

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

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

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

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. Arbitrage	
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

Propositions tendant à la régulation efficace des transitions familiales

Introduction

Un regard candide sur les modes actuels de vie en communauté nous enseigne que les couples se forment et procréent ou adoptent dans ou en dehors du mariage ou du partenariat enregistré ; qu'ils se séparent ; qu'ils se reforment plusieurs fois et procréent parfois ; et que les enfants sont susceptibles de vivre tant avec leurs parents biologiques qu'avec des adultes qui peuvent représenter des figures de parenté sans avoir une quelconque autorité parentale sur eux. L'organisation judiciaire de la vie séparée des enfants et de leurs parents peut, dans ces circonstances, poser problème si elle doit tendre à l'efficacité. En effet, les transitions familiales sont, pour des raisons historiques, principalement traitées en référence au mariage à contenu suisse, puis en relation unique avec des liens de filiation communs reconnus par l'ordre juridique de notre pays. Les autres membres des communautés de vie des parties, dans toute leur variété, en sont exclus et pourront être tentés d'entraver l'exécution de jugements qui les concernent aussi. En outre, la loi donne mission au juge d'apporter une paix familiale à la défaveur d'un processus entièrement contentieux¹, coûteux pour les parties², tout en lui interdisant d'entrer dans les causes des conflits, avec pour conséquences que les justiciables peuvent avoir la sensation de n'être pas écoutés dans tout ce qui a donné du sens à leur vie jusque là, et que la perception qu'a le juge de la situation qui lui est soumise ou de l'exécutabilité de son jugement peut être erronée. Par exemple, le juge peut avoir une idée du bien de l'enfant qui ne correspond ni aux croyances ni à la culture des parties, et son jugement ne sera perçu comme contraignant pour aucune d'elles à ce sujet. Il en va

* Avocate au Barreau de Genève

¹ Rappelons que la procédure de conciliation n'a pas lieu dans la procédure sommaire (les mesures protectrices de l'union conjugale sont réglées par une telle procédure : art. 271 CPC), ni dans la procédure de divorce, ni dans les procédures concernant la dissolution du partenariat enregistré, ni dans les procès d'état civil (art. 198 lit. a, b, c, d CPC). Seuls les parents non mariés en bénéficient, s'agissant de leur enfant (cf. art. 304 al. 2 *cum* 198 CPC).

² FRANCESCA PESENTI, *Gerichtskosten (insbesondere Festsetzung und Verteilung) nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017, notamment n. 103ss, 247ss, 255, 256ss, 874.

notamment ainsi dans certaines cultures où les enfants appartiennent au lignage du père, surtout passé un certain âge³, ou au lignage de la mère⁴; ou d'autres cultures dans lesquelles les pères n'ont pas leur mot à dire dans l'éducation des enfants⁵, et où, après le divorce, chacun retourne vivre dans sa famille en coupant l'enfant de l'autre parent⁶, ou alors où les enfants sont attribués, dans le divorce, à celui qui n'y a pas donné lieu⁷; ou d'autres encore qui voient une mère chef de famille régner sans partage sur la domesticité des femmes de la maison, et l'oncle aîné de la famille de la mère exercer l'autorité parentale à ses côtés⁸. Les conflits surgiront donc après la reddition du jugement qui, sauf pour la dissolution du mariage, restera lettre morte.

³ SAMI AWAD ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Mariages entre partenaires suisses et musulmans, connaître et prévenir les conflits*, 3^e éd. 1998, ISDC, p. 30 s. ; en droit libanais sunnite, par exemple, l'autorité parentale (« wilayah ») est confiée de plein droit au père (PIERRE CATALA/ANDRÉ GERVAIS, dir., *Le droit libanais*, Paris, 1963, T. I, p. 122ss, 123 ; ROULA EL-HUSEINI BEGDACHE, *L'enfant au Liban*, in LUCETTE KHAÏAT/CÉCILE MARCHAL, dir., *L'enfant en droit musulman – Afrique, Moyen-Orient*, Paris 2008, p. 373 s); le fait que la mère obtienne la prise charge de l'enfant au quotidien (« hadannah ») ne change rien, la mère ne détenant aucune autorité sur l'enfant (ALEXA MOUKARZEL-HECHAME, *Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban*, in *Revue Droit et Cultures*, 2010, p. 121ss, 149), étant relevé au demeurant que la garde de la mère s'éteint à 7 ans pour les garçons et 9 ans pour les filles (ALEXA MOUZARKEK-HECHAME, *op. cit.*, p. 150).

⁴ Nombreux sont les systèmes matrilineaires en Afrique centrale, dans une partie de l'Amérique du Nord, à l'est de la Nouvelle-Guinée et dans les îles Salomon et parmi quelques minorités de l'Asie du Sud-Est ou de Chine, cf. MAURICE GODELIER, *Métamorphoses de la parenté*, Flammarion Champs Essais, 2010, p. 147ss, 148 ; dans ces systèmes, le divorce est le plus fréquent (MAURICE GODELIER, *op. cit.* p. 219).

⁵ Au Japon, par exemple l'autorité parentale conjointe après divorce n'existe pas, l'intérêt de relations personnelles de l'enfant avec son parent non gardien peine à être conçu, et le parent (selon la coutume, la mère à qui revient traditionnellement la tâche d'élever les enfants) doté de l'autorité parentale (non distinguée de la garde) retourne dans sa famille, en coupant les liens de l'enfant avec l'autre parent : TADAKI MATSUKAWA, *Crise(s) de la famille : prévention et gestion par le droit, étude comparée France-Japon, le droit japonais*, in *Crise(s) et Droit*, dir. JACQUES LARRIEU, p. 119ss, books.openedition.org (consulté le 26.06.2018), mis en ligne le 13.03.2018 (avec un rappel que ce genre de situation est réglé par la conciliation).

⁶ Japon pour la femme, cf. note précédente; Touaregs chez qui la coutume veut que les fils retournent chez leur père et les filles chez leur mère, et que les enfants soient remis à l'oncle maternel : ABDOURAHAMAN CHAÏBOU, *La jurisprudence nigérienne en droit de la famille et l'émergence de la notion de « coutume urbaine »*, in *Journal of legal pluralism* 1998, nr 42, p. 167.

⁷ Au Mali, la garde des enfants mineurs est confiée à l'époux au profit duquel le divorce est prononcé à moins que le tribunal, soit d'office, soit sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne, dans l'intérêt des enfants, que la garde de tous ou de quelques-uns soit confiée soit à l'autre époux ou à une tierce personne : art. 369 loi 2011-087 du 30 décembre 2011 portant Code des personnes et de la famille de la République du Mali.

⁸ MAURICE GODELIER, *op. cit.*, p. 216 ; CAI HUA, *Une société sans père ni mari. Les Na de Chine*, Presses Universitaires de France, Ethnologies, Paris, 1998 ; MAO-JI FU, *La famille matriarcale et les*

Pourtant, le juge chargé de régler la vie séparée doit s'assurer de l'équité de la solution judiciaire (art. 4 CC) et, par exemple, du maintien de l'ancien train de vie dans la séparation temporaire d'un couple marié (art. 176 CC) et de ses enfants (art. 276ss, 285 CC), ou de la garantie d'un train de vie convenable (art. 125 CC) en préservant le minimum vital du débirentier (art. 12 Cst), et de l'existence d'une prévoyance adéquate (art. 122ss CC) post-divorce, voire de l'effectivité du partage de la prévoyance par moitié (art. 122 CC). La loi actuelle ne lui permet pas, cependant, de collaborer avec d'autres institutions ou professionnels avant la reddition de son jugement pour s'assurer, en amont, de l'équité de celui-ci, et ainsi s'assurer du résultat produit par son jugement⁹.

Il ne peut pas, par exemple, prendre contact :

- Avec l'administration fiscale cantonale, pour s'assurer des montants nets, après taxation, à disposition des parties¹⁰ ;
- Avec les services cantonaux de l'État de résidence des parties, qui offrent des prestations d'assistance, pour vérifier leurs lois et pratiques¹¹ ;
- Avec les institutions de prévoyance des époux en divorce, lorsqu'il s'agit d'estimer le caractère adéquat de la prévoyance vieillesse et invalidité des parties (art. 124b CC) ou de vérifier que la rente qui sera servie, après conversion en rente viagère par les institutions de prévoyance concernées (art. 124a al. 2 et 3 ch. 1 CC cum 19h OLP) servira un entretien convenable à l'époux crédentier, et qu'il n'y aura pas lieu, ainsi, de la compléter par une indemnité fondée sur l'article 125 al. 2 ch. 8 CC ;
- Avec les juges et autorités étrangères, dans les zones frontalières (les mesures de protection de l'enfant seront-elles respectées à l'étranger ? Les contributions d'entretien attribuées par jugement seront-elles taxées en mains du crédentier ?) ;
- Avec des thérapeutes et psychiatres de famille, pour leur soumettre leurs cas de manière anonymisée, afin de s'assurer du contenu désirable, en amont, des missions d'expertise ou des mesures de protection à ordonner, s'il faut viser l'efficacité ;

termes de parenté chez les Naxi de Yongnin (district de Ninglang, Yunnan, Chine) in *Cahiers de linguistique – Asie orientale*, Vol. 12 1, 1983, p. 23 – 42, 25.

⁹ Pour un développement de ces constats, voir ANNE REISER / SABRINA GAURON-CARLIN et al., *La procédure matrimoniale*, à paraître à fin 2018, Schulthess, Éditions Romandes, coll. *Quid iuris* ?.

¹⁰ TF 5A_127/2017 du 29 juin, c. 3.3 et 5A_789/2015 du 30 mai 2016 c. 3 et 5 pour la prise en compte de l'impôt sur l'impôt frappant les contributions; ATF 141 II 338 pour l'octroi du barème réduit pour l'ICC et l'IFD sur le revenu au parent en garde alternée; art. 38 al. 2 LIFD et 7 al. 2 LHID pour la taxation des rentes viagères ; art. 23 let f LIFD pour celle des contributions d'entretien.

¹¹ La Suisse ne connaît pas de minimum vital unique et n'a pas de loi cadre fédérale sur l'aide sociale : https://www.skos.ch/fileadmin/user_upload/public/pdf/richtlinien/Erarbeitung_und_Anwendung/2017_Richtlinien-Monitoring-Sozialhilfe-d-f.pdf (consulté le 26.06.2018).

- Avec les notaires, les experts fiscaux et comptables, les assureurs privés, les pédiatres, les avocats spécialisés, les assistants sociaux et ethnopsychiatres, et tous les autres professionnels qui, hors mission d’expertise, pourraient l’aider dans sa tâche difficile.

Autant dire que l’encadrement légal des transitions familiales comprend, dans sa conception même, les ingrédients indispensables¹² à assurer la faible sécurité juridique des situations réglées judiciairement et la notoire difficulté d’exécuter les jugements comportant des obligations de faire (et par exemple de « tolérer » les relations personnelles des enfants avec leur parent non gardien, art. 274 al. 1 CC).

I. Le contenu souhaitable des accords

Soucieux de contribuer à une régulation efficace de situations familiales variées, là où la justice ne peut le faire, le praticien gagnera à se demander comment aider les parties à organiser leur vie familiale, en amont des défis qui les attendent, autant qu’en aval.

Dans ce but, il distinguera les domaines gouvernés par la liberté des accords de ceux sur lesquels la contrainte étatique est susceptible de s’exercer pour préserver l’ordre public. Il constatera, ce faisant, que les domaines dans lesquels l’État n’entend pas intervenir, sauf mise en danger des intérêts qu’il doit protéger, et dans lesquels des accords *doivent* être passés par les concubins¹³, partenaires enregistrés¹⁴, époux¹⁵ et parents¹⁶, sont pléthore. Il aura soin de rappeler aux parties qu’à défaut de passer des accords exprès, un juge chargé d’arbitrer un litige entre eux interprétera *l’accord passé par actes concluants*, en examinant, à l’aune des preuves qui lui en seront rapportées, la manière avec laquelle elles ont conduit leur existence commune, en tirant des conséquences propres de son caractère « *lebensprägend* »¹⁷, *en favorisant la perpétuation de ce qu’il*

¹² Auquel s’ajoute la volonté de faire perdre au juge la maîtrise entière du litige en cas de déplacement d’enfants entre pays signataires de la Convention de la Haye 1996 Responsabilité parentale (art.5), paradoxalement dans le but de protéger lesdits enfants !

¹³ Les art. 530 ss CO peuvent les aider à poser un cadre à leur vie commune.

¹⁴ Art. 12, 12a al. 2, 13 al. 1, 15 al. 2, 21, 25, 27 al. 1 Lpart.

¹⁵ Art. 159 al. 2, 160 al. 2 et 3, 162, 163 al. 2, 164, 165 al. 3 *cum* 168, 166 al. 2, 181, 182, 187 al. 1, 191 al. 2, 195, 199, 201 al. 2, 203 al. 2, 206 al. 3, 216 al. 1, 217, 219 al. 1 *in fine*, 223 al. 1, 224 225 al. 1 et 3, 228 al. 1, 229, 230 al. 1, 239 *cum* 206 al. 3, 241 al. 2, 242 al. 3 CC.

¹⁶ Art. 270 al. 1 et 2, 270a al. 1, 276, 285, 287, 287a, 288, 298 al. 2, 298a, 301, 301a, 302, 303, 304, 306 al. 1, 312, 318 al. 1, 319 al. 1, 320 al. 1, 323, 328 CC.

¹⁷ Expression utilisée par le Tribunal fédéral pour examiner l’impact qu’auront eu, sur l’autonomie financière des parties, les choix qui ont présidé au mariage, et ce, « *nollens vollens* », c’est-à-dire en examinant la manière avec laquelle les époux auront, de fait, réparti entre eux les tâches liées à leur

interprétera comme étant *l'accord passé*, et en y apportant les adaptations nécessitées par la vie séparée.

Il sera donc suggéré aux parties d'articuler clairement ce qu'elles attendent de leur vie commune ou séparée, et de s'accorder sur l'exercice de leurs droits communs et sur leurs obligations, notamment de moyens¹⁸, afin de poser un cadre clair à leurs interactions, dans le respect des devoirs que la loi leur impose¹⁹.

union (p.ex. arrêt du Tribunal fédéral 5A_513/2007 du 18 décembre 2007 paru *in* FamPra 2/2008, p. 392, avec des conséquences sur le devoir de solidarité persistant en dépit du « *clean break* » voulu par le droit du divorce). Dans le concubinage, l'examen effectué de l'intensité de l'engagement réciproque des concubins procède également de l'analyse de ce qui est mis en commun pour déterminer si la communauté formée s'apparente à celle d'un mariage, auquel cas le concubinage sera réputé « qualifié », et emporter des obligations de soutien réciproque (cf. note suivante). Pour les effets de la filiation, l'analyse de la prise en charge de l'enfant au quotidien aura un poids prépondérant s'agissant de l'attribution de la garde de l'enfant après la séparation parentale, dès lors qu'il convient d'assurer la stabilité des relations de l'enfant et une continuité dans l'éducation nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel (arrêt du Tribunal fédéral 5A_684/2013 du 1^{er} avril 2014 consid. 3.1).

¹⁸ Dans le mariage : répartition des tâches et des contributions art. 163 al. 2, 164 CC, choix du régime matrimonial, art. 181ss CC, et de l'administration des biens d'un époux par l'autre, art. 195 CC. Dans le concubinage : détermination des efforts, des ressources des apports, et de la répartition du bénéfice, art. 530 à 533 CO. Dans le partenariat enregistré : assistance à fournir, art. 12 LPart, contribution à l'entretien de la communauté, art. 13 LPart, convention sur les biens, art. 25 LPart, assistance dans l'accomplissement de l'obligation d'entretien et l'exercice de l'autorité parentale envers les enfants de l'autre, art. 27 al. 1 LPart. Dans la filiation : détermination du nom, art. 270 CC, des relations personnelles, art. 273, 274 CC, de l'entretien à fournir, art. 276ss CC, de l'aide, des égards et du respect attendus, art. 272 CC. Dans l'autorité parentale : détermination du bien de l'enfant, art. 296 CC, des soins, de l'éducation et du prénom à lui donner, art. 301, 302 CC, de son lieu de résidence, art. 301a CC, de la liberté accordée et de l'obéissance attendue de l'enfant, art. 301 al. 2 CC, de son éducation religieuse, art. 303 CC, et représentation de l'enfant, art. 304 CC, ainsi que mode d'administration des biens de l'enfant, art. 318 CC. Dans la garde d'un mineur: prise de décisions courantes, art. 301 al. 1bis ch. 1 et 2 CC, prise en charge quotidienne et décisions y relatives, ATF 129 III 689. Dans la famille : décision de fournir des aliments aux ascendants et descendants en ligne directe qui sont dans le besoin : art. 328 CC. Dans la domesticité : mode d'exercice de l'autorité sur ceux qui font ménage commun en qualité de parents ou d'alliés, ou aux termes d'un contrat individuel de travail en qualité de travailleurs ou dans une qualité analogue, art. 331 CC. ; détermination de l'ordre de la maison, art. 332 al. 1 CC et de la surveillance à exercer sur les mineurs, art. 333 al. 1 CC.

¹⁹ Devoirs de fidélité, d'assistance, d'assurer la prospérité de leur union et de pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants qui leur sont imposés par le mariage (art. 159 CC) ; d'assistance et de respect qui leur sont faits par le partenariat enregistré (art. 12 LPart), ou, s'ils sont parents, des devoirs réciproques qui leur sont faits par l'article 272 CC, qui dispose que père, mère et enfant « se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille », *intérêt qu'il leur appartient d'énoncer*.

Ensuite, il exposera aux parties les limites posées par l'État à la liberté des conventions familiales, comprenant le noyau dur des droits fondamentaux suisses²⁰, qu'elles doivent respecter dans leurs accords, si elles entendent les voir acceptés par les autorités compétentes ou ratifiés par le juge. En présence d'une relation de proximité faible avec le droit suisse, le praticien orientera également les parties étrangères sur l'effet atténué de la réserve de l'ordre public matériel suisse, qui pourrait conduire à reconnaître en Suisse les effets d'une situation étrangère *a priori* contraire à l'ordre public²¹. En outre, il s'attachera à cerner tous les liens qui unissent les parties à des tiers, à la faveur des recompositions familiales, afin d'en tenir compte dans les accords. Enfin et surtout, le praticien ancrera dans *l'avenir désirable*, concrètement exprimé par les parties, les objectifs à atteindre par les accords recherchés, afin qu'elles puissent au passage et dans ce but purger les conflits passés qui feraient obstacle à la création d'un avenir souhaitable et de solutions pérennes comprenant leur mode d'adaptation ultérieure.

II. La collaboration multidisciplinaire créatrice de cadres cohérents

Une multitude de règles très complexes s'applique à la famille²². Le fédéralisme et les buts parfois divergents servis par les règles applicables peuvent représenter autant d'entraves à la cohérence des lois qu'à la prévisibilité des situations créées par de très bons jugements ou par des accords négociés grâce à d'excellents médiateurs familiaux. Si l'ambition doit être nourrie que les processus visant à régler la vie séparée d'enfants avec des adultes qui en ont la charge soient plus que des rituels, alors il apparaît nécessaire de faire encadrer de tels processus par des professionnels spécialisés.

²⁰ Tels l'interdiction de discrimination à raison de l'origine, de la race, du sexe, de l'âge, la langue, la situation sociale, du mode de vie, des convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique (art. 8 al. 1 Cst) ; l'égalité des droits de l'homme et de la femme (art. 8 al. 2 Cst) ; la liberté d'établissement des citoyens suisses (art. 24 Cst) ; la garantie du droit à la famille (art. 14 Cst cum 8 CEDH) ; la garantie du minimum vital du débirentier (tirée de l'art. 12 Cst) ; et la considération primordiale à accorder au bien de l'enfant (art. 3 CDE cum 11 Cst et 296 CC, et, à Genève, art. 23 Cst. GE).

²¹ P.ex. accorder des effets pécuniaires à une union polygamique célébrée sans fraude à l'étranger, art. 27 LDIP : FRANÇOIS KNOEPFLER/PHILIPPE SCHWEIZER/SIMON OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3^e éd., Berne 2004, n. 364.

²² Droit public : constitutionnel, fiscal, international public, droit de protection de l'enfant et de l'adulte, de la prévoyance professionnelle et des assurances sociales ; droit privé : droit civil, droit des obligations ; droit cantonal : droits constitutionnels, procédure de protection de l'adulte et de l'enfant, aide sociale, fiscalité, etc.

III. L'association aux accords des personnes représentant un obstacle à ceux-ci ou une condition de leur exécutabilité

La régulation efficace d'une situation familiale devrait inclure *toutes* les personnes concernées par celle-ci. Une fois posé le contenu des accords désirés, au terme d'un processus *ad hoc*, les praticiens qui lui auront été associés oeuvreront pour doter lesdits accords des formes les plus aptes à leur assurer un caractère pérenne et contraignant, la partie intéressante impérativement l'État²³ devant en être extraite pour être portée devant les autorités compétentes pour inscription ou devant la justice pour ratification.

IV. Le type de processus envisageable

Un processus visant à poser un cadre aux relations familiales devrait tendre à déterminer clairement les objets d'accord (exprimés en termes de buts communs, d'actions et de moyens personnels, et de responsabilités personnelles ou partagées) et de désaccords acceptés (au sujet desquels les parties ne se chercheront pas noise), et les objets de désaccord irréductibles. Ces derniers seront portés en justice en étant clairement identifiés, ce qui facilitera la tâche du juge et diminuera les frais de justice²⁴. S'ils sont de nature purement patrimoniale, ils devraient pouvoir être réglés par la voie de l'arbitrage²⁵.

²³ Telle la conclusion et la dissolution du mariage et du partenariat enregistré, la création d'une société familiale etc. Sur ces questions : EDGAR PHILIPPIN/ANNE REISER/FRÉDÉRIC VUILLEUMIER, *Le droit des contrats et des sociétés au service de la famille*, in *Patrimoine de la famille*, Entretien, régimes matrimoniaux, deuxième pilier et aspects fiscaux, Genève 2016, 37-95.

²⁴ Pour rappel, les frais de justice civils sont calculés sur la base de la valeur des objets en litige, art. 91ss CPC.

²⁵ L'ATF 87 I 291, qui pose que la sentence arbitrale doit être soumise à l'approbation du juge du divorce, comme constituant une convention sur les effets accessoires du divorce, a été rendu avant l'adoption du chapitre 12 de la LDIP, et avant l'entrée en vigueur du CPC. On relèvera que l'art. 177 al. 1 LDIP dispose que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage, et que l'art. 354 CPC dispose que l'arbitrage peut avoir pour objet toute prétention qui relève de la libre disposition des parties. Or, en droit suisse, la maxime des débats gouverne la liquidation du régime matrimonial autant que les contributions d'entretien post-divorce (art. 277 cum 58 al. 1 CPC), en sorte que rien ne devrait s'opposer à l'arbitrabilité de ces prétentions (GIAN PAOLO ROMANO, *L'arbitrabilité des litiges internationaux en droit de la famille : état des lieux et perspectives*, conférence prononcée le 6 mars 2017, à paraître prochainement à la Semaine Judiciaire). À cela s'ajoute le fait que les justices étatiques sont mal équipées pour régler efficacement la liquidation de

Un tel processus sera dirigé par un conciliateur, soit un médiateur doté des pouvoirs énumérés par l'art. 210 CPC. Pour éviter de dépouiller les parties de la *responsabilité du contenu* de leurs accords, une fois posés les chapitres nécessaires de ceux-ci, le conciliateur gagnera à ne pas être « *sapiens* »²⁶. Il sera appuyé, pour les aspects techniques, par des professionnels recrutés en fonction des aspérités de la situation, comprenant au moins un spécialiste du droit matrimonial, qui sera le répondant principal du conciliateur et coordonnera le travail technique. Le conciliateur puisera dans leurs suggestions le menu des séances (soit le contenu des accords exigé par la loi et la jurisprudence, et celui qui serait souhaitable pour servir les buts des parties), et leur rendra compte de l'avancement du processus.

Pour profiter des émotions qui alimentent l'énergie du conflit et les canaliser vers la construction d'un avenir différent, le processus sera limité dans le temps, selon le principe de célérité applicable aux procédures visant au retour d'enfants victimes d'enlèvements internationaux. Une date butoir sera donc d'emblée convenue avec les parties, au terme de laquelle soit le processus prendra fin faute d'accord, soit ce dernier sera rédigé et signé par les parties²⁷. Afin de tenir le tempo du processus, le conciliateur devra être un bon gestionnaire de projet et un excellent communicateur.

Le processus ne débutera qu'une fois remises toutes les pièces nécessaires à l'analyse de la situation et de ses solutions judiciaires possibles « au mieux / au pire »²⁸, et qu'une fois payé (afin de responsabiliser les parties) son coût estimé sur le vu des pièces, de la

régimes matrimoniaux comportant des biens situés à l'étranger, en particulier des immeubles ou des avoirs en trust : aucun tribunal civil international n'existe pour régler les conflits de lois et de juridictions qui embourbent très rapidement les conflits.

²⁶ Avocat ou juge, le conciliateur pourra être tenté de renseigner sur « ce qui existe ; ce que dit la loi ; ce qu'accepterait un tribunal », ce qui risque de limiter la créativité des solutions des parties.

²⁷ Dans la pratique, on s'est aperçu qu'une durée totale de 6 semaines est en général suffisante pour poser des cadres efficaces à des transitions familiales dites « à haut conflit ».

²⁸ Expérience faite, c'est cette première phase qui est la plus exigeante, une pièce non identifiée comme manquante pouvant mettre en danger le résultat du processus en surgissant vers sa fin.

complexité de l'affaire, et de la détermination du cercle des professionnels nécessaires²⁹. Ce coût ne pourra être augmenté qu'avec l'accord des parties³⁰.

Les professionnels en appui du processus seront indépendants, œuvreront en synergie, diminueront leurs honoraires liés au temps de travail passé ensemble et s'engageront à modérer leurs honoraires en les forfaitisant. Ils y gagneront une formation à la discipline des autres et une augmentation de leurs compétences. Le bénéfice pour les clients résidera dans le fait qu'ils ne rétribueront qu'un professionnel dans chaque domaine ; que les honoraires de leurs mandataires seront modérés et qu'ils économiseront les frais de justice qui leur seraient réclamés en procédures contentieuses. Afin de diminuer le coût du processus, l'un des professionnels mettra ses infrastructures à disposition (salle de conférence ; secrétariat pour organiser la réservation de la salle et assurer l'accueil).

Chaque professionnel sera responsable du respect de la déontologie et des lois applicables à son art. Un accord sur la confidentialité et le partage des informations et des documents (entre les parties et entre le conciliateur et les autres professionnels) sera passé au début du processus. Au terme du processus, les documents confiés seront restitués aux parties qui les auront remis.

Conclusion

De tels processus ont été testés à Genève³¹ avec des résultats intéressants³². Les instances du pouvoir judiciaire pourraient les ordonner³³ en assortissant ces ordres de mesures

²⁹ Par exemple, à Genève, une situation comprenant un immeuble et associant les concubins de parents en divorce a pu être réglée pour un coût d'environ CHF 10'000.- ; une situation à ramifications internationales comprenant des aspects de droit boursier, immobilier, fiscal international et des sociétés étrangères a coûté environ CHF 60'000.- ; une situation internationale liée au sort de l'enfant a pu être réglée pour un coût de CHF 2'000.-. Ces coûts sont en deçà des frais de justice et des honoraires d'avocat qui auraient dû être exposés si ces litiges avaient été portés en justice. Cf. FRANCESCA PESENTI, *op.cit.*, n. 103ss, 247ss, 255, 256ss, 874.

³⁰ Il a été observé que le surcoût a toujours été créé par le fait que les parties n'ont pas fourni d'emblée toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du conflit et de ses solutions possibles ou qu'un délai promis n'a pas été tenu ; d'où la nécessité de conduire le projet avec rigueur.

³¹ Sous l'impulsion de l'association Ichoba pour la régulation des conflits familiaux.

³² En guise d'exemples : la fixation, par les parties, de limites temporelles et financières aux processus à étonnement été d'une aide importante pour cadrer les débats et décider d'y rester ou d'en sortir ; l'inclusion d'autres parties prenantes (enfants majeurs, concubins des époux, grands-parents) a permis de dégonfler certains conflits et de limiter la financiarisation de toute l'aide nécessaire aux parents et aux enfants ; la direction du processus par un conciliateur assisté d'autres professionnels a permis de rassurer les parties à propos de la cohérence des démarches multiples à initier et de les aider à se projeter dans l'avenir en explorant diverses possibilités.

d'exécution³⁴, fondées sur les art. 314 al. 2 CC et 297 al. 2 CPC, en exigeant d'être informées sur la structure de conseils³⁵ choisie et sur les dates des rendez-vous tenus. L'auteur de ces lignes appelle de ses vœux les modifications législatives destinées à rendre un tel processus obligatoire: un État qui tolère que la majorité des familles en rupture³⁶ soit condamnée³⁷ à un contentieux à l'efficacité hasardeuse et à l'exécutabilité difficile, ne saurait en effet être réputé œuvrer au maintien de la paix sociale.

³³ Cf Arrêt du Tribunal fédéral 5A_522/2017 du 22 novembre 2017 consid. 4.7.3.2 : l'exhortation des parents à tenter une médiation fondée sur l'art. 314 al. 2 CC n'est pas une mesure au sens de l'art. 307 al. 3 CC, mais une injonction, un ordre, au sens du CPC, émis en cours de procédure, qui peut être assorti *d'office* de mesures d'exécution (art. 292 CP, art. 343 CPC). Le concept de « médiation » n'est pas très approprié : initialement conçu comme une thérapie de communication, cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_852/2011 du 20 février 2012 consid. 6, il est devenu un processus de prise – sous contrainte judiciaire – de conseils professionnels aux fins de cadrer les rôles parentaux et la collaboration parentale visant à convenir de buts et de stratégies communs d'éducation des enfants, doublé d'une obligation de faire rapport, un mois et demi après la décision, du lieu et des dates de prise desdits conseils auprès d'une instance au choix des parents, cf. arrêt du Tribunal fédéral 5A_65/2017 du 24 mai 2017. Voir à ce sujet : ANNE REISER, la médiation nouveau style : ordonnée sous contrainte, 2018, <https://droit-civil.iusnet.ch/fr>, sous Éclairages (consulté le 23.04.2018).

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_522/2017 du 22 novembre 2017 consid. 4.7.3.2 : Il est permis d'ordonner des mesures d'exécution d'office (art. 236 al. 3 CPC cum 343 al. 1 lit. a CPC, 292 CP), même si aucune des parties ne les a réclamées.

³⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_65/2017 du 24 mai 2017 consid. 2.4. : « Il ne s'agit que d'un conseil professionnel : ni d'une médiation, ni d'une thérapie ; les parents ont la liberté de choisir le conseil professionnel qui leur convient et la mesure dans laquelle ils veulent y recourir. »

³⁶ L'indicateur conjoncturel de divortialité était de 41.5% en 2016 : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/divortialite.html> (consulté le 26.06.2018).

³⁷ Ce qui porte atteinte à la santé des justiciables, enfants compris, et des exclus du processus judiciaire, notamment les grands-parents, concubins, seconds ou premiers époux, partenaires, et autres personnes dont la situation est réglée par une procédure dans laquelle ils n'ont pas été entendus.