

Projet présenté par le Conseil d'Etat

Date de dépôt: 12 février 2003

Messagerie

Projet de loi modifiant la loi de procédure civile (E 3 05) (Médiation civile)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi de procédure civile, du 10 avril 1987, est modifiée comme suit :

Art. 56, al. 1 (nouvelle teneur)

¹ Les transactions conciliatoires, opérées par les juges, de même que les homologations des conventions de médiation au sens de l'article 71F, sont rapportées au greffe de la juridiction dont ils font partie et minutées comme des jugements.

Art. 58, al. 1 (nouvelle teneur)

¹ Le dépôt de l'assignation ou de la requête en homologation d'une convention de médiation, au greffe du Tribunal de première instance, constitue l'introduction de la demande et lie l'instance, sous réserve de l'article 64, alinéa 3.

Art. 69 Transactions (nouvelle teneur)

Les transactions conciliatoires opérées par le juge de paix, de même que les homologations de conventions de médiation au sens de l'article 71F, ont la même valeur que celles opérées par la Chambre de conciliation.

Titre III B Médiation civile (nouveau)

Chapitre I Dispositions générales (nouveau)

Art. 71A Médiateur civil (nouveau)

Dans toutes les causes qui, d'une manière générale, leur paraissent de nature à faire l'objet d'une médiation, la Chambre de conciliation du Tribunal de 1^{re} instance ou les tribunaux du canton en matière civile peuvent, en tout état de cause, proposer aux parties de résoudre à l'amiable leur litige grâce au concours d'un médiateur civil (ci-après : médiateur), soit un tiers qualifié, indépendant, neutre et impartial.

Art. 71B Compétences (nouveau)

¹ Le médiateur n'intervient pas dans la procédure civile.

² Le juge n'intervient pas dans le processus de médiation.

³ Le juge et le médiateur facilitent aux parties le passage de la procédure civile au processus de médiation, et inversement.

Art. 71C Information (nouveau)

¹ Le juge donne aux parties, en présence de leur éventuel conseil, les informations nécessaires sur la médiation et son coût. Il leur remet le tableau des médiateurs et des institutions de médiation.

² Il peut leur donner un délai de réflexion qui, dans la règle, n'excède pas trente jours.

³ Lorsque les parties le requièrent, faute d'avoir pu s'entendre sur une personne ou une institution de leur choix, le juge leur propose le nom d'un médiateur ou d'une institution de médiation.

Chapitre II Médiation et conciliation (nouveau)

Art. 71D Médiation avant la conciliation (nouveau)

Lorsque les parties ont négocié une convention de médiation, hors procédure civile, elles peuvent déposer directement devant le juge conciliateur compétent une requête en homologation. Cette requête contient l'identité des parties, un bref exposé des faits et la conclusion d'homologation de la convention, laquelle est annexée, de même que, le cas échéant, les pièces utiles.

Art. 71E Médiation initiée en conciliation (nouveau)

¹ Lorsqu'elles entament une médiation, après le délai de réflexion prévu à l'article 71C, alinéa 2, les parties peuvent demander au juge à être convoquées à nouveau en conciliation dans un délai qui n'excède pas, dans la règle, six mois.

² En cas d'échec de la médiation, à la demande de la partie la plus diligente, le juge convoque à nouveau les parties pour délivrer l'autorisation de citer.

Art. 71F Homologation en conciliation (nouveau)

¹ Après avoir vérifié que la convention de médiation qui lui est soumise par les parties n'est ni contraire à l'ordre public, ni au droit impératif et que le médiateur qui est intervenu est inscrit au tableau des médiateurs, le juge conciliateur rédige un procès-verbal qui vaut homologation et qui contient les qualités des parties et le texte de la convention. Ce procès-verbal est muni de la signature des parties, voire de leur mandataire, du juge et du greffier.

² En cas de refus d'homologation, le juge conciliateur motive sommairement sa décision.

Chapitre III Médiation en cours de procédure (nouveau)**Art. 71G Médiation après introduction de la cause (nouveau)**

¹ Aussitôt qu'il est informé par les parties, le cas échéant par le médiateur, de la signature de leur engagement en médiation, le juge suspend la cause.

² Le juge demeure toutefois compétent pour prendre les mesures requises par l'ordre public et le droit impératif, notamment dans le domaine de la protection des enfants mineurs.

³ A la demande de l'une ou des parties, l'instance est reprise en cas d'échec ou de succès de la médiation. Il est procédé conformément à l'article 116.

Art. 71H Issues de la médiation (nouveau)

¹ Lorsque les parties conviennent du retrait de l'action, la cause est rayée du rôle.

² Lorsque les parties requièrent l'homologation de leur convention, il est procédé conformément aux articles 71I et 71J.

Art. 71I Homologation (nouveau)

¹ Le juge homologue la convention des parties si celles-ci le requièrent. Sous réserve de l'ordre public et du droit impératif, il ne peut pas modifier le contenu de la convention intervenue.

² En cas d'accord complet, le juge l'homologue par un jugement.

³ En cas d'accord partiel, il reprend l'instance pour les chefs encore litigieux; il homologue la convention partielle.

Art. 71J Refus d'homologuer (nouveau)

¹ Si la convention est, en tout ou partie, contraire à l'ordre public ou au droit impératif, le juge donne par ordonnance la faculté aux parties de la modifier, en précisant les points susceptibles de ne pas être homologués et en leur impartissant à cet effet un délai qui, dans la règle, n'excède pas trente jours. Il informe en outre le médiateur d'un éventuel refus d'homologation.

² Si les parties ne donnent pas suite à son ordonnance ou si la nouvelle convention ne satisfait pas non plus aux conditions de l'alinéa 1, il remet la cause pour plaider et rend un jugement. Il procède ensuite conformément à l'article 116, alinéa 3.

³ Si le médiateur qui est intervenu n'est pas inscrit au tableau des médiateurs, le juge peut également refuser d'homologuer la convention. Il remet la cause pour plaider et rend un jugement; il procède ensuite conformément à l'article 116, alinéa 3.

Art. 2 Modifications à d'autres lois

¹ La loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (E 2 05), est modifiée comme suit :

Art. 9, al. 4 (nouveau)

Les juges de paix homologuent les conventions de médiation qui relèvent de leur compétence et qui leur sont soumises par les parties conformément à l'article 71F de la loi de procédure civile.

Titre X Médiateurs civils (nouveau)

Art. 162 Médiateur civil (nouveau)

¹ Les tribunaux civils peuvent proposer aux parties de recourir à un médiateur civil ou une institution de médiation (ci-après : médiateur) afin qu'elles puissent – avec le concours de celui-ci – rechercher une solution librement négociée et élaborée par elles.

² Les médiateurs ou institutions de médiation sont agréés par le Conseil d'Etat.

³ Pour être médiateur il faut :

- a) être âgé de trente ans au moins;
- b) être au bénéfice d'un diplôme universitaire ou d'une formation jugée adéquate;
- c) disposer d'une bonne expérience professionnelle;
- d) avoir une expérience ou des connaissances suffisantes dans le domaine concerné;
- e) disposer de qualifications et d'aptitudes particulières en matière de médiation;
- f) n'être l'objet d'aucune inscription au casier judiciaire pour une infraction intentionnelle portant atteinte à la probité et à l'honneur.

⁴ Le médiateur peut en outre avoir bénéficié de formations spéciales concernant en particulier la médiation touchant des personnes socialement ou psychologiquement fragiles.

⁵ Pour être agréées les institutions de médiation déposent :

- a) leurs statuts;
- b) leur règlement;
- c) leur code de déontologie.

Art. 163 Tableau (nouveau)

Pour les tribunaux civils, le Conseil d'Etat dresse et tient à jour un tableau des médiateurs et institutions de médiation faisant, le cas échéant, référence à leur qualification particulière ou à leur domaine de spécialité.

Art. 164 Serment (nouveau)

Avant d'entrer en fonction, le médiateur civil prête devant le Conseil d'Etat le serment suivant :

« Je jure ou je promets solennellement :
d'exercer la médiation dans le respect des lois, avec honneur, compétence et humanité,
de sauvegarder l'indépendance inhérente à la médiation,
de n'exercer aucune pression sur les personnes en litige afin d'obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement négociée,
de veiller à ce que les personnes en litige concluent une entente libre et réfléchie,
de ne plus intervenir d'aucune manière dans la procédure une fois la médiation terminée,
de préserver le caractère secret de la médiation. »

Art. 165 Indépendance, neutralité et impartialité (nouveau)

¹ Le médiateur civil exerce ses fonctions en toute indépendance, neutralité et impartialité, sans exercer sur les personnes en litige une quelconque pression destinée à obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement consentie.

² Il doit se récuser dès lors que l'une des causes prévues aux articles 84 à 91 est réalisée, à moins que toutes les parties, dûment informées, consentent expressément à ce que la médiation ait lieu.

Art. 166 Confidentialité (nouveau)

¹ Le médiateur civil est tenu de garder le secret sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de la médiation et sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté; cette obligation subsiste alors même qu'il n'exerce plus sa profession.

² Quelle que soit l'issue de la médiation, aucune des parties ne peut se prévaloir, dans la suite du procès, de ce qui a été déclaré devant le médiateur civil.

Art. 167 Témoignage et dossier (nouveau)

¹ Le médiateur civil ne peut être entendu à quelque titre que ce soit sur les faits dont il a acquis la connaissance dans l'exercice de la médiation ou sur les opérations auxquelles il a procédé, participé ou assisté.

² Les tribunaux ne sont pas autorisés à ordonner l'apport du dossier du médiateur civil.

* * *

² La loi instituant la commission de conciliation en matière de baux et loyers, du 4 décembre 1977 (E 3 15), est modifiée comme suit:

Art. 3, al. 3 (nouveau)

³ Elle homologue les conventions de médiation qui relèvent de sa compétence et qui lui sont soumises par les parties, conformément à l'article 71F de la loi de procédure civile.

* * *

³ La loi sur la juridiction des prud'hommes (juridiction du travail), du 25 février 1999 (E 3 10), est modifiée comme suit :

Art. 11, al. 2 (nouveau)

² En matière de médiation, les articles 71A à 71J de la loi de procédure civile sont applicables.

* * *

⁴ La loi pénale genevoise, du 20 septembre 1941 (E 4 05), est modifiée comme suit:

Art. 37, al. 1, ch. 54 (nouveau)

¹ Sont passibles des arrêts et de l'amende ou de l'une de ces peines seulement :

54° le médiateur civil, au sens des articles 160 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire, qui aura révélé un secret en violation de l'article 166, alinéa 1, de cette loi;

Art. 3 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Certifié conforme
Le chancelier d'Etat : Robert Hensler

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

I. Introduction

Le Grand Conseil a adopté le 16 février 2001 une loi instituant la médiation pénale dans l'ordre juridique de notre canton (loi sur l'organisation judiciaire – LOJ, Code de procédure pénale – CPP) faisant ainsi œuvre de pionnier en Suisse.

La commission de gestion du Pouvoir judiciaire a constitué un groupe de réflexion le 7 juin 2002 pour étudier la médiation judiciaire. Il est composé de :

- pour la Cour de justice et les instances prud'homales : MM. les juges Axel Tuchs Schmid et Michel Criblet;
- pour le Tribunal de première instance : M^{me} la juge Claude-Nicole Nardin, présidente;
- pour le Tribunal tutélaire et la Justice de paix : M. le juge Thierry Wuarin, président, et M^{mes} Vernier-Besson, greffière-juriste de juridiction, et Sandrine Tornare, greffière-juriste de juridiction adjointe, présidente du groupe de réflexion et coordinatrice pour la médiation au sein du Pouvoir judiciaire;
- pour la commission de conciliation des baux et loyers : M. le juge Jean Mirimanoff, président;
- pour le Ministère public : M^{me} Yvette Nicolet, magistrate, représentante du Parquet;
- pour le service de l'assistance juridique : M^{me} Nathalie Vimic, greffière-juriste de juridiction.

Le présent projet concerne la médiation civile.

La médiation a pour objet de créer un cadre suffisamment stable pour permettre aux personnes en conflit de se rencontrer, d'entamer un dialogue et d'envisager des solutions mutuellement acceptables pour résoudre leur différend, de sorte qu'elles pourront poursuivre leurs relations dans l'avenir.

Le médiateur est garant du cadre : respect, écoute, etc. Il est généralement admis que tant les parties que le médiateur sont libres d'entrer dans le processus et de s'en retirer à tout moment.

La médiation avait joué un important rôle de régulation sociale en Europe occidentale, au Moyen Age, notamment sous l'influence du droit canonique, et jusqu'au XVIII^e siècle, à partir duquel ce mode de règlement des litiges est tombé peu à peu en désuétude. En ce qui concerne la Suisse, on se souvient du rôle de médiateur prêté au Frère Nicolas de Flue lors du Convenant de Stans en 1481. On sait moins que le Traité de Westphalie de 1648, qui consacre pour la première fois sur le plan international l'indépendance de la Suisse et qui mit fin à la guerre de Trente Ans, est issu d'une longue médiation. Par ailleurs, on a parfois paré du manteau de la médiation l'intervention ou l'ingérence : par exemple l'Acte de Médiation de 1803 a été imposé par Bonaparte aux cantons suisses (le prétendu médiateur n'étant ni neutre, ni désintéressé et les cantons étant obligés d'accepter et son intervention et sa solution).

Au milieu du siècle passé la médiation a resurgi en Amérique du Nord (Etats-Unis et Québec) pour regagner ensuite l'Europe. Il apparaît que dans de nombreux pays d'Europe et du continent nord-américain les modes alternatifs de résolution des litiges (MARL) ont été considérés comme la réponse appropriée à la demande consistant à diversifier et renouveler l'exercice de la justice. Depuis une dizaine d'années s'y est instauré « un ordre juridique négocié » en complément et non en concurrence aux côtés de « l'ordre juridique traditionnel » (« imposé »).

En particulier l'un de ces MARL, la médiation, s'est développée avec succès dans une grande variété de domaines : famille, voisinage, travail, relations commerciales, etc., à telle enseigne que nombre d'Etats européens l'ont encouragée par des mesures matérielles, financières et législatives tandis que le Conseil de l'Europe a adopté deux résolutions dans le même sens en matière familiale (R-98-11) et pénale (R-99-19). Il y est désormais acquis que la médiation est mieux adaptée aux litiges comportant une charge émotionnelle et on y constate que les accords issus du processus de médiation résistent mieux à l'épreuve du temps qu'une décision judiciaire. Or, à Genève, l'accroissement du nombre d'actions judiciaires en modification d'un jugement dans le domaine du droit de la famille (soit la grande majorité des litiges) et leur proximité toujours plus rapprochée dans le temps – parfois même dans l'année qui suit le jugement mis en cause – sont un sujet de préoccupation.

Le groupe de réflexion a ainsi pris pleinement conscience des avantages que présente la médiation civile pour les plaideurs, qui représente au premier chef un instrument utile de la paix sociale.

Les fondements de la médiation résident dans son caractère volontaire et dans sa confidentialité. Celle-ci entoure et protège les parties ainsi que le médiateur non seulement dans le processus même de médiation, mais également au-delà.

Les principales différences entre la médiation et la conciliation résident dans l'approche plus globale pour la première, plus juridique pour la seconde, dans le rôle du tiers (en médiation la solution émane des parties, en conciliation du conciliateur) et au fait que la médiation se prête davantage à l'écoute des émotions.

Par rapport à la procédure civile, les avantages de la médiation résident dans son efficacité, résultant dans la reprise volontaire du dialogue entre les parties, dans sa rapidité et sa durée. Le corollaire en est la réduction des coûts qu'entraîne le litige : pour les parties et pour l'Etat (confronté à l'explosion du contentieux dans le domaine familial).

Pour établir la confiance des parties dans le processus de médiation et la personne du médiateur, il faut leur offrir une garantie suffisante touchant, d'une part, la qualification du médiateur et, d'autre part, son indépendance, sa neutralité et son impartialité vis-à-vis des parties.

II. Elaboration du projet de loi

Le groupe de réflexion du Pouvoir judiciaire a chargé le Tribunal de première instance de constituer un groupe de travail afin d'élaborer un avant-projet de loi sur la médiation civile. Il était constitué par M^{mes} et MM. les juges Claude-Nicole Nardin, présidente du Tribunal de première instance, Nathalie Magnenat-Fuchs, Silvia Tombesi, Sylvie Wegelin, Pierre Curtin, Jean Mirimanoff, de M^{me} Sandrine Tornare, greffière-juriste de juridiction adjointe et coordinatrice pour la médiation au sein du Pouvoir judiciaire, et de M. Hubert Montavon, greffier de juridiction. Ce groupe a tenu quatre séances les 22 et 29 novembre 2001, 17 janvier et 7 février 2002 et a remis à l'intention du groupe de réflexion un avant-projet de loi, puis une deuxième version amendée, modifiant la loi de procédure civile (LPC) et la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ), accompagné d'un exposé des motifs. Il est à relever l'importance et la qualité du travail fourni par ce groupe et plus particulièrement par M^{me} Claude-Nicole Nardin, présidente, et M. Jean Mirimanoff, juge, dont l'engagement pour ce projet a été remarquable.

Le groupe de réflexion a décidé de soumettre ces documents, aux fins de consultation, aux personnes et institutions de médiation, suivantes :

- M^{me} Sylvie Monnier, médiatrice familiale accréditée par l'Association suisse de médiation, responsable du département médiation pour le Centre d'études et de formation continue (CEFOC), responsable de formation à l'Institut d'études sociales de Genève, psychologue FSP (Fédération suisse des psychologues), thérapeute de couple;
- M^{me} Isabelle Bieri, consultée comme experte extérieure, magistrate du Pouvoir judiciaire neuchâtelois, médiatrice accréditée par la Chambre suisse de médiation commerciale et par la Fédération suisse des avocats, auteure d'une recherche à paraître sur « Justice et Médiation »;
- Groupe « MGM » qui regroupe la Maison genevoise des Médiations, le Groupement Pro Médiation romand, le Groupement Pro-Médiation-Genève, le service de médiation de l'Office protestant de consultations conjugales et familiale, Couple et Famille, soit pour ces associations, M^e Martine Chenou, Maison genevoise des Médiations, présidente de la commission spécialisée de médiation de la Fédération suisse des avocats (FSA), M^e Francine Courvoisier, présidente du Groupement Pro-Médiation-Genève, Office protestant de consultations conjugales et familiales, Maison genevoise des Médiations, M^{me} Marie-Jo Favez, médiatrice familiale, Couple et Famille, M^e Elisabeth Gabus-Thorens, avocate, Couple et Famille, M^{me} Danielle Jacques, médiatrice familiale, service de médiation de l'Office protestant de consultations conjugales et familiales, M^{me} Anne-Catherine Salberg Mendoza, présidente du Groupement Pro Médiation romand, Maison genevoise des Médiations, et M^e Jean-Bernard Waeber, Maison genevoise des Médiations, médiateur à l'Etat;
- Association genevoise pour la médiation de quartier – AsMéd-GE, soit pour elle M^{mes} Marianne Kahnert, Patrizia Molo, Brigitte Muller, médiatrices;
- MondialContact, soit pour elle M^{me} Preeta Muthalali, responsable du secteur de médiation;
- ASI : Association Suisse des Infirmières et Infirmiers, section Genève, soit pour elle M^{me} Marianne Schmid, présidente, M^{mes} Martine Berazategui et Christine Dandelot, équipe pédagogique;
- Ecole des Parents (Genève);
- Mouvement de la Condition Paternelle;

- Association pour l'arbitrage (et la médiation) en matière de Baux Commerciaux (ABC), soit pour elle M^{es} Pierre-André Morand et Dominique Levy;
- Chambre indépendante de conciliation et de médiation, soit pour elle M^e Jean-Cédric Michel;
- Chambre suisse de médiation commerciale, section romande, soit pour elle M^e Denise Wagner-Mesciaca, présidente, M^e Ute Bugnion, vice-présidente, M^e Chantal Manfrini, membre, et M^e Pierre Kobel, secrétaire.

Ces personnes ont formulé de riches et nombreuses observations, parfois accompagnées de projets d'amendements. Fort de ce matériel, le groupe de réflexion s'est réuni les 8 février, 18 et 26 mars, 10, 22 avril et 16 mai 2002. L'élaboration du présent projet de loi a permis de mener une réflexion sérieuse sur les différences et la complémentarité de la procédure civile et du processus de médiation, réflexion stimulée par les réponses précieuses des médiateurs et des institutions de médiation consultées, reflets de leur expérience.

Par ailleurs, le département de justice, police et sécurité, en qualité de département rapporteur de ce projet de loi au sein du Conseil d'Etat, a procédé à une consultation complémentaire auprès de :

- la Faculté de droit de l'Université de Genève;
- l'Ordre des avocats de Genève;
- l'Association des juristes progressistes.

Ainsi, les problèmes relatifs à la mise en œuvre de la médiation, en conciliation et en cours de procédure civile, ont fait l'objet d'un examen à la fois large et approfondi.

III. La médiation civile

La médiation civile ne saurait être la décalcomanie de la médiation pénale. Essentiellement pour trois raisons :

A. La première tient aux caractéristiques spécifiques à chacune des procédures pénale et civile :

- 1.1. Le Ministère public est partie à la procédure et non le juge civil.
- 1.2. La procédure pénale est régie par la maxime d'office, la procédure civile par la maxime des débats (avec quelques exceptions).
- 1.3. Au civil les parties sont maîtres de la procédure, pas au pénal.

B. La deuxième raison tient à **certaines similitudes entre la procédure civile et le processus de médiation** :

- 2.1. Les parties, respectivement les partenaires (ou «médians» ou encore «médiés»), sont maîtres du début, du déroulement (suspension comprise) et de la fin tant de la procédure civile que du processus de médiation.
- 2.2. Dans les deux cas, les parties sont mises sur un pied d'égalité.
- 2.3. Ni le juge, ni le médiateur, ne sont des parties.

C. La troisième raison tient au **rôle de l'intérêt public** :

Pour qu'au pénal une affaire soit renvoyée en médiation (délégation), elle ne doit pas présenter un trop fort **intérêt public** à la répression. Or, cette condition limitative ne se pose pas, ou tout au moins pas avec la même acuité, au civil.

Ainsi, il n'a pas paru justifié de « faire fondre » la médiation dans le système judiciaire civil, avec la conséquence de dénaturer la médiation, mais plutôt **d'aménager les relations entre la procédure civile et le processus de médiation**, deux modes de résolution des litiges, complémentaires et se déployant dans des contextes différents.

Dans la médiation pénale, l'autorité judiciaire **délègue** au médiateur une prérogative de la **puissance publique** en le chargeant de gérer en **sous-traitance** une partie du contentieux pénal (voir N. Bornoz et J. Knoepfer, Médiation pénale : le choc des éthiques, in «L'éthique et le droit», separatum, Fribourg, 2000, p. 231 ss not. 257).

Rien ne justifie pour la médiation civile une telle approche qui conduirait à un mélange des genres peu propice au déroulement tant de la procédure civile que du processus de médiation.

Le système prévu tend simplement à **faciliter le passage** (aller et retour) d'un mode (et même d'un monde) à l'autre tout en préservant le contexte spécifique de chacun d'eux.

Il s'agit donc simplement, sur le plan procédural, de construire le pont entre la procédure civile et le processus de médiation, pont destiné aux seules parties et pont que le juge et le médiateur s'interdisent de franchir.

Le **passage** s'effectue en **trois étapes** rapprochées dans le temps :

- a) **L'information du juge aux parties** (art. 71C LPC), avec un **délai de réflexion** de trente jours, ce qui leur permet de choisir et de contacter ensemble un médiateur ou une institution et d'examiner avec lui si la médiation est réalisable. Cette étape comporte une variante si les parties

ne s'entendent pas sur la personne du médiateur ou d'une institution : le juge la leur propose.

- b) La signature de l'**accord initial de médiation**, marquant l'engagement en médiation ; il signifie pour le médiateur et les parties qu'ils sont parvenus à déterminer ensemble les règles et les modalités qui vont couvrir et faciliter le processus de médiation. Il s'agit d'un contrat de droit privé conclu librement et hors la présence du juge par les intéressés. L'absence d'une réglementation de cette deuxième étape dans le projet respecte ainsi à la fois la liberté de contracter (libre choix du médiateur) et la liberté contractuelle (déterminer le contenu de l'accord préalable). Il ne faut pas confondre l'accord initial de la médiation avec la convention finale de médiation qui couronne la solution issue du processus.
- c) La **suspension de la cause** (art. 71G, al. 1, LPC). Il s'agit d'une «trêve» qui garantit le déroulement indépendant du processus de médiation. Cette option reflète, mieux que la suspension de l'instruction, la liberté dont les parties jouissent pour choisir le mode de résolution de leur litige qui leur paraît approprié. Il a cependant paru nécessaire de prévoir que le juge puisse intervenir, malgré la suspension de la cause, pour des raisons urgentes, notamment en lien avec la protection des intérêts des enfants mineurs (al. 2).

L'articulation en trois étapes permet de préserver, d'une part, l'indépendance des deux modes de résolution (qui évoluent dans des contextes toujours différents : quant aux rôles, aux contenus, aux buts, aux méthodes, aux lieux et aux temps respectifs) et, d'autre part, les compétences respectives du juge et du médiateur (voir art. 71B LPC).

Le projet de loi se rapporte à la « médiation civile ». Le terme de médiation «judiciaire» a été volontairement ignoré, dans la mesure où il indique une délégation de la puissance publique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il serait en l'occurrence plus adéquat de parler de médiation méta-judiciaire.

Ce projet de loi distingue enfin trois situations possibles :

- une médiation avant la conciliation;
- une médiation initiée en conciliation;
- une médiation initiée en cours de procédure.

Il a été tenu compte des différences entre procédure en conciliation et après introduction de la cause (voir tableau en annexe).

Pour terminer, il n'a pas paru opportun d'insérer la définition de la médiation dans le texte de la loi.

IV. Commentaires article par article

1. Modification de la loi de procédure civile

Art. 71A Médiateur civil (nouveau)

Formellement la rédaction s'inspire directement de l'article 54 LPC, lequel devra être maintenu, tant il est vrai que médiation et conciliation sont des modes alternatifs et **complémentaires** de résolution des litiges.

A l'instar d'autres législations en Europe, la médiation civile (méta-judiciaire) est possible à tous les stades de la procédure : de la conciliation à l'appel. La proposer au stade de l'essai préalable de conciliation est important, car à ce stade le litige n'est parfois pas encore trop noué. C'est l'une des raisons de maintenir en vie l'institution de la conciliation, qui méritera, le moment venu, d'être réformée en profondeur. Favoriser l'essor de la médiation constitue, de l'avis du groupe de réflexion, la tâche prioritaire.

En amont, pour les parties qui n'ont pas encore déposé de demande en justice et qui souhaiteraient faire homologuer une convention, suite à une médiation, le cas a été prévu à l'article 71D LPC qui instaure l'homologation par le juge conciliateur (et art. 56, 58 et 69 LPC).

Le recours à une médiation civile doit essentiellement correspondre à l'intérêt bien compris des parties et non à celui du juge.

La décharge, relative, qui en découle pour ce dernier est non la cause, mais la conséquence d'une mesure dictée au premier chef par des considérations de paix sociale, d'une part, et économiques, d'autre part (processus plus efficace, plus rapide et à moindre coût pour les parties).

Par ailleurs, il faut offrir aux justiciables les meilleures garanties possible quant au bon déroulement de la médiation. C'est ainsi que le médiateur civil doit satisfaire à plusieurs conditions : d'une part d'ordre professionnel (la qualification : expérience ou spécialisation, et formation), d'autre part d'ordre éthique (indépendance, neutralité et impartialité). On a souvent tendance à confondre neutralité et impartialité, qui recouvrent pourtant des notions bien différentes : le tiers neutre refuse de se prononcer (ni pour l'un ni pour l'autre), tandis que l'impartial agit selon des règles préexistantes. Quant à l'indépendance, elle vaut tant à l'égard des parties que des tiers ou entités extérieures. Les dispositions sur la récusation (voir ci-dessous l'art. 165, al. 2, LOJ) renforcent concrètement ces garanties.

Lorsque les médiateurs interviennent à deux, ce qui est fréquent dans certains domaines, on parle de co-médiation.

Le médiateur sera soit une (ou deux) personne physique, soit une institution, aux conditions strictes prévues aux nouveaux articles 162 et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire (voir ci-dessous commentaire Titre X LOJ).

Art. 71B Compétences (nouveau)

Cette disposition fondamentale caractérise la médiation civile (méta-judiciaire), par rapport à la médiation pénale (judiciaire) (voir introduction ci-dessus). Tant le juge que le médiateur éviteront tout dysfonctionnement en gardant à l'esprit trois règles de comportement :

- ni confusion;
- ni ingérence;
- ni subordination.

Art. 71C Information (nouveau)

Alinéa 1

C'est le point de départ d'un éventuel passage vers le processus de médiation (voir introduction ci-dessus). La médiation civile étant pratiquement encore inconnue en Suisse, le juge commencera – lorsque le litige s'y prête – à informer les parties de la faculté qui leur est offerte, en leur expliquant ce que le processus de médiation implique pour elles, en présence de leurs avocats. Ceux-ci pourront les assister dans le processus de la médiation (selon des modalités à prévoir dans l'accord initial de médiation).

Des conférences, cours et séminaires d'information et de sensibilisation à la médiation seront organisés.

Lorsque l'une ou les parties sont au bénéfice de l'assistance juridique, les frais seront pris en charge par ce service. Le règlement sur l'assistance juridique (E 2 05.04) devra être modifié dans ce sens.

Alinéa 2

La médiation ne peut être mise en œuvre qu'avec le plein accord des parties, une médiation imposée étant un non-sens, du moins au civil. Il importe que les parties ne ressentent pas la proposition du juge comme une pression, d'où l'octroi d'un temps de réflexion.

Alinéa 3

Il pourrait arriver que les parties ne se mettent d'accord que sur le principe de la médiation sans arriver à s'entendre sur la personne (ou l'institution de médiation). Dans ce cas, c'est le juge qui leur propose un nom ou une institution.

Dans ce cas seulement, le juge peut établir avec le médiateur ou l'institution de médiation un contact informel en vue d'examiner uniquement les problèmes de disponibilité et d'absence de causes de récusation (voir art. 165, al. 2, LOJ ci-dessous).

Au sujet des coûts, les informations recueillies ont permis de retenir ce qui suit :

- a) dans les affaires de famille (soit la grande majorité dans le rôle des juges du Tribunal de première instance), le coût global d'une médiation est compris, en général, entre 1 000 F et 1 500 F, selon les renseignements donnés par l'une des associations consultées;
- b) dans les affaires commerciales, les institutions de médiation ont prévu des tarifs en pourcentage de la valeur litigieuse et dégressifs, étant précisé que le médiateur ne fixe pas toujours lui-même le montant de ses honoraires, mais un organe de l'association (selon les statuts des associations).

Art. 71D Médiation avant la conciliation (nouveau)

Art. 71E Médiation initiée en conciliation (nouveau)

Art. 71F Homologations en conciliation (nouveau)

Le juge conciliateur peut être confronté à deux situations différentes :

- il est requis d'homologuer une convention de médiation négociée avant toute procédure civile. C'est le cas prévu à l'article 71D;
- déjà saisi d'une demande, il est requis d'homologuer une convention de médiation, après avoir proposé lui-même aux parties de recourir à ce mode de résolution de leur litige. C'est le cas prévu à l'article 71E.

L'article 71F décrit la procédure d'homologation pour ces deux situations.

Des dispositions similaires sont prévues pour la Justice de paix, pour la commission de conciliation en matière de baux et loyers et pour la juridiction des prud'hommes (voir ci-dessous).

Art. 71G Médiation après introduction de la cause (nouveau)

La question de savoir si l'instruction peut ou doit se poursuivre parallèlement a été débattue.

Par exemple : le juge civil peut-il instruire la liquidation du régime matrimonial tandis que le problème des relations personnelles parents-enfants fait l'objet de la médiation ?

Les inconvénients – psychologiques – à poursuivre l'instruction au risque d'affecter le processus de médiation l'emportent-ils sur les avantages, en temps et en efficacité, à mener de front procédure et médiation ? Préserver le bon climat de médiation a paru prioritaire. Il est aussi à relever que les différents aspects d'un litige sont étroitement imbriqués et que la médiation vise précisément à mettre à jour toutes les composantes du litige. Scinder celui-ci peut dès lors être quelque peu artificiel en médiation.

La suspension de la cause a paru au groupe de réflexion plus conforme à la règle posée à l'article 71B LPC que la suspension de l'instruction et plus en harmonie avec l'esprit de la médiation.

La solution ainsi retenue à l'alinéa 2 est conforme par ailleurs à la jurisprudence de la Cour, qui a considéré que les mesures provisoires prévues par l'article 145, alinéa 2, aCC pouvaient être prises lorsque l'instance avait été suspendue sur le fond (ACJC du 19 juin 1998 dans la cause C/9317/1997, époux F., p. 6).

L'alinéa 3 indique comment l'instance est reprise.

Art. 71H Issues de la médiation (nouveau)

Sont énoncées ici les deux éventualités rencontrées à la fin du processus de médiation et leurs conséquences sur la procédure civile : en cas de succès les parties peuvent, en principe et sous réserve de l'ordre public, opter pour une simple convention sous seing privé avec retrait de l'action (al. 1) ou demander l'homologation de leur convention (al. 2).

Art. 71I Homologation (nouveau)***Alinéa 1***

Le juge, en principe, est tenu de respecter l'accord intervenu. Les deux exceptions n'appellent pas de commentaire, la problématique d'une convention « manifestement inéquitable » au sens du nouveau droit du divorce étant incluse par la référence au droit impératif.

Il va de soi que le juge pourra interpeller les parties si la convention n'est pas claire (l'art. 140, al. 2, CC le lui impose d'ailleurs, dans la procédure de divorce) et procéder ensuite à une correction cosmétique, pour lever l'ambiguïté ou l'obscurité.

Les alinéas 2 à 3 n'appellent pas de commentaires.

Art. 71J Refus d'homologuer (nouveau)

La disposition – originale – tend à sauvegarder les résultats de la médiation et à permettre aux parties d'apporter, si elles sont justifiées, les corrections souhaitées.

Il s'agit de permettre au juge de se prononcer sur le bien-fondé en droit de la solution retenue par les parties pour régler leur litige, afin de la mettre ainsi à l'abri d'une contestation ultérieure sur certains points non conformes. L'absence de toute disposition en la matière en droit français a fait problème (Ecole nationale de la magistrature, colloque sur la médiation judiciaire, Grenoble, 1999, intervention du prof. Y. Chalaron, p. 97).

La question de savoir ce qui est, ou non, de droit impératif est parfois délicate, par exemple l'appréciation du caractère « manifestement inéquitable » d'une convention dans le nouveau droit du divorce. Il est dès lors tout naturel de prévoir la voie de l'appel, le juge (et non le conciliateur, voir ci-dessus) devant motiver son désaccord dans un jugement.

Il existe d'autres cas pour lesquels le juge doit refuser l'accord (voir B. Bertossa et al., Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, vol. I, ad art. 56, ch. 3 et 4), lorsque :

- le contenu de l'accord est illicite;
- il est contraire aux mœurs;
- il est impossible;
- il est peu clair.

La présence d'avocats qui pourront vérifier la convention de médiation ou le contrôle de la convention par le service juridique de l'institution de médiation permet de penser qu'un premier tri aura été opéré sur ces points avant la demande d'homologation.

2. Conséquences des nouveaux articles 71A à 71J sur d'autres dispositions de la loi de procédure civile

Art. 56, 58 et 69 (nouvelle teneur)

Les modifications apportées à ces trois articles permettent une procédure d'homologation comparable aux transactions conciliatoires, ce qui présente l'avantage de ne pas introduire dans la loi de procédure civile une nouvelle institution. En outre, le mécanisme de ces transactions est bien adapté à l'homologation de conventions de médiation, qui ne peuvent concerner que des droits à libre disposition des parties.

Ainsi, le juge conciliateur, soit le juge de paix, soit la Chambre de conciliation du Tribunal de première instance, homologue la convention par un simple procès-verbal, dont la transcription comme minute en fait un jugement revêtu de la force exécutoire.

3. Modification de la loi sur l'organisation judiciaire

Les articles 162, alinéa 2, à 167 s'inspirent largement du titre IX (médiateurs pénaux), de sorte qu'il serait plus judicieux et plus élégant de procéder à un regroupement de l'ensemble de ces dispositions sur la médiation en trois chapitres : l'un sur les dispositions communes aux deux médiations et deux autres sur les dispositions spéciales pour chacune d'elles.

La présentation actuelle a pour seul mérite de mieux faire apparaître les idées nouvelles et propres à la médiation civile.

La question de savoir si le médiateur pressenti doit être exclusivement une personne physique ou éventuellement une personne morale (une institution de médiation) a été débattue : les caractéristiques de la procédure civile régie par la maxime des débats ont conduit à proposer une solution plus souple que celle adoptée pour la médiation pénale. On pourrait craindre, sans cette option, de compromettre l'essor même de la médiation.

A ceci s'ajoute la constatation qu'il n'existe pas de titre de médiateur protégé ni sur le plan cantonal ni sur le plan fédéral. Or, plusieurs institutions de médiation, de par leurs statuts, leur code de déontologie et leur système de recrutement, offrent déjà des garanties suffisantes au sujet de leurs membres, tant sur le plan de la qualification que sur celui de l'éthique.

Art. 9, al. 4 (nouveau)

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

Art. 162 Médiateur civil (nouveau)

Cette disposition introduit la possibilité de choisir une institution de médiation plutôt qu'un médiateur individuel. Si les partenaires (médians ou encore médiés) choisissent une institution qui doit être agréée par le Conseil d'Etat après examen de ses statuts, de son code de déontologie et de son règlement en application de l'alinéa 5, il appartiendra à cette institution de mettre à leur disposition un médiateur ou une médiatrice assermenté-e, remplissant par conséquent les conditions de compétence et de rigueur prévues par l'alinéa 3. Ainsi, un médiateur rattaché à une institution de médiation devra également avoir prêté personnellement le serment prévu à l'article 164 (nouveau) de la loi sur l'organisation judiciaire.

S'agissant des qualités requises pour être médiateur assermenté, l'article 162, alinéa 3, reprend les exigences posées par l'article 156, alinéa 3. Le terme de « médiation » a été cependant préféré à celui de « mission », car la médiation civile ne s'inscrit pas dans une délégation de la puissance publique comme la médiation pénale.

Comme pour la médiation pénale, l'alinéa 4 met en évidence les formations spéciales du médiateur pour les situations comprenant des personnes socialement ou psychologiquement fragiles. Tel peut être le cas pour les problèmes de famille notamment.

Art. 163 Tableau (nouveau)

Cet article n'appelle pas de commentaire particulier.

Art. 164 Serment (nouveau)

Le serment du médiateur civil est légèrement différent de celui du médiateur pénal, puisque le terme « mission » du médiateur pénal a été remplacé par celui de « médiation », pour les raisons exposées en regard de l'article 162 (nouveau) ci-dessus, selon une proposition faite par la Chambre suisse de médiation commerciale (section romande).

Art. 165 Indépendance, neutralité et impartialité (nouveau)

Cet article reprend les termes de l'article 159. Même si les modifications proposées par l'avant-projet sur la médiation civile n'ont pas pour but de régler la profession de médiateur, il est important que la loi rappelle aussi pour la médiation civile que le médiateur est un tiers indépendant, neutre et

impartial, étant précisé que l'indépendance se définit par rapport à l'institution de la justice et à son exercice, la neutralité concerne le contenu final de la réglementation du conflit qui appartient aux parties et l'impartialité est liée aux rapports des médiateurs avec les médians (voir le commentaire de la Maison Genevoise des Médiations sur l'art. 71A (nouveau) LPC).

S'agissant plus spécifiquement de l'impartialité et des causes de récusation, la loi ne distingue pas les causes impératives des causes relatives de récusation, ce qui est insatisfaisant. Dans le cas de la médiation, la libre volonté des parties est un principe-clé. Il apparaît essentiel que les parties puissent entreprendre une médiation avec la personne de leur choix, à la condition qu'elles aient connaissance des liens qui peuvent unir le médiateur à une partie. Le texte retenu, relativisant les causes de récusation, s'inspire des règles de déontologie de l'Association suisse pour la médiation familiale. Il implique que si le médiateur a eu des liens avec l'une des parties, l'accord initial de médiation (qui marque l'engagement en médiation) doit le mentionner. Cette garantie semble suffisante.

Art. 166 Confidentialité (nouveau)

L'alinéa 1, pour le médiateur, et l'alinéa 2 pour les médians, permet le respect du principe de confidentialité du processus de médiation, condition essentielle à la réussite d'une médiation.

Il a paru important de prévoir une sanction en cas de violation par le médiateur de son devoir de confidentialité. Comme, à l'inverse du médiateur pénal, le médiateur civil ne peut être considéré comme un auxiliaire de la justice et son comportement tomber sous le coup de l'article 320 du code pénal suisse, l'introduction d'une nouvelle norme a été prévue dans la loi pénale genevoise (art. 37, ch. 54 (nouveau), LPG).

L'obligation qu'aurait le médiateur de dénoncer les crimes qui lui sont rapportés en cours de médiation a été en outre longuement examinée et les membres du groupe de réflexion sont restés divisés. La lecture des articles 9 et 11 CPP permettrait de retenir que le médiateur civil n'a pas l'obligation de dénoncer, de sorte que son devoir de confidentialité n'est pas limité. Il importe cependant de préciser que certaines associations de médiation ont prévu dans leurs codes de déontologie une telle obligation de dénoncer.

Cette disposition permet aussi au médiateur de garantir aux médians la confidentialité face au magistrat en charge du dossier.

Art. 167 Témoignage et dossier (nouveau)

Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier.

4. Modifications d'autres lois cantonales (E 3 10; E 3 15; E 4 05)

L'article 3, alinéa 3, de la loi instituant la commission de conciliation en matière de baux et loyers (E 3 15) et l'article 11, alinéa 2, de la loi sur la juridiction des prud'hommes (E 3 10) reflètent la volonté du groupe de réflexion à proposer un modèle qui couvre l'ensemble de l'activité judiciaire en matière civile. Il convient de rappeler que les conflits de voisinage et de rapports interpersonnels de travail sont deux domaines dans lesquels la médiation s'est considérablement développée.

L'introduction, dans la loi pénale genevoise (E 4 05), d'une nouvelle disposition sanctionnant le médiateur civil qui contreviendrait à son obligation de confidentialité, est nécessaire dans la mesure où le système proposé ne repose pas sur une délégation, par le juge au médiateur, de la puissance publique. Le médiateur civil ne peut dès lors être assimilé à un auxiliaire de la justice au sens de l'article 320 CP, à la différence du médiateur pénal. La contravention a semblé suffisante.

Au bénéfice de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de réserver un bon accueil au présent projet de loi.

Annexe : Tableau concernant le projet de la loi sur la médiation civile

Tableau concernant le projet de loi sur la médiation civile

1) Procédure civile actuelle

conciliation → introduction → jugement

2) Procédure civile et médiation : trois hypothèses

Trois hypothèses, un principe : *ni confusion, ni interférence, ni subordination entre procédure civile et processus de médiation*

a) 1^{ère} hypothèse : médiation avant conciliation et homologation

demande d'homologation → conciliation → homologation → procès-verbal
valant jugement

Processus de médiation → convention de médiation

b) 2^{ème} hypothèse : médiation en cours de conciliation

Conciliation → proposition du conciliateur → processus de médiation → convention de médiation → homologation – procès-verbal
valant jugement

c) 3^{ème} hypothèse : médiation après introduction de la cause

