

# 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

JEAN A. MIRIMANOFF\* et  
SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE\*\*

Mots clés: ADR-MARL, Règlement amiable, Médiation, Conciliation, Arbitrage,  
Procédure civile, Consensualité, Confidentialité, Homologation.

## A. L'art de la présélection

Le droit a pour objectif de répondre aux situations conflictuelles et de les résoudre. Dans ce but, il offre au justiciable différentes voies dotées chacune de caractéristiques propres.

L'approche traditionnelle différencie la voie judiciaire classique, dans laquelle prévaut la figure du juge décideur, répartiteur de droits, des modes amiables de résolution des litiges<sup>1</sup>, indépendants de toute procédure et d'un quelconque pouvoir décisionnel du magistrat.

En se limitant à cette vision binaire des règles de procédure, on pourrait en tirer la conclusion hâtive que les modes amiables et les voies judiciaires évoluent dans des mondes cloisonnés, incompatibles, s'excluant les uns les autres.

Or il n'en est rien. La vision traditionnelle du magistrat faisant acte d'autorité a en effet progressivement dévoilé ses limites, rendant indispensable

---

\* Secrétaire général de GEMME-Suisse, juge, conciliateur et médiateur.

\*\* Docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat.

Les auteurs tiennent à exprimer leur gratitude à Mme SUSANNE POLYDOR, Docteur en droit, pour sa traduction en allemand du résumé.

1 MARL (modes amiables de résolution des litiges). On parle également de MARC (modes amiables de résolution des conflits) ou, dans la terminologie anglo-saxonne, de ADR (alternative dispute resolution).

l'élaboration de solutions mieux adaptées aux aspirations des parties<sup>2</sup>. L'accent a ainsi été mis sur la recherche de modes consensuels de résolution des litiges privilégiant l'écoute, le dialogue et la prise en compte des intérêts de chacun. Replacé dans son contexte, le litige est alors exprimé, analysé puis résolu par une solution adaptée et acceptée par les principaux intéressés. Ainsi, à l'intérieur même du processus judiciaire s'offrent aux parties en conflit différents modes de règlement consensuels, fonctionnant selon leurs propres règles et répondant à des principes spécifiques.

Cette complémentarité entre les modes amiables et judiciaires est particulièrement bien mise en évidence par le plus haut magistrat de France, le Premier Président de la Cour de Cassation GUY CANIVET:

«Ce choix entre les divers modes, traditionnel et consensuel, appartient tout à la fois aux parties et au juge. Les parties sont libres de rechercher une transaction avant tout procès, ce n'est ni plus ni moins qu'une application de la liberté contractuelle; elles peuvent même, désormais, pour cela, demander le bénéfice de l'aide juridique. De son côté, dès lors qu'il est saisi et à tout moment de la procédure, le juge peut opter entre diverses techniques qui s'offrent à lui à égalité; il peut en particulier convoquer les parties pour envisager avec elles, et avec leur accord, une conciliation; il peut aussi leur proposer de désigner un tiers médiateur pour explorer avec elles les possibilités d'un accord. Il n'y a pas un mode principal fondé sur le règlement contentieux et des modes accessoires tournés vers le règlement amiables, mais un ensemble de techniques qui offrent au juge et aux parties un choix de voies à prendre pour régler leur différend de la manière la plus convenable»<sup>3</sup>.

Chaque voie peut présenter un intérêt spécifique selon le litige. Le choix du mode le plus approprié dépendra alors de divers critères apparentés tant à la nature de l'affaire qu'à la qualité des parties. Pour préserver l'efficacité de l'ensemble, dans la mesure où chacune des voies s'inscrit dans un système autonome obéissant à ses propres règles, il est en outre nécessaire d'assurer entre les modes traditionnels et consensuels une circulation fluide en élaborant des voies de passage aisées et en agrémentant les carrefours d'une signalisation claire.

## **B. La circulation entre les voies judiciaires et extrajudiciaires**

La voie judiciaire est régie par la procédure civile. En complément à celle-ci, les parties ont parfois la possibilité de recourir à des modes consensuels extrajudiciaires de résolution des litiges, lesquels incluent généralement la médiation extrajudiciaire, la conciliation privée, l'ombudsman, les bons offices (facilitation) et l'arbitrage<sup>4</sup>. Notre analyse se concentrera principalement sur

---

2 GUY CANIVET, in: Martine Bourry d'Antin, Gérard Pluyette et Stephen Bensimon, *Art et Technique de la médiation*, Litec, Paris 2004, pp. 200ss.

3 CANIVET (note 2), p. 202.

4 Avec une solution imposée: la sentence.

la médiation, dans la mesure où l'interaction entre ce processus et la voie judiciaire est désormais codifiée à Genève dans la loi 8931 sur la médiation civile entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 et qu'elle fait l'objet de plusieurs articles dans le projet de code de procédure civile fédérale (P-CPC)<sup>5</sup>.

Bien que les voies judiciaires et extrajudiciaires aient en commun pour vocation le règlement des différends<sup>6</sup>, l'approche du juge diffère de celle du médiateur en ce que le premier impose sa décision, fondée sur le droit, alors que le second amène les parties à trouver elles-mêmes leur solution, fondée sur leurs intérêts communs. La voie extrajudiciaire, fondée sur une résolution consensuelle du conflit, a donc pour objectif et pour avantage d'apaiser non seulement le litige en tant que tel mais également la relation conflictuelle dans sa globalité. Son approche est créatrice, du fait qu'elle offre des solutions plus souples, plus rapides et moins onéreuses que la procédure civile ou l'arbitrage, et pacificatrice, dès lors qu'elle encourage des solutions consensuelles tournées vers l'avenir, sans être bridée par l'objet du litige, au sens procédural du terme. Le succès d'une telle démarche dépendra cependant tant de la nature de l'affaire que de la disponibilité des parties. La procédure contentieuse – arbitrage ou procédure civile – a pour mérite de mettre en tous les cas un terme au litige, quel qu'il soit.

Il ne sera souvent pas facile de déterminer à l'avance l'approche qui conviendra le mieux, chaque instrument ayant ses vertus mais également des limites qui lui sont propres. C'est pourquoi, pour assurer une relation saine entre médiation et procédure civile, il importe de ne pas ériger le choix en faveur d'un système en une option irrévocable, mais de permettre aux parties de passer librement et à tout moment d'une voie à l'autre. Un ordre juridique qui offre aux justiciables la possibilité de régler les litiges de manière consensuelle en parallèle à la voie procédurale classique doit ainsi, pour être pleinement efficace, faciliter dans le même temps le franchissement des frontières délimitant les deux sphères, et ce dans les deux sens si nécessaire.

Comme le rappelle à juste titre le projet de directive communautaire sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale<sup>7</sup>, la médiation ne doit pas être perçue en Europe comme un moyen dont la fonction principale est d'alléger la charge pesant sur le système judiciaire, mais comme une des nombreuses méthodes de résolution des litiges qui peut parfois s'avérer la mieux adaptée pour certaines situations. Or les incertitudes dues à l'absence de cadre procédural stable et de formation des acteurs peuvent inciter les parties à n'opter que pour une procédure civile traditionnelle, quand bien

---

5 Projet annexé au Message du Conseil fédéral du 26 juin 2006, FF 2006 VI 6841.

6 Expression couvrant dans les présentes lignes les notions de litige (défini comme un différend juridique) et de conflit (défini comme un différend non juridique). Sur ces notions: BÉATRICE GORCHS, La médiation dans le procès civil: sens et contresens, in: Revue Trimestrielle de Droit Civil, juillet/septembre 2003, pp. 403 ss.

7 COM(2004)718 final.

même une médiation aurait été plus appropriée. Un cadre stable et prévisible doit néanmoins également contribuer à préserver la possibilité pour les parties de résoudre leur litige en saisissant la justice même si elles tentent de recourir à la médiation.

## I. Une voie pour tous les litiges

Pour renforcer efficacement la complémentarité des voies judiciaires et extrajudiciaires, il importe d'opter pour l'approche la moins restrictive possible en favorisant une grande souplesse. Il est ainsi primordial de ne pas limiter les domaines du droit pour lesquels des interactions entre les deux voies sont envisageables. Autre est la question de savoir quelles sont les causes qui se prêtent à la médiation. A cet égard, diverses organisations ont tenté d'énoncer des critères – non juridiques – permettant de présider un tel choix afin d'éclairer la démarche des magistrats et des avocats dans la sélection des dossiers en vue d'une médiation<sup>8</sup>.

La loi genevoise de procédure civile dispose à l'art. 71A LPC que les magistrats peuvent proposer la médiation «dans *toutes* les causes qui, d'une manière générale, [...] paraissent de nature à faire l'objet d'une médiation [...]». Ni la loi française ni la loi belge sur la médiation ne prévoient des exclusions selon les domaines. L'idée d'exclusion est également absente des recommandations du Conseil de l'Europe, en particulier de la Rec(98)1 sur la médiation familiale du 21. 1. 1998 et Rec(2002)10 sur la médiation en matière civile du 18. 9. 2002. Or ces recommandations n'ont pas inspiré les auteurs du projet de code de procédure civile fédérale, qui n'en font aucune mention dans le Message. De telles exceptions surgissent ainsi en nombre à l'art. 195 P-CPC.

## II. Une voie à tous les stades de la procédure

L'articulation entre les voies judiciaires et extrajudiciaires (dans le sens aller et retour) est assurée par les règles de la procédure civile. Celles-ci doivent prévoir un réseau d'aiguillages facilitant la jonction entre le processus de médiation et la procédure, à tous les stades de celle-ci.

Dans la pratique, une interaction entre les deux modes est susceptible de se produire à trois moments distincts, soit lorsque le processus de médiation précède la procédure, lorsque la médiation est initiée en conciliation et lorsque les parties y recourent en cours de procédure. Un dernier cas de figure

---

8 CEDR, Court referred ADR, A guide for judiciary, 2nd ed., October 2003; Guide pratique de la médiation civile élaboré par la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, disponible sur le site de l'Etat de Genève, <<http://www.geneve.ch/tribunaux/pouvoir-judiciaire/mediation.html>>.

peut être envisagé lors de l'inobservation par une partie d'une clause contractuelle de recours à la résolution amiable et extrajudiciaire.

### 1. *Avant la conciliation*

Dans l'hypothèse où la médiation est initiée en dehors de toute procédure et où les parties sont parvenues à une convention finale, le recours à la voie judiciaire ne revêt en principe pas d'intérêt, sauf pour procéder à l'homologation de la convention. L'homologation permet de conférer force exécutoire à un accord. Elle constitue une mesure d'incitation à l'utilisation des modes amiables de résolution des conflits par le fait qu'elle renforce leur efficacité<sup>9</sup>. Par ce moyen, on passe du droit consensuel au droit coercitif<sup>10</sup>.

A Genève, le conciliateur prud'homal, les conciliateurs paritaires en matière de baux et loyers, la Chambre de conciliation du Tribunal de première Instance et le Juge de paix en matière civile sont dotés de la compétence d'homologation (art. 71D LPC)<sup>11</sup>.

Or le P-CPC n'a pas prévu d'homologation pour les accords conclus avant la conciliation (Message ad art. 210 et 214 P-CPC).

### 2. *Pendant la conciliation*

Durant la procédure de conciliation, et bien que saisi d'une demande en justice, le magistrat doit pouvoir proposer aux parties d'entamer un processus de médiation. Si la médiation aboutit, les parties peuvent choisir de soumettre au juge leur convention pour homologation, ou de retirer l'action. A Genève, ces principes se retrouvent aux art. 71A LPC, 71E et 71F LPC.

Le P-CPC a prévu implicitement cette situation (Message ad art. 210 P-CPC).

### 3. *En cours de procédure de première et deuxième instance*

Même après l'introduction de la cause, les parties doivent conserver la possibilité de s'orienter vers le processus de médiation, les systèmes judiciaires et consensuels étant complémentaires. On parle alors de médiation judiciaire, quand bien même elle reste un processus se déroulant librement hors la pré-

---

9 D'autres questions se posent, notamment quant à la nécessité de conférer aux conventions de médiation une forme susceptible d'être reconnue dans les litiges transfrontières. Voir à ce sujet le Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM(2002) 196 final, point 3.2.2.3.

10 JEAN-BAPTISTE RACINE, Les incertitudes de la transaction dite «homologuée» (à propos de l'art. 1441-4 du Nouveau Code de procédure civile), in: Pierre Chevalier, Yvan Desdevises et Philip Milburn, Les MARL: les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation française, Paris 2003, p. 151.

11 Sous réserve de leur compétence en raison de la matière: la Chambre de conciliation n'a pas le pouvoir d'homologuer une convention de divorce, du seul ressort du juge du fond.

sence du juge<sup>12</sup>. Les règles de procédure érigent entre ces deux voies des passerelles qui peuvent prendre des formes variées, offrant aux deux rives un degré d'autonomie plus ou moins marqué<sup>13</sup>: cloisonnement des systèmes sans passage possible de l'un à l'autre; médiation judiciaire obligatoire; délégation de médiation par le magistrat avec ou sans dessaisissement de la justice; médiation «métajudiciaire». Ce dernier modèle, pour lequel le législateur genevois a opté<sup>14</sup>, favorise l'autonomie et la complémentarité des deux processus: les parties peuvent en tout temps décider de franchir la passerelle menant au processus de médiation, sur lequel le juge n'a aucune influence, et emprunter la route en sens inverse soit pour procéder à l'homologation de l'accord, soit pour reprendre la procédure. Les principes de base de ce système sont la non-ingérence du juge dans le processus de médiation, l'indépendance du processus de médiation vis-à-vis de la procédure civile ainsi que le caractère volontaire de la médiation<sup>15</sup>.

A tous les stades de la procédure, à tous les degrés de juridiction et quelle que soit la matière, le magistrat qui estime que la cause est de nature à faire l'objet d'une médiation propose aux parties de résoudre leur litige à l'amiable. Il leur donne dans ce cas les informations nécessaires sur la médiation<sup>16</sup> et leur accorde un délai de réflexion, mais le choix du médiateur est libre et appartient aux parties<sup>17</sup>. La cause est alors suspendue<sup>18</sup> et, en cas d'échec de la médiation, l'instance est reprise. En revanche, si la médiation aboutit, les parties peuvent soit retirer l'action, soit requérir l'homologation de leur convention<sup>19</sup>.

Bien que le choix entre homologation et retrait de l'action soit laissé aux justiciables, l'homologation devient indispensable lorsque la loi le prescrit ob-

---

12 BOURRY D'ANTIN/PLUYETTE/BENSIMON (note 2), p. 153.

13 ISABELLE BIERI et JEAN A. MIRIMANOFF, Justice et médiation: autonomie ou complémentarité?, Présentation à l'occasion de l'assemblée générale de l'association suisse des magistrats, Fribourg, le 22 novembre 2003.

14 Art. 71A ss LPC.

15 On retrouve ces principes à l'art. 71B LPC: le médiateur n'intervient pas dans la procédure civile; le juge n'intervient pas dans le processus de médiation; le juge et le médiateur facilitent aux parties le passage de la procédure civile au processus de médiation, et inversement.

16 A défaut de pouvoir le développer lui-même, chaque magistrat TPI à Genève dispose en audience, informatiquement, du Guide pratique de la médiation civile élaboré par la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale qu'il peut remettre à ses justiciables avec la liste des médiateurs.

17 Ces principes s'appliquent également lorsque la médiation est initiée en conciliation. Voir supra B.II.2.

18 Voir le message du Grand Conseil, ad art. 71G LPC, PL 8931. Il s'agit d'un cas d'application de l'art. 113 LPC. Le juge reste libre cependant de prendre les mesures requises par l'ordre public et le droit impératif, notamment dans le domaine de la protection des enfants mineurs. C'est là une concrétisation de la jurisprudence de la Cour de Justice, ACJC du 19 juin 1998, C/9317/1997, p. 6.

19 MARTINE CHENOU et JEAN A. MIRIMANOFF, La médiation civile ou métajudiciaire: pour une nouvelle synergie, contre la confusion des genres, SJ 2003 II pp. 271 ss, p. 295.

ligatoirement et qu'à défaut de ratification, l'accord est dépourvu d'effets juridiques; c'est particulièrement le cas de l'art. 140 CC (ratification de la convention sur les effets accessoires du divorce), que reprend l'art. 274 P-CPC, qui oblige le juge à procéder à une série de vérifications avant de donner son aval. Dans les cas où la loi ne prescrit pas la ratification, le pouvoir d'examen du juge est alors limité au respect de l'ordre public et du droit impératif<sup>20</sup>.

Dans tous les cas, si le juge refuse de valider certains points de l'accord, les parties conservent la faculté de modifier la convention. Il s'ensuit alors un nouveau trajet possible vers la voie extrajudiciaire pour porter à la convention les modifications nécessaires. Le retour vers le système judiciaire entraîne soit l'homologation, soit la reprise de l'instance, selon que les parties ont satisfait ou non aux conditions posées par le juge.

Ce modèle, consacré par la loi genevoise, est sommairement repris dans le P-CPC, lequel propose un système aussi peu structuré que peu étoffé.

Le système genevois prévoit finalement la possibilité pour les parties de recourir contre le jugement de refus d'homologuer. C'est la seule législation qui, à notre connaissance, traite expressément des conséquences d'un éventuel refus d'homologation, ceci dans le but de sauvegarder aussi longtemps que possible la voie de la médiation.

Le P-CPC n'a pas voulu aller si loin à l'art. 214 P-CPC.

#### 4. *En fin de procédure*

Chaque différend présentant des caractéristiques propres, il est impossible de déterminer de manière générale le moment le plus propice pour entrer en médiation. Certaines affaires peuvent directement trouver un apaisement par cette voie sans connaître au préalable la voie judiciaire; d'autres auront besoin de «mûrir» devant le juge. C'est pourquoi il est nécessaire de prévoir des carrefours à tous les stades de la procédure, tant en première instance qu'en appel. Il n'y a cependant pas de raison de limiter cette possibilité à la deuxième instance. Une médiation devrait pouvoir être initiée même devant l'instance suprême.

#### 5. *L'inobservation d'une clause de recours à la résolution amiable*

Les parties peuvent opter dans le contrat lui-même pour une clause de résolution amiable par laquelle elles s'engagent à recourir à un mode amiable de résolution des litiges avant toute saisine du juge (ou de l'arbitre). Cette «clause MARL» peut se référer à l'un ou l'autre des modes amiables de résolution des litiges: médiation, conciliation non judiciaire, procédure devant

---

20 BERNARD BERTOSSA, LOUIS GAILLARD, JACQUES GUYET et ANDRÉ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n° 4 ad art. 56; SJ 1985p. 531–532; art. 711 al. 1 LPC.

l'ombudsman, voire à deux d'entre eux mis en option<sup>21</sup>. Quelles sont les conséquences procédurales du non respect d'une telle clause? Quelle réponse donnera le juge à la partie défenderesse qui soulèvera une exception in *limine litis*? Y a-t-il dans ce cas un itinéraire menant aux modes extrajudiciaires ou la voie est-elle définitivement fermée?

La réaction des auteurs de la loi genevoise a été, il faut l'avouer, de ne rien préciser à ce sujet considérant, un peu rapidement, que si les parties ne s'acquittent pas spontanément de l'obligation de recourir au mode de règlement amiable prévu par le contrat, il serait illusoire de vouloir les y contraindre, ce d'autant plus qu'en médiation, chacun demeure libre de quitter le processus en tout temps.

Cet apparent bon sens revient cependant à favoriser le laxisme, une telle pratique inaugurant alors une nouvelle variété d'engagement juridique, sans sanction, de pur style. C'est oublier qu'une telle clause comporte pour les parties une double obligation. La première est une obligation de résultat: elle concerne la mise en œuvre du processus prévu par la clause dont les modalités d'exécution consistent en la désignation d'un tiers et le fait de se réunir autour de lui. Discuter de bonne foi et mettre tout en œuvre pour parvenir à un accord ne peut cependant être qu'une obligation de moyen. L'inexécution fautive de cette deuxième obligation sera rare, sauf à prouver la mauvaise foi ou le détournement de la clause de sa finalité<sup>22</sup>.

Dès lors, plusieurs possibilités peuvent être envisagées, de *lege ferenda*. Le juge saisi en violation de la clause pourrait se déclarer incompétent (à l'instar de l'art. 59 P-CPC en matière d'arbitrage), déclarer la demande irrecevable<sup>23</sup> ou surseoir à statuer en suspendant soit l'instance, soit l'instruction (système de l'art. 124 al. 1 P-CPC)<sup>24</sup>.

Chacune des solutions proposées comporte ses avantages et ses inconvénients respectifs; au législateur d'en faire la pesée.

Malheureusement, le P-CPC a, sur ce point, suivi la voie genevoise en ne prévoyant rien pour cette hypothèse, avec le risque de «morcellement horizontal des pratiques» que l'unification a pour vocation de supprimer.

---

21 Le règlement de l'Association pour l'arbitrage (et la médiation) en matière de baux commerciaux offre, dans la phase précédant la procédure arbitrale, le choix entre la conciliation extrajudiciaire classique et la médiation. Voir infra D.II. Un tel choix peut être offert en procédure civile, par exemple au Québec: LOUISE OTIS, Modes alternatifs de règlement des litiges: la médiation judiciaire. La justice conciliatoire: l'envers du lent droit, un rapport sur les MARL, Rapport, Strasbourg novembre 2003, Conférence des juges, Conseil de l'Europe, n° 6. On retrouvera ce système d'option à l'art. 210 al. 1 P-CPC présenté infra B.VI.

22 CHARLES JAROSSON, La portée des clauses de recours au règlement amiable, in: Chevalier/Des-Devises/Milburn (note 10), p. 146.

23 Solution retenue par la jurisprudence dominante de la Cour de Cassation civile français, JAROSSON (note 22), p. 147.

24 Solution retenue par la loi belge sur la médiation, art. 1725 du Code judiciaire.

### III. Séparation des personnes et des rôles

Parmi les principes fondamentaux régissant les modes amiables de résolution des litiges<sup>25</sup>, le principe de confidentialité<sup>26</sup> constitue le véritable gage de succès d'une libre circulation des différends. Les parties s'orienteront en effet plus facilement vers les voies extrajudiciaires si elles ont l'assurance que les déclarations et propositions qu'elles y formuleront ne pourront être utilisées dans un procès en cas d'échec de la tentative de médiation<sup>27</sup>. La confidentialité contribue ainsi à la franchise des parties et à la sincérité des communications<sup>28</sup>, encourageant la liberté d'expression au sein du processus.

Ce principe s'impose tant aux parties qu'aux tiers. Il en découle que les informations divulguées au cours du processus de médiation ne sauraient être recevables comme moyens de preuves lors d'une procédure judiciaire<sup>29</sup>. L'obligation de confidentialité interdit également au tiers d'être cité comme témoin ou d'intervenir comme arbitre dans le cadre du même litige<sup>30</sup>. Il en résulte aussi que le juge devra écarter des débats les pièces provenant de la médiation que les parties auraient produites en contravention de ce principe<sup>31</sup>.

Ces différents aspects de l'obligation de confidentialité sont consacrés dans tous les textes européens sur le sujet<sup>32</sup>. En Suisse, le principe de confidentialité est connu dans la quasi-totalité des procédures civiles cantonales en

- 
- 25 De l'avis général, ces principes sont l'impartialité, la neutralité et l'indépendance du médiateur, de même que la confidentialité du processus. Il conviendrait d'y ajouter le grand oublié: le principe d'humilité, ou d'absence de pouvoir, dont Nicolas de Flue en est le plus remarquable exemple: il tirait son autorité de son absence d'autorité. CHENOU/MIRIMANOFF (note 19), pp. 304 ss.
  - 26 Ce principe découle du principe de non-préjudice de la conciliation. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (note 20), n° 2 ad art. 57 LPC; JEAN A. MIRIMANOFF, Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse?, in *Revue de droit suisse*, 5/2004, p. 533.
  - 27 Sur l'importance de principe: Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, COM(2002) 196 final, point 3.2.2.1.
  - 28 JEAN-MARIE COULON, Le devenir des MARL dans l'économie des systèmes judiciaires, in: Chevalier/Desdevises/Milburn (note 10), p. 252, rappelle que: «L'effectivité de la médiation repose en réalité sur la confidentialité qui implique la confiance alors que la contradiction résulte nécessairement de la suspicion».
  - 29 La Commission des Communautés européennes relève différentes exceptions envisageables, notamment en cas d'accord des parties, si le droit applicable impose la divulgation d'informations ou si la divulgation de l'accord mettant fin au différend est nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de cet accord. Livre vert (note 27), point 3.2.2.1.
  - 30 Certaines exceptions liées à l'accord des parties ou au droit applicable sont ici également rappelées par la Commission, Livre vert (note 27), point 3.2.2.1.
  - 31 Ce que prévoit notamment l'art. 17 du règlement d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, <[www.wipo.int/amc/fr/mediation/rules](http://www.wipo.int/amc/fr/mediation/rules)>.
  - 32 Notamment dans le Livre vert (note 27); dans le projet de directive communautaire (note 7), considérant n° 12 et art. 6; dans les recommandations du Comité des Ministres (Conseil de l'Europe) aux Etats membres Rec(98)1 sur la médiation familiale et Rec(2002)10 sur la médiation en matière civile.

lien avec la conciliation<sup>33</sup>. En revanche, la médiation est globalement méconnue du droit civil helvétique. L'obligation de confidentialité lié au processus de médiation a toutefois été introduit à Genève, pionnière en la matière, lors de l'adoption de la loi sur la médiation civile à l'art. 161E LOJ<sup>34</sup>.

Ignorée dans un premier temps au niveau fédéral par l'avant-projet de procédure civile suisse<sup>35</sup>, la confidentialité du processus de médiation figure à l'art. 213 P-CPC, complété en cela par l'art. 163 alinéa 1 lettre d P-CPC (droit de refus du médiateur de collaborer à l'administration des preuves dans une procédure judiciaire). Le texte sommaire de l'art. 213 P-CPC n'envisage cependant pas l'aspect lié à la production de pièces.

#### IV. Circulation aller et retour

Quel que soit le moment où le lien entre justice civile et processus extrajudiciaire se produit, l'interaction entre les deux modes peut prendre la forme d'un aller simple (pour homologation de la convention lorsque la médiation a été initiée avant la conciliation; saisie de la justice en cas d'échec de la tentative préalable de médiation; médiation initiée en cours de conciliation ou de procédure et accord non homologué) ou celle d'un aller-retour (médiation initiée en cours de conciliation ou de procédure et soit: homologation de l'accord soit: échec de la médiation et reprise de l'instance), voire de plusieurs allers-retours (lorsque des modifications de la convention de médiation sont requises par le juge).

#### V. Survol en droit comparé

La médiation occupe depuis longtemps une place importante dans la procédure civile d'outre-Atlantique, que ce soit aux Etats-Unis, au Canada ou en Argentine. L'Australie et le Japon ont développé des systèmes similaires et efficaces.

Le droit européen, soucieux de garantir aux citoyens un accès à la justice conforme aux prescriptions des art. 6 CEDH et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, a mis en évidence la nécessité de recourir

---

33 FABIENNE HOHL, La procédure civile, tome II, Berne 2002, p. 165. Voir notamment les art. 151 al. 1 CPC/FR; 57 LPC/GE; 133 al. 1 CPC/VD. Dans la négociation, la confidentialité est assurée par la correspondance «sous les réserves d'usage» entre avocats.

34 «<sup>1</sup>Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus l'activité de médiateur. <sup>2</sup>Quelle que soit l'issue de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil».

35 Proposé en octobre 2002. Pour une approche critique de cet avant-projet, voir MIRIMANOFF (note 26), p. 564.

aux modes amiables de résolution des litiges, tels que la médiation, tout d'abord dans un Livre vert présenté en avril 2002<sup>36</sup>, puis dans un projet de directive sur la médiation en matière civile et commerciale du 22 octobre 2004<sup>37</sup> visant notamment à assurer un cadre juridique stable contribuant à mettre la médiation à égalité avec la procédure civile et à obliger les Etats membres à permettre aux tribunaux d'encourager le recours à la médiation. Le Conseil de l'Europe a également émis diverses recommandations en ce sens, mettant notamment au point un guide législatif de mesures visant à accroître l'efficacité de la justice par la mise en place de MARL<sup>38</sup>. Dans le domaine du droit de la consommation, la Commission européenne a adopté le 30 mars 1998 une recommandation 98/257 établissant les principes applicables aux procédures extrajudiciaires pour le règlement des litiges touchant à ce domaine<sup>39</sup>. Ce texte fait suite aux conclusions du Livre vert du 16 novembre 1993 sur l'accès des consommateurs à la justice<sup>40</sup>. Elle a en parallèle développé le réseau des Centres européens des consommateurs (Réseau CEC)<sup>41</sup>, réseau de soutien, de communication et d'aide pour les consommateurs.

Dans tous ces cas, la médiation est ouverte à tous les litiges et à tous les stades de la procédure.

En Europe, plusieurs pays accordent aux modes amiables de résolution des litiges une place privilégiée. En France, le juge peut désigner un médiateur avec l'accord des parties et détermine sa mission, l'indemnité qui lui est due et ratifie sur requête la convention de médiation<sup>42</sup>. En matière familiale, le juge peut ordonner aux parties de participer à une séance d'information relative à la médiation. En Allemagne, le juge peut proposer aux parties un règlement extrajudiciaire si le litige s'y prête. Les Pays-Bas ont expérimenté une «médiation parallèle à l'instance» (Mediation naast rechtspraak) ainsi qu'une «médiation voie alternative» (Mediation andere Rechtshulp) qui seront intégrées à la procédure civile en 2007. Les effets du divorce peuvent dans une large mesure être réglés extrajudiciairement. La Belgique a introduit dans son Code judiciaire des dispositions relatives à la médiation judiciaire ainsi que la médiation volontaire<sup>43</sup>. Finalement, la Grande-Bretagne connaît un sys-

---

36 Note 27.

37 Note 7.

38 Note 32.

39 JOCE 1998 L 115/31.

40 COM(1993)576 final.

41 Né en janvier 2005 après la fusion de deux réseaux de protection des consommateurs existants: le Réseau pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (Réseau EJE) et le réseau d'Euroguichets.

42 La médiation judiciaire a été codifiée dans le Nouveau Code de Procédure Civile par décret n° 96-652 du 22 juillet 1996, art. 131 NCPC.

43 Loi du 21 février 2005. On lira avec intérêt sur la loi belge PATRICK VAN LEYNSELE, FLORENCE VAN DE PUTTE, La médiation dans le Code Judiciaire, in *Journal des Tribunaux* du 30 avril 2005 n° 6179, pp. 297 ss.

tème efficace consacré dans le «*Civil Procedure Rule*» (CPR)<sup>44</sup>. Les parties sont tenues, selon le domaine concerné, de rassembler les éléments du litige en temps utile avant le dépôt de la demande (*pre action protocols*)<sup>45</sup>. Les parties doivent ainsi accomplir un certain nombre d'étapes avant d'aller en justice, étapes ayant pour but de favoriser la communication. Chaque partie peut proposer un règlement extrajudiciaire du litige, celle qui refuse devant alors motiver sa position. Durant le procès, les parties peuvent recourir à la médiation et demander la suspension de la procédure. Le tribunal de son côté peut proposer, voire ordonner la médiation. Le juge peut alors tenir compte du refus d'une partie à s'engager dans le processus de médiation en statuant sur les frais<sup>46</sup>.

Ici encore, tout au moins pour ceux des Etats qui ont légiféré, la médiation est ouverte à tous les litiges et à tous les stades de la procédure.<sup>47</sup>

## VI. Du feu vert au feu rouge du P-CPC

Le projet de Code de procédure civile représente une avancée considérable dans la reconnaissance des modes de règlements extrajudiciaires des conflits en Suisse, un véritable feu vert menant à une voie jusqu'ici méconnue. La volonté du Conseil fédéral transparaît particulièrement dans le Message, qui rappelle que «l'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse», précisant que «[l]e 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»<sup>48</sup>.

Cette volonté est concrétisée aux art. 210 à 215 P-CPC qui accordent au processus de médiation une place autonome, tout en réglant son interaction avec la procédure civile. Les avancées présentées par le projet tiennent tout d'abord au système d'option entre la conciliation préalable obligatoire et la faculté d'entrer en médiation (art. 194 et 210 P-CPC). C'est la loi qui offre désormais aux parties le choix entre conciliation judiciaire ou médiation. Ce système devrait créer une impulsion nettement plus efficace que l'éventuelle simple suggestion faite par un magistrat isolé aux justiciables. En matière fa-

---

44 The Civil Procedure Rules 1998, Statutory Instruments 1998 n° 3132 (L.17), en vigueur dès avril 1999, <[http://www.dce.gov.uk/procrules\\_fin/menus/rules.htm](http://www.dce.gov.uk/procrules_fin/menus/rules.htm)>.

45 <[http://www.dca.gov.uk/civil/procrules\\_fin/menus/protocol.htm](http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/protocol.htm)>.

46 Dans *Dunnett v Railtrack plc* [2002] EWCA Civ. 303 [2002] 1 WLR 2434, le juge a refusé d'appliquer l'allocation usuelle des frais et dépens à la partie gagnante, celle-ci ayant refusé d'utiliser les modes alternatifs.

47 JAYNE SINGER et CAMERON MC KENNA, *The EU Mediation, Atlas: Practice and Regulation*, CEDR 2005.

48 Message, p. 20.

miliaire, la loi favorise également la médiation par diverses mesures (allègement des frais prévu à l'art. 215 P-CPC et exhortation des parents à tenir une médiation à l'art. 292 P-CPC).

Néanmoins, ces apparents feux verts se mutent en de véritables feux rouges suite à une lecture attentive du projet de loi.

L'art. 195 P-CPC abolit en effet purement et simplement la procédure de conciliation et, par voie de conséquence, l'option initiale entre conciliation et médiation (art. 210 P-CPC) dans deux domaines de prédilection de la médiation: la procédure de divorce (art. 195 let. c P-CPC) et la propriété intellectuelle (art. 195 let. f P-CPC).

La justification avancée dans le Message quant à l'exception prévue en droit de la famille est plus que succincte et peu convaincante: «cela correspond au droit en vigueur dans le cas du divorce sur requête commune, tandis que dans la procédure de divorce sur demande unilatérale, il est possible qu'une audience de conciliation spéciale ait lieu devant le tribunal saisi de la cause»<sup>49</sup>. Cette affirmation s'érige à l'encontre de tous les constats relevant de l'analyse du droit comparé. Sur le plan européen, les initiatives se multiplient pour promouvoir les MARL dans le domaine du contentieux familial. Que ce soit en droit français ou japonais, en passant par les droits belge, allemand ou québécois, le succès de la médiation familiale n'est plus à prouver<sup>50</sup>. Pourquoi renoncer dans ce domaine à l'option initiale entre médiation et conciliation dans le P-CPC? Certes, le juge peut exhorter les parents à tenter une médiation aux termes de l'art. 292 P-CPC. Mais, nous l'avons dit, l'impact ne sera pas le même que celui présenté par l'option initiale de l'art. 210 P-CPC.

Notons encore que figure dans la liste des exceptions les cas visés à l'art. 5 al. 1 let. h P-CPC quand bien même la médiation familiale transnationale peut jouer un rôle très utile, comme l'expérience pilote franco-allemande l'enseigne.

La seconde exception posée par l'art. 195 P-CPC concerne les litiges de propriété intellectuelle. Or ce domaine se prête à la médiation, preuve en est la large expérience de l'OMPI<sup>51</sup>. Installé à Genève, le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a pour but de proposer des services de règlement extrajudiciaire de litiges parmi lesquels des services d'arbitrage et de médiation pour le règlement de litiges commerciaux internationaux entre particuliers ou

49 Message, p. 97.

50 JACQUES VAN COMPENOLLE, Médiation et contentieux familial, in: Loïc Cadiet, Thomas Clay et Emmanuel Jeuland, Médiation et arbitrage, Paris 2005, pp. 49 ss.

51 OMPI, Règlement d'arbitrage et de médiation (note 31); CEDR (note 8); GEMME-FRANCE, Guide pratique à l'usage des magistrats prescripteurs de la médiation, Paris 2006; Vorkommission für Zivile und Straffliche Mediation, Praktischer Leitfaden zur Zivilen Mediation, Genève, Juin 2006.

entreprises privées. Les procédures proposées par le Centre sont largement reconnues comme étant particulièrement adaptées aux litiges concernant les hautes technologies et d'autres aspects de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, il convient de souligner que l'instance unique ne constitue en soi un obstacle ni pour la conciliation préalable, qui peut exister à tous les niveaux, ni à la médiation.

Enfin, bien qu'il ressorte clairement du Message que l'autorité de conciliation est habilitée à conseiller aux parties d'entrer en médiation, l'art. 210 P-CPC ne mentionne pas expressément cette faculté alors que l'art. 211 P-CPC le précise clairement pour la suite de la procédure («*en tout temps*»). Pourquoi une rédaction différente pour ces deux dispositions? Seule la clarté des textes permettrait de promouvoir avec chances de succès cette institution encore bien mal connue.

En résumé, il transparait du projet de CPC que les voies d'accès au processus de médiation existent dans le principe tout au long de la procédure, mais que cette vérité ne vaut pas pour tous les litiges, ni pour toutes les instances.

Cette fermeture contredit frontalement l'affirmation selon laquelle la résolution à l'amiable a la priorité.

### **C. La circulation à l'intérieur des voies judiciaires**

La conciliation judiciaire représente, pour les parties ayant déjà opté pour la voie judiciaire, un mode supplémentaire de résolution du litige. La procédure de conciliation a pour objet de permettre au juge d'amener les parties à trouver un arrangement qui mette fin au litige. Par rapport à la médiation, la conciliation se concentre sur les faits plutôt que sur les personnes. Elle se déroule dans un cadre juridique mais informel. La solution émane généralement du conciliateur si les parties n'y parviennent pas par elles-mêmes, mais celles-ci demeurent libres d'accepter ou non la proposition<sup>52</sup>. La conciliation n'est pas, contrairement à la médiation, indifférente à l'objet du litige.

La conciliation est souvent définie comme une autre façon de faire la justice. L'activité de conciliation se distingue de la procédure contentieuse en ce qu'elle ne consiste pas à imposer une solution à partir des règles juridiques applicables. L'élément normatif n'est cependant pas absent du processus de conciliation, il l'encadre, le juge pouvant invoquer les droits et obligations respectifs des parties pour tenter de les (ré)concilier<sup>53</sup>. Il n'est cependant pas

---

52 HOHL (note 33), p. 162; MIRIMANOFF (note 26) p. 558.

53 BÉATRICE GORCHS, La conciliation comme «enjeu» dans la transformation du système judiciaire, in *Droit et Société* 62/2006, pp. 223ss, p. 252.

lié par l'objet du litige, il peut entériner des transactions<sup>54</sup> comportant d'autres points<sup>55</sup>.

La souplesse du processus de conciliation permet d'aborder le litige d'une manière différente sans pour autant sortir du cadre judiciaire. Une libre circulation à l'intérieur des voies judiciaires est pour ce motif nécessaire.

## I. Une voie pour tous les litiges

La conciliation n'a pas de domaine de prédilection. Comme le souligne Béatrice GORCHS: «la conciliation doit être recherchée lorsque le juge a le sentiment qu'à trancher le litige à partir des règles composant l'ordre juridique normatif, il ne résoudra pas le vrai problème qui oppose les parties ou qu'il n'apportera pas à la situation conflictuelle une solution appropriée ou adaptée»<sup>56</sup>. Dès lors, ce mode de résolution des litiges doit être envisagé pour tous les types de litiges civils.

A cet égard, on doit regretter la rédaction restrictive de l'art. 198 al. 1 P-CPC qui dispose qu'«une transaction peut porter sur des questions *litigieuses* qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige dans la mesure où cela contribue à sa résolution».

Une semblable restriction est contraire à la fois aux enseignements de la négociation raisonnée (méthode de Harvard)<sup>57</sup> et à la pratique de la nouvelle conciliation judiciaire<sup>58</sup>. C'est ainsi par exemple qu'en matière de baux et loyers, le magistrat appelé à concilier une demande relative à un problème de loyer (hausse, baisse, fixation initiale) peut faire utilement porter les débats sur d'éventuels travaux (*non litigieux*) ou sur une durée du bail plus longue (*non litigieuse*) pour arriver à un compromis englobant ce qui est litigieux et ce qui ne l'est précisément pas. Il faut signaler que durant ces trois dernières décennies, plusieurs dizaines de milliers d'accords sont issus de cette pratique que vient bien maladroitement mettre en cause le texte précité.

---

54 Contrairement au droit belge ou français, la transaction ne correspond pas en droit suisse à une institution spécifique soumise à des conditions légales ou jurisprudentielles.

55 CHENOU/MIRIMANOFF (note 19), p. 300; JEAN A. MIRIMANOFF et ISABELLE DUBOIS, *La CCBL, hier, aujourd'hui, demain*, in *Jubilée de la CCBL et 1<sup>ère</sup> rencontre des ACBL*, Genève 15.11.2002, pp. 59–60, où il est fait mention de la «solution inédite» proposée en conciliation.

56 GORCHS (note 53), p. 250.

57 MAURICE A. BERCOFF, *L'art de négocier*, éd. d'organisation, Paris 2004; ROGER FISCHER, WILLIAM URY et BRUCE PATTON, *Comment réussir une négociation*, Seuil, Paris 1982; ROGER FISCHER et SCOTT BROWN, *D'une bonne relation à une négociation réussie*, Seuil, Paris 1991; NICOLAS IYNEJIAN, *Négociation, Guide pratique*, CEDIDAC, Lausanne 2005; RAYMOND SANER, *L'art de la négociation*, Chiron 2003.

58 BÉATRICE GORCHS, *Médiation et conciliation dans les différents systèmes judiciaires européens*, Discours de synthèse général, Actes du Colloque de Grenoble du 2 juin 2005, Petites affiches n° 245 du 9.12.2005.

## II. Une voie à tous les stades de la procédure

La conciliation peut constituer un préalable au procès civil, un passage obligé ou facultatif situé en amont de la procédure<sup>59</sup>.

La conciliation spécialisée (en matière de baux et loyers et en matière prud'homale) connaît en Suisse un grand succès. En revanche, la conciliation civile est parfois perçue comme une simple formalité pour obtenir l'autorisation d'introduire. Or avec une meilleure formation, plus de moyens et de temps, le conciliateur civil pourrait jouer pleinement son rôle et apaiser certains différends avant que le litige ne s'enflamme<sup>60</sup>.

La tentative de conciliation ne doit par ailleurs pas se confiner au seuil du procès, mais doit pouvoir être initiée tout au long de la procédure. Elle peut en effet parfois s'avérer plus efficace après l'ouverture de la phase contentieuse, lorsque les parties ont déjà pu exprimer leurs ressentiments et ont ainsi «crevé l'abcès», ou lorsque le procès tend à s'enliser dans les méandres de la procédure.

En procédure genevoise, l'art. 54 LPC règle la conciliation en cours de procédure, avant comme après les plaidoiries, et vise toutes les causes qui, d'une manière générale, paraissent de nature à être conciliées après leur introduction. La loi permet ainsi tout au long de la procédure de circuler entre les différentes voies judiciaires pour trouver le plus rapidement possible la solution la plus adaptée au litige<sup>61</sup>. Or l'utilité de la conciliation dans les instances d'appel a été mise en évidence dans de nombreux systèmes juridiques<sup>62</sup>, ce dont n'a pas tenu compte le P-CPC.

A nouveau ici, le P-CPC se distingue par sa frilosité: pas de conciliation en cours de procédure (sauf pour le cas des divorces selon les art. 114 et 115 CC); pas de conciliation en appel<sup>63</sup>.

## III. Séparation des personnes et des rôles

Le principe de confidentialité, clef de voûte de la conciliation, est consacré à Genève par l'art. 57 LPC qui dispose qu'«en cas de non-conciliation, aucune partie ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré à l'audience de conciliation, soit par les parties, soit par le juge». Sans cette garantie, il serait illusoire que les parties puissent envisager un arrangement,

---

59 Pour un aperçu des systèmes prévalant en Suisse, voir HOHL (note 33), p. 164.

60 Sur cette question, MIRIMANOFF (note 26), pp. 529 ss.

61 Malheureusement, la conciliation en deuxième instance, fréquente en matière de divorce il y a encore deux décennies, est tombée en désuétude à Genève.

62 Voir infra C.V.

63 Voir infra C.VI.

s'ouvrir au juge ou émettre des propositions, voire consentir à certains aveux, comme déjà rappelé à propos de la médiation<sup>64</sup>.

Si la confidentialité est préservée avec l'essai préalable de conciliation par le recours à un magistrat différent de celui qui sera appelé à trancher le litige, elle ne l'est plus lorsque la conciliation peut être exercée par le juge du fond. Maints cantons suisses ont ainsi maintenu par ce biais la confusion des personnes et des rôles, tandis que la plupart des législations modernes ont prévu de confier la conciliation en cours de procédure civile – tant en première qu'en seconde instance – à un magistrat qui, en cas d'échec, ne sera pas appelé à statuer. Ce principe est formulé dans l'avis n° 6 (2004) du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE), texte d'importance totalement passé sous silence dans le Message<sup>65</sup>. Deux motifs sont invoqués par les magistrats européens: d'une part la réticence des parties à se dévoiler devant le juge qui tranchera le litige en cas d'échec de la conciliation, d'autre part pour préserver l'impartialité du juge du fond aux yeux des justiciables.

#### **IV. Circulation aller et retour**

En cas d'échec de la conciliation, la voie de la procédure ordinaire s'ouvre à nouveau, que ce soit par la délivrance de l'autorisation d'introduire (art. 64 LPC) lorsque la tentative de conciliation constitue un préalable à l'ouverture de l'action, ou par l'arrêt des négociations et la reprise de la procédure, lorsque la conciliation a lieu – le plus souvent à huis clos – devant le juge du fond.

Si la conciliation judiciaire aboutit, elle donne lieu à une convention<sup>66</sup> ayant valeur de jugement (art. 56 et 66 LPC). Il y a dans cette hypothèse également un retour vers la voie judiciaire pour la concrétisation de l'accord. La convention diffère cependant d'un jugement ordinaire en ce qu'elle ne pourra être remise en cause que par la voie de l'annulation pour vice de consentement, tout recours étant exclu<sup>67</sup>.

#### **V. Survol en droit comparé**

La conciliation n'est désormais plus perçue comme le parent pauvre dans la famille judiciaire. Ailleurs, elle constitue une véritable option, mieux, un véritable outil à disposition de la justice traditionnelle. En vue de réformer une

64 Voir supra B.III.

65 Avis qui a donné naissance à un Plan d'action élaboré par la Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ), CEPEJ(2005)11, <<http://www.coe.int/cepej>>.

66 A distinguer des convention conclues en dehors du cadre judiciaire (par exemple à l'issue d'une médiation) et dont l'homologation est requise par les parties. Sur cette question, voir supra B.IV.

67 SJ 1966p. 300; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (note 20), n° 3 ad art. 55.

procédure civile souvent trop lourde et trop coûteuse, de nombreux pays, en Europe et outre-Atlantique, ont entrepris des expériences pilotes pour déterminer les solutions répondant le mieux aux problèmes posés par le droit actuel. Ces études pratiques ont permis d'adapter en connaissance de cause la procédure civile en y intégrant les modes amiables de résolution des litiges déjà expérimentés.

Après l'avoir testé dans un projet pilote, les Pays-Bas ont introduit dans leur législation depuis 1997 un régime accéléré (*versneld*) pour lequel le demandeur peut opter en lieu et place de la procédure ordinaire et au cours duquel le juge tente de concilier les parties. Depuis 2002, cette procédure accélérée est obligatoire pour toutes les nouvelles causes, quel que soit le montant litigieux, sauf si les parties réussissent à convaincre le juge que l'ancienne procédure reste mieux adaptée pour le cas d'espèce<sup>68</sup>.

En France, l'idée de la conciliation par un tiers (sur délégation du juge) a été réintroduite pour pallier les problèmes rencontrés lorsque la conciliation était le fait du juge d'instance<sup>69</sup>. Les conciliateurs de justice peuvent intervenir dans trois situations: en dehors de toute procédure judiciaire, pour procéder par délégation du juge d'instance à la tentative préalable de conciliation ou comme médiateur judiciaire désigné par le juge<sup>70</sup>. Les canadiens ont opté pour une justice conciliatoire indépendante parallèle à la justice traditionnelle<sup>71</sup>. Le conciliateur a pour objectif de conduire les parties à s'écarter du cadre étroit du litige pour encourager des solutions susceptibles d'éteindre le conflit. Le processus, de par sa flexibilité, optimise les échanges et les chances de résolution à l'amiable du litige. Les parties restent cependant toujours maîtres de la décision. Au Canada, ainsi qu'au Danemark, en Norvège et en France (notamment devant la Chambre sociale de la Cour d'appel de Grenoble et la Cour d'appel de Versailles), des programmes de conciliation judiciaire ont été introduits en appel voire en cassation. Une proposition de loi à ce propos déposée devant le Sénat en Belgique est actuellement en cours d'examen<sup>72</sup>. Par ce biais, les justiciables se voient offerts, à l'intérieur même du système judiciaire étatique et alors que la procédure est déjà bien avancée, une voie conciliatoire permettant un règlement négocié de leur conflit pour tous les litiges et à tous les stades de la procédure. En cas d'échec des né-

---

68 PETER LAMPE, *Gestion des affaires, un système judiciaire proactif et novateur mais impartial*, Résumé de rapport, Strasbourg, novembre 2003, Conseil de l'Europe, résumé n° 7.

69 Art. 21 NCPC et loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative qui invite le juge, sur accord des parties, à déléguer le pouvoir de concilier à un profane, le conciliateur de justice, placé sous son contrôle. Voir également GORCHS (note 53), p. 227.

70 BOURRY D'ANTIN/PLUYETTE/ BENSIMON (note 2), p. 159.

71 OTIS (note 21).

72 Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge (3-903) du 17 novembre 2004, art. 732 nouveau.

gociations, les parties peuvent reprendre la voie judiciaire, mais le litige est confié à un autre magistrat de manière à respecter le principe de confidentialité.

## VI. Le feu rouge du P-CPC

La conciliation préliminaire obligatoire, dont l'importance a été soulignée précédemment<sup>73</sup>, ne concernerait en pratique qu'un nombre très limité de cas du fait des barrages posés par les art. 195 (exceptions) et 196 (renonciation à la procédure de conciliation) P-CPC<sup>74</sup>. Par ailleurs, la conciliation en cours de procédure n'existe pas, ni en première instance ni en appel, sauf pour les divorces sur demande unilatérale où la conciliation n'est que facultative (art. 286 P-CPC). Or cette conciliation facultative ultérieure ne saurait remédier à la carence de la conciliation préalable due à l'exception posée par l'art. 195 let. c P-CPC.

Un autre paradoxe réside dans le fait que le P-CPC n'introduit pas de conciliation en appel, système qui fait pourtant ses preuves dans les pays qui nous entourent et au Canada<sup>75</sup>.

Enfin, l'art. 200 al. 3 P-CPC semble permettre une conciliation ouverte devant un groupe de pression ou devant une caméra de télévision, ce qui serait un non sens du point de vue du principe de confidentialité.

## D. La circulation à l'intérieur des voies extrajudiciaires

Les voies extrajudiciaires de résolution des litiges sont nombreuses et peuvent présenter chacune un intérêt spécifique pour les justiciables. En dehors de la médiation, citons l'arbitrage et la conciliation privée.

L'arbitrage consiste à confier la résolution du litige à un juge choisi par les parties ou choisi pour elles par une institution à laquelle elles ont décidé de se référer, à défaut par un tribunal d'appui. En plus du choix de l'arbitre, les parties ont le choix de la procédure qui donne lieu à une sentence.

La conciliation privée s'est développée en marge de la conciliation judiciaire, de manière autonome ou en lien avec l'arbitrage.

L'articulation entre conciliation privée/médiation et arbitrage soulève des questions similaires à celles pouvant exister entre la conciliation judiciaire/médiation et procédure civile: portée d'une clause conventionnelle prévoyant

73 Supra B.VI.

74 Les affaires de famille (divorce, séparation de corps, annulation de mariage, etc.) représentent à elles seules environ 70% du contentieux civil dans un canton urbain comme Genève (2457 jugements de famille pour 3504 jugements civils en 2005).

75 Supra C.V.

une tentative préalable de conciliation ou médiation, principe de confidentialité, homologation des accords, passages de l'un à l'autre<sup>76</sup>.

## I. Une voie pour tous les litiges?

La loi circonscrit en général l'arbitrabilité des litiges en excluant certains domaines (ex.: art. 274c CO limitant l'arbitrage aux baux commerciaux). Ainsi, l'arbitrage n'est – de par la loi – pas ouvert à tous les litiges. Il en résulte un premier obstacle à la libre circulation des différends au sein des voies extrajudiciaires en raison de la matière. D'un autre côté, la pratique détermine la «médiabilité» d'un litige<sup>77</sup> qui, on l'a vu, ne repose pas sur des critères juridiques mais «d'opportunité». Il en découle que certains différends soumis à l'arbitrage ne se prêteront pas à la médiation. De fait et à un double égard, la libre circulation ne vaut pas ici pour tous les litiges.

## II. Le stade préliminaire

Le règlement d'arbitrage de l'Association pour l'arbitrage en matière de baux commerciaux (règlement ABC)<sup>78</sup> est un exemple de la relation pouvant prévaloir entre arbitrage et conciliation ou arbitrage et médiation, qui préfigure l'option de l'art. 210 P-CPC. Ce Tribunal arbitral a pour mission de trancher définitivement tous les litiges survenus en relation avec des baux commerciaux. Les parties qui saisissent le Tribunal ABC (à teneur d'une clause ou compromis arbitral) peuvent, dans la phase précédant la procédure arbitrale, solliciter une médiation en lieu et place de la tentative de conciliation prévue<sup>79</sup>. Elles ont concrètement le choix entre ces deux modes amiables de résolution des litiges comme préalable à l'arbitrage, le Conseil restreint désignant soit un arbitre conciliateur soit, sur requête et à défaut d'entente entre les parties, un médiateur parmi les membres habilités à cet effet. Le procès-verbal de conciliation vaut sentence arbitrale alors que l'accord de médiation peut prendre la forme d'une convention sous seing privé ou d'une convention renforcée par homologation (en dehors d'une procédure judiciaire, les mêmes principes s'appliquent que pour la convention de conciliation)<sup>80</sup>.

---

76 CORINNA KLAUS et MANUEL LIATOWITSCH, *Mediation*, in: *International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners*, Gabrielle Kaufmann-Kohler et Blaise Stucki (éd.), Kluwer Law International, Schulthess 2004, pp. 223–237; ERIK SCHÄFER, HERMAN VERBIST et CHRISTOPHE IMHOOS, *ICC Arbitration in Practice*, Kluwer Law International, Stämpfli Berne 2005; MICHAEL E. SCHNEIDER, *Combining Arbitration with Conciliation*, in: *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Swiss n° 8, Kluwer Law International, 1998, p. 57 ss.

77 *Supra* B.I.

78 <<http://www.arbitrage-abc.ch>>.

79 Art. 2, 6 et 7 du règlement ABC.

80 Art. 6.3 et 7.4 du règlement ABC.

De même, le règlement du Tribunal arbitral de l'immobilier<sup>81</sup>, sis à Genève et à Zurich, prévoit pour tous les litiges qui lui sont soumis une tentative préalable de conciliation menée par un arbitre conciliateur. Le procès-verbal de conciliation vaut ici aussi sentence arbitrale. Une option initiale entre conciliation et médiation similaire à celle du règlement ABC serait cependant souhaitable, si l'on veut répondre aux besoins des personnes et des entreprises en solutions fondées sur la reconstruction des liens pour l'avenir.

Les exemples en la matière demeurent modestes en Suisse:<sup>82</sup> tout au moins pour l'arbitrage interne. Par ailleurs, les possibilités de passage de la procédure arbitrale (déjà initiée) à la médiation ou la conciliation sont inexistantes.

### III. Séparation des personnes et des rôles

Il importe ici encore de garantir aux parties qui entrent en conciliation ou en médiation avant de s'engager dans une procédure arbitrale (voire en parallèle à celle-ci si cette possibilité leur est offerte) la confidentialité absolue des opinions ou propositions qui ont été émises. De même, elles doivent avoir l'assurance qu'il sera fait interdiction au conciliateur ou médiateur de fonctionner ultérieurement comme arbitre dans la même procédure, d'être cité comme témoin ou d'intervenir comme conseil. Ces points sont garantis tant dans le règlement ABC (art. 6.4 et 7.3) que dans le règlement du Tribunal arbitral de l'immobilier (art. 5.4). Néanmoins, la question se pose concrètement dans le cadre de certains règlements internationaux<sup>83</sup>. Elle est complètement ignorée par le P-CPC.

### IV. Règlements internationaux

Avant la naissance d'un conflit, les parties peuvent prévoir par une clause contractuelle un mode de résolution des litiges auquel elles se soumettront en cas de discord. C'est le cas lorsqu'elles optent pour une clause arbitrale. Or il est souvent difficile de savoir à l'avance si ce mode de résolution des litiges sera adapté à la situation conflictuelle. Ce n'est qu'une fois le litige survenu que l'adéquation de la voie choisie pourra être évaluée et discutée. Or à ce moment, les parties seront peu enclines à discourir sur le mode le plus adapté de peur de laisser entendre qu'elles seraient prêtes à faire des concessions<sup>84</sup>.

---

81 <[http://www.cgionline.ch/cgi-conseils/tribunal\\_arbitral\\_immobilier.htm](http://www.cgionline.ch/cgi-conseils/tribunal_arbitral_immobilier.htm)>.

82 Les chambres de commerce et d'industrie suisses préparent actuellement un projet de règlement sur la médiation qui prévoit le lien avec l'arbitrage (à paraître en avril 2007).

83 Voir infra D.IV.

84 THIERRY GARBY, *La gestion des conflits*, Paris 2004, p. 152.

L'idéal serait donc de convenir à l'avance l'usage de plusieurs méthodes de résolution des conflits, de manière à avoir le choix une fois le litige survenu.

Pour pallier ce paradoxe, la Chambre de commerce internationale (CCI) a mis en application un règlement ADR<sup>85</sup> consistant en ce que les entreprises parties à un conflit d'ordre commercial – avant ou pendant une procédure arbitrale – s'adressent à un tiers, nommé par la CCI, pour les aider à résoudre leur litige par toutes les méthodes ADR appropriées. Le rôle du tiers est avant tout de discuter avec les parties de la méthode à mettre en œuvre pour résoudre le conflit, puis de les appliquer<sup>86</sup>. Tous les ADR peuvent être mis en œuvre (simultanément par un panachage des méthodes ou successivement) dans le cadre du même différend. C'est souvent le tiers qui orientera les parties vers l'un ou l'autre des modes les plus adaptés à la situation présente. A défaut d'entente, la médiation s'impose. La seule question litigieuse réside dans le fait de savoir si le tiers médiateur peut agir par la suite comme évaluateur ou adjudicateur, ce qui entraînerait une confusion des rôles préjudiciable aux négociations<sup>87</sup>.

Le même risque de confusion des rôles se pose en cas de médarb (contraction de médiation et arbitrage), procédure dans laquelle le médiateur nommé devient arbitre en cas d'échec de la médiation. L'avantage d'une telle méthode est avant tout un gain de temps et d'argent, le médiateur devenu arbitre connaissant en effet parfaitement les enjeux du litige au moment de prononcer la sentence. Pour pallier cette difficulté, le CMAP<sup>88</sup> (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris) a instauré un médarb simultané, les rôles de médiateur et d'arbitre n'étant pas assumés par la même personne. Le coût et la durée sont fixés d'avance, ce qui garantit aux parties d'avoir à un date prévisible une solution à leur litige, que celle-ci intervienne de manière négociée ou par sentence arbitrale<sup>89</sup>.

Enfin, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>90</sup> (Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international) permet au tribunal arbitral de rendre non seulement des sentences définitives, mais également des sentences interlocutoires (avis de droit) permettant aux parties de bénéficier d'une interprétation de leur convention lorsqu'une difficulté survient pour prévenir le litige.

---

85 <[http://www.iccwbo.org/drs/french/adr/all\\_topics.asp](http://www.iccwbo.org/drs/french/adr/all_topics.asp)>; SCHÄFER et al. (note 76).

86 L'arbitrage ne fait pas partie des modes à disposition pour résoudre le conflit dès lors que la CCI dispose d'un règlement arbitral séparé.

87 Sur cette question complexe, voir GARBY (note 84), p. 154.

88 <<http://www.mediationetarbitrage.com>>.

89 GARBY (note 84), p. 155.

90 <<http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DB/regcnudci.htm>>.

## V. Le feu rouge du P-CPC

La relation entre la médiation et l'arbitrage se pose en pratique, en particulier dans deux situations: lorsqu'une clause d'arbitrage est couplée avec une clause de médiation et lorsqu'un tribunal arbitral conseille aux parties de tenter une médiation.

Or le projet n'aborde aucune des deux questions. Le législateur devrait cependant s'y intéresser d'une part pour éviter le morcellement horizontal que risque de provoquer la diversité des pratiques et surtout pour de garantir la confidentialité de la médiation vis-à-vis de l'arbitrage.

S'agissant de la première question, la pratique démontre qu'une telle clause est courante. Il convient donc de conférer aux tribunaux étatiques la compétence de nommer (récuser etc.) le cas échéant un médiateur si la convention comporte une clause de médiation. Le projet d'art. 354 al. 2 P-CPC ne vise à ce jour que la nomination (récusation etc.) des arbitres.

De même, il importe de bien distinguer conciliation et médiation lorsque ces procédures constituent un préalable convenu entre les parties. Or l'art. 370 al. 1 P-CPC n'envisage que l'hypothèse de la conciliation – en tant qu'élément déclencheur de litispendance – en omettant les cas où le recours à la médiation aurait été prévu. Pourtant, les deux hypothèses ne sont pas identiques, la médiation impliquant le recours à un formalisme dans son processus et ses techniques que ne connaît pas la conciliation.

Enfin, un parallèle doit être tiré entre la relation procédure civile/médiation et arbitrage/médiation. Un tribunal arbitral, à l'instar d'un tribunal civil, doit pouvoir conseiller en tout temps aux parties de procéder à une médiation, quand le litige s'y prête. La médiation peut s'avérer plus appropriée, l'arbitrage pouvant se révéler être une voie coûteuse, complexe et donc moins adaptée selon les cas<sup>91</sup>. Que la convention d'arbitrage comporte ou non une clause de médiation, les principes et règles exposés au chapitre II (confidentialité, suspension, homologation, etc.) doivent s'appliquer par analogie à la procédure arbitrale. L'art. 371 P-CPC devrait être complété en ce sens, les voies de passage entre l'arbitrage et la médiation étant encore inexistantes.

## E. Du feu rouge au feu vert du P-CPC

Dans la perspective d'une codification de la procédure civile suisse, dont le but est non seulement l'unification des 26 codes de procédure cantonaux mais

91 A ce propos, PIERRE LALIVE, Sur une «commercialisation de l'arbitrage international», in: *Liber amicorum Claude REYMOND*, Paris 2004, pp. 167–172; PIERRE LALIVE, *Dérives arbitrales*, in: *ASA Bulletin* vol. 23(2005), n° 4, pp. 587–592; XAVIER FAVRE-BULLE, *Arbitrage et règlement alternatif des litiges: une autre justice pour les consommateurs?*, in: *Liber amicorum Bernd Stauder*, Genève et al. 2006, p. 112.

avant et surtout la recherche d'une justice mieux adaptée et plus efficace, le législateur helvétique serait bien inspiré de réglementer l'articulation entre les modes judiciaires et extrajudiciaires de résolution des litiges. Il est en effet primordial que les justiciables (comme les avocats et magistrats) aient des indications précises, sûres et uniformes sur les possibilités qui s'offrent à eux et sur les conséquences procédurales d'une libre circulation des litiges civils et commerciaux. Sans une telle réglementation, les deux voies risqueraient d'évoluer dans deux mondes cloisonnés, sans possibilité d'interaction. Or seul un libre passage entre les modes de résolution extrajudiciaires et judiciaires peut contribuer à créer entre ces deux voies la synergie nécessaire à leur efficacité respective, une émulation saine et performante pour mieux répondre aux besoins des justiciables.

C'est dans ce contexte également que s'inscrit la construction d'une justice conciliatoire au sein de l'appareil judiciaire, complément indispensable à la justice civile traditionnelle. Pour réaliser pleinement cet objectif, encore faudrait-il élaborer un cadre juridique favorisant les nouvelles approches et techniques conciliatoires – négociation, facilitation, équité, estimation – et doter les magistrats d'une formation adéquate pour être en mesure d'utiliser efficacement les outils à leur disposition<sup>92</sup>.

Pour répondre aux nouveaux besoins de la société en justice souple, rapide et à moindre coût, les magistrats de leur côté ont la responsabilité d'anticiper, en procédant à des expériences pilotes à l'instar de ce qui se fait ailleurs en Europe et dans le monde, auxquelles le barreau doit être étroitement associé en vue de l'élaboration de projets de loi. De son côté, il incombe au législateur de s'y intéresser et comprendre les enjeux pour prendre une décision libre et éclairée.

L'élaboration de la loi sur la médiation civile à Genève illustre concrètement la synergie qui peut et doit exister entre médiation et conciliation, respectivement médiation et procédure civile. Ce système, conçu en commun par des magistrats et des médiateurs, offre un démenti à l'idée d'une infranchissable frontière entre les modes extrajudiciaires et judiciaires<sup>93</sup>. Comme maintes expériences accomplies en Norvège, au Danemark, en France, en Slovénie, au Canada et au Japon, l'expérience genevoise démontre qu'il est à la fois possible d'œuvrer ensemble utilement, d'abord entre magistrature et milieux intéressés, puis entre les trois pouvoirs, judiciaire, exécutif et législatif.

La nouvelle conciliation judiciaire pratiquée dans les pays précités fait apparaître une libre circulation des litiges civils et commerciaux entre les modes judiciaires – conciliation et procédure civile – et à tous les degrés de juridic-

---

92 MIRIMANOFF (note 26), pp. 540ss.

93 CHENOU/MIRIMANOFF (note 19), p. 282.

tion, avec l'élémentaire précaution de séparer les personnes et les rôles<sup>94</sup>. La Suisse doit s'inspirer de ces expériences concluantes et orienter sa législation en ce sens.

La libre circulation des différends civils et commerciaux, entre les modes extrajudiciaires (médiation/arbitrage), entre les modes judiciaires (conciliation/procédure civile) et entre les modes extrajudiciaires et judiciaires (médiation/conciliation ou procédure civile) constitue la condition de base pour le développement de nouvelles approches, offrant aux personnes et aux entreprises une palette de possibilités performantes, à retenir de cas en cas, selon la nature du litige et les enjeux humains, juridiques, économiques et sociaux.

Comme le conclut Loïc CADDIET<sup>95</sup>:

«En définitive, à l'époque où le juge s'ouvre à la pondération des intérêts en couvrant de son office le règlement amiable des différends, la frontière paraît assez mince entre la solution juridictionnelle et la solution conventionnelle des litiges. Entre ces deux modes de solution, les nuances s'observent davantage que les contrastes.

Appelons cela, si l'on veut, le modèle de la justice plurielle. Au rebours d'un discours associant les MARC à une entreprise de déjudiciarisation, il est sans doute préférable de défendre l'idée que les modes de solution amiable doivent être articulés aux modes judiciaires de règlement des différends. Les uns n'excluent pas les autres et, pour un même conflit, il doit être possible d'aller de l'un à l'autre et vice-versa. Si elles ne sont pas identiques, les garanties qu'offrent ces deux modes de résolution des conflits doivent donc être équivalentes. Au droit à un procès équitable doit ainsi répondre le droit à une conciliation équitable».

Il ne suffit donc pas de proclamer que le «règlement à l'amiable a la priorité»<sup>96</sup>, encore faut-il lui donner les moyens de s'épanouir en abolissant les divers freins et carcans inutiles de l'actuel P-CPC. C'est dans ce but précis que le Groupement Suisse des Magistrats pour le Médiation et la Conciliation (GEMME-SUISSE)<sup>97</sup> a formé des propositions concrètes en juillet 2005<sup>98</sup>, puis en octobre 2006<sup>99</sup>, visant d'une part à conférer au système la souplesse et la liberté qui fécondent la créativité de solutions mutuelles bénéfiques et d'autre part à le rendre eurocompatible<sup>100</sup>. Toutes les organisations faitières concernées leur ont apporté un large soutien: la Chambre suisse de média-

94 Le Groupement européen des magistrats par la médiation (GEMME) favorise notamment les échanges d'expériences et de pratiques en matière de MARL et encourage la formation des magistrats d'une part pour mieux promouvoir la médiation (par un tiers) et, d'autre part, pour mieux exercer la conciliation (par eux-mêmes).

95 Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et directeur du Centre de recherche sur la justice et le procès, CADDIET, (note 10), pp. 262–263).

96 Message p. 20.

97 L'une des douze sections nationales de GEMME, fondée le 8 octobre 2004 à Fribourg.

98 Propositions soutenues par la CSMC/SKWM et la FSM/MDV, remises à l'Office fédéral de la justice, le 1.7.2005, <www.secretantroyanov.com/gemme/doc/gemme\_suisse.pdf>.

99 GEMME-SUISSE, La médiation civile en Suisse: pratiques cantonales et proposition d'amendement du CPC, Fribourg octobre 2006.

100 Voir note 32.

tion commerciale, la Fédération suisse des associations de médiation et les Chambres de commerce et d'industrie de Bâle, Berne, Genève, Neuchâtel, Vaud, Tession et Zurich.

Ce concept de complémentarité entre les voies judiciaires et extrajudiciaires, et entre les solutions consensuelles et les solutions imposées, est primordial et doit être souligné. Cela ne doit pas être entendu dans le sens où les MARL constitueraient une alternative au contentieux judiciaire, mais, bien au contraire, en ce que les voies amiables sont prioritaires, le recours à l'arbitrage ou la procédure civile ne constituant qu'une *ultima ratio*, une alternative au règlement amiable<sup>101</sup>.

*Résumé:*

Le présent article a pour objectif de déterminer, sans prétention d'exhaustivité, comment la libre circulation des différends civils et commerciaux peut ou devrait être assurée, que ce soit entre les voies judiciaires et extrajudiciaires ou à l'intérieur de celles-ci, en s'inspirant des solutions retenues par certaines législations européennes, tout en maintenant un regard particulier sur le droit suisse, actuel ou en devenir (au vu notamment du P-CPC).

*Zusammenfassung:*

Dieser Artikel soll ohne Anspruch auf Vollständigkeit bestimmen, wie die Freizügigkeit zivil- und handelsrechtlicher Streitigkeiten gewährleistet werden kann oder sollte, ob zwischen gerichtlichen und aussergerichtlichen Verfahren oder innerhalb derselben. Dabei sollen die Lösungen verschiedener europäischer Gesetzgebungen als Anregung dienen und zugleich ein besonderes Augenmerk gerichtet werden auf das geltende und das im Entstehen begriffene, zukünftige schweizerische Recht, insbesondere das Projekt der Zivilprozessordnung.

---

101 C'est ce que souligne THIERRY GARBY (note 84), p. 50: «Il faut le dire clairement, la médiation n'est pas un moyen de remédier aux inconvénients du contentieux. C'est un moyen plus intelligent et plus efficace que le contentieux de résoudre les conflits (...) A la vérité, on devrait plutôt dire que le contentieux est alternatif à la médiation que l'inverse».