

Jean A. Mirimanoff
(éditeur)

LA MÉDIATION DANS L'ORDRE JURIDIQUE SUISSE

Une justice durable à l'écoute
du troisième millénaire

Helbing Lichtenhahn

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Appartiennent exclusivement à la maison d'édition, respectivement à l'éditeur, notamment les droits de reproduction, de représentation, de diffusion, de traduction ou d'adaptation, intégrales ou partielles, ainsi que de transfert et d'enregistrement de l'œuvre, par quelque procédé que ce soit (graphique, technique, électronique et/ou digital, y compris la photocopie et le téléchargement). De telles utilisations de l'œuvre en dehors des limites de la loi sont strictement interdites et requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition.

© 2011 Helbing Lichtenhahn, Bâle
ISBN 978-3-7190-3111-4

www.helbing.ch

Sommaire

Table des auteurs	IX
Table des matières	XI
Table des abréviations	XXI
Préface : La justice face à ses défis	1
<i>Giorgio Malinverni</i>	
Première partie : Médiation-s : esquisse générale	5
<i>Jean A. Mirimanoff</i>	
Deuxième partie : Communication, conflit et médiation	45
<i>Cinthia Lévy</i>	
Troisième partie : La médiation en matière civile et commerciale	65
<i>Jean A. Mirimanoff</i>	
Quatrième partie : La médiation commerciale en lien avec l'arbitrage	113
<i>Christophe Imhoos</i>	
Cinquième partie : La médiation en matière pénale	149
<i>Florence Pastore</i>	
Sixième partie : La médiation en matière administrative	191
<i>Alexis Overney</i>	
Septième partie : La mise en œuvre de la médiation et la responsabilité des autorités	215
<i>Guy Canivet</i>	
Postface : Une justice durable	227
<i>Michèle Weil-Guthmann</i>	
Remerciements	285

Table des matières

Sommaire	VII
Table des auteurs	IX
Table des matières	XI
Table des abréviations	XXI
Préface : La justice face à ses défis	1
Première partie : Médiation-s : esquisse générale	5
Avant-propos	5
Chapitre premier : L'universalité de la médiation	6
1.1. Universalité	6
1.2. Survol de notre histoire	6
1.2.1. Grèce antique	6
1.2.2. Rome	7
1.2.3. Après Rome	8
1.3. Le paradoxe suisse	9
Chapitre 2 : Consensualisme et conflit	9
Chapitre 3 : La médiation une : ses principes	13
3.1. Une et multiple	13
3.2. Le Traité de Westphalie (1648)	13
3.3. La Conférence de Vienne (1965)	14
3.3.1. Genèse et essor des principes de la Croix-Rouge	14
3.3.2. Humanité	14
3.3.3. Impartialité	15
3.3.4. Neutralité	15
3.3.5. Indépendance	15
3.3.6. Absence de pouvoir ou humilité	15
3.3.7. Confidentialité	15
3.4. Les instruments de droit européen (1998-2008)	16
3.4.1. Les recommandations (Conseil de l'Europe)	16

3.4.2. Les avis (Conseil de l'Europe)	17
3.4.3. Les lignes directrices (Conseil de l'Europe)	17
3.4.4. Le Code de Conduite Européen pour les Médiateurs (UE) (2004)	18
3.4.5. L'influence des instruments dans la littérature	19
3.5. Tentative de synthèse	19
A. Les principes substantiels	20
3.5.1. Humanité de la médiation	20
3.5.2. Impartialité ou multipartialité du médiateur	21
3.5.3. Liberté et autonomie	21
3.5.4. Responsabilité	22
B. Les principes dérivés ou fonctionnels	22
3.5.5. Indépendance du médiateur	22
3.5.6. Neutralité du médiateur	23
3.5.7. Humilité ou absence de pouvoir du médiateur	23
3.5.8. Confidentialité, confiance et confidences	23
Chapitre 4 : La médiation multiple	24
4.1. Diversité	24
4.2. Diversité des modèles ou approches	25
4.3. Diversité des champs d'application	26
4.4. Diversité des systèmes judiciaires	26
Chapitre 5 : Les étapes et les outils de la médiation	27
Chapitre 6 : La médiation en Europe	30
Chapitre 7 : La médiation en Suisse	31
7.1. La médiation dans l'ordre juridique suisse	31
7.1.1. Sur le plan constitutionnel	31
7.1.2. Sur le plan législatif	32
7.2. La médiation au sein de la justice plurielle	33
7.3. Le système métajudiciaire	34
7.4. Le contrat de médiation	35
Chapitre 8 : L'organisation de la médiation	36
8.1. Remarque liminaire	36
8.2. Le statut de médiateur	36
8.3. Les codes de déontologie et les règlements	37
8.4. Les principales organisations	38
8.5. Les centres universitaires et autres écoles de formation	38
Chapitre 9 : Survol de la pratique suisse	39

Chapitre 10: Les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la médiation	40
10.1. Remarque liminaire	40
10.2. Information, sensibilisation et formation	41
10.3. Rôle des avocats	42
10.4. Conseillers en médiation et permanences	42
10.5. La médiation scolaire par les pairs	42
10.6. La prise en charge par l'Etat des frais de la médiation	43
Conclusions: 2010-2020, décennie de la médiation en Suisse	43
Deuxième partie: Communication, conflit et médiation	45
Introduction	45
Chapitre premier: Principes élémentaires de la communication appliqués à la médiation	46
1.1. Premier principe: l'impossibilité de ne pas communiquer	46
1.2. Deuxième principe: il existe deux niveaux de communication: contenu et relation	47
1.3. Troisième principe: la ponctuation de la séquence des faits	48
1.4. Quatrième principe: communication digitale (numérique) et analogique	49
1.5. Cinquième principe: interaction symétrique et complémentaire	50
Chapitre 2: Communication, stratégies et attitudes face au conflit	51
2.1. Stratégies spontanées	53
2.2. Stratégies travaillées	54
2.3. Axe fermé de la violence et axe ouvert du conflit	55
2.4. Intervention du médiateur	56
Chapitre 3: La communication non violente (CNV)	56
3.1. Définition	57
3.2. Mythes de la communication non violente	57
Premier mythe: la communication non violente consiste à communiquer avec des mots et pas avec des coups.	57
Deuxième mythe: la communication non violente s'applique uniquement aux conflits dans la sphère privée.	57
Troisième mythe: la communication non violente, c'est pour les autres	58
Quatrième mythe: la communication non violente, c'est avec les autres	58
3.3. Principes	58
Première étape: identifier les sentiments	58

Deuxième étape : identifier les besoins	59
Troisième étape : formuler des demandes	60
3.4. Communication non violente, gestion des conflits et médiation	62
Conclusion	63
Troisième partie : La médiation en matière civile et commerciale	65
Chapitre premier : Introduction	65
1.1. Concepts, comparaisons et définitions	65
1.1.1. Généralités	65
1.1.2. Médiation vs conciliation	67
1.1.3. Médiation vs ombudsman	69
1.2. Définitions des associations faitières suisses	69
1.3. Définitions d'OIG et ONG	71
Chapitre 2 : Médiabilité des différends	72
Chapitre 3 : Le système en Suisse	74
3.1. Médiations non judiciaire et judiciaire	74
3.2. La médiation non judiciaire	75
3.3. La relation avec la procédure civile	76
3.4. La relation avec l'arbitrage	77
Chapitre 4 : La médiation dans le CPC	77
4.1. Avant l'introduction de la procédure	78
4.2. Au stade de la conciliation : l'option de médiation	79
4.3. Pendant la procédure au fond	80
4.4. Confidentialité	82
4.5. Questions non réglées par le CPC	85
Chapitre 5 : L'accès à la médiation et son double corollaire	86
5.1. L'accès à la justice traditionnelle	87
5.2. L'accès à la justice amiable	87
5.3. Le rôle des avocats	89
5.3.1. Avant le processus	89
5.3.2. Pendant le processus	90
5.3.3. Après le processus	91
5.3.4. Après le jugement	91
5.4. Le rôle des magistrats	91
5.4.1. Le déclenchement du processus	91
5.4.2. Homologation ou ratification	93
5.4.3. Au stade du jugement	95

5.5.	Droit à l'accès à la médiation et droit au procès	95
Chapitre 6 :	La relation au droit	96
Chapitre 7 :	La médiation commerciale	97
7.1.	Spécificités	97
7.2.	La médiation intra-entreprise	98
7.3.	La médiation inter-entreprises	99
7.4.	Les clauses de médiation et la relation avec l'arbitrage	99
Chapitre 8 :	La médiation familiale	100
8.1.	Spécificités	100
8.2.	La médiation familiale interne	101
8.3.	La médiation familiale transnationale (MFT)	103
8.3.1.	Situation générale	103
8.3.2.	Situation en Suisse	105
8.3.3.	Pour un développement plus efficace de la MFT	107
Chapitre 9 :	Frais et assistance juridique	109
Conclusions		110
Quatrième partie :	La médiation commerciale en lien avec l'arbitrage	113
Chapitre premier :	Médiation commerciale et arbitrage commercial	113
1.1.	La médiation commerciale	113
1.1.1.	Qu'est-ce que la médiation commerciale ? (rappel)	113
1.1.2.	La médiation commerciale « <i>ad hoc</i> »	115
1.1.3.	La médiation commerciale institutionnelle	115
1.1.4.	La mise en œuvre d'une médiation commerciale	116
1.1.5.	La médiation commerciale interne	117
1.1.6.	La médiation commerciale internationale	118
1.1.7.	Le développement de la médiation commerciale	118
1.2.	L'arbitrage commercial	119
1.2.1.	Qu'est-ce que l'arbitrage ?	119
1.2.2.	L'arbitrage « <i>ad hoc</i> »	119
1.2.3.	L'arbitrage institutionnel	120
1.2.4.	L'arbitrage commercial interne	120
1.2.5.	L'arbitrage commercial international	121
1.2.6.	La mise en œuvre d'un arbitrage commercial	121
1.2.7.	Le développement de l'arbitrage	122

Chapitre 2 : Médiation et arbitrage : quelles synergies ?	122
2.1. Comparaison entre médiation et arbitrage	123
2.1.1. Les différences	123
2.1.2. Les similitudes	124
2.2. La problématique	125
2.3. Quelle(s) synergie(s) possible(s)	126
Chapitre 3 : Médiation et arbitrage internes	126
3.1. La médiation dans le CPC	127
3.2. L'arbitrage dans le CPC	127
3.3. Leur interrelation	127
3.4. La médiation et l'arbitrage en matière institutionnelle en matière interne	128
Chapitre 4 : Médiation et arbitrage international	128
4.1. Leur traitement par les différentes institutions de règlement de différends	128
4.1.1. Introduction	128
4.1.2. Les Chambres de commerce suisses	129
4.1.3. La Chambre de commerce internationale	131
4.1.4. Le Centre de médiation et d'arbitrage de Paris	132
4.1.5. Le Centre de médiation et d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle	134
4.2. Les recommandations du Center for Effective Dispute Resolution (CEDR) concernant le règlement amiable en arbitrage international	136
4.3. Les synergies	138
4.3.1. La médiation avant arbitrage ou suivie par un arbitrage en cas d'échec de l'approche amiable	138
4.3.2. La médiation dans l'arbitrage (« <i>Mediation Window</i> »)	139
4.3.3. Le cas de l'arbitre « facilitateur »	139
4.3.4. Le « Med-Arb simultanés »	140
4.3.5. La « sentence d'accord parties » en cas de conclusion par un accord issu d'un arbitrage ou d'une médiation	140
4.3.6. Autres techniques possibles de résolution des litiges issues de la médiation et de l'arbitrage	141
Chapitre 5 : Procédures « hybrides »	142
5.1. Qu'est-ce qu'une « procédure hybride » ?	142
5.2. Le « Med-Arb »	143
5.3. L'« Arb-Med »	144
5.4. La « Mediation Window »	145
5.5. La « Shadow Mediation »	145

5.6.	La « Medaloo »	145
5.7	Les limites juridiques des « hybrides »	146
Conclusion		147
Cinquième partie : La médiation en matière pénale		149
Préambule		149
Chapitre premier : Les racines de la médiation pénale : la justice restaurative		150
Chapitre 2 : Caractéristiques de la médiation pénale		152
2.1.	Définition	152
2.2.	Éléments caractéristiques	153
2.3.	Buts	154
	2.3.1. Besoins chez la victime	154
	2.3.2. Besoins chez l'auteur	157
2.4.	Modalités : selon l'âge du délinquant, le moment de l'intervention et la forme de l'intervention	157
	2.4.1. La médiation selon l'âge de l'auteur	157
	2.4.2. Le moment de l'intervention	158
	2.4.3. Relation avec le système pénal	158
2.5.	Les limites à la médiation pénale	159
Chapitre 3 : Le développement de la médiation pénale en Europe : les exemples français et allemand		160
3.1.	France	161
3.2.	Allemagne	163
3.3.	Bilan	166
Chapitre 4 : Emergence et évolution en suisse		167
4.1.	La médiation en droit pénal des mineurs	168
	4.1.1. Expériences cantonales de médiation pénale des mineurs : l'exemple du canton de Fribourg	168
	4.1.2. 2007-2010 : DPMIn	169
	4.1.3. La médiation en droit pénal des mineurs depuis 2011 : PPMIn	172
4.2.	La médiation en droit pénal des adultes	176
	4.2.1. 2000-2010 : expériences cantonales	176
	4.2.2. Depuis 2007 : La partie générale du Code pénal	179
	4.2.3. Depuis 2011 : la médiation et le Code de procédure pénale	181
Conclusion		188

Sixième partie : La médiation en matière administrative	191
Introduction	191
Chapitre premier : Notion et distinctions	191
1.1. Notion	191
1.1.1. Définition et objectifs	191
1.1.2. Caractéristiques principales de la médiation administrative	192
1.1.3. Caractéristiques principales du médiateur	193
1.1.4. Déroulement du processus de médiation	194
1.2. Distinctions	194
1.2.1. Médiation vs. ombudsman	195
1.2.2. Médiation vs. conciliation	196
Chapitre 2 : Médiabilité des différends	197
2.1. Deux ou plusieurs acteurs en conflit ou en désaccord	197
2.2. Le droit impératif n'exclut pas une solution négociée	198
2.3. L'autorité a un pouvoir d'appréciation et une latitude de jugement suffisants	199
2.4. Toutes les parties ont intérêt à une solution négociée pas exclusivement juridique et la volonté de prendre part à une telle solution	200
2.5. Il n'y a pas de déséquilibre des pouvoirs trop important entre les acteurs	201
2.6. Autres catégorisations des critères de médiabilité	201
Chapitre 3 : La médiation selon l'article 33b PA	202
3.1. Notion et champ d'application	202
3.2. Le choix du médiateur	203
3.3. Le pouvoir de « cognition » du médiateur	203
3.4. L'accord consécutif à la médiation	203
3.5. Les frais de la médiation	204
3.6. Conclusions	205
Chapitre 4 : La médiation dans la législation cantonale (survol)	205
4.1. Bâle-Ville	206
4.2. Bâle-Campagne	206
4.3. Zurich	207
4.4. Zoug	207
4.5. Vaud	207
4.6. Genève	209
4.7. Fribourg	209
4.8. Appréciation de la législation cantonale	210

Chapitre 5 : Le rôle des avocats dans la médiation en matière administrative	210
Chapitre 6 : Le rôle du magistrat administratif et de l'autorité administrative par rapport à la médiation en matière administrative	211
Chapitre 7 : Frais et assistance	212
7.1. Le principe de la gratuité	212
7.2. Les conditions générales de l'assistance aux parties	212
Conclusions	212
Septième partie : La mise en œuvre de la médiation et la responsabilité des autorités	215
Introduction	215
Chapitre premier : Les moyens	218
A. Les instruments organisationnels et procéduraux	218
1. L'information du public	218
2. La désignation des médiateurs	219
3. Le suivi et l'achèvement de la médiation	220
B. Les instruments humains	220
1. La formation des juges	220
2. Le recrutement et la formation des médiateurs	221
Chapitre 2 : Le suivi et l'évaluation	223
A. L'évaluation quantitative	224
B. L'évaluation qualitative	224
Conclusions	225
Postface : Une justice durable	227
Chapitre premier : Règlement des conflits et limites de l'approche judiciaire	227
1.1. Les limites liées au fondement des décisions judiciaires	228
1.2. Les limites liées à la procédure même	228
1.3. Les limites liées à l'imposition de la décision	229
1.4. Les limites liées à l'encombrement de l'institution judiciaire et à son coût	229

Chapitre 2 : Règlement des conflits : la médiation face aux limites de la solution judiciaire	230
2.1. Les avantages liés au fondement de la solution	231
2.2. Les avantages liés au processus de médiation	231
2.3. Les avantages liés à l'acceptation de la solution	232
2.4. Les avantages liés à l'adaptabilité de la médiation au règlement des litiges transfrontières	232
Chapitre 3 : Quel avenir pour la médiation dans la justice de demain ? Comment penser ensemble médiation et judiciaire ?	232
3.1. La médiation s'inscrit dans l'histoire	233
3.2. La médiation à certaines conditions	233
3.3. La régulation de la médiation et son intégration dans l'ordre juridique	234
3.4. L'avenir de la médiation à côté de la justice traditionnelle	234
Annexes	237
Remerciements	285