

Ordre des avocats de Genève – Commission ADR

# Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

# Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement

Edité par

Laurent Hirsch, Avocat

Christophe Imhoos, Avocat

Citation suggérée de l'ouvrage: LAURENT HIRSCH/CHRISTOPHE IMHOOS (éds) *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement* Genève/Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

978-3-7255-8704-9

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève • Zurich • Bâle 2018

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

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

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>.

---

# Sommaire

## A. Médiation

Les métamorphoses de la régulation des conflits JACQUES FAGET	3
Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints LOUBNA FREIH	7
La médiation en protection de l'enfance ANNE CATHERINE SALBERG	19
La médiation successorale GÉRALDINE CHAPUS-RAPIN	27
En chemin vers la résolution du conflit pénal CATHERINE HOHL-CHIRAZI / RITA SETHI-KARAM	37
La justice restaurative en Suisse CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE	47
Violence en milieu scolaire : pourquoi pas une médiation pénale ? FABIENNE PROZ JEANNERET / VIKTORIA AVERSANO / VÉRONIQUE HIRSCH	57
Médiation et conflits de voisinage PASCALE BYRNE-SUTTON	67
La médiation commerciale : quelques exemples tirés de la pratique BIRGIT SAMBETH GLASNER	77
Les services de médiation proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution CAROLINE MING	85
Médiation commerciale : un témoignage. Comment conjuguer les intérêts de la famille et ceux des entreprises dans les conflits successoraux JEAN MIRIMANOFF	95
Médiation administrative FABIENNE BUGNON	101
Mediation at the Court of Arbitration for Sport (CAS) JOSÉ LUIS ANDRADE	111
L'avocat et la médiation – entrez dans la danse ! CINTHIA LÉVY	121

Le choix du médiateur INGRID ISELIN ZELLWEGER	131
La co-médiation ; un outil au service des médiateurs NATHALIE FAVRE / BRUNO MUNARI	139
Clauses <i>multi-tiered</i> et la fenêtre de médiation PIERRE KOBEL	143
 <b>B. Arbitrage</b>	
Arbitrage commercial international SÉBASTIEN BESSON	153
Les services d'arbitrage proposés par la Swiss Chambers' Arbitration Institution VALÉRIANE OREAMUNO	163
WIPO Mediation and Arbitration IGNACIO DE CASTRO / HEIKE WOLLGAST	173
L'arbitrage <i>ex aequo et bono</i> LAURENT HIRSCH	183
Arbitrage en matière de construction BERND EHLE	193
L'arbitrage de cas immobiliers JEAN-MARC SIEGRIST	199
Arbitrage en matière de propriété intellectuelle THOMAS LEGLER	207
L'arbitrage multipartite ALEXANDRA JOHNSON	219
Arbitrage en matière sportive LUCA BEFFA / FABRICE ROBERT-TISSOT	229
L'arbitrage d'investissement MICHAEL E. SCHNEIDER	239
L'arbitrage en droit public suisse ELEANOR MCGREGOR	249
Le choix de l'arbitre PIERRE-YVES GUNTER	259
The Pledge for equal representation and diversity in international arbitration DOMITILLE BAIZEAU	269

## C. Autres méthodes de résolution des litiges

Le droit collaboratif ( <i>Collaborative Law</i> ) : un nouvel outil dans la gestion amiable des différends CHRISTOPHE IMHOOS	279
Dispute Boards CHRISTOPHER KOCH	289
La nature bicéphale de l'expertise-arbitrage ELENA NEIDHART	299
La conciliation judiciaire DAVID ROBERT	309
La conciliation en matière de baux et loyers SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE	319
Protection de la personnalité au travail : le dispositif du Groupe de confiance de l'Etat de Genève SOPHIE DE WECK HADDAD	331
Bureau de l'Amiable Compositeur : une réponse sur mesure à une question complexe MARTINE BRUNSCHWIG GRAF	343
Les Ombudsmans, des médiateurs souvent inconnus FLORENCE BETTSCHART	353
Le règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce CAMILLE FLÉCHET	361

## D. Différents domaines de litiges

Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales ANNE REISER	371
La résolution à l'amiable des conflits en droit du travail NATHALIE SUBILIA	381
Le rôle du notaire dans la résolution des litiges successoraux COSTIN VAN BERCHEM	389
Médiation et arbitrage dans les services financiers (conseil en placement et gestion de fortune) LUC THÉVENOZ	395
La résolution des litiges dans les foires MICHÈLE BURNIER	405

## **E. Aspects généraux et transversaux**

Les ADR et l'orientation préalable JEAN GAY	417
The Global Pound Conference (GPC) Series, The future of commercial ADR and mixed modes: How does Geneva compare? JEREMY LACK	429
Le rôle du juge civil dans la résolution amiable des litiges SOPHIE THORENS-ALADJEM	439
Approche du juriste d'entreprise aux méthodes de résolution des litiges NICOLAS BURGNER	447
Protection juridique, médiation, digitalisation : la révolution. Objectifs : Présentation de l'expérience en médiation d'un assureur protection juridique MARCEL PAQUIER	453
Les biais dans les processus décisionnels CATHERINE AUDRIN / DAVID SANDER	463

## La médiation en protection de l'enfance

### I. Du droit imposé au droit négocié

A la fin des années 1970 se produit une importante évolution sociétale, dans le champ des affaires familiales, où l'on passe d'une situation où les décisions relatives à la rupture conjugale s'imposaient aux individus à une autre où ils sont invités à produire eux-mêmes les normes qui s'appliquent à leur cas<sup>1</sup>.

En Suisse, le droit s'adapte à ce changement social. En 1988, la réforme du droit de la famille met fin à la conception de l'ordre social garanti par l'existence d'une famille stable. Dans cet ancien modèle, l'individu se socialisait par la famille, le lien du mariage était indissoluble, ses intérêts individuels n'étaient pas protégés. La norme était imposée et le juge veillait à l'application de solutions prédéterminées par la loi<sup>2</sup>.

Le nouveau droit du mariage rompt avec cette référence historique en laissant aux conjoints la possibilité de convenir de la façon dont ils organisent leur vie familiale<sup>3</sup>, choisissent le nom de famille<sup>4</sup> ou gèrent la dissolution de leur union<sup>5</sup>. D'interdite au siècle passé, l'autorité parentale partagée devient la règle quel que soit le statut des parents de l'enfant et la garde alternée constitue désormais une option à prendre en compte par le juge<sup>6</sup>.

La privatisation du lien du couple, qui cesse d'être le pivot de la construction de la famille et de la filiation, constitue un bouleversement culturel considérable. Le droit de la

---

\* Médiatrice

<sup>1</sup> BENOIT BASTARD, *Évolution du traitement des ruptures familiales*, 2017, [www.yapaka.be/sites/yapaka.e/files/publication/ta\\_98-web.pdf](http://www.yapaka.be/sites/yapaka.e/files/publication/ta_98-web.pdf) (consulté le 21.07.2017).

<sup>2</sup> ANNE CATHERINE SALBERG / FLORENCE STUDER, *Du divorce à la recomposition des familles* in JEAN A. MIRIMANOFF, *Médiation et jeunesse mineurs et médiations familiales, scolaires et pénales en pays francophones*, Larcier, 2013, 165-177.

<sup>3</sup> RS 210 CCS 159, al.2 : Les époux s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord et à, pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants.

<sup>4</sup> RS 210 CCS 160 al. 1 : Chacun des époux conserve son nom.

<sup>5</sup> RS 210 CCS 11A : Lorsque les époux demandent le divorce par une requête commune et produisent une convention complète sur les effets de leur divorce.

<sup>6</sup> RS 210 CCS 296A et 298Ater.

famille a ainsi fortement évolué vers une valorisation de l'autonomie et de la responsabilisation de l'individu, en laissant à la justice un rôle subsidiaire de protection des besoins individuels et de garantie des valeurs sociales fondamentales. Dans chaque situation, la famille définit elle-même sa propre morale. Pourtant, seule la forme a changé : ce n'est plus le juge qui formule une injonction abstraite, mais les intéressés<sup>7</sup>. Le juge homologue leur décision prise en contexte<sup>8</sup>.

La renaissance<sup>9</sup> de la médiation aux cours de ces mêmes décennies<sup>10</sup> puis son institutionnalisation par la loi<sup>11</sup> accompagne ce passage du droit imposé au droit négocié.

## II. L'enfant, un acteur à part entière

Parallèlement, une autre évolution majeure se produit à la fin du XX<sup>ème</sup> siècle. En 1997, la Suisse ratifie la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>12</sup>. La médiation en protection de l'enfance tire sa légitimité de trois articles :

Art. 3, al. 1 « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, [...], l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Art. 9.3 « Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. »

Art. 12 al.1 [garantir] « à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

---

<sup>7</sup> ANNE CATHERINE SALBERG, Médiation, de la rupture au lien, in AJP/JPA 12/ 2002, 1401-1409.

<sup>8</sup> Par exemple, RS 210 CCS 111 A al. 2 (divorce sur requête commune) ; RS 210 CCS 134 F al. 3 (sort des enfants).

Redécouverte aux USA où elle s'est développée comme un mode alternatif de résolution des conflits (ADR), la médiation a été réintroduite en Europe à la fin des années 1980. Les premières sources historiques écrites remontent au VI<sup>ème</sup> siècle avant JC. Voir JOSEPH DUSS VON WERDT, Homo Mediator, Klett-Cotta Vg, 2005.

<sup>10</sup> En Suisse des associations de médiation se créent et des formations s'ouvrent dès 1994. A Genève, le gouvernement assermente les premiers médiateurs pénaux en 2001.

<sup>11</sup> Par exemple, RS CCS 314 al.2 et RS 272 CPC 297, exhorter à la médiation ; RS 272 CPC 214 al. 1, conseiller la médiation.

<sup>12</sup> RS 0.107.

La médiation constitue dès lors un moyen pour entendre l'enfant en le reconnaissant comme un sujet de droits, comme une personne à part entière capable de participer aux décisions le concernant, de s'exprimer sur son propre futur et de prendre part à la détermination de son meilleur intérêt : « Médiation et intérêt supérieur de l'enfant, ensemble, amènent à considérer l'enfant comme une personne à part entière, qui a assez de compétence, malgré son jeune âge pour participer aux décisions prises à son égard et pour s'exprimer sur son propre futur. L'enfant peut alors prendre part valablement à la détermination de son meilleur intérêt »<sup>13</sup>.

### III. Quand l'enfant devient l'enjeu de la séparation de ses parents

Si les sociologues et les juristes ont décrit et pensé des modèles coopératifs pour gérer les ruptures familiales, nous constatons tous les jours dans notre pratique de médiatrice familiale combien la séparation reste une épreuve douloureuse pour tous les membres de la famille.

Lorsque le couple n'arrive pas à gérer ses conflits, l'enfant devient un enjeu pour les parents qui l'instrumentalisent. La douleur de la séparation se transforme en haine, la peur de perdre son enfant - en plus de son partenaire – en fait une arme de guerre. L'enfant est alors pris dans un conflit qui le contraint à être loyal envers un de ses parents au détriment de l'autre (et réciproquement s'il reste en contact avec les deux).

La médiation peut être proposée par un juge<sup>14</sup>, par le curateur de l'enfant, par le service de protection des mineur-e-s (SPMi), par le ou les avocat-e-s ou être entreprise à l'initiative des parents en conflit.

La médiation est une démarche entièrement confidentielle<sup>15</sup>. Toutefois, lorsque plusieurs intervenants suivent une même situation, **nous préconisons d'être transparents sur les processus en cours**. La coopération interdisciplinaire est essentielle dans les situations à hauts conflits judiciairisés. C'est pourquoi nous invitons au premier entretien l'intervenant en protection de l'enfance, les avocats des parents et le curateur de l'enfant pour déterminer la complémentarité des approches et délimiter les champs d'action respectifs.

---

<sup>13</sup> JEAN ZERMATTEN, La médiation : un instrument au service des droits de l'enfant, in MIRIMANOFF, op.cit, p. 38.

<sup>14</sup> Exhortation du tribunal de première instance – TPI - ou du tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant – TPAE.

<sup>15</sup> RS GE E 2 05 LOJ 71; RS 272 CPC 216.

## **IV. Un dispositif de médiation spécifique pour entendre la parole de l'enfant**

Nous allons illustrer notre propos par des exemples concrets<sup>16</sup>, tirés de notre pratique à l'Antenne de médiation pour mineurs (AMPM-Astural - Genève). Nous travaillons en binôme<sup>17</sup>. Les médiateurs sont reconnus par la Fédération suisse des associations de médiation avec une spécialisation en médiation familiale<sup>18</sup> et sont assermentés par le Gouvernement genevois<sup>19</sup>.

Si, pour les médiateurs familiaux, l'enfant est au centre du processus, il est encore rare qu'on lui donne la parole. A l'AMPM-Astural, le modèle que nous pouvons proposer aux parents consiste à intégrer les enfants dans un dispositif spécifique qui leur est dédié : nous recevons les parents et les enfants ensemble, puis les parents sortent. Le but de cette rencontre est de savoir comment l'enfant vit la transition que lui font vivre ses parents, en le déchargeant de toute responsabilité décisionnelle. Avec l'aide des médiateurs, l'enfant (ou la fratrie) prépare un message à adresser à ses deux parents en même temps. Les parents reviennent et écoutent ces propos sans avoir le droit de les questionner ou de les commenter – ni pendant ni après la séance. Lors d'un rendez-vous fixé au plus proche, les parents travaillent avec les médiateurs pour intégrer dans leurs décisions ce qu'ils ont compris du message de leur progéniture.

Les situations qui suivent illustrent le travail sur la co-parentalité des couples à « hauts conflits » en favorisant l'écoute de la parole de l'enfant.

### **A. A tous petits pas**

Cette mère a suspendu de son propre chef le large droit de visite du père au retour des vacances d'été. La communication entre les parents est devenue impossible, raison pour laquelle le Président du TPI les exhorte à la médiation, sans se prononcer sur le droit de visite, dans l'attente d'un rapport complémentaire du SPMi.

La première séance de médiation est houleuse et échappe – comme au tribunal - à tout contrôle. Aucune des tentatives des médiateurs pour faire baisser la pression n'aboutit. Le père est en colère noire, il est humilié par le non accès à son enfant, il se sent

---

<sup>16</sup> Toutes les situations sont anonymisées.

<sup>17</sup> Un homme – une femme / un médiateur ayant une formation de base en droit et l'autre dans un champ psycho-socio-éducatif.

<sup>18</sup> FSM <http://www.swiss-mediators.org> (consulté le 01.06.2018).

<sup>19</sup> RS 272 CPC 213 ss.) ; RS GE E 2 05 LOJ 66 ss. et le règlement genevois relatif aux médiateurs pénaux et civils.

totallement démunie ; la mère, prisonnière de sa toute-puissance, est « en peur et en pleurs ». Elle s'oppose avec force à l'idée que l'enfant puisse participer à cette médiation. Nous convenons de poursuivre par entretiens séparés, avec l'appui du SPMi, qui encourage la mère à accepter la reprise du droit de visite. Le miracle a lieu : le père qui avait demandé à pouvoir déjeuner avec son enfant le dernier jour d'école, a pu finalement passer une semaine complète de vacances avec lui !

La médiation se poursuit après les fêtes par entretiens séparés et un accord partiel sur le temps que l'enfant passe avec son père est trouvé et adressé au SPMi.

Ce couple semble incapable de sortir de son conflit conjugal. Leurs propres besoins sont plus importants que celui de leur enfant de circuler librement entre eux. Les médiateurs ont favorisé les sessions séparées et le travail en réseau (avocat du père ; SPMi) pour les faire avancer à tous petits pas. L'écoute de l'enfant en médiation n'a pas été possible au vu de la violence produite par les interactions de ces parents mais il a été placé au centre des préoccupations de ses géniteurs. Il a pu retrouver, comme il le voulait, un contact régulier avec son père. La médiation s'arrête faute de financement, les parents refusant de payer<sup>20</sup>.

## **B. « Papa, maman, promettez-moi de ne plus vous disputer devant moi »**

Une jeune mère arrive sans rendez-vous à l'AMPM. Elle raconte être sous l'emprise de son mari. Nous contactons le SPMi qui nous informe de l'exhortation du tribunal et nous donne les coordonnées du papa, que nous entendons séparément. La méfiance est totale, l'une parle d'emprise, l'autre a déposé plainte pénale, la police est régulièrement mobilisée par l'un ou l'autre.

Ils acceptent néanmoins une rencontre commune, à laquelle la maman arrive accompagnée de l'enfant de sept ans. Nous l'installons en bout de table et lui expliquons comment nous allons travailler. Les parents sortent et l'enfant élabore le message suivant : « les parents arrêtez de vous embêter ; papa sois gentil avec maman et ne dis pas du mal d'elle ; maman, sois gentille avec papa ». Les parents lui promettent les larmes aux yeux de ne plus se disputer.

Une entente est trouvée sur le partage des vacances scolaires, puis au cours des trois séances suivantes un accord est transmis au SPMi et au TPI : « [...] 3.-Nous avons promis

---

<sup>20</sup> L'AMPM est une structure non subventionnée. A noter l'absurdité du système genevois, qui prévoit que les médiations exhortées par le TPAE sont payées à raison de trois séances, contrairement à l'exhortation du juge du divorce, sans prise en charge hors AJ.

à [...] de ne plus nous disputer devant elle, ni de dire des choses méchantes sur l'autre parent [...] ».

La relation de ce jeune couple produit un niveau de violence très élevé depuis des années. Quand ils parlent l'un de l'autre ou sont ensemble, ils montent en escalade symétrique sans aucune limite. Très surpris par la présence non prévue de l'enfant au premier entretien, nous décidons de lancer notre dispositif avant d'avoir pu stabiliser l'interaction entre parents. Bien nous en a pris, car les parents ont momentanément oublié leur rancœur pour se soumettre aux exigences de leur co-parentalité en promettant à leur enfant de ne plus se disputer devant elle. Cela nous a permis ensuite de mobiliser tout au long de la médiation la parole de cette enfant, sans l'instrumentaliser mais en contraignant les parents à la prendre en considération. Nous pouvons alors les accompagner dans la construction d'une relation d'interdépendance comme co-parents, encadrée par des règles de communication, afin de baisser le niveau de violence.

### **C. « J'ai beaucoup de choses sur le cœur... »**

Nous recevons un couple, séparé depuis plus de trois ans, en instance de divorce, sur préconisation du Tribunal. La violence du père étant évoquée comme un obstacle à la co-parentalité par la mère, nous leur demandons quelle est leur définition de la violence. Cette réflexion les amène à percevoir la différence de leurs ressentis. Le père comprend que lorsqu'il est qualifié de « violent » par la mère, elle ne fait pas référence à la définition pénale de la violence mais à ce qu'elle ressent personnellement comme de la violence.

C'est dans ce contexte que nous proposons d'entendre leurs enfants. Chacun d'eux vit une réalité différente, l'aîné se sent responsable du petit frère, qui lui souffre en repensant aux disputes de ses parents. Du haut de ses 6 ans, il nous explique avoir beaucoup de choses sur le cœur et qu'il aimerait en parler seul à ses parents. L'aîné décide de procéder de la même manière. Ils souhaitent être épargnés du conflit de leurs parents et ne pas se sentir responsables de la situation.

Lorsque nous revoyons les parents pour reparler des messages de leurs enfants, la mère annonce son désir de mettre fin à la médiation. Les parents s'accordent sur le texte suivant « nous, les parents, nous entendons sur le message à transmettre à [...] : papa et maman ont mis fin à la médiation et c'est le juge qui réglera le divorce ».

Lorsque les parents sont pris dans leur conflit, ils font peser une lourde responsabilité sur leurs enfants. Ici, nous avons d'emblée indiqué aux deux garçons que les décisions appartenaient à leurs parents ou au juge, mais en aucun cas à eux. Quand la maman a voulu arrêter la médiation, nous avons veillé à ce que les engagements pris devant les

enfants soient tenus et que les parents assument leurs responsabilités en les protégeant de leur conflit.

## **V. La neutralité du médiateur, un enjeu de la médiation en protection de l'enfance**

Nous avons montré que la médiation familiale permet aux parents d'élaborer leurs conflits dans un lieu de parole où ils seront entendus sans jugement ni diagnostic et pourront chercher des pistes pour assumer leurs responsabilités parentales, en prenant en compte l'intérêt de leur enfant à être protégé de la violence de leurs interactions.

Intervenir en mobilisant l'intérêt supérieur de l'enfant met entre les mains du médiateur un instrument qui questionne sa déontologie<sup>21</sup>. Elle teinte notre pratique d'une couleur non neutre ! C'est un enjeu majeur de notre posture de « tiers impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel » que de garder une ligne de conduite qui allie la non expertise sur les contenus et la prise en compte de l'intérêt de l'enfant. Nous agissons subsidiairement aux experts du domaine de la protection de l'enfance que sont les tribunaux et le service de protection des mineurs.

Nous offrons un accompagnement à ces familles qui les confronte et les soutient dans leur capacité à construire un espace sécurisé pour que leurs enfants puissent passer du monde de papa à celui de maman - et du monde de l'une au monde de l'autre - sans heurts ni enjeux.

## **Conclusion**

Nous espérons avoir démontré dans cette contribution l'importance de créer du dialogue dans ces situations conflictuelles élevées. L'aspect préventif pour le développement des enfants pris en otage par les disputes de leurs parents est reconnu au plan international<sup>22</sup>. Il serait heureux que la collectivité soutienne la médiation en protection de l'enfance à Genève aussi et qu'une réelle coopération interdisciplinaire se mette en place<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> ALEXANDRE BALMER/VALERIE MENTHA, La médiation en protection de l'enfance : entre intérêt supérieur de l'enfant et principe d'éducabilité, in MIRIMANOFF, op. cit, 663-668.

<sup>22</sup> Voir [www.aifi.info](http://www.aifi.info) (consulté le 01.06.2018).

<sup>23</sup> A l'instar de la récente création du Réseau Enfants Genève (REG) le 15 mai 2018 <http://www.fgem.ch/ptit-d%C3%A9jeuner-de-la-m%C3%A9diation-662018> (consulté le 01.06.2018).