



JOURNEE D'ETUDE DU 28 OCTOBRE 2009 :

LE REGLEMENT AMIABLE DES CONFLITS  
DANS LE NOUVEAU CODE DE PROCEDURE CIVILE (CPC)

**LES MECANISMES DE LA NOUVELLE  
CONCILIATION JUDICIAIRE\***

**Jean A. MIRIMANOFF**

et

**Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE**

---

\* © Texte tiré de l'ouvrage « La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens », CEDIDAC, Vol. n° 78, Lausanne, novembre 2008, mis à jour pour la journée d'étude du 28 octobre 2009.

## TABLE DES MATIERES

Chapitre 1 :	Introduction	p. 2
Chapitre 2 :	Survol des origines	p. 3
Chapitre 3 :	Les divers aspects de la conciliation	p. 10
Chapitre 4 :	Conciliation et médiation	p. 18
Chapitre 5 :	Les outils	p. 24
Chapitre 6 :	La relation au droit	p. 26
Chapitre 7 :	Conclusion	p. 27
	Schémas	
	Liens utiles	
	Publications	

## Bibliographie

Une bibliographie ADR sélective et raisonnée et une autre, alphabétique, sont disponibles sur le site [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)

## LISTE DES ABREVIATIONS

ACBL	Autorité de conciliation en matière de baux et loyers
ADR	Amicable Dispute Resolution
AJP/PJA	Pratique juridique actuelle
Art.	Article
BATNA	Best alternative to a negotiated agreement
CBL	Commission de conciliation en matière de baux et loyers
CC	Code civil
CCI	Centre du Commerce International
CE	Conseil de l'Europe
CPC	Code de procédure civile unifié
CSMC	Chambre Suisse de Médiation Commerciale
ENM	Ecole nationale de la magistrature (France)
FF	Feuille fédérale
Gemme	Groupement européen des magistrats pour la médiation
LPC	Loi genevoise de procédure civile
p.	page(s)
RDS	Revue de droit suisse
RTDciv	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivante(s)
SJ	Semaine judiciaire
TPI	Tribunal de première Instance

# LES MECANISMES DE LA NOUVELLE CONCILIATION JUDICIAIRE

Jean A. MIRIMANOFF\*

et

Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE\*\*

## Chapitre premier : Introduction

La conciliation se situe à un carrefour. Elle appartient encore au règlement amiable, dans la mesure où son issue demeure consensuelle, et déjà à l'action judiciaire, dont la tentative préalable de conciliation représente la première étape, obligatoire en principe (art. 197 CPC), et la conciliation par le juge du fond la seconde (art. 124 al. 3 CPC).

La nouvelle conciliation judiciaire représente un regard neuf lié à une approche neuve, faisant appel à des techniques neuves. Elle emprunte à la négociation raisonnée et à la médiation quelques uns de leurs outils, mais dans le contexte qui est le sien, celui d'antichambre du combat judiciaire pour la tentative préalable, et celui - plus délicat et différent- de tâche prioritaire pour le juge du fond. Elle ne devrait ainsi intervenir que lorsque la négociation n'a pas abouti, ou lorsque les parties - si elles ont pris l'initiative de se rendre en médiation - n'ont pas su ou pu y trouver un accord.

Le Conseil fédéral a ainsi rappelé<sup>1</sup> que "*les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive*" et que "*l'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une solution litigieuse*", signifiant par là que la conciliation est l'alternative de la médiation. "*Le règlement à l'amiable a la priorité*" exprime aussi l'idée que le combat judiciaire est l'alternative de la conciliation<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>\* Jean A. MIRIMANOFF, médiateur assermenté (CSMC), Président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, membre du Conseil d'Administration de la Conférence internationale de la Médiation pour la Justice ( CIMJ ), membre de la Commission des Standards de l' *International Mediation Institute* (La Haye) et de la Commission de préavis sur la médiation civile et pénale (Genève), ancien Juge (TPI), ancien Secrétaire général de Gemme-Suisse

<sup>2</sup>\*\* Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Dr iur.*, titulaire du brevet d'avocat, chargée d'enseignement à l'Université de Genève, secrétaire-juriste (TPI).

Conseil fédéral, Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC) [Message], FF 2006 6841, 6860.

<sup>2</sup> Dans le même sens : Thierry GARBY, *La gestion des conflits*, CMA Economica, Paris, 2004, p. 8.

Au cours de la négociation et de la médiation, les parties demeurent libres de traiter ou non leur conflit dans son ensemble, tandis que la requête en conciliation contient "*la désignation de l'objet du litige*" (art 202 al. 2 CPC)<sup>3</sup>. Rappelons à ce titre que le conflit est le différend "brut" non encore juridiquement cadré et restreint, alors que litige représente le différend juridique, tel qu'il est soumis au magistrat, conciliateur ou juge. L'objet du litige est ainsi constitué par les conclusions de la partie demanderesse à l'obtention d'un jugement donné dans une procédure engagée sur un état de fait déterminé<sup>4</sup>.

Est-ce à dire qu'en conciliation les parties et le magistrat auraient perdu leur liberté et leur responsabilité pour résoudre autrement leur conflit ? Aucun intérêt supérieur ne les empêche de sortir du cadre du litige, en dépit de ce que semble affirmer la lettre de l'art. 201 deuxième phrase CPC<sup>5</sup>.

Après un survol des origines de la conciliation (2), nous en examinerons les divers aspects (3), pour tenter de mieux la cerner par rapport à la médiation (4), dont elle utilise, avec les siens propres, certains outils (5), tout en gardant une relation étroite au droit (6), avant de conclure (7).

## Chapitre 2 : Survol des origines

### 2.1. A Rome

A ce jour la filiation entre notre concept de conciliation judiciaire et les institutions

---

<sup>3</sup> A propos des concepts de conflit et de litige : Thomas FIUTAK, *Le médiateur dans l'arène*, Erès, 2009, p. 114; Béatrice GORCHS, *La Médiation dans le procès civil : sens et contresens*, RTD civ., 2003, p. 409; Antoine JEAMMAUD, *Conflit, différend, litige*, in *Revue Droits*, No 34, 2002.

<sup>4</sup> Walther HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, Genève, 1980, p. 264.

<sup>5</sup> Le texte de l'art. 201, 2<sup>ème</sup> phrase CPC propose de restreindre la transaction à "*des questions litigieuses qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige*". Le commentaire ne justifie cependant pas une limitation aux questions litigieuses, la volonté du Conseil fédéral tendant précisément à favoriser l'émergence de solutions non restreintes au cadre du litige. Une interprétation plus restrictive irait à l'encontre de ce qu'enseigne la négociation raisonnée. Voir à ce sujet Bastien SANDOZ, *Procédure civile fédérale unifiée : quel impact sur la gestion des litiges dans la perspective du juge ? La conciliation*, in *Actes de la Conférence de Gemme-Suisse*, Neuchâtel, 06.06.2008, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)

de droit romain n'a pas été établie.

Dans la culture antique, avec le système trifonctionnel des anciennes sociétés indo-européennes, le principal dieu (Jupiter pour les Romains) se révèle actif dans les deux zones du pouvoir et du droit<sup>6</sup>. Dans ce deuxième aspect, *Dius Fidius* veille au respect des contrats. Avec le temps, les Romains ont de plus en plus divinisé des abstractions: sous le visage de "*Fides*" se profile la bonne foi, le respect de la parole donnée, et sous celui de "*Concordia*" la réconciliation des couches sociales (plébéiens et patriciens), la paix sociale. Or, aucune divinité ne semble apparemment s'apparenter au compromis judiciaire<sup>7</sup>.

Dans la Rome des origines, la loi des XII tables prescrivait cependant qu'avant de recourir à la peine du talion, il était nécessaire d'examiner si les parties avaient la possibilité de s'entendre<sup>8</sup>. A l'époque classique, l'exercice de la juridiction<sup>9</sup> consistait à octroyer aux parties le moyen approprié pour trancher le litige, qui était normalement le jugement (*iudicium*). Tout procès se partageait en deux phases :

- la première se passait devant un magistrat, le préteur (*in iure*) et servait à déterminer l'objet et les limites du litige, à désigner le juge compétent et à définir sa tâche future;
- la deuxième avait lieu devant un autre magistrat, le juge compétent (*apud iudicem*) qui procédait à l'administration des preuves et rendait sa décision (*sententia*).

Cette séparation n'était ainsi pas conçue pour faire de la première phase une conciliation; même si l'on ne peut pas totalement exclure qu'elle y prit place parfois, une telle éventualité paraissant cependant peu plausible<sup>10</sup>.

Plus tardivement, avec le Digeste, l'idée de conciliation entre ascendants et descendants a été introduite, de manière obligatoire mais limitée<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Georges DUMEZIL, *La religion romaine archaïque*, Payot, Paris 1987, p. 165.

<sup>7</sup> Georges DUMEZIL, voir note n° 6.

<sup>8</sup> Ce qui pouvait ouvrir la porte à la médiation; pour la Grèce, cf. Jean A. MIRIMANOFF, *Digression mythologique sur la résolution des conflits*, in Actes de la Journée de la Médiation, organisée par l'ENM, Gemme et l'Association Alpes-Maritimes Médiation, Nice, 11.04.2008, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)

<sup>9</sup> De l'expression *ius dicere*, dire le droit, cf. Bruno SCHMIDLIN et al., *Droit privé romain*, Vol. II, Procédure civile, Payot, Lausanne, 1991, p. 252.

<sup>10</sup> Raymond MONNIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Ed. Domat Montchrestien, 1947, p. 126 à 205, en particulier 136 à 138.

<sup>11</sup> P.F. BELLOT, *Exposé des motifs de la LPC du Canton de Genève*, 2<sup>ème</sup> éd., Genève 1837,

Ainsi la conciliation judiciaire n'est pas issue de notre culture antique.

En revanche, la résolution amiable avait déjà sa place dans les civilisations classiques, comme l'a relevé Guy CANIVET, qui cite Platon :

*"Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent à trouver leurs voisins, leurs amis, aussi bien ceux qui sont au courant des actes sur lesquels porte la contestation ; qu'ils aillent vers les tribunaux dans le cas seulement où d'aventure on n'aura pas reçu de ces gens-là une solution qui règle convenablement le différend"* (Les Lois, VI, 767)<sup>12</sup>.

Un triple enseignement se dégage de ce passage, étonnement actuel :

- a) il est indispensable de commencer par consulter un tiers avant de saisir les tribunaux, idée que reprend le Conseil fédéral dans son message en soulignant la priorité du règlement amiable<sup>13</sup>;
- b) la personne du tiers et du juge sont différentes, ce qui assure la confidentialité du processus et la liberté d'expression des parties, point sur lequel insiste notamment l'Avis consultatif No 6 (2004) du Conseil consultatif des Juges Européen (CCJE);
- c) les modes d'agir du tiers et du juge diffèrent, idée contenue implicitement.

## 2.2. Ancien régime

Dans l'ancien régime, les juges avaient l'obligation, morale ou juridique, à la première comparution personnelle, comme à toute autre étape du procès, de *"tenter de concilier les parties, pour éviter tant les frais que les rancœurs"*<sup>14</sup>. A telle enseigne que l'on a écrit : *"l'exercice de la conciliation fait éprouver des plaisirs tout autrement vifs et purs que celui de la justice, il devient... une douce habitude"*<sup>15</sup>. Cette institution subsiste encore de nos jours, y compris dans le CPC.

Ce type de conciliation en cours de procédure a pour principal mérite celui d'exister et d'entrouvrir la voie à un mode à la fois complémentaire et différent de

---

p. 30.

<sup>12</sup> Guy CANIVET, *in* Art et Technique de la médiation, Litec, Paris, 2004, p. 153ss.

<sup>13</sup> Cf. *supra* note n° 1.

<sup>14</sup> Barbara ROTH, *Messieurs de la Justice et leurs greffes*, *in* : Mémoire de la Société d'Histoire et d'Archéologie, Toroz, Genève 1992, Tome 54, p. 54.

<sup>15</sup> NAVILLE, cité par Barbara ROTH (note n° 14), p. 55.

résolution que celui fondé sur l'adjudication. Cependant, l'autonomie y fait défaut, aussi longtemps que la balance et le glaive demeurent dans les mêmes mains. La confidentialité - clé du succès - en est exclue, et les risques de pression par le juge ou l'intimidation objective de la situation vicient la liberté de consentement des parties.

### 2.3. 1790 ou l'essai préalable de conciliation : vers l'autonomie

L'idée philanthropique d'une magistrature destinée à prévenir les procès et à les terminer à l'amiable appartient à William PENN (1644-1718)<sup>16</sup>, inspirateur de la première constitution d'un état démocratique et libéral en nouvelle Angleterre, avec pour capitale Philadelphie<sup>17</sup>.

Les idées de tolérance, de paix, d'égalité et de démocratie véhiculées depuis cette cité eurent un grand retentissement en France, un demi-siècle après la mort de son fondateur, en particulier parmi les constituants de 1790<sup>18</sup>.

En effet, c'est l'Assemblée constituante de 1790 qui a introduit, avec la loi du 16/24.8.1790, la tentative de conciliation obligatoire. Pour la première fois dans l'histoire des institutions, un nouveau mode judiciaire de résolution des litiges, autonome et séparé de la justice traditionnelle, faisait son apparition de manière solennelle.

Avec beaucoup d'autres institutions d'origine démocratique, ce mode de résolution fut répandu en Europe continentale (y compris en Suisse et à Genève, annexée pour quelques années à la France), d'une manière qui l'était moins, avec l'aventure napoléonienne. Sauf au Canada et en Australie, elle demeurera une institution inconnue des pays de *common law*, qui la traduisent par "*mediation*" (ce qui entraîne certains *qui pro quo* dans la littérature, jusque dans la documentation du Conseil de l'Europe).

Issue d'un mariage d'idées anglo-françaises, la tentative préalable de conciliation consacrait enfin dans les institutions la séparation des personnes et des rôles, ce qui allait nécessairement favoriser la liberté d'expression des parties en conciliation, désormais libérées de la crainte que leur déclaration ou proposition ne se retournent contre elles par la suite.

<sup>16</sup> Cf. P.F. BELLOT (note n° 11), p. 26, qui ne mentionne pas sa source précise.

<sup>17</sup> Littéralement "amour du prochain", ou "fraternité dans l'amour", ville refuge des Quakers persécutés en Angleterre, se désignant sous les termes de "société des amis".

<sup>18</sup> Information aimablement communiquée par Mme Jeanne Henriette LOUIS, historienne à Paris.

## 2.4. Naissance du principe de non préjudice de la conciliation : la confidentialité

C'est ainsi que se dessina le principe de non préjudice de la conciliation, plus connu aujourd'hui sous l'expression de confidentialité.

Lorsque Genève retrouva son indépendance, elle codifia ce principe à l'art. 6 al. 2 LPC du 29.09.1819 qui disposait: *“La déclaration faite verbalement par une partie devant le juge conciliateur ne peut être considérée comme un aveu judiciaire ou être invoquée contre elle, si d'ailleurs la conciliation ne s'en est pas suivie”*.

Sous une formulation proche, on peut aujourd'hui lire dans le CPC (art. 205 al. 1) que *“les dépositions des parties ne doivent ni figurer au procès verbal de conciliation ni être prises en compte par la suite, durant la procédure au fond”*.

Il en va de même des déclarations ou propositions du conciliateur, dans les textes que reflète le droit en vigueur<sup>19</sup>.

Aujourd'hui la séparation des juges et des conciliateurs est réalisée dans la plupart des législations cantonales avec la tentative préalable de conciliation<sup>20</sup>. Certes, le principe n'est pas absolu dans la mesure où ont notamment survécu la conciliation en cours de procédure issue de l'ancien régime et la possibilité offerte au juge de paix de prendre une décision pour les litiges de faible valeur. On retrouve également dans le CPC ce mélange des rôles de conciliateur et de juge, d'une part avec la proposition de jugement (art. 210 CPC) et la décision (art. 212 CPC), d'autre part avec l'autorisation faite au juge du fond de se muer en conciliateur (art. 124 al. 3, 226 al. 2, 273 al. 3, et 291 al. 2 CPC). Dans ces différents cas, le CPC semble en outre exclure la confidentialité, gage de la liberté d'expression des parties et du magistrat et clef de voûte du déroulement conciliatoire. L'art. 205 al. 2 CPC permet en effet de prendre en compte des dépositions dans une proposition de jugement ou une décision, et l'art. 205 al. 1 CPC, applicable à la conciliation préalable, n'a pas d'équivalent pour le juge du fond. Ce dernier pourra toutefois, comme l'autorise l'art. 54 al. 3 CPC, ordonner le huis-clos pour concilier, premier pas vers la confidentialité vis-à-vis des tiers, et prévenir les risques de préjugement et de récusation en pratiquant la facilitation, à savoir en se concentrant sur les

<sup>19</sup> Art. 57 LPC et 10A LCCBL, Genève.

<sup>20</sup> Walther HABSCHEID, note n° 4, p. 236.



intérêts des parties pour englober le conflit dans son ensemble.

Sous ces quelques réserves, le principe de non préjudice demeure cependant profondément ancré en droit suisse :

*“Pour que la tentative de conciliation ait quelque chance de réussir, il est nécessaire que les parties puissent s’exprimer librement sans crainte ni arrière pensée : notamment elles doivent être sûres que l’on ne pourra pas ensuite leur opposer ce qu’elles auront dit au cours de la procédure de conciliation. Le droit suisse applique très largement le principe que la conciliation ne doit pas porter ombre à la suite des débats (principe du non préjudice de la conciliation).”<sup>21</sup>*

*Mutatis mutandis* le sort des pièces produites en conciliation doit être réglé comme en médiation, en ce sens que seuls les documents factuels peuvent être utilisés par la suite, si la conciliation n'aboutit pas. Le CPC reste sur ce point incomplet<sup>22</sup>.

Le principe de confidentialité a enfin également pris sa place dans la conciliation privée et dans la pratique conciliatoire internationale (par exemple à l’art. 7 du Règlement ADR de la Chambre de Commerce Internationale, à l’art. 14 du Règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial et à l’art. 17 du Règlement de l’OMPI).

## **2.5. Consécration des compétences conciliatoires en Suisse**

On constatait en Suisse, jusqu'à l'avènement d'un code unifié, un large contraste entre la richesse des normes régissant la procédure civile et l'indigence caractérisant la conciliation.

Plus significativement, c’est avec la conciliation spécialisée que les compétences conciliatoires ont commencé à mieux s’esquisser.

Suite à la législation bâloise de 1933, les lois genevoises du 17.10.1936 instituant les commissions de conciliation en matière de baux et loyers (CCBL) définissent, à leur art. 2 commun, *“la mission d’intervenir pour obtenir le règlement à l’amiable de tout litige portant notamment sur le montant du loyer, la disposition des locaux*

<sup>21</sup> Walther HABSCHEID (note n° 4), p. 235.

<sup>22</sup> Christine GUY-ECABERT, *Le règlement amiable des conflits dans le projet de CPC suisse : une avancée à conserver!*, in: Zeitschrift für das schweizerische Zivilprozessrecht, 2/2007, p. 209.

*et la durée du bail*”. En y ajoutant : “*Dans ce but elle doit établir l’état de fait et s’efforcer d’amener les parties à un arrangement*”<sup>23</sup>.

La nécessité d’instruire pour concilier y est donc expressément annoncée.

Encore fallait-il avoir des outils pour instruire<sup>24</sup>. Les règlements d’exécution du 21.11.1936 les ont expressément fournis aux conciliateurs genevois, qui avaient à disposition :

- la demande et la position (écrite) de l’autre partie;
- le dossier complet;
- la faculté d’entendre les parties;
- celle de se transporter sur place;
- celle d’entreprendre “toutes démarches utiles”.

Ces compétences et outils ont été renforcés par le législateur, tant sur le plan cantonal que fédéral, le nouveau droit du bail en vigueur dès le 01.07.1990 ayant introduit des autorités de conciliation paritaires pour toute la Suisse (ACBL).

Le texte du CPC comporte aujourd’hui une vingtaine de dispositions sur la conciliation (art. 47 al. 2 lit. b, 68 al. 2 lit. b, 113, 124 al. 3, 197 à 212, 226 al. 2, 273 al. 3, 291 al. 2, 361 al. 4, 372 al.1 lit. b)<sup>25</sup>.

La consécration des compétences conciliatoires, dont l’instruction, a favorisé et facilité la recherche de la solution par les parties et le conciliateur. Bien entendu, comme en conciliation ordinaire, la liberté des parties d’accepter ou de refuser la proposition issue du conciliateur demeurait et demeure encore pleinement préservée. L’essence ou la nature de la conciliation réside fondamentalement dans la liberté ainsi offerte aux parties vis-à-vis de la solution.

### **Chapitre 3 : Les divers aspects de la conciliation**

---

<sup>23</sup> Jean A. MIRIMANOFF et Isabelle DUBOIS, *La CCBL hier, aujourd’hui, demain*, in : Jubilé de la CCBL 1937-1977-2002 et première rencontre des ACBL, Genève le 15.01.2002.

<sup>24</sup> Dans ce même contexte, cf. Nicolas JEANDIN, *LPC et Production de pièces, de lege ferenda*, SJ 2000, II p. 373 ss, not. p. 402; Sidonie MORVAN et David HOFMANN, *Questions choisies de procédure civile genevoise en matière de baux et loyers*, in SJ 2008 II p. 61 à 130.

<sup>25</sup> Cf. Jacques HALDY, *La nouvelle procédure civile suisse*, Helbing Liechtenbahn, Bâle, 2009, p.41 à 45; David HOFMANN et Christian LUSCHER, *Le code de procédure civile*, Stämpfli, Berne, 2009, p.107 à 132.

### 3.1. Nature

Dans la langue courante concilier revêt plusieurs significations :

- faire disparaître les causes des différends;
- terminer les différends d'une manière satisfaisante pour les intérêts les plus opposés;
- accorder des choses, qui semblent contraires;
- mettre d'accord à l'unisson;
- ou, plus modestement, rapprocher<sup>26</sup>.

Or, étonnamment, aucune de ces activités ne figurait dans les premiers textes légaux, muets sur les compétences, tâches et méthodes des conciliateurs<sup>27</sup>.

Il est important de relever que tous ces termes évoquent d'un côté la capacité de conviction du conciliateur et de l'autre le consentement des parties, c'est-à-dire leur liberté dans la résolution et envers la solution. Aucun d'eux n'exprime la notion de contrainte ou d'autorité (symbolisée pour la justice par le glaive). Ainsi, à ce stade déjà, il est aisé de comprendre qu'une conciliation avec un jugement à la clef n'est pas naturelle, parce qu'antinomique.

Dans ce même contexte, les lieux où ces activités s'exercent sont désignés partout ailleurs comme maison, espace ou chambre de conciliation, tandis que les organes qui s'y consacrent sont qualifiés de commission ou comité. Le terme "*Autorité de conciliation*" n'est dès lors pas adapté. Il a malheureusement été repris dans l'avant-projet, puis dans le CPC (aux art. 200 et 201 CPC).

### 3.2. Formes

Comme d'autres modes de résolution des litiges, la conciliation est issue des

<sup>26</sup> Paul Emile LITTRÉ, Dictionnaire de la langue française, tome I, p. 1068.

<sup>27</sup> Bernard BERTOSSA, Louis GAILLARD et Jacques GUYET ne formulent pas de définition dans leur *Commentaire de la LPC*, Chancellerie d'Etat, Georg, Genève 1988-2009, ad art. 50. Comparativement à P.E. LITTRÉ, les définitions de la doctrine sont des plus compendieuses : W. HABSCHEID (note n° 4) p. 236 ; Fabienne HOHL, La procédure civile, tome II, Staempfli, Berne 2002, p. 162 ; Hans-Ulrich WALDER-RICHLI, Zivilprozessrecht, Schulthess, Zurich 1996, p. 391; il n'y a pas de véritable définition dans les commentaires tout récents cités supra note n° 25. En France également, l'absence de référence précise au déroulement des activités conciliatoires est une constance des textes législatifs relatifs à la conciliation (E. SEVERIN, P. LASCOUMES et T. LAMBERT, Transactions et pratiques transactionnelles, Economica, Paris 1987, p. 75).

œuvres de Protée<sup>28</sup>, en particulier sous l'angle des diverses formes qu'elle revêt :

- étatique ou privée (a);
- obligatoire ou facultative, avec système mixte (b);
- avec un magistrat unique ou un collège (paritaire) (c);
- dans le temps : essai préalable ou en cours de procédure (d);
- à plusieurs degrés de juridiction (e).

a) A côté de la conciliation étatique s'est développée la conciliation privée, soit de manière autonome, soit en relation avec l'arbitrage.

Le lien entre conciliation et arbitrage pose une série de questions analogues à celles découlant du lien entre conciliation et procédure civile : celles de la compatibilité ou de l'incompatibilité des personnes et des rôles, et celles entourant la confidentialité<sup>29</sup>.

C'est ainsi que le Règlement d'arbitrage de l'Association pour l'arbitrage (et la médiation) en matière de baux et loyers prévoit à son article 6.4 l'interdiction pour le conciliateur de fonctionner comme arbitre, conseil ou témoin, dans la procédure subséquente; il en va de même à l'art. 5.2 du règlement du récent Tribunal de l'immobilier.

Or cet aspect n'est pas abordé dans la troisième partie du CPC relatif à l'arbitrage<sup>30</sup>, malgré les propositions formulées par Gemme-Suisse en ce sens.

On peut encore rattacher à la famille de la conciliation privée les offices de l'ombudsman, proches par certains aspects, actifs en Suisse dans le domaine des assurances, des voyages et de la banque<sup>31</sup>.

b) Les avantages et les inconvénients respectifs de la tentative préalable obligatoire, facultative ou mixte (obligatoire dans des domaines limités : droit de la famille, droit du travail, droit au bail) n'ont jamais été débattus en profondeur,

---

<sup>28</sup> Cf. Martine CHENOU *et al.*, *La médiation civile ou métajudiciaire*, SJ 2003, p. 271 à 273. En France aussi, les "activités de conciliation offrent des configurations d'une grande variété", E. SEVERIN, *op.cit.* note n° 27, p. 95.

<sup>29</sup> Michael SCHNEIDER, *Combining Arbitration with Conciliation*, Presentation to ICCA Seoul Arbitration Conference, 1996.

<sup>30</sup> Seul l'art. 367 al. 1 lit. c CPC (récusation d'un arbitre en cas de doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité) pourrait éventuellement trouver application dans ce contexte, sans toutefois régler l'intégralité des questions.

<sup>31</sup> Martine CHENOU, note n° 28, p. 301.

malgré deux siècles de passages de l'un à l'autre, à Genève et ailleurs<sup>32</sup>.

Le principe d'une conciliation obligatoire préalable est ancré à l'art 197 CPC. Une large liste d'exceptions et de dispenses a été prévue aux art. 198 et 199 CPC. Le Conseil des Etats, à sa session de juin 2007, avait réintroduit la conciliation obligatoire pour les divorces contentieux (art. 112, 114 et 115 CC) et pour la dissolution contentieuse du partenariat enregistré, ce qui - quantitativement - aurait représenté une importante augmentation du volume d'affaires soumises à conciliation. Le Conseil national n'a pas suivi, et l'idée n'a plus été retenue par la suite. C'est donc au juge du fond qu'il incombera de tenter d'abord la conciliation en matière de divorce contentieux (art. 291 al. 2 CPC), comme en matière de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 273 al. 3 CPC), à tous les stades de la procédure, comme d'ailleurs dans toutes les causes civiles qui ont fait l'objet d'exceptions ou de dispenses (art. 124 al. 3 CPC).

L'art. 199 CPC distingue encore la renonciation d'un commun accord pour les litiges patrimoniaux d'une valeur d'au moins CHF 100'000.- (soit environ le 5 % des affaires soumises au TPI), de la renonciation unilatérale lorsque le défendeur est à l'étranger, sans domicile connu, ou pour les litiges relevant de la loi sur l'égalité. Or, de ce qu'enseigne l'expérience judiciaire, le critère de la valeur litigieuse est dénué de pertinence, les chances de conciliation ne dépendant pas du montant réclamé.

c) Magistrat unique ou collège de conciliateurs ont longtemps coexisté. Le maintien et le développement, dans le CPC, de la composition paritaire dans les domaines visés par l'art. 200 CPC (baux et loyers, égalité) doivent être salués : bien rodée, comme c'est le cas à Genève après 73 ans d'existence, la parité joue un rôle très efficace dans le déroulement conciliatoire en matière de baux et loyers, la solution suggérée ou proposée aux parties par la commission étant élaborée consensuellement par les trois conciliateurs. Elle en acquiert auprès des justiciables un très grand crédit. Lorsque les conciliateurs délibèrent entre eux

---

<sup>32</sup> Le phénomène à Genève tient de la valse hésitation :

a) tentative préalable obligatoire : - de 1792 à la Restauration ; - dès 1904 devant le juge de paix; - dès 1918 devant le Tribunal

b) tentative préalable facultative : - de 1819 à 1904, respectivement 1918, avec un système mixte de conciliation obligatoire entre époux, ascendants et descendants, dès le 01-09-2000 lorsqu'une partie est domiciliée hors du canton

c) retour au système facultatif

Or, aucune de ces réformes n'a réussi à renforcer l'efficacité de la conciliation civile, dont le taux d'affaires conciliées n'a guère dépassé 5 % pendant deux siècles.

avant de proposer une solution, on assiste parfois à une conciliation dans la conciliation. Comme les autres magistrats, les assesseurs doivent se soumettre aux principes d'indépendance, de neutralité et d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions, comme conciliateurs ou juges.

La parité enrichit les débats et favorise l'émergence de solutions inédites, grâce à l'expérience conjuguée des trois conciliateurs, sans jamais priver de son rôle le magistrat qui la préside<sup>33</sup>.

La parité pour les litiges relevant du droit du travail n'est plus imposée, comme dans le projet CPC. Selon le commentaire du Message "*la représentation paritaire sera dorénavant prescrite par le droit fédéral*"<sup>34</sup>. L'organisation judiciaire restant néanmoins de la compétence des cantons<sup>35</sup>, ceux-ci seront libres d'étendre ou de maintenir au stade ultérieur la composition paritaire en matière prud'homale<sup>36</sup>.

d) A l'heure actuelle, la coexistence dans plusieurs législations cantonales de l'essai préalable de conciliation, issu de 1790, et de la conciliation en cours de procédure, issue de l'ancien régime, peut être source d'ambiguïté<sup>37</sup>. Le premier système respecte la séparation des personnes et des tâches, le second maintient leur confusion (il subsiste aujourd'hui à l'art. 54 LPC et se retrouve aux art. 124 al. 3, 226 al. 2, 273 al. 3 et 291 al. 2 CPC).

Ne connaissant pas, statistiquement, la proportion des conciliations en cours de procédure ayant réussi dans les différents cantons, il est difficile d'estimer la portée de l'ancienne conciliation. Par ailleurs, les facultés de proposer un jugement (art. 210 CPC) et de décider pour les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2'000.- (art. 212 CPC) sont laissées aux cantons.

On s'accorde cependant aujourd'hui au sein du Conseil de l'Europe à proscrire le mélange des genres, car en excluant la confidentialité, parties et magistrat peuvent

<sup>33</sup> Karine GROBET-THORENS, *Le rôle des assesseurs : la parité au service de la paix du logement*, in : Jubilé de la CCBL 1937-1977-2002 et première rencontre des ACBL, Genève le 15.11.2002

<sup>34</sup> Message, FF 2006 6841, 6857 et 6938.

<sup>35</sup> Art. 3 CPC.

<sup>36</sup> SANDOZ, note n° 5, p. 98.

<sup>37</sup> Isabelle BIERI, *Conciliation et médiation, concepts en pagaille dans une procédure en chantier*, Revue de l'avocat, 2003, n° 10, p. 354 ss, évoque dans son tableau la pluralité des rôles comme l'un des critères de distinction entre conciliateur et médiateur, ce qui vaut pour Bâle ville et Neuchâtel, mais pas pour la majorité des cantons qui ont introduit l'essai préalable de conciliation, avec séparation des personnes et des rôles : cf. W. HABSCHEID (note n° 4), p. 23 s.

se trouver gênés par le fait que la personne du conciliateur est habilitée, en cas d'échec, à trancher comme juge<sup>38</sup>. Cette opinion a été prise partiellement en compte dans le CPC dans la mesure où l'autorité de conciliation demeure libre de refuser de rédiger une proposition de jugement ou de rendre une décision<sup>39</sup>.

e) La conciliation par un magistrat non chargé du litige peut aussi intervenir en première ou en deuxième instance, ce que nous révèlent les exemples québécois, danois et norvégien, et l'expérience française en matière prud'homale entreprise à Grenoble. Le système n'est cependant pas celui retenu par les Chambres fédérales, dans les dispositions qui viennent d'être énumérées.

f) La mission d'expertise comporte parfois celle de "concilier les parties si faire se peut". Il s'agit d'une conciliation déléguée par le juge du fond à un tiers chargé principalement de résoudre un point technique. Certains experts y parviennent parfois avec succès, par exemple dans les conflits de la construction.

Il n'est pas sûr que cet usage, fréquent dans les missions d'expertise des tribunaux de Genève, mais que n'envisage pas expressément le CPC, puisse se poursuivre.

### 3.3. Approches

Comment la conciliation se déroule-t-elle ? Ni la loi ni la littérature ne décrivent le déroulement conciliatoire en tant que tel. Deux approches (ou famille d'approches) se rencontrent dans la pratique.

*L'estimation* est la forme ancienne de la conciliation, encore largement pratiquée de nos jours. Elle s'explique logiquement par le fait que le conciliateur a connaissance de l'objet du litige. Elle se propose ainsi de le résoudre, sur une base volontaire. Elle consiste pour le magistrat à procéder à un examen *prima facie* du cas, à retenir par une appréciation anticipée des preuves les faits pertinents, à procéder à une analyse juridique du cas et à donner son conseil ou à livrer sa solution aux parties. La proposition du conciliateur dans ce cas se rapproche du jugement par sa démarche. Elle constitue, elle aussi, une solution morte à un problème mort, puisque la démarche ne règle que le passé, donc le litige, sans s'intéresser au conflit. L'estimation n'a ni pour but ni pour effet de rétablir les liens entre les parties. Sauf dans les cas où le droit est très formaliste, comme en droit du

---

<sup>38</sup> Voir notamment l'Avis n° 6 (2004) du Conseil consultatif des juges européens (CCJE) qui proscrit ce système.

<sup>39</sup> Ce que précise le message explicitement : Message, FF 2006 6841, 6941 et 6942.

bail ou du travail dans lesquels le non respect d'un délai ou d'un formulaire officiel a des conséquences immédiatement et facilement prévisibles, l'estimation s'apparente souvent à un exercice de haute voltige, surtout si les faits sont contestés et ne découlent pas des pièces produites à l'audience. Même convenablement exercée, l'estimation laisse donc le conflit ouvert entre les parties.

La *facilitation* s'approprie les méthodes et les outils de la négociation raisonnée et de la médiation, en s'intéressant essentiellement aux sentiments, aux valeurs, aux besoins et aux intérêts des parties. Tant que le conciliateur les applique fidèlement et respecte intégralement la liberté des parties, le déroulement conciliatoire tend à se rapprocher de la médiation. Dans ce cas de figure, le conciliateur n'est pas ou plus limité par l'objet du litige, comme l'indique maladroitement l'art. 201 al. 1 deuxième phrase CPC : "*Une transaction peut porter sur des questions **litigieuses** qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige*"<sup>40</sup>. Il est évident que tout conciliateur soucieux d'encourager les parties à rechercher leurs intérêts communs explorera avec elles toutes les pistes appropriées, que le domaine soit ou non litigieux. Cette approche sera particulièrement appropriée dans les situations où il convient de maintenir ou de restaurer les liens sociaux entre les parties.

La conciliation *hybride* consiste à recourir aux deux approches successivement ou à les combiner. Elle peut se révéler utile lorsque les conciliateurs ne disposent pas du temps nécessaire à une authentique facilitation<sup>41</sup>.

En outre, deux facteurs s'y révèlent déterminants :

a) un facteur subjectif : le rôle des parties, respectivement du conciliateur. En effet, tantôt les parties s'emparent entièrement des négociations et les mènent à chef, le conciliateur (peu directif) se bornant à maintenir une bonne entente ou à "arrondir les angles" (consensualité active), tantôt c'est le conciliateur (plus directif) qui prend l'initiative lorsque les négociations restent dans l'impasse (consensualité passive). Contrairement au médiateur, le conciliateur peut être directif tant vis-à-vis du déroulement du processus que de la solution.

b) un facteur objectif : l'objet du litige, au sens procédural du terme. En effet, tantôt les parties et le conciliateur cadrent strictement les débats dans l'objet du litige, tantôt ils s'en écartent pour explorer d'autres champs de rencontre. La

<sup>40</sup> Cf. supra, note n° 5.

<sup>41</sup> Cf. Jean A. MIRIMANOFF, *Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse*, RDS, I, No 5, 2004, p. 539 à 541, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)



négociation en conciliation s'ouvre ainsi à des points **non litigieux**, facilitant la conclusion d'accords.

En pratique, la combinaison de ces deux facteurs engendre quatre approches possibles du déroulement conciliatoire. On peut les schématiser ainsi, en lisant le tableau dans le sens des aiguilles d'une montre (*cf.* annexe 1), la liberté des parties décroissant d'un schéma à l'autre :

*Approche I : les quasi-bons offices*

Dans la mesure où le conciliateur se contente de favoriser la reprise du dialogue en offrant aux parties un lieu et des conditions propices à la négociation mais sans s'y immiscer, rien ne distingue alors vraiment la conciliation des bons offices (sauf, le cas échéant, son caractère obligatoire).

*Approche II : la quasi-médiation*

Dans la mesure où le conciliateur aide les parties, par sa maïeutique, à exprimer leurs sentiments, leurs besoins et leurs intérêts pour leur permettre de rechercher et définir *elles-mêmes* leurs propres solutions, bien peu de choses ne sépare ici la conciliation de la médiation (sauf, le cas échéant, son caractère obligatoire et le statut de magistrat du conciliateur).

*Approche III : la quasi-amiable composition*

Dans la mesure où les parties peinent à trouver leur propre solution et que le conciliateur en suggère ou propose une de son cru, en faisant la synthèse de ce qu'elles ont exprimé et en s'inspirant de l'équité, cette conciliation représente un cas de figure comparable, par certains traits, à l'amiable composition.

*Approche IV : la quasi-procédure*

Dans la mesure enfin où le conciliateur se borne à établir les faits (ou à faire une appréciation anticipée des preuves), à analyser le problème juridique dans le cadre strict de l'objet du litige et donne ensuite son opinion, le conciliateur se transforme en un juge, mais dépourvu de glaive (le pouvoir de trancher).

*Remarques*

Il faut reconnaître que le choix de l'approche la plus appropriée au cas d'espèce, ou le passage d'une approche à l'autre, ne va pas de soi.

Le conciliateur se laissera cependant guider par la règle de la consensualité et la

responsabilité des parties vis-à-vis de leur litige, et privilégiera ainsi les quasi-bons offices avant d'initier une quasi-médiation (si le conciliateur en connaît l'esprit et en maîtrise les techniques). Elle sera particulièrement adéquate lorsque le litige porte sur des droits disponibles.

Quant à l'étape suivante, qui aboutit à la formulation d'une proposition par le conciliateur, ce pas dérouté parfois les parties, qui y perdent davantage leur autonomie. Avant de le franchir, le conciliateur devrait-il obtenir l'accord exprès des parties ? C'est la solution retenue au Québec.

Plusieurs législations avancées en matière de conciliation judiciaire (Canada, Danemark, Norvège), ont favorisé la quasi-médiation avec succès, les moins avancées ne connaissant que les deux extrêmes : quasi-bons offices et quasi-procédure. Il faut signaler le cas de la Slovénie qui s'est transformé en laboratoire de la conciliation judiciaire contemporaine<sup>42</sup>.

Il faut préciser cependant que la nature du droit peut aussi intervenir dans le processus, lorsque le litige tombe sous l'empire de l'ordre public ou de normes impératives (droit de la famille, respectivement droit du bail, droit du travail, droit de la consommation). Dans ces cas, si les parties n'ont pas de conseil, le conciliateur peut commencer par cadrer juridiquement le débat, de manière à ce que les parties donnent à leur éventuel accord un consentement libre et éclairé (*cf. infra* ch. 6).

### **3.4. Le principe de confidentialité**

Consacré à l'art. 205 CPC, ce principe constitue, comme pour la médiation, le pilier principal du processus. Il est renforcé par le caractère non public de l'audience (art. 203 al. 3 CPC). Les dépositions des parties ne doivent dès lors ni figurer au procès-verbal de conciliation, ni être reprises dans la procédure au fond. Ce principe, fondamental lors de la tentative préalable obligatoire, ne vaut cependant pas pour les situations dans lesquelles une proposition de jugement ou une décision interviendrait (art. 210 et 212 CPC en lien avec l'art. 205 al. 2 CPC), ni dans le cas visé à l'art. 203 al. 3 CPC qui permet aux autorités paritaires de conciliation d'autoriser partiellement ou totalement la publicité des débats lorsqu'un intérêt public le justifie. Enfin, la situation pour la conciliation par le

---

<sup>42</sup> Cf. Aleš ZALAR, *Report by Slovenia on Mediation in* : CEPEJ, Mediation, Strasbourg, octobre 2003, p.10 ss.

juge du fond demeure ambiguë, car non réglée<sup>43</sup>.

## Chapitre 4 : Conciliation et médiation

L'article 213 al.1 CPC offre aux parties une option entre la conciliation obligatoire et la médiation facultative. Ce choix, qui ne se rencontre pas en droit comparé à notre connaissance, implique qu'elles puissent apprécier les caractéristiques de chacune d'elles, afin de pouvoir comprendre laquelle leur permet le mieux d'atteindre leurs objectifs et de surmonter les obstacles existant entre elles. Cet exercice d'orientation préalable pourrait avoir lieu au stade de l'essai préalable de conciliation. Il sera être conduit par un magistrat formé en matière de règlement amiable des différends, ou par un service spécialisé, comme aux Pays-Bas 43 bis.

### 4.1. Les ressemblances

A vrai dire, ce ne sont pas seulement la conciliation et la médiation qui présentent des traits de parenté, mais l'ensemble des modes amiables<sup>44</sup> de résolution des litiges (MARL/ADR), soit essentiellement en Suisse : la négociation, les bons offices, la médiation, la conciliation (privée ou judiciaire), les offices d'ombudsman, l'amiable composition et l'arbitrage.

Philip Milburn retient comme points essentiels :

- le respect du consentement des parties;
- le respect de leur initiative;
- la faculté de ressortir honorablement du conflit<sup>45</sup>.

Pierre Chevalier, de son côté, développe l'idée que, malgré leur régime commun de liberté, ces modes s'insèrent dans un cadre normatif régi par les principes généraux

---

<sup>43</sup> Cf. *supra* 2.4.

<sup>44</sup> *bis cf.* Machteld PEL, Referral to Mediation, A practical guide for an effective mediation proposal, SDU Uitgevers, Den Haag, 2008

"Amiable" est à la fois plus correct et plus précis qu'"alternatif". L'expression, courante pour les différends internationaux au XIXème siècle, est reprise aujourd'hui : par exemple dans le Règlement ADR de la CCI du 1.7.2001, Préambule, on lit que "*La CCI met à la disposition des parties pour le règlement amiable des différends le présent Règlement ADR de la CCI*". Cf. également Statuts de Gemme-Suisse, art. 4 al. 3, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)

<sup>45</sup> Pierre CHEVALIER, Yvon DESDEVISES, Philip MILBURN, Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation française, Paris, 2003, p. 68

du droit civil, de la procédure<sup>46</sup>, théorie qui sera développée par une étude fouillée du juge belge Eric Battistoni<sup>47</sup>.

Apparemment, on constate aussi dans tous ces modes la présence - comme instrument de gestion - de la négociation, qui survit même dans l'arbitrage et la procédure civile grâce au système des lettres sous les "réserves d'usage" entre avocats.

Mais, et là déjà commence à poindre la différence, la négociation ne s'y déroule pas de la même manière, surtout lorsqu'elle est *facilitée* par la médiatrice ou *dirigée* par la conciliatrice (*cf.* annexe 2).

Enfin, si le consensualisme s'y révèle trois fois pacificateur, comme le souligne Thierry Garby<sup>48</sup>, il n'y intervient pas non plus de la même manière.

#### 4.2. Les dissemblances

Tout en s'inscrivant dans le cadre du consensualisme, les pratiques afférant aux divers modes amiables mettent en évidence le rôle plus ou moins actif des parties, respectivement du tiers.

Et comme Leonard Riskin l'a mis en lumière de manière aussi nuancée que convaincante, le rôle du tiers peut être plus ou moins directif tant vis-à-vis du processus (ou du cheminement dans la négociation) que vis-à-vis de l'émergence de la solution<sup>49</sup>.

Enfin, sous l'angle de la relation au droit - ou de l'absence de relation au droit - la question de la pertinence de l'objet du litige et de son sort fait ressurgir le débat

---

<sup>46</sup> Cf. note n° 45, p. 142

<sup>47</sup> Eric BATTISTONI, *L'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation par le magistrat civil, La situation en Belgique*, in Actes de la Conférence de Gemme-Suisse, Neuchâtel, 06.06.2008, *cf.* les contributions de Béatrice GORCHS et Philipp GELZER sur le même thème, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch)

<sup>48</sup> Thierry GARBY, note n° 2, p. 6 : "*Le consensualisme évite que le conflit ne s'envenime, résout le conflit et prévient l'apparition de nouveaux conflits*".

<sup>49</sup> Leonard L. RISKIN, *Decisionmaking in Mediation : The new old Grid and the new new Grid System*, in Notre Dame Law Review, Volume 79, Number 1, December 2003. *Cf.* également Jean A. MIRIMANOFF, *Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ?*, RDS 2004 I (n°5) p. 539-541

entre le concept de litige et celui de conflit<sup>50</sup>, et confère à la médiation une place à part, elle qui n'a - par essence - pas vocation à résoudre l'objet du litige.

### 4.3. Un premier inventaire ?

Dresser un inventaire des ADR selon les critères esquissés ci-dessus dépasserait notre cadre. De plus, une photographie n'est pas le bon moyen de représenter une institution vivante et évolutive, contrairement à la procédure civile plus figée. Enfin, l'inventaire ne ferait pas apparaître la synergie ou l'interdépendance entre ces systèmes<sup>51</sup>.

Pour se limiter à la principale différence entre la médiation et la conciliation - classiques ou traditionnelles - on retiendra avec Thierry Garby qu'elle tient à ce que la première s'intéresse "*moins aux litiges qu'aux conflits sous-jacents, tandis que la seconde s'occupe du litige à proprement parler, c'est-à-dire les réclamations réciproques des parties*"<sup>52</sup>.

### 4.4. Sœurs jumelles ?

Distinguer, de manière théorique et abstraite, la conciliation de la médiation n'est pas tâche aisée. Les similitudes et les différences apparaissent plus nettement lorsque la comparaison s'établit entre la conciliation judiciaire traditionnelle (estimative) d'une part, et la médiation non judiciaire (facilitative) d'autre part<sup>53</sup>.

Si l'on définit la médiation comme "*un processus formel de gestion de la communication, librement consenti par les parties, soutenu par un médiateur indépendant, neutre et impartial librement désigné par les parties*"<sup>54</sup>, faut-il, par opposition, définir la conciliation comme un processus informel, consenti ou imposé aux parties, présidé par un conciliateur indépendant, neutre et impartial, non désigné par les parties?

<sup>50</sup> Béatrice GORCHS, *cf. op. cit.* (note n° 3), et les références citées par cet auteur.

<sup>51</sup> Thierry GARBY, *op. cit.* (note n° 2), p. 9; Jean A. MIRIMANOFF, *Une nouvelle culture : la gestion des conflits*, in : AJP/PJA 2/2009, p. 157 s.

<sup>52</sup> *Cf.* note n° 2.

<sup>53</sup> Jean A. MIRIMANOFF, *Procédure civile et processus de médiation : passer d'un mode à l'autre, sans en altérer la nature, les sœurs jumelles*, Résumé, Strasbourg, novembre 2003, Conseil de l'Europe, intervention n° 1.

<sup>54</sup> Isabelle BIERI, *op. cit.* (note n° 37), p. 354.

Les exemples tirés des expériences pilotes ne permettent pas de donner une réponse simple et affirmative, ni non plus ceux tirés de la pratique conciliatoire en matière de baux et loyers.

Les huit critères de distinction proposés par Isabelle Bieri<sup>55</sup> : approche, cadre de référence, tiers, parties, accord, temps, objectif, définition, peuvent engendrer de longs débats, et il en va de même des “zones de convergence et de divergences” que nous retenons (cf. annexe 3).

La lecture du travail très complet, approfondi et nuancé d’Andreas Heierli, reflétant sa pratique conciliatoire à la lumière de sa formation en médiation, conduit dans le même sens. Cette étude reflète tout l’intérêt pour la conciliation, les parties et le conciliateur, qu’il y a à utiliser aussi dans ce contexte les méthodes et les outils de la médiation :

*“Es muss deshalb auch im Gerichtsverfahren angestrebt werden, den Konflikt im Fall und die Interessen hinter den Positionen zu orten und einen Interessenausgleich zu finden...*

*Auch Richterinnen können ihre Rolle als Präsentatorinnen von Lösungen zeitweise aufgeben und sich eher als Moderatorinnen betätigen, somit die Verantwortung für das Suchen von Konfliktlösungen an die Parteien zurückgeben. Insofern kann eine gerichtliche Vermittlung Elemente der Mediation aufnehmen”<sup>56</sup>.*

Ainsi, telle qu’elle est conçue aujourd’hui au Canada, au Danemark et en Norvège, la nouvelle conciliation judiciaire tend à se rapprocher sensiblement de la médiation, y compris dans son appellation (*judiciary mediation*, médiation judiciaire); il en va de même en Suisse, lorsque les conciliateurs ont suivi une formation en médiation et utilisent de nouveaux outils de communication qui peuvent conduire à un accord conçu et construit par toutes les parties.

#### 4.5. Sœurs rivales ?

<sup>55</sup> Isabelle BIERI *op. cit.* (note n° 37), p. 356.

<sup>56</sup> Andreas HEIERLI, *Mediation und Gerichtsbarkeit*, Abschlussarbeit von November 2001 zum Nachdiplomstudium Mediation an der Fachhochschule Aargau ergänzt und überarbeitet, juin 2003, ch. 5, “Vermittlung in der Gerichtsbarkeit”. Cf. Béatrice GORCHS, *La Médiation dans le procès civil : sens et contresens*, RTD civ. n° 3, 2003, p. 409-425, not. p. 420 s. “La médiation n’est pas une espèce de conciliation”; et James T. PETER, *Mediation in der Eidgenössischen ZPO*, Revue de l’Avocat, n° 2, 2004, p. 42-45, not. p. 43 “Das Wahlrecht zwischen Schlichtung und Mediation”.

En Europe, la médiation remonte à l'antiquité gréco-latine<sup>57</sup> et s'est maintenue jusqu'à la fin du XVIIIème siècle. Sa disparition a correspondu d'une part à la perte d'influence des Eglises, qui avaient joué un rôle important dans sa mise en œuvre<sup>58</sup> et, d'autre part, à l'introduction de l'essai préalable obligatoire de conciliation dans la règle constitutionnelle de 1790, répandue dans toute l'Europe continentale comme mode exclusif, précédant la procédure civile<sup>59</sup>.

L'essai préalable obligatoire ne laissait ainsi plus de place à la médiation.

Par un curieux retournement, la médiation, qui a repris son essor en Amérique du Nord, puis en Europe, et enfin en Suisse au cours de la dernière décennie, éliminera(it)-t-elle la conciliation civile et commerciale?

La réticence marquée vis-à-vis de la médiation au sein des Chambres fédérales reflète en partie le sentiment - erroné - que la conciliation rend la médiation inutile.

#### **4.6. Une "consorité nécessaire"**

Dans le système de médiation métajudiciaire, retenu dans la loi genevoise du 28.10.2004, une nouvelle synergie est proposée entre conciliation et médiation (et entre procédure civile et médiation)<sup>60</sup>.

Avec l'art. 213 CPC, qui prévoit que les parties peuvent opter pour la médiation en

---

<sup>57</sup> Cf. Jacqueline MORINEAU, *L'Esprit de la médiation*, Trajets, éd. Eres, 2001, not. p. 82 ss ; Jean-Louis LASCOUX, *Pratique de la médiation*, ESF, Issy-les-Moulineaux, 2001, p. 16. MOORE Christopher W., *The Mediation Process - Practical Strategies for Resolving Conflict*, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 3rd Edition, 2003, p. 20 à 33; Joseph DUSS-VON WERDT, *Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation*, Klett-Cotta, Stuttgart, mars 2005; Jean A. MIRIMANOFF, *op. cit.*, note n° 8.

<sup>58</sup> Christian GROSS, *Imprescriptibilité ou pardon ? Sceller la réconciliation dans l'amnésie : les clauses d'oubliance des paix de religion du XVIème siècle*, in : Mélanges offerts à C. FAVEZ, Georg, Genève 2000, p. 61 ss.

<sup>59</sup> Martine CHENOU *op. cit.* (note n° 28), p. 297 et 298.

<sup>60</sup> Synergie, et non confusion : la conciliation est ancrée sur l'objet du litige tandis que la médiation a pour objectif ou pour effet de régler le conflit (cf. note n° 3). Même si l'on donne au magistrat ou au juge de paix conciliateurs les outils de la médiation (cf. Isaak MEIER et Diana MÜRNER, *Mediation und Möglichkeiten ihrer Förderung durch den Gesetzgeber - unter der besonderen Berücksichtigung der neuen ZPO*, Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis, n° 1-2004, p. 8), ils les utiliseront nécessairement en relation avec l'objet du litige, qui ne peut être évacué de la conciliation.

remplacement de la conciliation obligatoire, un nouveau souffle peut se produire, en particulier dans les cantons comme Genève où la conciliation civile fonctionne mal et où, vu de l'explosion des dossiers soumis en conciliation, les magistrats n'auront ni le temps ni la formation pour concilier efficacement les parties.

En pratique, donc, conciliation et médiation peuvent déjà utilement s'épauler l'une l'autre au service de justiciables désireux de solutions consensuelles.

Même sous sa forme facilitative, la conciliation continuera de se différencier de la médiation parce que le magistrat conciliateur représente l'autorité (même si le pouvoir de trancher lui manque), parce qu'il ne saurait rester indifférent au droit, et parce qu'il pourra - faute de temps suffisant accordé au processus - donner son avis, formuler une proposition ou suggérer une solution aux parties, cette posture étant proscrite pour le médiateur, sauf en fin de processus, lorsque les parties le lui demandent toutes deux et de manière expresse.

#### **4.7. Définitions**

Au vu des considérations qui précèdent, le Groupement suisse des Magistrats pour la Médiation et la Conciliation (Gemme-Suisse) a tenté de les distinguer dans ses statuts du 8.10.2004, à l'art 4 :

*"1. Par médiation il faut entendre ... un processus formel de gestion de la communication, librement consenti par les parties, soutenu par un médiateur - non magistrat - indépendant, neutre et impartial librement désigné par les parties, processus au travers duquel les parties recherchent leur propre solution.*

*2. Par conciliation il faut entendre ... un mode informel de résolution des litiges, obligatoire ou facultatif, conduit par un conciliateur désigné - magistrat indépendant, neutre et impartial - mode au cours du déroulement duquel il peut suggérer ou proposer une solution aux parties si elles n'y sont pas parvenues elles-mêmes".*

Dans les deux cas la confidentialité a été omise - tant elle va de soi - ce qui peut cependant s'avérer imprudent dans le paysage helvétique.



## **Chapitre 5 : Les outils**

### **5.1. Les outils pour l'estimation**

Demain, avec le CPC, comme aujourd'hui avec la LPC, le magistrat conciliateur ne pourra - en particulier lorsque le litige est soumis à l'ordre public ou au droit impératif - se dispenser de procéder dans la limite de ses moyens à des mesures d'instruction pour recueillir des preuves ou des faisceaux d'indices sur les faits juridiquement pertinents. Le cas échéant il procédera à une évaluation anticipée des preuves avant de donner le moindre avis.

La mesure la plus féconde consiste à ordonner la comparution personnelle des parties, que prévoit toujours l'art. 204 CPC. Dans ce cas, l'audition se focalisera sur les faits de la cause. C'est une mesure généralement efficace, qui ne peut être remplacée par l'audition des mandataires, parce que seules les parties ont une connaissance directe des faits sur lesquels porte leur audition par le magistrat.

Le conciliateur pourra également prendre en considération les documents que les parties pourront lui présenter, dont ceux de la partie défenderesse, ce qui est un avantage par rapport à la situation actuelle (art. 203 CPC). Le transport sur place (l'art. 203 CPC dit une "inspection") constitue une mesure qui a favorisé de nombreux accords dans le passé à la CBL laquelle a dû, faute de temps, de personnel et de moyens, y renoncer à Genève ces toutes dernières années.

### **5.2. Les outils pour la facilitation**

La comparution personnelle des parties peut aussi, parallèlement à l'instruction, ou lorsque l'instruction n'est pas possible en conciliation (des enquêtes ou une expertise seraient de mise), permettre au conciliateur qui en a la maîtrise d'utiliser les divers outils de la négociation raisonnée et de l'écoute active. Moyennant le temps nécessaire, il pourra transformer le déroulement conciliatoire en un processus semblable à celui de la médiation. En permettant lui aussi à chacun d'exprimer ses émotions, ses valeurs et ses besoins de manière équilibrée, en reformulant et en recadrant, le conciliateur peut contribuer à améliorer le climat et à restaurer la confiance, ou tout au moins le respect, entre les parties. Pour maîtriser cette approche, les magistrats chargés de la conciliation doivent disposer d'une formation adéquate en gestion des conflits, tout comme les avocats ont le devoir de se préparer à la conciliation.

Le recours à ces outils se reflète dans le succès conciliatoire. Ainsi avec quelque 8161 dossiers baux et loyers en 2008 contre quelque 6930 dossiers civils la même année, la CBI de Genève concilie environ 42 %, le tribunal 6,3 %.

### **5.3. L'aparté en conciliation**

La Commission paritaire de conciliation en matière prud'homale avait, à Genève à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle déjà, émis des recommandations à ses membres pour procéder à l'audition séparée des parties : aparté ou *caucus*. A l'époque, la médiation n'existait plus ou pas encore. La loi en vigueur ne le prévoyait pas, mais elle ne l'interdisait pas non plus. Dans l'ancien droit du divorce également, le juge conciliateur avait parfois recours à l'audition séparée des époux, en première instance ou en appel, sans que la loi ne le prévoie ni ne l'interdise. L'aparté n'est ni prévu ni non plus interdit par le CPC pour la tentative préalable.

Alors pourquoi ne pas le tenter, si nécessaire bien sûr, en conciliation préalable? Les accords de procédure, on le sait, demeurent possibles tant qu'ils ne sont pas contraires à l'ordre public.

Quelques essais ont été ainsi pratiqués à la CBL depuis 2007, aux conditions suivantes :

- l'accord de toutes les parties est recueilli;
- le temps d'audition des parties est équilibré;
- le caractère confidentiel, le cas échéant, des débats est garanti jusqu'à l'accord, ou au-delà de l'audience si la conciliation n'a pas abouti (il s'agit donc d'une confidentialité dans la confidentialité, ce qui exige une certaine discipline dans la conciliation paritaire).

Ces essais ont donné de bons résultats dans la majorité des cas. En matière de baux et loyers, ils permettent aussi un échange plus ouvert entre l'assesseur bailleur et le bailleur, l'assesseur locataire et le locataire, les assesseurs pouvant plus librement aussi donner leur avis ou conseil (si les parties sont sans avocats). Il peut être évité de la sorte à chaque partie de perdre la face.

Lorsque plusieurs litiges apparaissent (par exemple un conflit conjugal émerge lors d'une requête en contestation de congé ou en évacuation), ce mode de faire est à la fois respectueux des parties et utile à la solution du litige soumis en conciliation. Il permet aux parties de s'exprimer plus librement. D'usage délicat, avec la double

confidentialité et l'absence d'expérience suffisante des trois conciliateurs dans la conciliation paritaire, on y recourra cependant avec doigté, discernement et modération.

## **Chapitre 6 : La relation au droit**

La conciliation, étatique ou privée, on l'a vu plus haut, ne saurait rester indifférente au droit même dans son approche facilitative. A notre sens la médiation non plus, si elle veut assurer sa crédibilité. Trois situations pourront se rencontrer dans la pratique, en particulier en cas d'homologation ou de ratification d'un accord issu du règlement amiable (négociation, médiation<sup>61</sup>, conciliation).

### **6.1. Lorsque le litige porte sur des droits disponibles**

Les diverses solutions envisageables découlent exclusivement de la liberté et de la responsabilité des acteurs. Les parties peuvent retenir des solutions hors de l'objet du litige.

En aucun cas, hormis pour des motifs tirés de l'ordre public et de son incompétence en raison du lieu ou de la matière, le magistrat ne peut refuser d'homologuer un accord dans cette situation. Il n'est pas même en mesure d'en apprécier l'équilibre, car il n'en connaît pas les enjeux.

Dans ce cas le terme de ratification, au titre de l'art. 217 CPC, est inapproprié, car la convention issue du règlement amiable (négociation, médiation, conciliation) est valable comme tout autre contrat, et le demeure tant que l'homologation ne lui donne pas la valeur (ajoutée) d'un jugement.

### **6.2. Lorsque le litige porte sur des droits non disponibles**

Lorsque le litige porte sur des droits non disponibles, le déroulement de la négociation, de la conciliation ou de la médiation n'a plus de véritable autonomie, en ce sens que la liberté des parties (et du tiers) se heurte à l'ordre public quant aux

---

<sup>61</sup> Cf. Actes de la Conférence de Gemme-Suisse, Neuchâtel, 06.06.2008, [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch) ; GORCHS Béatrice, *Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable*, in *Revue de l'Arbitrage*, n° 1, Paris 2008, p. 33 à 67; cf. la littérature à ce sujet citée dans *Résolution amiable des différends : Négociation, Médiation, Conciliation*, bibliographie sélective et raisonnée, éd. par Jean A. MIRIMANOFF et Marco PONS, à paraître sous [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch), ch.10.2.

solutions possibles (art. 140 CC / 279 CPC). Les solutions s'inscrivent le plus souvent dans l'objet du litige. Le médiateur doit inviter les parties à consulter - puisqu'il ne peut donner lui-même (à l'inverse du conciliateur) son conseil - chaque fois que les propositions ou l'accord en vue violent l'ordre public.

La convention de divorce issue du règlement amiable (négociation, médiation ou conciliation) n'est valable qu'une fois ratifiée par le tribunal (art. 279 al. 3 CPC).

### **6.3. Lorsque le litige se situe dans un domaine régi par le droit impératif**

Lorsque le litige se situe dans un domaine régi par le droit impératif (droit du travail, du bail, de la consommation), on se trouve dans une situation intermédiaire. Quelle est alors la marge d'autonomie pour la négociation, la conciliation et la médiation ? La partie protégée peut-elle renoncer à ses droits, et le cas échéant, à quelles conditions ?

Si une renonciation anticipée est exclue, car contraire précisément au droit impératif, *quid* après la survenance du litige : suffit-il d'un consentement libre et éclairé de la partie protégée ? Ou faut-il un élément compensatoire consenti par la partie non protégée ? C'est au magistrat conciliateur ou homologateur qu'il incombe de résoudre, de cas en cas, le problème. Est-il examiné ou tout au moins éclairé par la personne du médiateur ? Celui-ci devrait également inviter les parties à consulter, le cas échéant (ce qui signifie que le médiateur, même non juriste, doit connaître les règles juridiques essentielles dans son domaine d'activités).

Ici, tant qu'elle n'est pas homologuée, la convention issue du règlement amiable (négociation, médiation, conciliation) est et demeure valable comme tout autre contrat (pour autant bien sûr que la volonté des parties soit libre et éclairée), à l'exception des clauses qui contreviendraient au droit impératif et qui seraient ainsi entachées de nullité.

## **Chapitre 7 : Conclusion**

La tentative préalable de conciliation judiciaire obligatoire représente une révolution dans le monde judiciaire de 1790 : sans définition ni réglementation de son processus, elle offre un vaste espace de liberté, de responsabilité et de créativité pour tous. Malheureusement ce champ n'a pas su être exploré convenablement, dans plusieurs pays d'Europe continentale, et en particulier à

Genève, les deux siècles qui ont suivi son invention. Malgré une série de réformes entreprises sans diagnostic et donc sans véritables remèdes<sup>62</sup>, la conciliation n'a dans certains cantons jamais pris en matière civile et commerciale<sup>63</sup> en raison de divers facteurs:

- la tendance du magistrat à vouloir imposer aux parties d'emblée "sa" solution;
- le préjugé selon lequel les parties pourraient s'entendre seulement par une transaction, c'est-à-dire un compromis fait de concessions réciproques dans le cadre et la limite de l'objet du litige;
- la difficulté de l'estimation du litige par le magistrat, une opération risquée voire téméraire à l'orée du litige<sup>64</sup>;
- l'impréparation des audiences et l'absence injustifiée des parties;
- le manque de temps suffisant.

Le proche avenir permettra de constater si ces éléments ont été pris en considération dans l'élaboration des lois cantonales d'organisation judiciaire, et quelles conséquences en auront été tirées<sup>65</sup>.

Il ne faut cependant pas perdre de vue que dans les cantons villes, les causes exemptées de la tentative préalable selon les art. 198 et 199 CPC constituent la majorité du contentieux judiciaire, voir les deux tiers comme à Genève, ce qui réduit singulièrement la portée de la conciliation obligatoire.

En revanche, en vertu de l'injonction fédérale à accorder au règlement amiable la

---

<sup>62</sup> Cf. note n° 32.

<sup>63</sup> Les taux de conciliation pour 2008 sont les suivants à Genève :

- 6,3 % pour le TPI
- 11 % pour la JP
- 26,03 % pour les Prud'hommes
- 42 % en matière de baux et loyers pour la CBL, avec des pointes supérieures à 50% depuis octobre 2008 et au premier semestre 2009

<sup>64</sup> L'estimation est moins aléatoire lorsque le domaine juridique est très cadré (droit du divorce) ou formaliste (droit du bail, du travail, de la consommation).

<sup>65</sup> La Commission ad hoc justice 2011 de Genève en a pris conscience, en indiquant à l'art. 13 lit. b P-LOJ (Formation continue) que les magistrats se forment de manière continue en matière de règlement amiable des différends et, à l'art. 14 P-LOJ (PL 10462), qu'ils ont la possibilité d'obtenir des décharges nécessaires à cet effet (Rapport PL 10462-A p. 40 et 75).

priorité, le devoir pacificateur du juge du fond est à la fois renforcé et légitimé. La conciliation en cours de procédure, en première comme en deuxième instance, est en quelque sorte "l'autoroute à suivre" : "*Schlichten, dann richten*" (concilier, puis juger) devient ainsi la devise nouvelle de l'ensemble des magistrats suisses.

Le CPC confirme donc très largement cet espace de liberté et pose ainsi l'alternative suivante : celle de poursuivre l'ancienne conciliation judiciaire, limitée à l'estimation, par habitude, désintérêt ou ignorance, avec à la clef ses résultats souvent insignifiants ou ses méthodes parfois expéditives, ou celle de s'engager dans la nouvelle conciliation judiciaire, facilitative, qui recourt aux méthodes de la médiation, en utilise les outils et s'inspire de son esprit (*cf.* annexe 4).

Pour sortir la conciliation judiciaire de son actuelle impasse, il convient d'y préparer tous ses acteurs. Elle requiert d'une part des magistrats sincèrement motivés, suffisamment formés à la gestion des conflits et disposant du temps nécessaire. La mise en œuvre d'une approche facilitative par le juge du fond représente à ce titre un avantage substantiel, en ce sens qu'en sortant du strict objet du litige, le magistrat s'éloigne aussi du risque de préjuger, de perdre la confiance des parties ou d'être récusé. Elle nécessite d'autre part des avocats ouverts, formés et convaincus de ses avantages pour leurs clients. Pour être performants, les acteurs doivent se préparer à l'avance, comme pour la négociation et la médiation. Ils doivent pour cela identifier leurs intérêts (voire ceux de la partie adverse) et déterminer la valeur limite au-delà de laquelle ils renonceront à un accord, en réfléchissant à la meilleure alternative à un accord négocié (BATNA<sup>66</sup>) au vu des coûts et bénéfices probables d'une action judiciaire. Ce n'est qu'en ayant calculé leur BATNA que les parties seront en mesure de définir les objectifs à atteindre dans le cadre d'une conciliation ainsi que la zone d'accord potentiel<sup>67</sup>. L'accord pouvant être obtenu par ce biais crée de la valeur (plus-value) par le fait qu'il satisfait le plus d'intérêts possibles, ce à quoi une solution imposée ne saurait prétendre<sup>68</sup>.

C'est à ces conditions que la nouvelle conciliation reprendra son essor et répondra aux exigences légitimes des personnes et des entreprises en conflit en ce début du XXIème siècle, en leur permettant de rétablir entre elles le dialogue, de découvrir

---

<sup>66</sup> Selon la terminologie anglo-saxonne habituelle: best alternative to a negotiated agreement (en français: MESORE, meilleure solution de rechange). Sur ce thème, *cf.* Nicolas IYNEDJIAN, *Négociation, guide pratique*, CEDIDAC, Lausanne, 2005, p. 27 s. et 140 s.

<sup>67</sup> En anglais : ZOPA. Cf. Nicolas IYNEDJIAN, *op. cit.* note n° 66, p. 29.

<sup>68</sup> Nicolas IYNEDJIAN, Céline COURBAT, *La négociation, in : La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens*, CEDIDAC, Vol n° 78, Lausanne, novembre 2008, p. 49.

leurs émotions, leurs besoins et, par là, leurs intérêts réciproques pouvant conduire à des solutions si possible avantageuses pour tous, ou moins dommageables.

C'est encore à ces conditions que la nouvelle conciliation judiciaire, grâce à la liberté de son déroulement et à la richesse de ses approches, occupera une place déterminante dans le cadre d'une justice nouvelle et plurielle, au sein de laquelle les litiges pourront, pour le bien de tous, librement circuler<sup>69</sup> (cf. annexe 5).

La nouvelle conciliation judiciaire a été le thème du colloque de Grenoble, organisé à l'intention de magistrats venus de toute l'Europe par Gemme-France et l'ENM<sup>70</sup>. Dans son discours de synthèse général, après avoir relevé l'absurdité de réserver les modes amiables aux petits litiges, Béatrice Gorchs écrivait :

*"Il faut aller plus loin et chercher à re-modéliser la justice en intégrant ces nouvelles techniques d'approches et de traitement des conflits. Ces nouveaux modes de traitement des conflits ne sont donc pas des "alternatives" à la justice, voire au droit, mais une autre façon de penser le rapport entre la justice et les conflits, donc de rendre la justice"<sup>71</sup>.*

---

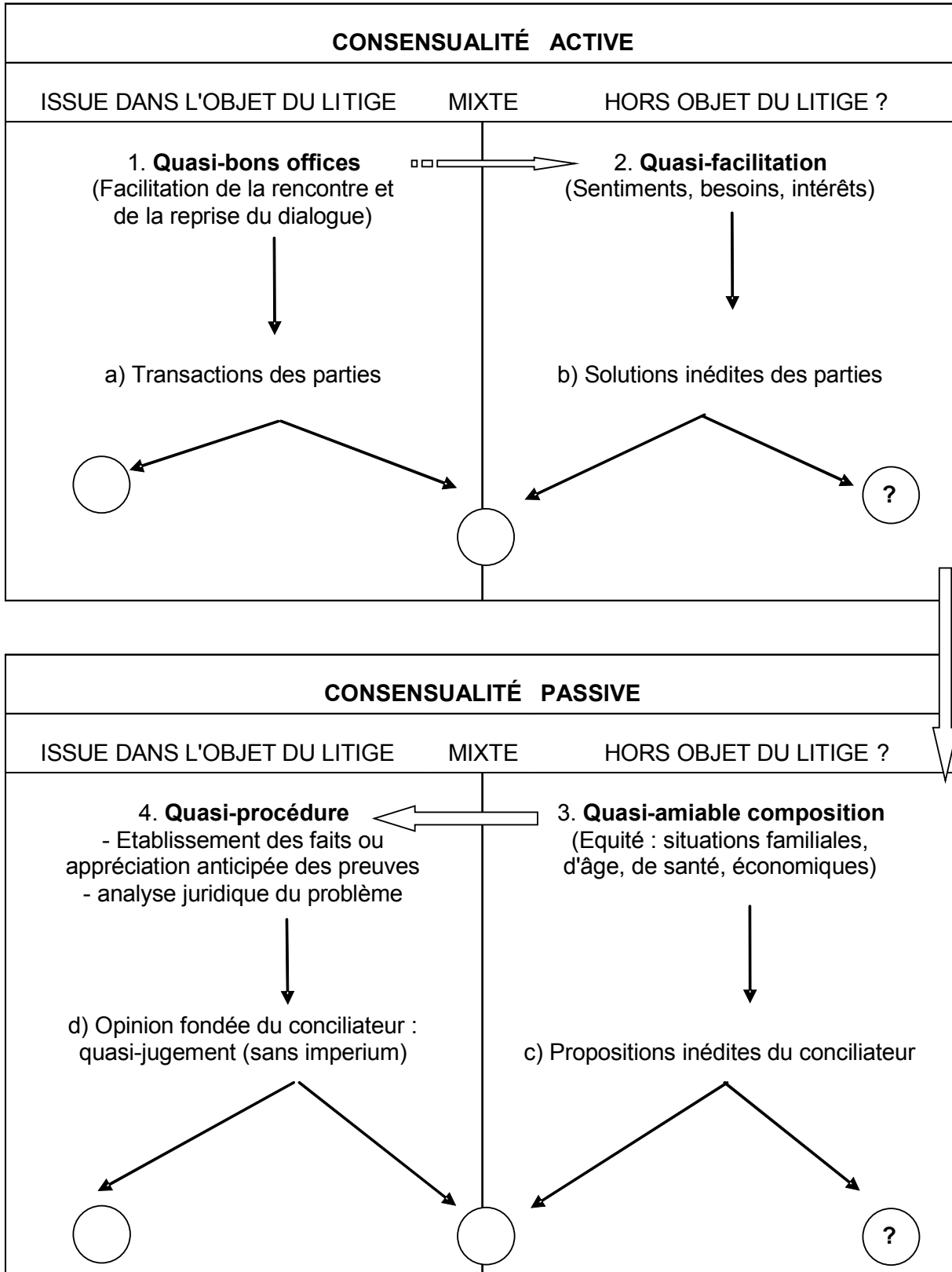
<sup>69</sup> Jean A. MIRIMANOFF et Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Pour une libre circulation des litiges civils et commerciaux*, RDS 2007 I (n° 1) p. 21

<sup>70</sup> Béatrice BLOHORN-BRENNEUR, *La nouvelle Conciliation judiciaire*, Petites affiches, Actes du colloque de Grenoble, 12.2005, n° 245, 5.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, note n° 70, p. 23.

# ANNEXE 1

## 3. LES DIFFERENTES APPROCHES DE LA CONCILIATION (selon le rôle des parties et du conciliateur, et selon l'objet du litige)



1 à 4 = Approches

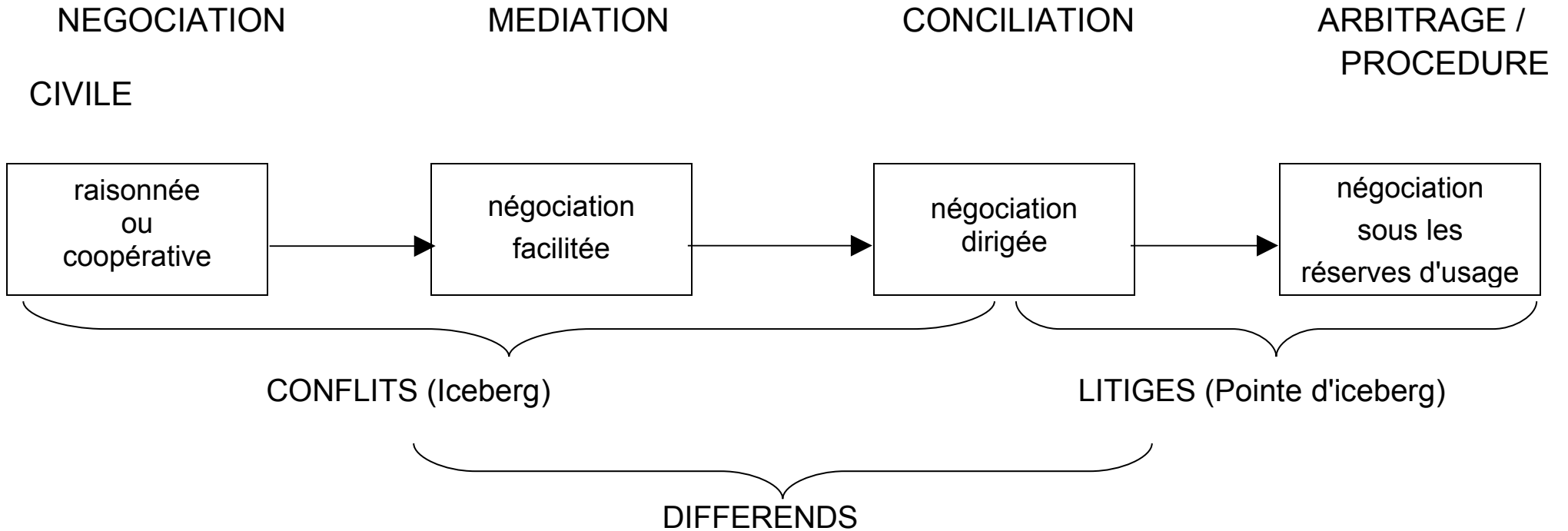
a) à d) = issues

N.B. Les approches sont combinables



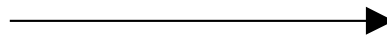
## ANNEXE 2 L'UBIQUITE DE LA NEGOCIATION DANS LA RESOLUTION DES LITIGES

a) L'ouverture :



b) L'impasse actuelle :

NEGOCIATION sur les positions



PROCEDURE arbitrale ou judiciaire

# ANNEXE 3

## 5. LES "SŒURS JUMELLES"

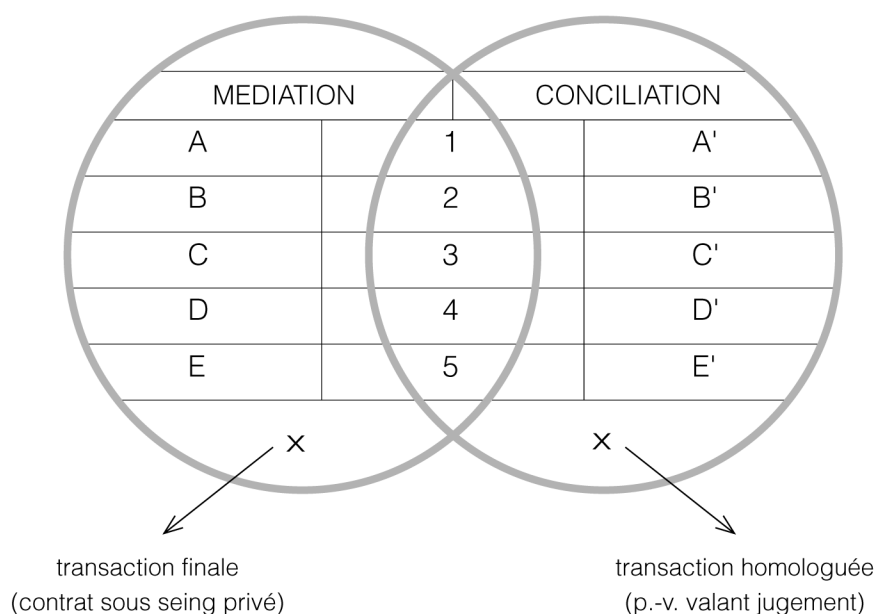
comparaison entre  
la médiation (non judiciaire ou traditionnelle)  
et  
la conciliation (judiciaire ou traditionnelle)

MARC  
Facilitation

D i a l o g u e

MARL  
Estimation

O b j e t d u l i t i g e



### Zone de convergence :

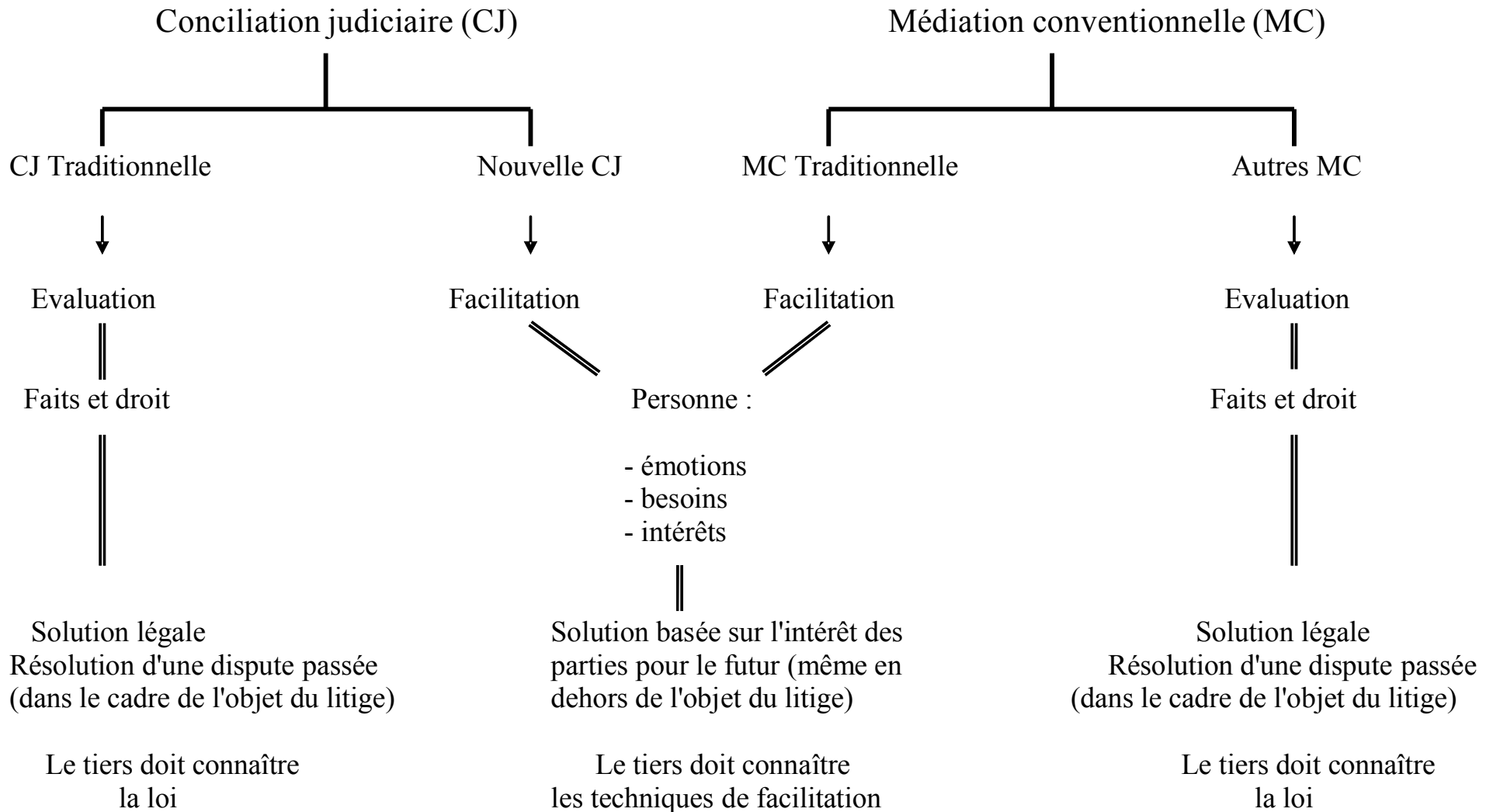
1. Liberté, responsabilité et consensualité pour les parties : solution librement acceptée
2. Humilité du tiers : absence de pouvoir
3. Indépendance, neutralité, impartialité du tiers
4. Confidentialité
5. Efficacité, rapidité, réduction des coûts

### Zone de divergence :

- |                                    |                                      |
|------------------------------------|--------------------------------------|
| A) Concentration sur les personnes | A') Concentration sur les faits      |
| B) Cadre non juridique             | B') Cadre juridique                  |
| C) Déroulement formel              | C') Déroulement informel             |
| D) Solution issue des médiés       | D') Solution issue du conciliateur   |
| E) Libre choix du médiateur        | E') Absence de choix du conciliateur |

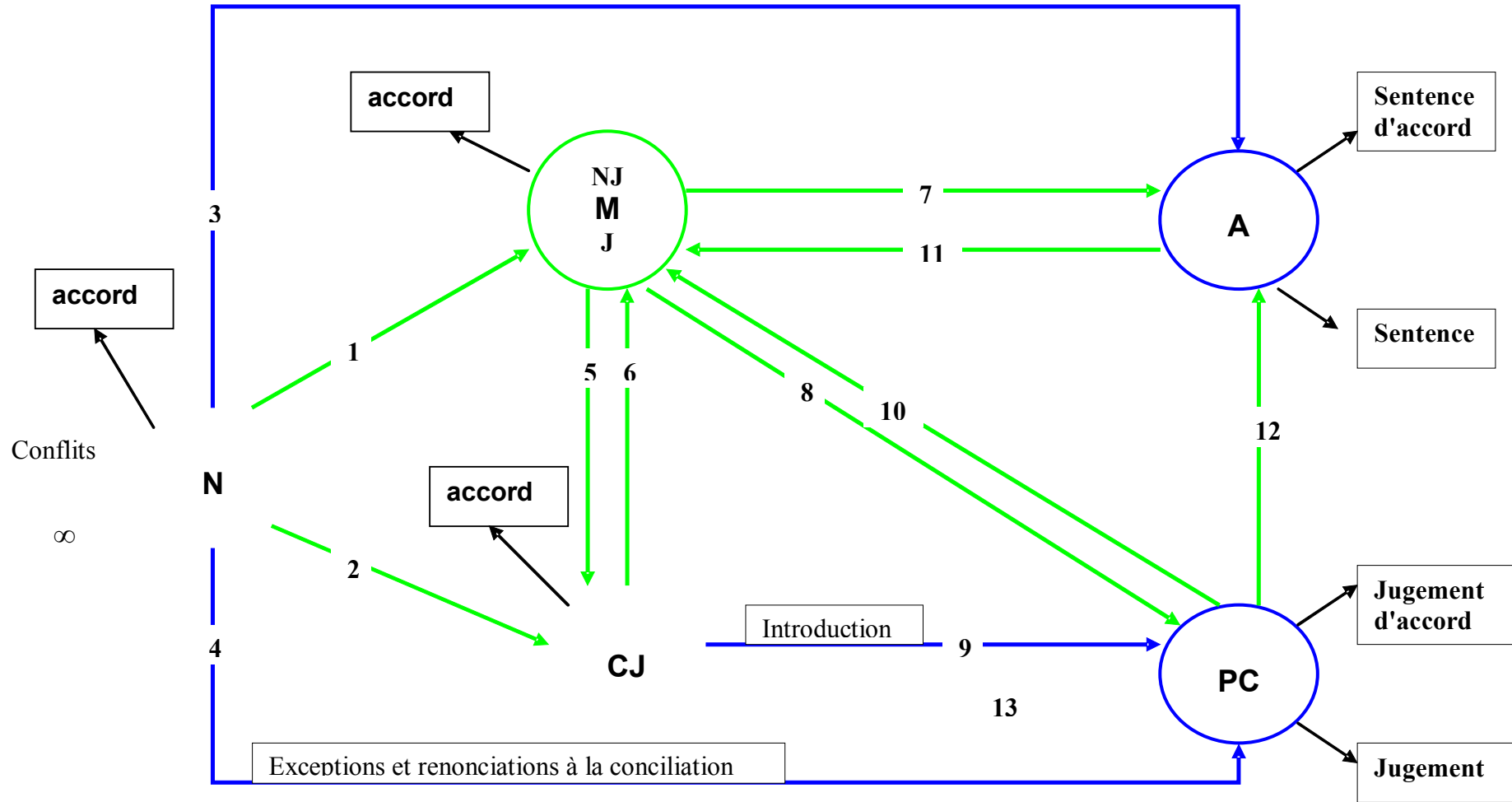
**ANNEXE 4**

**EVALUATION / FACILITATION**



## ANNEXE 5

### LA BOITE A OUTILS POUR UNE LIBRE CIRCULATION DES LITIGES



**N** Négociation civile

**M** Médiation

NJ non judiciaire

**CJ** Conciliation judiciaire

**A** Arbitrage

**PC** Procédure



# LA BOITE A OUTILS POUR UNE LIBRE CIRCULATION DES LITIGES

## Commentaires

∞ Les parties et leur conseil privilégient la Négociation

1. Si la Négociation n'aboutit pas, les parties vont en Médiation (NJ) en vertu :

a) d'une clause contractuelle, ou b) d'une convention

2. Si la Négociation n'aboutit pas, les parties qui veulent faire trancher le litige par le juge civil doivent passer par la Conciliation judiciaire (art 197 CPC), sauf dans les cas d'exceptions et de renonciation (art.198 et 199 CPC).

3. Si la Négociation n'aboutit pas, les parties vont en Arbitrage en vertu :

a) d'une clause contractuelle, ou b) d'une convention

lorsque le litige relève de leur libre disposition (art. 354 CPC).

4. Si la Négociation n'aboutit pas, les parties qui veulent faire trancher leur litige par le juge civil peuvent le saisir directement dans les cas d'exceptions ou de renonciation (art.198 et 199 CPC).

5. Si la Médiation (NJ) n'aboutit pas, les parties qui veulent faire trancher leur litige par le juge civil vont en Conciliation (art.197), sauf dans les cas d'exceptions ou de renonciation (art.198 et 199 CPC).

6. Si la Négociation n'aboutit pas, les parties peuvent - une fois leur requête de conciliation déposée (art. 202 CPC) - opter pour la Médiation (J), qui remplace alors la Conciliation (art. 213 CPC):

7. Si la Médiation (NJ) n'a pas abouti, les parties vont en Arbitrage en vertu :

a) d'une clause contractuelle, ou b) d'une convention

lorsque le litige relève de leur libre disposition (art.354 CPC).

8. Si la Médiation (J) n'aboutit pas, les parties font trancher leur litige par le juge civil.

Il en va de même si la Médiation (NJ) n'a pas abouti et que les dispositions sur les exceptions ou renonciation (art.198 et 199 CPC) sont applicables.

9. Si la Conciliation n'aboutit pas, les parties font trancher leur litige par le juge civil (art. 209 CPC).

10. A l'initiative du juge civil ou des parties, celles-ci peuvent en tout temps recourir à la Médiation (art. 214 CPC).

11. A l'initiative de l'arbitre ou des parties, celles-ci peuvent en tout temps recourir à la Médiation.

12. A l'initiative du juge ou des parties, celles-ci peuvent en tout temps recourir à l'Arbitrage lorsque le litige relève de leur libre disposition (art. 354 CPC), par un accord de procédure.

13. A l'initiative du juge ou des parties, elles peuvent en tout temps recourir à la Conciliation (en particulier dans les cas où elles en avaient été dispensées selon les art.198 et 199 CPC) par un accord de procédure.

## LIENS UTILES

**ACB Mediation NL**

[www.mediation-bedrijfsleven.nl](http://www.mediation-bedrijfsleven.nl)

**ADR Center, Roma**

[www.adrcenter.com](http://www.adrcenter.com)

**Association des médiateurs européens (AME), Paris**

[www.mediateurs-europeens.org](http://www.mediateurs-europeens.org)

**Chambre de Commerce Internationale (CCI), Paris**

[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

**Chambre du Commerce et de l'Industrie (CCIG), Genève**

[www.sccam.org](http://www.sccam.org)

**Center of arbitration and mediation of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Moscow**

[www.tpprf-arb.ru/eng/kp\\_spis.php](http://www.tpprf-arb.ru/eng/kp_spis.php)

**Centre for Conflicts Resolution (CCR), Luzern**

[www.unilu.ch/ccr](http://www.unilu.ch/ccr)

**Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR), London**

[www.cedr.co.uk](http://www.cedr.co.uk)

**Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ), Neuchâtel**

[www.unine.ch/cemaj](http://www.unine.ch/cemaj)

**Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)**

[www.cmap.fr](http://www.cmap.fr)

**Chambre suisse de médiation commerciale (CMSC/SKWM)**

[www.csmc.ch](http://www.csmc.ch)

**Commission de médiation FSA/SAV (Fédération Suisse des Avocats)**

[www.swisslawyers.com](http://www.swisslawyers.com)

**European Commission, European Judicial Network (EC)**

<http://ec.europa.eu/civiljustice>

**Fédération suisse de médiation (FSM/SDM)**

[www.infomediation.ch](http://www.infomediation.ch)

**Groupement suisse des magistrats pour la médiation (Gemme-Suisse)**

[www.gemme.ch](http://www.gemme.ch) où figure notamment une bibliographie sélective et raisonnée.

**Groupement Pro Médiation (Suisse romande)**

[www.mediations.ch](http://www.mediations.ch)

**Institut de Formation à la médiation et à la**  
ifomene.wordpress.com

**négociation (IFOMENE), Paris**

**Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität Sankt-Gallen**  
[www.irp.unisg.ch](http://www.irp.unisg.ch)

**Institut universitaire Kurt Bösch (IUKB), Sion**  
[www.iukb.ch](http://www.iukb.ch)

**International Mediation Institute (IMI), La Haye**  
[www.imimmediation.org](http://www.imimmediation.org)

**Landelijk Bureau Mediation naast Rechtspraak (LBM)**  
[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

**Nederlands Mediation Instituut (NMI)**  
[www.nmi-mediation.nl](http://www.nmi-mediation.nl)

**Scientific and methodological Center for Mediation and Law, Moscow**  
[www.mediacia.com](http://www.mediacia.com)

**United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)**  
[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

**World Intellectual Property Organization (WIPO)**  
[www.wipo.int/amc/en/mediation](http://www.wipo.int/amc/en/mediation)



**PUBLICATIONS**

Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information des consommateurs en droit européen et en droit Suisse de la consommation, thèse, Schulthess, 2006

Jean A.MIRIMANOFF et Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens. Coédition CEDIDAC, No 78, Lausanne, nov. 2008

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

Jean A. MIRIMANOFF, *Feasibility of Mediation Systems in Switzerland. Does the future belong to court-annexed (justice model), to court-connected (market place model) or to hybrid mediation system? Reflexions in the light of the New Unified Code of Civil Procedure and of the Swiss Practice, with some excursions into comparative law. Report to UIA World Forum of Mediation Centers, Lausanne, Jan. 31st 2009, ASA Bulletin 2/2009*

*L'orientation préalable des parties à un différend*, AWR 1/2010, p. 12 ss

*Une nouvelle culture : la gestion des conflits*, PJA 2/ 2009

*Impact de la conciliation obligatoire et de la médiation selon le CPC sur la pratique et l'organisation judiciaires de Genève*, livret remis aux Autorités genevoises, déc. 2008

*Digression mythologique sur la résolution des conflits*, in Actes de la Conférence de Nice, organisée par l'ENM, Gemme, et l'AAMM le 11.4.2008

*On ne verse pas le vin nouveau dans de vieilles outres, Construire une justice nouvelle et plurielle*, livret remis aux Autorités genevoises, janv. 2008

*Mise en œuvre de la médiation en Suisse : comment accompagner l'évolution de notre culture judiciaire ?* in Actes de la Conférence de Valence, organisée par Gemme-Espagne, les 16 et 17 nov. 2007

*Amicable dispute resolution or litigation: New Priority or New Approach? What future for mediation in Switzerland ?* in Actes de la Conférence de Vilnius, organisée par le Conseil de l'Europe et le Ministère de la Justice de Lituanie, 24 et 25 mai 2007

*Conciliation et médiation : pour en finir avec un psychodrame familial*, in Actes de la deuxième Conférence des ACBL de Suisse, Granges, 12 mai 2006

*L'essor de la médiation civile en Europe et en Suisse et le rôle des juges*, in Justice-Justiz-Giustizia, mars 2006

*Mediation and other ADR in Switzerland*, report, Table ronde de Sotchi organisée par le Conseil de l'Europe et le Tribunal suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie, nov. 2005

*Au pays de St Nicolas de Flue : Médiation et procédures civiles*, in SJZ, sept. 2005

*Les nouvelles activités de la Section des affaires sociales de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers*, en collaboration avec Me David Hoffmann, Genève), CdB 3/2005

*L'eurocompatibilité de la loi sur la médiation civile du 28.10.2004. Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles*, SJ 2005 II n°5, pp. 125-139

*Les principales caractéristiques de la législation à Genève, in Médiation civile en Suisse / Mediation in Zivilsachen in der Schweiz / Mediazione civile in Svizzera / Mediación civil in Suiza / Civil Mediation in Switzerland / ГРАЖДАНСКАЯ СОГЛАСИТЕЛЬНАЯ ПРОЦЕДУРА В ШВЕЙЦАРИИ*, publication GEMME-SUISSE, Genève, janvier 2005

[http://www.skwm.ch/wDeutsch/dokumente/Dokumente\\_franz/mediation\\_civile.pdf](http://www.skwm.ch/wDeutsch/dokumente/Dokumente_franz/mediation_civile.pdf)

*Mort et Renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse?* RDS, 2004, n° 5, pp. 529-570

*Baux Commerciaux : comment résoudre les litiges ? conciliation, médiation, arbitrage*, Revue de la FAC, n° 3, 4 et 5, Genève 2004/2005

*Médiation civile ou métajudiciaire : pour une nouvelle synergie, et contre la confusion des genres*, en collaboration avec Me Martine Chenou, SJ 2003, vol. II, n° 10, pp 271-316

*Procédure civile et médiation : passer d'un mode à l'autre sans en altérer la nature*. Présentation à la conférence des juges européens, Strasbourg, 25.11.2003, CEJ, interv. N°1

*Justice et médiation: autonomie ou complémentarité ?* Présentation conjointe avec Mme la juge I. Bieri à l'assemblée générale de l'Association Suisse des Magistrats, à Fribourg, 22.11.2003

*Civil and commercial Mediation : Overview of the Swiss paradox*, presentation to a Mediation interest Group meeting, WIPO, Geneva, 8.09.2003

*La Commission de conciliation en matière de baux et loyers de la République et Canton de Genève, hier, aujourd'hui, demain*, publication pour le jubilé de la CCBL et la première rencontre des ACBL, 15 novembre 2002, en collaboration avec Me I. Dubois, résumé allemand : Die Schlichtungsstelle in Mietsachen, gestern, heute, morgen, Der Ablauf der Schlichtung, Genf, idem

<http://www.geneve.ch/tribunaux/pouvoir-judiciaire/vie-judiciaire/jubile.html>

*Objection to Arbitrator Following the Annulment of a Partial Award: a potential Jeopardy of Arbitrator in Switzerland ?* in Journal of International Arbitration, vol. 3, n° 2, June 1986, p. 101 ss

*Restauration du statut juridique de la population civile en période de conflit armé*, in Revue générale de droit international public, 1974

*Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, in Revue belge de droit international, 1974

*The Red Cross and Biological and Chemical weapons*, in A Treatise on International Criminal law, vol. I, ed. by Ch. Bassiouni, Springfield 1973

*Protection de la population civile et des personnes civiles contre les dangers résultant des opérations militaires*, in Revue belge droit international, 1971 et 1972

(les articles et rapports en matière de règlement amiable sont pour la plupart disponibles sur [www.gemme.ch](http://www.gemme.ch))