus performant au service des justiciables de demain.

(Formulaire remis aux parties demanderesse et défenderesse après le dépôt d'une requête)

Test personnel

Vous trouverez ci-dessous plusieurs points particuliers qui peuvent vous être utiles pour décider s'il y a lieu de choisir la médiation. On rencontre souvent dans la pratique une objection: une partie pense que l'autre partie n'est pas préparée à résoudre le problème alors que ce n'est pas véritablement le cas. Ne considérez donc pas ce que l'autre partie pourrait penser ou vouloir. Considérez le sujet seulement de votre propre point de vue.

Etes-vous prêt-e-s à collaborer à la réalisation d'une solution issue d'une concertation mutuelle?

Oui, parce que

- je vois des possibilités pour une solution raisonnable,
- une solution rapide servirait mes intérêts,
- je dois être souvent en relation avec l'autre/les autres parties,
- j'aimerais trouver une solution convenable dont je puisse influencer l'élaboration,
- il y a eu une rupture dans la communication,
- je pense que par la médiation d'autres conflits que j'ai avec l'autre/les autres parties pourront être réglés,
- probablement cela diminuera considérablement les frais de justice.

Non, parce que

- j'estime très important qu'une décision judiciaire soit rendue sur ce problème,
- une tentative précédente de médiation a échoué et je ne veux pas la répéter,
- je ne vois pas d'autre possibilité de négocier parce que . . . (veuillez compléter)

Je suis hésitant, parce que

- je ne sais pas exactement ce que je vais entreprendre,
- je ne sais pas combien il y a d'espace pour la négociation,
- je trouve difficile de m'asseoir à la même table que l'autre/les autres parties,
- je ne sais pas si l'autre/les autres parties vont collaborer,
- je ne vois pas beaucoup de possibilités.

Si vous donnez une ou plusieurs réponses «oui», veuillez contacter l'officier de médiation de la juridiction et signer un engagement de médiation.

Si vous êtes hésitant ou si vous souhaitez en savoir plus, vous pouvez en parler avec l'officier de médiation de la juridiction ou consulter le site www... ■