

*Projet présenté par le Conseil d'Etat*

*Date de dépôt : 13 janvier 2021*

## **Projet de loi**

**modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) (E 2 05)**  
*(Encouragement à la médiation)*

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

### **Art. 1 Modifications**

La loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ – E 2 05), est  
modifiée comme suit :

#### **Art. 17, al. 1, lettre d (nouvelle teneur)**

<sup>1</sup> Le conseil est composé :

- d) de 3 membres désignés par le Conseil d'Etat, qui ne peuvent être magistrats ou avocats, dont au moins un médiateur assermenté, membre d'une association représentative de la médiation;

#### **Art. 21, al. 2 (nouvelle teneur)**

<sup>2</sup> Le conseil peut enjoindre un magistrat de compléter sa formation professionnelle, en particulier le membre du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes, lorsqu'il n'a pas, lors des contrôles semestriels, enregistré d'accords d'entrée en médiation ou en nombre insignifiant.

#### **Art. 23 (nouvelle teneur)**

Le conseil présente au Grand Conseil un rapport annuel sur ses activités, y compris en lien avec la sensibilisation initiale et continue des magistrats à la médiation.

**Art. 26 (nouvelle teneur)**

Chaque année civile, les juridictions adressent à la commission de gestion du pouvoir judiciaire un rapport écrit de leurs activités. Ce rapport contient en outre, pour le Tribunal civil et son autorité de conciliation, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et le Tribunal des prud'hommes, les informations suivantes sur la médiation :

- a) les données statistiques en matière de renvoi à la médiation : le nombre d'accords d'entrée en médiation, le nombre d'accords (globaux ou partiels) de règlement de médiation et le nombre de processus n'ayant pas abouti;
- b) le nombre de membres de ces juridictions sensibilisés à la médiation;
- c) l'établissement et l'évaluation de projets pilotes de médiation, telle une permanence;
- d) l'organisation de journées portes ouvertes sur la médiation et toute autre initiative pour en encourager le recours.

**Art. 29A Ancrage de la médiation (nouveau)**

<sup>1</sup> Siégeant en séance plénière :

- a) la section civile de la Cour de justice élit parmi ses membres un coordinateur pour la médiation en matière civile;
- b) le Tribunal civil et son autorité de conciliation, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et le Tribunal des prud'hommes élisent, chacun parmi ses membres, un référent pour la médiation.

<sup>2</sup> Les magistrats mentionnés à l'alinéa 1, lettres a et b, exercent leurs compétences conformément aux articles 65A et 65B.

**Art. 41, al. 1, lettre g (nouvelle teneur), lettre l (nouvelle)**

<sup>1</sup> La commission de gestion organise et gère le pouvoir judiciaire. A cette fin, elle :

- g) établit le rapport annuel de gestion du pouvoir judiciaire et le transmet au Conseil d'Etat et au Grand Conseil; ce rapport contient en outre des informations sur la médiation, conformément aux articles 26 et 65F;
- l) soutient sur le plan logistique le coordinateur de la médiation dans ses projets.

## **Chapitre I                    Magistrats (nouveau)**

### **du titre IX**

### **de la 1<sup>re</sup> partie**

#### **Art. 65A    Coordinateur pour la médiation (nouveau)**

<sup>1</sup> Le coordinateur pour la médiation membre de la section civile de la Cour de justice encourage, conseille, encadre et réunit les référents responsables de la médiation membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes.

<sup>2</sup> Il veille notamment à :

- a) fixer la périodicité des programmes de sensibilisation initiale et continue à la médiation (art. 65C); il veille à leur organisation, à leur contenu et à leur déroulement;
- b) établir, conduire et évaluer un projet pilote, telle une permanence de médiation;
- c) harmoniser les bonnes pratiques des juridictions mentionnées à l'alinéa 1;
- d) définir les modalités visant à astreindre les parents d'un enfant mineur, dans tous les conflits familiaux, à se rendre ensemble à une séance d'information en vue de tenter ensuite une médiation;
- e) soutenir l'organisation de journées portes ouvertes de la médiation;
- f) encourager d'autres mesures visant à faire connaître la médiation au public.

<sup>3</sup> Il veille à ce que les associations d'avocats et de médiateurs puissent apporter leur contribution; il invite ces associations à participer à d'autres démarches et programmes pour informer le public.

<sup>4</sup> Il veille à ce que les informations en lien avec les modalités de recours à la médiation et les séances d'information soient accessibles au public.

#### **Art. 65B    Référents pour la médiation (nouveau)**

<sup>1</sup> Les référents pour la médiation membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes appuient activement le coordinateur pour la médiation et soutiennent les magistrats de leur juridiction dans les démarches liées à la médiation. Ils agissent en accord avec leur juridiction et en s'assurant du concours des représentants d'associations d'avocats et de médiateurs.

<sup>2</sup> Dans les conflits familiaux impliquant la présence d'un enfant mineur, les référents pour la médiation membres du Tribunal civil et du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant prévoient de donner des informations, de formuler des recommandations et d'établir des dispositifs pour astreindre les parents, avant, pendant ou après le dépôt d'une requête unilatérale, à se rendre ensemble à une séance d'information en vue de tenter ensuite une médiation. Ils consultent à cet effet les représentants des associations concernées.

<sup>3</sup> Ils peuvent informer le coordinateur pour la médiation des difficultés rencontrées dans leur mission.

### **Art. 65C Sensibilisation initiale et continue (nouveau)**

<sup>1</sup> Dans l'année suivant leur entrée dans la juridiction, les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal pour la protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes suivent un programme de sensibilisation initiale obligatoire à la médiation. Celui-ci a pour objectifs notamment :

- a) de leur faire connaître la médiation et les autres modes de règlement amiable des différends et de leur permettre de savoir comment les identifier pour une situation déterminée;
- b) de leur faire comprendre le conflit et la manière d'en tirer une issue positive;
- c) de leur faire ouvrir l'accès à la médiation en facilitant le passage des parties de la procédure civile au processus de médiation.

<sup>2</sup> La sensibilisation continue se tient de manière régulière, mais au moins une fois tous les 3 ans, selon les besoins des juridictions précitées et les moyens budgétaires disponibles pour organiser leur programme; la périodicité en est fixée par le coordinateur pour la médiation, après consultation des juridictions précitées. Les membres de ces juridictions ont l'obligation d'y participer.

<sup>3</sup> Conformément à ses compétences (art. 65A), le coordinateur pour la médiation veille à la périodicité, à la fréquentation et au contenu de ces programmes.

### **Art. 65D Affaires éligibles à la médiation (nouveau)**

A tout moment, en particulier dans la préparation de l'audience et lors de son déroulement les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes identifient systématiquement les situations qui se prêtent à la médiation.

**Art. 65E Renvoi à la médiation (nouveau)**

<sup>1</sup> Dans toutes les situations qui se prêtent à la médiation, les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes facilitent aux parties le passage de la procédure civile au processus de médiation, selon les articles 213, 214 et 297 CPC et 314, alinéa 2, CC.

<sup>2</sup> A cette fin, les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes assument les tâches suivantes, tout en veillant à ce que la médiation ne soit pas détournée à des fins dilatoires :

- a) ils donnent aux parties une information générale sur la médiation et dialoguent avec elles sur les avantages qu'elles peuvent en retirer dans le cas d'espèce;
- b) ils les orientent pour une information complémentaire vers une permanence de médiation encadrée par le pouvoir judiciaire;
- c) ils peuvent remettre aux parties le tableau des médiateurs assermentés (art. 74) et les aident à choisir le profil du médiateur quand elles n'y parviennent pas;
- d) ils peuvent accorder aux parties qui le souhaitent un délai convenable pour compléter leur information, consulter un tiers, rencontrer un médiateur assermenté ou se rendre ensemble à une permanence de médiation;
- e) ils peuvent prendre contact avec un médiateur assermenté (ou une permanence de médiation) et l'inviter à être présent à une audience;
- f) ils peuvent conseiller aux parties (art. 213 et 214 CPC) ou exhorter les parents (art. 297 CPC et art. 314, al. 2, CC) à se rendre ensemble à une séance d'information en vue de tenter ensuite une médiation, en leur accordant à cet effet un délai; le refus d'une des parties et sa motivation sont portées au procès-verbal de l'audience.

<sup>3</sup> Ils ne suspendent la procédure (art. 214 et 297 CPC) que lorsqu'ils ont reçu l'assurance qu'un accord d'entrée en médiation a été conclu.

<sup>4</sup> Ils rappellent aux médiateurs assermentés leur devoir de communication (art. 65F, al. 1).

<sup>5</sup> Ils veillent à ce que leurs greffiers enregistrent les données statistiques après les renvois à la médiation : le nombre d'accords d'entrée en médiation, le nombre d'accords de règlement (globaux ou partiels) de médiation, et le nombre de processus n'ayant pas abouti, selon l'article 65F, alinéa 1.

**Art. 65F Statistiques (nouveau)**

<sup>1</sup> Les médiateurs assermentés mandatés dans le cadre ou à l'occasion de procédures pendantes devant le Tribunal civil et son autorité de conciliation, le Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfant et le Tribunal des prud'hommes sont tenus de signaler au greffier de chambre concerné (avec le numéro de la cause) l'existence de la conclusion d'un accord d'entrée en médiation, de la conclusion d'un accord (global ou partiel) de règlement de médiation, et le cas où le processus n'a pas abouti.

<sup>2</sup> A chaque contrôle semestriel du conseil supérieur de la magistrature, ces données lui sont communiquées par les magistrats membres de ces juridictions.

<sup>3</sup> En vue de l'établissement du rapport annuel de gestion du pouvoir judiciaire, ces données sont transmises aux greffiers de ces juridictions pour les inclure dans les statistiques de celles-ci sous la rubrique médiation (art. 26, lettre a).

**Chapitre II Médiateurs (nouveau, comprenant les  
du titre IX art. 66 à 74)  
de la 1<sup>re</sup> partie****Chapitre III Avocats (nouveau)  
du titre IX  
de la 1<sup>re</sup> partie****Art. 74A Sensibilisation initiale et continue (nouveau)**

<sup>1</sup> La sensibilisation initiale des avocats à la médiation est intégrée dans leur formation de base. Elle a pour objectif notamment :

- a) de leur faire connaître la médiation et les autres modes amiables de règlement des différends et de leur permettre de savoir comment les identifier pour une situation déterminée;
- b) de leur faire comprendre le conflit et la manière d'en tirer une issue positive;
- c) de leur faire assister, soutenir et conseiller les clients avant, pendant et après le processus de médiation, y compris de manière préventive pour introduire des clauses de médiation dans les actes et les contrats pour les situations qui s'y prêtent.

<sup>2</sup> Les associations d'avocats se chargent d'organiser de manière périodique la sensibilisation initiale pour les avocats n'ayant pas suivi la formation de base et la formation continue en matière de médiation et d'autres modes amiables, afin de maintenir leurs performances dans ce domaine.

<sup>3</sup> La participation régulière à la formation de base et à la formation continue en matière de médiation et d'autres modes amiables fait partie du devoir de fidélité et de compétence qui incombe à l'avocat de compléter et de tenir à jour sa formation.

#### **Art. 74B Devoir d'informer et de conseiller la médiation (nouveau)**

<sup>1</sup> Dans l'examen des affaires qui leur sont confiées les avocats identifient systématiquement et à tout moment les situations qui se prêtent à la médiation.

<sup>2</sup> Ils en informent alors leurs clients et leur conseillent de prévoir la médiation ou de la tenter, en prenant en compte l'intérêt prépondérant de ceux-ci.

### **Chapitre IV Dispositions d'exécution (nouveau, du titre IX comprenant l'art. 75) de la 1<sup>re</sup> partie**

#### **Art. 2 Modifications à d'autres lois**

<sup>1</sup> La loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (LaCC – E 1 05), est modifiée comme suit :

#### **Art. 17, al. 1 (abrogé, l'al. 2 ancien devenant l'al. unique)**

#### **Art. 26, al. 4 (nouveau)**

<sup>4</sup> Les membres du Tribunal civil, du Tribunal de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes peuvent ne pas allouer de dépens, ou les réduire, à la partie qui a refusé sans motif valable le conseil (art. 214 CPC) ou l'exhortation (art. 297 CPC et 314, al. 2, CC) de tenter une médiation alors que l'autre partie y avait souscrit.

\* \* \*

<sup>2</sup> La loi sur la profession d'avocat, du 26 avril 2002 (LPAv – E 6 10), est modifiée comme suit :

**Art. 43, al. 2 (nouveau, les al. 2 et 3 anciens devenant les al. 3 et 4)**

<sup>2</sup> Peut constituer un manquement professionnel, dans les cas des litiges en matière civile qui se prêtent à la médiation, le fait de :

- a) ne pas avoir informé convenablement le client sur la possibilité d'une médiation;
- b) ne pas lui avoir conseillé de tenter une médiation, lorsqu'une telle solution apparaissait comme appropriée;
- c) avoir refusé sans motif valable le conseil (art. 214 CPC) ou l'exhortation (art. 297 CPC et 314, al. 2, CC) du juge de tenter une médiation.

**Art. 3      Entrée en vigueur**

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

Certifié conforme

La chancelière d'Etat : Michèle RIGHETTI

## ***EXPOSÉ DES MOTIFS***

### **Table des matières**

1. Introduction
2. Elaboration du projet
3. Principes directeurs
4. Commentaire article par article
5. Table des abréviations

Mesdames et  
Messieurs les Députés,

### **1. Introduction**

Le Grand Conseil a adopté le 25 janvier 2019 la motion 2449-A (Pour une mise en œuvre effective et efficace de l'article 120 de la constitution genevoise (encouragement des modes de résolution extrajudiciaire des litiges)).

Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2013, la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (Cst-GE; rs/GE A 2 00), accorde une place à la médiation à l'instar de celles des cantons de Fribourg, Lucerne et Vaud, étant précisé que cette disposition a été prise à l'initiative du Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation (GEMME-Suisse), dont les représentants avaient été entendus par l'Assemblée constituante le 26 novembre 2009.

Dans la décennie précédente, le Grand Conseil avait fait œuvre de pionnier en introduisant dans l'ordre juridique de notre canton le 16 février 2001 des dispositions sur la médiation pénale<sup>1</sup> et le 28 octobre 2004 des dispositions sur la médiation civile<sup>2</sup>.

En dépit de l'injonction du Conseil fédéral selon laquelle « le règlement à l'amiable a la priorité » (FF 2006 6860), la préparation législative intense dès l'année 2006 pour l'entrée en vigueur du code de procédure civile suisse

---

<sup>1</sup> Loi 7750.

<sup>2</sup> Loi 8931.

unifié, du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272), ne s'était traduite finalement pour la médiation que par l'article 13 (formation continue *facultative* en matière de gestion des conflits) de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; rs/GE E 2 05), et par l'article 17 (information sur la médiation) de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (LaCC; rs/GE E 1 05). Or le premier n'a pas empêché la suppression au cours des années 2010 de la sensibilisation des juges (négociation, médiation, conciliation : NeMeCo) organisée au sein du Tribunal civil de première instance dans les années 2005, par manque d'intérêt des magistrats, et le second n'a pas eu l'impact escompté dans le quotidien de la vie judiciaire à Genève dans le traitement des affaires civiles.

Il s'imposait et s'impose d'autant plus de prévoir une loi d'application de l'article 120 Cst-GE que, d'une part, la mise en œuvre de la médiation en procédure civile n'existait pratiquement pas lorsque la constituante délibérait et que, d'autre part, les Lignes directrices (2007) N° 14 de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) recommandaient de leur côté aux Etats membres des mesures précises, concrètes et détaillées de mise en œuvre de la médiation en matière familiale et civile. De plus, entre 2017 et 2019, la CEPEJ a renouvelé son intérêt pour les modes amiables, mis sur pied un groupe de travail sur la médiation (CEPEJ-GT-MED) et adopté les nouveaux instruments que ce dernier lui a soumis ces trois dernières années. Or l'utilisation de ces outils à Genève va pouvoir concourir au respect de l'article 120 Cst-GE.

Le développement historique et les avantages de la médiation ont été décrits dans le rapport du 23 septembre 2004 accompagnant le PL 8931-A sur la médiation en matière civile modifiant le code de procédure civile, de sorte qu'on peut s'y reporter (voir aussi Joseph Duss-von Werdt, *Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation*, 2005; Dictionnaire, lexies *Avantages de la médiation, Médiation, Paix par la médiation et Précurseurs*). Fondée sur le rétablissement du dialogue et la recherche des intérêts permettant aux parties de trouver elles-mêmes la solution à leur litige, la médiation est généralement reconnue comme plus rapide, économique et constructive que l'adjudication, propre à la procédure judiciaire et arbitrale, et par là plus durable. Il y a lieu de garder à l'esprit que la médiation doit être utilisée de manière judicieuse, comme d'ailleurs tous les autres modes de résolution, car elle n'est pas une panacée. Du fait qu'elle n'est pas suffisamment connue et employée alors qu'elle est entrée dans l'ordre juridique cantonal et fédéral, elle doit être nommée et soutenue de manière spécifique, ce qui est précisément l'objet du présent projet.

## 2. Elaboration du projet

### 2.1. Objectifs, cadre et portée du projet

Le présent projet de loi poursuit trois objectifs principaux : permettre le *libre accès* à la médiation en procédure civile, encourager son *développement* et assurer sa *pérennité*, l'objectif essentiel de la médiation étant de contribuer à la paix sociale. A noter en passant qu'au sein du Conseil de l'Europe l'accès à la médiation est considéré comme le pendant de l'accès au procès équitable.

L'*intérêt supérieur des justiciables* se trouve au cœur même du présent PL qui vise à leur assurer le droit à un accès libre, effectif et durable à la médiation en procédure civile et dans tous les cas qui s'y prêtent.

Tant la Cst-GE (art. 120) que le CPC (art. 213 et suivants) impliquent un changement de paradigme, une modification de la manière de concevoir et traiter le conflit et une inversion des priorités : *le jugement* issu du procès devient *l'ultime moyen* de régler un différend. Le présent projet de loi tend à mieux en rendre conscient le monde judiciaire et à le soutenir dans ses démarches afin qu'il s'adapte progressivement au changement. Il s'agit bien désormais de *privilégier dans la pratique quotidienne la conciliation et le renvoi en médiation* et, même en cas d'instruction de la procédure civile, de continuer à se demander si l'une ou l'autre ne peut être proposée le moment venu aux parties. La LOJ n'a été complétée, avec la LaCC et la loi sur la profession d'avocat, du 26 avril 2002 (LPAv; rs/GE E 6 10), que dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre de la médiation en procédure civile, mise en œuvre dont l'état de stagnation ces 15 dernières années est avéré. L'ampleur relative du projet (16 articles modifiés ou nouveaux et 1 article abrogé) ne fait que traduire celle du changement de paradigme, quelques simples retouches ne permettant pas d'atteindre ce but.

La motion 2449-A a fort opportunément relevé le caractère imprécis et restrictif (par rapport à l'art. 120 Cst-GE) de l'article 17 LaCC, resté pratiquement lettre morte. Le Conseil d'Etat en a tiré la leçon et propose une rédaction du présent projet de loi aussi précise que possible et comportant parfois des options détaillées, pour en faciliter l'application dans la pratique quotidienne, par exemple à l'article 65E qui remplace l'article 17, alinéa 1, LaCC.

*Le projet se concentre sur la médiation* dans le but de rendre son accès désormais effectif et efficace, conformément à la motion 2449-A. Il n'est pas nécessaire de couvrir la conciliation, qui a enfin pris son essor lors de la dernière décennie au Tribunal civil (le taux d'affaires conciliées était

inférieur à 10% du contentieux judiciaire entre les années 1810 et 2010, à 4% du contentieux judiciaire entre 2000 et 2003, voir RDS n° 5 2004, p. 543, avant de remonter à 32% en 2019; la commission de conciliation en matière de baux et loyers a pour sa part depuis plusieurs décennies réalisé un taux de conciliation très élevé, qui a atteint le 67% des affaires ces dernières années grâce à l'engagement de ses magistrats et à l'utilisation des outils de la médiation). Il serait par ailleurs prématuré d'étendre le projet à d'autres modes amiables que notre ordre juridique n'a pas encore accueillis spécifiquement. Sa portée est limitée au domaine civil.

*En matière de médiation civile*, le projet part de l'idée qu'il convient de mettre en place la nouvelle législation pas à pas, en s'assurant à chaque fois du bon fonctionnement des mesures prises, au fil des parutions annuelles des comptes rendus de l'activité du pouvoir judiciaire. C'est ainsi que, à deux exceptions près (art. 17, al. 1, et 65A, al. 1, LOJ), seules sont concernées par ce projet *les juridictions civiles de première instance* à l'exclusion de celles d'appel et de l'ensemble des juridictions pénales et administratives de notre canton. C'est d'ailleurs la tendance générale en Europe de commencer par développer la médiation en matière civile, notamment en raison des problèmes particuliers qui se posent au sujet de l'éligibilité à la médiation des affaires dans les lois pénales et administratives. De plus, le Ministère public a entrepris un projet pilote en matière de médiation pénale des adultes, dont les résultats seront probablement publiés dans un prochain compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire. Enfin, une précédente étude a déjà constaté que la médiation pénale des mineurs fonctionne à Genève (Médiation et Jeunesse, 2<sup>e</sup> partie, Larcier, Bruxelles 2013), ce qui est d'ailleurs confirmé par la rubrique sur la médiation concernant cette juridiction dans le dernier compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire pour l'exercice 2019. Il ne faudra cependant pas s'arrêter en chemin, car la modernisation et l'efficacité de la justice, à Genève comme ailleurs en Europe, passent également par le développement de la médiation en matière pénale et administrative. D'ailleurs l'article 120 Cst-GE le demande, et à sa suite la motion 2449-A.

L'autorité de conciliation (au singulier) mentionnée dans le présent projet de loi est principalement celle du Tribunal de première instance. S'agissant des autorités de conciliation en matière de baux et loyers et de prud'hommes, celles-ci sont évidemment libres et encouragées à renvoyer les parties en médiation lorsque la situation s'y prête. Les spécificités de leurs domaines d'intervention (normes de protection sociale de droit impératif) imposent toutefois une certaine retenue quant à l'encouragement du renvoi en médiation par ces autorités de conciliation dans la mesure où les parties, qui se présentent bien souvent en personne, doivent en premier lieu être orientées

quant au droit impératif, démarche qui ne peut être accomplie par le médiateur.

Lorsque la permanence sera établie pour les 4 juridictions civiles de première instance et sera bien rodée, rien n'empêchera alors le coordinateur pour la médiation d'inviter les représentants des milieux intéressés pour examiner si, comment et à quelles conditions l'extension du projet à ces 2 autorités de conciliation serait possible et souhaitable. Lorsque la mise en œuvre de la médiation en procédure civile fonctionnera convenablement en première instance, rien non plus n'empêchera la section civile de la Cour de justice de prendre l'initiative d'introduire à son tour un projet pilote en deuxième instance, à l'instar de ce qui se pratique couramment déjà dans plusieurs pays d'Europe et au Canada (Québec).

*En matière de médiation pénale des adultes*, le rapport attendu du Ministère public permettra de progresser en donnant des informations sur le système mis en place (son organisation et son fonctionnement), la problématique des dossiers éligibles à la médiation (identification et attribution aux procureurs), les statistiques utiles (nombre d'accords d'entrée en médiation et d'accords de règlement de médiation), le nombre de procureurs sensibilisés à la médiation, la collaboration tripartite (magistrature, barreau, médiature), et les réflexions et éventuelles propositions législatives ou autres qui en découlent pour développer la médiation pénale pour adultes, en tenant compte également des instruments du Conseil de l'Europe (Recommandation R (99) 19 sur la médiation pénale, Lignes directrices (2007) visant à améliorer sa mise en œuvre et récente Recommandation Rec (2018) 8 relative à la justice restaurative en matière pénale) et du droit et de la pratique comparés, en particulier dans le canton de Fribourg et au Québec. La *transparence* qui entourera l'ensemble de ces informations contribuera elle aussi au développement de la médiation pénale des adultes. Ce prochain rapport devrait permettre ainsi au Conseil d'Etat de proposer au Grand Conseil le moment venu (si possible pour la prochaine législature) les mesures à prendre, le cas échéant, sur le plan législatif.

*Enfin en matière de médiation administrative*, il importe d'abord de prendre conscience que l'article 115 Cst-GE et le bureau récemment mis en place concernent en réalité le service d'un *défenseur des droits* (tiers de confiance/ombudsman) et non la médiation administrative proprement dite. Or, quelque soient les mérites de cette institution, elle a des objectifs différents et ne remplace donc pas la médiation en matière administrative proprement dite (le tiers de confiance au sens de l'article 115 Cst-GE ne peut être appelé que dans les relations entre une personne physique et l'administration, et en dehors de la saisine d'un tribunal administratif, tandis

que le médiateur administratif peut l'être dans une procédure engagée entre une personne physique ou juridique et l'administration. Par ailleurs, chacun d'eux a des objectifs et méthodes différents; voir François Bellanger et Aurélie Gavillet, «La Résolution amiable des différends en matière administrative», in: La Résolution amiable des différends en Suisse. Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels, éd. Staempfli, Berne, 2016). La médiation administrative, avec les cautions nécessaires, peut être utilement introduite dans le droit cantonal à Genève, à l'instar d'autres cantons (Argovie). Il serait à cet égard utile que des études de faisabilité soient initiées dès à présent (par la section administrative de la Cour de justice ou, à défaut, par le Conseil d'Etat), qui tiennent aussi compte des instruments du Conseil de l'Europe (Recommandation Rec (2019) 9 sur les modes alternatifs de règlements des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées et Lignes directrices (2007) visant à sa mise en œuvre) et du droit et de la pratique comparés, en particulier dans le canton d'Argovie et en France.

Le temps est venu d'adopter une véritable *politique de médiation*, pour nos autorités comme pour le secteur privé et d'en assurer le suivi. Lequel? Des Etats membres du Conseil de l'Europe ont mis sur pied des « Observatoires de la médiation », une voie qui demande à faire ses preuves dans ces pays, car elle implique des coûts pour l'Etat. Pour cette raison le Conseil d'Etat ne la préconise pas, pensant que le suivi régulier du développement de la médiation en relation avec la justice appartient en l'état au Grand Conseil et à sa commission judiciaire, auxquels il incombe de mettre en place le système le mieux adapté à notre situation cantonale et qui suivrait année après année les informations sur la médiation dans les comptes rendus annuels d'activités du pouvoir judiciaire.

Ainsi le projet concerne essentiellement les 3 tribunaux civils de première instance qui ont été proposés par les autorités judiciaires dans le cadre de la première enquête: le Tribunal civil (TCiv) et son autorité de conciliation (AC), le Tribunal de l'adulte et de l'enfant (TPAE) et le Tribunal des prud'hommes (TPH), et les magistrats titulaires qui en font partie (désignés par « les membres » dans le texte des articles).

## **2.2. Enquêtes préliminaires**

Le présent projet de loi et le présent exposé des motifs tiennent compte notamment des progrès accomplis dans d'autres cantons suisses (notamment Bâle-Ville, Saint-Gall, Vaud et Valais) et à l'étranger, des enseignements du droit et de la pratique comparés, des instruments de la CEPEJ et de son groupe de travail sur la médiation, tout en étant attentifs aux spécifications du

droit fédéral (qu'il est possible de préciser et renforcer à condition de ne pas y déroger) et cantonal, à l'organisation judiciaire du canton, à l'intérêt supérieur des justiciables et aux situations respectives des magistrats, des avocats et des autres partenaires concernés, ainsi que du rapport suite à l'enquête sur la pratique de(s) tribunaux civils de première instance des cantons de la Suisse romande en matière de renvoi judiciaire à la médiation (RJM).

Il en résulte que l'établissement, la récolte, l'analyse puis la publication de statistiques bien ciblées en matière civile sont indispensables pour mesurer *l'efficacité* d'une part du RJM et d'autre part du processus qui en découle : il faut donc les prévoir dans le texte de la loi, si le Grand Conseil veut pouvoir suivre le fonctionnement et l'évolution de la médiation en procédure civile et y apporter les éventuels ajustements nécessaires au fil du temps.

Pour la première fois, le compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire a introduit dans sa publication de 2020 (pour l'exercice 2019) une rubrique concernant la médiation, pour le Tribunal pénal des mineurs, avec des informations statistiques. Il n'y a donc plus aucune raison de ne pas le prévoir à l'avenir dans le compte rendu annuel pour les autres juridictions concernées par le présent projet de loi, conformément au principe de transparence.

*a) Enquête sur la pratique de(s) tribunaux civils de la Suisse romande*

Une enquête conduite avec la collaboration des autorités judiciaires des 6 cantons romands a porté sur la *pratique de(s) tribunaux civils de première instance en matière de RJM dans le cadre des articles 213, 214 et 297 CPC et 301 CC et des instruments de la CEPEJ (Conseil de l'Europe)*. Un questionnaire fut adressé fin avril 2019 avec un délai fin mai 2019 aux membres de ces 13 tribunaux et portait sur les sujets suivants pour l'exercice 2018 : la participation des juges à une sensibilisation à la médiation, le nombre de cas où une recommandation aux justiciables de recourir à la médiation avait été faite, le nombre d'accords d'entrée/engagement en médiation, d'accords de règlement de la médiation (issus du processus), de retraits de demandes suite à une médiation, les manières d'assister les justiciables dans le RJM, le moment opportun pour la suspension de la procédure, les domaines particuliers pour proposer la médiation et l'existence de projets pilotes.

La participation de 86 magistrats sur 119 juges composant ces 13 tribunaux (72%) a permis d'avoir une image très représentative de la situation, tribunal par tribunal, à Genève pour le TCiv et son AC, le TPAE et le TPH, et une synthèse pour la Suisse romande.

Les objectifs généraux de cette enquête consistaient à identifier les pratiques concernant le RJM, en matière civile et au niveau de la première instance, à contribuer à rendre ce renvoi plus efficace, à faire connaître aux juges les outils mis à leur disposition à cet effet par la CEPEJ et à contribuer ainsi à ouvrir *l'accès à la médiation* aux justiciables dans les cas qui s'y prêtent.

Les objectifs particuliers étaient les suivants : faire connaître aux juges civils la problématique liée aux articles 213, 214 et 297 CPC et 301 CC qui ne balisent pas, comme d'autres codes nationaux, la voie entre la procédure civile et l'engagement en médiation, éclairer les uns et les autres sur la diversité des pratiques et des leçons éventuelles à en tirer, permettre l'échange de pratiques efficaces et celui d'expériences abouties ou de projets pilotes entre cantons romands, et aider les autorités judiciaires et les législateurs cantonaux de Suisse romande dans leur réflexion sur la législation d'application du CPC (articles précités).

Les données ont été dépouillées en juin, analysées en juillet et le rapport rédigé en août et terminé pour le début de septembre 2019. Elles ont permis aussi d'identifier le degré de sensibilisation ou d'absence de sensibilisation des magistrats en la matière. Le rapport fait des constats, tribunal par tribunal et pour l'ensemble de la Suisse romande, avec des réflexions, outils et préconisations au sujet de toutes les questions soumises à l'enquête. Le rapport a été remis au Conseil d'Etat, au délégué suisse à la CEPEJ et aux autorités judiciaires à la mi-septembre. Le Conseil d'Etat en a transmis alors la version électronique aux membres de la commission judiciaire.

### *b) Sondages dans d'autres cantons et à l'étranger*

#### Personnes consultées en Suisse :

François BOHNET, professeur à la faculté de droit, directeur du Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ) (NE)

Elisabeth BRAUN, juge TCiv (BS)

Katia ELKAÏM, juge TCiv (VD)

Daniel GIESBERGER, professeur à la faculté de droit, directeur du Center for Conflict Resolution (CCR) (LU)

Myriam GRÜTTER, juge cantonale (BE)

Eric KALTENRIEDER, président du Tribunal cantonal (VD)

Cynthia LEVY, chargée d'enseignement à la faculté de droit, avocate et médiatrice (VD)

Pierre MULLER, juge cantonal honoraire, avocat et médiateur (VD)

Giuseppe MUSCHETTI, juge au TF, président de la Fondation pour la formation continue des juges Suisses (CH)

James T. PETER, avocat et médiateur de la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) (ZH)

Thomas PFISTERER, membre honoraire du Tribunal fédéral, ancien conseiller aux Etats (AG)

#### Personnes consultées à l'étranger :

Isabelle GORCE, présidente du Tribunal de grande instance (Marseille)

Françoise HAEGEL, présidente de chambre honoraire à la Cour d'appel (Colmar)

Nicole JARNO, première présidente à la Cour d'appel (Colmar)

Virginie PARENT, première vice-présidente, secrétaire générale du Tribunal de grande instance (Nice)

Ségolène PASQUIER, magistrate, Bureau de l'accès au droit et de la médiation au Ministère de la justice (Paris)

Colette SANT, juge honoraire à la Cour d'appel, médiatrice agréée (Paris)

Michèle WEIL, médiatrice assermentée (VD et Paris-Versailles), vice-présidente honoraire du Tribunal de grande instance (Paris)

En octobre et novembre 2019, des informations complémentaires ont été recueillies, en particulier sur les pratiques de médiation en relation avec les tribunaux civils, par sondage (Bâle-Ville, Berne, Zurich et Lucerne), sur la faisabilité d'introduire certaines mesures dans le droit cantonal, et sur les possibilités futures en matière de sensibilisation initiale et continue des juges.

Premier constat préalable : ces cantons présentent un taux de conciliation en matière civile très élevé, soit environ 60% pour Berne, 70% pour Zurich et 90% pour Bâle-Ville, contre 32% à Genève. Cette situation n'a pas empêché les juges de Bâle-Ville d'encourager la médiation en matière familiale, expérience qui est suivie par ceux de Berne en vue de l'introduire à leur tour. A Zurich un test avait été effectué en 2001 sur la base de 100 dossiers civils et, au vu de son mauvais résultat, la médiation n'a plus été expérimentée depuis, même après l'entrée en vigueur du CPC. Dans aucun de ces cantons, ni à Lucerne, il n'y a de statistiques qui permettraient d'avoir une idée de la

situation globale de la médiation en procédure civile. En matière de médiation familiale, il sera fait référence plus bas aux projets-pilotes à l'étude ou en fonction dans les cantons de Berne, Bâle-Ville, Saint-Gall, Vaud et Valais, et ... à Genève.

Des renseignements supplémentaires ont été reçus des magistrats et de la professeure à la faculté de droit du canton de Vaud ayant initié le premier projet pilote de médiation. Des informations ont été également obtenues auprès de magistrats, professeurs et avocats membres du comité de l'Académie suisse de la magistrature et du CEMAJ (pour la sensibilisation initiale à la médiation), et du président de la Fondation pour la formation continue des juges suisses (pour la sensibilisation continue à la médiation).

En France, des renseignements ont été recueillis sur l'institution de *juges coordinateurs en appel* et de *juges référents pour la médiation* en première instance. Faute de base légale de leur cahier des charges, les juges référents ont dû improviser et l'établir pragmatiquement en fonction de leur motivation, de leur conception de l'éligibilité des affaires et de la situation particulière de leur juridiction (degré de soutien des collègues, degré de formation des médiateurs, degré de la surcharge judiciaire, etc.). Il en résulte une certaine fragmentation de la médiation qui se développe ainsi tantôt en matière de référés (mesures provisionnelles), tantôt en matière de droit de la famille, ou de droit du travail ou de propriété intellectuelle. Selon les situations, le lien entre le juge référent (en première instance) et le juge coordinateur (en appel) semble assez ténu.

*c) Questionnaire préliminaire auprès des milieux intéressés et procédure de consultation*

La consultation des milieux intéressés s'est effectuée en deux étapes : premièrement par l'envoi d'un questionnaire, puis d'un avant-projet de loi. En février 2020, le Conseil d'Etat a remis un questionnaire au pouvoir judiciaire, au barreau et aux autres milieux intéressés avec un délai de 6 semaines pour qu'ils expriment leurs avis, suggestions et propositions pour ouvrir l'accès à la médiation en matière civile, soit aux :

Milieux judiciaires et proches :

Pouvoir judiciaire, commission de gestion

Ordre des avocats de Genève, commission ADR (Méthodes alternatives de résolution des conflits)

Association des juristes progressistes

Délégation suisse à la CEPEJ

Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation (GEMME-Suisse)

Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale

Milieux de médiation :

Fédération suisse des associations de médiation (SDM-FSM)

Groupement Pro Médiation (GPM), Suisse romande

Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC), Suisse romande

Fédération Genevoise MédiationS (FGeM)

Association genevoise pour la médiation de voisinage (AsMéd-GE)

Astural, Antenne de Médiation et Prévention avec des Mineurs

Couple et Famille

Maison genevoise des médiations (mgem)

Office Protestant de Consultations Conjugales et Familiales (OPCCF)

Milieux économiques :

Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS)

Union des associations patronales genevoises (UAPG)

Université :

Ecole d'avocature, direction (ECAV)

Pratiquement tous les milieux intéressés ont répondu au questionnaire, et souvent avec des propositions novatrices et concrètes. Par lettre du 5 mars 2020 de son bâtonnier, l'Ordre des avocats de Genève énonçait plusieurs sujets pour lesquels des dispositions légales seraient souhaitables, dont : « le rôle des magistrats... pour recommander la médiation lorsque les circonstances y sont favorables », pour que « les magistrats civils de première instance puissent recevoir une formation de base », tout en insistant aussi par ailleurs sur « la mise en place d'une permanence », la désignation de « magistrats référents au sein de chaque juridiction civile », l'utilité « de réunions annuelles entre les différents acteurs sur le modèle du Tribunal des mineurs (TPMin) », ou encore en recommandant « un système de statistiques ». Ces idées constructives et pertinentes ainsi que celles des autres milieux intéressés ont utilement contribué à la rédaction de l'avant-projet de loi.

Après avoir recueilli et analysé les réponses des milieux intéressés, le Conseil d'Etat a élaboré l'avant-projet de loi et a lancé la procédure de consultation en mai 2020, avec un délai de 6 semaines. La consultation s'est par ailleurs élargie à la Fédération romande des consommateurs (FRC) et au SCAI (Swiss Chambers' Arbitration Institution).

A la demande de la commission de gestion du pouvoir judiciaire, puis du barreau, un délai au 30 septembre 2020 soit de 4 mois, leur a été accordé pour examiner le projet et pour donner leurs observations. Par lettre du 30 septembre 2020, le pouvoir judiciaire, l'Ordre des avocats de Genève et l'Association des juristes progressistes ont informé le Conseil d'Etat qu'ils conduisaient, de manière séparée mais aussi de concert avec la FGeM et Astural, « des réflexions portant sur des mesures susceptibles d'encourager le recours à la médiation », lui proposant ainsi, avant d'envisager sa réforme législative, de leur laisser le temps de poursuivre leurs travaux communs.

Un constat objectif permet de considérer que depuis l'entrée en vigueur de la Cst-GE aucune évolution concrète de la médiation en procédure civile n'a été enregistrée. Sans être encadrées par une législation d'appui, les mesures prises pendant cette période par le monde judiciaire n'ont eu aucun impact sur la pratique quotidienne : avec un taux de dossiers civils orientés en médiation se situant entre 0,5% et 1% du contentieux civil (voir Rap. Pratique TCiv). L'approche volontariste ne parvenant pas à elle seule à modifier la situation actuelle, c'est de manière pertinente que la motion 2449-A préconise une législation d'application de l'article 120 Cst-GE effective et efficace. Les réponses nombreuses et constructives recueillies auprès des milieux intéressés au stade du questionnaire (y compris celles de l'Ordre des avocats de Genève) et lors de la procédure de consultation sont suffisantes pour rédiger un projet de loi qui réponde à la fois à l'intérêt supérieur des justiciables et au souci d'efficacité qui s'exprime dans la motion 2449-A. L'examen par le Grand Conseil n'empêchera par ailleurs pas le groupe de travail réuni par la commission de gestion du pouvoir judiciaire de poursuivre ses réflexions et de mettre en œuvre toute autre mesure utile.

Plus de 7 ans se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur de la Cst-GE : aujourd'hui la volonté exprimée à son article 120 par l'Assemblée constituante, ratifiée par le vote du peuple souverain et rappelée encore par 2 motions du Grand Conseil, doit être respectée et non reportée.

**Conformité au droit fédéral :** en vue de s'assurer de sa conformité avec le droit fédéral (CPC), d'une part, et avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, du 4 novembre 1950 (CEDH), d'autre part, le texte du présent projet de loi a été encore soumis à l'examen de MM. Giorgio MALINVERNI, ancien titulaire de la chaire de droit

constitutionnel à la faculté de droit de Genève et ancien juge à la Cour européenne des droits de l'Homme, Giuseppe MUSCHETTI, juge fédéral, Thomas PFISTERER, ancien juge fédéral et ancien conseiller aux Etats (lors des débats sur les art. 213 et suivants CPC) et Pascal PICHONNAZ, professeur à la faculté de droit de Fribourg.

### 2.3. *Dynamique judiciaire*

Depuis 2007, tous les instruments du Conseil de l'Europe et de sa CEPEJ insistent sur le rôle des juges et sur celui des avocats pour promouvoir le recours à la médiation et son développement. La CEPEJ avait déjà relevé il y a 13 ans qu'« il est difficile de modifier l'habitude prise par la société de compter principalement sur les procédures judiciaires classiques pour régler ses conflits » (LD (2007) N° 14 ch. 37). On peut considérer que l'injonction du Conseil fédéral voulant que l'on accorde à la résolution amiable la priorité (FF 2006 6860) répond à cette situation, et que la recommandation 3 contenue dans la *Feuille de route du CEPEJ-GT-MED*, qui préconise une *sensibilisation initiale obligatoire des juges à la médiation* dans la première année de leur entrée en fonction, est une réponse encore plus concrète à cette situation. L'introduction de la médiation dans l'ordre juridique des Etats membres représente un changement de paradigme dont le monde judiciaire prend peu à peu conscience. Encore lui faut-il y participer plus activement.

En 2003 à Strasbourg, Louise OTIS, alors juge au tribunal d'appel du Québec et promotrice de la médiation judiciaire au Canada, exposait que le développement de la médiation n'aurait pas pu se produire dans son pays sans le *soutien fort des plus hautes autorités* : ministre de la justice, procureur général, et présidents des cours d'appel.

Il importe que dans notre canton également les magistrats civils mesurent mieux leur rôle éminent dans le développement de la médiation. Les Lignes directrices CEPEJ (2007) n° 14 le rappellent expressément (ch. 12) et soulignent même son caractère « crucial dans la propagation de la culture du règlement amiable des litiges » (LD (2007) n° 14 § 50). L'opinion prévalant encore à Genève selon laquelle « le pouvoir judiciaire n'est pas forcément le premier acteur de la médiation » est surannée concernant la médiation en procédure civile. Qui plus est, dans le quotidien de la vie judiciaire civile, le RJM (art. 65E) suppose une implication active et même décisive du juge civil. Il est en effet déjà de sa compétence et de son devoir de faciliter le passage entre la procédure civile et le processus de médiation dans les situations qui s'y prêtent.

Il s'ensuit que le soutien fort et pérenne de toutes les autorités genevoises concernées, du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, du procureur général et des

présidents des juridictions concernées (conseil supérieur de la magistrature (CSM), Cour de justice (CJ), TCiv et son AC, TP AE et TPH) sera décisif pour ouvrir l'accès à la médiation de manière efficace et durable aux personnes et aux entreprises dans notre canton. L'article 120 Cst-GE l'exige. Le temps est maintenant mûr : 15 ans après l'entrée en vigueur des dispositions genevoises sur la médiation civile, 9 ans après l'entrée en vigueur des dispositions du CPC, 7 ans après l'entrée en vigueur de la Cst-GE, et, sur le plan européen, 21 ans après l'adoption de la Rec (98) 1, 18 ans après celle de la Rec (2002) 10, et 13 ans après celle des Lignes directrices (2007) N° 14. La nouvelle composition du CSM (art. 17, al. 1) et le rôle dévolu au CSM (art. 21, al. 2), les nouvelles fonctions d'un magistrat coordinateur et de référents pour la médiation (art. 29A, 65A et 65B) sont introduits dans le présent projet modifiant la LOJ pour impliquer toutes les autorités dans le développement de la médiation en procédure civile et pour favoriser une dynamique de leur part.

Le même soutien est attendu du barreau genevois. Le temps est aujourd'hui mûr aussi pour le barreau genevois et ses membres, en tant qu'auxiliaires de la justice, de prendre conscience de l'évolution d'autres barreaux européens désormais ouverts à la médiation. Le code de déontologie des avocats européens du 19 mai 2007 (rédigé par le Conseil des barreaux européens (CCBE), dont son art. 3.7.1.) a été tonifié et enrichi par les outils forgés par le même CCBE de concert avec le CEPEJ-GT-MED. Les barreaux d'autres grandes villes d'Europe occidentale n'ont pas craint d'introduire le mot « médiation » dans leurs codes de déontologie, précisant que les avocats ont le devoir d'informer leurs clients sur ce mode amiable et celui de le leur conseiller dans les situations qui s'y prêtent. De son côté, l'Ordre des avocats vaudois a adopté une Recommandation détaillée en matière de médiation (Rapport sur la pratique des avocats, à son annexe 5.1.). Certes le soutien de l'Ordre des avocats de Genève aux besoins des membres de la FSM constitue un pas dans la bonne direction, mais d'impact très modeste sur la pratique du barreau dans son ensemble (Rap. Pratique Avocats, ch. 5.3.). A titre de rappel leur organisation faîtière européenne, le CCBE, a co-rédigé avec la CEPEJ :

- Le *Guide de médiation pour l'Avocat* qui contient une partie intitulée « La participation des barreaux à la création d'un environnement favorable à la médiation » (G. Avocats, p. 17), avec une liste de mesures pratiques tels la sensibilisation des avocats, l'échange de bonnes pratiques avec les magistrats, l'enregistrement de statistiques, l'inclusion dans les codes de déontologie de l'obligation ou la recommandation, avant de saisir les tribunaux, de tenter une médiation dans les cas qui s'y prêtent, etc.

- Le *Programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation*.

Ainsi pour les magistrats comme pour les avocats, le moment est venu non seulement de respecter la Cst-GE et d'appliquer la loi (art. 213 et suivants CPC), mais aussi de créer avec les médiateurs une *dynamique* pour ouvrir aux personnes et aux entreprises l'accès à la médiation, pour évaluer le fonctionnement de la mise en œuvre de la médiation en procédure civile et pour le réajuster au fil du temps. Bref, pour créer au sein du monde judiciaire le « réflexe médiation ». Le présent projet pourrait en être le déclencheur, tant au sein du monde judiciaire qu'auprès des justiciables, et le suivi annuel par le Grand Conseil le coach. De plus, pour les magistrats comme pour les avocats, les outils pour progresser existent et sont désormais à *portée de main* (site de la CEPEJ).

#### **2.4. Autres sources du projet**

Outre les enquêtes, les sondages et les consultations précitées (chiffre 2.2.), les sources du présent projet sont :

##### **A. Les instruments du Conseil de l'Europe en matière de médiation**

Même s'ils n'ont pas de valeur contraignante, les instruments juridiques du Conseil de l'Europe sont considérés comme de droit souple et appartiennent à ce titre à notre ordre juridique. Rappelons que la Suisse est membre fondateur du Conseil de l'Europe (partie au Traité de Londres, du 5 mai 1949), qui rassemble aujourd'hui 48 Etats. Le délégué suisse à la CEPEJ est actif aux sessions de cet organe, qui siège régulièrement deux fois par an pour examiner les résultats de ses groupes de travail. Ces instruments ne peuvent donc pas être écartés d'un revers de main, sans motifs valables et pertinents. Ont été particulièrement pris en considération :

La *Recommandation (98) 1 sur la médiation familiale*

La *Recommandation (2002) 10 sur la médiation en matière civile*

*Les Lignes directrices (2007) N° 14 sur la mise en œuvre des deux recommandations précitées (ces dernières sont l'œuvre du groupe de travail sur la médiation de l'époque).*

Dix ans plus tard la CEPEJ a reconstitué un *groupe de travail sur la médiation* pour évaluer l'impact des Lignes directrices (2007) et lui faire toutes propositions utiles, en désignant comme membres des experts de l'Italie, la Lituanie, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie et la Suisse.

Ainsi le Conseil de l'Europe est la seule organisation internationale qui mette à disposition des autorités et des acteurs du monde judiciaire des supports concrets pour les aider à réaliser les objectifs liés à l'accès à la médiation et à son développement, en particulier pour leur *usage dans le quotidien de la vie judiciaire*. Tous ces outils sont ancrés dans les instruments précités, et ceux énoncés ci-dessous ont été élaborés (entre 2017 et 2019) particulièrement pour les juges, pour les avocats et pour le public des Etats membres (Boîte à outils, site de la CEPEJ) :

- *Le Guide du renvoi judiciaire à la médiation*
- *Le Guide de médiation pour les avocats*
- *Le Guide FAQ médiation*
- *Le Programme de sensibilisation à la médiation pour les juges*
- *Le Programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation*
- *La Checklist pour l'établissement d'un projet pilote de médiation judiciaire*
- *La Checklist sur l'évaluation du projet pilote de médiation*

Tous sont disponibles sur le site de la CEPEJ : <https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation>. Avec le Manuel européen de législation en matière de médiation, ils inspirent tous le présent projet.

Ces outils contiennent de nombreuses informations utiles pour la pratique quotidienne des tribunaux civils et de ceux qui y participent : par exemple des critères permettant d'identifier les *situations éligibles à la médiation* et celles où elle n'est pas appropriée, des méthodes pour recueillir des *données statistiques bien ciblées* qui permettent de mesurer *l'efficacité* des renvois judiciaires en médiation et celle des processus de médiation, ou encore des *définitions* de la médiation, de la conciliation et de l'arbitrage.

Ainsi sera-t-il bien plus utile de diffuser largement ces outils (facilement adaptables aux situations nationales et cantonales) auprès de leurs destinataires respectifs, pour que chaque juge civil, chaque avocat et chaque justiciable les ait à disposition et puisse les utiliser chaque fois que nécessaire, plutôt que de vouloir réinventer la roue.

A signaler que le Guide FAQ médiation (soutenu par l'Etat de Genève, figurant sur son site et traduit à l'époque en allemand, en anglais, en espagnol et en russe pour notre canton cosmopolite) a servi de modèle au document éponyme de la CEPEJ.

## **B. Droit et pratique comparés**

Pour le droit et la pratique comparés, on s'est référé, d'une part, au *Manuel européen de législation en matière de médiation* (site de la CEPEJ) élaboré par le CEPEJ-GT-MED sur la base de la législation de 18 Etats membres, d'autre part, au récent *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables* préparé par une équipe francophone et offrant dans une trentaine de lexies des explications sur la loi et la pratique en Belgique, en France et en Suisse, et enfin à l'ouvrage de la juge Machteld PEL reflétant une décennie de mise en œuvre de la médiation aux Pays-Bas (1999-2009), *Referral to Mediation. A practical Guide for an effective mediation proposal*, SDU Uitgevers, La Haye, 2008.

Ont également été pris en compte les constats et enseignements tirés des 2 enquêtes sur la pratique en relation avec la médiation des tribunaux civils, respectivement de 3 barreaux de Suisse romande :

- *Rapport sur la pratique de(s) tribunaux civils de 1<sup>ère</sup> instance des cantons de la Suisse romande en matière de renvoi judiciaire à la médiation (site de la CEPEJ, liens utiles)*
- *Rapport sur la pratique des avocats (...) en relation avec la médiation (site de la CEPEJ, liens utiles)*

Le premier rapport a donné lieu à un article sur le « Renvoi Judiciaire à la médiation » (RSPC, N° 6/2019, pp. 539-551), dont certains passages sont repris dans le commentaire article par article.

## **C. Littérature**

On mentionne quelques extraits de la bibliographie récente en matière de médiation en relation avec les problèmes traités dans le présent projet et retenus par ailleurs dans certains outils de la CEPEJ, en particulier sur les relations respectives des magistrats et des avocats avec la médiation.

### **2.5. Termes utilisés dans le projet**

Trois nouveaux termes sont utilisés ici dans le présent projet de loi : *accord d'entrée en médiation, accord de règlement de médiation et processus de médiation*. On rencontre en matière de médiation de nombreuses expressions. Parmi tous les synonymes, ont été retenus ici les termes utilisés par la CEPEJ et son groupe de travail, termes que nos autorités fédérales et cantonales retrouveront dans les questionnaires et outils que leur adresse et adressera la CEPEJ régulièrement. Il serait donc fort opportun de les garder. Voici leur définition :

*L'accord d'entrée en médiation* est le contrat initial tripartite conclu, oralement ou par écrit, entre les parties à un conflit et le tiers (médiatrice, médiateur ou co-médiateurs), par lequel ils s'engagent tous juridiquement dans le *processus de médiation*. Le contenu du contrat est l'affaire des parties, qui se chargent librement de l'organisation et du déroulement de la médiation (art. 215 CPC). Généralement il définit les modalités d'intervention du tiers, détermine les droits et obligations des parties, un agenda, la langue et le lieu de la médiation, les coûts, et – surtout – une clause de confidentialité. Parmi les synonymes on rencontre : consentement à la médiation, engagement en médiation, protocole, convention ou accord de médiation, ces trois derniers ne le distinguant pas assez du contrat issu du processus.

*L'accord de règlement de médiation* est le contrat conclu dans le cadre de la médiation par lequel les parties mettent fin à leur conflit (en tout ou partie) et au processus. Il revêt souvent la forme écrite; c'est toujours le cas lorsqu'il est soumis à l'homologation d'un tribunal (art. 217 et 279 CPC). Il peut être partiel ou global. Il peut comporter la signature du tiers médiateur assermenté, qui certifie ainsi que l'accord est issu d'un processus sous son égide.

Le *processus de médiation* est constitué d'une suite d'étapes sous l'égide d'une tierce personne (médiatrice, médiateur ou co-médiateurs) qui se déroulent de manière structurée entre, d'une part, l'accord d'entrée en médiation et, d'autre part, l'accord de règlement de la médiation ou le non-aboutissement du processus de médiation (départ d'une des parties, du médiateur, etc.). Il est généralement précédé d'une phase préparatoire et suivi d'une phase d'exécution. Par ailleurs, le présent projet de loi évite attentivement de porter atteinte au caractère volontaire et confidentiel de la médiation, ainsi qu'à l'indépendance du tiers médiateur.

Comme plusieurs autres Etats de tradition romano-germanique, la Suisse a accueilli dans son CPC des dispositions concernant non seulement la procédure et la conciliation civiles, mais encore d'autres concernant l'arbitrage et la médiation. La conciliation et la médiation y ont d'ailleurs la priorité (FF 2006 6860). Or elles sont souvent confondues, le CPC ne les définissant pas. Pour mieux s'y retrouver, des définitions ont déjà été rédigées sur le plan suisse (par GEMME), sur le plan européen (par la CEPEJ) et sur le plan international (par la Conférence de La Haye HCCH). Il n'est donc pas nécessaire non plus ici de réinventer la roue, sur le plan local de surcroît.

On a donc renoncé à introduire une définition de la médiation et de la conciliation dans le texte du présent projet de loi pour plusieurs raisons. Si

chaque canton procédait ainsi, le principe d'unification voulu par le CPC ne serait pas respecté. De plus, une définition en soi serait de faible portée sur le plan pratique, donc inutile. Et enfin, choisir la bonne définition serait chronophage et délicat puisqu'il existe une bonne centaine de définitions plus ou moins fiables dans la littérature.

Dans la procédure civile, les parties chargent le juge de trouver une solution à leur litige sous la forme d'un jugement contraignant, tandis que dans le processus de médiation, elles trouvent par elles-mêmes des solutions à leur conflit.

On rappellera que la *médiation* est généralement désignée comme un processus *structuré* et confidentiel par lequel une tierce personne (indépendante, neutre et impartiale) facilite la communication entre les parties et leur permet elles-mêmes de trouver une solution à leur *conflit*. La *conciliation* est généralement désignée comme un processus *informel* et confidentiel par lequel une tierce personne (indépendante, neutre et impartiale) amène les parties à la solution de leur *litige*, ou leur en propose une de son cru.

Si, dans le langage courant, litige, conflit et différend sont interchangeables, ici ils prennent un sens très précis (dictionnaire). Le *litige* représente la partie du différend qui est soumise à la procédure civile et dont le magistrat doit trancher l'objet, sur la base des faits pertinents, du droit applicable et des conclusions des parties dont il ne peut s'écarter (syllogisme juridique). Le magistrat conciliateur est donc saisi du litige. Le *conflit* représente la partie du différend soumise au processus de médiation, partie dans laquelle s'expriment les émotions, les préoccupations, les motivations, les besoins et les intérêts des parties. Le médiateur tiers est donc saisi du conflit. Le *différend* embrasse le litige et le conflit.

Tout en se ressemblant à première vue, la conciliation et la médiation se distinguent par leur nature, leurs objectifs, leur fonctionnement, le rôle des parties et du tiers et présentent donc des caractéristiques qui leur sont propres : elles sont procéduralement interchangeables mais substantiellement différentes.

### 3. Principes directeurs

Le présent projet de loi est régi par des principes directeurs qui tous participent à la mise en œuvre de l'article 120 Cst-GE. Ces principes se manifestent aussi dans les instruments du Conseil de l'Europe, et tout particulièrement dans les Lignes Directrices n° 14, la Boîte à outils et le Manuel de législation (site de la CEPEJ). Comme dans tous ces textes, ces principes sont *interdépendants*.

#### 3.1. Efficacité

L'article 120 Cst-GE, qui se trouve au chapitre III (Pouvoir judiciaire) du titre IV (Autorités), dispose : « L'Etat encourage la médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaire des litiges ». Il s'agit donc pour les magistrats au premier chef d'ouvrir aux justiciables, personnes physiques et morales, l'accès à la médiation, dont les portes d'entrée se trouvent aux articles 213, 214 et 297 CPC et 314, alinéa 2 CC. Pour ouvrir chacune de ces portes, 3 clés sont indispensables :

- a) la sensibilisation initiale et continue des juges (art. 65C) et des avocats (art. 74A);
- b) le devoir pour les juges (art. 65D et 65E) et pour les avocats (art. 74B) d'informer sur la médiation et de la conseiller dans les cas qui s'y prêtent;
- c) un ancrage institutionnel qui assure la pérennité du système (voir ci-dessous).

#### *Projet pilote : matériaux et cadre juridique*

Les principaux matériaux pour construire un projet pilote de médiation efficace sont déjà à disposition :

- une permanence d'information sur la médiation est déjà mise à disposition du public par la FGeM avec une plateforme Internet collaborative facilement modélisable au sein des tribunaux;
- deux checklists pour l'établissement et l'évaluation d'un tel projet sont déjà disponibles depuis décembre 2019 sur le site de la CEPEJ (voir site de la CEPEJ);
- les rapports d'expériences pilotes en Suisse, signalés notamment aux commentaires des articles 65B, alinéa 2, et 65E, alinéa 2, lettre b, peuvent être consultés.

Pour qu'un *projet pilote de permanence de médiation* puisse fonctionner de manière efficace et durable, ces 3 conditions-clés doivent être également

réunies (checklists, site de la CEPEJ). Il est fait référence à des projets pilotes de médiation aux articles 26, lettre d, 41, alinéa 1, lettre l, 65A, alinéa 2, lettre b, et 65E, alinéa 2, lettres b et e, LOJ. A cet égard, il convient de souligner que le système mis en place dans le canton de Vaud (avec sa permanence à Lausanne), mentionné dans la motion 2449-A, n'a adopté que la troisième de ces clés : *l'ancrage institutionnel* (et seulement en deuxième instance). Or, il ne suffit pas à lui seul à faire fonctionner le renvoi judiciaire en médiation : on enregistre pour l'année 2018 dans tout ce canton seulement 73 médiations sur des milliers de procédures (Rap. Pratique TCiv, p. 94). Le « modèle » vaudois progressera certainement s'il introduit les 2 clés manquantes.

Ces 3 clés devraient, *prises toutes ensemble*, d'une part, ouvrir aux justiciables l'accès à la médiation en cas de procédure civile conformément à la volonté du constituant et du législateur et, d'autre part, éviter à la médiation de connaître le même sort que la conciliation judiciaire à Genève : 2 siècles de stagnation (voir « Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ? », in : RDS No 5/2004, p. 529 ss, not. 592 ss).

### **3.2. Durabilité et ancrage institutionnel**

Pour assurer la pérennité et l'efficacité de la médiation en procédure civile, on l'a dotée d'un soutien institutionnel qui concerne, d'une part, le CSM (art. 17, al. 1, lettre d, et 21, al. 2) et, d'autre part, la section civile de la Cour de justice et chaque juridiction civile de première instance (art. 29A, 65A et 65B). Les 2 checklists pour établir et évaluer un projet pilote de médiation, telle une permanence, insistent par ailleurs sur la nécessité d'un tel ancrage, ainsi que le Manuel de législation. Par ailleurs, afin de développer le renvoi judiciaire en médiation, la commission judiciaire du Grand Conseil se demandera si elle ne devrait pas mettre en place pour elle-même un *suivi périodique*, en examinant le bon fonctionnement de la médiation judiciaire en matière civile à *l'occasion de la publication annuelle du compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire*. Cet ancrage est parfaitement possible dans le droit cantonal puisque *l'organisation des tribunaux demeure de la compétence des cantons*, ce qu'ont confirmé les experts consultés.

L'approche volontaire (fondée sur les seules mesures pratiques) mise en avant par certains milieux judiciaires n'a manifestement pas atteint son objectif puisque le taux de dossiers civils orientés vers la médiation se situe toujours entre 0,5% et 1% après 15 ans. La législation d'application de l'article 120 Cst-GE préconisée par la motion 2449-A est donc parfaitement justifiée et ne devrait pas être remise en cause.

### **3.3. *Transparence***

C'est précisément la publication d'informations sur la médiation dans le compte rendu annuel d'activité du pouvoir judiciaire – en particulier les statistiques du TCiv et de son AC, du TPAE et du TPH, le nombre de magistrats sensibilisés dans ces juridictions, l'établissement et l'évaluation de projets pilotes et l'organisation de journées portes ouvertes (art. 26, lettre d, et 65A, al. 2, lettre e) – qui permettra d'éviter à l'avenir que tant nos autorités que le public restent dans l'ignorance du fonctionnement (ou du dysfonctionnement) de la mise en œuvre de la médiation en procédure civile concernant ces juridictions. Cette information permettra, le cas échéant, aux autorités compétentes d'évaluer la situation sur la base de données objectives et de l'ajuster et de la corriger au fil du temps, comme l'ont fait les autorités néerlandaises, par exemple.

Les dispositions sur la médiation pénale des adultes sont entrées en vigueur il y a 20 ans et l'on ne sait toujours pas aujourd'hui si la médiation dans ce domaine fonctionne convenablement. La prochaine publication d'un rapport à ce sujet répond au devoir de transparence vis-à-vis des autorités et du public. Il permettra de savoir si des mesures volontaires ont été prises spontanément au sein du Ministère public pour améliorer le fonctionnement de la médiation pénale des adultes ou si les mesures législatives ne s'imposent pas aussi dans ce domaine au vu des résultats.

### **3.4. *Coûts et économies pour l'Etat***

#### *a) Remarques générales*

Le rapport sur la pratique des tribunaux civils de première instance sur le RJM a mis en lumière qu'il était possible déjà en 2018 de réaliser un taux d'accords d'entrée en médiation représentant respectivement le 7% et le 10% du contentieux civil de 2 chambres civiles vaudoises (pp. 52 ss et 58 ss). On ne connaît malheureusement pas le taux précis de processus ayant abouti à un accord de règlement de médiation; on peut cependant l'estimer à au moins 50% de l'ensemble des accords d'entrée en médiation. En matière commerciale, le taux de réussite des accords de règlement de médiation selon la CSMC oscille entre 70% et 80%. Sur la base des 2 scores réalisés par ces chambres civiles vaudoises, cela représenterait un allègement d'au moins 3,5% à 5% du contentieux civil. Lorsque les mesures préconisées dans le présent projet de loi se traduiront dans la pratique quotidienne des tribunaux, ce taux devrait pouvoir augmenter encore progressivement, pour atteindre à l'issue de la prochaine décennie au moins un taux de 10% par rapport au contentieux de chacune de ces juridictions. Cela permettrait, d'une part, à

chaque magistrat de consacrer plus de temps avec moins de stress aux autres affaires et, d'autre part, à l'Etat et à la société de ne plus s'exposer à une spirale effrénée d'augmentation des effectifs judiciaires et des coûts en résultant, comme ce fut le cas en 2011. Par ailleurs, pour encourager les parties à recourir à la médiation, des *incitations fiscales* sont prévues en droit comparé et Genève pourrait à son tour les reprendre à son compte dans sa législation (art. 26, al. 4 LaCC (nouveau)).

Enfin, les litiges ont également un coût social important. Cet aspect échappe le plus souvent aux acteurs de la procédure, mais il est bien réel : absentéisme au travail ou perte d'emploi, dépression, rupture familiale, perte de logement, etc. La médiation, facteur de paix sociale, permet quant à elle si ce n'est d'éliminer mais tout au moins de limiter de tels coûts.

#### *b) Sensibilisation des magistrats*

L'impact du présent projet de loi sur le plan des coûts résulte de :

- a) la sensibilisation obligatoire des nouveaux magistrats civils de première instance la première année de leur entrée en fonction, soit environ 2 000 francs par magistrat (une fois dans leur cursus de juge);
- b) la sensibilisation continue des magistrats civils de première instance en fonction, soit environ 1 000 francs par magistrat, aurait lieu deux fois une journée pendant une législature de 6 ans (soit 333,33 francs par an et par magistrat).

Ces dépenses pourront être compensées directement par les économies découlant de la progression du nombre de dossiers renvoyés en médiation.

#### *c) Magistrat coordinateur et référents à la médiation*

Le présent projet de loi prévoit de confier ces fonctions à des juges titulaires déjà en exercice, ce qui n'entraîne pas de création de nouveaux postes. Ces magistrats pourront obtenir de leur juridiction une dispense partielle de dossiers. Pour les autres juges, le léger impact en résultant sur le plan des attributions de dossiers sera compensé par la progression du nombre de dossiers renvoyés en médiation.

#### *d) Permanence*

La question de la prise en charge par l'Etat de séances d'information fera l'objet d'une étude distincte dans le cadre de l'harmonisation des dispositions éparées dans la législation genevoise. Cela concerne plusieurs domaines : modalités de l'aide, établissement de tableaux de médiateurs assermentés – au civil, au pénal des adultes, au pénal des mineurs et dans le domaine de la

santé – ainsi que critères de formation et d’expériences des médiations assermentés.

### ***3.5. Equilibre et mesure***

***La nature volontaire de la médiation est pleinement préservée dans le présent projet de loi, car elle est bien ancrée à la fois dans la pratique et la législation de notre pays.***

Ainsi le présent projet de loi évite de recourir aux mesures trop contraignantes que l’on retrouve en droit comparé. Par exemple, pour rendre la médiation *en tant que telle* obligatoire (Manuel de législation, site de la CEPEJ, p. 22 ss) ou pour imposer aux avocats une sensibilisation continue obligatoire *dans un carcan étatique*, le projet préférant encourager cette formation par des incitations (art. 74A, al. 2 et 3, LOJ, 26, al. 4, LaCC et 43, al. 2, LPAv). Il n’était pas non plus question d’introduire dans le présent projet de loi le cas de la médiation conventionnelle, c’est-à-dire celle qui se déroule en dehors de la saisine d’un tribunal, *la question relevant du droit fédéral*. Cette question, avec notamment les problèmes de reconnaissance et d’exécution des accords issus de médiation entre les cantons, devra nécessairement faire l’objet d’une réglementation sur le plan fédéral. En effet, on aurait de la peine à imaginer que l’Office fédéral de la justice ne s’en soucie pas lorsqu’il devra préparer dans un proche avenir la législation d’application de la Convention de Singapour traitant de ces questions sur le plan international.

### ***3.6. Interactivité***

Les instruments de la CEPEJ insistent sur l’indispensable collaboration qui doit se nouer entre les 3 milieux concernés, la magistrature, l’avocature et la médiature, sur 2 plans, celui de leurs institutions et celui des personnes. Cette collaboration doit être encouragée de plusieurs côtés, mais à commencer dans le texte du présent projet de loi, ce qui a été fait aux articles 17, 65A, alinéa 3, 65B, alinéa 1, et 65F, alinéa 1. Mais le présent projet de loi ne peut tout résoudre, et chacune de ces institutions doit prendre la responsabilité de sortir de son isolement pour assurer de concert un développement effectif et efficace de la médiation en procédure civile.

Une telle interactivité se déploie particulièrement dans l’élaboration, l’évaluation, et les réajustements d’un *projet pilote de médiation* (voir cheklistes, site de la CEPEJ). Il exige existentiellement une collaboration tripartite, sous l’égide et le contrôle du pouvoir judiciaire (comme dans le canton de Vaud, et en France), puisqu’il s’agit d’encourager la médiation en

procédure civile. L'exemple du long anonymat de la permanence d'information sur la médiation (PIM) pourtant installée dans les locaux de l'Ordre des avocats de Genève, rue Verdaine, sans appui véritable ni des membres du barreau ni des membres de l'institution judiciaire, en démontre *a contrario* l'impérieuse nécessité. Là encore, la venue au sein de la magistrature de juges qui seront sensibilisés à la médiation la première année de leur entrée dans la juridiction (art. 65C al. 1), et au sein du barreau de jeunes collaborateurs issus de l'ECAV (art. 74A, al. 1) participera au changement de paradigme et permettra d'éveiller chez les uns et les autres le « réflexe médiation » au bénéfice des justiciables et de la paix sociale.

La nouvelle génération du monde judiciaire aura d'autres horizons professionnels que l'adjudication propre aux procédures civile et arbitrale, dont parfois les limites, les dérives et les abus peuvent entraîner tant de souffrances humaines, de dommages sociaux et de gaspillages économiques. Par ailleurs, l'introduction des approches et méthodes de la médiation dans le déroulement de la conciliation au sein de la commission de conciliation en matière de baux et loyers (CCBL) a permis de faire progresser le taux des conciliations de 40% à 60% environ entre 2005 et 2010. De même les outils de la médiation utilisés en conciliation civile rendront les magistrats encore plus performants chaque fois qu'ils tentent une conciliation (le taux de conciliation du TCiv à Genève s'élève à 32% et celui de la CCBL à 67% selon le compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2019 (p. 33 et 35), alors que, selon les entretiens conduits en Suisse alémanique, il est d'environ 60% à Berne, 70% à Zurich et 90% à Bâle).

### **3.7. Mesures d'accompagnement : diffusion, promotion et éducation**

La question des mesures d'accompagnement pour renforcer le recours à la médiation, pour favoriser la voie amiable de prévention et de résolution des différends et pour développer chez nos concitoyennes, nos concitoyens et nos entreprises le « réflexe médiation » sort pour partie du cadre législatif du présent projet de loi. En ce qui concerne la diffusion, la promotion et l'éducation, elles dépendent pour une bonne partie de l'initiative des autorités (judiciaires et autres), du barreau (G. Avocats, 2<sup>e</sup> partie, site de la CEPEJ) et des associations de médiation. Sur ces sujets également une étroite collaboration de ces milieux est attendue. On signalera à ce propos la recommandation contenue dans le Manuel de législation (site de la CEPEJ, p. 40, ch. 8.1) :

« *Diffusion et promotion :*

- a) *Obliger les organismes publics ou les autorités chargés de la médiation à diffuser des informations sur la médiation; fournir des informations*

détaillées sur les médiateurs ou prescripteurs de médiation ainsi que leurs coordonnées.

- b) *Obliger les organismes publics ou les autorités chargées de la médiation à promouvoir la médiation par divers moyens, y compris internet.*
- c) *Inclure dans les compétences de médiation le développement des institutions ou organes gouvernementaux ou d'autorégulation, la mise en œuvre et le suivi des stratégies nationales de sensibilisation à la médiation.*
- d) *Envisager d'introduire l'obligation de nommer un responsable de la médiation dans chaque tribunal pour mener les projets liés à la médiation, organiser le suivi des programmes liés à la médiation, coordonner la sensibilisation à la médiation et la collecte des données statistiques.*
- e) *Autoriser et encourager l'éducation à la médiation dans les écoles (en particulier, les programmes de médiation par les pairs), les universités et les établissements d'enseignement supérieur ».*

Les recommandations des lettres c et d trouvent leur reflet tout au long des propositions ci-dessous concernant la LOJ, en particulier aux articles 17, 21, 29A, 65A et 65B pour l'ancrage institutionnel de la médiation, et aux articles 26, lettre c, et 65C pour la sensibilisation des magistrats, à l'article 74A pour la sensibilisation des avocats, et aux articles 26, lettre a, et 65F pour les statistiques.

Sous l'effet conjoint de la motion 2449-A et de l'avant-projet de loi, la commission de gestion du pouvoir judiciaire a tout récemment invité les milieux intéressés à établir ensemble des mesures pour améliorer le fonctionnement de la médiation en procédure civile. Il faut saluer cette initiative tout en soulignant le fait qu'elles ne pourront que compléter mais en aucun cas se substituer à la législation dans ce domaine requise par la motion 2449-A.z

Voici encore quelques pistes de réflexions à titre indicatif :

- a) *Différends civils et commerciaux pouvant impliquer une entité étatique*

Dans sa préface au Dictionnaire de la médiation, le président de la CEPEJ écrit :

« ...en choisissant de soumettre ses propres différends au processus de médiation chaque fois qu'ils s'y prêtent, l'Etat – tout en faisant montre d'exemple – réalisera des économies appréciables en temps, en argent et en

ressources humaines par comparaison avec les coûts occasionnés jusqu'à présent par la procédure ou par l'industrie arbitrale ».

A titre préventif, introduire une clause de médiation dans les contrats de droit privé liant l'Etat, une institution de droit public ou une commune à un tiers ne représente aucune difficulté juridique particulière. Rédiger un protocole de médiation une fois le conflit survenu non plus. Dans ces deux cas cela implique cependant l'adoption de directives du Conseil d'Etat ou de recommandations des communes dans ce sens aux services juridiques ou autres concernés, et un contrôle par sondages pour s'assurer de leur mise en place et de leur respect. Et aussi l'abandon de l'idée reçue que l'échec de négociations implique de passer directement au combat judiciaire ou arbitral, alors que précisément la médiation s'offre dans cet espace. A défaut la vieille habitude de privilégier de manière automatique, systématique et irréfléchie, tel un syndrome de Pavlov, le recours au procès ou à l'arbitrage continuera à coûter inutilement cher à l'Etat et au contribuable.

#### *b) Création d'un environnement favorable à la médiation*

Le CCBE et la CEPEJ énumèrent au chapitre 3 de leur Guide de médiation pour les avocats une liste de conseils et de recommandations destinés aux barreaux à cet effet. La commission ADR de l'Ordre des avocats de Genève a déjà examiné cette liste, et s'est prononcée favorablement sur la plupart des recommandations. Après 8 mois de travail, il est à souhaiter que cette commission puisse bientôt aboutir à un choix concret avec une mise en place prochaine de mesures efficaces.

#### *c) Rencontres annuelles tripartites et objectifs communs*

La collaboration interactive entre la magistrature, le barreau et la médiature pourrait se traduire par exemple par des réunions annuelles sous l'égide du juge référent pour la médiation, respectivement du TCiv, du TPAE et du TPH. Ces réunions permettraient de définir des objectifs communs (nombre ou taux d'accords d'entrée en médiation respectivement d'accords (globaux ou partiels) de règlements de médiation à atteindre, domaine – familial ou commercial – concerné, etc.).

On relève que le Tribunal pénal des mineurs pratique déjà de telles rencontres avec les médiateurs (compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire en 2019, p. 25).

Dans la prochaine décennie, *l'objectif minimum* à définir pour les juridictions civiles de première instance pourrait être un taux minimum de 10% d'accords d'entrée en médiation par rapport aux contentieux en cours,

soit 1% de croissance chaque année. Cet objectif, au demeurant fort modeste, correspond au taux des conciliations en matière civile enregistrés entre environ 1810 et 2010 (voir RDS, No 5-2004, *loc. cit.*). Il est par ailleurs parfaitement réalisable puisque déjà en 2018 des juges civils vaudois y sont parvenus (Rap. Prat. TCiv).

*d) Journées médiation portes ouverts au Palais de justice*

Cette idée a déjà été réalisée une fois par an dans des pays proches et dans le canton voisin. Elle implique une collaboration conjointe, sous l'égide du pouvoir judiciaire, de la FGeM, de la commission ADR de l'Ordre des avocats de Genève et de l'Association des juristes progressistes.

*e) Formulaire remis lors du dépôt d'une requête, brochures et guides disponibles aux greffes*

La commission de gestion du pouvoir judiciaire pourrait, avec le concours des milieux intéressés, en particulier la FGeM, préparer pour les greffes des juridictions civiles de première instance un questionnaire destiné à être remis à la partie demanderesse et rempli par elle avant le dépôt de la requête. Ce questionnaire pourrait, comme aux Pays-Bas, l'inviter à donner les motivations pour lesquelles elle n'a pas recouru encore à la médiation.

Une plaquette sur la médiation pourrait être disponible aux greffes et le guide plurilingue FAQ Médiation figurer sur le site du pouvoir judiciaire.

*f) Guides (RJM et avocats)*

Ces documents de la CEPEJ (site de la CEPEJ), transmis aux présidents de juridictions, respectivement à la commission ADR de l'Ordre des avocats de Genève, il y a 18 mois, pourraient utilement figurer dans le volet médiation du site de leur institution.

*g) Spots dans les lieux publics*

La projection de spots sur la médiation dans des lieux publics : offices de poste, transports publics, gares, aéroport, etc. pourrait être soutenue par les subventions actuelles de l'Etat, sur la base de devis centralisés et présentés par la FGeM. Leur coût pourrait être couvert par les subventions existantes allouées actuellement par l'Etat à certaines associations : ces subventions devraient être consacrées exclusivement à la promotion de la médiation.

### h) *Médiation scolaire par les pairs*

A long terme, c'est l'introduction généralisée dans les établissements scolaires de *la médiation par les pairs*, c'est-à-dire par les élèves, qui contribuera le mieux à la nouvelle culture de gestion des conflits fondée sur une conception dynamique, positive et constructive. C'est un facteur essentiel pour un changement de paradigme vis-à-vis du conflit et de la manière de l'appréhender. La formation donnée à l'école – parfois en dehors des cours traditionnels – peut demeurer pour la vie, et dans la mesure aussi où elle limite les actes de violence à l'école, c'est un bon investissement pour l'Etat et la société. Les Lignes directrices N° 14 y font référence. A cet égard, l'exemple donné par d'autres cantons romands et par celui du cycle d'orientation (CO) de Sécheron à Genève pourrait stimuler notre République. Grâce à la Fondation Hans Wilsdorf, deux ouvrages ont été réalisés avec des équipes de contributeurs en Suisse romande et dans d'autres pays francophones : *Médiation et jeunesse, Mineurs et médiations familiales, scolaires et pénales* (Larcier, Bruxelles, 2013) et *Des Outils pour la médiation en milieu scolaire, pour apprendre au quotidien à gérer les conflits et à prévenir la violence* (sur le site de la CEPEJ, liens utiles). Soixante exemplaires pour les bibliothèques des CO et une clé USB ont été remis à l'époque à la direction du DIP. L'ouvrage *Médiation et jeunesse* donne des informations précises sur les expériences, approches et systèmes mis en place dans des pays francophones et dans les cantons voisins, dont Genève pourrait utilement s'inspirer à son tour.

#### 4. Commentaire article par article

##### LOJ (E 2 05)

###### *Art. 17, al. 1, lettre d (nouvelle teneur)*

Le changement de paradigme qu'impliquent l'entrée en vigueur de la Cst-GE et des modifications au CPC doit se traduire aussi dans la composition du CSM, qui comporte 9 membres. Puisque « le règlement à l'amiable de différends a la priorité » (FF 2006 6860), il est temps que l'injonction du Message du Conseil fédéral se traduise aussi dans nos institutions, raison pour laquelle il paraît important que l'un au moins des membres désignés par le Conseil d'Etat et non avocat soit un médiateur assermenté. Leur présence assurera une bonne mise en œuvre de l'article 21, alinéa 2 (nouvelle teneur), tout en maintenant l'équilibre de la composition du CSM.

La FGeM, qui réunit l'ensemble des associations et des cabinets de médiation du canton et qui a pour seul objectif le développement de la médiation, est particulièrement représentative de la profession, d'autant qu'elle n'a pas elle-même de but lucratif.

Rien n'empêcherait déjà les magistrats s'ils le souhaitent de désigner l'un des leurs qui soit membre de l'Autorité de conciliation (lettre c).

Rien n'empêcherait non plus les avocats de désigner l'un d'entre eux qui soit médiateur assermenté. Ce choix leur appartient et reflètera vis-à-vis des autorités et du public le degré de l'intérêt que la profession accorde à la médiation (lettre e).

La présence de ces nouveaux profils assurera une bonne mise en œuvre de l'article 21, alinéa 2 (nouvelle teneur), tout en maintenant l'équilibre de la composition du CSM.

###### *Art. 21, al. 2 (nouvelle teneur)*

Cette disposition vise en premier lieu à permettre au magistrat qui rencontrerait des difficultés techniques avec le renvoi judiciaire à la médiation (RJM / art. 65D et 65E) de les surmonter, par un soutien approprié, d'où la présence d'un médiateur assermenté parmi les membres du CSM. Ce n'est qu'ensuite et, présumons-le plus rarement, que cette autorité serait amenée à rappeler à ses devoirs le magistrat qui, systématiquement et par principe, ne se sentirait pas concerné par la médiation. Ces deux situations sont très différentes.

Aujourd'hui encore – et c'est un fait établi – 15 ans après l'entrée en vigueur des dispositions genevoises sur la médiation civile, 9 ans après

l'entrée en vigueur des dispositions du CPC et 7 ans après l'entrée en vigueur de la Cst-GE, encore plus d'un tiers des juges civils de première instance ont déclaré ne pas avoir recommandé aux justiciables la médiation en 2018 (Rap. Pratique TCiv, Q. 4, pp. 18 ss). Pour que le CSM soit informé du bon fonctionnement du renvoi judiciaire à la médiation, c'est-à-dire du respect de l'article 120 Cst-GE, les membres des juridictions précitées rempliront une nouvelle rubrique (médiation) à introduire dans la liste existante des contrôles semestriels qui indiquera le nombre d'accords d'entrée en médiation, le nombre d'accords de règlement de médiation conclus au cours du semestre et le nombre de juges des juridictions concernées (TCiv et son AC, TPAE et TPH) ayant suivi une sensibilisation à la médiation.

Le CSM sera amené à développer des critères permettant d'identifier les magistrats qui n'auraient pas enregistré un nombre d'entrées en médiation, par rapport à des objectifs fixés pour chaque juridiction civile de première instance. Ainsi par exemple pour le TCiv un nombre d'accords d'entrée en médiation inférieur à 0,5% du contentieux de sa chambre signifierait que le magistrat de la chambre civile concernée devrait, selon les cas, être encouragé à améliorer sa performance par une formation ou rappelé à son serment de respecter la loi.

Ces données seront récoltées de manière ciblée, comme indiqué aux articles 26, lettre a, et 65F. On se souvient que 2 juges civils vaudois ont atteint, déjà en 2018, des taux d'accord d'entrée en médiation de 7% et de 10% (Rap. Prat. TCiv). Le contrôle du CSM porte sur une période de 6 mois, donc suffisamment longue pour apprécier globalement l'efficacité du RJM de chaque juge civil.

### ***Art. 23 (nouvelle teneur)***

Cette information permet de vérifier la bonne marche de la sensibilisation initiale et continue. Elle est conçue comme un soutien qui devrait permettre le cas échéant aux magistrats concernés d'améliorer leur efficacité dans ce domaine.

### ***Art. 26 (nouvelle teneur)***

Sur ce point aussi l'Ordre judiciaire vaudois a montré la voie, en publiant dans son rapport d'activités des informations sur la médiation. (Rap. TCiv, son annexe 6, CEPEJ, liens utiles). Dans chaque compte rendu annuel de l'activité du pouvoir judiciaire, à l'instar de ce que vient de faire le Tribunal pénal des mineurs pour l'exercice 2019, le TCiv et son AC, le TPAE et le TPH publieraient chacun une rubrique portant sur les sujets mentionnés aux

lettres a à d. Il s'agirait donc simplement d'étendre à ces juridictions civiles l'initiative prise pour le Tribunal pénal des mineurs et – surtout – de la pérenniser.

Les objectifs de cette disposition sont les suivants :

- renseigner par des données objectives et de manière transparente les autorités (en particulier la commission judiciaire du Grand Conseil lorsqu'elle reçoit le compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire de l'année précédente) et le public sur le fonctionnement de la médiation en procédure civile;
- leur permettre d'évaluer son développement au fil des années;
- apporter les ajustements et les améliorations nécessaires, comme l'ont fait les Pays-Bas pendant une décennie (1999-2009);
- permettre de mesurer l'efficacité des renvois judiciaires en médiation et des processus de médiation;
- permettre une comparaison entre juridictions civiles sur le plan national, et entre pays membres du Conseil de l'Europe.

Ces objectifs trouvent leur ancrage dans le Manuel de législation mentionné ci-dessus au chiffre 3.7.

Les statistiques bien ciblées sont celles mentionnées aux articles 26, lettre a, et 65F, car elles permettent de mesurer l'efficacité du RJM et du processus de médiation. On se rapportera aux commentaires de ces articles. Il est donc parfaitement inutile de se disperser à les faire porter sur toutes les composantes du RJM figurant à l'article 65E, alinéa 2, lettres a à f. C'est l'enseignement donné tant par les outils de la CEPEJ que par le rapport sur la pratique des tribunaux civils de première instance sur le RJM.

Seule la présence de statistiques permet de connaître le fonctionnement effectif de la médiation d'année en année, raison pour laquelle elles figurent dans le présent projet de loi.

#### ***Art. 29A Ancrage de la médiation (nouveau)***

Comme déjà indiqué (chiffre 3.2.), l'objectif de cette disposition vise à assurer l'efficacité et la pérennité du bon fonctionnement de la médiation en procédure civile; il trouve son fondement dans le Manuel de législation (site de la CEPEJ, p. 40, ch. 8.1). Un tel mécanisme se met en place actuellement sous nos yeux dans le canton de Vaud (au niveau de la deuxième instance) et dans plusieurs juridictions françaises (au niveau de la première et de la deuxième instance). C'est partout un *juge de cour d'appel* qui exerce l'activité de coordinateur, son statut de magistrat indépendant lui donnant

l'autorité nécessaire pour instaurer, évaluer et réajuster de manière efficace un projet pilote de permanence dans lequel sont amenés à agir de concert des juges, des avocats et des médiateurs. En première instance, le juge référent pour la médiation sera élu par ses pairs en raison de sa motivation et de sa formation ou volonté de recevoir une formation en gestion des conflits. L'autorité de conciliation visée est principalement celle du Tribunal de première instance.

#### *Absence de coûts pour l'Etat*

Il ne résulte de cet ancrage aucun coût supplémentaire pour l'Etat puisque les tâches confiées au coordinateur et aux référents pour la médiation (art. 65A et 65B) sont assumées par des juges déjà en fonction, avec une éventuelle décharge (Vaud et France).

#### **Art. 41, al. 1, lettre g (nouvelle teneur), lettre l (nouvelle)**

Pour l'alinéa 1, lettre g, on se reportera aux commentaires des articles 26, lettre a, et 65F.

Pour l'alinéa 1, lettre l, l'exemple vaudois et les exemples rencontrés en France enseignent qu'il est à la fois pratique et important que les locaux judiciaires puissent accueillir le moment venu les médiateurs de permanence dans la proximité immédiate ou même à l'intérieur des salles d'audience, sans qu'il ne soit nécessaire de créer de nouveaux espaces à cet effet.

#### **Chapitre I du titre IX de la 1<sup>e</sup> partie Magistrats (nouveau)**

Ce chapitre poursuit l'objectif d'aider les juges civils à mieux s'adapter au changement de paradigme et à introduire la médiation dans leur pratique au quotidien. Il s'agit plus particulièrement de faciliter le passage entre le système de l'adjudication (procédure civile) et celui des modes amiables (conciliation et médiation), en inversant les priorités ancrées dans les vieilles habitudes de la pratique judiciaire, tout en favorisant le développement et la pérennité de la médiation en procédure civile.

#### **Art. 65A Coordinateur pour la médiation (nouveau)**

La recommandation d'ancrer la médiation judiciaire en matière civile dans les institutions judiciaires émane elle aussi de la CEPEJ et particulièrement de son Manuel de législation (site de la CEPEJ, p. 40 ch. 8.1 lettre d). Elle repose sur le constat qu'en l'absence de soutien institutionnel les projets pilotes disparaissent lorsque les magistrats qui les ont introduits quittent leur juridiction, comme ce fut le cas à Genève pour le TCiv. L'institutionnalisation est donc la réponse au besoin de pérennité et

d'efficacité de la médiation judiciaire en matière civile. Cet article indique les compétences respectives du coordinateur et des référents, leur mode de désignation ayant été prévu à l'article 29A. On a retenu par ailleurs qu'en France l'absence de cahier des charges du coordinateur et des référents à la médiation dans la loi posait problème.

Dans le canton de Vaud comme en France ou ailleurs c'est un magistrat de deuxième instance qui instaure et suit un projet pilote de médiation, telle une permanence. Son autorité, renforcée par son statut d'indépendance, est un gage d'efficacité.

A propos de l'expérience pilote mentionnée à l'alinéa 2, lettre b, toute permanence devrait être assumée par des médiatrices ou des médiateurs assermenté(e)s, qu'ils soient ou non avocats. En effet, le législateur n'a pas entendu faire de discrimination à ce sujet.

A l'alinéa 2 lettre d (comme à l'art. 65B. al. 2), il est fait référence aux conflits familiaux dont les parents ont un enfant mineur. Il est généralement admis que si la médiation en tant que telle ne saurait être obligatoire en Suisse, *la participation à une séance d'information peut l'être dans ces situations* (François Bohnet *et al.*, *CPC commenté*, Helbing et Lichtenhahn, 2011, page 801, par. 8). Il s'agit en effet d'une application découlant des articles 297 CPC et 314, alinéa 2, CC destinée à permettre aux parents de maîtriser autant que possible leur conflit. Plus tôt ils sont informés sur la médiation, plus grandes seront leurs chances d'éviter le piège de la querulence. L'expérience enseigne que le dépôt d'une requête unilatérale agressive entraîne une réponse qui l'est tout autant, si ce n'est plus, ce qui enferme les parents dans une spirale conflictuelle beaucoup plus difficile à traiter par la suite, avec des conséquences souvent dévastatrices pour les enfants. Ainsi des projets pilotes en matière familiale fonctionnent déjà dans le canton de Bâle-Ville (au Tribunal de première instance) et dans le canton du Valais (au Tribunal de district et à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) de Monthey), tandis qu'un projet pilote de ce genre fait l'objet d'une réflexion avancée dans le canton de Vaud (au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois à Vevey), où les avocats se seraient engagés à s'abstenir de rédiger leurs actes de manière blessante pour les parents.

La rédaction de l'alinéa 2, lettre d, incite à rechercher des solutions à ces 3 stades : *avant, pendant ou après le dépôt d'une requête unilatérale*, par exemple en donnant des informations et en formulant des recommandations sur le site du pouvoir judiciaire ou dans des brochures et questionnaires remis par les greffes concernés, et en étudiant de près les expériences pilotes mentionnées ci-dessus.

### *Coûts et économies pour l'Etat*

Les tâches concernant respectivement le coordinateur de la médiation et le référent sont confiées à des magistrats en exercice et n'impliquent pas de coûts supplémentaires pour l'Etat. Il n'y a donc pas de poste nouveau à créer à ce sujet. On se reportera par ailleurs au chiffre 3.4. ci-dessus.

#### **Art. 65B**      ***Référents pour la médiation (nouveau)***

Il est nécessaire de doter les référents pour la médiation d'un cahier des charges qui précise, encadre et renforce leurs activités, comme on l'a fait pour le coordinateur.

L'objectif recherché par la séance obligatoire prévue à l'alinéa 2 consiste à faire prendre conscience aux parents de leur responsabilité vis-à-vis de leur enfant, de les contraindre à se rencontrer, à communiquer et à trouver un accord satisfaisant dans l'intérêt de l'enfant. La collaboration des avocats et autres éventuels intervenants est nécessaire, pour communiquer le même message aux parents. Diverses approches et variantes possibles sont déjà pratiquées en Suisse : le *modèle consensuel de Cochem*, introduit au Tribunal de Monthey (Valais) et présenté au TPAE de Genève par la présidente du Tribunal civil de Dinant (Belgique), la *consultation ordonnée*, pratiquée par les tribunaux civils de Bâle-Ville et de Saint-Gall (canton du Valais, *Observatoire cantonal de la jeunesse*, avec la collaboration de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et de l'Université de Genève, Centre interfacultaire en droits de l'enfant, novembre 2017). Il faut faire mention ici également du modèle récemment élaboré par l'Association Séparation et construction parentale autour de l'Enfant (ScopAE).

Les requêtes unilatérales concernées sont pour le TCiv les suivantes : en mesures protectrices de l'union conjugale, en séparation, en divorce et en modification de jugements rendus dans ces domaines.

Pour le TPAE, il s'agit de requêtes en fixation de droit aux relations personnelles, ou en fixation de mesures de protection.

Il faut considérer comme unilatérale aussi une requête commune avec accord partiel, lorsque celui-ci est limité au principe du divorce ou de la séparation (art. 112 CC).

### *Coûts et économies pour l'Etat*

On se reportera au chiffre 3.4. ci-dessus.

### **Art. 65C      *Sensibilisation initiale et continue (nouveau)***

Selon le rapport sur la pratique des tribunaux civils de première instance sur le RJM, moins de la moitié des magistrats participant à l'enquête étaient sensibilisés à la médiation en 2018, et un tiers ont déclaré n'avoir jamais proposé la médiation (Rap. Pratique TCiv, p. 18 et ss Q. 3 et 4), d'où la nécessité d'introduire une *sensibilisation obligatoire* à la médiation conformément à la recommandation de la CEPEJ.

Cette disposition complète et remplace pour les juges civils de première instance l'article 13, alinéa 2, lettre b, sur la formation continue en matière de règlement amiable des différends, qui est *facultative*. La sensibilisation initiale ne vise pas à faire des magistrats des médiateurs mais à les rendre efficaces lorsqu'ils orientent les parties vers un processus de médiation (art. 65E, al. 1). Le Conseil de l'Europe n'a cessé d'insister sur la nécessaire information sur la médiation que les professionnels impliqués dans le fonctionnement de la justice doivent recevoir (Rec. (2002) 10, ch. 21), et la CEPEJ avec ses Lignes directrices (2007) N° 4, Ch. 50 sur le rôle crucial des juges dans la propagation de la culture du règlement amiable des litiges.

La sensibilisation initiale et continue devrait bénéficier d'abord aux magistrats de carrière, sans cependant exclure dans un deuxième temps les assesseurs et autres juges laïques. Il appartiendra au juge coordinateur de la médiation d'en décider, de concert avec le référé pour la médiation de la juridiction concernée. Au vu de l'absence d'impact de ses instruments dans la pratique quotidienne, la CEPEJ a pensé qu'une telle formation devrait être *obligatoire* (2 pays l'ont déjà fait pour la sensibilisation initiale : la Belgique et la France). La Feuille de route du CEPEJ (2018) 8 fondée sur le rapport du CEPEJ-GT-MED concernant « L'impact des Lignes directrices de la CEPEJ en matière civile, familiale, pénale et administrative », adoptée par la Plénière du 27 juin 2018, Rec. 3 p. 4 recommande et souligne que « Tant que les juges ne seront pas obligatoirement formés ou sensibilisés à la médiation au cours de leurs études ou de leur première année professionnelle, le nombre d'affaires envoyées en médiation... stagnera à son très faible niveau actuel... ». Pendant et en dehors des périodes de formation chaque juge devrait avoir à sa disposition le Guide du renvoi judiciaire à la médiation (site de la CEPEJ).

Qui plus est, la CEPEJ a préparé conjointement avec le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME un *programme de sensibilisation des juges à la médiation*, disponible depuis décembre 2019 sur son site. Ce programme comporte 2 volets, respectivement pour la formation initiale et pour la formation continue. Il pourrait être donné pour la sensibilisation initiale éventuellement dans le cadre du CEMAJ, pour

l'Académie de magistrature, et pour la formation continue dans le cadre de la Fondation pour la formation continue des juges suisses.

### *Ad al. 1*

La réalisation de la sensibilisation initiale se passe en 2 étapes pour être efficace :

- a) d'abord celle de la mise en place par le coordinateur de la sensibilisation initiale pour que la participation des magistrats concernés se déroule conformément à cet alinéa;
- b) ensuite celle de la consolidation par le CSM (à l'occasion de chaque contrôle semestriel usuel).

Le CSM pourrait exiger que dans son questionnaire semestriel, les magistrats des 3 juridictions civiles concernées indiquent dans une rubrique « Médiation » si et quand ils ont été sensibilisés.

Les lettres a à c reprennent tels quels les objectifs du programme de sensibilisation à la médiation élaboré par la CEPEJ conjointement avec le GEMME, et non pas son contenu. Selon ce programme, la sensibilisation initiale pourrait représenter 4 modules d'une demi-journée chacun et la sensibilisation continue se concentrer sur les 2 modules qu'il convient de reprendre pour maintenir ces performances.

### *Coûts et économies pour l'Etat*

Par souci d'efficacité on pourrait commencer par sensibiliser les juges désignables comme référents pour la médiation au sein de leur juridiction, un par tribunal. Le coût par juge serait d'environ 2 000 francs (une fois dans la carrière du juge) pour les 2 jours de formation, selon le programme de la CEPEJ (soit 6 000 francs pour les juges référents du TCiv, du TPAE et du TPH). Pour l'ensemble des magistrats civils sensibilisés la première année de leur entrée en fonction, on peut retenir que cette dépense de 2 000 francs ne se produira qu'une seule fois pendant leur cursus (ce qui représente 100 francs par an pour un cursus de 20 ans). Ces dépenses pourront être compensées directement par les économies découlant de la progression du nombre de dossiers renvoyés en médiation.

### *Ad al. 2*

Le contenu du programme pourrait se concentrer sur 2 modules et consisterait à tenir à jour les connaissances pratiques des juges en matière d'orientation en médiation. Selon le programme de la CEPEJ, la formation en

2 modules pourrait se limiter à 1 journée (soit 2 journées sur 6 ans, ce qui ne peut pas surcharger les magistrats).

#### *Coûts et économies pour l'Etat*

Le coût par juge serait d'environ 1 000 francs pour 1 jour de formation, selon le programme de la CEPEJ. Au cours de chaque législature (6 ans), il y aurait donc 2 formations continues d'un jour par magistrat. Ceci est parfaitement supportable tant du point de vue de la charge des juges civils que de l'impact financier (soit 333,33 francs par an et par magistrat).

Ces dépenses devraient être compensées par les économies découlant du taux progressif de dossiers envoyés en médiation.

#### **Art. 65D** *Affaires éligibles à la médiation (nouveau)*

Selon le Rap. Pratique TCiv (pp. 18 et ss, Q. 8 lettre a), environ un tiers des juges civils de première instance à Genève ont déclaré ne pas identifier les dossiers qui se prêtent à la médiation, c'est-à-dire éligibles à la médiation. Or, il s'agit d'une étape préliminaire essentielle au bon déroulement du RJM et du processus de médiation. Identifier un dossier qui se prête à la médiation ne s'improvise pas et c'est l'une des raisons pour lesquelles la sensibilisation précitée est indispensable. En effet, tous les dossiers ne se prêtent pas à la médiation qui n'est ni une panacée ni une décharge pour des affaires que l'on n'a pas envie d'instruire.

Le Guide du renvoi judiciaire à la médiation (site de la CEPEJ) énumère les situations pour lesquelles ce mode amiable est approprié et celles pour lesquelles il est contre-indiqué. Il est donc important que chaque magistrat civil de première instance puisse l'avoir à sa disposition pour l'utiliser effectivement dans le quotidien de la vie judiciaire. Il est difficile d'en dégager des critères susceptibles de figurer dans un texte de loi. Le juge procédera en deux temps : en préparant le dossier, il examinera si les *conditions objectives* favorables à la médiation existent, et à l'audience, par le dialogue, si les *situations personnelles* des parties le permettent. *Dans les 2 étapes, le juge jouit de son plein pouvoir d'appréciation. En revanche, dès qu'il a acquis la conviction que ces conditions sont réalisées, il doit alors proposer la médiation aux parties.*

Récemment le TCiv a commencé une première réflexion consistant à cerner les « litiges dans lesquels la justice n'apporte qu'une réponse partielle, inadéquate ou temporaire (affaires successorales, complexes, familiales, de voisinage, et certaines affaires commerciales) ». Ces *critères objectifs*, dont la liste mériterait d'être encore complétée (contrats commerciaux de longue durée : contrats d'agence, de représentation exclusive, de vente successive,

de franchising, conflits entre les principaux partenaires d'une société commerciale, conflits entre actionnaires, etc.), doivent être accompagnés par des *critères subjectifs* : c'est-à-dire la capacité des parties de se projeter dans le processus; cela implique de savoir porter un *diagnostic sur le conflit*, opération qui nécessite une sensibilisation adéquate (voir Dictionnaire, lexie Etapes du conflit, p. 226 et suivantes). A ce propos, la consultation du Guide du renvoi judiciaire à la médiation (site de la CEPEJ) s'avère des plus utiles mais ne se substitue pas à une sensibilisation.

Voici quelques exemples concrets de situations qui se prêtent, respectivement qui ne se prêtent pas à la médiation, retenus dans le guide FAQ Médiation.

a) Situations éligibles à la médiation :

La médiation peut être utilisée dans la plupart des affaires civiles, commerciales, familiales et sociales, prud'homales. Les critères suivants, outre le domaine d'application juridique qui régit le dossier, devraient être pris en considération :

- lorsque les parties ont des liens juridiques (comme dans le cas des litiges familiaux, des conflits relatifs à un bail commercial, des problèmes de copropriété, de détention de parts dans une entreprise, d'actionnariat, de représentation exclusive, de franchisage et autres contrats commerciaux, etc.), ou toute autre forme de relation de longue date (famille, emploi, voisins, collègues, membres d'une association ou d'un groupe d'actionnaires, etc.);
- une action en justice ne permettrait de régler qu'une partie du différend (le litige), car elle peut dissimuler un conflit ou un problème sous-jacent plus important;
- le litige a un fort contenu émotionnel;
- lorsqu'il existe des intérêts économiques convergents ou complémentaires, ce qui permet aux parties de redéfinir leur relation et leurs activités, ou d'établir entre elles une nouvelle coopération;
- les deux parties ont intérêt à parvenir à un règlement rapide plutôt qu'à engager une procédure judiciaire ou arbitrale prolongée; le coût et la durée de l'action sont sans proportion avec les intérêts en jeu;
- les problèmes sont d'une nature extrêmement complexe. Ils concernent plusieurs demandes ou plusieurs personnes ou entités (responsabilité conjointe, assurance, autre société du même groupe, associé, titulaire d'une licence, etc.);

- le litige s'étend sur plusieurs pays;
- les parties souhaitent une certaine confidentialité.

b) Situations non éligibles à la médiation :

- lorsque les parties négocient déjà de manière satisfaisante et que la présence d'un tiers n'est pas nécessaire;
- lorsqu'un précédent juridique est nécessaire pour la jurisprudence;
- lorsqu'une conciliation judiciaire est possible, à un coût raisonnable et dans un délai rapide, et lorsque la valeur est peu importante;
- lorsque les faits ne sont pas contestés et donc qu'il est possible d'obtenir une décision judiciaire ou une sentence arbitrale rapidement ou à un coût raisonnable;
- lorsque toutes les parties souhaitent défendre leur cause devant la justice;
- lorsqu'une partie donnée a besoin, à titre individuel, d'obtenir une protection légale particulière;
- dans certains cas où il existe un profond déséquilibre des rapports de force entre les parties;
- en cas de déni de violence ou de violences répétées, notamment entre conjoints;
- en cas de procédures abusives de la part d'une des parties (mauvaise foi établie);
- en cas d'incapacité juridique d'une des parties (sauf si cette personne a un tuteur légal qui la représente pendant le processus);
- dans les litiges familiaux, lorsque la situation exige que les enfants soient protégés contre des violences psychologiques ou physiques.

**Art. 65E** *Renvoi à la médiation (nouveau)*

Cette disposition remplace l'article 17, alinéa 1, LaCC dont la rédaction imprécise et non contraignante n'a eu aucun impact sur la pratique quotidienne, et fut critiquée à juste titre dans la motion 2449-A (voir le rapport du 4 janvier 2019 relatif à ladite motion, p. 3).

Avec le nouveau droit de procédure (sur le plan fédéral, art. 213, 214 et 297 CPC), le renvoi judiciaire à la médiation « n'est pas une démission du juge, mais une des missions du juge » (Professeur Ch. JAROSSON).

L'autorité de conciliation visée est principalement celle du Tribunal de première instance (voir ci-dessus chiffre 2.1.).

*Ad al. 1*

Les situations éligibles à la médiation en matière civile sont mentionnées dans le Guide du renvoi judiciaire à la médiation (comme dans le Guide de médiation pour les avocats et au site de la CEPEJ. On se reportera par ailleurs aux commentaires de l'article 65D.

*Ad al. 2*

Lorsque le juge civil constate que les conditions objectives et subjectives d'éligibilité à la médiation sont réalisées, il procède conformément à l'alinéa 2, lettres a et b. Lorsqu'une permanence sera mise en place, les juges pourront conseiller (art. 213 et 214 CPC) ou exhorter (art. 297 CPC et 314, al. 2 CC) les parties à s'y rendre. En revanche les démarches énoncées aux lettres c à f sont mentionnées à titre indicatif (« ils peuvent ») et laissées à la libre appréciation du juge dans chaque cas d'espèce.

Le RJM se compose d'une suite de démarches interactives, initiées par le juge ou par les parties sous son égide, pour leur permettre de passer efficacement de la procédure civile au processus de médiation. Le RJM commence par l'identification et la sélection par le juge des dossiers qui se prêtent à la médiation (art. 65D) et s'achève *au seuil* de la conclusion de l'accord d'entrée en médiation (appelé aussi engagement en médiation). La recommandation (art. 214 CPC) ou l'exhortation (art. 297 CPC et 314, al. 2, CC) du juge aux parties de tenter une médiation ne représente donc qu'une des démarches du RJM, nécessaire mais le plus souvent non suffisante pour assurer son efficacité. Les lettres a à f reprennent les démarches rencontrées dans la pratique comparée. L'enquête à laquelle il a été procédé sur ce sujet auprès des tribunaux civils de première instance des 6 cantons de la Suisse romande a bien mis en relief les démarches pratiquées et celles qui le sont moins, ou qui sont totalement inconnues d'une majorité de juges civils (Rap. Pratique TCiv, site de la CEPEJ), tableaux suite à la Q N° 8.

Cette situation n'est pas surprenante : la Suisse a introduit la médiation dans son ordre juridique sans préparer l'encadrement nécessaire à ce nouveau mode, ni pris les mesures d'accompagnement préconisées dans les Lignes directrices 2007 N° 14. De plus, le législateur fédéral a conçu très sobrement des aiguillages, aux articles 213, 214 et 297 CPC et 314, alinéa 2, CC, sans baliser la voie conduisant de la procédure au processus. Enfin nombre de magistrats chargés d'appliquer les dispositions précitées du CPC n'ont, encore aujourd'hui, pas reçu de sensibilisation à la médiation ou une sensibilisation où le RJM n'est ni présenté ni exercé. En tant que tel, le RJM n'apparaît par ailleurs pas dans la doctrine suisse, ou alors à l'état embryonnaire. Dans ces conditions, chaque juge civil a été mis en situation

de devoir improviser pour trouver, empiriquement, la manière de donner suite – ou non – à l'injonction se terrant derrière les dispositions du CPC : « Le règlement à l'amiable des différends a la priorité ». Ces termes permettent ainsi d'appliquer de manière dynamique les articles 213, 214 et 297 CPC, selon une interprétation téléologique de la loi. Beaucoup de magistrats s'y sont attelés « avec les moyens du bord », tandis que d'autres y ont renoncé (pour plus de détails, voir l'article de même titre paru dans la RSPC, N° 6/2019, pp. 539-551). En cas de refus de l'une des parties de tenter une médiation suite à une proposition du juge, celui-ci le fait noter avec la motivation alléguée au procès-verbal (voir ci-après le commentaire à l'art. 26, al. 4, LaCC et à l'art. 43, al. 2, LPAv).

On a déjà relevé que 2 chambres civiles vaudoises sont parvenues même avec la rédaction actuelle des articles précités du CPC à d'excellents taux de renvoi en médiation.

Lettre f, première phrase : l'idée a été émise d'accorder aux parties un bon pour participer à 3 séances de médiation, à l'instar de la pratique du TPAE, tant dans les affaires familiales que dans les affaires commerciales. Il s'agira de résoudre non seulement une question financière mais une question politique : la médiation commerciale doit-elle aussi être prise en charge par l'Etat (il appartiendra au Grand Conseil de se prononcer ultérieurement sur ce point lorsqu'il sera amené à examiner le projet annoncé au chapitre III ci-dessous, projet qui couvrira les domaines civil, pénal et éventuellement administratif) ?

Lettre f, deuxième phrase : elle est à mettre en relation avec l'article 26, alinéa 4, LaCC. A ce propos, l'existence et l'échec de pourparlers transactionnels antérieurs ne sont pas des motifs légitimes pour s'opposer à la médiation. Il n'y a dès lors pas de problème de confidentialité. En effet, la médiation s'ouvre précisément là aussi où la négociation (ou la conciliation) n'ont pas trouvé d'issue. Contrairement à l'idée reçue, les modes amiables ne sont pas interchangeables, mais complémentaires. Ainsi il est parfaitement erroné d'affirmer, comme on l'entend encore souvent dans les prétoires, qu'on a déjà tenté une médiation alors qu'il s'agit en réalité d'une transaction, qui a échoué.

La lettre f, deuxième phrase, ne saurait porter atteinte au caractère volontaire de la médiation, dès lors que les parties peuvent faire valoir des motifs légitimes de ne pas y recourir, parce qu'elle ne serait pas appropriée dans le cas d'espèce (voir commentaire de l'art. 65D ci-dessus). Dans ce contexte, le juge interrogera la partie concernée de manière neutre, sans exercer sur elle quelque pression que ce soit.

*Ad al. 3*

La suspension de la procédure civile évite toute interférence de la procédure dans le processus et inversement. La suspension sans limite dans le temps est obligatoire en cas de médiation : l'article 214, alinéa 3, CPC précise : « La procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à la communication de la fin de la médiation ».

La question qui se pose réside dans le *début de la suspension* : si la fin de la suspension est déclenchée par la fin de la médiation, le commencement de la suspension devrait en bonne logique être enclenché par le commencement de la médiation, ce que le CPC ne précise pas. Qu'en est-il en pratique ? Or, de quel moment partir si ce n'est la conclusion de l'accord d'entrée en médiation ? La solution contraire rencontrée fréquemment dans l'enquête (Rap. Pratique TCiv) consiste à suspendre avant qu'un engagement en médiation ne soit conclu, sans s'assurer que les parties soient en mesure de franchir le *no man's land* actuel : le passage de la procédure au processus. Or *ce passage demeure dans la sphère du juge*, et sûrement pas du médiateur. En effet le médiateur et les parties se lient par l'accord d'entrée en médiation. La pratique des juges consistant à suspendre lorsque les parties en litige en ont convenu mais sans qu'un tiers médiateur n'y soit partie, compte parmi les causes de la situation actuelle. En effet – l'enquête le démontre clairement – les juges qui d'emblée suspendent la procédure sans s'assurer qu'un accord initial avec un médiateur a été conclu reconnaissent qu'ils ne sont pas en mesure de savoir ce qui se passe après. Qui plus est, ce mode de faire revient pour le juge à se dispenser de la tâche consistant à faciliter aux parties le passage entre la procédure et le processus en les laissant sans carte ni boussole. Semblable omission est la négation même du RJM. Et relègue la disposition légale à un rôle purement décoratif.

Ainsi puisque rien n'interdit au juge d'attendre le moment de la conclusion de l'engagement en médiation pour suspendre la procédure et que rien non plus ne l'oblige à le faire plus tôt, tout devrait être évité pour la suspendre de manière prématurée, mesure non justifiée sur le plan du droit et inefficace sur le plan de l'accès à la médiation.

Le critère de l'efficacité de la justice conduira ainsi le juge à préférer la solution raisonnée du RJM, qui, seule, assure le passage effectif et efficace de la procédure au processus, répond au besoin de sécurité juridique des justiciables et à la volonté du législateur, et qui enfin contribue à donner une bonne image de la justice et de la médiation. Par ailleurs seul ce mode de faire permettra à la Suisse de fournir au Conseil de l'Europe (CEPEJ) les données requises en matière de statistiques.

« L'assurance qu'un accord d'entrée en médiation a été conclu » permet de *limiter les risques d'utilisation de la médiation à des fins dilatoires* (une crainte souvent avancée dans les milieux judiciaires), puisque le magistrat continue à suivre la progression des parties entre la procédure civile et le processus de médiation.

Il en va de même lorsque les parties prennent elles-mêmes l'initiative de tenter une médiation en cours de procédure, le tribunal ne suspendra qu'après avoir été informé de l'existence d'un accord d'entrée en médiation.

#### *Ad al. 4 et 5*

La récolte de données statistiques bien ciblées est indispensable pour mesurer l'efficacité tant du RJM que du processus de médiation et le devoir des médiateurs de communiquer spontanément ces données aux greffiers est destiné à soulager ceux-ci dans l'exercice de leur tâche décrite à l'article 65F.

#### **Art. 65F**      ***Statistiques (nouveau)***

Pour être pleinement efficace, la récolte des statistiques s'effectue à 3 stades :

- lors de la survenance d'un accord d'entrée en médiation, d'un accord de règlement (partiel ou global) de médiation, ou en cas de non-aboutissement du processus, c'est au médiateur assermenté de le signaler au greffier de la chambre concernée (al. 1);
- lors du contrôle semestriel du CSM, c'est à chaque magistrat de porter ces données sur le formulaire ad hoc (al. 2);
- lors de l'établissement du rapport annuel d'activités, juridiction par juridiction, les greffiers de chambre communiquent leurs données à leur greffier de juridiction (al. 3).

En faisant cette communication aux greffiers concernés, les médiateurs n'enfreignent pas leur devoir de confidentialité puisqu'ils se contenteront de faire mention de l'existence de ces accords (avec le numéro de la cause) et se garderont bien évidemment de dévoiler le contenu de l'accord ou la manière dont le processus s'est déroulé.

Dans ses travaux, la CEPEJ a insisté sur la nécessité de récolter des données nationales harmonisées et pertinentes en matière de statistiques. Les objectifs recherchés ont été mentionnés au commentaire de l'article 26 ci-dessus.

Les données statistiques récoltées, on peut alors procéder aux mesures suivantes, en posant l'équation :

- a) le nombre d'accords d'entrée en médiation sur le nombre de dossiers de l'entité judiciaire concernée reflète le taux d'efficacité du RJM;
- b) le nombre d'accords de règlement de la médiation sur le nombre d'entrée en médiation reflète le taux d'efficacité du processus de médiation.

On peut les établir d'abord chambre par chambre, tribunal par tribunal, canton par canton, ce qui permettra du même coup à la Suisse de répondre à son tour comme les autres Etats membres du Conseil de l'Europe au questionnaire que lui envoie tous les 2 ans la CEPEJ.

L'expression « dans le cadre ou à l'occasion de procédures pendantes » vise aussi bien le cas de renvoi judiciaire à la médiation que celui où les parties prennent elles-mêmes l'initiative de tenter une médiation.

### ***Chapitre II du titre IX de la 1<sup>re</sup> partie Médiateurs (nouveau, comprenant les art. 66 à 74)***

Le Conseil d'Etat est conscient de la nécessité des réformes touchant à leur profession que souhaitent les milieux de médiateurs. D'une part, ces réformes concernent les critères de reconnaissance de leurs qualifications sur les tableaux de médiateurs assermentés (quant à la formation et quant à la pratique), la nécessité d'apporter sur ces tableaux d'autres rubriques (accréditations, spécialisations, co-médiation, etc.), tandis que la mise à jour périodique des tableaux, négligée jusqu'à présent, doit être prévue et effective. Toutes ces réformes peuvent et doivent, à première vue, être réalisées *par la voie réglementaire*. On signalera dans ce contexte l'existence de listes de critères de formation établis par la FSM, en Suisse, et conjointement par l'Institut international de médiation (IMI) et la CEPEJ (Lignes directrices sur la conception et le suivi des programmes de formation à la médiation, CEPEJ(2019)8, site de la CEPEJ). D'autre part, d'autres réformes tiennent aux critères d'inscription prévus dans la loi (LOJ, titre II), à la variété des systèmes et tableaux mis en place par le législateur, au fil du temps et selon les matières (pénale des mineurs, pénale des adultes, civiles, de la santé) et avec des barèmes dont les montants, pris en charge ou non par l'assistance juridique, nombre d'heures ou de séances, sont tous à harmoniser. Or ces réformes peuvent et doivent se réaliser *par la voie législative*, pour plusieurs d'entre elles. D'une manière générale les associations de médiation consultées s'accordent à considérer comme désuètes plusieurs dispositions du titre IX de la 1<sup>re</sup> partie LOJ les concernant et ont formulé des propositions pour en améliorer la teneur (art. 66, 67, 68 et 69), sans s'être toutefois concertées toutes entre elles. Le Conseil d'Etat invite la FGEM à réunir ses représentants pour lui soumettre des propositions harmonisées, lesquelles seront ultérieurement prises en considération dans un

projet de loi distinct portant sur ces points précités, non limité au domaine civil.

Ainsi les propositions des médiateurs concernant ces 2 volets seront attentivement prises en compte par le Conseil d'Etat au stade suivant, aussitôt que le Grand Conseil se sera prononcé sur le présent projet de loi.

### ***Chapitre III du titre IX de la 1<sup>re</sup> partie Avocats (nouveau)***

Le chapitre qui leur est consacré poursuit l'objectif d'aider les avocats civilistes à mieux s'adapter au changement de paradigme et introduire la médiation dans leur pratique au quotidien. Il s'agit plus particulièrement de faciliter le passage entre le système de l'adjudication (procédure civile et arbitrage) et celui des modes amiables (conciliation et médiation), en inversant les priorités ancrées dans les vieilles habitudes de la pratique judiciaire, tout en favorisant le développement et la pérennité de la médiation en procédure civile.

Un peu partout en Europe, Suisse comprise, des générations d'avocats ont été formatés pendant des siècles essentiellement au combat de la procédure civile, puis de l'arbitrage, tous deux fondés sur l'adjudication. De plus, à Genève, la place accordée dans le monde judiciaire au pénal a pris de longue date une importance telle qu'elle se reflète encore aujourd'hui dans la carrière des avocats comme dans le cursus des magistrats. Aussi cette influence du pénal affecte la manière de penser et d'agir de tous les acteurs, y compris en procédure civile devant les tribunaux civils de première instance (TCiv et son AC, TPAE et TPH).

Le recours automatique au procès, comparé au syndrome de Pavlov par un professeur à la faculté de droit, n'en est pas pour autant une fatalité. Il faut donc considérer ce chapitre III comme un encouragement donné à l'avocat pour se préparer convenablement au changement de paradigme qui le concerne, tout comme le chapitre I le fait pour le juge civil.

Sous l'effet conjoint de la motion 2449-A et de l'avant-projet de loi, la commission ADR de l'Ordre des avocats de Genève a commencé une réflexion pour la mise en œuvre de la médiation au sein du barreau. On ne peut que s'en réjouir tout en soulignant que ces mesures compléteront la législation demandée par la motion 2449-A, mais ne sauraient s'y substituer. La prise en compte des guides et des outils préparés conjointement par le CCBE et la CEPEJ (facilement adaptables aux situations nationales et cantonales) évitera par ailleurs de devoir « réinventer la roue ».

La question de savoir dans quel cadre légal doivent s'inscrire les dispositions concernant les avocats s'est posée : LOJ ou LPAV. Trois raisons principales ont conduit à retenir l'option de la LOJ.

D'une part, mettre en lumière la *similitude des devoirs* attendus de 2 groupes de personnes, les juges et les avocats, tous incontournables pour assurer un accès à la médiation efficace, durable et développé : devoirs de se sensibiliser, d'informer, de conseiller et de savoir identifier les situations éligibles à la médiation.

D'autre part, insister sur *l'interdépendance des dispositions proposées*, l'efficacité des unes dépendant de celle des autres. Une sensibilisation des juges non accompagnée de celle des avocats serait d'un impact réduit ou nul, et inversement. D'ailleurs toutes les dispositions formulées dans ce projet revêtent ce caractère d'interdépendance, déjà très présent dans les Lignes directrices de la CEPEJ. Cette interdépendance est l'une des clés de son efficacité.

Enfin, il est logique de regrouper au titre IX LOJ (Médiation) les règles concernant celles et ceux qui vont désormais devoir *interagir* pour la mettre en œuvre : les magistrats, les médiateurs et les avocats.

En revanche, la disposition concernant l'autorité de surveillance des avocats a typiquement sa place dans la LPAV (ad art. 43, al. 2).

#### **Art. 74A      *Sensibilisation initiale et continue (nouveau)***

Cet article est le pendant de l'article 65C, le rôle des avocats dans la promotion de la médiation étant tout aussi important que celui des juges. Et sur le plan individuel, pour assister son client dans le processus et pour rédiger des clauses de médiation dans les actes juridiques et les contrats lorsque c'est approprié, l'avocat sera d'autant plus performant qu'il y aura été spécialement et convenablement préparé.

« Le règlement à l'amiable des différends a la priorité ». C'est le message donné par l'Université de Harvard il y a 30 ans, relayé par le Conseil fédéral (FF 2006 6860) et maintes fois répété par le Conseil de l'Europe. Il a déjà été entendu par le CCBE et plusieurs associations de barreaux importants des Etats membres du Conseil de l'Europe qui l'ont transposé dans la formation de leurs membres.

A Genève, depuis l'entrée en vigueur des dispositions sur la médiation en matière civile le 1<sup>er</sup> janvier 2005, sur les quelque 1 800 avocats qui pratiquent le barreau une minorité de ses membres a reçu une formation spécifique comme conseils dans la médiation. Ceci en dépit du fait que ces dernières

années, les associations d'avocats ont organisé quelques formations, malheureusement de faible fréquentation et de peu d'impact dans la pratique.

Cette situation, comme l'absence de sensibilisation des juges, contribue à verrouiller l'accès à la médiation en procédure civile depuis 15 ans. Ne rien prévoir dans la loi reviendrait à maintenir, en matière de règlement des différends, le *quasi-monopole* de fait du système d'adjudication représenté par les procédures civile et arbitrale.

La disposition proposée représente un compromis par rapport aux recommandations de la CEPEJ tendant à ce que soient obligatoires la formation initiale et la formation continue des avocats dans ce domaine : l'alinéa 1 reflète et pérennise la situation actuelle de l'enseignement donné au sein de l'ECAV. Les modules consacrés à la négociation et à la médiation y sont obligatoires pour les futurs avocats. L'alinéa 2 représente un encouragement pour les associations d'avocats à organiser des formations qui peuvent être souples, modulées et spécialisées, tandis que l'alinéa 3, plus incitatif, est là pour rappeler aux membres du barreau que leur formation continue doit également s'exercer dans ce domaine devenu prioritaire depuis plus d'une décennie.

#### *Ad al. 1*

Par *décision consensuelle*, le pouvoir judiciaire, l'Ordre des avocats de Genève et la faculté de droit ont parrainé dans les années 2008 à 2010 une expérience pilote destinée aux jeunes avocats : « Introduction à la gestion des conflits » initiée par le GEMME-Suisse. Deux modules de ce projet (négociation et médiation) ont été ensuite introduits dans le programme actuel de l'ECAV. Celui-ci ne prévoit pas encore de former les avocats stagiaires comme conseils dans la médiation selon les critères du *programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation* (site de la CEPEJ). Il est donc nécessaire qu'il soit complété dans ce sens pour permettre aux participants d'y être efficaces dans l'exercice ultérieur de leur profession.

Le but poursuivi consiste à pérenniser et à compléter cette formation *absolument indispensable* pour ouvrir les futurs avocats et magistrats à la connaissance et à la pratique effective et efficace des modes amiables.

Les lettres a à c reprennent les objectifs (et non pas le contenu) du programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation (site de la CEPEJ). Malheureusement la sensibilisation donnée par l'ECAV n'a, 10 ans après la première volée, et malgré la qualité des intervenants, guère eu d'impact dans la pratique au vu du nombre

insignifiant de cas qui ont été orientés vers la médiation dans le cadre d'une procédure civile. Pourquoi ? Il faudra bien désormais que les jeunes avocats sortant de l'ECAV soient encouragés par les associés et chefs de leur étude à utiliser les nouveaux outils dans les dossiers de l'étude, à chaque fois qu'ils s'y prêtent, dans l'intérêt supérieur du client. C'est d'ailleurs dans l'intérêt général de la profession de s'adapter désormais à ces nouvelles méthodes avec la signature de la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, aussi appelée la Convention de Singapour sur la médiation (2018). C'est l'intérêt évident de Genève aussi, si elle a l'ambition de maintenir sa place de centre international de règlement des différends. Il est significatif que la conférence des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation ne se soit pas tenue en 2018 à Genève dans la salle de l'Alabama ou au Palais des Nations, mais à Singapour.

#### *Ad al. 2*

Ce n'est certes pas le rôle de l'Etat d'organiser pour les avocats des formations continues en matière de gestion des conflits, mais son devoir de rappeler dans la loi au barreau que cette responsabilité lui incombe pour ne pas reporter encore sur les nouvelles générations le retard pris dans ce domaine ces 15 dernières années.

La rédaction souple de cet alinéa laisse aux associations d'avocats la pleine liberté, partant l'entière responsabilité d'organiser ces formations continues. Elles le feront certainement dans l'intérêt aussi des clients.

On peut imaginer que les associations d'avocats pourraient organiser des formations sur plusieurs niveaux :

- a) une introduction générale à la gestion des conflits, ouverte à tous;
- b) le programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation, en le destinant *aux avocats civilistes* (qui sont amenés, d'une part, à intervenir dans le processus, et de manière différente que dans la procédure civile et, d'autre part, à rédiger des clauses de médiation dans les actes juridiques chaque fois que c'est approprié), avec le temps et les moyens que nécessite la priorité à accorder à la résolution amiable;
- c) la formation (déjà existante au sein de la Fédération suisse des avocats (FSA)) donnant accès à l'accréditation de médiateur, pour les avocats et les avocats arbitres *désirant devenir médiateurs*.

Il est du ressort et de la responsabilité des associations d'avocats à Genève, soit l'Ordre des avocats de Genève et l'Association des juristes progressistes de bien déterminer le cercle des *avocats concernés* par ces divers niveaux, avocats qui sont des civilistes (pour le 2<sup>e</sup> niveau) et selon le programme du CCBE élaboré pour ce niveau. Vouloir les réserver exclusivement aux « avocats qui pratiquent le contentieux » est très réducteur et fait abstraction de l'importance de l'aspect préventif de la médiation. En effet, il importe, dans *tous les domaines de spécialisation du barreau en matière civile*, que les avocats soient en mesure de rédiger et d'insérer dans les actes juridiques et les contrats qu'ils préparent des clauses de médiation ou des clauses à échelons (voir Dictionnaire) *chaque fois que cela est approprié*. L'établissement d'un système de prévention et de régulation des différends par la médiation peut ou doit se concevoir à l'intérieur d'une entreprise comme dans les relations entre deux ou plusieurs entreprises :

- a) *à l'intérieur d'une entreprise* : dans les actes juridiques créant ou restructurant par exemple un cabinet ou un centre médical, un atelier d'architectes, un bureau d'ingénieurs, un groupe d'artistes ou de musiciens, une étude d'avocats ou de notaires, etc., et ceci quelle que soit la construction juridique (société simple, société en nom collectif, société anonyme – pour régler également les conflits entre actionnaires);
- b) *entre 2 entreprises* : la médiation peut avantageusement être introduite pour prévenir ou résoudre des conflits entre des entités différentes touchant des sphères d'activités très larges : contrats commerciaux (vente, vente par acomptes, contrat d'agence, contrat de représentation exclusive, etc.), contrats concernant la propriété industrielle et intellectuelle (contrat de franchising, contrat de licence, etc.), dans le droit du sport, etc.

Ces clauses et ces systèmes (comme par exemple les *dispute boards* prévus dans les contrats de construction) permettent de prévenir le conflit ou de le traiter dès sa naissance. En évitant que le conflit ne vienne polluer, entraver et même paralyser les activités de l'entreprise, c'est autant de dégâts sociaux, économiques et humains qui sont épargnés. Ne pas prévoir ces clauses ou ces systèmes dans les actes juridiques ou les contrats qu'ils préparent pourrait engager déjà aujourd'hui la responsabilité des avocats concernés, qu'ils soient ou non sensibilisés à la médiation.

### *Ad al. 3*

De nombreux barreaux en Europe, par exemple en Belgique et en France, ont prévu ces devoirs sur le plan interne, dans leurs codes de déontologie, un règlement ad hoc ou les us et coutumes. Dans le canton de Vaud, l'Ordre des avocats vaudois a élaboré un règlement. Rien de tout cela à Genève depuis le

1<sup>er</sup> janvier 2005. Il est donc nécessaire d'encourager les avocats par une disposition légale, même si l'on peut déjà considérer que c'est déjà une faute, selon le droit en vigueur, de ne pas se former, donc de ne pas savoir informer leurs clients sur la médiation ni la leur conseiller dans des situations qui s'y prêtent. Cet alinéa est à mettre en relation avec les articles 43, alinéa 2, LPAV et 26 LaCC.

Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur, en l'occurrence les articles 12 et suivants de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000 (LLCA; RS 935.61), qui établissent des règles professionnelles. Elles sont certes directement applicables, ce qui n'empêche nullement les cantons de les préciser par des lois d'application.

**Art. 74B**      ***Devoir d'informer et de conseiller la médiation (nouveau)***

*Ad al. 1*

Les situations éligibles à la médiation en procédure civile sont mentionnées dans le Guide de médiation pour les avocats (comme dans le Guide du renvoi judiciaire à la médiation pour les magistrats : site de la CEPEJ; il importe donc que chaque avocat civiliste puisse disposer de cet outil pour l'utiliser dans le traitement quotidien des affaires au sein de l'étude. Voir le commentaire à l'art. 65D).

Cette phrase est le pendant de l'article 65D pour les juges. Toutefois, la portée en est beaucoup plus large pour les avocats civilistes. L'option ouverte pour les juges est limitée à trois actions : concilier, orienter vers la médiation ou juger, tandis que l'option pour les avocats est multiple. Pour l'avocat, la palette est plus large et couvre la négociation raisonnée, le droit collaboratif, la médiation, l'arbitrage et la saisine des tribunaux. C'est ce que l'on appelle l'orientation préalable (gestion du conflit) qui les amène avec les clients à débattre des avantages et des inconvénients des différents modes de résolution des litiges sur une large palette dans une situation déterminée (voir N. Dutoit, « L'Avocat et la Résolution des Conflits », *Anwaltspraxis / Pratique du barreau*, 2/2019, p. 65; J. Gay, « Les ADR et l'Orientation préalable », *in* : Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2018, p. 417; J.A. Mirimanoff, « L'orientation préalable des parties à un différend », *Revue de l'Avocat*, Bâle, 2010/1, pp. 19 et ss). Divers outils d'orientation préalable – notamment un tableau permettant de mettre en relation les différentes méthodes de résolution des différends avec des facteurs concrets tels que la durée, le coût, l'importance accordée à la poursuite de la relation ou à la communication ainsi que le rôle des émotions – permettent à l'avocat

d'identifier avec son client la méthode de résolution du différend la mieux adaptée à sa situation, et le cas échéant de retenir la médiation.

### *Ad al. 2*

Le devoir d'informer les clients concerne tant l'aspect de prévention que de résolution de la médiation (voir le commentaire de l'art. 74A, al. 2).

L'échec d'une négociation ou l'échec d'une conciliation – on n'aura de cesse de le souligner – ne signifie pas encore qu'il faille recourir automatiquement, systématiquement et sans réflexion au système de l'adjudication (procédure civile ou arbitrage), puisque la médiation peut encore se déployer dans cet espace.

Aujourd'hui encore, la médiation n'est toujours pas nommée dans les us et coutumes du barreau genevois et il n'est pas prévu de le faire (Rap. Pratique Avocats, Q.1, Réponse du Bâtonnier, p. 18). Certes la médiation a fini par faire une timide apparition au Ch. 9, al. 2, du Code de déontologie de la FSA du 10 juin 2005 : « [L'avocat] tient compte d'une médiation en cours... ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une » (« point de vue incompatible avec les obligations de l'avocat résultant du mandat », Pierre Kobel, *Changement dans la pratique d'avocat*, in : *Mediation, Aktuelle Anwaltpraxis*, 2009, p. 34). Le chemin qui reste encore à faire au barreau de Genève (et à la FSA) pour combler ce retard apparaît dans les documents préparés par son association faîtière au niveau européen, le CCBE (Guide de Médiation pour les Avocats et Programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation : site de la CEPEJ). Par exemple : « Chaque fois qu'un avocat rédige un contrat il doit toujours se demander si la médiation peut être utile aux parties au contrat ou revêtir une importance particulière dans certaines situations... ». Ou encore : « Les avocats ne doivent... pas écarter ni négliger la tenue d'une discussion avec le client sur les divers avantages et inconvénients liés à l'utilisation de différents modes de résolution des conflits. C'est une erreur méthodologique qui pourrait être qualifiée de négligence de la part de l'avocat, voire de faute professionnelle » (Guide de Médiation pour les Avocats, Chap. 2, ch. 4. Le rôle des avocats dans la médiation, a. La sélection d'un mode de résolution des conflits comme part intégrante de l'analyse de cas).

Comme pour le juge, il est donc indispensable, si l'on veut véritablement déverrouiller l'accès à la médiation en procédure civile en faveur des justiciables, de consacrer dans la loi le devoir de l'avocat civiliste – quand la situation s'y prête – d'informer ses clients sur la médiation, de la prévoir dans les actes ou les contrats, et de leur conseiller de la tenter lorsque l'intérêt

prépondérant de ces derniers l'exige. Le législateur belge l'a déjà fait (Ordonnance judiciaire, art. 444). C'est ce que recommandent d'ailleurs le Manuel de législation en matière de médiation (site de la CEPEJ) et le Guide de la médiation pour les avocats (site de la CEPEJ) corédigé par le CCBE, organisation faîtière des barreaux européens. Apprendre à inverser les priorités est tout sauf superflu.

Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur (art. 12 et ss LLCA). Voir le commentaire de l'article 74A, alinéa 3.

### **LaCC (E 1 05)**

#### ***Art. 17, al. 1 (abrogé, l'al. 2 ancien devenant l'al. unique)***

Cet alinéa est remplacé par l'article 65D LOJ.

#### ***Art. 26, al. 4 (nouveau)***

Cette disposition a pour but d'encourager le recours à la médiation. Semblable disposition a déjà été introduite dans les codes des pays suivants : Irlande, Lituanie, République tchèque et Royaume-Uni. Elle est également recommandée dans le Manuel de législation en matière de médiation (site de la CEPEJ, ch. 7.1. du document). En cas de refus non fondé à sa proposition, le juge civil le note au PV de l'audience (art. 65E, al. 2, lettre f, 2<sup>e</sup> phrase).

Comme on l'a vu dans le commentaire de l'article 65E, alinéa 2, lettre f, le juge pourra apprécier librement la pertinence des motifs. On peut donc présumer que cet article sera appliqué avec retenue.

Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur (art. 95 et ss CPC) qui prévoit que l'autorité *peut* répartir les frais différemment, en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce. Cet article laisse d'ailleurs une liberté d'appréciation à l'autorité, s'agissant d'une prescription potestative.

### **LPAv (E 6 10)**

#### ***Art. 43, al. 2 (nouveau, les al. 2 et 3 anciens devenant les al. 3 et 4)***

Cet article est le prolongement nécessaire de l'article 65E, alinéa 2, lettre f, 2<sup>e</sup> phrase, et le corollaire de l'article 74B LOJ. Ce texte protège le client : tant que le devoir de l'avocat de l'informer convenablement sur la médiation ne s'introduira pas systématiquement dans sa pratique pour chaque situation concrète qui s'y prête, le droit du client d'accéder à la médiation demeurera une vaine illusion.

Il est donc tout aussi indispensable de prévoir dans la loi, en prenant en compte l'intérêt supérieur du client, le principe d'une possible sanction aux trois situations mentionnées pour permettre le libre accès à la médiation en cas de procédure civile, encourager son développement et assurer sa pérennité.

Il est en effet vain d'espérer ouvrir l'accès à la médiation sans le concours des avocats. Cette mesure aura aussi pour effet de rendre plus efficace l'enseignement en matière de gestion des conflits (négociation et médiation) donné à l'ECAV, enseignement qu'il sera plus difficile de ne pas soutenir concrètement dans le traitement quotidien des affaires au sein des études d'avocats. En outre, cette mesure contribuera aussi à encourager les membres du barreau concernés à fréquenter les formations sur ce thème organisées par leurs associations professionnelles et à augmenter ainsi le nombre des avocats formés et expérimentés comme conseils dans la médiation dans une proportion conforme à l'image et à l'esprit de Genève.

Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur (LLCA). Il s'agit d'une précision de son article 12, lettre a, qui impose à l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence; il se réfère au devoir de bonne et fidèle exécution du mandat. Il s'agit aussi d'un cas d'application de l'article 12, lettre i. La rédaction du texte laisse à l'autorité la liberté d'apprécier, selon les circonstances concrètes du cas d'espèce. Il s'agit donc d'une prescription potestative.

## 5. Table des abréviations

AC	Autorité de conciliation
AJ	Autorités judiciaires (des cantons romands)
Boîte à outils	Boîte à outils pour le développement de la médiation (site de la CEPEJ)
CCBE	Conseil des barreaux européens
CEMAJ	Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (Uni NE)
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Conseil de l'Europe (Strasbourg, site de la CEPEJ : <a href="https://www.coe.int/fr/web/cepej">https://www.coe.int/fr/web/cepej</a> )
CEPEJ-GT-MED	Groupe de travail de la CEPEJ sur la médiation
Checklists	Checklists pour l'établissement et l'évaluation d'un projet pilote (site de la CEPEJ)

CJ	Cour de justice (Genève)
CoE	Conseil de l'Europe (Strasbourg)
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
CPC	Code de procédure civile
Dictionnaire	Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables, Bruyant, Bruxelles, 2019 (site de la CEPEJ, liens)
ECAV	Ecole d'avocature
FF	Feuille fédérale
G.	Guide (CEPEJ)
G. Avocats	Guide de médiation pour les Avocats (site de la CEPEJ)
G. HCCH	Guide de bonnes pratiques (médiation) en vertu de la Convention de La Haye du 25.10.80
G. Public (FAQ)	Guide à l'intention des utilisateurs de la médiation (site de la CEPEJ)
G. RJM	Guide du renvoi judiciaire à la médiation (site de la CEPEJ)
GEMME	Groupement européen des magistrats pour la médiation
LaCC	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (E 1 05)
LD (2007) n° 14	Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile (site de la CEPEJ)
LOJ	Loi sur l'organisation judiciaire (E 2 05)
LPav	Loi sur la profession d'avocat (E 6 10)
Manuel de législation	Manuel européen de législation en matière de médiation (site de la CEPEJ)
Progr. Avocats	Programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation (site de la CEPEJ)

Progr. Juges	Programme de sensibilisation à la médiation pour les juges (site de la CEPEJ)
Rap. Pratique Avocats	Rapport sur la pratique des avocats (...) en relation avec la médiation (site de la CEPEJ, liens utiles)
Rap. Pratique TCiv	Rapport sur la pratique de(s) tribunaux civils de 1 <sup>re</sup> instance des cantons de la Suisse romande en matière de renvoi judiciaire à la médiation (site de la CEPEJ, liens utiles)
Rec. (98) 1	Recommandation sur la médiation familiale (CoE) (site de la CEPEJ)
Rec. (2002) 10	Recommandation sur la médiation en matière civile (CoE) (site de la CEPEJ)
RJM	Renvoi judiciaire à la médiation
Site de la CEPEJ	<a href="https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation">https://www.coe.int/fr/web/cepej/cepej-work/mediation</a>
TC	Tribunal cantonal
TCiv	Tribunal civil de première instance
TPAE	Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant
TPH	Tribunal des prud'hommes

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

Annexes :

- 1) *Planification des charges et revenus de fonctionnement découlant du projet*
- 2) *Tableau comparatif*

**PLANIFICATION DES CHARGES ET REVENUS DE FONCTIONNEMENT DÉCOULANT DU PROJET  
Projet de loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ – E 2 05)**

**Projet présenté par le département de la sécurité, de l'emploi et de la santé**

(montants annuels, en mios de fr.)	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	dès 2028
<b>TOTAL charges de fonctionnement</b>	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Charges de personnel [30]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Biens et services et autres charges [31]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Charges financières	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Intérêts [34]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Amortissements [33 + 366 - 466]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Subventions [363+369]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Autres charges [30-36]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
<b>TOTAL revenus de fonctionnement</b>	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Revenus [40 à 46]	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
<b>RESULTAT NET FONCTIONNEMENT</b>	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00

**Remarques :**

Les coûts supplémentaires liés à l'entrée en vigueur de ce projet de loi concernent une formation initiale unique d'un coût de 2 000 francs par nouveau magistrat et une formation continue de deux jours par magistrature d'un coût de 1 000 francs par jour et par magistrat. Ces coûts seront plus que compensés par les économies découlant de la progression du nombre de dossiers envoyés en médiation.

Date et signature du responsable financier :

8.12.2020



## Tableau comparatif relatif au projet de loi sur la médiation (mise en œuvre de l'art. 120 Cst-GE) – modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ E 2 05)

Droit actuellement en vigueur	Modifications proposées	Commentaires
<p><b>Art. 17</b> Composition du conseil</p> <p><sup>1</sup> Le conseil est composé :</p> <p>a) du procureur général;</p> <p>b) du président de la Cour de justice;</p> <p>c) de 2 magistrats titulaires élus par les magistrats titulaires en fonction;</p> <p>d) de 3 membres désignés par le Conseil d'Etat, qui ne peuvent être magistrats ou avocats;</p> <p>e) de 2 avocats au barreau, élus par les avocats inscrits au registre cantonal.</p>	<p><b>Art. 17</b> Composition du conseil, al. 1, lettre d (nouvelle teneur)</p> <p><sup>1</sup> Le conseil est composé :</p> <p>a) du procureur général;</p> <p>b) du président de la Cour de justice;</p> <p>c) de 2 magistrats titulaires élus par les magistrats titulaires en fonction;</p> <p>d) de 3 membres désignés par le Conseil d'Etat, qui ne peuvent être magistrats ou avocats, <i>dont au moins un médiateur assermenté, membre d'une association représentative de la médiation;</i></p> <p>e) de 2 avocats au barreau, élus par les avocats inscrits au registre cantonal.</p>	<p>Le changement de paradigme voulu par l'art. 120 Cst-ge et le CPC doit se traduire aussi dans la composition du CSM, qui comporte 9 membres. Puisque « le règlement à l'amiable de différends a la priorité » (FF 2006 6860), il est important que l'un au moins des membres désignés par le Conseil d'Etat et non avocat/magistrat soit un médiateur assermenté. Leur présence contribue à assurer une bonne mise en œuvre de l'art. 21 al. 2 (nouvelle teneur), tout en maintenant l'équilibre de la composition du CSM.</p>
<p><b>Art. 21</b> Mesures</p> <p><sup>2</sup> Le conseil peut enjoindre un magistrat de compléter sa formation professionnelle.</p>	<p><b>Art. 21</b> Mesures, al. 2 (nouvelle teneur)</p> <p><sup>2</sup> Le conseil peut enjoindre un magistrat de compléter sa formation professionnelle, <i>en particulier le membre du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes, lorsqu'il n'a pas, lors des contrôles semestriels, enregistré d'accords d'entrée en médiation ou en nombre insignifiant.</i></p>	<p>Cette disposition vise en premier lieu à permettre au magistrat qui rencontrerait des difficultés techniques avec le renvoi judiciaire à la médiation (RJM / art. 65D et 65E) de les surmonter, par un soutien approprié, d'où la présence d'un médiateur assermenté parmi les membres du CSM. Ce n'est qu'ensuite que cette autorité serait amenée à rappeler à ses devoirs le magistrat qui, systématiquement et par principe, ne se sentirait pas concerné par la médiation. Ces deux situations sont très différentes.</p> <p>Aujourd'hui encore plus d'un tiers des juges civils de 1<sup>re</sup> instance ont déclaré ne pas avoir recommandé aux justiciables la médiation en 2018. Pour que le CSM soit informé du bon fonctionnement du renvoi judiciaire à la médiation, c'est-à-dire du respect de l'art. 120 Cst, les membres des juridictions précitées rempliront une nouvelle rubrique (médiation) à introduire dans la liste existante des contrôles semestriels qui indiquera le nombre d'accords d'entrée en médiation, le nombre d'accords de règlement de médiation conclus au cours du semestre et le nombre de juges des juridictions concernées (Tribunal civil (TCiv) et son instance de conciliation (AC) tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfant (TPAE) et tribunal des prud'hommes (TPH)) ayant suivi une sensibilisation à la médiation.</p> <p>Le CSM sera amené à développer des critères permettant d'identifier les magistrats qui n'auraient pas enregistré un nombre d'entrées en médiation, par rapport à des objectifs fixés pour chaque juridiction civile de 1<sup>re</sup> instance. Ainsi par exemple pour le Tribunal</p>

	<p><b>Art. 23 Rapport annuel</b></p> <p>Le conseil présente au Grand Conseil un rapport annuel sur ses activités.</p>	<p>civil un nombre d'accords d'entrée en médiation inférieur à 0,5 % du contentieux de sa chambre signifierait que le magistrat de la Chambre civile concernée devrait selon les cas, être encouragé à améliorer sa performance par une formation ou rappelé à son serment de respecter la loi.</p> <p>Ces données seront récoltées de manière ciblée, comme indiqué à l'art. 26 let. a et 65F. Il sera rappelé que deux juges civils vaudraient atteint, déjà en 2018, des taux d'accord d'entrée en médiation de 7 et de 10 %. Le contrôle du CSM porte sur une période de six mois, donc suffisamment longue pour apprécier globalement l'efficacité du RJM de chaque juge civil.</p>
<p><b>Art. 23 Rapport annuel</b></p> <p>Le conseil présente au Grand Conseil un rapport annuel sur ses activités.</p>	<p><b>Art. 23 Rapport annuel (nouvelle teneur)</b></p> <p>Le conseil présente au Grand Conseil un rapport annuel sur ses activités, y compris en lien avec la <i>sensibilisation initiale et continue des magistrats à la médiation</i>.</p>	<p>Cette information permet de vérifier la bonne marche de la sensibilisation initiale et continue. Elle est conçue comme un soutien qui devrait permettre le cas échéant aux magistrats concernés d'améliorer leur efficacité dans ce domaine.</p>
<p><b>Art. 26 Rapport d'activité</b></p> <p>Chaque année civile, les juridictions adressent à la commission de gestion du pouvoir judiciaire un rapport écrit de leurs activités.</p>	<p><b>Art. 26 Rapport d'activité (nouvelle teneur)</b></p> <p>Chaque année civile, les juridictions adressent à la commission de gestion du pouvoir judiciaire un rapport écrit de leurs activités. Ce rapport contient en outre pour le Tribunal civil et son autorité de conciliation, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et le Tribunal des prud'hommes, les informations suivantes sur la médiation :</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>les données statistiques en matière de renvoi à la médiation ; le nombre d'accords d'entrée en médiation, le nombre d'accords (globaux ou partiels) de règlement de médiation et le nombre de processus n'ayant pas abouti;</li> <li>le nombre de membres de ces juridictions sensibilisés à la médiation;</li> <li>l'établissement et l'évaluation de projets pilotes de médiation, telle une permanence;</li> <li>l'organisation de journées portées ouvertes sur la médiation et toute autre initiative pour encourager le recours.</li> </ol>	<p>Sur ce point aussi l'Ordre judiciaire vaudois a monté la voie, en publiant dans son rapport d'activités des informations sur la médiation. Dans chaque compte rendu annuel de l'activité du Pouvoir judiciaire, à l'instar de ce que vient de faire le Tribunal pénal des mineurs pour l'exercice 2019, le TCiv. et son AC, le TPAE et le TPH publieraient chacun un rubrique portant sur les sujets mentionnés aux lettres a à e. Il s'agirait donc simplement d'étendre à ces juridictions civiles l'initiative prise pour le Tribunal pénal des mineurs et – surtout – de la pérenniser.</p> <p>Les objectifs de cette disposition sont les suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Renseigner par des données objectives et de manière transparente les autorités (en particulier la commission judiciaire du Grand Conseil lorsqu'elle reçoit le compte rendu de l'activité du pouvoir judiciaire de l'année précédente) et le public sur le fonctionnement de la médiation en procédure civile</li> <li>Leur permettre d'évaluer son développement au fil des années et d'apporter les ajustements et les améliorations nécessaires, comme l'ont fait les Pays-Bas pendant une décennie (1999-2009)</li> <li>Permettre de mesurer l'efficacité des renvois judiciaires en médiation et des processus de médiation</li> <li>Permettre une comparaison entre juridictions civiles sur le plan national, et entre pays membres du Conseil de l'Europe.</li> </ul> <p>Les statistiques bien ciblées sont celles mentionnées à l'art. 26</p>

<p>let. a) et 65F, car elles permettent de mesurer l'efficacité du RJM et du processus de médiation. On se rapportera aux commentaires de ces articles. Il est donc inutile de se disperser à les faire porter sur toutes les composantes du RJM figurant à l'art. 65E al. 2 let. a f. C'est l'enseignement donné tant par les outils de la CEPEJ que par le Rapport sur la pratique des Tribunaux civils de 1<sup>ère</sup> instance de la Suisse romande sur le RJM.</p> <p>Seule la présence de statistiques permet de connaître le fonctionnement effectif de la médiation d'année en année, raison pour laquelle elles figurent dans le PL.</p>		
<p>L'objectif de cette disposition vise à assurer l'<i>efficacité</i> et la <i>pérennité</i> du bon fonctionnement de la médiation en procédure civile; il trouve son fondement dans le Manuel de législation (site cepej, p. 40, ch. 8.1). Un tel mécanisme se met en place actuellement nos yeux dans le Canton de Vaud (au niveau de la deuxième instance) et dans plusieurs juridictions françaises (au niveau de la 1<sup>ère</sup> et de la 2<sup>ème</sup> instance). C'est partout un <i>juge de cour d'appel</i> qui exerce l'activité de coordinateur, son statut de magistrat indépendant lui donnant l'autorité nécessaire pour instaurer, évaluer et réajuster de manière efficace un projet pilote de permanence dans lequel sont amenés à agir de concert des juges, des avocats et des médiateurs. En 1<sup>ère</sup> instance, le juge référé pour la médiation sera élu par ses pairs en raison de sa motivation et de sa formation ou volonté de recevoir une formation en gestion des conflits. L'autorité de conciliation visée est principalement celle du Tribunal de première instance.</p>	<p><b>Art. 29A Ancrage de la médiation (nouveau)</b></p> <p><sup>1</sup> Siégeant en séance plénière,</p> <p>a) la section civile de la Cour de justice élit parmi ses membres un coordinateur pour la médiation en matière civile;</p> <p>b) le Tribunal civil et son autorité de conciliation, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et le Tribunal des prud'hommes élisent, chacun parmi ses membres, un référé pour la médiation.</p> <p><sup>2</sup> Ces magistrats exercent leurs compétences conformément aux articles 65A et 65B.</p>	
<p><b>Absence de coûts pour l'Etat :</b></p> <p>Il ne résulte de cet ancrage aucun coût supplémentaire pour l'Etat puisque les tâches confiées au coordinateur et aux référés pour la médiation (art. 65A et 65B) sont assumées par des juges déjà en fonction, avec une éventuelle décharge (Vaud et France).</p>	<p><b>Art. 41 Compétences, al. 1, lettre g (nouvelle teneur), lettre l (nouvelle)</b></p> <p>g) établit le rapport annuel de gestion du pouvoir judiciaire et le transmet au Conseil d'Etat et au Grand Conseil; ce rapport contient en outre des informations sur la médiation, conformément aux articles 26 et 65F;</p> <p>l) soutient sur le plan logistique le coordinateur de la médiation dans ses projets.</p>	<p><b>Art. 41 Compétences</b></p> <p>g) établit le rapport annuel de gestion du pouvoir judiciaire et le transmet au Conseil d'Etat et au Grand Conseil;</p>
<p><sup>1</sup> g) cf commentaires des art. 26 let. a) et 65F.</p> <p><sup>1</sup> l) L'exemple vaudois et les exemples rencontrés en France enseignent qu'il est à la fois pratique et important que les locaux judiciaires puissent accueillir le moment venu les médiateurs de permanence dans la proximité immédiate ou même à l'intérieur des salles d'audience, sans qu'il ne soit nécessaire de créer de nouveaux espaces à cet effet.</p>		

	<p align="center"><b>TITRE IX Médiation</b></p> <p><b>Chapitre I Magistrats (nouveau)</b></p>	<p align="center"><b>Titre IX</b></p> <p><b>Chapitre I Magistrats (nouveau)</b></p> <p>Ce chapitre poursuit l'objectif d'aider les juges civils à mieux s'adapter au changement de paradigme et à introduire la médiation dans leur pratique au quotidien. Il s'agit plus particulièrement de faciliter le passage entre le système de l'adjudication (procédure civile) et celui des modes amiables (conciliation et médiation), en inversant les priorités ancrées dans les vieilles habitudes de la pratique judiciaire, tout en favorisant le développement et la pérennité de la médiation en procédure civile.</p>
	<p><b>Art. 65A Coordinateur pour la médiation (nouveau)</b></p> <p><sup>1</sup>Le coordinateur pour la médiation membre de la section civile de la Cour de justice encourage, conseille, encadre et réunit les référents responsables de la médiation membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes.</p> <p><sup>2</sup>Il veille notamment à :</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) fixer la périodicité des programmes de sensibilisation initiale et continue à la médiation (art. 65C); il veille à leur organisation, à leur contenu et à leur déroulement;</li> <li>b) établir, conduire et évaluer un projet pilote, telle une permanence de médiation;</li> <li>c) harmoniser les bonnes pratiques des juridictions mentionnées à l'alinéa 1;</li> <li>d) définir les modalités visant à astreindre les parents d'un enfant mineur, dans tous les conflits familiaux, à se rendre ensemble à une séance d'information en vue de tenter ensuite une médiation;</li> <li>e) soutenir l'organisation de journées portes ouvertes de la médiation;</li> <li>f) encourager d'autres mesures visant à faire connaître la médiation au public.</li> </ol> <p><sup>3</sup>Il veille à ce que les associations d'avocats et de médiateurs puissent y apporter leur contribution; il invite ces associations à participer à d'autres démarches et programmes pour informer le public.</p> <p><sup>4</sup>Il veille à ce que les informations en lien avec les modalités de recours à la médiation et les séances d'information soient accessibles au public.</p>	<p>La recommandation d'ancrer la médiation judiciaire en matière civile dans les institutions judiciaires émane elle aussi de la CEPEJ et particulièrement de son Manuel de législation (site cepej, p. 40 ch. 8.1 let. d). Elle repose sur le constat qu'en l'absence de soutien institutionnel les projets pilotes disparaissent lorsque les magistrats qui les ont introduits quittent leur juridiction, comme ce fut le cas à Genève pour le TC/v. L'institutionnalisation est donc la réponse au besoin de pérennité et d'efficacité de la médiation judiciaire en matière civile. Cet article indique les compétences respectives du coordinateur et des référents, leur mode de désignation ayant été prévu à l'art. 29 A. On a retenu par ailleurs qu'en France l'absence de cahier des charges du coordinateur et des référents à la médiation dans la loi posait problème.</p> <p>Dans le Canton de Vaud comme en France ou ailleurs c'est un magistrat de 2<sup>ème</sup> instance qui instaure et suit un projet pilote de médiation, telle une permanence. Son autorité, renforcée par son statut d'indépendance, est un gage d'efficacité.</p> <p>A propos de l'expérience pilote mentionnée à l'al. 2 let. b, toute permanence devrait être assumée par des médiateurs ou des médiateurs assermenté(e)s, qu'ils soient ou non avocats. En effet, le législateur n'a pas entendu faire de discrimination à ce sujet.</p> <p>A l'al. 2 lit. d (comme à l'art. 65B al. 2), il est fait référence aux conflits familiaux dont les parents ont un enfant mineur. Il est généralement admis que si la médiation en tant que telle ne saurait être obligatoire en Suisse, la participation à une séance d'information peut l'être dans ces situations (François Bohmet et al., CPC commenté, Helbing et Lichtenhahn, 2011, page 801, par. 8). Il s'agit en effet d'une application découlant des art. 297 CPC et 314 al. 2 CC destinée à permettre aux parents de maîtriser autant que possible leur conflit. Plus tôt ils sont informés sur la médiation, plus</p>

<p>grandes seront leurs chances d'éviter le piège de la quérulence. L'expérience enseigne que le dépôt d'une requête unilatérale agressive entraîne une réponse qui l'est tout autant, si ce n'est plus, ce qui enferme les parents dans une spirale conflictuelle beaucoup plus difficile à traiter par la suite, avec des conséquences souvent dévastatrices pour les enfants. Ainsi des projets pilotes en matière familiale fonctionnent déjà dans le Canton de Bâle-Ville (au Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance) et dans le Canton du Valais (au Tribunal de District et APAE de Monthey), tandis qu'un projet pilote de ce genre fait l'objet d'une réflexion avancée dans le Canton de Vaud (au Tribunal d'Arrondissement de l'Est Vaudois à Vevey), où les avocats se seraient engagés à s'abstenir de rédiger leurs actes de manière blessante pour les parents.</p> <p>La rédaction de l'al. 2 let. d incite à rechercher des solutions à ces trois stades : <i>avant, pendant ou après le dépôt d'une requête unilatérale</i>, par exemple en donnant des informations et en formulant des recommandations dans le site du Pouvoir judiciaire ou dans des brochures et questionnaires remis par les greffes concernés, et en étudiant de près les expériences pilotes mentionnées ci-dessus.</p> <p>Les tâches concernant respectivement le coordinateur de la médiation et le référent sont confiées à des magistrats en exercice et n'impliquent pas de coûts supplémentaires pour l'Etat. Il n'y a donc pas de poste nouveau à créer à ce sujet.</p>	<p><b>Art. 65B Référents pour la médiation (nouveau)</b></p> <p><sup>1</sup> Les référents pour la médiation membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes appuient activement le coordinateur pour la médiation et soutiennent les magistrats de leur juridiction dans les démarches liées à la médiation. Ils agissent en accord avec leur juridiction et en s'assurant du concours des représentants d'associations d'avocats et de médiateurs.</p> <p><sup>2</sup> Dans les conflits familiaux impliquant la présence d'un enfant mineur, les référents pour la médiation membres du Tribunal civil et du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant prévoient de donner des informations, de formuler des recommandations et d'établir des dispositifs pour assister les parents, avant, pendant ou après le dépôt d'une requête unilatérale, à se rendre ensemble à une séance d'information en vue de tenter ensuite une médiation. Ils consultent à cet effet les représentants des</p>	<p>Il est nécessaire de doter les référents pour la médiation d'un cahier des charges qui précise, encadre et renforce leurs activités, comme cela est fait pour le coordinateur.</p> <p>L'objectif recherché par la séance obligatoire prévue à l'al. 2 consiste à faire prendre conscience aux parents de leur responsabilité vis-à-vis de leur enfant, de les contraindre à se rencontrer, à communiquer et à trouver un accord satisfaisant dans l'intérêt de l'enfant. La collaboration des avocats et autres éventuels intervenants est nécessaire, pour communiquer le même message aux parents. Diverses approches et variantes possibles sont déjà pratiquées en Suisse : le <i>modèle consensuel de Cochem</i>, introduit au Tribunal de Monthey (Valais) et présenté au TPAE de Genève par la présidente du Tribunal civil de Dinant (Belgique), la <i>consultation ordonnée</i>, pratiquée par les tribunaux civils de Bâle-Ville et de St Gall (Canton du Valais, <i>Observatoire cantonal de la Jeunesse</i>, avec la collaboration de l'OFAS et de l'Université de Genève, Centre inter facultaire des droits de l'enfant, Novembre 2017). Il faut faire mention ici également du modèle récemment élaboré par</p>
---	--	---

<p>l'association Séparation et construction parentale autour de l'Enfant (ScopafE).</p> <p>Les requêtes unilatérales concernées sont pour le Tribunal civil les suivantes : en mesures protectrices de l'union conjugale, en séparation, en divorce et en modification de jugements rendus dans ces domaines.</p> <p>Pour le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant il s'agit de requêtes en fixation de droit aux relations personnelles, ou en fixation de mesures de protection.</p> <p>Il faut considérer comme unilatérale aussi une requête commune avec accord partiel, lorsque celui-ci est limité au principe du divorce ou de la séparation (art. 112 CC).</p>	<p>associations concernées.</p> <p><sup>3</sup> Ils peuvent informer le coordinateur pour la médiation des difficultés rencontrées dans leur mission.</p>	
<p>1<sup>ère</sup> instance, moins de la moitié des magistrats participant à l'enquête étaient sensibilisés à la médiation en 2018, et un tiers ont déclaré n'avoir jamais proposé la médiation (Rap. Pratique TCiv, p. 18 ss Q, 3 et 4), d'où la nécessité d'introduire une <i>sensibilisation obligatoire</i> à la médiation conformément à la recommandation de la CEPEJ.</p> <p>Cette disposition complète et remplace pour les juges civils de 1<sup>ère</sup> instance l'art.13 sur la formation continue en matière de règlement amiable des différends, qui est <i>facultative</i>. La sensibilisation initiale ne vise pas à faire des magistrats des médiateurs mais à les rendre efficaces lorsqu'ils orientent les parties vers un processus de médiation (art.65E al. 1). Le Conseil de l'Europe n'a cessé d'insister sur la nécessaire information sur la médiation que les professionnels impliqués dans le fonctionnement de la justice doivent recevoir (Rec.(2002)10, ch. 21), et la CEPEJ avec sa LD (2007) N° 14, Ch. 50 sur le rôle crucial des juges dans la propagation de la culture du règlement amiable des litiges.</p> <p>La sensibilisation initiale et continue devrait bénéficier d'abord aux magistrats de carrière, sans cependant exclure dans un deuxième temps les assesseurs et autres juges laïcs. Il appartiendra au juge coordinateur de la médiation d'en décider, de concert avec le référent pour la médiation de la juridiction concernée. Au vu de l'absence d'impact de ses instruments dans la pratique quotidienne, la CEPEJ a pensé qu'une telle formation devrait être <i>obligatoire</i> (Deux pays l'ont déjà fait pour la sensibilisation initiale : la Belgique et la France). La Feuille de route du CEPEJ (2018) 8 fondée sur le rapport du CEPEJ GT MED concernant « L'impact des Lignes directrices de</p>	<p><b>Art. 65C Sensibilisation initiale et continue (nouveau)</b></p> <p><sup>1</sup> Dans l'année suivant leur entrée dans la juridiction, les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal pour la protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes suivent un programme de sensibilisation initiale obligatoire à la médiation. Celui-ci a pour objectifs notamment :</p> <p>a) de leur faire connaître la médiation et les autres modes de règlement amiable des différends et de leur permettre de savoir comment les identifier pour une situation déterminée;</p> <p>b) de leur faire comprendre le conflit et la manière d'en tirer une issue positive;</p> <p>c) de leur faire ouvrir l'accès à la médiation en facilitant le passage des parties de la procédure civile au processus de médiation.</p> <p><sup>2</sup> La sensibilisation continue se tient de manière régulière, mais au moins une fois tous les 3 ans, selon les besoins des juridictions précitées et les moyens budgétaires disponibles pour organiser leur programme; la périodicité en est fixée par le coordinateur pour la médiation, après consultation des juridictions précitées. Les membres de ces juridictions ont l'obligation d'y participer.</p> <p><sup>3</sup> Conformément à ses compétences (art. 65A) le coordinateur pour la médiation veille à la périodicité, à la fréquentation et au contenu de ces programmes.</p>	

la CEPEJ en matière civile, familiale, pénale et administrative », adoptée par la Plénière du 27.06.2018, Rec. 3 p. 4 recommandant et soulignant que « Tant que les juges ne seront pas obligatoirement formés ou sensibilisés à la médiation au cours de leurs études ou de leur première année professionnelle, le nombre d'affaires envoyées en médiation... stagnera à son très faible niveau actuel... ». Pendant et en dehors des périodes de formation chaque juge devrait avoir à sa disposition le Guide du renvoi judiciaire à la médiation (site cepej).

Qui plus est, la CEPEJ a préparé conjointement avec le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) un *programme de sensibilisation des juges à la médiation*, disponible depuis décembre 2019 sur son site. Ce programme comporte deux volets, respectivement pour la formation initiale et pour la formation continue. Il pourrait être donné pour la sensibilisation initiale éventuellement dans le cadre du CEMAJ, pour l'Académie de magistrature, et pour la formation continue dans le cadre de la Fondation pour la formation continue des juges suisses.

Ad al. 1

La réalisation de la sensibilisation initiale se passe en deux étapes pour être efficace :

- d'abord celle de la *mise en place* par le coordinateur de la sensibilisation initiale pour que la participation des magistrats concernés se déroule conformément à cet alinéa,
- ensuite celle de la *consolidation* par le CSM (à l'occasion de chaque contrôle semestriel usuel).

Le CSM pourrait exiger que dans son questionnaire semestriel, les magistrats des trois juridictions civiles concernées indiquent dans une rubrique « Médiation » si et quand ils ont été sensibilisés.

Les lettres a à c reprennent tels quels les objectifs du programme de sensibilisation à la médiation élaboré par la CEPEJ conjointement avec le GEMME, et non pas son contenu. Selon ce programme, la sensibilisation initiale pourrait représenter 4 modules d'une demi-journée chacun et la sensibilisation continue se concentrer sur les 2 modules qu'il convient de reprendre pour maintenir ces performances (Documentation, N° 5 let. c).

Par souci d'efficacité on pourrait commencer par sensibiliser les juges désignables comme référents pour la médiation au sein de leur juridiction, un par tribunal. Le coût par juge serait d'environ CHF 2'000.- (une fois dans la carrière du juge) pour les deux jours de formation, selon le programme de la CEPEJ (soit CHF 6'000.- pour

		<p>les juges référents du TCiv, TPAE et TPH). Pour l'ensemble des magistrats civils sensibilisés la première année de leur entrée en fonction, on peut retenir que cette dépense de CHF 2'000.- ne se produira qu'une seule fois pendant leur cursus (ce qui représente CHF 100.- par an pour un cursus de vingt ans). Ces dépenses pourront être compensées directement par les économies découlant de la progression du nombre de dossiers renvoyés en médiation.</p> <p>Ad al. 2</p> <p>Le contenu du programme pourrait se concentrer sur deux modules et consisterait à tenir à jour les connaissances pratiques des juges en matière d'orientation en médiation. Selon le programme de la CEPEI, la formation en deux modules pourrait se limiter à une journée (soit deux journées sur six ans, ce qui ne peut pas surcharger les magistrats).</p> <p>Le coût par juge serait d'environ CHF 1'000.- pour un jour de formation, selon le programme de la CEPEI. Au cours de chaque législature (6 ans), il y aurait donc deux formations continues d'un jour par magistrat. Ceci est parfaitement supportable tant au point de vue de la charge des juges civils que de l'impact financier (soit CHF 333,33 par an et par magistrat).</p> <p>Ces dépenses devraient être compensées par les économies découlant du taux progressif de dossiers envoyés en médiation.</p>
	<p><b>Art. 65D Affaires éligibles à la médiation (nouveau)</b></p> <p>À tout moment, en particulier dans la préparation de l'audience et lors de son déroulement les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes identifient systématiquement les situations qui se prêtent à la médiation.</p>	<p>Selon le Rap. Pratique TCiv (pp. 18 et ss., Q. 8 let. a), environ un tiers des juges civils de 1<sup>ère</sup> instance à Genève ont déclaré ne pas identifier les dossiers qui se prêtent à la médiation, c.à.d. éligibles à la médiation. Or il s'agit d'une étape préliminaire essentielle au bon déroulement du RJM et du processus de médiation. Identifier un dossier qui se prête à la médiation ne s'improvise pas et c'est l'une des raisons pour lesquelles la sensibilisation précitée est indispensable. En effet, tous les dossiers ne se prêtent pas à la médiation qui n'est ni une panacée ni une décharge pour des affaires que l'on n'a pas envie d'instruire.</p> <p>Le Guide du renvoi judiciaire à la médiation (site cepj) énumère les situations pour lesquelles ce mode amiable est approprié et ceux pour lesquelles il est contre-indiqué. Il est donc important que chaque magistrat civil de 1<sup>ère</sup> instance puisse l'avoir à sa disposition pour l'utiliser effectivement dans le quotidien de la vie judiciaire. Il est difficile d'en dégager des critères susceptibles de figurer dans un texte de loi. Le juge procédera en deux temps : en préparant le dossier, il examinera si les <i>conditions objectives</i> favorables à la</p>

médiation existent, et à l'audience, par le dialogue, si les situations personnelles des parties le permettent. Dans les deux étapes, le juge jouit de son plein pouvoir d'appréciation. En revanche, dès qu'il a acquis la conviction que ces conditions sont réalisées, il doit alors proposer la médiation aux parties.

Récemment le TCiv a commencé une première réflexion consistant à cerner les « litiges dans lesquels la justice n'apporte qu'une réponse partielle, inadéquate ou temporaire (affaires successorales, complexes, familiales, de voisinage, et certaines affaires commerciales) ». Ces critères objectifs, dont la liste mériterait d'être encore complétée (contrats commerciaux de longue durée : contrats d'agence, de représentation exclusive, de vente successive, de franchising, conflits entre les principaux partenaires d'une société commerciale, conflits entre actionnaires etc.), doivent être accompagnés par des critères subjectifs : c.a.d. la capacité des parties de se projeter dans le processus; cela implique de savoir porter un diagnostic sur le conflit, opération qui nécessite une sensibilisation adéquate (Voir Dictionnaire, lexie Etapes du conflit, p. 226 ss). A ce propos, la consultation du Guide du renvoi judiciaire à la médiation (site cepej) s'avère des plus utiles mais ne se substitue pas à une sensibilisation.

Voici quelques exemples concrets de situations qui se prêtent, respectivement qui ne se prêtent pas à la médiation, retenus dans le guide FAQ Médiation.

a) Situations éligibles à la médiation :

La médiation peut être utilisée dans la plupart des affaires civiles, commerciales, familiales et sociales / prud'homales. Les critères suivants, outre le domaine d'application juridique qui régit le dossier, devraient être pris en considération :

- Lorsque les parties ont des liens juridiques (comme dans le cas des litiges familiaux, des conflits relatifs à un bail commercial, des problèmes de copropriété, de détention de parts dans une entreprise, d'actionariat, de représentation exclusive, de franchisage et autres contrats commerciaux, etc.) ou toute autre forme de relation de longue date (famille, emploi, voisins, collègues, membres d'une association ou d'un groupe d'actionnaires, etc.).
- Une action en justice ne permettrait de régler qu'une partie du différend (le litige), car elle peut dissimuler un conflit ou un problème sous-jacent plus important.

<ul style="list-style-type: none"> <li>- Le litige a un fort contenu émotionnel.</li> <li>- Lorsqu'il existe des intérêts économiques convergents ou complémentaires, ce qui permet aux parties de redéfinir leur relation et leurs activités, ou d'établir entre elles une nouvelle coopération.</li> <li>- Les deux parties ont intérêt à parvenir à un règlement rapide plutôt qu'à engager une procédure judiciaire ou arbitrale prolongée; le coût et la durée de l'action sont sans proportion avec les intérêts en jeu.</li> <li>- Les problèmes sont d'une nature extrêmement complexe. Ils concernent plusieurs demandes ou plusieurs personnes ou entités (responsabilité conjointe, assurance, autre société du même groupe, associé, titulaire d'une licence, etc.).</li> <li>- Le litige s'étend sur plusieurs pays.</li> <li>- Les parties souhaitent une certaine confidentialité.</li> </ul> <p>b) Situations non éligibles à la médiation :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Lorsque les parties négocient déjà de manière satisfaisante et que la présence d'un tiers n'est pas nécessaire.</li> <li>- Lorsqu'un précédent juridique est nécessaire pour la jurisprudence.</li> <li>- Lorsqu'une conciliation judiciaire est possible, à un coût raisonnable et dans un délai rapide, et lorsque la valeur est peu importante.</li> <li>- Lorsque les faits ne sont pas contestés et donc qu'il est possible d'obtenir une décision judiciaire ou une sentence arbitrale rapidement ou à un coût raisonnable.</li> <li>- Lorsque toutes les parties souhaitent défendre leur cause devant la justice.</li> <li>- Lorsqu'une partie donnée a besoin, à titre individuel, d'obtenir une protection légale particulière.</li> <li>- Dans certains cas où il existe un profond déséquilibre des rapports de force entre les parties.</li> <li>- En cas de déni de violence ou de violences répétées, notamment entre conjoints.</li> <li>- En cas de procédures abusives de la part d'une des parties (mauvaise foi établie).</li> <li>- En cas d'incapacité juridique d'une des parties (sauf si cette personne a un tuteur légal qui la représente pendant le processus).</li> </ul>	
--	--

<p>- Dans les litiges familiaux, lorsque la situation exige que les enfants soient protégés contre des violences psychologiques ou physiques.</p>	<p>Cette disposition remplace l'art. 17 al. 1 LACC (E 1 05) dont la rédaction imprécise et non contraignante n'a eu aucun impact sur la pratique quotidienne, et fut critiquée à juste titre dans la Motion 2449-A. (Voir le rapport du 04.01.2019 relatif à ladite Motion, en p. 3/13).</p> <p>Avec le nouveau droit de procédure (sur le plan fédéral les art. 213, 214 et 297 CPC), le renvoi judiciaire à la médiation « n'est pas une démission du juge, mais une des missions du juge » (Professeur Ch. JAROSSON).</p> <p>L'autorité de conciliation visée est principalement celle du Tribunal de première instance (voir ci-dessus ch. 2.1)</p>	<p>Ad al. 1</p> <p>Les situations éligibles à la médiation en matière civile sont mentionnées dans le Guide du renvoi judiciaire à la médiation (comme dans le Guide de médiation pour les avocats, site cepej et Documentation – annexe séparée). On se reportera par ailleurs aux commentaires de l'art. 65D.</p>
<p>Ad al. 2</p> <p>Lorsque le juge civil constate que les conditions objectives et subjectives d'éligibilité à la médiation sont réalisées, il procède conformément à l'al. 2 let. a et b. Lorsqu'une permanence sera mise en place, les juges pourront conseiller (art. 213 et 214 CPC) ou exhorter (art. 297 CPC et 314 al. 2 CC) les parties à s'y rendre. En revanche les démarches énoncées aux lettres c à f sont mentionnées à titre indicatif (« ils peuvent ») et laissées à la libre appréciation du juge dans chaque cas d'espèce.</p> <p>Le Renvoi Judiciaire à la Médiation (RJM) se compose d'une suite de démarches interactives, initiées par le juge ou par les parties sous son égide, pour leur permettre de passer efficacement de la procédure civile au processus de médiation. Le RJM commence par l'identification et la sélection par le juge des dossiers qui se prêtent à la médiation (art. 65D) et s'achève <i>au seuil</i> de la conclusion de l'accord d'entrée en médiation (appelé aussi engagement en médiation). La recommandation (art. 214 CPC) ou l'exhortation (art. 297 CPC et 314 al.2 CC) du juge aux parties de tenter une</p>	<p><b>Art. 65E Renvoi à la médiation (nouveau)</b></p> <p><sup>1</sup> Dans toutes les situations qui se prêtent à la médiation, les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes facilitent aux parties le passage de la procédure civile au processus de médiation, selon les articles 213, 214 et 297 CPC et 314, alinéa 2 CC.</p> <p><sup>2</sup> A cette fin, les membres du Tribunal civil et de son autorité de conciliation, du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes assument les tâches suivantes, tout en veillant à ce que la médiation ne soit pas détournée à des fins dilatoires :</p> <p>a) ils donnent aux parties une information générale sur la médiation et dialoguent avec elles sur les avantages qu'elles peuvent en retirer dans le cas d'espèce;</p> <p>b) ils les orientent pour une information complémentaire vers une permanence de médiation encadrée par le pouvoir judiciaire;</p> <p>c) ils peuvent remettre aux parties le tableau des médiateurs (art. 74) et les aident à choisir le profil du médiateur quand elles n'y parviennent pas;</p> <p>d) ils peuvent accorder aux parties qui le souhaitent un délai convenable pour compléter leur information, consulter un tiers, rencontrer un médiateur assermenté ou se rendre ensemble à une permanence de médiation;</p> <p>e) ils peuvent prendre contact avec un médiateur assermenté (ou une permanence de médiation) et l'inviter à être présent à une audience;</p> <p>f) ils peuvent conseiller aux parties (art. 213 et 214 CPC) ou exhorter les parents (art. 297 CPC et art. 314 al. 2 CC) à se rendre ensemble à une séance d'information en vue de tenter ensuite une médiation, en leur accordant à cet effet un délai; le refus d'une des parties et sa motivation sont portées au procès-verbal de l'audience.</p>	<p>Ad al. 1</p> <p>Les situations éligibles à la médiation en matière civile sont mentionnées dans le Guide du renvoi judiciaire à la médiation (comme dans le Guide de médiation pour les avocats, site cepej et Documentation – annexe séparée). On se reportera par ailleurs aux commentaires de l'art. 65D.</p>

<sup>3</sup> Ils ne suspendent la procédure (art. 214 et 297 CPC) que lorsqu'ils ont reçu l'assurance qu'un accord d'entrée en médiation a été conclu.

<sup>4</sup> Ils rappellent aux médiateurs assermentés leur devoir de communication (art. 65F al. 1).

<sup>5</sup> Ils veillent à ce que leurs greffiers enregistrent les données statistiques après les renvois à la médiation : le nombre d'accords d'entrée en médiation, le nombre d'accords de règlement (globaux ou partiels) de médiation, et le nombre de processus n'ayant pas abouti, selon l'article 65F, alinéa 1.

médiation ne représente donc qu'une des démarches du RJM, nécessaire mais le plus souvent non suffisante pour assurer son efficacité. Les lettres a à f reprennent les démarches rencontrées dans la pratique comparée. L'enquête à laquelle il a été procédé sur ce sujet auprès de(s) tribunaux civils de 1<sup>re</sup> instance des six cantons de la Suisse romande a bien mis en relief les démarches pratiquées et celles qui le sont moins, ou qui sont totalement inconnues d'une majorité de juges civils (Rap. Pratique TCiv, site cepel), tableaux suite à la Q N° 8; voir également Documentation, N° 2 Schéma du RJM).

Cette situation n'est pas surprenante : la Suisse a introduit la médiation dans son ordre juridique sans préparer l'encadrement nécessaire à ce nouveau mode, ni pris les mesures d'accompagnement préconisées. De plus, le législateur fédéral a conçu très sobrement des aiguillages, aux art. 213, 214 et 297 CPC et 314 al. 2 CC, sans baliser la voie conduisant de la procédure au processus. Enfin nombre de magistrats chargés d'appliquer les dispositions précitées du CPC n'ont, encore aujourd'hui, pas reçu de sensibilisation à la médiation ou une sensibilisation où le RJM n'est ni présenté ni exercé. En tant que tel le RJM n'apparaît par ailleurs pas dans la doctrine suisse, ou alors à l'état embryonnaire. Dans ces conditions chaque juge civil a été mis en situation de devoir improviser pour trouver, empiriquement, la manière de donner suite - ou non - à l'injonction se terrant derrière les dispositions du CPC : « Le règlement à l'amiable des différends à la priorité ». Ces termes permettent ainsi d'appliquer de manière dynamique les art. 213, 214 et 297 CPC, selon une interprétation téléologique de la loi. Beaucoup de magistrats s'y sont attelés « avec les moyens du bord », tandis que d'autres y ont renoncé. En cas de refus de l'une des parties de tenter une médiation suite à une proposition du juge, celui-ci le fait noter avec la motivation alléguée au procès-verbal (voir ci-après le commentaire à l'art. 26 al. 4 LaCC et à l'art. 43 al. 1 bis LPAv).

Lettre f première phrase : l'idée a été émise d'accorder aux parties un bon pour participer à trois séances de médiation, à l'instar de la pratique du TP AE, tant dans les affaires familiales que dans les affaires commerciales.

Lettre f deuxième phrase : elle est à mettre en relation avec l'art. 26 al. 4 LACC. A ce propos, l'existence et l'échec de pourparlers transactionnels antérieurs ne sont pas des motifs légitimes pour s'opposer à la médiation. Il n'y a dès lors pas de problème de confidentialité. En effet la médiation s'ouvre précisément là aussi où la négociation (ou la conciliation) n'ont pas

trouvé d'issue. Contrairement à l'idée reçue, les modes amiables ne sont pas interchangeable, mais complémentaires. Ainsi il est parfaitement erroné d'affirmer, comme on l'entend encore souvent dans les prétoires, qu'on a déjà tenté une médiation alors qu'il s'agit en réalité d'une transaction, qui a échoué.

La lettre f deuxième phrase ne saurait porter atteinte au caractère volontaire de la médiation, dès lors que les parties peuvent faire valoir des motifs légitimes de ne pas y recourir, parce qu'elle ne serait pas appropriée dans le cas d'espèce (voir commentaire de l'art. 65D ci-dessus). Dans ce contexte, le juge interrogera la partie concernée de manière neutre, sans exercer sur elle quelque pression que ce soit.

#### Ad al. 3

La suspension de la procédure civile évite toute interférence de la procédure dans le processus et inversement. La suspension sans limite dans le temps est obligatoire en cas de médiation : l'art. 214, al. 3, précise : « La procédure judiciaire reste suspendue... jusqu'à la communication de la fin de la médiation ».

La question qui se pose réside dans le *début de la suspension* : si la fin de la suspension est déclenchée par la fin de la médiation, le commencement de la suspension devrait en bonne logique être enclenché par le commencement de la médiation, ce que le CPC ne précise pas. Qu'en est-il en pratique ? Or de quel moment partir si ce n'est la conclusion de l'accord d'entrée en médiation ? La solution contraire rencontrée fréquemment dans l'enquête (Rap. Pratique TCiv) consiste à suspendre avant qu'un engagement en médiation ne soit conclu, sans s'assurer que les parties soient en mesure de franchir le no man's land actuel : le passage de la procédure au processus. Or ce passage demeure dans la sphère du juge, et sûrement pas du médiateur. En effet le médiateur et les parties se lient par l'accord d'entrée en médiation. La pratique des juges consistant à suspendre lorsque les parties en litige en ont convenu mais sans qu'un tiers médiateur n'y soit partie, compte parmi les causes de la situation actuelle. En effet - l'enquête le démontre clairement - les juges qui d'emblée suspendent la procédure sans s'assurer qu'un accord initial avec un médiateur a été conclu reconnaissent qu'ils ne sont pas en mesure de savoir ce qui se passe après. Qui pis est, ce mode de faire revient pour le juge à se dispenser de la tâche consistant à faciliter aux parties le passage entre la procédure et le processus en les laissant sans carte ni boussole. Semblable omission est la négation même du RJM. Et relègue la

		<p>disposition légale à un rôle purement décoratif.</p> <p>Ainsi puisque rien n'interdit au juge d'attendre le moment de la conclusion de l'engagement en médiation pour suspendre la procédure et que rien non plus ne l'oblige à le faire plus tôt, tout devrait être évité pour la suspendre de manière prématurée, mesure non justifiée sur le plan du droit et inefficace sur le plan de l'accès à la médiation.</p> <p>Le critère de l'efficacité de la justice conduira ainsi le juge à préférer la solution raisonnée du RJM, qui, seule, assure le passage effectif et efficace de la procédure au processus, répond au besoin de sécurité juridique des justiciables et à la volonté du législateur, et qui enfin contribue à donner une bonne image de la justice et de la médiation. Par ailleurs seul ce mode de faire permettra à la Suisse de fournir au Conseil de l'Europe (CEPEJ) les données requises en matière de statistiques.</p> <p>« L'assurance qu'un accord d'entrée en médiation a été conclu » permet de limiter les risques d'utilisation de la médiation à des fins dilatoires (une crainte souvent avancée dans les milieux judiciaires), puisque le magistrat continue à suivre la progression des parties entre la procédure civile et le processus de médiation.</p> <p>Il en va de même lorsque les parties prennent elles-mêmes l'initiative de tenter une médiation en cours de procédure, le tribunal ne suspendra qu'après avoir été informé de l'existence d'un accord d'entrée en médiation.</p> <p>Ad al. 4 et 5</p> <p>La récolte de données statistiques bien ciblées est indispensable pour mesurer l'efficacité tant du RJM que du processus de médiation et le devoir des médiateurs de communiquer spontanément ces données aux greffiers est destiné à soulager ceux-ci dans l'exercice de leur tâche décrite à l'art. 65F. (nouveau).</p>
	<p><b>Art. 65F Statistiques (nouveau)</b></p> <p>1 Les médiateurs assermentés mandatés dans le cadre ou à l'occasion de procédures pendantes devant le Tribunal civil et son autorité de conciliation, le Tribunal de la protection de l'adulte et de l'enfant et le Tribunal des prud'hommes sont tenus de signaler au greffier de chambre concerné (avec le numéro de la cause) l'existence de la conclusion d'un accord d'entrée en médiation, de la conclusion d'un accord (global ou partiel) de règlement de médiation, et le</p>	<p>Pour être pleinement efficace, la récolte des statistiques s'effectue à trois stades :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– Lors de la survenance d'un accord d'entrée en médiation, d'un accord de règlement (partiel ou global) de médiation, ou en cas de non aboutissement du processus, c'est au médiateur assermenté de le signaler au greffier de la chambre concernée (al. 1);</li> <li>– Lors du contrôle semestriel du CSM, c'est à chaque magistrat de</li> </ul>

	<p>cas où le processus n'a pas abouti.</p> <p><sup>2</sup> A chaque contrôle semestriel du conseil supérieur de la magistrature, ces données lui sont communiquées par les magistrats membres de ces juridictions.</p> <p><sup>3</sup> En vue de l'établissement du rapport annuel de gestion du pouvoir judiciaire, ces données sont transmises aux greffiers de ces juridictions pour les inclure dans les statistiques de celles-ci sous la rubrique médiation (art. 26 lettre a).</p>	<p>– porter ces données sur le formulaire ad hoc (al. 2);</p> <p>– Lors de l'établissement du rapport annuel d'activités, juridiction par juridiction, les greffiers de chambre communiquent leurs données à leur greffier de juridiction (al. 3).</p> <p>En faisant cette communication aux greffiers concernés, les médiateurs n'enfreignent pas leur devoir de confidentialité puisqu'ils se contenteront de faire mention de l'existence de ces accords (avec le numéro de la cause) et se garderont bien évidemment de dévoiler le contenu de l'accord ou la manière dont le processus s'est déroulé.</p> <p>Dans ses travaux la CEPEJ a insisté sur la nécessité de recueillir des données nationales harmonisées et pertinentes en matière de statistiques.</p> <p>Les données statistiques récoltées, on peut alors procéder aux mesures suivantes, en posant l'équation :</p> <p>a) Le nombre d'accords d'entrée en médiation sur le nombre de dossiers de l'entité judiciaire concernée reflète le <i>taux d'efficacité</i> du RJM;</p> <p>b) Le nombre d'accords de règlement de la médiation sur le nombre d'entrée en médiation reflète le <i>taux d'efficacité</i> du processus de médiation.</p> <p>On peut les établir d'abord chambre par chambre, tribunal par tribunal, canton par canton, ce qui permettra du même coup à la Suisse de répondre à son tour comme les autres Etats membres du CoE au questionnaire que lui envoie tous les deux ans la CEPEJ.</p> <p>L'expression « dans le cadre ou à l'occasion de procédures pendantes » vise aussi bien le cas de renvoi judiciaire à la médiation que celui où les parties prennent elles-mêmes l'initiative de tenter une médiation.</p>
<p><b>Chapitre II</b> <b>art. 66 à 74)</b></p>	<p><b>Médiateurs (nouveau, comprenant les</b></p>	<p>Le second chapitre du titre « médiation » est dédié aux médiateurs. Ces modifications concernent le cadre dans lequel leur profession s'exerce et fera l'objet d'un examen ultérieur.</p>
<p><b>Chapitre III</b></p>	<p><b>Avocats (nouveau)</b></p>	<p>Le but de ce chapitre est de permettre aux avocats d'introduire la médiation dans leur pratique au quotidien. Il s'agit plus particulièrement de faciliter le passage entre le système de l'adjudication (procédure civile et arbitrage) et celui des modes amiables (conciliation et médiation), en inversant les priorités ancrées dans les vieilles habitudes de la pratique judiciaire, tout en favorisant le développement et la pérennité de la médiation en procédure civile.</p> <p>Un peu partout en Europe, Suisse comprise, des générations</p>

d'avocats ont été formatés pendant des siècles essentiellement au combat de la procédure civile, puis de l'arbitrage, tous deux fondés sur l'adjudication. De plus, à Genève, la place accordée dans le monde judiciaire au pénal a pris de longue date une importance telle qu'elle se reflète encore aujourd'hui dans la carrière des avocats comme dans le cursus des magistrats. Aussi cette influence du pénal affecte la manière de penser et d'agir de tous les acteurs, y compris en procédure civile devant les tribunaux civils de 1<sup>ère</sup> instance (AC et TCiv, TPAE et TPH).

Le recours automatique au procès, comparé au syndrome de Pavlov par un professeur à la faculté de droit, n'en est pas pour autant une fatalité. Il faut donc considérer ce chapitre 3 comme un encouragement donné à l'avocat pour se préparer convenablement au changement de paradigme qui le concerne, tout comme le chapitre 1 le fait pour le juge civil.

Sous l'effet conjoint de la Motion 2449-A et de l'APL, la Commission ADR de l'OdA a commencé une réflexion pour la mise en œuvre de la médiation au sein du Barreau. On ne peut que s'en réjouir tout en soulignant que ces mesures compléteront la législation demandée par la Motion, mais ne sauraient s'y substituer. La prise en compte des guides et des outils préparés conjointement par la CCBE et la CEPEJ (facilement adaptables aux situations nationales et cantonales) évitera par ailleurs de devoir « réinventer la roue ».

La question de savoir dans quel cadre légal doivent s'inscrire les dispositions concernant les avocats s'est posée : LOJ ou LPAV. Trois raisons principales ont conduit à retenir l'option de la LOJ.

D'une part mettre en lumière la *similitude des devoirs* attendus de deux groupes de personnes, les juges et les avocats, tous incontournables pour assurer un accès à la médiation efficace, durable et développé : devoirs de se sensibiliser, d'informer, de conseiller et de savoir identifier les situations éligibles à la médiation.

D'autre part insister sur l'*interdépendance des dispositions proposées*, l'efficacité des unes dépendant de celle des autres. Une sensibilisation des juges non accompagnée de celle des avocats serait d'un impact réduit ou nul, et inversement. D'ailleurs toutes les dispositions formulées dans ce projet revêtent ce caractère d'interdépendance, déjà très présent dans les Lignes directrices de la CEPEJ. Cette interdépendance est l'une des clés de son efficacité.

Enfin il est logique de regrouper au Titre IX LOJ Médiation les règles concernant celles et ceux qui vont désormais devoir *interagir* pour la mettre en œuvre : les magistrats, les médiateurs et les

	<p><b>Art. 74A Sensibilisation initiale et continue (nouveau)</b></p> <p><sup>1</sup> La sensibilisation initiale des avocats à la médiation est intégrée dans leur formation de base. Elle a pour objectif notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) de leur faire connaître la médiation et les autres modes amiables de règlement des différends et leur permettre de savoir comment les identifier pour une situation déterminée;</li> <li>b) de leur faire comprendre le conflit et la manière d'en tirer une issue positive;</li> <li>c) de leur faire assister, soutenir et conseiller les clients avant, pendant et après le processus de médiation, y compris de manière préventive pour introduire des clauses de médiation dans les actes et les contrats pour les situations qui s'y prêtent.</li> </ul> <p><sup>2</sup> Les associations d'avocats se chargent d'organiser de manière périodique la sensibilisation initiale pour les avocats n'ayant pas suivi la formation de base et la formation continue en matière de médiation et d'autres modes amiables, afin de maintenir leurs performances dans ce domaine.</p> <p><sup>3</sup> La participation régulière à la formation de base et à la formation continue en matière de médiation et d'autres modes amiables fait partie du devoir de fidélité et de compétence qui incombe à l'avocat de compléter et de tenir à jour sa formation.</p>	<p>avocats.</p> <p>En revanche, la disposition concernant la commission de surveillance des avocats a typiquement sa place dans la LPAv (ad art. 43 al. 1 bis ci-dessous).</p> <p>Cet article est le pendant de l'art. 65C, le rôle des avocats dans la promotion de la médiation étant tout aussi important que celui des juges. Et sur le plan individuel, pour assister son client dans le processus et pour rédiger des clauses de médiation dans les actes juridiques et les contrats lorsque c'est approprié, l'avocat sera d'autant plus performant qu'il y aura été spécialement et convenablement préparé.</p> <p>« Le règlement à l'amiable des différends a la priorité ». C'est le message donné par l'Université de Harvard il y a trente ans, relayé par le Conseil fédéral (FF 2006 6860) et maintes fois répété par le Conseil de l'Europe. Il a déjà été entendu par le CCBE et plusieurs associations de barreaux importants des Etats membres du Conseil de l'Europe qui l'ont transposé dans la formation de leurs membres.</p> <p>A Genève depuis l'entrée en vigueur de la loi sur la médiation en matière civile le 1<sup>er</sup> janvier 2005 sur les quelque 1800 avocats qui pratiquent le barreau une minorité de ses membres ont reçu une formation spécifique comme conseils dans la médiation. Ceci en dépit du fait que ces dernières années, les associations d'avocats ont organisé quelques formations, malheureusement de faible fréquentation et de peu d'impact dans la pratique.</p> <p>Cette situation, comme l'absence de sensibilisation des juges, contribue à verrouiller l'accès à la médiation en procédure civile depuis quinze ans. Ne rien prévoir dans la loi reviendrait à maintenir, en matière de règlement des différends, le <i>quasi-monopole</i> de fait du système d'adjudication représenté par les procédures civile et arbitrale.</p> <p>La disposition proposée représente un compromis par rapport aux recommandations de la CEPEJ tendant à ce que soient obligatoires la formation initiale et la formation continue des avocats dans ce domaine : l'al. 1 reflète et pérennise la situation actuelle de l'enseignement donné au sein de l'ECAV. Les modules consacrés à la négociation et à la médiation y sont obligatoires pour les futurs avocats. L'al. 2 représente un encouragement pour les associations d'avocats à organiser des formations qui peuvent être souples, modulées et spécialisées, tandis que l'al. 3, plus incitatif, est là pour rappeler aux membres du barreau que leur formation continue doit également s'exercer dans ce domaine devenu prioritaire depuis plus</p>
--	--	--

d'une décennie.

Ad al. 1

Par *décision consensuelle* le Pouvoir judiciaire, l'ODA et la Faculté de droit ont parrainé dans les années 2008 à 2010 une expérience pilote destinée aux jeunes avocats : « Introduction à la gestion des conflits » initiée par le GEMME-Suisse. Deux modules de ce projet (négociation et médiation) ont été ensuite introduits dans le programme actuel de l'ECAV. Celui-ci ne prévoit pas encore de former les avocats stagiaires comme conseils dans la médiation selon les critères du *programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation* (site cepej). Il est donc nécessaire qu'il soit complété dans ce sens pour permettre aux participants d'y être efficaces dans l'exercice ultérieur de leur profession.

Le but poursuivi consiste à pérenniser et à compléter cette formation *absolument indispensable* pour ouvrir les futurs avocats et magistrats à la connaissance et à la pratique effective et efficace des modes amiables.

Les lettres a à c reprennent les objectifs (et non pas le contenu) du programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation (site cepej ou Documentation, N° 5 let. d). Malheureusement la sensibilisation donnée par l'ECAV n'a, dix ans après la première volée, et malgré la qualité des intervenants, guère eu d'impact dans la pratique au vu du nombre insignifiant de cas qui ont été orientés vers la médiation dans le cadre d'une procédure civile. Pourquoi ? Il faudra bien désormais que les jeunes avocats sortant de l'ECAV soient encouragés par les associés et chefs de leur Etude à utiliser les nouveaux outils dans les dossiers de l'Etude, à chaque fois qu'ils s'y prêtent, dans l'intérêt supérieur du client. C'est d'ailleurs dans l'intérêt général de la profession de s'adapter désormais à ces nouvelles méthodes avec la signature de la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation, aussi appelée la Convention de Singapour sur la médiation (2018). C'est l'intérêt évident de Genève aussi, si elle a l'ambition de maintenir sa place de centre international de règlement des différends. Il est significatif que la conférence des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation ne se soit pas tenue en 2018 à Genève dans la salle de l'Alabama ou au Palais des Nations, mais à Singapour.

Ad al. 2

Ce n'est certes pas le rôle de l'Etat d'organiser pour les avocats des formations continues en matière de gestion des conflits, mais son devoir de rappeler dans la loi au barreau que cette responsabilité lui incombe pour ne pas reporter encore sur les nouvelles générations le retard pris dans ce domaine ces quinze dernières années.

La rédaction souple de cet alinéa laisse aux associations d'avocats la pleine liberté, partant l'entière responsabilité d'organiser ces formations continues. Elles le feront certainement dans l'intérêt aussi des clients.

On peut imaginer que les associations d'avocats pourraient organiser des formations sur plusieurs niveaux :

- a) une introduction générale à la gestion des conflits, ouverte à tous;
- b) le programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation, en le destinant aux *avocats civilistes* (qui sont amenés d'une part à intervenir dans le processus, et de manière différente que dans la procédure civile et d'autre part à rédiger des clauses de médiation dans les actes juridiques chaque fois que c'est approprié), avec le temps et les moyens que nécessite la priorité à accorder à la résolution amiable;
- c) la formation (déjà existante au sein de la FSA) donnant accès à l'accréditation de médiateur, pour les avocats et les avocats arbitres *désirant devenir médiateurs*

Il est du ressort et de la responsabilité des associations d'avocats à Genève, soit l'Ordre des Avocats (O/A) et l'Association des Juristes Progressistes (AJP) de bien déterminer le cercle des *avocats concernés* par ces divers niveaux, avocats qui sont des civilistes (pour le 2<sup>e</sup> niveau) et selon le programme de la CCBE élaboré pour ce niveau. Vouloir les réserver exclusivement aux « avocats qui pratiquent le contentieux » est très réducteur et fait abstraction de l'importance de l'aspect préventif de la médiation. En effet, il importe, dans *tous les domaines de spécialisation du barreau en matière civile*, que les avocats soient en mesure de rédiger et d'insérer dans les actes juridiques et les contrats qu'ils préparent des clauses de médiation ou des clauses à échelons (voir Dictionnaire) *chaque fois que cela est approprié*. L'établissement d'un système de prévention et de régulation des différends par la médiation peut ou doit se concevoir à l'intérieur d'une entreprise comme dans les relations entre deux ou plusieurs entreprises :

a) *A l'intérieur d'une entreprise* : dans les actes juridiques créant ou restructurant p.ex. un cabinet ou centre médical, un atelier d'architectes, un bureau d'ingénieurs, un groupe d'artistes ou de musiciens, une étude d'avocats ou de notaires, etc., et ceci quelle que soit la construction juridique (société simple, société en nom collectif, société anonyme – pour régler également les conflits entre actionnaires).

b) *Entre deux entreprises* : la médiation peut avantageusement être introduite pour prévenir ou résoudre des conflits entre des entités différentes touchant des sphères d'activités très larges : contrats commerciaux (vente, vente par acomptes, contrat d'agence, contrat de représentation exclusive, etc.), contrats concernant la propriété industrielle et intellectuelle (contrat de franchising, contrat de licence, etc.), dans le droit du sport, etc.

Ces clauses et ces systèmes (comme p.ex. les *dispute boards* prévus dans les contrats de construction) permettent de prévenir le conflit ou de le traiter dès sa naissance. En évitant que le conflit ne vienne polluer, entraver et même paralyser les activités de l'entreprise, c'est autant de dégâts sociaux, économiques et humains qui sont épargnés. Ne pas prévoir ces clauses ou ces systèmes dans les actes juridiques ou les contrats qu'ils préparent pourrait engager déjà aujourd'hui la responsabilité des avocats concernés, qu'ils soient ou non sensibilisés à la médiation.

#### Ad al. 3

De nombreux barreaux en Europe, par exemple en Belgique et en France, ont prévu ces devoirs sur le plan interne, dans leurs codes de déontologie, un règlement ad hoc ou les us et coutumes. Dans le canton de Vaud, l'Oda VD a élaboré un règlement. Rien de tout cela à Genève depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Il est donc nécessaire d'encourager les avocats par une disposition légale, même si l'on peut déjà considérer que c'est déjà une faute, selon le droit en vigueur, de ne pas se former, donc de ne pas savoir informer leurs clients sur la médiation ni la leur conseiller dans des situations qui s'y prêtent. Cet alinéa est à mettre en relation avec les art. 43 al 1 bis LPAV et 26 LaCC.

Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur, en l'occurrence les art. 12 et ss LICA, qui établissent des règles professionnelles. Elles sont certes directement applicables, ce qui n'empêche nullement les cantons de les préciser par des lois d'application.

**Art. 74B Devoir d'informer et de conseiller la médiation (nouveau)**

<sup>1</sup> Dans l'examen des affaires qui leur sont confiées les avocats identifient systématiquement et à tout moment les situations qui se prêtent à la médiation.

<sup>2</sup>Ils en informent alors leurs clients et leur conseillent de prévoir la médiation ou de la tenter, en prenant en compte l'intérêt prépondérant de ceux-ci.

**Alinéa 1 :** Les situations éligibles à la médiation en procédure civile sont mentionnées dans le Guide de médiation pour les avocats (comme dans le Guide du renvoi judiciaire à la médiation pour les magistrats : site cepej; il importe donc que chaque avocat civiliste puisse disposer de cet outil pour l'utiliser dans le traitement quotidien des affaires au sein de l'Etude. Voir le commentaire à l'art. 65D).

Cette phrase est le pendant de l'art. 65D pour les juges. Toutefois, la portée en est beaucoup plus large pour les avocats civilistes. L'option ouverte pour les juges est limitée à trois : concilier, orienter vers la médiation ou juger, tandis que l'option pour les avocats est multiple. Pour l'avocat la palette est plus large et couvre la négociation raisonnée, le droit collaboratif, la médiation, l'arbitrage et la saisine des tribunaux. C'est ce que l'on appelle l'orientation préalable (gestion du conflit) qui les amène avec les clients à débattre des avantages et des inconvénients des différents modes de résolution des litiges sur une large palette dans une situation déterminée (voir N. Dutoit, « L'Avocat et la Résolution des Conflits », *Anwaltspraxis / Pratique du barreau*, 2/2019, p. 65; J. Gay, « Les ADR et l'Orientation préalable », *in*: Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle, 2018, p. 417; J.A. Mirimanoft, « L'orientation préalable des parties à un différend », *Revue de l'Avocat*, Bâle, 2010/1, pp. 19 et s.). Divers outils d'orientation préalable – notamment un tableau permettant de mettre en relation les différentes méthodes de résolution des différends avec des facteurs concrets tels que la durée, le coût, l'importance accordée à la poursuite de la relation ou à la communication ainsi que le rôle des émotions – permettent à l'avocat d'identifier avec son client la méthode de résolution du différend la mieux adaptée à sa situation, et le cas échéant de retenir la médiation.

**Alinéa 2 :** Le devoir d'informer les clients concerne tant l'aspect de prévention que de résolution de la médiation (voir le commentaire de l'art. 74 A al. 2).

L'échec d'une négociation ou l'échec d'une conciliation – on n'aura pas cesse de le souligner – ne signifie pas encore qu'il faille recourir automatiquement, systématiquement et sans réflexion au système de l'adjudication (procédure civile ou arbitrage), puisque la médiation peut encore se déployer dans cet espace.

Aujourd'hui encore, la médiation n'est toujours pas nommée dans les us et coutumes du Barreau genevois et il n'est pas prévu de le

faire (Rap. Pratique Avocats, Q.1, Réponse du Bâtonnier, p. 18). Certes la médiation a fini par faire une timide apparition au Ch. 9 al. 2 du Code de déontologie de la FSA du 10 juin 2005 : « [L'avocat] tient compte d'une médiation en cours... ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une » (« point de vue incompatible avec les obligations de l'avocat résultant du mandat », Pierre Kobel, Changement dans la pratique d'avocat, in : Médiation, Aktuelle Anwaltpaxis, 2009, p.34). Le chemin qui reste encore à faire au Barreau de Genève (et à la FSA) pour combler ce retard apparaît dans les documents préparés par son association faîtière au niveau européen, la CCBE (Guide de Médiation pour les Avocats et Programme de formation pour les avocats pour l'accompagnement des clients dans la médiation : site cepej). Par exemple : « Chaque fois qu'un avocat rédige un contrat il doit toujours se demander si la médiation peut être utile aux parties au contrat ou revêtir une importance particulière dans certaines situations ... ». Ou encore : « Les avocats ne doivent... pas écarter ni négliger la tenue d'une discussion avec le client sur les divers avantages et inconvénients liés à l'utilisation de différents modes de résolution des conflits. C'est une erreur méthodologique qui pourrait être qualifiée de négligence de la part de l'avocat, voire de faute professionnelle » (Guide de Médiation pour les Avocats, Chap. 2, ch. 4. Le rôle des avocats dans la médiation, a. La sélection d'un mode de résolution des conflits comme part intégrante de l'analyse de cas).

Comme pour le juge, il est donc indispensable, si l'on veut véritablement déverrouiller l'accès à la médiation en procédure civile en faveur des justiciables, de consacrer dans la loi le devoir de l'avocat civiliste - quand la situation s'y prête - d'informer ses clients sur la médiation, de la prévoir dans les actes ou les contrats, et de leur conseiller de la tenir lorsque l'intérêt prépondérant de ces derniers l'exige. Le législateur belge l'a déjà fait (Ordonnance judiciaire, art. 444). C'est ce que recommandent d'ailleurs le Manuel de législation en matière de médiation (site cepej) et le Guide de la médiation pour les avocats (site cepej) corédigé par le CCBE, organisation faîtière des barreaux européens. Apprendre à inverser les priorités est tout sauf superflu.

Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur (art. 12 ss. LLCA). Voir le commentaire de l'art. 74 A al. 3.

	<p><b>Art.2</b> <b>Modifications à d'autres lois</b></p> <p><sup>1</sup> La loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (LaCC – E 1 05), est modifiée comme suit :</p>	
<p><b>Art. 17 Médiation</b></p> <p><sup>1</sup> L'autorité de conciliation et le tribunal informent les parties sur l'existence de la médiation au sens des articles 66 à 75 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010, et peuvent les inciter à y recourir.</p> <p><sup>2</sup> Lorsque la médiation résulte d'une exhortation faite par le Tribunal de protection (art. 314, al. 2, CC), 3 séances de médiation sont à la charge du pouvoir judiciaire.</p>	<p><b>Art. 17 Médiation, al. 1 (abrogé, l'al. 2 ancien devenant l'al. unique)</b></p>	<p>L'alinéa 1 est remplacé par l'art. 65D LOJ.</p>
<p><b>Art. 26 Fixation des dépens</b></p> <p><sup>1</sup> La juridiction fixe les dépens d'après le dossier en chiffres ronds incluant la taxe sur la valeur ajoutée. La décision est motivée.</p> <p><sup>2</sup> Un état de frais peut être déposé.</p> <p><sup>3</sup> La fixation des dépens est sans effet sur les rapports contractuels entre l'avocat et son client</p>	<p><b>Art. 26 Fixation des dépens, al. 4 (nouveau)</b></p> <p><sup>4</sup> Les membres du Tribunal civil, du Tribunal de l'adulte et de l'enfant et du Tribunal des prud'hommes peuvent ne pas allouer de dépens, ou les réduire, à la partie qui a refusé sans motif valable le conseil (art. 214 CPC) ou l'exhortation (art. 297 CPC et 314 al. 2 CC) de tenter une médiation alors que l'autre partie y avait souscrit.</p>	<p>Cette disposition a pour but d'encourager le recours à la médiation. Semblable disposition a déjà été introduite dans les codes des pays suivants : Irlande, Lituanie, République tchèque et Royaume-Uni. Elle est également recommandée dans le Manuel de législation en matière de médiation (site cepej, ch. 7.1. du document). En cas de refus non fondé à sa proposition, le juge civil le note au PV de l'audience (art. 65E al. 2 let f) 2<sup>e</sup> phrase).</p> <p>Comme on l'a vu dans le commentaire de l'art. 65E al. 2 let. f), le juge pourra apprécier librement la pertinence des motifs. On peut donc présumer que cet article sera appliqué avec retenue.</p> <p>Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur (art. 95 et ss CPC) qui prévoit que l'autorité peut répartir les frais différemment, en fonction des circonstances concrètes du cas d'espèce. Cet article laisse d'ailleurs une liberté d'appréciation à l'autorité, s'agissant d'une prescription potestative.</p>

	<p><sup>2</sup> La loi sur la profession d'avocat du 26 avril 2020 (LPAV – E 6 10) est modifiée comme suit :</p> <p><b>Art. 43 Manquements aux devoirs professionnels, al. 2 (nouveau, les al. 2 et 3 anciens devenant les al. 3 et 4)</b></p> <p><sup>2</sup> Peut constituer un manquement professionnel, dans les cas des litiges en matière civile qui se prêtent à la médiation, le fait de</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>a) ne pas avoir informé convenablement le client sur la possibilité d'une médiation;</li> <li>b) ne pas lui avoir conseillé de tenter une médiation, lorsqu'une telle solution apparaissait comme appropriée;</li> <li>c) avoir refusé sans motif valable le conseil (art. 214 CPC) ou l'exhortation (art. 297 CPC et 314 al. 2 CC) du juge de tenter une médiation.</li> </ol>	<p>Cet article est le prolongement nécessaire de l'art. 65E al. 2 let. f 2<sup>ème</sup> phrase et le corollaire de l'art. 74 B LOJ. Ce texte protège le client : tant que le devoir de l'avocat de l'informer convenablement sur la médiation ne s'introduira pas systématiquement dans sa pratique pour chaque situation concrète qui s'y prête, le droit du client d'accéder à la médiation demeurera une vaine illusion.</p> <p>Il est donc tout aussi indispensable de prévoir dans la loi, en prenant en compte l'intérêt supérieur du client, le principe d'une possible sanction aux trois situations mentionnées pour permettre le libre accès à la médiation en cas de procédure civile, encourager son développement et assurer sa pérennité.</p> <p>Il est en effet vain d'espérer ouvrir l'accès à la médiation sans le concours des avocats. Cette mesure aura aussi pour effet de rendre plus efficace l'enseignement en matière de gestion des conflits (négociation et médiation) donné à l'ECAV, enseignement qu'il sera plus difficile de ne pas soutenir concrètement dans le traitement quotidien des affaires au sein des études d'avocats. En outre, cette mesure contribuera aussi à encourager les membres du barreau concernés à fréquenter les formations sur ce thème organisées par leurs associations professionnelles et à augmenter ainsi le nombre des avocats formés et expérimentés comme conseils dans la médiation dans une proportion conforme à l'image et à l'esprit de Genève.</p> <p>Ce texte est compatible avec le droit fédéral supérieur (LLCA). Il s'agit d'une précision de son art. 12, let. a qui impose à l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence; il se réfère au devoir de bonne et fidèle exécution du mandat. Il s'agit aussi d'un cas d'application de l'art. 12, let. i. La rédaction du texte laisse à l'autorité la liberté d'apprécier, selon les circonstances concrètes du cas d'espèce. Il s'agit donc d'une prescription potestative.</p>
--	---	---