



Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung
Groupement suisse des Magistrats pour la Médiation et la Conciliation
Gruppo svizzero di Magistrati per la Mediazione e la Conciliazione
Swiss group of Magistrates for Mediation and Conciliation

RÔLES ET POSTURES DU JUGE CIVIL DANS LA RESOLUTION AMIABLE DES DIFFERENDS

Le juge civil comme prescripteur de la médiation

© Jean A. MIRIMANOFF

Magistrat honoraire et médiateur accrédité
ancien Secrétaire général de GEMME-Suisse
membre du CEPEJ GT MED (Strasbourg) et de l'IMI Standards Committee (LA Haye)

www.mediationgeneve.com

Fondation pour la Formation continue des Juges Suisses
Gerzensee, 2 et 3 mars 2017 / 23 et 24 novembre 2017

DE PLATON AU CONSEIL FEDERAL LE MESSAGE EST LE MÊME

"Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent par trouver leurs voisins, leurs amis (...) : qu'ils aillent vers les tribunaux dans le cas seulement où d'aventure on n'aura pas reçu de ces gens une solution qui règle convenablement le différend"

PLATON (428-348 a. JC), Les Lois, VI, 767

*

"Recherchez avant tout la paix"

SAINT NICOLAS DE FLUE (Lettre aux Autorités de Berne, 1482)

*

"L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. (...) Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, *les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques* du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir."

CONSEIL FEDERAL, Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC)
du 28 juin 2006 (FF 2006 6860)

SUJETS ABORDES

- I. COMMENT DISTINGUER CONCILIATION ET MEDIATION
- II. COMMENT SELECTIONNER / IDENTIFIER / ANALYSER
- III. COMMENT FAIRE
- IV. COMMENT SUPPRIMER LES OBSTACLES
- V. AVANTAGES POUR LE JUGE

CONCLUSION

- A. PETIT GLOSSAIRE
- B. BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

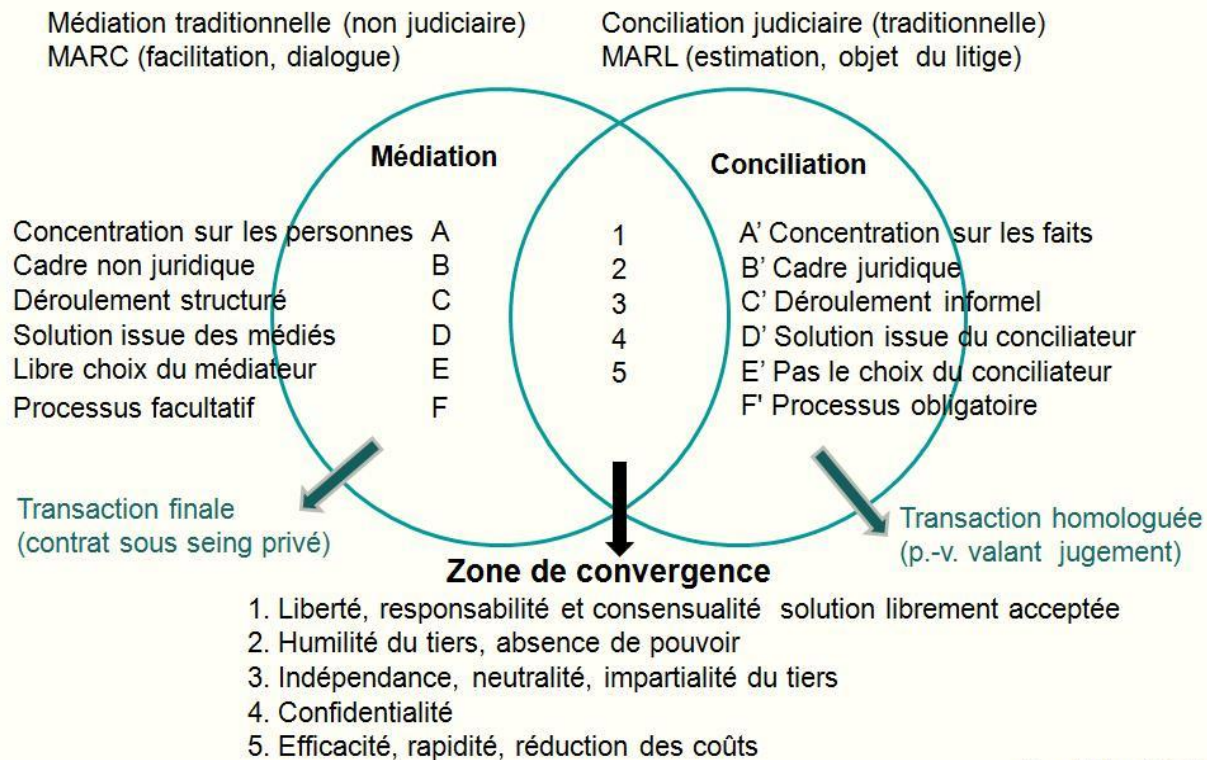
I. COMMENT DISTINGUER CONCILIATION ET MEDIATION

(Choisir de manière raisonnée pour agir de manière performante)

- 1.1. CONCILIATION / MEDIATION : DES SŒURS JUMELLES ?
- 1.2. ATOUTS RESPECTIFS
- 1.3. OBJECTIFS ET TACHES RESPECTIFS
- 1.4. FACE AU DIFFEREND :
 - L'approche contradictoire de la conciliation
 - L'approche holistique de la médiation

1.1. CONCILIATION / MEDIATION : DES SŒURS JUMELLES ?

Les sœurs jumelles



© Jean A. Mirimanoff, Genève

© J.A.Mirimanoff, Mars 2017

1.2. ATOUTS RESPECTIFS

Les atouts respectifs de la conciliation et de la médiation : une relation de complémentarité du fait que la conciliation permet la recherche d'un *accord ponctuel* sur un problème juridique et la médiation la recherche d'un *accord global* sur les causes profondes du conflit. Selon une étude faite aux Pays-Bas* la comparaison des atouts respectifs donne les résultats suivants :

a) En faveur de la conciliation :

- rapidité de la solution
- modicité du coût, voire gratuité
- perspective d'un résultat raisonnable

b) En faveur de la médiation :

- préservation ou restauration des liens
- inadéquation d'un jugement
- perspective d'une solution personnalisée, sur mesure et mieux adaptée

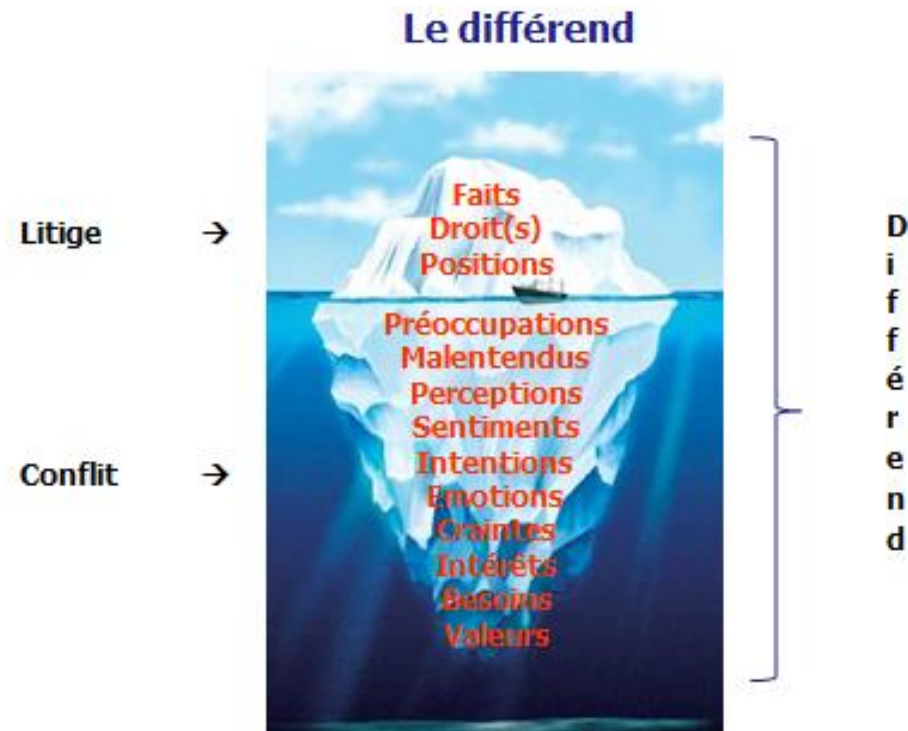
* Machteld PEL *et al.*, *Customized conflict resolution : Court-connected Mediation in The Netherlands, 1999-2009*, The Hague, 2009

1.3. OBJECTIFS ET TACHES RESPECTIFS

- Le conciliateur aide les parties à résoudre l'objet du litige (quitte à en sortir) / *Application du droit*
- Le médiateur tend à rétablir la confiance par le dialogue et à faciliter la négociation fondée sur les intérêts dans le but de parvenir à un accord sur leur différend / *Gestion de la communication et de la négociation raisonnée*

1.4. FACE AU DIFFEREND :

L'approche contradictoire de la conciliation
et l'approche holistique de la médiation



Sur les concepts de litige, conflit et différend, voir *Dictionnaire de la RAD/ADR*, Larcier, Bruxelles, 2015, p. 115

II. COMMENT SELECTIONNER / IDENTIFIER / ANALYSER

(Critères de médiabilité / d'éligibilité à la médiation)

- 2.1. POURQUOI ? QUELS AVANTAGES POUR LES PARTIES ?
- 2.2. POUR QUOI (QUELS DOSSIERS) ? QUELLES PARTIES ?
- 2.3. DANS QUELS DOMAINES JURIDIQUES ?

2.1. POURQUOI ?

QUELS AVANTAGES POUR LES PARTIES ?

- approche holistique
- responsabilisation des parties
- stratégie gagnant-gagnant
- liberté du choix (processus et solution)
- prise en compte de l'avenir
- maîtrise des coûts et de la durée du processus
- pacification du conflit et retissage des liens
- diversité et créativité (solutions sur mesure)

2.2. POUR QUOI (QUELS DOSSIERS) ? QUELLES PARTIES ?

- Les personnes en conflit sont *toutes d'accord* d'entrer dans un processus de médiation.
- Les parties entretiennent des *relations durables* de fait (p.ex. : situations familiales, relations au travail, voisinage) ou de droit (p.ex. : conflits familiaux, de bail, de copropriété, de construction, contrats d'associations, de propriété intellectuelle et autres contrats commerciaux).
- Le procès ne réglerait *qu'une partie du conflit*.
- Le conflit contient une *composante émotionnelle* importante.
- En raison d'*intérêts économiques convergents ou complémentaires*, les parties ont avantage à mettre sur pied une coopération ou à délimiter leurs activités respectives.
- Le *conflit en cache un autre*.
- Les intérêts des parties sont mieux préservés par le biais d'un *rapide arrangement* que par une longue procédure judiciaire ou arbitrale ; le coût et la durée du procès sont disproportionnés par rapport aux enjeux.
- Les *problèmes* sont *extrêmement complexes*. Ils concernent plusieurs demandes ou plusieurs personnes ou entités (coresponsable, assurance, autre société d'un groupe, associé, licencié, etc.).
- Le conflit touche *plusieurs pays*.
- On constate des *différences de culture ou de langue*.
- Les parties souhaitent *éviter la publicité* d'une procédure judiciaire (besoin de confidentialité).

2.3. DANS QUELS DOMAINES JURIDIQUES ?

- ***En matière familiale*** : séparations, divorces, successions (prévention et résolution des problèmes), conflits intergénérationnels, conflits inter-fratries, protection des mineurs,
- ***En matière commerciale*** : relations inter-entreprises ou intra-entreprises,
- ***En matière immobilière*** : lors d'une construction ou d'une promotion, en cas de bail commercial, au sein d'une copropriété, d'une PPE ou d'une coopérative d'habitation,
- ***Dans les relations de travail*** : conflits entre collègues, avec son supérieur ou avec son subordonné,
- ***En matière de propriété intellectuelle***, de contrats de franchise, d'agence, de représentation,
- Ou encore : ***dans les conflits de voisinage*** (p.ex. entre locataires ou propriétaires de villas), lors de manifestations sportives, en milieu scolaire, etc.

III. COMMENT FAIRE

(Procédure : ouvrir les débats de l'instruction, et fond)

3.1. COMMENT INFORMER SUR LA MEDIATION ?

3.2. COMMENT PROPOSER LA MEDIATION ?

3.3. COMMENT CHOISIR LE BON MOMENT (QUAND) ?

3.1. COMMENT INFORMER SUR LA MEDIATION ?

- Le juge donne lui-même l'information (en se fondant si nécessaire sur les guides à disposition) sur les atouts, les garanties, les principes, le processus (en bref) et le choix de médiateurs (renvoi aux tableaux officiels et aux listes d'accréditation des associations faîtières).
- Le juge organise, de façon plus systématique, des audiences d'information à la médiation ou se fait assister d'un médiateur à l'audience (l'exemple français)
- Le juge prescrit aux parties de s'informer auprès d'une permanence, d'un bureau, etc.

3.2. COMMENT PROPOSER LA MEDIATION ?

- Suggérer
- Proposer
- Enjoindre
- Ordonner (de se rendre à une séance d'information)

3.3. COMMENT CHOISIR LE BON MOMENT (QUAND) ?

- Le plus en amont : lors des procédures d'urgence (même si la loi ne le prévoit pas expressément), au stade de l'essai préalable de conciliation ou lors de la première comparution des parties, lorsque le conflit n'est pas trop noué
- En appel : lorsque les parties prennent conscience de l'inadéquation de la poursuite du combat judiciaire (gaspillage en énergie, en ressources et en temps pour les personnes ou les entreprises)

IV. COMMENT SURMONTER LES OBSTACLES

4.1. LA MEDIATION N'EST PAS UNE PANACEE !

4.2. PRETEXTES DE REFUS

4.3. NOS RETICENCES DE JUGES

4.1. LA MEDIATION N'EST PAS UNE PANACEE !

- Nécessité de créer un précédent pour la jurisprudence ;
- Possibilité d'obtenir une décision judiciaire ou une sentence arbitrale très rapidement ou sans frais excessifs ;
- Faible coût de la conciliation judiciaire lorsque la valeur litigieuse est minime ;
- Besoin pour la partie la plus faible d'obtenir la protection de la loi (locataire d'habitation, travailleur, consommateur), lorsque les parties ne sont pas assistées d'un avocat ;
- Besoin de confrontation ou de vengeance ;
- Grave déséquilibre dans le rapport des forces, en particulier en cas de négociation fondée sur la pression, la menace, le chantage, etc. ;
- Abus de procédures par l'une des parties (mauvaise foi avérée) ;
- En cas de déni de violence avérée ou en cas de violence récurrente ;
- Incapacité de discernement d'une des parties.

4.2. PRETEXTES DE REFUS

- « Nous avons déjà négocié en vain, le médiateur n'y changera rien »
- « La médiation est un signe de faiblesse »
- « Il est trop tard – ou trop tôt – pour tenter une médiation »
- « Il y a trop d'émotion »
- « Les parties ne se parlent plus » / « Les parties se détestent »
- « L'autre partie est de mauvaise foi, malhonnête, etc. »
- « Ça ne servira à rien »

Voir Michèle WEIL-GUTHMANN *et al.*, La médiation dans le contexte des conflits entre actionnaires, CEDIDAC, 2016

4.3. NOS RETICENCES DE JUGES

- Beaucoup de juges considèrent que le rôle de Justice est de résoudre des litiges par l'application de la loi avec un gagnant et un perdant – sans aucune culture de négociation
- L'envoi en médiation peut être perçu par le juge comme une démission : crainte d'une privatisation de la Justice et de l'apparition d'une justice de second ordre sans garantie
- Manque de lisibilité résultant de confusion maintenue (entretenu) entre les notions de conciliation, médiation, arbitrage, négociation, transaction
- Manque de reconnaissance pour les efforts accomplis par le judiciaire dans ce domaine
- Manque d'outils pour sanctionner l'absence d'efforts des parties ou de leurs conseils pour résoudre amiablement les conflits

V. AVANTAGES POUR LE JUGE

- ***Mettre fin au conflit dans son ensemble*** (pas de rebondissements, d'incidents, de recours, de nouveaux litiges).
- ***Epargner du temps***, qui sert d'autant mieux aux affaires où une décision judiciaire s'impose.
- En matière familiale (MPUC, divorce, actions en modification, actions en partage, etc.) la gestion des émotions par le médiateur facilite ***un meilleur déroulement de la procédure***, y compris si la médiation n'aboutit pas.
- ***Répondre aux limites de l'institution judiciaire*** : limites liées au droit, aux conventions, au système de preuves, au rôle de l'institution judiciaire et à sa surcharge et à son coût.
- ***Donner une bonne image de la justice*** : constructive et soucieuse de l'intérêt des justiciables pour une solution durable.

CONCLUSION

- L'approche de médiation n'est pas de l'ordre du magique. Le rêve de régler pacifiquement les conflits n'est pas toujours possible, notamment lorsque les parties veulent en découdre
- Dans le contexte actuel, le développement de la conciliation et le recours à la médiation, comme modes habituels de règlement des conflits et non comme phénomènes anecdotiques, dépendront de l'information du public, de la formation des juristes, de la sensibilisation des magistrats et de l'évolution des mentalités
- Et paradoxalement, le juge, déchargé de contentieux dont il n'aurait jamais dû avoir à connaître, pourra peut-être, grâce aux modes amiables de règlement des conflits, retrouver son temps et sa sérénité, rendre une justice plus humaine
- « *La médiation n'est pas une démission du juge, mais une des missions du juge* » (Charles Jarosson)

A. PETIT GLOSSAIRE

Approches : courants. En relation avec la démarche, le style ou le profil du tiers, désigne sa façon d'être et de faire vis-à-vis du contenu du conflit et du déroulement du processus. On distingue 4 approches principales :

- **non évaluative** : celle dans laquelle le tiers s'interdit de se prononcer sur le conflit
- **évaluative** : celle dans laquelle le tiers est autorisé, invité ou obligé de se prononcer sur le conflit
- **facilitative** : celle du tiers, responsable du processus, qui accorde aux parties de la flexibilité dans son déroulement
- **directive** : celle du tiers, maître du processus, qui entend garder la pleine gestion de son déroulement.

Gestion du conflit : art, compétence et expérience pour le tiers de conduire une procédure ou un processus déterminé, et pour le conseil d'y représenter, assister, conseiller ou défendre son client.

Gestion des conflits : art, compétence et expérience consistant pour le tiers à aider les parties à sélectionner, sur la large palette des modes de résolution disponibles, celui qui est approprié à leurs objectifs, besoins et intérêts, et pour le conseil à aider son client à mesurer les atouts et les inconvénients des modes disponibles et à en sélectionner un en fonction des objectifs, besoins et intérêts de celui-ci.

RAD/ADR : Résolution amiable/alternative/appropriée de Résolution des Différends

Amiable : consensuel. Désigne tout processus dont l'issue ou la solution dépend du consentement libre et éclairé des parties.

Alternatif : extrajudiciaire. Désigne à la fois les modes amiables (consensuels) et la procédure arbitrale, interne et internationale, qui se substitue à la procédure étatique dans les cas où la loi ne l'exclut pas. En tant qu'elles ne doivent être mises en œuvre qu'en dernière extrémité, les procédures civile et arbitrale sont à leur tour considérées comme les *alternatives* des modes amiables.

Approprié : adéquat. Désigne le processus au choix duquel ont participé les parties et qui est de nature à satisfaire leurs objectifs, besoins et intérêts déterminés.

B. BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Francine COURVOISIER *et al.*, *FAQ Médiation*, Slatkine, Genève, 2014, avec le soutien de la République et Canton de Genève, disponible en 5 langues sur www.ge.ch/dse/justice et www.mediationgeneve.com

Jean A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la Résolution amiable des différends RAD/ADR en matières civile, commerciale, familiale et sociale*, Larcier, Bruxelles, 2015 ;

Jean MIRIMANOFF et Marco PONS, *Amicable Dispute Resolution : Bibliography – Résolution amiable des différends : Bibliographie – Einvernehmliche Streitbeilegung : Bibliographie*, ch. 3.11. Juges et médiation, Slatkine, Genève, 2014, disponible sur www.gemme.eu / www.gemme.ch / www.mediationgeneve.com ;

Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, « Interactions entre procédure civile et modes amiables », *in : La Résolution amiable des différends en Suisse*, Stämpfli, Berne, 2016 ;

Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE *et al.*, « La nouvelle conciliation judiciaire », *in : La Gestion des conflits, Manuel pour les praticiens*, CEDIDAC, Lausanne, 2008 ;

Michèle WEIL-GUTHMANN *et al.*, « La médiation dans le contexte des conflits entre actionnaires », *in : Les Conflits entre actionnaires*, CEDIDAC, Lausanne, 2017 ;

Michèle WEIL-GUTHMANN, « Une justice durable », *in : La Médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du 3^e millénaire*, Helbing, Bâle, 2011 ;

Voir aussi en France :

Martine BOITELLE COUSSEAU, « Le rôle du magistrat dans la proposition de médiation », *in : Gaz.Pal.*, 29.11.2016, n° 42 ;

Martine BOITELLE COUSSEAU, « Comment choisir entre la conciliation et la médiation ? », *in : Gaz.Pal.*, 13.06.2015, n° 226.

MERCI DE VOTRE ECOUTE



16, rue d'Italie – CH-1204 Genève
www.mediationgeneve.com