

CONCILIATION ET MÉDIATION :
POUR EN FINIR AVEC UN PSYCHODRAME FAMILIAL

Exposé à la deuxième Rencontre des ACBL du 12 mai 2006 à Granges (Soleure)

par Jean A. MIRIMANOFF*

I. INTRODUCTION : LES METAMORPHOSES DE LA CONCILIATION

II. UNE PARENTÉ NON ÉLUCIDÉE

- 2.1. La conciliation, sœur de la médiation ?
- 2.2. La conciliation, fille de la médiation ?
- 2.3. Un matricide programmé : 1790
- 2.4. La sanction, ou l'infanticide de 1949
- 2.5. La double renaissance : les querelles de famille sont-elles inéluctables ?

III. COMPARAISON N'EST PAS RAISON

- 3.1. Les ressemblances
- 3.2. Les dissemblances
- 3.3. Un premier inventaire des photos de famille ?

IV. LA RELATION AU DROIT

- 4.1. La CPO classique ou l'estimation
- 4.2. La médiation classique ou facilitation
- 4.2. La tentation de s'étendre : CPO facilitative et médiation estimative

V. DE LA RIVALITE A LA SYNERGIE

* Juge au Tribunal de 1ère Instance, Président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, membre de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, médiateur agréé au tableau officiel, GENEVE; Secrétaire général de Gemme-Suisse et membre du Conseil d'administration de Gemme; ancien Conseiller juridique au CICR.

I. INTRODUCTION : LES METAMORPHOSES DE LA CONCILIATION

1. Lors de la première rencontre des Autorités de conciliation en matière de baux et loyers (ACBL) le 15 novembre 2002 à Genève, nous avons tous pu prendre conscience de la diversité enrichissant nos *pratiques conciliatoires*, non seulement entre mais parfois au sein même de nos commissions cantonales¹.

2. Un an plus tard, à Strasbourg, lors de la première rencontre des juges européens sur "la résolution précoce des litiges et le rôle des juges", sous l'égide du Conseil de l'Europe², le même constat se posait sur les *concepts conciliatoires*, en particulier suite à l'exposé sur la justice conciliationnelle au Canada³.

Ce constat s'est encore renforcé lors des rencontres organisées par le Groupement des magistrats pour la médiation (GEMME⁴), en particulier lors du colloque de Grenoble en juin de l'an passé⁵.

3. A tous ces forums, aussi, la *double vie de la conciliation judiciaire est apparue en lumière*. Relativement récente par rapport à l'antique procédure civile issue du droit romain, la conciliation surgit en son sein sous l'ancien Régime, ce qui impliquait la confusion des personnes (conciliateurs/juges) et des rôles (concilier/juger).

Ambiguë, cette conciliation avait le mérite d'exister, ce qui lui permit par la suite de s'émanciper. Il y a plusieurs siècles déjà le Portugal montrait la voie en précurseur⁶, puis la France, avec l'essai préalable obligatoire et généralisé de la conciliation, introduit par l'Assemblée constituante de 1790. Cette institution révolutionnaire, dans tous les sens du terme, allait faire école dans presque toute l'Europe continentale⁷, et dans presque tous nos cantons⁸.

Sur le plan européen, aujourd'hui, l'émancipation de la conciliation judiciaire s'accompagne de la réprobation de l'ancienne conciliation par le juge du fond impliquant la confusion des personnes et des rôles, confusion condamnée à disparaître⁹.

Ainsi, le nouveau rôle décisionnel confié aux ACBL¹⁰ avec le droit du bail depuis le 01.07.1990, et avec plusieurs tentatives de l'OFL de l'étendre encore, s'inscrit comme un

¹ Jubilé de la CCBL de la République et Canton de Genève et première rencontre des ACBL, Genève, le 15.11.2002; traditions, pratiques et expériences conciliatoires : BS, VD, LU, BE, FR, AG, TI.

² CONSEIL DE L'EUROPE, Strasbourg, 24/25.11.2003

³ Louise OTIS, Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire. La justice conciliationnelle : l'envers du lent droit, un rapport sur les MARL, Rapport, Strasbourg novembre 2003, Conférence des juges, Conseil de l'Europe, n° 6

⁴ Fondé en décembre 2003, le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme) comprend des sections nationales ou des représentants en Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Slovaquie et Suisse.

⁵ Actes du Colloque de Grenoble du 2 juin 2005, Petites affiches n° 245 du 09.12.2005

⁶ Jaime Octavio CARDONA FERREIRA, La conciliation dans l'histoire et dans les systèmes de justice portugais, Actes du Colloque de Grenoble du 2 juin 2005, Petites affiches n° 245 du 09.12.2005

⁷ Jean A. MIRIMANOFF, Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ?, RDS, N° 5, 2004

⁸ Sauf trois, dont NE

⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, Avis N° 6 (2004), CCJE, sur le procès équitable dans un délai raisonnable et le rôle des juges dans le procès, en prenant en considération des modes alternatifs de règlement des litiges, Strasbourg, 24 novembre 2004, dont le par. 161 recommande, pour préserver l'impartialité des juges, qu'ils s'acquittent de la tâche (de concilier ou médier) "dans les litiges autres que ceux sur lesquels il leur incombe de statuer".

¹⁰ Rôle jusqu'alors inconnu des CCBL les plus anciennes : BS (1933), GE (1936), BE (1941).

paradoxe helvétique à contre-courant de l'évolution de la nouvelle conciliation judiciaire¹¹.

4. Comme nous l'avons relevé ailleurs¹², les écrits et les débats sur la conciliation judiciaire se limitent souvent, avec l'Avant-projet de Procédure civile suisse (PCS) comme dans le passé, à l'alternative obligatoire/facultative, discussion vaine tant elle en escamote la substance : les pratiques, concepts et natures possibles de la conciliation judiciaire.

5. Prothée, ou fille de Prothée¹³, la conciliation judiciaire se laissera-t-elle surprendre pour être coulée dans un moule unique, avec la PCS ?

Le terrain sur lequel se tiendront les débats est encore à la fois mal défriché et miné.

Comment dans ce contexte le retour de la médiation sera-t-il accueilli en Suisse ? La question se pose avec d'autant d'acuité qu'à son tour la médiation se présente comme polymorphe, tant dans son ancienne apparition en Europe¹⁴ que sous ses nouvelles variantes anglo-saxonnes¹⁵.

6. La conciliation pratiquée par les ACBL de Suisse est toujours préalable et obligatoire (ci-après : CPO). C'est d'elle qu'il s'agira plus particulièrement ici.

II. UNE PARENTÉ NON ÉLUCIDÉE

2.1. La conciliation, sœur de la médiation ?

La conciliation et la médiation demeurent encore trop souvent confondues, tant dans le public que jusqu'au sein même de la magistrature. Il a paru dès lors utile au Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation (GEMME-CH) de les distinguer en les définissant à l'art. 4 de ses statuts du 08.10.2004 en s'inspirant des études entreprises en Suisse¹⁶ et à l'étranger¹⁷ :

"1. Par médiation il faut entendre, au sens des présents statuts :

¹¹ GEMME-Suisse, Réponse à la consultation sur l'avant-projet de loi modifiant les articles 253ss CO (droit du bail), Fribourg, mars 2006

¹² cf. note 7

¹³ Prothée, fils de Poséïdon, "prince de la métamorphose". Il avait reçu de son père la connaissance du passé, du présent et de l'avenir, et pour le décider à parler, il fallait le capturer dans son sommeil, car il pouvait prendre toute sorte de formes pour s'échapper. E. HAMILTON, La mythologie, Marabout, 1977, p. 44 et 266; P. COMMELIN, Mythologie grecque et romaine, Pocket, 1994, p. 135-136; J. LOCARRIERE, Au cœur des mythologies, Gallimard, 1998, p. 175.

¹⁴ Joseph DUSS - VON WERDT, Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation, Klett-Cotta, Stuttgart, mars 2005

¹⁵ Alan Scott RAU, Edward F. SHERMAN and Scott R. PEPPET, Mediation and other Non-Binding ADR Processes, 2nd Ed., Foundation Press, New York, 2002

¹⁶ Isabelle BIERI, Conciliation et Médiation : concepts en pagaille dans une procédure en chantier, FSA, Revue de l'avocat, n°10 – 2003, p. 354 ss; Isabelle BIERI, Le 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, in : Jubilé de la CCBL 1937-1977-2002 et première rencontre des ACBL, Genève le 15.11.2002

¹⁷ Béatrice GORCHS, La Médiation dans le Procès Civil : sens et contresens, RTD civ. n° 3-2003, p. 409 à 425

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, au sens des présents statuts: 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."

La confidentialité du processus, dans les deux cas, a paru si évidente aux magistrats que sa mention en a été omise, ce que l'on peut déplorer.

A première vue, les traits de parenté entre les deux institutions sautent aux yeux :

- liberté des parties vis-à-vis de la solution;
- indépendance, impartialité et neutralité du tiers;
- confidentialité du processus de médiation et du déroulement conciliatoire;
- efficacité, rapidité et réduction des coûts offerts par les deux systèmes;
- reprise du dialogue.

Pourtant, à y regarder de plus près, les différences qui les opposent ne sont pas dénuées d'importance. Surtout si l'on compare la conciliation traditionnelle (évaluative ou estimative) où le magistrat recherche les faits pertinents et analyse la situation juridique en découlant (comme un juge, qui s'abstiendrait de trancher) avec la médiation traditionnelle (facilitatrice) où le tiers, par sa maïeutique, fait ressortir les émotions, les besoins et les intérêts des parties pour leur permettre de découvrir par elles-mêmes leur propre solution.

C'est sous cet angle que les deux modes s'individualisent le plus, l'un vis-à-vis de l'autre :

- la conciliation se concentre sur les faits, la médiation sur les personnes;
- la conciliation évolue dans un cadre juridique, dont la médiation n'en subit pas (directement) la contrainte¹⁸;
- les médiés choisissent leur médiatrice, les parties se voyant imposer leur conciliateur;
- le déroulement du processus de médiation est formalisé par l'accord initial (entrée en médiation), tandis que le déroulement conciliatoire évolue librement (aucune législation n'en ayant posé les règles).

Mais l'essentiel découle des conséquences respectives du processus de médiation et du déroulement conciliatoire : fondé sur les intérêts communs des parties, le premier s'ouvre sur l'avenir; tandis que, fondé sur une solution juridique, le second règle le passé.

Ainsi, la schématisation - forcément arbitraire - des deux institutions peut donner l'illusion première de deux sœurs jumelles¹⁹, alors qu'il s'agit pour le moins de "fausses" jumelles, tant le processus de médiation se singularise du déroulement conciliatoire.

En bref, la médiatrice et la conciliatrice n'exercent pas le même métier.

¹⁸ Il n'y a pas en médiation d'objet du litige, au sens procédural du terme, de sorte que le concept de "délégation judiciaire" qui est introduit par plusieurs législations paraît totalement antinomique.

¹⁹ Jean A. MIRIMANOFF et Isabelle DUBOIS, Jubilé de la CCBL de la République et Canton de Genève et première rencontre des ACBL, Genève, le 15.11.2002

2.2. La conciliation, fille de la médiation ?

Sous un éclairage historique, c'est un autre type de parenté qui s'esquisse.

La genèse de la conciliation préalable obligatoire (CPO) reste à ce jour encore empreinte de mystère. Formellement, elle apparaît, dans l'histoire des institutions, sous sa forme moderne, en France, avec la loi du 16/24.08.1790 de l'Assemblée Constituante²⁰. Il était véritablement révolutionnaire, à l'époque, à la fois de conférer son autonomie à l'essai préalable de conciliation, et de confier de nouvelles tâches aux magistrats conciliateurs autres que celle de trancher. Mais le concept n'est pas survenu *ex nihilo*.

C'est le juriste genevois P. F. Bellot, dans son commentaire à la LPC²¹, qui relève le premier son origine anglo-saxonne, en indiquant (trop) sobrement²² que "l'idée philanthropique d'une magistrature destinée à prévenir les procès et à les terminer à l'amiable appartient à William Penn". Inspirateur de la première constitution d'un état démocratique et libéral en nouvelle Angleterre, William Penn (1644-1718) n'a pas pu avoir de contact direct avec les auteurs de la loi de 1790.

Lequel, de ses nombreux et riches ouvrages, les a motivés? Par ailleurs, de quelle expérience William Penn a-t-il lui-même puisé son idée? De son séjour à Tours où, jusqu'à la révocation de l'Édit de Nantes, communautés catholiques et calvinistes vivaient en bonne intelligence? Ou est-ce au contact des paroisses calvinistes de Tours qu'il a eu connaissance de leur pratique de la médiation pour régler les différends entre fidèles avant de prendre la cène (communion), lors des grandes fêtes, pour que chacun soit en paix alors avec son prochain au moment d'approcher la table de communion²³?

Si cette hypothèse devait se vérifier un jour, ce serait un lien de filiation qui relierait la conciliation préalable obligatoire à la médiation.

2.3. Un matricide programmé : 1790

Dans la mesure où la conciliation préalable était, de par la loi, rendue obligatoire, en France et dans tous les pays d'Europe continentale influencés par la législation révolutionnaire à la fin du XVIIIème et au début du XIXème siècle, elle en a nécessairement tiré un bénéfice d'exclusivité, un monopole de règlement des litiges pour la voie consensuelle.

Celui-ci a dû contribuer à la disparition dans ces pays de la médiation, à la même époque. Inversement, il est significatif que dans les pays anglo-saxons, qui n'ont jamais introduit la CPO²⁴, la médiation ait survécu, pour rebondir près de deux siècles plus tard en Europe continentale.

²⁰ Encyclopédie DALLOZ, Procédure, Tome II, 2^{ème} éd., La conciliation

²¹ P. F. BELLOT, Exposé des motifs de la LPC du canton de Genève, 2^{ème} éd., Genève, 1837

²² P. F. BELLOT ne cite pas l'ouvrage.

²³ 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 J. C. FAVEZ, Georg, Genève, 2000, p. 61 ss. Voir la bibliographie de Jeanne Henriette LOUIS et Jean Olivier HERON, William Penn et les Quakers: Ils inventèrent le nouveau monde, Découvertes, Gallimard, Paris, 1990

²⁴ A la notable exception du Canada, qui a repris l'institution du Québec il y a une décennie.

Il est indéniable que, sur le plan historique, les deux institutions parentes se sont trouvées objectivement en situation de rivalité. Depuis 1790, la conciliation l'a emporté en Europe continentale, et aujourd'hui la médiation y renaît.

Cette apparente rivalité est-elle bien fondée, puisque - on l'a entrevu plus haut - chacune œuvre selon ses propres méthodes?

Quelle articulation concevoir entre ce qui paraît plutôt se compléter que s'opposer?

Telle sera notamment la tâche du législateur lorsqu'il élaborera la nouvelle PCS.

2.4. La sanction, ou l'infanticide de 1949

En Europe continentale, il semble que la CPO ait évolué de diverses manières selon les pays. Elle paraît avoir plutôt bien pris racine en Allemagne et en Suisse, tandis qu'elle a périclité dès l'origine en Belgique, aux Pays-Bas et en France²⁵.

Il en va de même à Genève, cancre de la conciliation civile en Suisse et en Europe, sauf en matière de conflits de travail et de baux et loyers²⁶.

Par un curieux retournement, la France, mère de la CPO, a décidé de se débarrasser de son enfant, vu son inefficacité, en l'abolissant en 1949²⁷.

Le besoin de consensualisme s'avérant non assouvi, la CPO renaquit de ses cendres en 1977 en France, dans 4 départements, puis dans tout le pays en 1978.

On peut constater qu'à cette époque la médiation était encore inconnue en France, qui fut le premier pays européen à légiférer sur le sujet, en 1995, la loi sur la médiation venant de fêter son 10^{ème} anniversaire²⁸.

2.5. La double renaissance : les querelles de famille sont-elles inéluctables ?

Ce phénomène de la double renaissance de la conciliation et de la médiation n'est pas limité à la France, mais se rencontre dans plusieurs pays d'Europe²⁹, sans parler du Canada qui parvient d'une part à implanter la médiation conventionnelle sur son territoire et d'autre part à introduire dans ses institutions la conciliation par un magistrat autre que celui du fond, y compris en appel³⁰.

Les confusions faites par le législateur (en France et ailleurs) peu familier avec le concept de médiation n'ont souvent pas encore permis à la pratique de bien distinguer les deux

²⁵ cf. note 20

²⁶ Selon le rapport d'activités des Tribunaux pour l'exercice 2005, les statistiques sont les suivantes, quant au taux de succès : - civil et commercial : 3%
- droit du travail : 23%
- baux et loyers : 35%

²⁷ cf. note 20

²⁸ GEMME-France, Actes du Colloque de Paris, décembre 2005.

²⁹ Jayne SINGER et Cameron McKENNA, The EU Mediation Atlas : Practice and Regulation, Ed. Karl Mackie, CEDR, 2005, et note 5.

³⁰ cf. note 3

institutions³¹.

Or, la confusion engendre le malentendu, et le malentendu le conflit³². Le législateur fédéral aura-t-il une vision plus claire?

III. COMPARAISON N'EST PAS RAISON

3.1. Les ressemblances

A vrai dire, ce ne sont pas seulement la conciliation et la médiation qui présentent - comme on vient de le voir - des traits de parenté, mais l'ensemble des modes amiables³³ 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 conflit³⁴.

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 du droit civil, de la procédure³⁵, théorie qui sera développée par une étude fouillée du juge belge Eric BATTISTONI³⁶.

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.

Enfin, si le consensualisme s'y révèle trois fois pacificateur, comme le souligne Th. GARBY³⁷, il n'y intervient pas non plus de la même manière.

3.2. Les dissemblances

³¹ cf. notamment les développements sur la conciliation dans Art et techniques de la médiation, par Martine BOURRY d'ANTIN, Gérard PLUYETTE et Stephen BENSIMON, Litec, Paris, 2004

³² Dominique PICAR et Edmond MARC, Petit traité des conflits ordinaires, Seuil, Paris, 2006

³³ "Amiable" est à la fois plus correct et moins provocateur qu'"alternatif". L'expression, courante pour les différends internationaux au XIX^{ème} 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.

³⁴ Pierre CHEVALIER, Yvon DESDEVEISES, Philip MILBURN, Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation française, Paris, 2003, p. 68

³⁵ Cf. note 34, p. 142

³⁶ Eric BATTISTONI, Médiation civile et justices, les frontières du droit substantiel ou processuel : quelle emprise sur la médiation civile ? (à paraître)

³⁷ Thierry GARBY, La gestion des conflits, Economica, Paris, 2004, p. 6 : "Le consensualisme évite que le conflit ne s'envenime, résout le conflit et prévient l'apparition de nouveaux conflits".

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 solution³⁸.

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 entre le concept de litige et celui de conflit³⁹, et confère à la médiation une place à part, elle qui n'a - par essence - pas vocation à résoudre l'objet du litige.

3.3. Un premier inventaire des photos de famille ?

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 systèmes⁴⁰.

Pour se limiter à la principale différence entre la médiation et la conciliation - classiques ou traditionnelles - on retiendra avec Th. 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"⁴¹.

V. LA RELATION AU DROIT

5.1. La CPO classique ou l'estimation

Devant le silence de la loi au sujet de leurs prérogatives, les magistrats conciliateurs ont l'occasion de procéder à une estimation, qui ne consiste pas seulement à peser les risques et les chances du succès judiciaire, mais souvent à donner une opinion sous forme de proposition.

Préalablement, le conciliateur aura procédé à une instruction portant sur les faits pertinents (par le moyen de l'audition des parties, la lecture de leurs pièces essentielles, éventuellement un transport sur place), instruction à laquelle il peut renoncer éventuellement pour procéder à une appréciation anticipée des preuves. Ensuite, il analysera la situation sous l'angle juridique, et pourra formuler un avis (sa démarche ressemble à celle d'un juge sans pouvoir).

³⁸ 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, note 7, p. 539-541

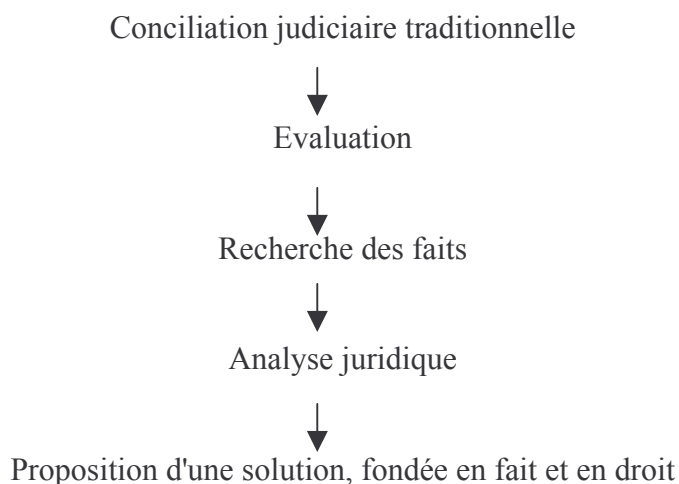
³⁹ B. GORCHS, cf. note 17, et les références citées par cet auteur.

⁴⁰ Thierry GARBY, op. cit., p. 9

⁴¹ Cf. note 40

Cette méthode s'avère fort délicate pour les affaires civiles et commerciales, tant les risques d'erreurs jalonnent le cheminement du conciliateur. Ce dernier franchit avec plus ou moins de succès la piste d'obstacles des preuves avérées ou douteuses, ou des indices plus ou moins concordants ou concluants. Ces risques expliquent l'abandon progressif de cette méthode, qui s'avère en revanche encore utile pour les ACBL en matière de baux et loyers : le caractère très technique et formaliste du droit du bail facilite leur tâche (un congé est nul s'il n'est pas accompagné de la formule officielle, de même qu'une hausse de loyer). *Mutatis mutandis* la remarque vaut pour les conflits individuels du travail⁴².

Le déroulement de la conciliation judiciaire traditionnelle peut être schématisé ainsi :



4.2. La médiation classique ou facilitation

Si l'écoute, la communication et la négociation caractérisent les ADR dans leur ensemble⁴³, elles servent tour à tour de fondement aux nombreuses tentatives pour définir la médiation⁴⁴, dont celle de GEMME-Suisse⁴⁵.

Mais c'est d'une manière quasi-unanime⁴⁶ que la médiation est conçue d'abord et avant tout comme un *état d'esprit*, ce qui implique, pour les acteurs de la justice, une "modification de la culture judiciaire", pour reprendre l'expression de notre collègue Marc JUSTON, juge aux affaires familiales à Tarascon, récipiendaire du prix de la balance de diamant décerné par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne en 2005.

Laissons à L. RISKIN le soin de décrire la démarche du médiateur traditionnel :

"The facilitative mediator assumes the parties are intelligent, able to work with their counterparts, and capable of understanding their situations better than either their lawyers or the mediator. So the parties may develop better solutions than any that the

⁴² Cf. note 26

⁴³ Yvon DESDEVISES, Les recherches sur les MARL, cf. note 34, p. 57

⁴⁴ Pour Jean-Louis LASCoux, Pratique de la médiation, ESF, Issy-les-Moulineaux, 2001, p. 19, la médiation peut être définie comme une "méthode de facilitation de la communication", et pour Th. GARBY, op. cit., p. 50 ss "comme une méthode de facilitation de la négociation".

⁴⁵ GEMME-Suisse, Statuts du 08.10.2004, art. 4 ch. 1, reproduit ci-dessus (ch. 2.1.).

⁴⁶ GEMME-Suisse, Modes amiables de résolution des litiges (MARL/ADR), Médiation, Conciliation, Ombudsmen, Eléments bibliographiques (état : 01.01.2006).

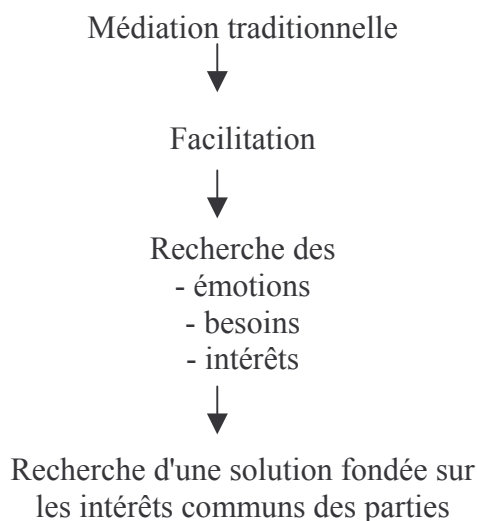
mediator might create. For these reasons, the facilitative mediator assumes that his principal mission is to enhance and clarify communication between the parties in order to help them decide what to do.

The facilitative mediator believes it is inappropriate for the mediator to give his opinion, for at least two reasons. First, such opinion might impair the appearance of impartiality and thereby interfere with the mediator's ability to function. Second, the mediator might not know enough - about the details of the case or the relevant law, practices or technology - to give an informed opinion"⁴⁷.

La démarche consistant ainsi à faire ressortir les émotions, les besoins et les intérêts des parties pour les aider à trouver elles-mêmes leur propre solution se distingue donc parfaitement bien de l'estimation, décrite il y a un instant.

C'est le lieu de souligner que le bon usage des techniques d'écoute, de communication et de négociation n'est pas inné : une médiatrice est une tierce personne à la fois *motivée, formée et disponible*.

La médiation traditionnelle peut être schématisée ainsi :



4.2. La tentation de s'étendre : CPO facilitative et médiation estimative

Les pays anglo-saxons - on s'en souvient - ne connaissent pas la médiation judiciaire, sauf le Canada. Or, dans ce pays, sous l'impulsion énergique et créatrice de Mme Louise OTIS, juge au Tribunal d'Appel du Québec, une justice conciliationnelle a été instaurée, dans le déroulement de laquelle des magistrats formés, et qui ne statueront pas sur le litige en cas d'échec, recourent aux techniques de la médiation⁴⁸.

Leur exemple, fructueux, a été suivi, avec le même succès, par nos collègues - formés à cet effet - des Pays-Bas, de Norvège, de plusieurs Länder allemands et d'ailleurs⁴⁹.

⁴⁷ L. RISKIN, Mediator Orientations, Strategies and Techniques, in Alan Scott RAU, Edward F. SHERMAN and Scott R. PEPPET, op. cit., p. 90.

⁴⁸ Cf. note 3

⁴⁹ Cf. notes 2 et 29

Quant à la Suisse, notre collègue bâlois Andreas HEIERLI a indiqué avec finesse tous les avantages que peuvent présenter en conciliation les outils de la médiation⁵⁰.

Dès lors que l'ensemble de ces expériences s'avère positif, leur extension devrait être encouragée, en donnant la faculté aux magistrats de se former à ces techniques. C'est l'une des recommandations de GEMME-Suisse.

Inversement, il faut signaler - pour l'anecdote - la tendance aux Etats-Unis⁵¹, pour les médiateurs issus de la magistrature, de recourir à l'estimation en donnant son opinion ou en suggérant une solution lors d'un processus de médiation, une pratique réprouvée actuellement en Europe.

On a schématisé en annexe la double extension.

V. DE LA RIVALITE A LA SYNERGIE

Filles ou formes de Prothée, la conciliation et la médiation ont pu paraître rivales : d'une part, pour des raisons historiques (sans que l'intérêt des justiciables n'y ait d'ailleurs joué le moindre rôle!) et d'autre part, à cause de la confusion résultant de leur méconnaissance.

Il n'y a cependant pas entre elles de conflits d'intérêts, bien au contraire.

Tout d'abord, la CPO a vocation à résoudre presque tous les conflits, tandis que la médiation - toujours volontaire - ne prétend pas constituer une panacée et se prête mieux à la résolution de certains conflits que d'autres. Le Guide pratique de la médiation civile, élaboré par la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, en esquisse les explications⁵².

Ensuite et surtout, la conciliation peut emprunter à la médiation ses méthodes et ses outils, et non l'inverse. Ainsi, pour autant qu'elles soient motivées, formées et disponibles, les ACBL pourront en faire l'expérience. Aujourd'hui, l'ACBL de Genève n'en a pas toujours la possibilité ou la disponibilité, et doit se contenter, pour les litiges en matière de baux commerciaux qui paraissent s'y prêter, d'encourager les parties à entreprendre une médiation commerciale⁵³, en leur remettant la liste des médiateurs accrédités.

Ce faisant, dans la mesure où les magistrats ne renonceront pas à suggérer ou formuler une solution de leur cru, ils resteront des conciliateurs et non des médiateurs.

Les méthodes de la médiation s'avérant fructueuses⁵⁴, leur utilisation en conciliation en renforcera encore l'efficacité et le prestige, et en valorisera les magistrats, qui découvriront -

⁵⁰ Andreas HEIERLI, *Mediation und Gerichtbarkeit*, Nachdiplomstudium Mediation an der Fachhochschule Aargau, ergänzt Juni 2003

⁵¹ L. RISKIN, loc. cit., note 48

⁵² Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, *Guide pratique de la médiation civile*, Praktischer Leitfaden zur zivilen Mediation, Guida pratica della mediazione civile, www.geneve.ch/tribunaux/pouvoir-judiciaire/mediation.html

⁵³ Avec environ 5'000 dossiers par an, la CCBL de Genève traite 21,5 % du contentieux de toute la Suisse, avec seulement 7 magistrats à temps partiel (OFL, Communiqué de presse du 2 mars 2006, *Activité des autorités de conciliation en matière de litiges portant sur les loyers au cours du deuxième semestre 2005*).

⁵⁴ Th. GARBY, op. cit., évoque un taux de succès de 80 %. Il est sans doute valable pour les pays anglo-saxons surtout; selon les pays et les domaines concernés, le taux de succès varie : cf. note 29.

après avoir suivi une formation appropriée - le nouveau créneau d'activité très motivant de la conciliation facilitative : *la nouvelle conciliation judiciaire*. Bien entendu, les principaux bénéficiaires en seront les personnes et les entreprises, dont les intérêts en matière de résolution amiable des litiges seront sans doute enfin considérés comme prépondérants, en ce début de XXI^{ème} siècle!

C'est dans cette perspective que nous sommes appelés, comme magistrats, à privilégier la nouvelle synergie⁵⁵ qui s'instaure entre ces deux institutions, qui peuvent parfaitement se compléter sans s'affronter.

* * * * *

⁵⁵ *De lege lata* cette synergie ressort de la loi genevoise du 28.10.2004 http://www.geneve.ch/legislation/rsg/f/rsg_e3_05.html (art. 71A à 71J), et *de lege ferenda* de la proposition de GEMME-Suisse pour la PCS www.secretantoyanov.com/gemme/doc/GEMME_Suisse.pdf

Evaluation / Facilitation

