

FEASIBILITY OF MEDIATION SYSTEMS IN SWITZERLAND

Jean A. Mirimanoff *

Abstract

According to the International Law Instruments (CoE Resolutions and Guidelines and EU Directive), to Comparative Law and to the Practice, there is no reason to give a preference between "court - connected mediation" and "court - annexed mediation", both of them being efficient for commercial disputes. The choice depends on other criteria : political, financial or philosophical. However the "out - of - court mediation ", without a "connecting body", seems an uncompleted model, thereby inefficient and illusory. A car without motor. An empty shell. To transform this rather primitive form into a "court - connected mediation" implies initiatives, efforts and costs from the public and the private sectors. It is not an accident that this conclusion is shared in France and here. ADR Referral Services, on the dutch or american models, and education of the practitioners count as the most important ADR implementation measures. To leave them would jeopardize the future of mediation, not only in commercial disputes. In the same way ADR implementing measures are the necessary complement of the Swiss Rules on Commercial Mediation of the Chambers of commerce.

The difficulties arising in implementing ADR (and in particular mediation in some european countries as in Switzerland) reflect, as a symbol, the " chaos " wich leads from an old order (the State Justice of the XIXth century) to a new one (the plural Justice of the XXIst century). This situation recalls, mutatis mutandis, the passage from the unilateral Justice to the democratic Justice described by Eschyle. Like at the time of the poet we can remain confident in contributing to this new change as long as we keep in mind and in practice the values thought to the Athenians by Athena founding her Areopage : democracy, openness and humility. The Human Person is the heart of mediation, and mediation in the heart of the Human Person.

Implementing mediation is not an easy task : it exacts a fair, efficient and lasting cooperation between and among all interst circles, in order to facilitate the event of more spaces of peace, here and elsewhere on our little planet.

Résumé

On rencontre deux grandes familles de systèmes pour relier la médiation au judiciaire. L'une consiste à confier la médiation "à l'interne" du Pouvoir judiciaire, c'est à dire à la déléguer à un magistrat spécialement formé à cet effet et qui ne sera pas en charge du cas si la médiation n'aboutit pas. C'est le système qui a été choisi par le législateur de la

* © Jean A. Mirimanoff, Secretary General of the Swiss Section of Gemme, Sworn Mediator, Member of the Recommendations Committee on Civil and Penal Mediation - Geneva, Member of IMI Standards Committee - The Hague, Member of the Swiss Chamber of Commercial Mediation and of the Geneva Chamber of Commerce, Industries and Services. The author thanks Dr iur. Philipp Gelzer, Legal Secretary at the Swiss High Court, for having translated in german the abstract, and Mr Stephen Mensah, Clerk, for having gone through the text

Slovénie, de la Norvège, du Brunschwig (Allemagne) et du Québec (Canada, en Appel), par exemple. L'autre revient à déléguer - ou proposer - la médiation "à l'externe" auprès d'un tiers qualifié, (quitte à ce que, le cas échéant, les parties demandent au juge de ratifier l'accord issu du processus). C'est le système en vigueur depuis longtemps dans les Etats d'Amérique du Nord, introduit en Grande Bretagne il y a une vingtaine d'année, et aux Pays-Bas plus récemment. Les deux familles sont reconnues sur un pied d'égalité par le droit international en la matière, de nature non contraignant, essentiellement les Recommandations et Lignes directrices du Conseil de l'Europe (de portée générale) et la récente Directive de l'Union européenne (de portée transnationale) et ils fonctionnent avec efficacité.

Pourquoi la législation inspirée du système de la délégation "à l'externe" n'a eu qu'un impact insignifiant par rapport au volume du contentieux judiciaire dans des pays comme la France depuis 1995, la Belgique depuis 2005, ou à Genève depuis 2005 ? A la différence des autres pays précités, qui ont tous pris d'efficaces mesures d'accompagnement et de mise en oeuvre, tels des Centres de référence en matière d'ADR en amont et en aval de la saisine du tribunal (ADR Referral Services), rien de tel n'a encore été entrepris dans les trois cas mentionnés, dans lesquels les autorités se sont contentées de penser que la loi suffirait à elle seule pour y développer la médiation. L'écoulement du temps permet de mesurer l'inanité de ce raisonnement, omission fâcheuse que l'on s'apprête à réitérer en Suisse. En effet, tandis que les Autorités Cantonales se soucient de préparer la justice traditionnelle en vue de l'entrée en vigueur du Code de procédure civile le premier janvier 2011, rien à ce jour - à notre connaissance - n'a été envisagé par elles pour traduire dans la réalité judiciaire des Cantons l'injonction des Autorités fédérales : "Le règlement amiable des différends a la priorité". Il en va de même pour mettre en oeuvre le Règlement Suisse pour la Médiation commerciale des Chambres suisses de commerce. Les milieux intéressés, en particulier les organisations faitières de magistrats, d'avocats, d'arbitres, de médiateurs et les Chambres suisses de commerce n'ont qu'à peine deux ans pour agir. A défaut, en particulier de Centres ADR de référence des conflits (ADR Referral Services) sur le modèle néerlandais ou américain, la médiation selon le CPS resterait une coquille vide, et pas seulement d'ailleurs en matière commerciale.

C'est en proposant aux Autorités fédérales mais surtout Cantonales, ensemble et de manière concertée, des mesures concrètes sur la plan législatif, logistique et financier (ce terme qui fait si peur) et en sachant aussi s'engager dans des expériences pilote répondant aux besoins de chaque ville, canton ou région, que les cercles intéressés rendront possible l'essor de la médiation, en particulier de la médiation commerciale dans notre pays. La mise sur pied de Centres ADR de référence sera pour les principales villes de Suisse désireuses de rester des places attrayantes pour le commerce international l'outil - en matière de gestion de conflits - correspondant à cette ambition. Mise en oeuvre qui implique à la fois le secteur privé et le secteur public. Pour ce dernier il y aura un "retour sur investissement" puisque le règlement amiable donnera à la fois satisfaction aux personnes et aux entreprise tout en allégeant - indirectement mais incontestablement - le coût de la Justice traditionnelle pour l'Etat. Un choix "gagnant- gagnant" pour les deux secteurs.

Sans jamais oublier, au delà de ces contingences, que la personne humaine est au coeur de la médiation, et la médiation au coeur de la personne humaine.

Zusammenfassung

Bezüglich der Verbindung der die Mediation mit der Justiz bestehen grundsätzlich zwei Systeme. Im ersten wird die Mediation gerichtsintern von dazu speziell ausgebildete Richtern durchgeführt. Dieses System wurde zum Beispiel in Slovenien, Norwegen und Québec gewählt. Beim zweiten System wird die Mediation gerichtsextern durch qualifizierte Privatpersonen durchgeführt, wobei die Parteien die getroffene Vereinbarung allenfalls richterlich genehmigen lassen können. Dieses System wird seit langem in Grossbritannien, den nordamerikanischen Staaten und seit kürzerem auch in den Niederlanden angewendet. Beide Systeme funktionieren gut und werden vom massgebenden internationalen Recht als gleichwertig anerkannt. Dieses besteht hauptsächlich in nicht zwingenden allgemeinen Empfehlungen und Leitlinien des Europarats und neulich einer Richtlinie der Europäischen Union (mit transnationaler Bedeutung).

Es stellt sich die Frage, weshalb die gerichtsexterne Mediation, obwohl sie in Frankreich seit 1995 und in Belgien (und Genf) seit 2005 in gesetzlich geregelt wird, in im Verhältnis zur streitigen gerichtlichen Streiterledigung nur eine untergeordnete Bedeutung erlangt hat. Dies lässt sich damit erklären, dass in diesen Ländern keine wirksamen ergänzenden Massnahmen, wie z.B. die Einrichtung von Beratungsstellen für die alternative Streitbereinigung (ADR Referral Services), vorgesehen wurden, welche sich in anderen Staaten als wirksam erwiesen haben. Die Erfahrung lehrt daher, dass neben einer gesetzliche Regelung zusätzliche Massnahmen nötig sind, um die Entwicklung der Mediation wirksam zu fördern. Dennoch wird in der Schweiz die Einführung solcher Massnahmen unterlassen. So haben die Kantone bei der Vorbereitung der für 2011 vorgesehenen Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) - soweit erkennbar - keine Massnahmen vorgesehen, um die Umsetzung des gesetzgeberischen Grundsatzes des Vorrangs der einvernehmlichen Streitbeilegung zu fördern. Auch die Schweizer Handelskammern haben in ihrer Mediationsordnung für Wirtschaftskonflikte keine ADR-Beratungsstellen nach niederländischem und amerikanischem Vorbild vorgesehen. Es ist daher zu berüchten, dass in der Schweiz bis zur Einführung der ZPO keine solchen Stellen eingerichtet werden und die getroffene Mediationsregelung eine leere Hülle bleibt.

Um dies zu verhindern wird den Behörden des Bundes und vor allem der Kantone vorgeschlagen, zusammen auf gesetzgeberischer, logistischer und finanzieller Ebene die Einrichtung von ADR-Beratungsstellen, bzw. entsprechende Pilotprojekte zu planen oder zu unterstützen. Bei der Umsetzung sind sowohl der öffentlichen als auch der privaten Sektor gefordert, welche beide daraus Nutzen ziehen, da die Mediation nicht nur die betroffenen Personen und Unternehmungen zufriedenstellt, sondern gleichzeitig auch die Kosten der staatlichen Gerichtsbehörden senkt.

Die genannten organisatorischen Fragen sollen nicht vergessen lassen, dass der Mensch im Zentrum der Mediation steht und diese eine Herzenssache ist.