

33ème Conférence internationale des Barreaux  
de tradition juridique commune

« L'avocat du XXI<sup>e</sup> siècle  
et les modes de résolution des conflits »  
du 5 au 8 décembre 2018, Lausanne, Suisse

**Introduction générale :**  
**médiation / conciliation / arbitrage / droit collaboratif**

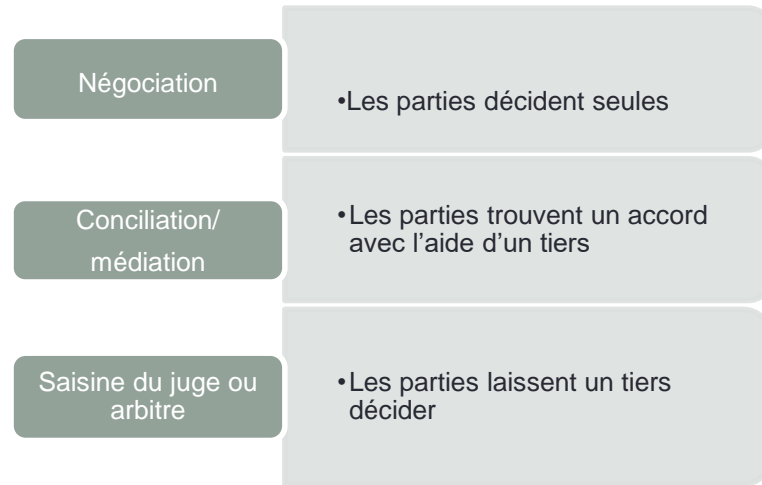
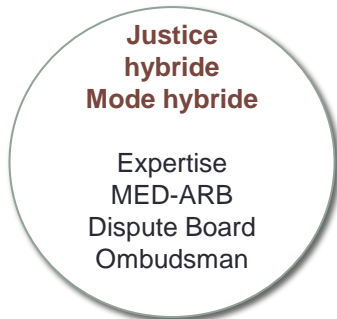
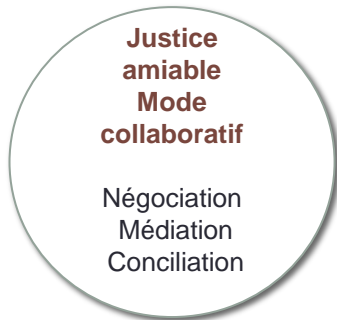
Michèle Weil-Guthmann  
Magistrat honoraire, médiatrice et arbitre  
France & Suisse

## Les modes de résolution des conflits pluriels

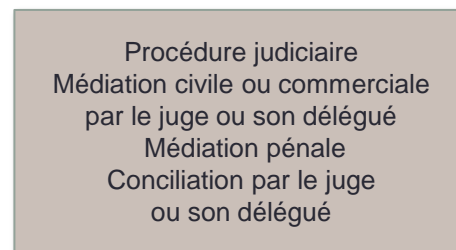
Depuis l'antiquité, différents modes de résolution des conflits cohabitent. Les termes pour les désigner sont source de confusion

- Au Moyen Age, «l'arbitrateur» a des fonctions de juge d'équité ; l'amiable compositeur est un conciliateur
- Le Roi Salomon, juge ou conciliateur ?
- Le juge statue-t-il en droit ou en équité ?
- De même, médiation et conciliation ne sont pas toujours distinguées dans les droits nationaux et internationaux modernes
- Les juges se voient aussi reconnaître des fonctions de conciliateurs
- Médiateurs institutionnels : défenseurs des droits, ombudsman ou médiateurs ?
- Pour plus de clarté, essai de classification et de distinction des différents modes de résolution dans leurs définitions et leurs concepts.

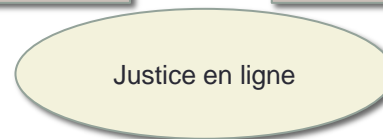
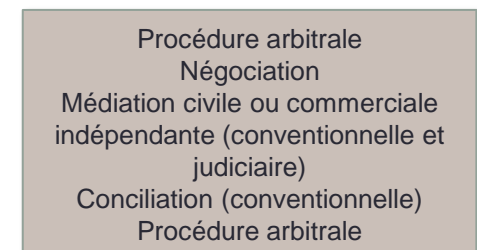
# Panorama des modes de résolution des conflits



## Justice étatique



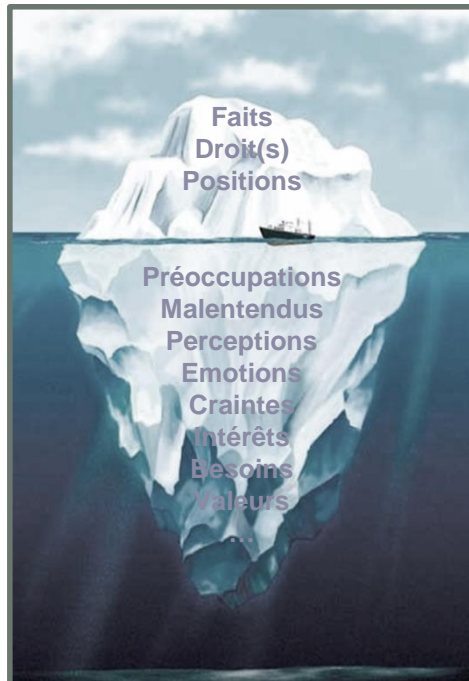
## Justice privée



## Les modes imposés



## Procédure judiciaire



Litige  
Contestation  
soumise au  
juge

Conflit  
Violente  
opposition de  
sentiments,  
intérêts,  
opinions...

- Dans un État de droit, principe du libre accès aux tribunaux, contrepartie de l'interdit de la vengeance privée
- Le procès : procédure par laquelle des parties saisissent le juge d'un conflit traduit en termes juridiques, le « litige »
- Elles font état de prétentions auxquelles le juge doit répondre sur la base des fondements juridiques allégués
- Chaque partie fait le choix de la règle juridique, et n'invoque à l'appui de son raisonnement que les faits qu'elle juge pertinents
- Le juge est tenu par le cadre du litige ainsi fixé. Il n'a pas à prendre en considération d'éléments extérieurs à la question juridique qui lui est soumise
- Limites : vision nécessairement limitée du conflit sous-jacent ; Vérité judiciaire ≠ Vérité ; aléa judiciaire ; le juge tranche le litige, mais ne résout pas le conflit; escalade du conflit ; conflits à répétition; coût ; durée; difficultés d'exécution.

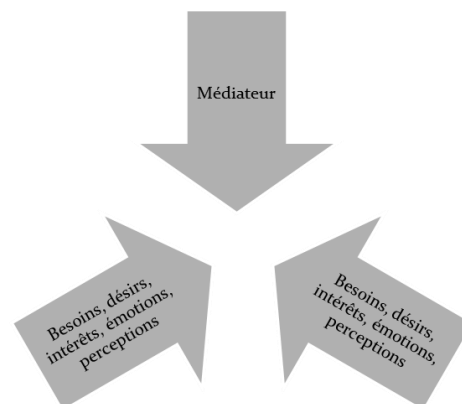
## La procédure arbitrale

- L'arbitrage : procédure au terme de laquelle une décision est rendue, par une ou plusieurs personnes privées investies de la mission de juger par convention (clause d'arbitrage ou compromis) et qui s'impose aux parties. L'arbitre remplace donc le juge dans sa fonction classique de trancher (juge privé).
- Avantages et inconvénients :
  - ✓ L'arbitre peut juger en droit et en équité selon le souhait des parties
  - ✓ Règles d'organisation ad hoc
  - ✓ Libre choix des arbitres
  - ✓ Durée de la procédure
  - ✓ Coût

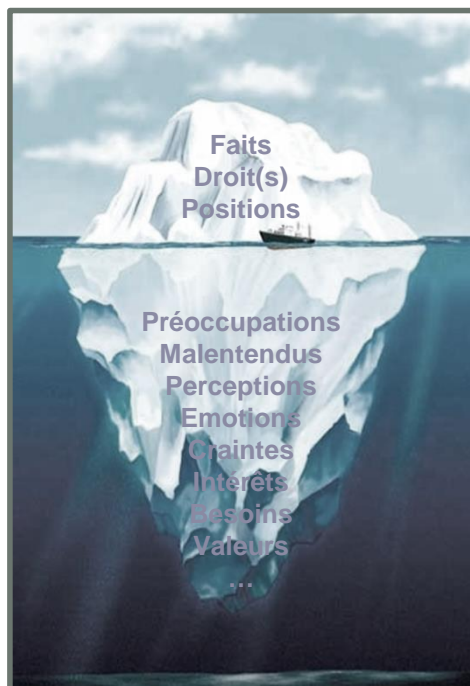
## Les modes collaboratifs avec l'intervention d'un tiers



# La médiation



différend



**Procédure judiciaire  
ou arbitrale  
(litige)**

**Médiation  
(conflit)**

- Le procès : « *un double monologue où chacune des parties ignore ou feint d'ignorer ce que l'autre affirme ou argumente* », Pierre Drai, ancien Premier président de la Cour de cassation (France)
- La médiation : processus confidentiel dans lequel les parties, avec l'aide d'un tiers, professionnel formé, indépendant et impartial, recherchent elles-mêmes la solution à leur conflit
- Discussion axée sur les personnes en conflit, travail sur leurs relations et sur le conflit dans son ensemble
- Le médiateur n'a pas la responsabilité de faire appliquer le droit, mais de rétablir la confiance par le dialogue. Il ne donne pas son avis, ni ne propose de solutions
- Dans certaines législations : suspension des prescriptions
- Ambition : préservation ou restauration des liens entre les parties ; perspective d'une solution personnalisée, sur mesure et mieux adaptée que la solution judiciaire ; maîtrise de la solution du coût et du temps.



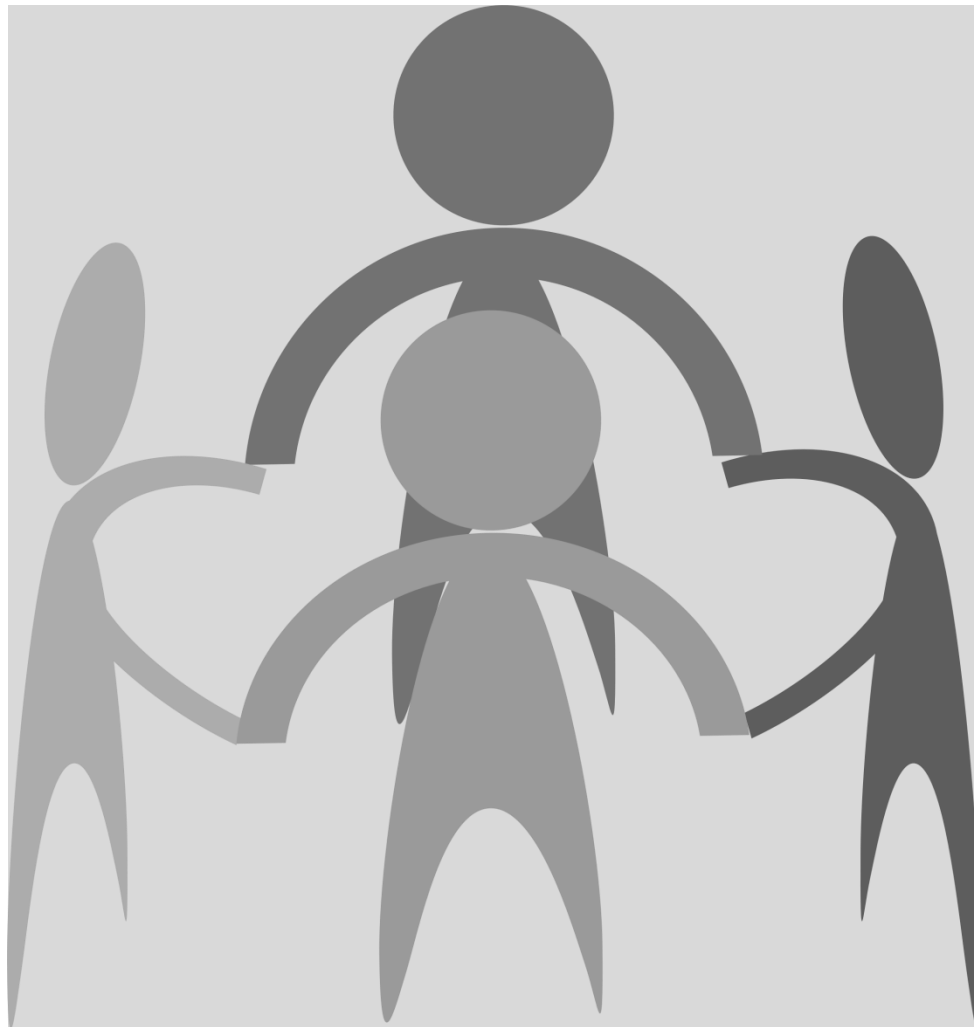
## La conciliation

- Le conciliateur cherche à trouver un accord ponctuel sur un problème posé qui oppose les parties
- Il se concentre sur l'objet du litige (demandes et contestations) et cherche à rapprocher les points de vue de façon à dégager une solution qui soit acceptable et acceptée par tous, par référence au droit applicable
- Il peut faire des recommandations et suggérer des solutions
- Ambition : régler les conséquences immédiates du litige ; réduction du temps et des coûts ; perspective d'un résultat raisonnable.

EXEMPLE : La conciliation CIRDI (Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États), Banque Mondiale

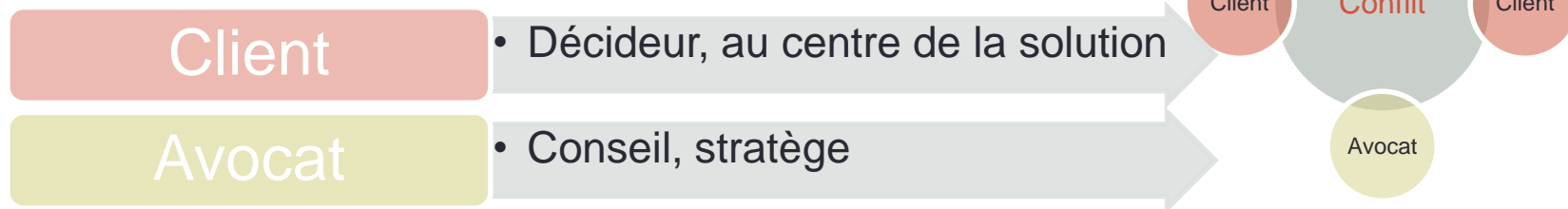
*«La conciliation est un processus coopératif de résolution des différends à l'amiable. La commission de conciliation a pour objectif de clarifier les points en litige entre les parties et elle doit s'efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. À cette fin, elle peut demander la production des documents appropriés, entendre des témoins, se transporter sur les lieux et émettre des recommandations pour aider les parties à parvenir à un accord qui soit mutuellement acceptable afin de résoudre leur différend. Les parties à une instance de conciliation doivent collaborer de bonne foi avec la commission et tenir le plus grand compte de ses recommandations.»*

## Les modes collaboratifs sans tiers



## Le droit collaboratif

- Processus dans lequel les parties et leurs avocats (spécifiquement formés) tentent avant toute saisine du juge de trouver une solution négociée (discussion sur tous les aspects du conflit (juridiques, économiques, relationnels, émotionnels) pour trouver des solutions mutuellement acceptables
- Méthodologie proche de la médiation : identifier les besoins et les intérêts communs et, le cas échéant, travailler sur les émotions
- Appel éventuel à des coaches pour aider les parties
- Les acteurs s'engagent dans une charte collaborative, à négocier de bonne foi et à se communiquer en temps utile les informations pertinentes, dans un cadre confidentiel et de respect mutuel
- Les avocats s'engagent à se retirer du dossier en cas d'échec
- Pas de suspension des prescriptions



## Un autre exemple : la procédure participative en France

- Procédure mise en place par convention par les parties qui s'engagent à œuvrer de bonne foi à la résolution amiable de leur différend
- Les parties, assistées de leurs avocats, délimitent le périmètre de leur différend (objet, durée des discussions, informations, pièces à transmettre, calendrier de procédure en cas d'échec pour permettre une saisine directe du juge en cas de désaccord persistant)
- Cette convention suspend les prescriptions applicables, interdit aux parties de saisir le juge et fixe un cadre confidentiel pour organiser les discussions
- Pendant la durée de la convention, l'action en justice est irrecevable, sauf demande de mesures provisoires ou conservatoires en cas d'urgence
- L'inexécution de la convention rétablit le droit de saisir le juge.

# Changement de paradigme en matière de résolution des conflits

Après une période du tout judiciaire, retour vers les modes amiables et la justice sur mesure, efforts pour substituer au réflexe de l'assignation celui du dialogue; Dans tous les codes de déontologie la même recommandation :

- Code de déontologie des avocats européens

Art. 3.7.1. - L'avocat doit essayer à tout moment de trouver une solution au litige du client qui soit appropriée au coût de l'affaire et il doit lui donner, au moment opportun, les conseils quant à l'opportunité de rechercher un accord ou de recourir à des modes alternatifs pour mettre fin au litige.

- International Bar Association (IBA) International Code of Ethics (Ed. 1988)

Art. 11 – “Lawyers shall, when in the client’s interest, endeavour to reach a solution by settlement out of court rather than start legal proceedings. Lawyers should never stir up litigation”.

- Code suisse de déontologie de la Fédération suisse des avocats (FSA)

Art. 9 - Règlement amiable des litiges - L'avocat s'efforce de régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas. Il tient compte, comme représentant d'une partie en justice ou conseiller, d'une médiation en cours ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une.

## Intérêt pour l'avocat

Que le conflit soit entre des particuliers, des entreprises ou des états, la transaction, le jugement ou le cessez-le-feu ne concrétise pas la paix ;

c'est à la normalisation des relations qu'il faut aboutir !

- L'avocat doit offrir à son client la panoplie des modes de résolution des conflits pour lui permettre de choisir le plus approprié,
- lui offrir l'opportunité de trouver une solution adaptée, rapide et pérenne.

Ce faisant,

- Il participe à une gestion socialement responsable des conflits,
- Il rationalise la gestion de ses dossiers,
- Il fidélise ses clients.

C S M C    Chambre Suisse de Médiation Commerciale  
S K W M    Schweizer Kammer für Wirtschaftsmediation  
C S M C    Camera Svizzera per la Mediazione Commerciale  
S C C M    Swiss Chamber of Commercial Mediation

*«Les espèces qui survivent ne sont pas les espèces  
les plus fortes, ni les plus intelligentes,  
mais celles qui s'adaptent le mieux aux changements.»* Charles Darwin

Nos systèmes judiciaires,  
pour répondre aux besoins des justiciables  
et survivre, doivent s'adapter !

Michèle WEIL-GUTHMANN  
Magistrat honoraire  
Médiateur assermenté  
et accrédité  
[mediation-resolution.net](http://mediation-resolution.net)  
[mwg@e-weil.com](mailto:mwg@e-weil.com)

M E D I A T I O N &  
R E S O L U T I O N