

Suisse

La médiation commerciale en Suisse

Par Cinthia Lévy

Avocate

Médiatrice FSA, CSMC, OMPI, TAS

Membre associée de GEMME, section Suisse

Chargée de cours à l'Université de Lausanne

et à l'Université de Genève

Résumé

La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne et n'est donc pas tenue par les dispositions de la directive 2008/52/CE. La législation européenne a cependant été une source d'inspiration pour la réglementation suisse qui est entrée en vigueur en 2011. Le législateur suisse n'a pas été aussi ambitieux que certains législateurs des pays voisins, mais les règles essentielles de la médiation judiciaire sont prévues. Pour que la médiation commerciale trouve sa place en marge de l'arbitrage et de la procédure judiciaire, il faudra encore des formations et des efforts de promotion de la médiation. La médiation commerciale se développe grâce aux efforts de nombreux acteurs dans le monde judiciaire et dans le monde des affaires.

Introduction

La Suisse présente des similitudes et des différences par rapport aux pays voisins en ce qui concerne le développement de la médiation commerciale.

La Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Elle n'est donc pas tenue par la réglementation européenne et notamment par la directive

2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁹⁹.

La Suisse se rapproche toutefois de certains pays voisins dans la pratique et les difficultés rencontrées par les praticiens pour promouvoir la médiation¹⁰⁰. L'entrée en vigueur des dispositions sur la médiation du Code de procédure civile unifié (CPC) le 1^{er} janvier 2011 n'a pas eu l'impact positif souhaité par les médiateurs. Il reste encore de grands efforts à accomplir en Suisse pour promouvoir la médiation, comme mode amiable de résolution des conflits, en marge de la procédure judiciaire et de l'arbitrage.

I – Réglementation suisse sur la médiation civile et commerciale

a) Les travaux préparatoires du Code de procédure civile (articles 213-218 et 297)

Au stade de l'introduction de l'instance, le CPC consacre une section à la médiation¹⁰¹, après les dispositions relatives à la conciliation¹⁰² et avant les dispositions relatives aux procédures ordinaires¹⁰³. Avant le 1^{er} janvier 2011, chaque canton disposait d'une réglementation propre en matière de procédure (civile et pénale). Il n'y avait pas de réglementation fédérale sur la médiation. Certains cantons précurseurs, comme le canton de Genève, avaient toutefois déjà légiféré en la matière¹⁰⁴.

Le CPC est appliqué dans toutes les causes civiles et commerciales, car la Suisse ne connaît pas de procédures spéciales pour les litiges commerciaux.

La motivation principale du législateur suisse, à l'instar des législateurs européens, a été de rendre la justice plus accessible et de favoriser les solutions amiables plutôt que les décisions imposées. Les travaux préparatoires du CPC sont très clairs à ce sujet :

« Les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le

⁹⁹ Les conclusions de l'étude publiée en 2014 par le Parlement européen intitulée « "Rebooting" the mediation directive : assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediation in the EU » sont par contre très instructives pour la Suisse et les conseils pour promouvoir la médiation s'appliquent aussi dans un pays comme la Suisse qui ne dispose pas d'un système de « médiation obligatoire », *Directorate-General for internal policies, Legal Affairs, European Parliament*.

¹⁰⁰ À ce sujet, voir l'étude « International Mediation Guide » qui reprend de façon succincte le développement de la médiation dans 25 pays, préparée par Clifford Chance en 2013, et disponible sur le site de la Fédération suisse des associations de médiation (FSM), *Newsletter* 2013-06, www.infomediation.ch.

¹⁰¹ Articles 213-218 CPC. Le texte complet du Code de procédure civile est disponible sur le site www.admin.ch, rubrique « Droit fédéral », « Recueil systématique ».

¹⁰² Articles 197-212 CPC.

¹⁰³ Articles 219-242 CPC.

¹⁰⁴ Loi genevoise sur la médiation civile entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

tribunal n'est pas une société commerciale préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires. C'est une autorité. Sa mission est de régler des conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide d'un tiers, résoudre seules. Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourra retenir »¹⁰⁵.

Les travaux préparatoires du CPC¹⁰⁶ révèlent les sources d'inspiration européennes et internationales du législateur suisse. La directive 2008/52/CE¹⁰⁷ est citée spécifiquement dans le message, ainsi que le Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial¹⁰⁸. Plusieurs législations sont également mentionnées comme le Code judiciaire belge, le « Civil Procedure Rules » (CPR) de Grande-Bretagne, le droit autrichien, le droit allemand, le droit français et le droit hollandais. On trouve aussi d'autres sources plus lointaines comme le droit canadien, le droit américain, le droit argentin et le droit australien.

b) Approche modérée du législateur suisse

En comparaison avec les réglementations étrangères relatives à la médiation, le législateur suisse a cependant fait un choix modéré à plusieurs égards :

- Tout d'abord, seule la médiation judiciaire, c'est-à-dire la médiation qui intervient lors de l'introduction d'une procédure judiciaire ou à l'occasion de celle-ci, est visée par les dispositions du CPC. La médiation volontaire n'est donc pas réglementée.
- Par ailleurs, il n'y a pas de règle spécifique sur la suspension du délai de prescription car, dans le cadre prévu par le CPC, le délai de prescription est suspendu par l'introduction de l'instance. Cela signifie qu'une médiation qui n'entre pas dans le champ d'application des règles du CPC ne bénéficie pas de la suspension du délai de prescription¹⁰⁹ – ce qui est restrictif par rapport à d'autres législations

¹⁰⁵ Message CPC, titre 3.2 Points essentiels du projet, objectifs de base : Renforcement du règlement extrajudiciaire des litiges, 6860.

¹⁰⁶ Message CPC, titre 4.3 Règlement extrajudiciaire des litiges et médiation, 6870-6873.

¹⁰⁷ À l'époque de la rédaction du message, il s'agissait de la proposition de directive sur les modes alternatifs de résolution des conflits sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (Message 6870).

¹⁰⁸ Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002, COM (2002) 196 final, cité spécifiquement dans le Message (6870) ainsi que la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

¹⁰⁹ À noter une particularité du droit suisse permettant dans certains cas aux parties

européennes¹¹⁰ ainsi que par rapport au texte de la directive 2008/52/CE¹¹¹.

- D'autre part, le législateur suisse n'a pas souhaité imposer aux cantons une règle générale sur le droit à l'assistance judiciaire en matière de médiation en laissant le choix aux cantons de légiférer en la matière. Il en résulte des situations très différentes entre les cantons, certains accordant l'assistance judiciaire pour les médiations et favorisant ainsi le recours à la médiation¹¹², d'autres soumettant la couverture de l'assistance judiciaire à la condition que le médiateur soit un avocat¹¹³. Certains cantons ont renoncé à offrir l'assistance judiciaire pour la médiation ce qui constitue, sans nul doute, un frein au développement de la médiation¹¹⁴.
- Il n'existe pas non plus de réglementation fédérale concernant l'accréditation des médiateurs, ce domaine étant également confié aux cantons¹¹⁵.
- Le législateur suisse n'a pas jugé opportun de prévoir, au niveau fédéral, d'incitation au recours à la médiation en ce qui concerne les frais de procédure comme c'est le cas dans plusieurs pays européens¹¹⁶.
- Enfin, le législateur suisse a suivi le principe selon lequel l'entrée en médiation se fait sur une base strictement volontaire et n'a prévu

d'interrompre le délai de prescription contractuellement en renonçant à se prévaloir de l'exception de prescription dans le contexte de l'article 135 Ch 2 CO.

¹¹⁰ Ainsi, le droit belge prévoit la suspension du délai de prescription pour la médiation judiciaire et pour la médiation volontaire.

¹¹¹ Article 8 de la Directive 2008/52/CE. À noter que les dispositions de la directive s'appliquent à la fois à la médiation judiciaire et à la médiation engagée par les parties en dehors de toute procédure selon l'article 3 a. de la directive.

¹¹² C'est le cas du canton de Fribourg et du canton de Genève dans lesquels l'assistance *extrajudiciaire* pourra être sollicitée aussi, c'est-à-dire pour une médiation en dehors de toute procédure civile ; Pastore, F., Sambeth Glasner B., « La médiation dans le Code de procédure civile unifié », *Revue de l'avocat*, 8/2010, p. 334.

¹¹³ C'est le cas du canton d'Argovie.

¹¹⁴ C'est le cas du canton de Vaud.

¹¹⁵ Dans le canton de Vaud, il s'agit du Règlement sur les médiateurs civils agréés du 22 juin 2010, qui détermine les conditions d'agrément, d'indépendance, de neutralité et d'impartialité du médiateur, qui affirme le principe de la confidentialité de la médiation et qui institue une commission de préavis chargée d'examiner les dossiers de demande d'inscription sur la liste des médiateurs agréés par le tribunal cantonal. Cette liste est accessible aux tribunaux qui sont chargés de la mettre à disposition des parties. Les conditions pour être inscrit comme médiateur agréé sont précisées dans la loi vaudoise d'introduction du CPC unifié, appelée le Code de droit privé judiciaire vaudois, www.vd.ch, rubrique « Législation ».

¹¹⁶ En République tchèque, 80 % des frais de procédure sont remboursés si les parties trouvent un accord en médiation. En Roumanie, une réduction des frais de procédure est également prévue. C'est encore le cas dans le projet de loi sur la médiation en Lettonie. En Pologne, les frais de justice peuvent être mis à charge de la partie qui refuse de participer à la médiation sans raison valable.

aucun mécanisme d'information obligatoire sur la médiation, ou de séance de médiation obligatoire comme c'est le cas dans un certain nombre de pays européens¹¹⁷.

c) Le droit suisse fédéral sur la médiation : les articles 213-218 et 297 du CPC¹¹⁸

Le législateur suisse, comme d'autres législateurs européens, a opté pour la concision. Il a laissé une grande liberté aux parties pour l'organisation du processus de médiation. Les sept articles du CPC visent essentiellement l'articulation entre la médiation et la procédure judiciaire.

Ainsi, l'article 213 CPC traite de la médiation qui **remplace la procédure de conciliation**. Les parties font la demande et la procédure de conciliation est remplacée par une médiation. La demande peut être formulée dans la requête de médiation ou à l'audience de conciliation. Si la médiation n'aboutit pas, l'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder.

L'article 214 CPC porte sur la médiation qui se déroule **pendant la procédure au fond**. Il est prévu que le tribunal peut en tout temps conseiller aux parties de procéder à une médiation. De même, les parties peuvent déposer une requête commune visant à ouvrir une « *procédure de médiation* »¹¹⁹. Cette disposition n'empêche pas une partie de faire la demande de médiation au tribunal et dans ce cas, cette demande donnera lieu à une discussion à l'audience. Si l'autre partie se rallie à cette demande, la médiation pourra commencer.

L'article 214 CPC prévoit également que « *la procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation* ». Il ne s'agit pas ici d'un mécanisme de suspension du délai de prescription à proprement parler, car le délai est suspendu en raison de l'introduction de l'instance. Cette disposition

¹¹⁷ Par exemple, la loi italienne prévoit, après quelques déboires constitutionnels, une première rencontre de médiation obligatoire préalable à toute procédure dans une série de matières. D'autres pays prévoient une séance d'information préalable et gratuite sur la médiation avant de pouvoir entamer une procédure au fond, c'est le cas de la Roumanie. La Directive 2008/52/CE prévoit également que la juridiction saisie peut « *inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation pour autant que de telles réunions soient organisées et facilement accessibles* », Art. 5.

¹¹⁸ Mirimanoff J., « La médiation en matière civile et commerciale et médiation(s) : esquisse générale », in « La médiation dans l'ordre juridique suisse. Une justice durable à l'écoute du troisième millénaire », Helbing Lichtenhahn, 2011 ; Sur l'entrée en vigueur du CPC et un commentaire sur ses dispositions, voir Haldy J., « La nouvelle procédure civile suisse », Helbing Lichtenhahn, 2009.

¹¹⁹ Le choix de la terminologie « procédure de médiation » n'est pas très heureux. Il aurait été préférable de parler de « processus de médiation » ou simplement de médiation comme c'est le cas dans les autres articles du CPC.

implique que le juge va suspendre le traitement de l'affaire en attendant le déroulement et l'issue de la médiation.

Il est parfaitement concevable que le juge et le médiateur soient en contact à ce stade pour informer le tribunal du début et de la fin de la médiation.

Le CPC ne prévoit rien sur la possibilité pour le juge de désigner un médiateur, même si cela se fait parfois, il est simplement prévu que le juge peut conseiller la médiation aux parties.

L'article 215 CPC concerne l'organisation et le déroulement de la médiation. Le législateur suisse a donné toute **liberté aux parties**. L'organisation et le déroulement de la médiation se feront de concert avec le médiateur, gardien du cadre de la médiation.

L'article 216 CPC reprend l'un des principes fondateurs de la médiation que l'on retrouve dans la plupart des dispositions européennes et internationales, à savoir la **confidentialité**. Bien que les contours de ce que recouvre la confidentialité en médiation soient parfois difficiles à cerner, l'affirmation du principe est essentielle dans la réglementation. Cet article précise en outre que la médiation est indépendante par rapport à l'autorité de conciliation et du tribunal. Cela signifie que le médiateur ou les parties et leurs conseils n'ont pas de comptes à rendre au tribunal par rapport à la médiation.

L'article 216 alinéa 2 CPC prévoit d'ailleurs que les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire.

La **ratification** de l'accord intervenu en médiation est prévue à l'article 217 CPC¹²⁰. Cet article précise que les parties peuvent demander la ratification de l'accord conclu dans le cadre de la médiation et que cet accord ratifié a les mêmes effets qu'une décision passée en force de chose jugée. Il faut souligner le caractère volontaire de la demande de ratification de l'accord. Dans la pratique, la demande de ratification de l'accord intervenu en médiation commerciale est assez rare. En revanche, la possibilité de demander cette ratification peut être un argument favorable pour entamer une médiation dans le monde des affaires. La doctrine considère par ailleurs qu'un accord de médiation intervenu en dehors des dispositions du CPC devrait pouvoir bénéficier de la ratification par le tribunal, même si cela n'est pas expressément prévu dans le CPC¹²¹.

¹²⁰ À noter que dans certaines législations, on utilise le mot homologation plutôt que ratification pour désigner le même processus. À la différence du droit suisse, le droit belge prévoit que la demande de ratification peut se faire à la demande d'une seule partie (article 1733 CJ pour la médiation volontaire et article 1736 CJ pour la médiation judiciaire).

¹²¹ Pastore, F., Sambeth Glasner B., La médiation dans le Code de procédure civile unifié, Revue de l'avocat, 8/2010, p. 332.

L'article 218 CPC concerne les **frais** de la médiation qui sont à charge des parties. La gratuité de la médiation peut être demandée en droit de la famille, pour des affaires non patrimoniales et uniquement dans certaines conditions¹²².

Comme mentionné ci-dessus, le CPC prévoit que les cantons peuvent introduire des dispenses de frais supplémentaires, ce que certains cantons ont fait avec succès. De façon prévisible, on assiste dans les cantons concernés, à un développement de la médiation supérieur aux cantons dans lesquels aucune dispense supplémentaire n'a été prévue.

Il faut encore souligner l'article 297 CPC qui prévoit un mécanisme tout à fait particulier dans la mesure où il permet au magistrat « **d'exhorter** » **les parties à tenter une médiation**. Certes, cette disposition est limitée au droit familial, dans des procédures matrimoniales, lorsque le tribunal entend les parents personnellement pour régler le sort des enfants. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un message fort du législateur concernant l'utilité de la médiation et du rôle à jouer par le magistrat pour encourager les parties à s'orienter vers une voie amiable plutôt que la voie judiciaire. Aujourd'hui, encore peu de magistrats font usage de cette disposition pour renvoyer les parties en médiation.

II. La médiation commerciale en Suisse

a) Accueil des magistrats et des avocats

Malgré les dispositions du CPC, qui s'appliquent à toutes les procédures civiles et commerciales, et la volonté claire du législateur de promouvoir la médiation dans tous les domaines, la médiation peine encore à faire sa place en Suisse. Penser en termes de modes amiables de résolution des conflits est loin d'être systématique dans le monde des affaires ou chez les avocats commercialistes¹²³.

Lorsqu'il est question d'une alternative au tribunal dans un litige commercial en Suisse, c'est plutôt vers l'arbitrage que les avocats orientent leurs clients¹²⁴. La pratique de la médiation selon les dispositions du CPC, ou en dehors d'une procédure judiciaire, progresse doucement mais sûrement.

Comme dans d'autres pays, peu de juges suggèrent actuellement la médiation aux parties dans la pratique. Certains ne sont d'ailleurs pas du tout

¹²² Article 218 al.2 CPC.

¹²³ Mis à part la conciliation judiciaire bien sûr, mais à laquelle les parties sont contraintes de se soumettre puisqu'il s'agit désormais d'une étape de procédure obligatoire, sauf les exceptions prévues par la loi.

¹²⁴ Imhoos, C., La médiation commerciale en lien avec l'arbitrage, *in* La médiation dans l'ordre juridique suisse, une justice durable à l'écoute du troisième millénaire, Helbing Lichtenhahn, 2011, 113-148.

convaincus par l'utilité de la médiation. Il s'agit parfois d'un manque d'information sur la médiation, ou de formation sur la façon de présenter la médiation aux parties et à leurs avocats. Certains magistrats craignent de minimiser le travail du tribunal en proposant la médiation, ou de donner l'impression qu'ils ne veulent pas prendre l'affaire. Malgré les dispositions du CPC, certains juges considèrent que si le dossier est déjà au tribunal, c'est trop tard pour une médiation. Une grande partie des magistrats ne distingue pas clairement la différence entre médiation et conciliation, considérant que si la conciliation judiciaire n'a pas abouti, la cause est perdue pour les modes amiables et que seul un jugement pourra avoir raison de l'affaire ou des parties. Il subsiste en outre une certaine méfiance des magistrats à l'égard des médiateurs, de leur formation et de leurs compétences.

Certains magistrats sont plus confiants à l'égard du processus lorsque le médiateur est juriste et lorsqu'ils connaissent le médiateur. Ils perçoivent, dans la formation juridique des médiateurs, une assurance que le médiateur va pouvoir « donner les bonnes orientations aux parties et fournir au tribunal un accord qui tienne la route ».

La promotion de la médiation faite par les avocats auprès de leurs clients est souvent trop timide, ou inexistante. Cela constitue aussi une difficulté importante pour le développement de la médiation commerciale en Suisse¹²⁵.

Il faudra encore du temps, de la patience et des formations pour que les magistrats et les avocats en Suisse commencent à s'intéresser de façon plus concrète à la médiation. Des efforts doivent être consentis pour comprendre la complémentarité des processus de médiation et de conciliation et assimiler l'intérêt que le renvoi ou l'accompagnement en médiation peut apporter dans la pratique du juge ou de l'avocat. Un travail de fond doit être fait pour éclairer les juges et les avocats sur l'utilité de la médiation comme outil dont ils pourront se servir dans la gestion de leurs dossiers et répondre ainsi à l'intérêt des parties de voir leur dossier géré autrement que par la force et la contrainte.

b) La conciliation judiciaire obligatoire – incidence sur la médiation

Le législateur suisse a rendu la conciliation judiciaire obligatoire¹²⁶, sauf exception¹²⁷, dans les dispositions du CPC. Cela a eu une incidence négative sur le développement de la médiation. Il existe certes des similitudes et des rapprochements entre conciliation et médiation, même si ces deux processus

¹²⁵ À ce sujet, Lévy C., « Les avantages de la médiation pour l'avocat », *Revue de l'avocat*, 11-12/2013, 470-476.

¹²⁶ Article 197 CPC.

¹²⁷ Les procédures de divorce constituent une exception importante à la conciliation obligatoire selon l'article 198 c. CPC. Pour les autres exceptions et la possibilité de renoncer à la conciliation obligatoire, consultez les articles 198-199 CPC.

présentent des différences fondamentales¹²⁸. Dans l'esprit de la majorité des juges et pour les avocats et leurs clients, la conciliation obligatoire constitue un cadre dans lequel « on tente de se mettre d'accord » et qui, de surcroît, est « gratuit »¹²⁹. L'absence de formation¹³⁰ entraîne naturellement une certaine réticence à l'égard de la médiation, perçue comme un autre processus dans lequel « on tente de se mettre d'accord », qui n'est pas encore très répandu et dans lequel on va être mis en présence d'un tiers « qui ne décide rien et qui n'a aucun pouvoir de contrainte » et qu'il faudra payer, de surcroît ! Si on suit ce raisonnement et que la médiation n'est pas obligatoire, pourquoi perdre encore du temps si la conciliation n'a pas abouti ?

Cette approche un peu basique mais courante est induite par le caractère obligatoire de la conciliation et le caractère volontaire de la médiation¹³¹.

Les outils de communication et d'écoute ne sont cependant pas réservés aux médiateurs. Quelques juges conciliateurs se sont d'ailleurs formés à ces techniques pour aider les parties à trouver des solutions amiables dans le cadre des audiences de conciliation. Cette démarche est à encourager. Pour certains, le choix et l'utilisation de ces outils seront une extension intéressante pour leur pratique de conciliation et la formation permettra d'affiner leurs méthodes et de s'exercer dans des cas concrets. Pour d'autres magistrats, cette formation sera certainement une totale découverte. L'intérêt pour cette formation ne sera par contre pas partagé par tous les magistrats. La conciliation et la médiation n'en restent pas moins des processus

¹²⁸ La conciliation se limite souvent à une négociation sur position, assistée par le juge conciliateur. La médiation permet un accompagnement des parties dans un processus de négociation raisonnée, impliquant la recherche des intérêts et un travail sur les options. Le temps mis à disposition dans un contexte non judiciaire est aussi un élément essentiel de la distinction entre conciliation et médiation. Dans la roue du Fuitak, la conciliation consisterait à passer de la phase 1 (description des demandes – problématique) à la phase 4 (Solution) ; voir également sur la distinction entre les deux processus : Guy-Ecabert C., « Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse entre les processus », RJN 2011, 19-39.

¹²⁹ La conciliation est gratuite dans la mesure où le justiciable qui a introduit une procédure en justice – et donc payé les frais de procédure – ne devra pas s'acquitter d'un montant supplémentaire pour payer le juge conciliateur à la différence de la médiation où les honoraires du médiateur sont à charge des parties. Cette gratuité ne prend pas en compte les frais indirects liés à une procédure judiciaire (temps, disponibilité, incidence sur les affaires, la rentabilité de l'entreprise, la perte de motivation, le stress, etc.)

¹³⁰ Je pense principalement aux techniques d'écoute et de communication, à la négociation raisonnée, au rôle de tiers neutre non évaluateur, au rapport horizontal que les parties entretiennent avec le médiateur alors qu'elles auront un rapport vertical avec le juge conciliateur, au lieu, au contexte non judiciaire et au temps qui est mis à disposition lors des séances.

¹³¹ Il est intéressant de relever que dans l'étude du Parlement européen de 2014 citée ci-dessus (*op.cit.* 1), une des mesures préconisées pour promouvoir la médiation est précisément de rendre le processus ou le démarrage du processus obligatoire.

distincts, dans un cadre et avec des intervenants différents¹³². Certains dossiers se prêtent mieux à la conciliation en raison de facteurs multiples, d'autres devraient être orientés en médiation afin de permettre aux parties de rétablir un dialogue et de trouver des solutions amiables dans un contexte non judiciaire. Ces deux processus peuvent cependant être complémentaires. Dans certains cas, il pourrait y avoir un renvoi en médiation dans le cadre d'une conciliation qui aurait déjà bien avancé mais qui serait dans une impasse. À l'inverse, un dossier qui n'avance pas en médiation pourrait bénéficier d'une conciliation, dans un cadre et un lieu plus formels et avec un autre rapport entre les participants et le tiers, juge conciliateur. Nous avons encore beaucoup de travail en Suisse pour permettre un flux harmonieux entre ces différents processus¹³³.

III – Les acteurs de la médiation commerciale en Suisse

Parmi les acteurs de la médiation commerciale en Suisse, on peut citer les médiateurs commerciaux, la Fédération suisse des avocats (FSA), les Chambres de commerce, la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC), certaines organisations internationales ayant leur siège en Suisse, les universités et les centres de formation.

Dans la plupart des cas, les médiateurs suisses sont généralistes, c'est-à-dire qu'ils ne pratiquent pas uniquement la médiation commerciale, mais aussi la médiation familiale ou la médiation pénale. Une véritable spécialisation nécessite plus de cas de médiation.

La plupart des médiateurs commerciaux sont des avocats ou des juristes qui ont suivi une ou des formations de médiation et qui sont accrédités par un organisme reconnu, comme la Fédération suisse des avocats (FSA)¹³⁴, la Fédération suisse des associations de médiation (FSM), la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) ou des organismes étrangers comme la Chambre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP), le *Center for effective dispute resolution* (CEDR) ou d'autres organismes d'accréditation de médiateurs étrangers.

Actuellement, la plupart des médiateurs exercent une autre activité professionnelle en parallèle, sauf pour les médiateurs qui travaillent dans des institutions.

¹³² Guy-Ecabert C., « Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse entre les processus », RJN 2011, 19-39.

¹³³ Mirimanoff J., et Vigneron S., « La libre circulation des litiges », CEDIDAC – Le Règlement amiable des conflits dans le nouveau CPC – Octobre 2009.

¹³⁴ Depuis quelques années, un nombre croissant d'avocats se forme à la médiation et demande la reconnaissance de la spécialité de médiation auprès de la FSA. Cet engouement devrait contribuer au développement de la médiation au sein des différents barreaux.

Les Chambres de commerce des différents cantons participent activement à la promotion de la médiation commerciale en Suisse. Pendant plusieurs années, les chambres ont montré un grand enthousiasme pour développer la médiation en organisant des conférences, des formations et petits déjeuners de la médiation et en offrant des services de médiation à leurs membres. Elles ont aussi rédigé un règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses¹³⁵. Dans certains cantons, on assiste toutefois à un ralentissement de cet engouement qui se traduit par l'organisation de moins d'activités et moins de communication sur la médiation. Cela est dû principalement au fait que les Chambres n'ont pas eu le retour escompté par rapport au Règlement suisse de médiation commerciale et qu'il n'y a eu que très peu de cas de médiation introduits auprès des Chambres. Récemment, suite à l'arrêt du tribunal fédéral du 9 mai 2012¹³⁶ rendant obligatoire la désignation d'une personne de confiance pour gérer les conflits internes au sein des entreprises, on note un regain d'intérêt des Chambres de commerce pour les modes amiables de résolution des conflits. Ainsi, les Chambres se sont réunies pour proposer un service de mise à disposition de personnes de confiance pour gérer les conflits internes à l'entreprise¹³⁷.

On peut également citer la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) qui regroupe les médiateurs commerciaux dans toute la Suisse. La CSMC est un organisme d'accréditation des médiateurs commerciaux. Cette Chambre est organisée sous forme de sections dans chaque canton avec une entité au niveau fédéral. C'est un organisme fédérateur qui permet aux médiateurs dans le domaine commercial de se rencontrer et d'échanger. La CSMC organise régulièrement des colloques et dispose d'un site Internet permettant de retrouver les médiateurs accrédités dans les différents cantons.

Au niveau international, il est intéressant de citer l'Organisation mondiale pour la protection de la propriété intellectuelle (OMPI – WIPO), dont le siège est à Genève et qui a élaboré une réglementation sur la médiation

¹³⁵ Le Règlement suisse de médiation commerciale des Chambres de commerce suisses peut être commandé auprès des Chambres de commerce. Par ailleurs, les sites Internet des Chambres de commerce informent les membres sur le processus de médiation et donnent toutes informations utiles en vue d'entamer une médiation sous les auspices de la Chambre concernée. Certaines Chambres de commerce proposent des clauses de médiation sur leur site, d'autres réservent ces informations pour leurs membres.

¹³⁶ TF 2C_462/2011, www.bger.ch.

¹³⁷ Sur le site de la Chambre vaudoise de commerce et de l'industrie (CVCI), on peut lire : « *La CVCI propose un nouveau service permettant aux salariés et/ou aux employeurs de la saisir lorsqu'un conflit interne survient, ceci afin de mettre rapidement en place une procédure et désigner une personne de confiance externe. Ce service répond à l'arrêt du tribunal fédéral imposant à chaque entreprise, indépendamment de sa taille, de disposer d'un système de gestion et de prévention des conflits* ». On notera que le terme « médiateur » n'apparaît pas dans cette communication, mais uniquement « personne de confiance » neutre, indépendante et impartiale.

spécifique pour les litiges en matière de propriété intellectuelle¹³⁸. L'OMPI a constitué une liste de médiateurs agréés.

Un autre exemple d'acteurs dans le monde de la médiation commerciale est le tribunal arbitral du sport (TAS-CAS) qui a récemment revu en profondeur son règlement de médiation et qui entend promouvoir la médiation et pas uniquement l'arbitrage pour les litiges sportifs au sens large¹³⁹. Le TAS dispose également d'une liste de médiateurs agréés en Suisse et dans de multiples pays.

La promotion de la médiation commence par l'enseignement à tous niveaux¹⁴⁰. Plusieurs universités suisses ont compris l'enjeu de l'enseignement de la négociation et de la médiation et offrent des cours selon des formules diverses.

À l'Université de Genève, par exemple, le cours de négociation et médiation est un cours obligatoire donné dans le cadre de l'école d'avocature (ECAV)¹⁴¹. Le cours est donné à la fois sous forme de cours ex-cathedra et sous forme de séminaires.

À l'Université de Lausanne, le cours de médiation et modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et commerciale est proposé par la faculté de droit dans plusieurs programmes de masters. Depuis quelques années, le cours est ouvert aux étudiants de HEC, ce qui permet d'avoir dans un même auditoire les futurs hommes et femmes d'affaires et les futurs juristes. Les étudiants peuvent faire des travaux de séminaire et des travaux de mémoire dans le domaine de la médiation.

À l'Université de Neuchâtel, il existe un cours de modes amiables de résolution des conflits au niveau du master en droit. On soulignera aussi le travail important fait par le Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ) qui organise régulièrement des conférences sur la médiation.

On signalera encore l'Institut universitaire Kurt Bösch à Sion (IUKB) qui délivre un diplôme et des certificats en médiation.

¹³⁸ Sur le site de l'OMPI, on trouve les règles de médiation dans le domaine de protection de la propriété intellectuelle (www.wipo.int/amc/en/mediation/rules), et des exemples de cas pratiques qui ont été soumis à la médiation (www.wipo.int/amc/en/mediation/case-example.html).

¹³⁹ www.tas-cas.org/mediation-rules – à noter qu'il ne s'agit pas ici du contentieux disciplinaire mais des autres litiges, notamment de nature commerciale, qui parviennent au TAS.

¹⁴⁰ L'importance de l'enseignement universitaire mais également au niveau secondaire est soulignée dans les conclusions de l'étude du Parlement européen de 2014 sur la Directive 2008/52/CE, *op.cit.* 1 ci-dessus.

¹⁴¹ L'ECAV est une formation dispensée par l'Université de Genève qui est obligatoire pour tous les jeunes juristes diplômés qui souhaitent entamer un stage d'avocat.

Il y a par ailleurs de nombreuses formations de base et des formations continues qui sont proposées chaque année à l'attention des médiateurs et du public.

Tous ces cours et formations contribuent au développement de la médiation par une meilleure connaissance du processus et par le nombre croissant d'étudiants et de professionnels, qui au cours de leurs parcours universitaire ou leur formations, auront été amenés à réfléchir sur les différents modes de résolution des conflits en bénéficiant d'un enseignement spécifique sur la médiation.

Conclusion

La réglementation sur la médiation au niveau fédéral en Suisse est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Depuis, de nombreux colloques ont été organisés et les formations professionnelles et universitaires se multiplient. L'intérêt pour la médiation commerciale est présent dans le monde des affaires averti et chez les juristes, et la pratique évolue doucement. Il faudra encore quelques années pour que la médiation commerciale prenne la place qu'elle mérite dans le paysage de la résolution des conflits. De nombreux acteurs du monde judiciaire, du monde académique et du monde des affaires contribuent à cette évolution favorable.