

L'EUROCOMPATIBILITE DE LA LOI N°8931 SUR LA MEDIATION CIVILE

Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles

par

Jean A. MIRIMANOFF*

I. LES TRAVAUX PREPARATOIRES :

- 1.1 Ces travaux se sont déroulés entre le 11 juin 2001 et le 16 mai 2002 ¹. Ils se sont concrétisés, sous l'égide du pouvoir judiciaire, par deux avant-projets, suivis d'un projet de loi (PL 8931). Pendant cette période, les références législatives en Europe se comptaient sur les doigts d'une main :
- le nouveau code de procédure civile français (NCPC) de 1995 ² ;
 - Les « Lord Woolf's rules » insérées dans le code de procédure civile (CPC) anglais de 1999 ³ ;
 - La loi genevoise sur la médiation pénale du 16.02.2001 ⁴, avec quelques autres, en Europe.
- 1.2 Jusqu'alors le Conseil de l'Europe n'avait adopté, depuis une Recommandation générale sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice, Rec. (84)5, que trois résolutions en matière de médiation :
- la Recommandation sur la médiation familiale, Rec. (98)1 ;
 - la Recommandation sur la médiation pénale, Rec. (99)19 ;
 - la Recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, Rec. (2001)95.

*Juge au Tribunal de première instance et Président de la Commission de Conciliation des Baux et Loyers à Genève ; Membre de la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale auprès du Conseil d'Etat ; Secrétaire Général de Gemme - Suisse ; ancien Conseiller juridique au CICR ; ancien collaborateur juridique au Bureau Fédéral de la Propriété intellectuelle et à la Division Fédérale des affaires économiques extérieures.

L'auteur exprime ses vifs remerciements au Prof. Joseph Duss von Werdt pour avoir relu ces lignes, et au secrétariat de la FAC pour son aide logistique.

1. PL 8931, projet de loi modifiant la LPC (E 3 05) (médiation civile), la LOJ (E 2 05) (médiateurs civils) et d'autres lois cantonales (E 3 10; E 3 15; E 4 05), Exposé des motifs, Introduction, Chancellerie d'Etat, Genève. Plus précisément, le groupe de travail du Tribunal de première instance a tenu ses séances entre le 29.11.2002 et le 7.02.2002, cf. également GEMME-SUISSE, la médiation civile en Suisse : la nouvelle législation à Genève, CCBL, Genève, janvier 2005.

2. Martine BOURRY d'ANTIN, Gérard PLUYETTE et Stephen BENSIMON, Art et techniques de la médiation, Litec, Paris, 2004, qui en reproduit le texte et les pratiques, avec de nombreux entretiens avec des avocats et des magistrats.

3. Lord Justice MANCE, Document présenté à la Conférence européenne des juges sur "Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges", Conseil de l'Europe, Strasbourg, 24-25 novembre 2003.

4. cf. PL 7750, projet de loi modifiant la LOJ (E 3 05), Exposé des motifs, Chancellerie d'Etat, Genève.

1.3 Or, entre le moment où le projet de loi a été remis, en juin 2002, au Gouvernement genevois, transmis au Parlement genevois en février 2003 (PL 8931), examiné au sein de sa commission législative au printemps 2004⁵, puis voté en Plénière le 28 octobre 2004, plusieurs textes européens importants concernant la médiation civile et commerciale ont vu le jour.

Au sein du Conseil de l'Europe :

- *la Recommandation sur la médiation civile du 18.09.2002, Rec. (2002)10 ;*
- *les Conclusions de la Première Conférence des juges sur « le Règlement précoce des litiges et le rôle des juges » du 25.11.2003 ;*

Au sein de l'Union Européenne :

- *le LIVRE VERT sur les modes alternatifs de résolution des litiges relevant du droit civil et commercial du 19.04.2002, COM (2002)196 final⁶ ;*
- *le projet de Code de conduite européen pour les médiateurs du 6.04.2004;*
- *la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 22.10.2004, COM (2002)718 final⁷.*

1.4 Il a dès lors paru intéressant de confronter la loi genevoise, à sa naissance même, aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, sans tomber dans la tentation de la comparer encore aux trois nouvelles lois entrées en vigueur en Europe depuis : en Autriche et en Italie⁸, en 2004, et en Belgique tout récemment.

Ainsi, à ce jour, il existe sur notre continent six lois traitant de la médiation civile et commerciale, au sens étroit, deux autres étant annoncées pour 2005 : aux Pays-Bas et en Slovénie.

1.5 Il n'est dès lors pas surprenant que le premier avant-projet, préparé par un groupe de travail du Tribunal de Première Instance, ait été fortement empreint du NCPC français et de la loi genevoise sur la médiation pénale avec un système de délégation par un magistrat. Ce dernier aurait contrôlé les conditions cadre de l'exercice du processus de médiation, avec la tentation d'étendre son contrôle de la convention finale au-delà de celui de la légalité, lors de l'homologation⁹.

1.6 C'est pour libérer résolument le processus de médiation de toute subordination et ingérence que le second avant-projet a été établi, suite aux conseils judiciaires d'Isabelle BIERI, magistrate à Neuchâtel, mandatée dans la procédure de consultation, à l'analyse

5. Christian LÜSCHER, Rapport de la commission législative chargée d'étudier le projet de loi modifiant la loi de procédure civile (E 3 05) (médiation civile) du 21.09.2004.

6. Dominique BROWN-BERSET, La Médiation commerciale : un géant s'éveille, *in* RDS 2002, p. 319 à 424; Christian DUVE, Das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung, IDR-Beilage, 2002.

7. cf. aussi Commission Staff Working Paper, SEC (2004) 1314, du 22.10.2004.

8. Francesco BENIGNI, ADR : Mediation in Italy. Is it really moving ? Présentation à la Conférence européenne des juges sur "Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges", Conseil de l'Europe, Strasbourg, 24-25 novembre 2003.

9. Isabelle BIERI et Jean A. MIRIMANOFF, Justice et Médiation : autonomie ou complémentarité ? Quelques réflexions sur une articulation possible, dans la perspective de la PCS, Présentation à l'assemblée générale de l'Association suisse des Magistrats (ASM), Fribourg, le 22.11.03, p. 12.

sur le concept de délégation de médiation de Nathalie BORNOZ, avocate et médiatrice¹⁰, et au cours du Prof. Joseph DUSS VON WERDT, médiateur¹¹. C'est le second avant-projet¹² qui instaure le système de médiation métajudiciaire¹³, repris par le législateur genevois à l'art. 71 B LPC :

- « 1. Le médiateur n'intervient pas dans la procédure civile.
2. Le juge n'intervient pas dans le processus de médiation.
3. Le juge et le médiateur facilitent le passage de la procédure civile au processus de médiation, et inversement. »

Il n'est pas non plus surprenant que cette approche ait largement recueilli la préférence des personnes et des institutions de médiation, lors de la procédure de consultation¹⁴.

- 1.7 On parle souvent de *médiation conventionnelle* lorsque son processus repose sur le libre choix des parties et se déroule de manière indépendante, et de *médiation judiciaire* lorsqu'il est encadré par les pouvoirs publics et se déroule *sous le contrôle* du juge¹⁵.

Or le système retenu ici par la nouvelle législation infirme cette alternative. A l'occasion de la concertation étroite entre le pouvoir judiciaire et nombre d'institutions de médiation à Genève, et au cours de consultation du barreau et de la Faculté de droit qui ont approuvé le projet de loi, tous se sont accordés à reconnaître que médiation et procédure civile ne partagent ni le même cadre, ni les mêmes méthodes, ni surtout les mêmes objectifs, et se meuvent ainsi sur des plans totalement différents. La loi exclut ainsi toute ingérence de l'une sur l'autre, toute confusion des rôles et des personnes.

En d'autres termes, la *médiation civile reste toujours conventionnelle* dans la nouvelle législation genevoise, même lorsqu'un magistrat aura *proposé* aux parties d'y recourir : sa nature demeure intacte, son autonomie préservée. Médiation *métajudiciaire* parce que le processus est facilité par un médiateur tiers, la loi réglant essentiellement l'articulation entre le processus et la procédure. La médiation métajudiciaire¹⁶ n'a donc pas pour vocation de « résoudre le *litige* »¹⁷ (ce qui incombe à la conciliation et à la

10. Nathalie BORNOZ et Julien KNOEPFLER, Médiation pénale : le choc des éthiques, *in* l'Ethique et le droit, discordances et points de rencontre, Edition Universitaire, Fribourg, 2000, par leur analyse sur la "médiation pénale déléguée à l'aune de l'éthique de la médiation" (p. 255 ss.) ont permis d'abandonner l'idée de faire de la médiation civile "la décalcomanie" de la médiation pénale; cf. PL 8931, Exposé des motifs, Introduction, pp. 11 et 12.

11. Le Prof. Joseph DUSS von WERDT lors du cours au CEFOC, Genève, février 2002, a démontré les avantages à maintenir le processus dans l'autonomie la plus totale, à défaut de quoi la médiation est dénaturée.

12. Les deux avant-projets, ainsi que les avis des personnes et institutions consultées, sont annexés au PL 8931; cf. note 1.

13. Martine CHENOU et Jean A. MIRIMANOFF, la Médiation Civile ou Métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres, *in* : Semaine Judiciaire n° 10 vol. II, 2003.

14. Jean A. MIRIMANOFF, Procédure Civile et Processus de Médiation : passer d'un mode à l'autre sans en altérer la nature, Document présenté à la Conférence européenne des juges sur "Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges", Conseil de l'Europe, Strasbourg, 24-25 novembre 2003.

15. Voir note 6.

16. Voir note 13.

procédure) mais – plus largement – d'apaiser le *conflit* par le rétablissement de la communication, et si possible des liens entre les parties.

II. LES CRITERES DE STRASBOURG :

2.1 La Recommandation sur la médiation familiale du 21.01.1998, R (98)1 :

On retrouve l'influence des idées véhiculées par ce texte – connu pendant les travaux préparatoires – sur de nombreuses questions :

a) Organisation de la médiation :

En principe, « la médiation ne devrait pas être obligatoire » (R. ch. II, lit.a).

La proposition du recours à la médiation par le juge (art. 71 A LPC), l'information par le juge sur le processus et son coût et l'octroi d'un délai de réflexion (art. 71 C LPC) expriment dans la loi genevoise le **caractère volontaire** de la médiation civile.

b) Processus de médiation :

Les principes **d'impartialité** et de **neutralité** du médiateur énoncés dans la recommandation (R. ch.III i et ii) sont repris aux art. 71 A in fine LPC et 161 D LOJ de la loi genevoise.

Le principe de **confidentialité** figure à l'art. 161 E LOJ, renforcé par l'art. 37 ch. 54 de la loi pénale genevoise, qui sanctionne des arrêts ou d'une amende sa violation.

c) Statuts des accords de médiation :

L'approbation des accords de médiation par l'autorité judiciaire (R. ch. IV) a fait l'objet de plusieurs dispositions sur des modalités, les conditions **d'homologation** et les conséquences d'un refus, aux art. 71 F, 71 I et 71 J LPC de la loi genevoise.

d) Relation entre la médiation et la procédure devant l'autorité judiciaire :

L'autonomie du processus de médiation (R. ch. V lit.a) est particulièrement garantie, à la fois par la systématique de la loi genevoise et la disposition clef de l'art. 71 B LPC concernant les compétences de chacun, cité intégralement ci-dessus.

L'interruption de la procédure judiciaire (R. ch. V lit.b i) a été traduite par la suspension de l'instance (préférée à la solution de la suspension de l'instruction) à l'art. 71 G al.1 LPC, avec l'exception des mesures requises par l'ordre public et le doit impératif, en particulier dans le domaine de la protection des mineurs, à l'art. 71 G al.2 LPC, qui reflète la préoccupation strasbourgeoise (R. ch.V lit.b).

e) Mécanismes appropriés pour la sélection, la formation et la qualification des médiateurs, et normes de bonnes pratiques :

Il faut reconnaître que le législateur genevois a fait le pari d'accorder sa confiance aux institutions de médiation, dont plusieurs ont fait la preuve de leur fiabilité et de leur compétence, depuis plusieurs années, telle la Maison des médiations et la Chambre suisse de médiation commerciale.

Ces associations veillent à la réalisation des objectifs mentionnés ci-dessus.

La loi genevoise a cependant introduit un code minimum de **déontologie** (aux art. 161 D à 161 F LOJ), défini les conditions d'inscription et de radiation aux **tableaux officiels** (art. 161 A et B LOJ), et **instauré une commission chargée de donner des préavis** sur les questions suivantes : tenue et mise à jour des tableaux, examen des conditions requises pour les personnes et les associations, confrontation des règles de déontologie des associations avec celles énoncées dans la loi, propositions de sanctions en cas de violation des règles fixées par la loi (art. 161 G et 161 H LOJ).

Tous ces points ont été d'ailleurs élaborés par la commission législative du Parlement cantonal qui a heureusement complété le projet PL 8931 en le renforçant.

f) Questions internationales :

Il faut admettre que cet aspect (R. VIII) n'a pas encore fait l'objet d'études approfondies, et impliquera d'ailleurs une collaboration entre les cantons et avec la Confédération.

2.2 La Recommandation sur la médiation civile du 18.09.2002, R (2002)10 :

Elle a été publiée après la transmission du projet de loi par le Pouvoir judiciaire au Gouvernement genevois.

Il s'agit donc d'un examen presque rétroactif, dans la mesure où le PL 8931 a été, dans les grandes lignes, largement approuvé par la commission législative, qui en a amélioré encore la rédaction et l'a complété et renforcé sur quelques points (lit.e ci-dessus).

L'importance de cette Recommandation a été soulignée lors de la Conférence européenne des juges sur « Le Règlement précoce des litiges et le rôle des juges » à Strasbourg les 23/24 novembre 2003. La Conférence n'y a pas apporté d'éléments nouveaux.

a) Définition de la médiation (R. ch.I) :

La recommandation la désigne comme

«un processus pour lequel les parties négocient les questions litigieuses afin de parvenir à un accord avec l'assistance d'un ou plusieurs médiateurs. »

A l'introduction de son exposé des motifs, le PL 8931 proposait la version suivante :

« La médiation a pour objet de créer un cadre suffisamment stable pour permettre aux personnes en conflit de se rencontrer, d'entamer un dialogue et d'envisager des solutions mutuellement acceptables pour résoudre leur différend, de sorte qu'elles pourront poursuivre leurs relations dans l'avenir. »¹⁸

Il faut signaler une autre tentative de définition, plus récente, élaborée par le Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation, qui l'a faite figurer à l'art. 4 de ses statuts, tout en se réservant de la reprendre plus tard :

« un processus formel de gestion de la communication, librement consenti par les parties, soutenu par un médiateur – non magistrat – indépendant, neutre et impartial librement désigné par les parties, processus au cours duquel elles recherchent leur propre solution. »¹⁹

La loi genevoise, à l'art. 71 A LPC, se réfère au processus comme un moyen offert « aux parties de résoudre à l'amiable leur litige grâce au concours d'un médiateur civil, soit un tiers qualifié, indépendant, neutre et impartial. »

On n'est pas loin du texte de la recommandation. Mais, à vrai dire, la loi ne comporte pas de véritable définition, et il en est bien ainsi, pour deux raisons.

D'une part, le concept de médiation sort, sous nos yeux, de sa chrysalide, de sorte qu'il paraît délicat de figer une image de lui dans un texte censé durer.

D'autre part et surtout ce n'est pas une bonne définition qui fait avancer une institution, mais la manière dont elle est reçue, comprise et appliquée. Et, surtout, encouragée.

b) Le Champ d'application matériel (R. ch.II) :

Par médiation « en matière civile » la recommandation vise tous les « droits et obligations de caractère civil, y compris ceux relevant du droit commercial, du droit de la consommation et du droit du travail. »

Le champ genevois est tout aussi large : dans toutes les causes qui leur paraissent de nature à faire l'objet d'une médiation, le magistrat peut proposer aux parties d'y recourir, en tout état de cause, et à tous les degrés de juridictions (art. 71 A LPC), et ceci dans tous les domaines du droit civil et commercial, le système

18. Voir note 1, PL 8931, Exposé des motifs, p. 7.

19. Art. 4, ch. 1 des Statuts de GEMME-SUISSE, adoptés à Fribourg le 8 octobre 2004.

métajudiciaire s'appliquant aussi en matière de baux et loyers et dans les conflits du travail.

La question se posera, le moment venu, sur le plan européen, de savoir si pour les conflits en matière de consommation, la médiation et les services d'ombudsman pourront intervenir tour à tour, alternativement, en articulation ou exclusion, les uns avec les autres... Une harmonisation des travaux entrepris à ce sujet par le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne sera sans doute appropriée²⁰.

c) Organisation de la médiation (R. ch. III) :

D'une manière particulièrement élastique, la recommandation laisse aux Etats toute latitude pour « organiser la médiation en matière civile de la manière la plus appropriée, que ce soit par le biais du secteur public ou privé. »

Les termes « organiser la médiation » ne sont pas heureux, puisque le processus est – par essence - emprunt des principes de la liberté et de responsabilité des parties.

Si l'Etat organise le processus, il le dénature, partant le rend inefficace, et l'anéantit.

Il s'agirait alors d'une institution hybride...

La question mérite d'être focalisée sur l'articulation entre le processus de médiation et la procédure civile. Elle pose quelques problèmes, éthiques et techniques, auxquels les Etats doivent trouver des solutions, l'absence de texte légal représentant des inconvénients suivants : pluralité et contradiction des pratiques judiciaires, insécurité juridique, éventuel manque de légitimité de la médiation, etc.

d) Processus de médiation (R. IV ch.12, 1par.) :

L'énoncé des principes diffère de celui de la Recommandation familiale : le texte reprend **l'impartialité**, et introduit **l'indépendance** en lieu et place de la **neutralité**.

Or, ces trois principes ont un sens et une portée bien distincts.²¹

Les trois principes sont donc énoncés dans la loi genevoise (à l'art. 71 A LPC et 161 D LOJ).

Avant, pendant et après la procédure, la médiation s'accompagne de manifestation de volonté des parties, qui doit être libre et éclairée.

C'est la raison pour laquelle un délai de réflexion est octroyé avant d'entrer dans le processus (art. 71 C LPC), et comme l'instance est suspendue (art. 71 G LPC) les parties peuvent – une fois parvenues à l'accord – consulter un tiers, ou réfléchir à leur guise, avant de la reprendre, le cas échéant.

20. Par ailleurs, la divergence entre les principes retenus dans la Recommandation de la Commission du 30.03.1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) et la Recommandation de la Commission du 04.04.2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (2001/310/CE) ne s'explique pas sous le seul angle de leur champ d'application différent.

21. Jean PICTET, Les principes fondamentaux de la Croix-Rouge, Institut H. Dunant, 1979; Hans HAUG, Les principes fondamentaux du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge, Institut H. Dunant, Gd. P. Haupt, Vienne, 1993, en particulier leurs commentaires sur trois des principes fondamentaux : impartialité, neutralité, indépendance.

e) Accords issus de la médiation (ch. VI) :

Pour l'essentiel, le texte reprend celui de la recommandation en matière familiale.

On peut se référer aux remarques y relatives, comme en ce qui concerne la formation (ch. V), l'information (ch. VII) et les aspects internationaux (ch. VIII).

III. LES CRITERES DE BRUXELLES :

Le Livre vert traitant les ADR en général et non la médiation civile prise isolément, la confrontation aux critères de Bruxelles portera – paradoxalement – sur un texte non encore adapté, mais d'une grande importance pour l'avenir de la médiation civile et commerciale en Europe :

la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 22.10.2004, COM (2004) 7/8 final ²², qu'il convient d'examiner à la lumière de la note explicative de la commission SEC (2004) 1314.

Faute de place, nous nous bornerons à mentionner le projet de Code de déontologie européen pour les médiateurs du 6.04.2004, qui fait mention à ses articles 2.1 et 2.2 des principes d'impartialité, d'indépendance et de neutralité, qui sont énoncés dans la loi genevoise (à l'art. 71 A LPC et 161 D LOJ) (Voir note 21).

Article 1 : Objectif et champ d'application :

L'al. 1 dispose : « L'objectif de la présente Directive est de faciliter l'accès à la résolution des litiges en encourageant le recours à la médiation et en veillant à instaurer une relation saine entre la médiation et les procédures judiciaires. »

Que signifie cette dernière expression ? L'exposé des motifs (ch. 1.1.2 p.3) en fournit la réponse :

« Un cadre juridique stable et prévisible contribuerait à mettre la médiation en égalité avec la procédure judiciaire lorsque les facteurs relatifs au litige jouent un rôle prépondérant dans le choix de la méthode de résolution du litige par les parties. »

Egalité : Le mot est lâché. L'option éthique prise en faveur du système de la médiation métajudiciaire par la loi genevoise recevrait ainsi la légitimation européenne. Ce choix s'exprime, on l'a déjà vu, par la disposition clé de l'art. 71 B LPC sur les compétences, reproduit ci-dessus.

Le maintien du processus dans sa nature et son autonomie est donc parfaitement compatible avec l'encouragement du recours à la médiation. *A contrario*, on est tenté de comprendre – entre les lignes – que la subordination du processus à la procédure, la délégation ou la sous-traitance contrôlée ne sont ni nécessaire, ni souhaitables...

22. Proposition sur laquelle le Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) a été amené à se prononcer en décembre 2004. La portée de la Directive devra par ailleurs être encore clarifiée : applicable aux seuls conflits transnationaux ou à tous les conflits ?

Article 2 : Définition :

La lettre a) définit la médiation comme :

*« Toute procédure, quelle que soit la façon dont elle est appelée ou citée, dans laquelle deux ou plusieurs parties à un litige sont assistées d'un tiers pour parvenir à un accord sur la résolution du litige, que cette procédure soit engagée à l'initiative des parties, suggérée ou **ordonnée** par un Tribunal ou prescrite par le droit national... »*

L'hypothèse d'une médiation **ordonnée** paraît contredire la Recommandation N° R (98) 1 sur la médiation familiale qui stipule que « la médiation ne devrait pas en principe être obligatoire », (Ad. II organisation, lit.a) ! Il s'agit sans doute d'une concession offerte au système prévalant en Angleterre et au Pays de Galles.

Quoi qu'il en soit, le système prévu à l'art. 71 A LPC s'inscrit bien dans la définition précitée.

Article 3 : Renvoi en médiation :

L'al.2 soulève, sans le résoudre, le problème de la compatibilité des incitations et des sanctions prévues par les législations nationales rendant le recours à la médiation obligatoire, avec le droit d'accès au système judiciaire découlant de l'art. 6 CEDH...

La question ne se pose pas pour la loi genevoise.

Article 4 : Qualité de la médiation :

Le texte encourage l'élaboration de codes volontaires de bonne conduite et l'adhésion à ces codes par les personnes et institutions de médiation.

La loi genevoise va plus loin, en énonçant des règles de conduite minima, aux art. 161 D à F LOJ.

L'encouragement à la formation de médiateur est encore embryonnaire à Genève, étant cependant précisé que la Faculté de droit envisage déjà d'insérer ce thème dans l'un de ses programmes.

Article 5 : Exécution des accords transactionnels :

L'al.1 dispose qu'à la demande des parties un accord transactionnel atteint à l'issue d'une médiation peut être confirmé au moyen d'un jugement « ou d'un acte authentique qui rendront l'accord exécutoire au même titre ».

L'homologation par le juge, ses conditions et modalités prévues aux art. 71 F, 71 H et 71 J LPC, permettent d'atteindre le but recherché à l'art. 5, sans qu'il ne soit nécessaire d'imaginer un nouveau système par le biais d'actes authentiques. Ce mode de faire serait d'ailleurs en flagrante contradiction avec notre législation qui protège dans certains domaines la partie la plus faible à la fois par **le droit de fond** (les dispositions de droit impératif du droit du travail et du droit du bail), **par le droit de procédure** (maxime inquisitoire à caractère social), et par **l'organisation judiciaire** (commissions ou tribunaux paritaires et spécialisés).

Article 6 : Recevabilité des pièces :

La disposition entoure le processus de la confidentialité requise, et reprend la règle de l'UNCITRAL.

La rédaction n'est pas très éloignée de celle des art. 161 E (confidentialité) et 161 F (témoignage et dossier) de la LOJ, sauf l'al.5 qui résout fort utilement le problème des preuves objectives. :

« *Sous réserve du par.1, des preuves qui seront recevables dans la procédure judiciaire ne deviennent pas irrecevables du fait qu'elles ont été utilisées dans une procédure de médiation.* »

Ce texte pourrait éclairer notre pratique, le cas échéant.

Article 7 : Suspension des délais de prescription :

La disposition prévoit la suspension du délai de prescription dans plusieurs hypothèses.

A l'heure actuelle, le pouvoir de régler le problème – débattu pendant les travaux préparatoires – échappe à la compétence du législateur cantonal, étant réalisable par une modification de l'art. 134 CO par les chambres fédérales, à l'occasion des débats sur la PCS ou / et sur la LIPC²³.

Divers :

Ces autres dispositions de la proposition de Directive n'appellent aucun commentaire, étant relevé que la question du *non respect d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de médiation* n'y est pas traitée.

Elle ne l'a pas été non plus dans la loi genevoise, ce qui ne manquera pas de poser problème au juge, lorsque la partie défenderesse formera une exception *in limine litis*, dans un tel cas.

Le juge pourrait hésiter entre diverses solutions : se déclarer incompétent (à l'instar de *lege ferenda*, de l'art. 56 AP-PCS) ; surseoir à statuer, en suspendant l'instance (113 LPC) ou l'instruction (107 LPC), (à l'instar de l'art. 116 al.1 AP-PCS), comme le préconise aussi l'art. 1725 § 2 de la toute récente loi belge, ou déclarer la demande irrecevable, solution retenue par la Cour de cassation civile française.²⁴

23. Dans son rapport relatif à l'AP-LIPC, le Prof. P. PICHONNAZ propose d'ajouter un al. 7 à l'art. 134 CO qui disposerait :

"En cas de recours à une résolution extrajudiciaire des litiges, la prescription des diverses instances est suspendue dès l'envoi d'une formule standard pour initier la procédure de résolution des litiges ou d'un accord entre les parties sur la mise en œuvre d'une telle procédure extrajudiciaire".

La question de savoir si un médiateur a, ou non, le devoir d'attirer l'attention des parties sur le problème de la prescription est controversée; la modification de l'art. 134 CO s'avère donc incontournable.

24. Pierre CHEVALIER, Yvon DESDEVISES, Philip MILBURN, Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation française, Paris, 2003, p. 146; Charles JAROSSON, La sanction du non-respect d'une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation, Note dans Cass. Civ. 2^e, 6.7.2000, Cass. Civ. 1^{ère}, 23.1 et 6.3.2001, in Revue arbitrale, 2001, p. 749 ss.; Xavier LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, in Revue arbitrale 2001, p. 423 ss.

CONCLUSIONS PROVISOIRES :

Sur le plan technique, la confrontation de la loi genevoise du 28.10.2004 aux critères européens de Strasbourg et de Bruxelles paraît, pour l'essentiel, donner satisfaction.

Bien entendu un tel exercice devra être renouvelé sur une base pratique, lorsqu'on pourra dresser un bilan provisoire de la médiation métajudiciaire à Genève, suite aux analyses statistiques et aux rapports de satisfaction auxquels le secrétariat du pouvoir judiciaire ne manquera pas de procéder. C'est alors et seulement que nous serons à même de mesurer l'eurocompatibilité de la loi genevoise, ou, pour dire plus simplement les choses, sa crédibilité.

A cet égard, il sied de demeurer lucide et modeste. En effet, la consécration d'une institution par la loi ne suffit pas, en soi, à lui en assurer la pérennité.

Nous l'enseignent avec acuité à Genève l'échec bicentenaire de la conciliation judiciaire²⁵ et la récente maladie infantile de la médiation pénale²⁶.

Encore faudra-t-il entourer la médiation des mesures d'accompagnement nécessaires à son essor : information, sensibilisation et formation au sein de l'Université, de la magistrature et du barreau ; mise en place d'un appareil statistique suffisant, dès le début 2005, avec en parallèle des enquêtes de satisfaction ; échanges réguliers entre magistrats, avocats et médiateurs, sous forme de bilans périodiques informels.

Et, dans quelques années, le même exercice de confrontation se renouvellera sur le plan fédéral avec le projet, puis la **procédure civile fédérale**.

Sera surtout déterminante la conviction, peu à peu partagée, que la médiation, civile ou pénale, extrajudiciaire ou métajudiciaire, comme à son tour la nouvelle conciliation judiciaire²⁷, constitue une véritable révolution culturelle.

Dans toutes les causes qui s'y prêtent, cette conviction implique une remise en cause des comforts, des habitudes, des comportements et des mentalités, bref de tous les éléments véhiculés par l'antique conception romaine et guerrière de la procédure civile.

Une conviction qui privilégie la restitution du pouvoir aux personnes et aux entreprises en litige. Le leur. La liberté, et la responsabilité de rechercher ensemble une issue, grâce au rétablissement de la communication facilitée par le tiers. Donner une préférence à l'écoute active, de l'autre et de soi. Prendre conscience que la présomption de la bonne foi vaut pour chacune des parties.

C'est, au travers de la médiation, que la re-connaissance de l'autre et de soi peut conduire à l'apaisement, ou à la maîtrise de la violence. Savoir et pouvoir se détacher de la fascination exercée par la violence²⁸, et de nos propres contradictions, pour diriger son regard vers la victime, vers l'icône en chacune des parties.

25. Pas même 5 % de succès (dû aux avocats) en matière civile et commerciale, contre 15 à 20 % en matière prud'homale, et 35 à 40 % en matière de baux et loyers. Cf. Jean A. MIRIMANOFF, Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ?, RDS, N° 5, 2004.

26. Relevée dans les interventions au Grand Conseil lors du vote de la loi, le 20 et 28.10.2004.

27. Cf. note 25.

28. René GIRARD, Je vois Satan tomber du ciel comme l'éclair, Ed Grasset, 1999.