



**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**

Médiation et conciliation : quelques pistes de réflexion...

par Isabelle Bieri¹

Les projets d'unification des codes de procédure fédéraux témoignent des changements en cours. En matière civile², notamment, la médiation fait son entrée dans le tissu législatif aux côtés de la conciliation qui est généralisée, respectivement développée : sur le plan institutionnel par la garantie d'instances matériellement et physiquement indépendantes et, sur le plan procédural, par l'introduction de compétences juridictionnelles – les propositions de jugement³. Procédure extrajudiciaire pour la première, judiciaire pour la seconde, le principe demeure : "concilier d'abord, juger ensuite"⁴.

Les réticences sont importantes. Ainsi, on reproche à la médiation de mettre en péril le principe de *l'égalité de traitement* et du *droit d'être entendu*. Le processus de médiation aboutirait, selon cette critique, à un monopole de connaissance par le médiateur: entendues séparément, les parties n'auraient plus accès à toute l'information et perdraient dès lors la maîtrise du processus. L'équité relèverait désormais de la seule appréciation personnelle du médiateur. De même la

¹ Toute citation est autorisée, avec mes remerciements d'avance pour une indication de la source.

² La contribution est centrée sur la médiation civile. On signalera toutefois que la médiation a également été introduite dans le projet de procédure pénale unifiée. Elle a toutefois rejetée à une faible majorité par la commission des affaires juridique du Conseil des Etats lors de la session d'automne 2006. Une confusion, respectivement une méconnaissance des mécanismes propres à la médiation et conciliation serait à l'origine de la décision. La médiation pénale est introduite dès le 1^{er} janvier 2007 dans le droit pénal applicable aux mineurs (DPMIn).

³ Les *propositions de jugements* sont inspirées de la solution retenue par le législateur en matière de bail à loyer (art. 274a CO). L'opportunité d'introduire un pouvoir juridictionnel au stade de la conciliation est controversé. L'absence de pouvoir juridictionnel au stade de la conciliation – en dehors des cas où des exigences de rapidité l'imposent - constitue sans doute aucun un encouragement à la négociation. Cette question n'est pas traitée ici (sur ce point voir notamment, Contexte conciliatoire : Quelques réflexions sur l'évolution de la gestion des conflits par les instances judiciaires et quasi-judiciaires, à l'instar de l'autorité de conciliation en matière de bail à loyer et de bail à ferme, p. 134ss, in Actes de la 1^{ère} rencontre des autorités cantonales de conciliation en matière de baux et loyers, Genève, 2002)

⁴ Message du conseil fédéral

conciliation est sujette à critique : trop informelle, elle serait activée avant tout pour décharger le juge et l'accord conclu ne refléterait pas toujours le droit⁵.

En bref, c'est tout le système des modes de régulation qui est en discussion aujourd'hui.

Ces reproches ne peuvent être écartés sans analyse. Ils démontrent que du point de vue conceptuel, la distinction entre médiation et conciliation est floue, à telle enseigne que même le législateur fédéral s'est limité à considérer que "*la médiation s'apparente à la conciliation classique (.), à la différence (que) la médiation obéit à une structure plus formelle (et que) les parties se trouvent dans un rapport horizontal avec le médiateur*"⁶.

La conciliation

Le terme de conciliation englobe à la fois un *acte*, une *étape* et un *résultat* : il vise (1) l'intervention du tiers - instauré par la loi et donc doté d'un pouvoir -, (2) avant ou durant une procédure, mais également (3) l'accord obtenu. A l'image du chef d'orchestre, le rapprochement entre les parties se fait sous la direction du tiers dans une optique *juridique* partagée ou acceptée par elles. Garant du cadre légal, le conciliateur dispose d'un pouvoir d'enquête, de recommandation et parfois de décision. L'évaluation du litige et des chances de succès *par le conciliateur* est à la base de l'accord qui est souvent le fruit de concessions réciproques. La conciliation consacre le principe de verticalité entre le tiers et les parties.

Le litige soumis en conciliation est déterminé, parce que défini par les écrits ou les déclarations des parties. Cela ne signifie pas pour autant qu'il y ait identité entre le litige soumis et la situation vécue. Pour aboutir sur la table du conciliateur ou du juge, l'histoire - le récit - des parties a subi diverses *transformations*, en particulier au niveau du langage utilisé. Enfin, la demande fixe et fige en principe le litige : il y a *crystallisation*.

Le processus de formalisation brièvement décrit ci-dessus implique une superposition de récits entre le moment où le litige naît et la demande en droit. Lorsque la demande s'écarte trop de la situation initiale, le justiciable ne se reconnaît plus dans le litige. Il ne peut donc plus se l'approprier. Cette situation génère un sentiment d'insécurité. Il en va de même, lorsque le justiciable se perd dans des réglementations complexes, contradictoires ou incomplètes.

Les personnes impliquées dans le litige et les parties à la procédure ne sont pas nécessairement les mêmes. C'est le droit matériel qui définit la qualité de partie et le

⁵ Rolf Stürmer, Richterliche Vergleichsverhandlung und richterlicher Vergleich aus der Sicht eines deutschen Richters une Prozessrechtslehrer, conférence donnée dans le cadre de la Fondation pour la formation continue des juges suisses, Gerzensee, janvier 2005

⁶ Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 no 37, p. 103

droit de procédure qui désigne les interlocuteurs potentiels du juge. Il peut y avoir *triangulation* et *délégation* du litige. L'appropriation du litige devient plus difficile dans ce cas, puisque l'accord juridique entre parties à la procédure ne concerne pas nécessairement les personnes impliquées.

L'issue de la conciliation, comme celle du jugement dépendra de la perception du juge, en regard de ce qui a pu être prouvé ou rendu vraisemblable. La parole du juge en conciliation influence sans doute aucun la détermination des parties quant à l'issue possible de la procédure. Il en résulte que justice n'est donc pas toujours synonyme de justesse⁷.

A l'analyse sommaire faite ci-dessus s'ajoute le constat que la personne du justiciable est de plus en plus au centre des préoccupations de la société, du droit et de la jurisprudence. Celui-ci attend de la loi, comme du juge une solution adaptée à sa situation *concrète*. La loi vise un nombre indéterminé de personnes et de situations, en fixant un cadre destiné à prévenir l'arbitraire. Ainsi, elle assure notamment aux parties l'égalité de traitement et le droit d'être entendu, en garantissant la transparence, et la prévisibilité des règles et en favorisant l'élaboration d'une jurisprudence et l'évolution du droit »⁸. Cette recherche s'exprime également de manière symbolique, par un lieu identifié et accessible (audience publique) et par certains rituels (tenues des avocats, langage spécifique etc.). Si à cet égard, le pouvoir d'appréciation du juge joue bien entendu un rôle important, il n'en demeure pas moins que celui-ci est lié par son obligation de "**dire le droit**".

Il existe donc une zone de tension entre les garanties d'une égalité de traitement offertes par la loi et la justice et la revendication de solutions individualisées.

La médiation

Au-delà du processus formel décrit par de nombreux manuels, c'est bien d'un changement de perspective qu'il est question ici. Divers angles de vue peuvent être envisagés.

La médiation s'occupe des conflits plutôt que des litiges. La loi ne fait pas vraiment de distinction entre les deux. La perception des parties et l'aspect relationnel du litige constituent des facteurs importants. Autrement dit, le litige devient un conflit parce que *les parties le perçoivent comme tel*. Sans perception du conflit, il n'y a pas de conflit et sans conflit il n'y a probablement pas de médiation !⁹ Cette circonstance ne peut être définie à l'avance ni dans la loi, ni dans les écrits.

Les phénomènes d'accélération et de mutation constatés dans nos sociétés et les problèmes qui en découlent appellent des solutions rapides. La diversification et la

⁷ Le terme de "juste" est ambigu, dès lors qu'il correspond à la fois à la notion de justice (Gerechtigkeit) et de justesse (Richtigkeit).

⁸ Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006

⁹ Philipp Milburn, Le droit pénal des mineurs en France, conférence donnée dans le cadre du CEMAJ/Faculté de droit de Neuchâtel, le 6 septembre 2006.

complexité croissante des litiges ont conduit à la notion de litiges de premier et de deuxième ordre (Susan Sturm). La loi n'offre souvent une solution claire que dans le premier cas, sous la forme d'une sanction ou d'une réparation en fonction de critères légaux prédéfinis. Lorsque le contexte devient complexe, la réponse nécessite souvent une suite d'investigations et de démarches – juridiques en particulier – au détriment des exigences de rapidité. Une réponse qui serait donnée uniquement par application de la norme serait incomplète et insatisfaisante. Elle équivaudrait à une absence de réponse.¹⁰

A l'inverse de la conciliation, la médiation n'intervient pas sur une base connue ou prédéfinie à travers des écrits. La tâche en médiation consiste alors à clarifier dans quel *contexte* les parties entendent mener la discussion, quels sont les enjeux et les *intérêts* que ces dernières souhaitent mettre en avant, en vue de mettre un terme au conflit. Cela signifie en particulier que la négociation entre parties portera également sur la question de savoir quels critères d'appréciation seront pris en considération. S'agit-il d'une application stricte de la loi – auquel cas la médiation s'assimile à la conciliation – ou s'agit-il de prendre en considération d'autres paramètres, tels que la poursuite d'une relation commerciale, la reconnaissance d'un intérêt considéré comme légitime, etc. ? A l'inverse de la conciliation, la médiation permet le cas échéant aux parties de mener la discussion dans un autre cadre de référence que la loi, si cet élément est déterminant pour elles. Parmi ces autres critères, on a peut-être souvent cité les aspects relationnels et émotionnels, ce qui a généré une confusion entre la notion de médiation et celle de thérapie¹¹. D'autres critères, tels que ceux énoncés ci-dessus, peuvent être pris en considération pour construire une règle du « vivre ensemble » ou du « collaborer » autre que celle définie par la loi. Le passage de la perspective légale à une autre perspective implique un changement de rationalité. Dans la mesure où l'ensemble des critères sont négociés et non imposés, la médiation consacre le principe d'horizontalité entre les parties et avec les médiateurs.

Exemple d'application

Le contrat de « Mac Nemo » est violé parce que X vend des produits qui ne sont pas autorisés par le contrat. Y dénonce le contrat et réclame un dédommagement. Une procédure de conciliation ou une action judiciaire portera sur l'analyse du contrat, la cessation du trouble - ou la fin du contrat - et la réparation en argent. La proposition du conciliateur portera sur le maintien ou la fin du contrat et sur le principe de l'indemnisation. Une médiation conduira d'abord chacune des parties à situer les **enjeux du conflit** et de la discussion, le travail des médiateurs consistant dans ce cas à clarifier et à mettre en évidence ces enjeux. Cette phase peut prendre du **temps**, car les positions exprimées cachent parfois des enjeux qui ne sont pas visibles a priori ou perçus en tant que tels. La situation ne sera en effet pas la même selon que la

¹⁰ Jean de Munck, Justice et médiation, conférence donnée dans le cadre du colloque du CEMAJ, Neuchâtel 21 septembre 2006

¹¹ la thérapie peut être définie comme une aide à la personne (Sylvie Monnier), alors que la médiation est un processus de communication impliquant une écoute et une compréhension réciproque des enjeux, **compréhension n'étant bien entendu pas synonyme d'acceptation!**

prétention pécuniaire formulée par Y a pour but d'obtenir la réparation d'un dommage, de rappeler les rapports de pouvoir (bafoués) entre X et X ou encore d'obtenir reconnaissance que la relation et confiance commerciales ont été trahies. Concrètement, la question se posera de savoir si le versement d'une somme d'argent constitue la réponse adéquate ou si d'autres solutions permettent de répondre mieux aux attentes et aux intérêts des parties. Imaginons dans notre exemple que les compétences professionnelles et le savoir-faire des parties ne sont pas contestés et que la médiation aboutit à une meilleure compréhension des motivations à la base de l'extension de la liste de produits par X, d'une part, des enjeux de chaque partie, d'autre part. X et Y pourront alors (re) négocier le contrat en l'étendant par exemple à une zone ou à des produits jusqu'alors exclus, s'il s'avère que cette nouvelle situation procurerait un avantage pour les deux co-contractants. Peu importe en l'espère si cet avantage est ou non de même nature pour les deux parties. La compréhension mutuelle des mécanismes à l'origine des actes de chaque partie constituera la base d'une nouvelle forme de collaboration.

Conclusion

Les outils se diversifient, parce que les litiges se diversifient.

Que nous faisons appel à la justice ou que nous revendiquions la justesse, le choix que nous opérons correspond à un choix personnel, comme à un choix de société. Ces choix font toutefois appel à des réalités et à des grilles de lecture différentes. Dans cette perspective, la médiation, décrite parfois comme une justice privée, peut apparaître comme une menace pour l'État et la démocratie.

Dans la recherche constante d'un équilibre entre la personnalisation de la solution et la garantie des droits fondamentaux, le projet de procédure civile unifiée propose deux formes d'interactions différentes, mais complémentaires qui toutes deux tendent en fin de compte le maintien de la paix sociale. En effet, l'appel à la liberté et « la revendication d'un individualisme renforcé par les sujets » nécessite l'adaptation des outils de régulation » faute de quoi il n'y a plus de régulation¹². Entre les deux, il y a donc un espace à définir.

Médiation et conciliation ont toutes deux un rôle à jouer dans la régulation d'un monde en mutation où la référence unique n'existe probablement plus. C'est dire si le choix de l'outil et une connaissance par le juge des mécanismes spécifiques à chacun, mais également une appréciation des situations propices à la médiation ou à la conciliation apparaisse comme une condition incontournable à une bonne utilisation.

Il ne s'agit pas de remplacer des juges pressés par des colombes mal armées, relatait le journal *"Le Nouveau Quotidien"* avant d'être pris par *"Le temps"*.

¹² Jean de Munck, Justice et médiation, conférence donnée dans le cadre du colloque du CEMAJ, Neuchâtel 21 septembre 2006