

# Une nouvelle culture: La gestion des conflits



**JEAN A. MIRIMANOFF**  
Président de la Commission  
de Conciliation en matière  
de baux et loyers, Genève

## Plan

1. Les ouvertures du législateur fédéral: 2005–2011
2. Les impulsions du Conseil de l'Europe: 1998–2007
3. Surmonter la peur
4. Les différents différends: conflit et litige
5. Les différents conflits
  - 5.1. Les conflits relationnels
  - 5.2. Les conflits informationnels
  - 5.3. Les conflits structurels
  - 5.4. Les conflits de valeurs
  - 5.5. Les conflits d'intérêts
6. Les différentes justice: 1, 2, 3
7. Le règlement imposé
8. Le règlement amiable
9. Les différents modes amiables
  - 9.1. La négociation
    - 9.1.1. La négociation positionnaliste
    - 9.1.2. La négociation raisonnée
    - 9.1.3. La «*collaborative law*»
    - 9.1.4. La communication active
  - 9.2. La médiation (*Vermittlung, Mediation*)
    - 9.2.1. Définition
    - 9.2.2. La médiation conventionnelle
    - 9.2.3. La médiation (méta)judiciaire
    - 9.2.4. Les principes de la médiation
    - 9.2.5. Les étapes du processus
    - 9.2.6. Les clauses de médiation
    - 9.2.7. La médiabilité des différends
  - 9.3. La conciliation (*Schlichtung*)
    - 9.3.1. Définition
    - 9.3.2. Tentative obligatoire, exceptions et dispenses
    - 9.3.3. La funeste confusion des rôles
    - 9.3.4. Estimation, facilitation et hybride
    - 9.3.5. Les conditions de la performance

10. Les caractéristiques du règlement amiable
11. Priorité ou opportunité du règlement amiable?
12. La libre circulation des différends
13. Conclusions
14. Annexes: Clauses de médiation

## 1. Les ouvertures du législateur fédéral: 2005–2011

Les années 2005 à 2011 représentent un tournant décisif dans l'histoire de la justice en Suisse et pour la pratique de la gestion des conflits au sein des différents cantons.

Jusqu'à présent, en matière de conflits civils et commerciaux, les parties privilégient encore la négociation fondée sur les positions pour recourir aussitôt en cas d'échec, par un instinct rappelant le syndrome de Pavlov, au combat judiciaire ou à la procédure arbitrale.

Or la modification de la loi fédérale de procédure administrative introduisant la médiation<sup>1</sup>, l'unification de la procédure pénale ouvrant la porte à la médiation pour les jeunes délinquants et leurs victimes sans la refermer totalement pour les adultes<sup>2</sup>, et celle de la procédure civile (CPC) renforçant la conciliation et légitimant la médiation<sup>3</sup> constituent autant d'ouvertures remarquables favorisant l'avancée du règlement amiable des différends dans l'ensemble de notre pays.

Désormais «*le règlement à l'amiable ... a la priorité*», comme n'hésite pas à le proclamer le Conseil fédéral lui-même<sup>4</sup>, reprenant le conseil de Platon qui recommandait déjà à ses concitoyens de consulter un tiers avant de saisir les tribunaux<sup>5</sup>, ce qui signifie que la justice traditionnelle garde toute sa place, mais comme *ultima ratio*.

Il serait cependant illusoire d'imaginer une modification de nos modes de penser et de nous comporter en matière de gestion des conflits (ou plutôt d'absence de gestion), soit de notre culture judiciaire, sans prendre des mesures pérennes de mise en œuvre au niveau fédéral, cantonal et juridictionnel, en particulier d'information, de sensibilisation et de for-

<sup>1</sup> Modifiée le 17 juin 2005 par l'art. 33 b (RO 2006 2197); cf. THOMAS PFISTERER, *Grundzüge von Einigung und Mediation in Art. 33 b VwVG*, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann (édit.), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zurich/Bâle/Genève 2008.

<sup>2</sup> Cf. Message du Conseil fédéral du 21 déc. 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057.

<sup>3</sup> Cf. Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841.

<sup>4</sup> Message du 28 juin 2006 (n. 3), p. 20.

<sup>5</sup> Les lois, VI, 767.

mation<sup>6</sup>, ce qui implique une collaboration étroite entre les secteurs public et privé.

## 2. Les impulsions du Conseil de l'Europe: 1998–2007

L'œuvre du législateur fédéral s'inscrit dans un vaste ensemble de chantiers que connaissent la plupart des pays européens<sup>7</sup> à la suite de recommandations émises depuis une décennie par le Conseil de l'Europe: sur la médiation familiale<sup>8</sup>, sur la médiation en matière pénale<sup>9</sup>, sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées<sup>10</sup> et sur la médiation en matière civile<sup>11</sup>.

Conscient que ces importants instruments de droit international ne suffiraient pas à eux seuls à faire évoluer la culture judiciaire<sup>12</sup> dans les Etats membres, le Conseil de l'Europe a récemment adopté des lignes directrices destinées à favoriser leur mise en œuvre<sup>13</sup>.

## 3. Surmonter la peur

Force est de constater, avec les lignes directrices précitées, que les instruments juridiques tels les récents codes de procédure n'ont eu que peu d'impact sur la réalité judiciaire: la loi française dont le dixième anniversaire a été fêté en décembre 2005 ou la loi genevoise entrée en vigueur le premier janvier 2005 n'ont réussi à permettre le passage en médiation que d'une infime partie du contentieux judiciaire, inférieure à 5%.

La réticence des acteurs, c'est-à-dire des magistrats, des avocats et des parties s'explique par la peur, ou plutôt par trois craintes toutes parfaitement infondées mais bien réelles<sup>14</sup>: la peur de la nouveauté, celle de perdre son pouvoir, et celle de perdre des ressources.

Ce sont le préjugé, l'ignorance et la fausse représentation du règlement amiable, et surtout de la médiation, qui génèrent de telles craintes.

Ces peurs ne doivent pas être sous-estimées, mais peuvent se dissiper suite à des mesures qui incombent tant au secteur privé que public: mesures d'information, de sensibilisation et de formation, à tous les niveaux<sup>15</sup>.

## 4. Les différents différends: conflit et litige

Nous employons ici le terme *différend* (*dispute/Streitfall*) au sens générique, pour englober les concepts de *conflit* (*conflict/Konflikt*) et de *litige* (*litigation/Rechtsstreit*).

Selon THIERRY GARBY<sup>16</sup>, «*le conflit est une opposition de volontés entre deux ou plusieurs parties sur un objet plus ou moins précis*», tandis que, selon nous, le *litige* en est la «traduction et la réduction judiciaire». En invitant l'arbitre à rendre une sentence ou le juge un jugement, les parties leur demandent de trancher sur «l'objet du litige», c.à.d. de statuer sur leurs conclusions, qui sont précédées d'un état de fait présélectionné par chacune d'elles et par une analyse juridique devant justifier leurs prétentions. Ainsi ni la demande ni la réponse ni les deux n'englobent, par définition, le conflit dans son ensemble. Pour recourir à une image, le litige représente la pointe de l'iceberg qu'est le conflit, et l'expérience enseigne que lorsque le litige est résolu, que la pointe est dissoute, l'iceberg peut se retourner et laisser apparaître un nouveau pic, un nouveau litige.

Le conflit est composé d'une richesse d'éléments qui n'apparaissent pas dans le litige: les faits sans pertinence à la démonstration judiciaire, les émotions, les sentiments, les valeurs, les besoins et les intérêts des parties.

Lorsque l'arbitre rend sa sentence ou le juge son jugement, il donne une solution passée à un problème passé, car il a vocation à régler le passé. C'est l'une des différences essentielles entre le règlement imposé, fondé sur une décision obligatoire née d'un tiers, et le règlement amiable, fondé sur le libre consentement des parties qui trouvent ensemble une solution pour l'avenir.

Il faut éviter de confondre le conflit et sa manifestation, ce que font même les juristes<sup>17</sup>.

*L'Iliade nous permet d'illustrer le propos. Les Grecs et les Troyens sont en conflit en revendiquant la personne d'Hélène, qui en est l'objet. La guerre de Troie est la manifestation de leur conflit. Ménélas et Pâris auraient pu soumettre leur litige au tribunal de l'Olympe pour se voir attribuer Hélène, si les douze dieux n'avaient déjà pris parti aux côtés des deux belligérants.*

<sup>6</sup> Cf. CHRISTOPHE IMHOOS et al., *La gestion des conflits*, Manuel pour les praticiens, CEDIDAC et GEMME, Lausanne, novembre 2008.

<sup>7</sup> Cf. JAYNE SINGER/CAMERON MCKENNA, in: Karl Mackie/Tim Hardy/Graham Massie (édit.), *The EU Mediation Atlas: Practice and Regulations*, London 2004. *page exacte à indiquer par l'auteur.*

<sup>8</sup> Rec (98) 1 du 21 janvier 1998.

<sup>9</sup> Rec (99) 19 du 15 septembre 1999.

<sup>10</sup> Rec (2001) 9 du 5 septembre 2001.

<sup>11</sup> Rec (2002) 10 du 18 septembre 2002.

<sup>12</sup> Expression empruntée à MARC JUSTON, cf. [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch) ADR selected bibliography.

<sup>13</sup> CEPEJ (2007) 13, 14 et 15 du 7 décembre 2007.

<sup>14</sup> Cf. ERIC GALTON/AVI SCHNEEBALG, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Paris 2003.

<sup>15</sup> Cf. n. 13.

<sup>16</sup> THIERRY GARBY, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 2.

<sup>17</sup> P. ex. le droit humanitaire applicable dans les *conflits armés*.

La distinction entre le conflit et le litige a une grande importance, car pour résoudre un problème il faut traiter séparément les facteurs personnels (les relations entre les protagonistes ou les partenaires) et les facteurs objectifs (le contenu du problème), ce qu'enseigne depuis plus d'un quart de siècle le «*Harvard Negotiation Project*»<sup>18</sup>.

La «découverte» ou plutôt la redécouverte<sup>19</sup> par projet précité consiste à reconnaître – sans pour autant minimiser les effets négatifs ou néfastes du conflit – les effets positifs qui, aussi, peuvent en découler, et de les exploiter à l'avantage réciproque des partenaires (ou protagonistes). Ceci amène à examiner les types de conflits.

## 5. Les différents conflits

THIERRY GARBY<sup>20</sup> nous invite à préférer à la classification selon leur objet (familiaux, commerciaux, sociaux, internes ou internationaux, etc.) celle opérée par CHRISTOPHER MOORE<sup>21</sup> qui se fonde sur les causes du conflit, ce qui lui permet de mieux déterminer les interventions idoines pour chacun d'eux, au nombre de cinq.

### 5.1. Les conflits relationnels

Ils résultent d'une mauvaise communication entre les parties. Parmi les causes possibles l'auteur cite l'antipathie entre les personnes, la forte émotivité de l'une ou l'autre d'entre elles, les difficultés de communication d'ordre technique ou culturel, qui font obstacle ou entravent la communication, la rendent peu compréhensible ou ambiguë, la mauvaise interprétation des faits, des messages, des souvenirs négatifs. Parmi les interventions possibles: le désamorçage de l'émotivité, la clarification des perceptions, la mise en œuvre de perceptions positives, l'amélioration de la communication, le recours à des tiers pour faire circuler l'information.

*Pour revenir à Homère, ce n'est pas Hélène qui est la cause du conflit, mais le choix de Pâris, qui, en attribuant la pomme à Aphrodite, s'aliène Athéna et Héra, dont le courroux les porte aux côtés des Grecs.*

*Absorbé par l'attente du résultat de ses examens, A ne remarque pas B, son ancien camarade de service militaire, qu'il croise dans la rue, lequel lui fait le reproche de le snober.*

<sup>18</sup> Dont les règles ont été mises au point par les Professeurs ROGER FISHER et WILLIAM URY; cf. [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch), bibliographie sélective.

<sup>19</sup> Cf. n. 22.

<sup>20</sup> Cf. n. 16.

<sup>21</sup> CHRISTOPHER MOORE, in: Ed Jossey Bass (édit.), *The Mediation Process: Practical Strategies for solving conflicts*, 2<sup>ème</sup> éd., San Francisco 1996, p. 136 ss.

### 5.2. Les conflits informationnels

Ils résultent d'un manque d'information, d'une fausse information, d'avis différents sur la pertinence des informations ou de différences de données (statistiques incohérentes), tandis que les remèdes consistent à débattre des critères d'importance des informations, les procédures de recherche de l'information (expertises, analyses, etc.)...

*Héra et Zeus se disputent sur la question de savoir lequel des deux sexes éprouve le plus de plaisir en amour; et délèguent Tirésias pour en faire la double expérience et leur en faire rapport, ce qui entraînera sa cécité et son don de voyance.*

*Suite à un erreur de transmission de la téléphoniste, le conférencier est invité à 14h30 et les participants à 14h00. Quelles sont leurs réactions en voyant le conférencier entrer sans se presser à 14h25?*

### 5.3. Les conflits structurels

Ils résultent de la rareté des ressources, de l'inégalité entre les parties, des obstacles de toute nature à la coopération (techniques, culturels, géographiques, financiers, etc.), des contraintes de temps. Pour y parer l'auteur précité préconise la révision des processus de décision ou celle des systèmes de contrôle des ressources, la focalisation sur les intérêts plutôt que sur les positions, la collaboration entre les parties.

*Parmi les causes du conflit entre Grecs et Troyens se cache leur double prétention d'avoir la maîtrise des Dardanelles, qui permettait de contrôler le passage du commerce international entre le bassin méditerranéen et celui de la Mer noire.*

*L'accès aux sources d'eau est l'une des composantes du conflit palestinien-israélien, qui illustre d'ailleurs le phénomène de causes cumulées, dont chacune attend une réponse.*

### 5.4. Les conflits de valeurs

Ils résultent de critères d'évaluation différents, de facteurs culturels, de la distinction ou non de la fin et des moyens. Les interventions suggérées consistent à poser les problèmes de manière objective, de faire accepter les divergences d'opinion, de rechercher des valeurs communes et partagées, de rechercher des références communes.

*Le sort du cadavre d'Hector que Priam supplie les Grecs de lui rendre pose à ceux-ci un conflit de valeur, entre Achille qui veut poursuivre sa vengeance en mémoire de son ami Patrocle, et les autres Grecs pour lesquels les funérailles d'un héros sont dues même à un ennemi.*

*La question du foulard à l'école voit s'affronter les valeurs de la laïcité à celles de l'Islam.*

### 5.5. Les conflits d'intérêts

Ils peuvent résulter de divergences d'intérêts de nature matérielle ou immatérielle, et les interventions possibles

consistent à privilégier la recherche d'intérêts communs, de moyens d'élargir les ressources ou les possibilités, d'élargir les échanges.

*Le siège de Troie perdurant, l'unité des assaillants se fissure parce que leur intérêt à le poursuivre n'est pas le même. Ulysse parvient à les mettre d'accord en leur proposant de tenter le stratagème du fameux cheval.*

*L'Égypte a voulu récupérer sa souveraineté sur le Sinaï après la guerre de 1973, tandis qu'Israël voulait le garder pour se préserver d'une nouvelle attaque surprise. La médiation américaine a permis de satisfaire les deux parties, par la restitution d'un territoire sous régime démilitarisé.*

## 6. Les différentes justice: 1, 2, 3

De longue date ont existé et cohabité diverses formes de justice, les inconvénients de la justice propre ou unilatérale (une) ayant été observés sans doute dès la préhistoire, l'histoire nous indiquant la codification de règles telle celle de la proportionnalité et du règlement par un tiers sous ses deux aspects (privé ou institutionnalisé «étatique») : le «duel judiciaire» (deux) et la médiation (trois)<sup>22</sup>.

En Occident la canalisation puis la réprobation de la violence inhérente à la justice unilatérale apparaît avec les codes ou lois d'Hammourabi, de Moïse, de Solon et dans les XXII tables, et sont illustrées dans la littérature universelle, tout particulièrement chez nous par l'Orestie d'Eschyle<sup>23</sup>.

*Les Erinnyes y incarnent la justice unilatérale, partielle, arbitraire et violente, tandis qu'Athéna symbolise le règlement par le combat judiciaire: elle préside le tribunal de l'Aréopage où l'accusation est soutenue par les Erinnyes (dans leur nouveau rôle) tandis que la défense d'Oreste est assumée par Apollon. Les auteurs contemporains d'Eschyle, comme d'ailleurs ce dernier, ont dépeint tantôt Hermès, tantôt Ulysse dans le rôle de médiateur.*

Ainsi dès l'Antiquité les justices 1, 2 et 3 se rencontrent ou s'affrontent, ce combat n'étant pas achevé de nos jours, par exemple avec l'unilatéralisme dans les relations internationales. Cette confrontation correspond à des périodes de profondes mutations, comme celle que nous connaissons<sup>24</sup>.

Le règlement amiable (conciliation et médiation) des différends légitimé par le CPC constitue, avec le règlement imposé (la procédure civile et l'arbitrage), une justice plurielle, qui comporte à la fois des modes non étatiques (la médiation et l'arbitrage) et étatiques (la conciliation et la procédure civile).

## 7. Le règlement imposé

Le règlement imposé (la procédure civile et l'arbitrage) a pour mission de statuer sur l'objet du litige, par un jugement ou une sentence qui règle les relations passées des parties. Sentence et jugement sont des solutions mortes à un problème mort, qui s'imposent aux parties sans qu'elles n'y aient donné leur consentement, sans qu'elles n'aient participé à la construction de la solution du tiers. Comme ni le juge ni l'arbitre ne peuvent statuer *ultra petita*, c.à.d. en dehors des conclusions des parties, seul le litige et non le conflit y trouve son issue. Le phénomène croissant du *rebondissement des litiges*, caractérisé par la mise en cause systématisée de la décision, par des recours ou des actions en modifications nombreux, traduit l'insatisfaction des parties vis-à-vis de la solution imposée, qui souvent laisse ouverte la plaie du conflit.

## 8. Le règlement amiable

Le règlement amiable (sous les formes de la négociation raisonnée, de la médiation et de la nouvelle conciliation judiciaire) a pour mission de faire émerger des parties une solution librement acceptée qui est fondée sur leurs intérêts et qui règle souvent leurs relations futures, sans demeurer dans l'ornière du passé.

Le terme *amiable* traduit l'idée du consentement donné par les parties à la solution, qui est la leur (*Einigung*). Il n'est donc pas approprié de parler de règlement *alternatif* ici, puisque l'alternative au règlement amiable est le règlement imposé (l'arbitrage ou la procédure civile). Ce n'est pas parce que parfois la procédure civile peut dysfonctionner que l'on recourt au règlement amiable, mais parce que celui-ci, faisant de la consensualité son fondement, donne naissance à des solutions plus adaptées, plus solides et plus durables<sup>25</sup>.

## 9. Les différents modes amiables

Au cours des dernières décennies, en particulier dans les pays anglo-saxons, de nombreuses formes de règlement des différends ont vu le jour, dont certaines sont des hybrides combinant règlement amiable et règlement imposé<sup>26</sup>.

En Europe, avec quelques exceptions<sup>27</sup>, même les formes traditionnelles du règlement amiable tardent encore à pénétrer les esprits et les pratiques, c'est à dire notre culture: elles demeurent largement méconnues, de sorte qu'il paraît

<sup>22</sup> Cf. JOSEPH DUSS-VON WERDT, *Homo mediator*, Geschichte und Menschenbild der Mediation, Stuttgart 2005.

<sup>23</sup> Cf. JACQUELINE DE ROMILLY, *L'Orestie d'Eschyle*, Bayard 2006.

<sup>24</sup> JEAN A. MIRIMANOFF, *Digression mythologique sur la résolution des conflits*, Journée de la Médiation, Nice, 11 avril 2008, cf. [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch).

<sup>25</sup> Cf. Message du 28 juin 2006 (n. 3), p. 20.

<sup>26</sup> Cf. GARBY (n. 16), qui cite l'évaluation indépendante, l'adjudication, le mini-trial, les dispute boards, le médarb et l'arbméd.

<sup>27</sup> En particulier la Grande-Bretagne depuis deux décennies, rejointe par les Pays-Bas, la Norvège, la Slovénie, cf. n. 7.

judicieux aujourd'hui de se limiter à se pencher sur la négociation, la médiation et la conciliation, chacune d'elles connaissant des variantes. Si toutes, lorsqu'elles ont abouti, conduisent à un accord (*Einigung*), celui-ci sera le fruit d'un processus dans lesquels la volonté des parties (et – le cas échéant – le rôle du tiers pour les deux dernières) joue un rôle d'un degré ou d'une nature différente. Plus les parties gardent la maîtrise sur le processus et sur le contenu, plus elles exprimeront par leur accord un engagement solide et durable. Par ordre de consensualité dégressive, la négociation laisse le plus de champs à la liberté et à la responsabilité des parties, lorsqu'elle est menée de manière professionnelle, l'alternative en étant d'abord la médiation avec un facilitateur qui intervient essentiellement sur le processus, puis la conciliation avec un tiers plus directif encore qui s'imisce dans le processus et, parfois, dans le contenu lorsqu'il suggère ou propose une solution.

## 9.1. La négociation

Il existe une multitude de définitions<sup>28</sup> de la négociation, dont l'étymologie latine exprime l'idée d'une activité<sup>29</sup>. Comme les autres formes de résolution amiable, elle exprime à la fois le processus et l'accord auquel il aboutit «*la négociation est une activité menée dans le but d'amener son interlocuteur à un accord qui met un terme à un différend ou qui alloue des ressources*»<sup>30</sup>.

La littérature distingue plusieurs approches ou formes de négociation, la plus ancienne – pour ne pas dire la plus primitive – étant la négociation positionnaliste, hélas encore très répandue de nos jours dans notre pays.

### 9.1.1. La négociation positionnaliste

Pour défendre sa cause le négociateur établit une position de départ et tente d'exiger que l'autre s'y soumette, en campant sur sa position le plus longtemps possible et en espérant que l'autre partie finira par céder. Les résultats les plus fréquents en sont une croissance des coûts et d'énergie pour défendre la position, et la détérioration des relations entre les parties, ceci aux dépens d'autres possibilités, ou encore un vain marchandage qui n'a d'autre issue que de conduire les parties à une procédure arbitrale ou judiciaire<sup>31</sup>. Il est possible d'éviter une telle situation, en négociant autrement.

### 9.1.2. La négociation raisonnée

C'est à la suite d'une longue série de recherches menées à l'Université de Harvard par les Professeurs ROGER FISHER et WILLIAM URY qu'est issu le concept d'une négociation plus ouverte, fondée sur la quête commune des intérêts des parties. La méthode consiste notamment à traiter séparément les questions de personnes et celles de fond, à préférer les intérêts aux positions, à imaginer à créer de la plus-value dans et par le processus, à recourir à des critères objectifs<sup>32</sup>. Cette méthode a largement fait ses preuves, pour la résolution des différends tant internationaux qu'internes, de droit public ou de droit privé, le cas le plus connu étant celui des accords de *Camp David*.

En Suisse NICOLAS IYNEJIAN a démontré de manière convaincante, par des cas concrets tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les nets avantages de la négociation raisonnée par rapport au procès civil, avec une solution plus constructive, plus rapide et moins coûteuse<sup>33</sup>, une solution «*plus intelligente*» comme l'écrit THIERRY GARBY<sup>34</sup>.

La méthode a été enrichie et améliorée encore en France par ALAIN PEKAR LEMPEREUR de manière à structurer la séquence de négociation pour accomplir «*l'essentiel avant l'évident*»<sup>35</sup>.

Les trois auteurs insistent tous sur le rôle capital de la *préparation* de la négociation, facteur clef de son succès, qui consiste notamment à rechercher à déterminer les intérêts des deux parties, à imaginer une stratégie, à identifier les risques et les facteurs clefs, à préparer la communication et à examiner et à approfondir les alternatives à la négociation (en dehors d'elle: négociation avec un tiers, autre forme de résolution, etc.). La médiation étant une négociation facilitée et la conciliation une négociation dirigée, la préparation y est de la même et fondamentale importance.

### 9.1.3. La «*collaborative law*»

Cette méthode complète à son tour les précédentes en mettant en présence des mandataires spécialement formés et tenus par une règle d'éthique consistant à s'engager à renoncer à intervenir dans une procédure subséquente pour leur client, pour le cas où la négociation n'aboutirait pas. Les participants s'engagent à la transparence et à la communication de l'information, à rechercher les besoins et les intérêts des parties dans un esprit créatif, avec la possibilité de recourir à

<sup>28</sup> Cf. NICOLAS IYNEJIAN, *La Négociation, Guide pratique*, CEDIDAC, Lausanne 2005, 1<sup>er</sup> chap., p. 9.

<sup>29</sup> *nec-oti negotium*.

<sup>30</sup> Cf. IYNEJIAN (n. 28).

<sup>31</sup> Cf. ALAIN PEKAR LEMPEREUR/AURÉLIEN COLSON, *Méthode de Négociation*, Paris 2004, p. 20.

<sup>32</sup> Cf. ROGER FISHER/WILLIAM URY/BRUCE PATTON, *Comment réussir une négociation*, Paris 1982, traduit de *Getting to yes. Il en existe un livre apparu 2006 à Paris que l'auteur devrait citer parce que cest la source la plus recente*.

<sup>33</sup> Cf. n. 28.

<sup>34</sup> Cf. n. 16.

<sup>35</sup> Cf. PEKAR LEMPEREUR et al. (n. 31), p. 67 ss.

des experts neutres. Le processus comporte plusieurs étapes distinctes<sup>36</sup>.

#### 9.1.4. La communication active

La communication active n'est pas une forme de négociation, mais une méthode d'écoute et de parole particulièrement appropriée à la négociation, que celle-ci soit autonome, ou qu'elle se prolonge ou s'épanouisse en médiation ou en conciliation. L'écoute active et la nouvelle maïeutique (les nombreuses formes de questionnement) en constituent les deux piliers, la communication non violente l'une des formes mise au point par MARSHALL ROSENBERG<sup>37</sup>.

## 9.2. La médiation (*Vermittlung, Mediation*)

### 9.2.1. Définition

Il existe de nombreuses définitions, notamment dans les statuts ou règlements d'associations privées<sup>38</sup>, et parfois dans la loi<sup>39</sup>.

Pour le Professeur JOSEPH DUSS-VON WERDT<sup>40</sup> trois éléments la caractérisent: la médiation est une culture de l'inter-subjectif, qui s'intéresse aux échanges entre les personnes, lesquelles s'expriment verbalement, gestuellement ou paraverbalement; la médiation est une culture de la communication, qui facilite et encourage la négociation avec un dialogue constructif; enfin la médiation est toujours une rencontre entre deux ou plusieurs personnes, chacune étant unique, ce qui écarte toute idée de modèle ou de techniques<sup>41</sup>.

Au vu de ce qui précède, toute définition paraît téméraire ou réductrice. Néanmoins, dans une optique juridique, on a retenu la «formule» suivante:

«Processus formel de gestion de la communication, librement consenti par les parties, soutenu par un médiateur –

*non magistrat – indépendant, neutre et impartial, librement désigné par les parties, processus au travers duquel les parties recherchent leur propre solution*»<sup>42</sup>.

### 9.2.2. La médiation conventionnelle

Forme privée et indépendante d'un litige, c'est la première à avoir été pratiquée en Suisse<sup>43</sup>. Il s'agit d'un mandat ou d'un contrat *sui generis*<sup>44</sup> (par lequel les parties conviennent de régler avec l'aide d'un tiers leur différend selon un processus de leur choix ou découlant d'un texte préexistant<sup>45</sup>). Proche par certains aspects d'un accord de procédure, il est signé par les parties et par le médiateur, ce qui n'est pas le cas de l'accord final qui engage les seules parties.

### 9.2.3. La médiation (méta)judiciaire

Il s'agit d'un processus qui se situe après le dépôt d'une demande en justice, à la requête commune des parties ou sur proposition du magistrat civil, ceci à tous les stades de la procédure<sup>46</sup>. Etant donné que le législateur, à Genève, puis à Berne, s'est bien gardé de légiférer sur le processus en tant que tel, il n'y a aucune différence de nature en Suisse entre la médiation conventionnelle et la médiation (méta)judiciaire<sup>47</sup>.

La loi de procédure civile genevoise, puis fédérale, ne fait donc que régler les problèmes d'*articulation* entre la procédure civile et le processus de médiation (de la proposition par le magistrat à l'homologation de l'accord final)<sup>48</sup>, avec une garantie de confidentialité. La LOJ de Genève touche certains aspects de la profession (autour du tableau et des conditions pour y être inscrit).

### 9.2.4. Les principes de la médiation

C'est tout particulièrement à ce propos que le langage juridique, qui veut définir et cerner des concepts d'ordre éthique et philosophique, paraît le plus réducteur. Signalons l'étude, ancienne mais toujours actuelle dans notre contexte, de JEAN PICTET qui s'est attelé à réfléchir aux principes de la Croix-

<sup>36</sup> Renseignements aimablement communiqués par Me CHRISTOPHE IMHOOS, avocat, médiateur et arbitre, qui prépare un travail sur ce sujet inédit en Suisse.

<sup>37</sup> Cf. MARSHALL B. ROSENBERG, Les mots sont des fenêtres (ou des murs): introduction à la communication non violente, Genève/St. Julien 2005.

<sup>38</sup> On en retrouve dans le Règlement des Chambres de commerce et d'industrie suisses, dans celui de la Chambre suisse de médiation commerciale et dans les statuts du Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation.

<sup>39</sup> La loi genevoise sur la médiation civile ne contient pas de définition, ni non plus le code de procédure civil suisse unifié; toutefois, dans les travaux préparatoires relatifs à la LOJ de Genève, il serait éventuellement question d'introduire une définition.

<sup>40</sup> Père spirituel de la loi genevoise, auteur de nombreux ouvrages de référence dont: «Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation», Stuttgart 2005; «Einführung in die Mediation», Heidelberg 2008.

<sup>41</sup> «Poser des questions en médiation», séminaire organisé par le GPM, à Lausanne, les 18 et 19 septembre 2008.

<sup>42</sup> Art. 4 des statuts de Gemme-Suisse du 8.10.2004.

<sup>43</sup> Cf. Gemme-Suisse, Médiation civile en Suisse: pratiques cantonales, Fribourg oct. 2006.

<sup>44</sup> Cf. DOMINIQUE BROWN-BERSET, La médiation commerciale: un géant s'éveille, in RDS 2002, p. 319 s.

<sup>45</sup> Cf. infra chap. 9.2.6.

<sup>46</sup> Art. 213 al. 1 et 2 et art. 214 al. 1 et 2 CPC.

<sup>47</sup> Sur ce concept cf. MARTINE CHENOU/JEAN MIRIMANOFF, La Médiation civile ou métajudiciaire: pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres, in SJ No. 10 vol. II, 2003, p. 271 et ss.

<sup>48</sup> Cf. Gemme-Suisse, L'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation par le magistrat civil, Actes de l'Assemblée générale de Neuchâtel, juin 2008, www.gemme.ch.

Rouge, dont l'impartialité, la neutralité et l'indépendance<sup>49</sup>, et qui y a mis en lumière leur richesse et leur interdépendance. Or il ne s'agit pas d'une référence arbitraire, car le rôle de la Croix-Rouge dans les «conflits armés» internationaux ou internes s'apparente singulièrement à une médiation, limitée certes aux aspects humanitaires des relations entre les belligérants. Ces trois principes concernent le médiateur.

L'impartialité consiste à traiter – positivement – les parties de manière égale, sans discrimination, avec la même empathie, ce qui implique un temps d'écoute équilibré et la même qualité d'attention à chacun; les médiateurs lui préfèrent le terme de *multipartialité*.

La neutralité consiste à refuser de se prononcer entre les parties, soit un comportement d'abstention; curieusement les médiateurs lui donnent un sens autre: le tiers ne doit pas être affecté dans ses intérêts par la solution du litige (mais la solution n'est pas connue à l'avance).

L'indépendance est une notion de fait: c'est l'absence de liens entre le tiers et les parties, liens qui pourraient favoriser ou défavoriser l'une des parties. L'indépendance assure la liberté du médiateur vis-à-vis des parties et du processus.

La confidentialité est une garantie vis-à-vis des parties du secret du processus, au cas où il n'aboutirait pas (art. 213 CPC). Il constitue la condition *sine qua non* du succès de la médiation, voir de son existence. C'est lui qui permet aux parties et au tiers de s'exprimer librement, et sans conséquence négatives pour elles.

A ces quatre principes généralement reconnus (mais parfois différemment compris) s'en ajoutent trois autres qui le sont moins. L'humilité du tiers qui, comme à son époque Saint Nicolas de Flue, modeste ermite de Suisse centrale, ne dispose pas d'un pouvoir. L'humilité invite le médiateur à se concentrer sur la gestion de la communication entre les médiateurs, et à ne rien suggérer, ne rien proposer lui-même, à ne pas donner d'opinion même si on la lui demande, dans l'idée de laisser intactes la liberté et la responsabilité des parties vis-à-vis de leur conflit, qui se traduit par la possibilité d'entrer ou non, de rester ou non dans le processus de médiation, et de le terminer ou non. Enfin, le principe de respect auquel s'engagent les parties dans leur accord initial, l'une vis-à-vis de l'autre, concourt à favoriser l'émergence d'un dialogue positif et constructif.

### 9.2.5. Les étapes du processus

Bien que des nuances puissent apparaître entre les divers domaines dans lesquels la médiation s'exerce (familial, social, commercial, etc.), en particulier quant à recourir ou non aux entretiens séparés (apartés ou *caucus*), le processus, précédé d'une phase de préparation et suivi d'une phase de

bouclement de l'accord final, comporte quatre étapes tendant respectivement à déterminer les problèmes en jeu (le «quoi»), à faciliter l'expression des points de vue et à clarifier le conflit (le «pour quoi»), à faire rechercher des options créatives par les parties et à imaginer sans restriction des solutions sans engagement à ce stade (le «comment»), et enfin à progresser vers la sélection d'une solution concrète qui soit mutuellement avantageuse (le «plan d'actions»).

Des aller et retour entre ces phases peuvent se produire, si nécessaire. Selon les statistiques du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP)<sup>50</sup> la médiation commerciale, qui peut se dérouler en une journée ou plusieurs sessions, conduit à un taux de succès de plus de 80 %.

### 9.2.6. Les clauses de médiation

Le meilleur moyen de mettre en œuvre la médiation consiste à prévoir à l'avance, dans une *clause contractuelle*, qu'en cas de différend les parties tenteront une médiation, ou lorsque le conflit a déjà surgi, de s'y engager par *convention*. L'extrême frilosité des praticiens suisses à recourir à de tels clauses ne s'explique que par leur peur irrationnelle de l'inconnu, puisque les parties demeurent toujours libres et responsables vis-à-vis du processus dont elles peuvent sortir en tout temps s'il ne répond pas à leur attente. Clause et convention de médiation peuvent se coupler avec une clause d'arbitrage, ce qui sera souvent le cas dans les affaires commerciales.

On trouvera en annexe un extrait du Règlement suisse de Médiation commerciale adopté par les Chambres de commerce et d'industrie suisses le 1<sup>er</sup> avril 2007, qui contient toute la gamme de ces clauses.

### 9.2.7. La médiabilité des différends

L'une des questions les plus délicates est celle de savoir *pour quelles affaires, pour quelles personnes et pour quels moments* la médiation est indiquée. La réponse s'écarte totalement de la problématique de l'arbitrabilité des litiges, fixée par la loi, d'autant que – il faut insister – la médiation n'a pas pour mission de régler «l'objet du litige», concept juridique sans pertinence en médiation. L'expérience enseigne par ailleurs que plus un pays, comme la Grande-Bretagne, pratique depuis longtemps la médiation, plus le «champ d'application» de cette dernière s'élargit. Divers guides ont tenté de définir les cas les plus adéquats<sup>51</sup>.

La médiation apparaît appropriée dans les situations suivantes:

<sup>50</sup> Citées par GARBY (n. 16), p. 46.

<sup>51</sup> Cf. KARL MACKIE/DAVID MILES/WILLIAM MARSH/TONY ALLEN, *The ADR practice Guide: commercial dispute resolution*, 3<sup>ème</sup> éd., London 2007; Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, *Guide pratique de la médiation civile*, Genève, juin 2006, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch); PEL MACHTFELD, *Referral to Mediation, A Practical Guide for an effective mediation proposal*, Den Haag 2008; GARBY (n. 16), p. 62 et s.

<sup>49</sup> JEAN PICTET, *Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge*, Genève 1979, page à indiquer par l'auteur; cf. également GARBY (n. 16), p. 73 et s.

- les parties entretiennent des relations durables de fait: famille, travail, voisinage, etc.
- les parties entretiennent des relations juridiquement durables: conflits familiaux, de succession, de bail, de copropriété, de construction, d'association, de propriété intellectuelle et d'autres contrats commerciaux
- les parties ont des intérêts économiques convergents ou complémentaires
- le conflit en cache un autre, ou il existe une pluralité de conflits
- les intérêts des parties commandent une solution rapide
- les problèmes sont complexes: pluralité de parties, de procédures, de pays
- les parties veulent éviter la publicité de leur conflit.

Inversement la question de l'opportunité de la médiation se pose si:

- la partie la plus faible a besoin de la protection des juridictions spécialisées (baux et loyers, prud'hommes)
- l'absence de tout lien entre les parties
- en cas de déséquilibre net du rapport de force entre les parties
- lorsque l'on peut pronostiquer une procédure rapide (perspective d'un jugement sans probatoires)
- lorsqu'une partie veut une décision judiciaire pour créer un précédent (faire jurisprudence).

### 9.3. La conciliation (*Schlichtung*)

#### 9.3.1. Définition

Contrairement à la médiation, la définition de la conciliation n'a pas tenté les auteurs, qui par ailleurs sont demeurés des plus discrets sur le déroulement de son processus, et ses variantes possibles. On en retiendra la suivante:

*«Un mode informel de résolution des litiges – obligatoire ou facultatif – conduit par un conciliateur désigné – magistrat-indépendant, neutre et impartial, mode au cours du déroulement duquel il peut suggérer ou proposer une solution aux parties si elles n'y sont pas parvenues par elles mêmes»<sup>52</sup>.*

Même si la question peut être débattue, les principes (que l'on retrouve) d'impartialité de neutralité, d'indépendance et de confidentialité ont une importance aussi grande qu'en médiation<sup>53</sup>.

#### 9.3.2. Tentative obligatoire, exceptions et dispenses

En théorie l'art. 197 CPC «valorise la tentative préalable en la rendant en principe obligatoire et en exigeant qu'elle ait certaines caractéristiques spécifiques (en particulier la confidentialité)»<sup>54</sup>. En pratique ce double objectif est affaibli par plusieurs facteurs découlant du système instauré et de la réalité judiciaire.

La liste des exceptions de l'art. 198 CPC, en particulier les procédures de divorce et les procédures sommaires (auxquelles sont soumises selon l'art. 271 CPC les mesures protectrices de l'union conjugales) et celle des renonciations de l'art. 199 CPC vont considérablement atténuer la portée de la règle instaurant la tentative obligatoire: à Genève par exemple sur quelque 4.500 procédures traitées par année (moyenne des années 2005 à 2007), seules quelque 1.500 dossiers seront soumis à la conciliation, soit un tiers du contentieux du Tribunal de première instance; il conviendrait de comparer la situation des différents cantons, ce qui n'est pas encore possible, faute de statistiques fédérales disponibles.

En outre le principe de la confidentialité, consacré indirectement et imparfaitement à l'art. 205 CPC, qui – comme pour la médiation – est la clef de voûte du succès conciliatoire, voire la condition de l'existence de la conciliation, disparaît en cas de proposition de jugement (art. 210 CPC) ou de décision pour les litiges de faible valeur litigieuse (art. 212 CPC).

#### 9.3.3. La funeste confusion des rôles

Jusqu'à l'invention de la tentative préalable de conciliation en 1790, il était parfaitement légitime que le juge du fond tente de rapprocher les parties, puisqu'il n'y avait pas moyen de le faire autrement. Mais pourquoi, deux siècles plus tard, vouloir conserver cet archaïsme? Il pervertit le processus conciliatoire, parce qu'en anéantissant la confidentialité, c'est à la liberté des parties (celle de s'exprimer sans réserve, et celle de choisir sa solution, voir celle de refuser celle du conciliateur) que l'on attende. C'est la raison pour laquelle ce système est proscrit par l'Avis No 6 (2004) du Conseil consultatif de Juges européens (CCJE) sur le procès équitable dans un délai raisonnable et le rôle des juges dans le procès.

L'Office de la Justice a maintenu la funeste confusion des rôles de deux manières: en autorisant (mais non pas en obligeant) le conciliateur à rendre un projet de jugement ou une décision (art. 210 et 212 CPC), et en autorisant le juge de fond à se muer en conciliateur (art. 124 al. 3 et 291 al. 2 CPC).

<sup>52</sup> Art. 4 des statuts de Gemme-Suisse du 8.10.2004.

<sup>53</sup> Cf. supra chap. 9.2.4.

<sup>54</sup> Cf. Message (n. 3), ad art. 194, p. 6936.

### 9.3.4. Estimation, facilitation et hybride

L'*estimation* est la forme ancienne de la conciliation, et encore largement pratiquée de nos jours. Elle s'explique logiquement par le fait que le conciliateur a connaissance de l'objet du litige. Elle se propose ainsi de le résoudre, sur une base volontaire. Elle consiste pour le magistrat à procéder à un examen *prima facie* du cas, à retenir par une appréciation anticipée des preuves les faits pertinents, à procéder à une analyse juridique du cas et à donner son conseil ou à livrer sa solution aux parties. La proposition du conciliateur dans ce cas se rapproche du jugement par sa démarche. Elle constitue elle aussi une solution morte à un problème mort, puisque la démarche ne règle que le passé, que le litige, sans s'intéresser au conflit. Sauf dans les cas où le droit est très formaliste, comme en droit du bail ou du travail dans lesquels le non respect d'un délai ou d'un formulaire officiel a des conséquences immédiatement et facilement prévisibles, l'estimation s'apparente souvent à un exercice de haute voltige, surtout si les faits sont contestés et ne découlent pas des pièces produites à l'audience. Et même convenablement exercée, l'estimation laisse le conflit ouvert entre les parties. Après deux décennies déjà le juriste genevois BELLOT constatait au début du XIX<sup>ème</sup> siècle l'échec de la conciliation judiciaire à Genève, avec moins de 10 % de taux de conciliation (tombé à moins de 5 % deux siècles plus tard) et l'attribuait à la volonté des magistrats d'imposer aux parties leur solution<sup>55</sup>.

La *facilitation* s'approprie les méthodes et les outils de la négociation raisonnée et de la médiation, en s'intéressant essentiellement aux sentiments, aux besoins et aux intérêts des parties. Tant que le conciliateur les applique fidèlement et respecte intégralement la liberté des parties, le déroulement conciliatoire tend à se rapprocher de la médiation. Dans ce cas de figure le conciliateur n'est pas ou plus limité par l'objet du litige, comme l'indique maladroitement l'art. 198 al. 1 deuxième phrase CPC: «*Une transaction peut porter sur des questions litigieuses qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige*». Cette restriction est inexplicable, et inexploitable d'ailleurs<sup>56</sup>. Il est évident que tout conciliateur soucieux d'encourager les parties à rechercher leurs intérêts communs explorera avec elles toutes les pistes appropriées, que le domaine soit ou non litigieux. Cette approche sera appropriée dans les situations où il convient de maintenir ou de restaurer les liens sociaux entre les parties.

La conciliation *hybride* consiste à recourir aux deux approches successivement ou à les combiner. Elle peut se révéler utile lorsque les conciliateurs ne disposent pas du temps nécessaire à une authentique facilitation<sup>57</sup>.

### 9.3.5. Les conditions de la performance

Elles tiennent à des facteurs subjectifs et objectifs: la motivation des conciliateurs; leur expérience dans le domaine juridique considéré; leur formation aux méthodes et techniques de la négociation raisonnée et de la médiation, en particulier de la communication active; le temps à disposition (au moins 30 à 45 minutes) et la bonne préparation du dossier par les mandataires *et* les parties sur le plan matériel (production des pièces) et intellectuel (recherche de meilleure alternative en dehors de la conciliation). Ils permettent déjà de dépasser un taux de 40 % en matière de baux et loyers aujourd'hui à Genève, un taux supérieur étant réalisable avec plus de temps et de moyens. Au-delà c'est essentiellement la déjudiciarisation de la conciliation qui, en la rendant plus indépendante, en fera un instrument efficace au service de la nouvelle gestion des conflits.

## 10. Les caractéristiques du règlement amiable

L'avantage des modes amiables réside en ce qu'ils se concentrent sur les personnes plutôt que sur les faits, et sur les relations des parties:

- ils maintiennent les relations en donnant satisfaction à chacune d'elles;
- ils recréent la relation si le conflit résulte de malentendus ou de manque de communication;
- ils transforment la relation en rétablissant entre elles la confiance, qui permet aux parties de constater que leur ancienne relation n'est plus appropriée et de se mettre à en construire une autre.

Il en résulte un effet de pacification sociale qui, comme THIERRY GARBY l'a relevé<sup>58</sup>, s'exerce à trois niveaux:

- Le consensualisme évite au conflit de s'envenimer encore (ce que provoque le plus souvent le dépôt d'une demande en justice);
- il résout le différend;
- il prévient l'apparition de nouveaux différends.

Comparativement à la procédure civile et à l'arbitrage, les modes amiables sont plus rapides, plus efficaces, moins coûteux et, surtout, plus constructifs<sup>59</sup>. Il serait cependant illusoire de penser qu'ils puissent remplacer les modes imposés. Pour les raisons développées plus haut il peut exister et des situations où ils s'avèrent peu appropriés<sup>60</sup>, et des adversaires qui tiennent absolument à en découdre.

<sup>55</sup> Cf. P. F. BELLOT, Exposé des motifs de la LPC du Canton de Genève, 2<sup>ème</sup> éd., Genève 1837.

<sup>56</sup> Le message du Conseil fédéral (n. 2), au commentaire de l'art. 198, p. 6938.

<sup>57</sup> Cf. JEAN A. MIRIMANOFF, Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse, RDS I No. 5, 2004, p. 539 à 541, www.gemme.ch.

<sup>58</sup> Cf. n. 16.

<sup>59</sup> Cf. CHARLES JAROSSON, Les Modes alternatifs de règlement des conflits, RGDP 1999, p. 133 et s.

<sup>60</sup> Cf. supra chap. 9.2.7.

## 11. Priorité ou opportunité du règlement amiable?

Comment, au vu des considérations précédentes, suivre la recommandation de Platon, reprise par le Conseil fédéral? Comment accorder au règlement amiable la priorité? Quelle portée lui accorder dans le choix des outils pour résoudre un différend?

Ce que recommandent les codes de déontologie des avocats sur le plan européen et suisse en constitue un commencement de réponse: il s'agit de peser, dans la sélection des outils que représente la palette des modes de résolution, les avantages et inconvénients de chacun pour un conflit déterminé, pour des personnes déterminées et à un moment déterminé, et au fil du temps il se peut qu'une porte doive s'ouvrir pour un mode plus approprié à la nouvelle situation. C'est dans cet esprit que des centres de résolution efficace des conflits ont été établis à l'étranger pour aider les parties à choisir le meilleur mode possible, ce qui, en Suisse, pourrait être de la compétence des autorités de conciliation. C'est cette pesée qui mettra fin, avec la formation des praticiens, au syndrome de Pavlov que nous constatons au début de notre article. Et, au fur et à mesure que le règlement amiable aura fait ses preuves, au fur et à mesure que les praticiens auront compris leur intérêt à se former dans ce domaine pour rester compétitifs et efficaces face à la concurrence étrangère, le règlement amiable conquerra de nouveaux secteurs auxquels on ne pense pas aujourd'hui. C'est ce qu'enseigne la longue pratique dans certains pays, en particulier en Grande-Bretagne.

## 12. La libre circulation des différends

Il apparaît donc que règlement amiable et règlement imposé doivent s'épanouir dans une relation de synergie et de complémentarité, en dépit de l'accueil encore réservé fait au premier par le second. Il est important que ces modes n'évoluent pas dans des mondes cloisonnés, et que chaque fois que l'intérêt des parties le commande le différend puisse librement circuler entre le règlement amiable et le règlement imposé (conciliation/procédure civile; médiation/procédure civile; médiation/arbitrage, et inversement) entre les modes amiables (négociation/médiation; négociation/conciliation et inversement), et entre les modes imposés (procédure civile/arbitrage), sans jamais oublier les avantages importants du règlement amiable qui préfère investir sur le futur que sur le passé, sur les personnes plutôt que sur les faits<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Cf. JEAN A. MIRIMANOFF/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 No 1, 2007, p. 21 et s.

## 13. Conclusions

A l'aube du XXI<sup>ème</sup> siècle notre société est en crise, et de nouveaux et profonds bouleversements se profilent à l'horizon. Comme à l'époque d'Eschyle<sup>62</sup> ils sont de nature à nous faire réfléchir d'une autre manière, en portant sur la justice un autre regard, et en adoptant un autre comportement vis à vis du conflit. Puissent ainsi tous les acteurs concernés mieux répondre aux aspirations profondes des personnes et des entreprises, de la société civile et de l'Etat de droit, qui attendent de la justice humanité et efficacité.

La négociation raisonnée, la médiation et la nouvelle conciliation judiciaire doivent à la fois occuper et mériter la place qui leur est faite dans la construction d'une justice nouvelle et plurielle, aux côtés de l'arbitrage et d'une justice étatique renforcée, sans laisser de place où pourrait s'engouffrer l'arbitraire, la disproportionnalité et la violence de la justice unilatérale, si prompte à refaire surface parmi les hommes.

<sup>62</sup> Cf. n. 24.

C'est un constat généralement partagé en Europe que la justice traditionnelle ne répond plus à elle seule aux besoins des personnes et des entreprises lorsqu'elles sont confrontées à un conflit. La construction d'une justice à la fois nouvelle et plurielle, consensuelle et imposée, non étatique et étatique s'édifie lentement dans les textes, y compris en Suisse avec l'unification des codes de procédure. De là à s'incorporer dans la réalité judiciaire, il y a un vide à combler d'urgence pour mettre en œuvre le règlement amiable, dont quelques aspects essentiels seront abordés ou plutôt survolés dans cet article. La maîtrise de la négociation raisonnée et de ses outils (telle la communication active) par tous les praticiens, en particulier au sein du barreau et de la magistrature, (négociation coopérative que l'on rencontre aussi en médiation et dans la nouvelle conciliation judiciaire,) s'avère en effet indispensable de nos jours pour permettre une résolution efficace des conflits dans une justice consensuelle, pour renforcer l'attrait de nos cités comme centres de commerce international et pour assurer la compétitivité de nos barreaux suisses face à la concurrence étrangère. Une formation universitaire et postuniversitaire doit se mettre en place rapidement si nous voulons relever les défis qui se présentent dans ce domaine.

## 14. Annexes: Clauses de médiation

Il existe un large éventail de modèles de clauses et de conventions de médiation. Sur le plan international citons ceux – parmi d’autres – de la CCI, de la CDUDCI/UNCITRAL, de l’OMPI/WIPO, du CEDR et du CMAP, et sur le plan suisse ceux des Chambres de commerce et de la CSMC/SKWM, disponibles sur les sites de ces organisations (*cf. supra*, Liens utiles). Ils sont généralement conçus pour couvrir les cas de différends à venir (clauses contractuelles) ou déjà survenus (conventions), en prévoyant tantôt le recours à la seule médiation, tantôt le couplage avec le recours à l’arbitrage interne ou international.

Les Chambres de commerce suisses, après avoir consulté des experts de GEMME-Suisse, de la CSMC/SKWM et d’autres associations, ont adopté les leurs avec un Règlement sur la médiation, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2007. Le modèle des Chambres comporte les six variantes mentionnées ci-dessus. Il a paru utile de les faire figurer intégralement dans la présente annexe.

### 1. Clauses de médiation suggérées (à insérer dans un contrat)

#### 1.1 Médiation

Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d’éventuelles violations du contrat ou sa résiliation seront soumis à la médiation conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement.

Le siège de la médiation sera ... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d’une ville à l’étranger), bien que les séances pourront se tenir à ... (spécifier le lieu).

Le processus de médiation se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

#### 1.2 Médiation suivie d’un arbitrage international

Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d’éventuelles violations du contrat ou sa résiliation, seront soumis à la médiation conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement.

Le siège de la médiation sera ... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d’une ville à l’étranger), bien que les séances pourront se tenir à ... (spécifier le lieu).

Le processus de médiation se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n’ont pu être complètement résolus par la médiation, ils seront tranchés par voie de l’arbitrage conformément au Règlement suisse d’arbitrage international des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la notification d’arbitrage est déposée conformément audit Règlement.

Le nombre d’arbitres est fixé à ... (un ou trois);

Le siège de l’arbitrage sera ... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d’un siège à l’étranger);

L’arbitrage se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée);

L’arbitrage se déroulera selon les règles de la Procédure Accélérée (si les parties le souhaitent).

#### 1.3 Médiation suivie d’un arbitrage interne

Tous litiges, différends ou prétentions nés du présent contrat ou se rapportant à celui-ci, y compris la validité, la nullité, d’éventuelles violations du contrat ou de sa résiliation, seront soumis à la

médiation conformément au Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la requête de médiation est déposée conformément audit Règlement.

Le siège de la médiation sera ... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d’une ville à l’étranger), bien que les séances pourront se tenir à ... (spécifier le lieu).

Le processus de médiation se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n’ont pu être complètement résolus par la médiation, ils seront tranchés par voie de l’arbitrage conformément au Règlement d’arbitrage de la Chambre de commerce de (choisir parmi Bâle, Berne, Genève, Tessin, Vaud ou Zurich) en vigueur à la date à laquelle la notification d’arbitrage est déposée conformément audit Règlement.

Le nombre d’arbitres est fixé à ... (un ou trois);

L’arbitrage se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

L’arbitrage se déroulera selon les règles de la Procédure Accélérée (si les parties le souhaitent et si une telle procédure est possible selon le Règlement choisi).

### 2. Accord en faveur de la médiation, lorsque les parties sont déjà impliquées dans un différend ou un litige

#### 2.1 Médiation

Les parties soussignées déclarent par le présent accord qu’elles acceptent de soumettre à la médiation, conformément au Règlement Suisse de Médiation Commerciale, le présent litige:

(brève description du litige)

Le siège de la médiation sera... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d’une ville à l’étranger), bien que les séances pourront se tenir à... (spécifier le lieu).

Le processus de médiation se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

#### 2.2 Médiation suivie d’un arbitrage international

Les parties soussignées déclarent par le présent accord qu’elles acceptent de soumettre à la médiation, conformément au Règlement suisse de médiation commerciale, le présent litige:

(brève description du litige)

Le siège de la médiation sera... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d’une ville à l’étranger), bien que les séances pourront se tenir à... (spécifier le lieu).

Le processus de médiation se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n’ont pu être complètement résolus par la médiation, ils seront tranchés par voie d’arbitrage conformément au Règlement suisse d’arbitrage international des Chambres de commerce suisses en vigueur à la date à laquelle la notification d’arbitrage est déposée conformément audit Règlement.

Le nombre d’arbitres est fixé à ... (un ou trois);

Le siège de l’arbitrage sera ... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d’un siège à l’étranger);

L’arbitrage se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

L’arbitrage se déroulera selon les règles de la Procédure Accélérée (si les parties le souhaitent).

#### 2.3 Médiation suivie d’un arbitrage interne

Les parties soussignées déclarent par le présent accord qu’elles acceptent de soumettre à la médiation, conformément au Règlement suisse de médiation commerciale, le présent litige:

(brève description du litige)

Le siège de la médiation sera... (ville en Suisse, sauf si les parties ont convenu d'une ville à l'étranger), bien que les séances pourront se tenir à ... (spécifier le lieu).

Le processus de médiation se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

Dans le cas où le litige, le différend ou la prétention n'ont pu être complètement résolus par la médiation, ils seront tranchés par voie de l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce de (choisir parmi Bâle, Berne, Genève, Tessin, Vaud ou Zurich) en vigueur à la date à laquelle la notification d'arbitrage est déposée conformément audit Règlement.

Le nombre d'arbitres est fixé à ... (un ou trois);

L'arbitrage se déroulera en ... (spécifier la langue souhaitée).

L'arbitrage se déroulera selon les règles de la Procédure Accélé-rée (si les parties le souhaitent et si une telle procédure est possible selon le Règlement choisi).

#### Liens utiles

- ACB Mediation NL: [www.mediation-bedrijfsleven.nl/english.shtml](http://www.mediation-bedrijfsleven.nl/english.shtml)
- CCI: [www.iccadr.org](http://www.iccadr.org) ou [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)
- CCIG: [www.sccam.org/sm/fr/index.php](http://www.sccam.org/sm/fr/index.php)
- CCR: [www.unilu.ch](http://www.unilu.ch)
- CEDR: [www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk)
- CEMAJ: [www2.unine.ch/cemaj](http://www2.unine.ch/cemaj)
- CMAP: [www.cmap.fr](http://www.cmap.fr)
- CSMC/SKWM: [www.csmc.ch](http://www.csmc.ch)
- FSA/SAV: [www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com)
- FSM/SDM: [www.infomediation.ch](http://www.infomediation.ch)
- GEMME – Suisse : [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)
- GPM: [www.mediations.ch](http://www.mediations.ch)
- IRRUSG: [www.mediation.irp.unisg.ch](http://www.mediation.irp.unisg.ch)
- IUKB: [www.iukb.ch](http://www.iukb.ch)