



Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung
Groupement suisse des Magistrats pour la Médiation et la Conciliation
Gruppo svizzero di Magistrati per la Mediazione e la Conciliazione
Swiss group of Magistrates for Mediation and Conciliation

**IMPACT DE LA CONCILIATION OBLIGATOIRE ET DE LA MEDIATION
SELON LE CODE DE PROCEDURE CIVILE SUISSE (CPC)
SUR LA PRATIQUE ET L'ORGANISATION JUDICIAIRES A GENEVE**

*Esquisse de quelques pistes à la bienveillante attention des Autorités genevoises
en particulier du Conseil d'Etat, de la Commission parlementaire ad hoc Justice 2010
et du Bureau de la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire
avec des propositions concrètes suivant les Lignes directrices du Conseil de l'Europe*

Jean A. Mirimanoff *

Genève, 28 novembre 2008

* © Jean A. Mirimanoff, Président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers et ancien juge au Tribunal de première instance, à Genève ; Médiateur assermenté (civil) et accrédité CSMC; Secrétaire général de Gemme-Suisse.

La présente esquisse n'engage en aucune manière le Pouvoir judiciaire ou l'une de ses juridictions; elle a été soumise aux membres du groupe de contact pour le règlement amiable des différends à Genève (GC-RAD-GE).

TABLE DES MATIERES

Prologue

I. SITUATION ACTUELLE	p. 4
A. Conciliation judiciaire	p. 4
1.1. Conciliation familiale	
1.2. Conciliation civile et commerciale	
1.3. Conciliation en matière de baux et loyers	
1.4. Conciliation prud'homale	
B. Médiation (méta)judiciaire	p. 7
II. L'IMPACT DU REGLEMENT AMIABLE SELON LE CPC : TEXTES ET CHIFFRES	p. 9
2.1. Conciliation familiale	
2.2. Conciliation civile et commerciale	
2.3. Conciliation en matière de baux et loyers	
2.4. Conciliation prud'homale	
III. PISTES A COURT TERME (2009-2013)	p. 14
3.1. L'option de la médiation	
3.2. Expériences pilote	
IV. PISTE A MOYEN TERME (années 2014 et ss)	p. 16
V. CINQ PROPOSITIONS POUR RENFORCER ET DEVELOPPER LE REGLEMENT AMIABLE A GENEVE	p. 18
5.1. Trois expériences pilote :	
a) Règlement amiable des conflits familiaux	
b) Règlement amiable des conflits civils et commerciaux	
c) Règlement amiable des conflits en matière de baux et loyers	
5.2. Formation des acteurs judiciaires : Introduction à la gestion des conflits	
5.3. Les Clauses contractuelles de Règlement amiable des conflits commerciaux	
5.4. Vers une Chambre cantonale de conciliation autonome, et vers un Centre pour la résolution efficace des conflits	
5.5. La Médiation scolaire par les pairs	
Epilogue	p. 28

" Il faut que ceux qui ont des griefs les uns contre les autres commencent par trouver leurs voisins, leurs amis... : qu'ils aillent vers les tribunaux dans le cas seulement où d'aventure ils n'auront pas reçu de ces gens-là une solution qui règle convenablement le différend"(Platon, Les Lois, VI,767)

Prologue

Le Conseil fédéral proclame que le Règlement à l'amiable des conflits a la priorité¹, tandis qu'à sa suite le Garde des sceaux de la France recommande de privilégier la conciliation et la médiation chaque fois que cela est possible². L'idée de soumettre son différend à un tiers avant de saisir les tribunaux se trouve déjà sous la plume de Platon³, et a pris un large essor en Europe jusqu'à la fin du XVIIIème siècle⁴. Aujourd'hui nul doute qu'à leur tour, et pour la deuxième fois au civil⁵, les Autorités genevoises seront séduites par ce concept et se soucieront de le voir respecté bientôt dans la vie judiciaire de notre canton. Pour deux raisons déjà : le règlement amiable apporte une réponse plus efficace, plus rapide et plus constructive aux personnes et aux entreprises en conflit, avec pour conséquence pour l'Etat celle d'économiser des coûts.

L'intérêt que lui portera tout particulièrement le Grand Conseil à l'occasion de la mise en œuvre du Code de procédure civile fédéral (CPC) censé entrer en vigueur le 1.1.2011⁶ aura pour effet bénéfique de stimuler celui - encore combien timide - du monde judiciaire et universitaire, en partant par ailleurs de l'idée que notre Parlement saura utilement s'inspirer des recommandations et lignes directrices en matière de Règlement amiable du Conseil de l'Europe qui s'adressent aux autorités des Etats membres⁷, tout en prenant en considération

¹ Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006, p. 20

² Déclaration de Mme Rachida Dati, Garde des Sceaux, Discours lors de l'installation du groupe de travail sur le contentieux présidé par M. Guichard, cité par M. Jean-Claude Magendie, premier Président de la Cour d'appel de Paris, 2008

³ Platon, Les Lois, VI., 767, cité par Guy Canivet *in* Art et techniques de la médiation, Litec, Paris, 2004

⁴ DUSS - VON WERDT Joseph, Homo Mediator, Geschichte und Menschenbild der Mediation, Klett-Cotta, Stuttgart, mars 2005 ; MIRIMANOFF Jean, *Digression mythologique sur la résolution des conflits*, in Actes de la Journée de la Médiation, organisée par l'ENM, Gemme et l'Association Alpes-Maritimes Médiation, Nice, 11.04.2008, in www.gemme.ch

⁵ La première est l'adoption de la loi genevoise sur la médiation civile à la quasi unanimité du Grand Conseil en octobre 2004

⁶ Selon décision de la Cheffe du DFJP

⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, voir http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/textes/adoptedTexts_fr.asp, en particulier : Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation existante concernant la médiation en matière pénale, CEPEJ (2007) 13, Strasbourg, le 7 décembre 2007 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre des recommandations existantes concernant la médiation familiale et en matière civile, CEPEJ (2007) 14, Strasbourg, le 7 décembre 2007 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, CEPEJ (2007) 15, Strasbourg, le 7 décembre 2007 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Avis N° 6 (2004), CCJE, sur le procès équitable dans un délai raisonnable et le rôle des juges dans le procès, en prenant en considération des modes alternatifs de règlement des litiges, Strasbourg, 24 novembre 2004 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation sur la médiation en matière civile, Rec (2002) 10 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Programme de coopération pour le renforcement de

les enseignements du droit comparé⁸. Les débats au Grand Conseil seront d'autant plus importants que dans le processus d'élaboration du projet de modification de la Loi d'organisation judiciaire (LOJ) soumis à la Commission *ad hoc* Justice 2010 / 2011 plusieurs acteurs importants étaient absents. En effet, aucun représentant des milieux de la conciliation qui fonctionne et de la médiation n'a été invité à siéger au sein du groupe de travail chargé de préparer la modification de la LOJ. En revanche le Département des Institutions a entendu les représentants des milieux de locataires et de bailleurs et le Président de la CBL qui lui ont exprimé leur soucis commun quant au maintien du système actuel permettant d'assurer l'autonomie de l'institution, et le succès conciliatoire à la satisfaction des parties.

La présente esquisse tend à décrire la situation actuelle en matière de Règlement amiable à Genève (I), étudier l'impact du CPC sur cette situation (II), dessiner des pistes à court (III) et à moyen terme (IV), avant de conclure provisoirement sous la forme de cinq propositions pour renforcer et développer à Genève le Règlement amiable des conflits, en particulier en matière familiale, civile et commerciale et de baux et loyers (V).

I. SITUATION ACTUELLE

A. CONCILIATION JUDICIAIRE

Genève connaît quatre situations fort différentes selon les domaines :

1.1. Conciliation familiale

La conciliation préalable avait été supprimée avec le nouveau droit du divorce. Il n'y en a plus eu depuis le 1^{er} janvier 2000. Elle a été réintroduite par le Conseil des Etats en juin 2007 pour les divorces, séparations de corps et dissolutions des pactes de solidarité contentieux (art.112, 114 et 115 CC), puis remise en cause par la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N)⁹. La divergence entre les deux Chambres fédérales concernant la conciliation obligatoire ou non des divorces contentieux précités donnera lieu à des navettes entre elles le deuxième semestre 2008¹⁰. Il en résultera(it) un grand impact en volume de dossiers à traiter en conciliation (voir ci-dessous ch. 2.1.).

l'Etat de droit, Réduire la durée des procédures civiles, Madrid, juillet 2001, Conclusion n° 9 ch. VI, Médiation et ADR ; CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, Rec (2001) 9 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation sur la médiation en matière pénale, Rec (99) 19 ; CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation sur la médiation familiale, Rec (98) 1

⁸ SINGER Jayne et McKENNA Cameron, *The EU Mediation Atlas : Practice and Regulation*, Ed. Karl Mackie, CEDR, 2005

⁹ Communiqué de presse CAJ-N : Vers une procédure unifiée pour la Suisse, du 24 avril 2008, p. 9

¹⁰ Information communiquée le 28 avril 2008 par le Secrétariat du Parlement fédéral

Il faut cependant se souvenir que sous l'ancien droit du divorce la conciliation familiale était pratiquée tant dans l'essai préalable obligatoire que par le juge du fond, en première et même en deuxième instance, non sans succès parfois.

Dans le CPC la conciliation par le juge du fond est expressément prévue (art. 286 al. 2).

1.2. Conciliation civile et commerciale

Avec moins de 5 % de taux de conciliation au Tribunal de première instance (TPI)¹¹ pendant deux siècles, Genève connaît le plus faible taux de conciliation de Suisse et probablement d'Europe et pour remédier à ce profond dysfonctionnement il convient d'en identifier les causes principales¹² :

- des magistrats non motivés, non suffisamment expérimentés et - surtout - non formés ou suffisamment formés aux techniques de la Nouvelle Conciliation judiciaire (NCJ), avec la communication active et la négociation raisonnée empruntées à la médiation,
- l'absence de temps suffisant (entre 90 min et 3 heures par affaires à l'étranger),
- l'absence de locaux suffisants et adéquats,
- l'absence de préparation suffisante des audiences

1.3. Conciliation en matière de baux et loyers

En revanche avec un taux de conciliation de 34 % (en comptant les retraits) ou 26,27 % (selon les critères fédéraux), la conciliation dans ce domaine déjà partiellement dotée et dopée par les outils de la médiation a atteint même des pics à plus de 40 % en octobre et novembre 2007, janvier, mars, mai et juin 2008.

Les statistiques individuelles (année 2007 / 2008 à Genève) révèlent significativement que les taux de conciliation sont en relation étroite avec le temps accordé au traitement de chaque dossier, à l'expérience des magistrats en matière de droit du bail et - *last but not least* - à leur formation aux outils de la NCJ. L'écart des taux de conciliation entre eux, sur un an, est de 15 % (de 28 % à 43 %). Le même constat saute yeux en lisant les statistiques fédérales (1^{er} semestre 2007) : les autorités de conciliations de Neuchâtel (avec 66,2 %) et de Fribourg (avec 71,5 %) consacrent entre 45 et 90 minutes par dossier voire

¹¹ Le taux s'élève à 9,7 % en Justice de paix pour la même année 2006

¹² MIRIMANOFF Jean A., *Mort ou renaissance de la conciliation judiciaire en Suisse ?*, RDS, N° 5, 2004, www.gemme.ch

plus, tandis que la CBL (dernier élève dans la classe helvétique¹³ avec 26,27 %) n'a - faute de moyens - que 10 à 20 minutes par dossier. Pour l'instant à Genève seul Monsieur de la Palisse pense que tout ce qui est concilié n'a pas à être jugé. Il est pourtant évident et démontrable que les coûts de la conciliation sont bien inférieurs à ceux de la procédure devant le Tribunal des baux (TBL), réputée pour sa longueur !

Un meilleur taux reste toujours possible et dépend donc des moyens octroyés par le Grand Conseil qui devrait recevoir ainsi un "retour sur investissement", avec la perspective d'économiser au moins une chambre du Tribunal des baux¹⁴. Il implique une meilleure préparation des audiences par les mandataires, et la présence des parties, dont l'absence est souvent injustifiée. Pendant vingt ans on a privilégié le TBL en négligeant la CBL, avec un boursoufflement du TBL constant, coûteux et insatisfaisant : c'est la démarche inverse qu'il est urgent d'entreprendre.

1.4. Conciliation en matière prud'homale

Avec un taux de conciliation de 22,35 % (année 2006) on est sur la pente ascendante, et il pourra s'améliorer encore avec quelques mesures, en particulier la formation des conciliateurs à l'usage des outils de la NCJ, étant précisé qu'il est fait appel dans ce domaine à des conciliateurs externes non magistrats de carrière qui obtiennent d'honorables résultats.

La conciliation prud'homale n'a pas encore exploré à Genève la synergie possible avec la médiation, et s'inspirera un jour de la belle expérience de nos collègues en Europe, en particulier de Mme Béatrice Blohorn-Brenneur de Grenoble à ce sujet¹⁵.

Conclusions provisoires : dans les deux derniers domaines la conciliation fonctionne, et dans les autres il faut singulièrement développer le potentiel de la performance. Cela implique une collaboration active de toute la magistrature civile.

¹³ Pour des villes comparables à Genève, le taux de conciliation est de 40,4 % à Zurich et 62,17 % à Bâle, cités qui sont également affectées par le phénomène de pénurie du logement

¹⁴ La CBL avait présenté deux projets de loi entièrement rédigés et commentés respectivement au début de l'année 2006 et en février 2007, auxquels aucune suite n'avait été donnée (Compte rendu d'activité des tribunaux pour les années 2006 et 2007); après une hibernation de 2 ans le premier a resurgi dans le PL 10227 soumis à l'examen de la Commission législative. On a préféré créer une nouvelle Chambre au TBL, qui sera demain tout autant surchargé.

¹⁵ BLOHORN-BRENNEUR Béatrice, *La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation*, Dalloz, 2001, N° 3, p. 251 à 255. Juge à la Cour d'appel de Grenoble, cette magistrate est co-fondatrice et secrétaire générale du GEMME. Elle est l'auteur de l'ouvrage *Justice et Médiation, Un juge du travail témoigne*, Le Cherche Midi, Paris, 2006

B. MEDIATION (META)JUDICIAIRE

La loi genevoise entrée en vigueur le 1.1.2005 n'est pratiquement toujours pas appliquée. La médiation (méta)judiciaire¹⁶ ne fonctionne ni dans le domaine familial, ni dans les affaires civiles et commerciales. Les réticences subsistant au sein du monde judiciaire tiennent à un manque d'information, de sensibilisation et de formation. Ce manque provoque des peurs dénuées de fondement mais paralysantes : celles de perdre du pouvoir, des ressources, et - surtout - celle de la nouveauté.

Lorsque l'on sait que les causes du droit de la famille représentent depuis une dizaine d'années au Tribunal de première instance entre le 60 et le 70 % des affaires d'une chambre civile soit plus de 3000 dossiers par an¹⁷ d'une part, et que l'ensemble de ces situations traitées par toutes les Institutions de médiation familiale réunies ne dépassent pas quelque 200 à 300 cas d'autre part, on en reste pantois.

Renforcer radicalement la synergie entre les juridictions civiles et les Institutions de médiation familiale inversera la tendance, et sera bénéfique pour tout le monde (avec en sus une double économie pour l'Etat) :

a) d'abord pour les justiciables, leur famille et leur entourage, tant il est évident qu'un accord de médiation raccourcira la durée des procédures sans cela contentieuses, avec leurs coûts, leur gaspillages sociaux et leurs souffrances humaines;

b) ensuite pour les juges civils : en obligeant les justiciables dans les affaires familiales à s'informer sur la médiation, on les encouragera à suivre le processus de manière volontaire, ce qui allégera(it) d'autant le rôle des chambres civiles à Genève, et mettra(it) ainsi fin à la "justice-à-la-chaîne" du TPI (*effet de décharge*).

c) enfin pour les Institutions de médiation familiale elles-mêmes : plus elles traiteront de cas, plus elles deviendront économiquement autonomes, et moins elles auront besoin des subventions de l'Etat.

Comment réaliser une telle synergie ? En s'inspirant de l'expérience pilote menée à Tarascon et couronnée sur le plan européen (cf. ci-dessous ch.3.1. a), qui a abouti à environ 15 à 25 % d'accords (le 50 % des 70 % des personnes qui

¹⁶ CHENOU Martine et MIRIMANOFF Jean A., *La Médiation Civile ou Métajudiciaire : pour une nouvelle synergie et contre la confusion des genres*, in Semaine Judiciaire n° 10 vol. II, 2003, p. 271 à 316, www.gemme.ch

¹⁷ Pour l'année 2006, 2522 dossiers de divorce, de séparation de corps et de mesures protectrices de l'union conjugale, auxquels s'ajoutent les nombreuses actions alimentaires et en modification de jugement.

ont dû s'informer et se sont renseignées sur la médiation familiale tentent ensuite une médiation volontairement).

Seront également décisives les mesures d'information, de sensibilisation et de formation, des plus modestes pour l'instant. Certes de premières mesures d'accompagnement ont été prises par la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire avec la sensibilisation de magistrats à la négociation raisonnée, à la médiation et à la conciliation (NeMeCo) (quelques uns seulement au sein du TPI) et par l'initiative pédagogique de la section suisse du Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME¹⁸) pour les avocats-stagiaires (Introduction à la gestion des conflits) dont le programme est destiné à être inclus dans celui de la future Ecole d'Avocature. Si ce projet a été appuyé à la fois par le Pouvoir judiciaire, l'Ordre des avocats et la Faculté de droit, et a obtenu le soutien financier de la Fondation Wilsdorf pour 2008, son avenir n'est - de loin - pas encore assuré (voir ch. 5.2.).

Or ces mesures ne déploieront leurs effets que dans le temps. De plus une sensibilisation n'est pas une formation suffisante pour concilier efficacement. La maîtrise de la NCJ ne s'acquiert pas en deux jours. Qui prétend d'ailleurs conduire après deux jours d'auto-école ? Or personne ne s'offusque de la nécessité d'apprendre à conduire convenablement, avec un minimum d'enseignement théorique et pratique. Faut-il traiter moins sérieusement la conciliation, aux dépens du justiciable qui a droit à une justice efficace ? La "sensibilisation" NeMeCo devra donc impérativement être complétée par une "formation" pour ceux des juges qui aspirent à devenir conciliateurs. A défaut on n'aurait inmanquablement qu'un taux de conciliation médiocre.

Dans l'intervalle les Autorités genevoises pourront avantageusement s'inspirer des recommandations et des lignes directrices du Conseil de l'Europe pour mettre en oeuvre le Règlement amiable. Au Pouvoir judiciaire de faire connaître à ses membres leur devoir de pacification sociale et d'inviter les candidats à la conciliation à se doter d'une formation suffisante, au Barreau de diffuser les règles de déontologie européennes et suisses recommandant l'usage de la médiation, à l'Université d'enseigner aux futurs cadres d'entreprises, ingénieurs, enseignants, *etc* les bases et avantages du Règlement amiable dans la vie économique et sociale, conformément aux lignes directrices de la CEPEJ, en particulier aux ch.12, 13, 50 et 52 de celles de la CEPEJ(2007)¹⁴ du 7 décembre 2007 (voir note 7).

¹⁸ Fondée le 8 octobre 2004 à Fribourg, la section suisse comprend à ce jour 50 membres provenant des trois principales régions linguistiques de notre pays. Elle a pour objectif de promouvoir le règlement amiable, en particulier la négociation, la médiation et la conciliation. Avec 18 d'autres sections nationales, elle compose le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), organisation non gouvernementale accréditée auprès du Conseil de l'Europe.

II. L'IMPACT DU REGLEMENT AMIABLE SELON LE CPC : TEXTES ET CHIFFRES

Le Règlement amiable des conflits (conciliation et médiation) a la priorité (voir note 1). Il convient d'anticiper son organisation pratique, car dans ce domaine non plus il ne saurait être question d'improviser ou de rester dans l'approximation.

2.1. Conciliation familiale

Projection : sur la moyenne des années 2005 à 2007 au TPI les procédures de divorce et de séparation de corps selon les art. 112, 114 et 115 CCS (éventuellement) soumises à la tentative préalable obligatoire sont au nombre de 678 procédures de divorce et 4 de séparation de corps, soit 682 affaires.

Si l'on compte en moyenne une demi heure de conciliation par affaire (ce qui est fort peu sans doute), cela représente 341 heures ou 43 jours à 8 heures. Ce chiffre n'inclut pas les nombreuses procédures en modification, ni les procédures en contribution d'entretien (pour lesquelles il n'existe pas de statistiques séparées), ni le temps d'étude et de préparation des dossiers.

Globalement la conciliation familiale représentera(it) entre 3 à 4 mois d'activités supplémentaires par an pour un magistrat à pleine charge, ou par des médiateurs en cas d'exhortation selon l'art. 292 al. 2 CPC.

Même si le texte de l'art. 195 CPC demeure inchangé (exclusion de la tentative obligatoire pour tous les divorces), les art. 122 al.3 et 286 al.2 CPC donneront au juge du fond la compétence de concilier, ce qu'ils accompliront d'autant mieux quand ils en auront un jour les outils; (l'objection du double rôle subsiste, et a fait l'objet de remarques négatives pertinentes dans l'Opinion No 6 du CEPEJ).

2.2. Conciliation civile et commerciale

Remarque liminaire : l'impact des cas d'exception selon l'art. 195 CPC et de dispense selon l'art. 196 CPC doit être en partie estimé, faute de statistiques spécifiques (seules disponibles pour l'al. 1 de l'art. 196 CPC : environ 5 % du contentieux, ou 221 affaires en 2005).

Le nombre de dossiers soumis à la tentative préalable obligatoire sera de l'ordre de 1575 par an , soit **le tiers environ du contentieux** du Tribunal de première instance, dès le 1^{er} janvier 2011 :

Nombre de procédures traitées (moyenne sur les 3 années)	4.578
Moins les divorces sur requête commune (art.111 CC)	975
Moins les divorces contentieux (art. 112, 114 et 115 CC)	682
Moins les mesures protectrices de l'union conjugale	925
Moins les affaires de plus de 100.000 CHF (à option) au maximum	221
Moins les autres cas selon les art. 195 et 196 CPC, estimés à	200

(4.578 - 3003 = 1575 dossiers). A raison d'une heure de conciliation par affaire en moyenne (ce qui est sans aucun doute fort peu) cela donnerait 1575 heures ou 196 jours par an pour la conciliation civile et commerciale, et autant pour l'étude et la préparation des dossiers (soit 392 jours à 8 h), chiffre forcément théorique vu le manque général de culture conciliatoire à Genève en matière civile et commerciale, au sein du monde judiciaire dans son ensemble.

Il faudrait donc théoriquement prévoir d'élire deux ou trois magistrats supplémentaires, conciliateurs à plein temps et suffisamment formés, étant rappelé par ailleurs qu'il n'y en a à l'heure actuelle pratiquement pas parmi les juges civils, mais seulement quelques magistrats "sensibilisés" sur deux jours (NeMeCo) ! Pourtant on ne peut décemment pas maintenir le *statu quo*.

Pratiquement il faut donc se tourner impérativement vers d'autres solutions dans l'immédiat :

1) l'option en médiation (selon l'art. 210 CPC) serait théoriquement concevable, mais le problème réside en ce que la recommandation par les juges aux parties de recourir à la médiation n'a pas fonctionné depuis l'entrée en vigueur de la loi genevoise sur la médiation civile, soit déjà depuis bientôt quatre ans. Même les quelques juges civils ayant suivi une sensibilisation demeurent réservés pour proposer la médiation, ce qui peut s'expliquer par l'accueil encore plus réservé émanant de mandataires, encore très mal informés eux-mêmes sur ce processus, et sur leur rôle - important - qu'ils peuvent y jouer¹⁹.

2) l'appel à des tiers extérieurs pour concilier a déjà été mis en place avec un certain succès la Juridiction des Prud'hommes (plus de 22 %). Le recrutement, comme conciliateurs externes, de médiateurs inscrits au tableau officiel conformément aux art. 161 B et ss LOJ, c.à.d. qualifiés et assermentés, constitue l'alternative la plus réaliste dans l'immédiat. La question de savoir s'il y a lieu d'exiger d'eux - en sus - l'obtention de la licence en droit ou du brevet d'avocat sera sans doute débattue, les solutions du droit comparé divergeant à ce sujet²⁰. Toutefois, s'agissant de la conciliation commerciale (domaine de droits disponibles), cette condition supplémentaire peut paraître injustifiée puisque les

¹⁹ SCHNEEBALG Avi, Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale, CMAP/ECONOMIA, Paris, 2003

²⁰ Voir note 8

outils de la NCJ (communication active et négociation raisonnée) seront utilisés pour rechercher des solutions constructives sur la base des intérêts communs, de préférence à celles fondées sur une appréciation juridique du cas. Etant donné que la moitié des médiateurs accrédités sont titulaires du brevet d'avocat²¹, seule une expérience pilote les impliquant tous permettra de départager le débat, sur une base objective et non corporatiste.

Ainsi chaque médiatrice ou médiateur inscrit au tableau officiel des médiateurs civils, agissant en tant que conciliateur (puisque la conciliation est obligatoire)²² aura(it) à traiter 54 dossiers par an ou 4,5 par mois (1575 dossiers : 29 médiateurs), ce qui est jouable seulement avec une bonne organisation (un poste de secrétaire juriste est à prévoir à cet effet).

Avantage pour les justiciables : une meilleure qualité de la prestation; pour l'Etat : une importante économie (par rapport à la création de deux à trois postes de magistrats de carrière avec un traitement et des charges sociales fixes); et pour l'organisation : une grande souplesse permettant de s'adapter à l'évolution du système, surtout encas d'expérience pilote. De plus le Palais du Bourg-de-Four manquant cruellement de salles, on pourrait admettre provisoirement que les conciliations se déroulent dans d'autres bâtiments publics. Ce genre de système existe d'ailleurs dans d'autres pays et cantons : appel à des tiers qualifiés (avec ou sans contrat de droit privé, ou rémunération par affaire, par les émoluments, ou par les parties). A moyen terme on songera à une Chambre cantonale de conciliation faisant également office de Centre pour la résolution efficace des conflits en aidant les parties à sélectionner le bon outil (*cf. infra* ch.5.4.).

2.3. Conciliation en matière de baux et loyers

L'art. 197 CPC prévoit une autorité paritaire de conciliation . "La représentation paritaire a fait ses preuves", et "la représentation paritaire sera dorénavant prescrite par le droit fédéral"²³, de sorte que les cantons ne sont pas autorisés à la supprimer !

La CBL compte (moyenne des années 2005 à 2007) 7452 affaires à son rôle, dont 4906 sortent par année. Elle est donc sur le plan des entités conciliatoires de Genève la plus chargée en dossiers tout en étant de loin la plus performante

²¹ 29 médiateurs sur 62

²² Voir les articles 194, 195 et 196 CPC. Pour la distinction entre la conciliation et la médiation, voir BIERI Isabelle, *Conciliation et Médiation : concepts en pagaille dans une procédure en chantier*, FSA, Revue de l'avocat, n°10 – 2003, p. 354 ss.; GORCHS Béatrice, *La conciliation comme "enjeu" dans la transformation du système judiciaire*, Revue Droit et Société, N° 62, 2006, p. 223 à 256; MIRIMANOFF Jean A., voir note 12

²³ Message précité du Conseil fédéral, p. 98

en taux de réussite (34 %). Il convient donc de ne pas détraquer la conciliation qui fonctionne le mieux à Genève !

L'autonomie de la CBL se justifie pleinement car elle est essentielle à sa survie :

- Avec 7510 affaires à son rôle en 2006 la CBL est aussi chargée que le Tribunal de première instance (7540 affaires la même année) et plus chargée que la juridiction des Prud'hommes (2427 dossiers) et le Tribunal de la Jeunesse (2700 dossiers) réunis. Ainsi a-t-elle également besoin d'une logistique propre.
- Comme ces trois juridictions, la CBL a des objectifs, des modes de fonctionner et des approches qui lui sont propres.
- Qui plus est, depuis sa création en 1936 dans des conditions historiquement connues²⁴, il a lui a été dévolu un rôle quasi-politique, au sens large : celui de contribuer à la paix du logement, à laquelle les milieux intéressés de bailleurs et de locataires sont attachés.

Rattacher la CBL au Tribunal de première instance signifierait à la fois la fin de ce rôle et l'arrêt de mort du succès conciliatoire en matière de baux et loyers. Un retour à la judiciarisation constitue une régression vers le début du XIXème siècle et va à l'encontre de toutes les expériences modernes et des recommandations du Conseil de l'Europe. Quant au Pouvoir judiciaire, il continuerait à sacrifier la conciliation pour ses besoins aussi insatiables qu'anciens en magistrats, greffiers, et locaux pour la procédure contentieuse.

Projections de nature technique : l'impact de l'art. 207 CPC est de 307 affaires qui ne seront plus soumises à une décision, soit le 6,2 % des affaires sorties ou le 4,1 % des affaires au rôle. En revanche l'impact de l'art. 269 l CO soumis à la procédure de consultation qui prévoit un système opaque des statistiques fédérales secrètes (sans justification, voir le commentaire de l'art. 270, p.13/16 du Rapport explicatif de l'OFL sur la révision du droit du bail dans le CO) laisse entrevoir une explosion des procédures en contestation du loyer initial...

Ces deux éléments vont-ils se neutraliser, ce qui laissera la CBL face à la conciliation à la chaîne qu'elle connaît actuellement ? Dans le meilleur des cas un solde favorable lui permettra d'une part de respecter le délai de convocation de deux mois au plus fixé à l'art. 200 al. 1 CPC, alors que ses délais de convocation oscillent entre six et deux mois depuis des décennies, et d'autre part

²⁴ MIRIMANOFF Jean A., et DUBOIS Isabelle, *La CCBL hier, aujourd'hui, demain / Die CCBL (Schlichtungsstelle in Mietsachen) gestern, heute, morgen, Der Ablauf der Schlichtung, in Jubilé de la CCBL 1937-1977-2002 et première rencontre des ACBL, Genève le 15.11.2002*
<http://www.geneve.ch/tribunaux/pouvoir-judiciaire/vie-judiciaire/jubile.html>

de disposer d'un peu plus de temps pour concilier de manière plus efficace et respectueuse pour les justiciables.

Aujourd'hui les activités de la CBL représentent 10 audiences par semaine pour un taux de conciliation de l'ordre de 35 %, et il en faut 14 par semaine si l'on veut pouvoir instruire convenablement²⁵, et se fixer pour objectif un taux de conciliation de 50 % au moins, avec pour corollaire (avec un décalage de douze à dix-huit mois environ) la suppression d'une chambre au moins au TBL : une économie importante pour l'Etat.

Le recours plus systématique aux outils de la médiation en conciliation (puisque des magistrats conciliateurs prendront le temps de se former) permettra d'améliorer encore les résultats de la conciliation en matière de baux et loyers à l'avenir, et même de dépasser la moyenne suisse. La question du recours à des conciliateurs externes mérite également d'être posée ici, vu le manque de magistrats de carrière suffisamment formés. Un bon test consistera à disposer pendant le même laps de temps de conciliateurs internes et externes au pouvoir judiciaire, et d'en comparer les résultats, car la performance importe aussi aux justiciables. La conciliation n'est-elle pas conçue dans leur intérêt, essentiellement ?

2.4. Conciliation prud'homale

Le CPC ne prévoit plus de dispositions spécifiques, de sorte que la situation actuelle ne devrait pas sensiblement évoluer. Une amélioration des prestations demeure possible, par l'introduction des outils de la médiation et celle d'une magistrature conciliatoire plus représentative.

²⁵ L'article 200 al. 2 CPC prévoit notamment que l'autorité de conciliation peut procéder à une inspection, c'est-à-dire à un transport sur place. Cette mesure était encore fréquente dans un passé pas trop lointain dans la pratique de la CBL, avec de très bons résultats à la clé. Elle a été peu à peu délaissée avec l'accroissement du volume des affaires et le refus des autorités de répondre favorablement à la demande de moyens adéquats pour la CBL (voir ci-dessus note 12)

III. PISTES A COURT TERME (2009-2013)

3 1. L'option de la médiation

Les art. 210 al. 1 et 292 al. 2 CPC²⁶ n'auront pas plus d'impact sur la pratique des tribunaux civils du canton que l'art. 71 A LPC introduit par la loi genevoise sur la médiation civile du 28.10.2004, dont l'application demeure anecdotique depuis plus de trois ans, tant que des mesures d'accompagnement renforcées, développées et concertées (dont l'information, la sensibilisation et la formation) n'auront pas été prises par tous les partenaires : Autorités, Barreau, Université, Institutions de médiation (voir ci-dessus ch. I. B).

a) affaires familiales (option directe)

On peut imaginer cependant, sur la base de l'expérience pilote menée par notre collègue français Marc JUSTON²⁷, que l'exhortation à la médiation de l'art. 292 al. 2 CPC permettra aux magistrats de prescrire aux parties de s'informer sur la médiation auprès de l'une des Institutions inscrites au tableau officiel selon l'art. 161 B et ss LOJ. Suite à l'ordonnance du juge des affaires familiales dans ce sens, 70 % des justiciables y donnent suite, et 50 % d'entre eux se rendent après volontairement en médiation selon l'expérience pilote de Tarascon, (que le Conseil de L'Europe a récompensé du "*prix de la balance de diamant*" il y a quelques années) avec un taux de succès immédiat ou différé, et avec la reprise très fréquente du dialogue parental, même au cas où le processus n'aboutit pas.

b) affaires civiles et commerciales (option indirecte)

Comme indiqué ci-dessus, le traitement des dossiers en conciliation par des personnes qualifiées et assermentées - les médiatrices et médiateurs inscrits au tableau officiel - assurera l'efficacité de la conciliation. Il s'agira de déterminer le mode de rémunération (par émolument, par les parties) et la tarification, étant

²⁶ Les articles 210 à 215 CPC ont été adoptés par 16 voix contre 16 au Conseil des Etats l'été dernier, et la majorité des membres de la CAJ-N s'est ralliée à sa décision, une minorité souhaitant biffer ces règles et une autre d'en réduire la portée aux procédures du droit de la famille (Communiqué de presse précité du 9 avril 2008, p. 3). Au sujet des derniers développements de la médiation aux Chambres, cf. PFISTERER Thomas, *Unterwegs zur Einigung mit Mediation in der schweizerischen ZPO* ?, in SJZ, November 2007. Le Prof. Thomas PFISTERER, ancien Juge fédéral et ancien Conseiller d'Etat argovien, a contribué, lorsqu'il était Conseiller aux Etats, d'une part à introduire la médiation dans le code de procédure administrative fédérale et d'autre part à convaincre ses collègues de maintenir dans le texte du CPC les articles 210 à 215

²⁷ JUSTON Marc, *La médiation familiale : une chance pour les séparations en bonne intelligence*, Conférence donnée au Convegno Internazionale "Ufficio di Mediazione civile e penale. Una risorsa per il territorio", Foggia, 25 octobre 2007 ; Du pouvoir et de l'autorité en médiation familiale, Colloque APMF, La Rochelle, 27-28 avril 2006 ; Pratique de la médiation familiale, Actualité juridique famille, Dossier n° 380, novembre 2005, Dalloz ; La pratique de la médiation dans le contentieux familial du TGI de Tarascon, France, Un changement de culture judiciaire, Edimbourg, le 28 octobre 2005, Mention spéciale au Prix "Balance de cristal" du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne ; La médiation familiale : une impérieuse nécessité dans les tribunaux, Gazette du Palais, n° 270, Paris, septembre 2004

rappelé qu'à cet égard il en existe déjà les références : celles de la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC/SKWM) et des Chambres de commerce et d'industrie de Suisse²⁸.

A moyen terme une Chambre de conciliation faisant office de Centre pour la résolution efficace et "sur mesure" des conflits, selon le modèle néerlandais (*cf. infra* ch.5.4, et note 32) sera une piste à suivre de près.

c) et d) **affaires en matière de baux et loyers et prud'homale**

On ne peut que maintenir et renforcer à Genève les deux seuls systèmes qui fonctionnent bien aujourd'hui, avec des améliorations en moyens (un greffier pour la CBL) et en formation (pour quelques magistrats), si l'on veut augmenter le taux de conciliation, et décharger les juridictions de jugement, ce qui réduira des coûts pour l'Etat.

Sur les points a et b des expériences pilotes comptent parmi les mesures (avec la formation) permettant le passage harmonieux de l'ancien au nouveau système, expériences dans lesquelles le Barreau et les médiateurs et médiatrices devront être étroitement associés. Elles devraient être préparées au plus tôt, sans tergiverser. Elles peuvent, comme aux Pays-Bas, être conduites sur plusieurs (cinq) années et améliorées en cours de route.

3.2. **Expériences pilotes** (période transitoire)

Rien ne les exclut actuellement et elles seront certes toujours possibles aussi dès le 1.1.2011 :

a) si elles dérogent au droit fédéral, l'accord du Conseil fédéral est nécessaire, selon l'art. 399 al. 1 CPC, dont le commentaire du message encourage "expressément" les cantons à y procéder, particulièrement en matière de conciliation²⁹.

b) si elles se limitent à l'organisation judiciaire, domaine réservé encore aux cantons, un accord du Conseil fédéral n'est évidemment pas requis.

N'est-il pas temps de s'y préparer ?

Elles ont donné d'excellents résultats au Canada, aux Pays-Bas, en Norvège, en Slovaquie et dans maints autres pays membres du Conseil de l'Europe, dont les travaux, résolutions et lignes directrices mériteraient décidément d'être mieux connus de nos autorités, en particulier les lignes directrices de décembre 2007

²⁸ CHAMBRES SUISSES DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE, Swiss Rules of Commercial Mediation, Basel, Berne, Geneva, Lausanne, Lugano, Neuchâtel, Zurich, 2007 (available in English, French, German and Italian)

²⁹ Message précité du Conseil fédéral, p. 173

(CEPEJ-2007-N° 13, 14 et 15). Il sied de rappeler qu'à la demande de la Suisse le Conseil de l'Europe a tout spécialement établi un rapport sur la médiation le 30 octobre 2003 en faisant état³⁰. Comme on l'a déjà mentionné ci-dessus, on peut imaginer d'entreprendre en parallèle trois expériences pilote (EP) de ce type à Genève :

- a) EP Règlement amiable des conflits familiaux (RACF)
- b) EP Règlement amiable des conflits civils et commerciaux (RA3C)
- c) EP Règlement amiable des conflits en matière de baux et loyers (RACBL)

Par ailleurs espérons que Gemme-Suisse pourra poursuivre l'EP pédagogique et pratique "Introduction à la gestion des conflits" (EP-IGC), qui a pour objectif d'introduire une nouvelle culture au sein du monde judiciaire, conformément au message clair du Conseil fédéral : le Règlement amiable des conflits a la priorité !

A l'issue de chaque expérience pilote, d'une durée de trois à cinq ans, un rapport de satisfaction sera établi, tandis que des statistiques annuelles ou semestrielles devront être tenues, le rapport devant proposer, le cas échéant, le maintien ou la modification du système mis en place, à l'intention des autorités.

On en tentera l'esquisse ci-dessous (ch.V).

IV. PISTE A MOYEN TERME (années 2014et ss)

POUR UNE MAGISTRATURE CONCILIATOIRE ET UNE CHAMBRE CANTONALE DE CONCILIATION AUTONOMES ET EFFICACES

L'avancée de la NCJ en Europe et dans quelques autorités de conciliation en matière de baux et loyers de Suisse romande dont Genève démontre que ces nouvelles approches sont efficaces si elles sont accompagnées - on n'aura cesse de le marteler - de mesures d'encadrement et d'accompagnement, en particulier la formation des acteurs (avocats stagiaires et futurs magistrats), ce qui implique le temps de les former suffisamment et en nombre suffisant. Telles sont également les recommandations contenues aux ch. 50 et 52 des Lignes directrices de la CEPEJ (2007)¹⁴ (voir note 7, et l'annexe au présent document).

³⁰ CEPEJ (2003) 25 (D1)

La Commission de gestion du Pouvoir judiciaire en a d'ailleurs conscience, qui a approuvé deux programmes, l'un de formation pour les avocats-stagiaires (sous la Direction de Gemme-Suisse tant que l'Ecole d'Avocature ne la reprend pas à son compte) et l'autre de sensibilisation pour les magistrats (GT-NeMeCo). Pour ce dernier, il s'agit - faut-il insister - d'une sensibilisation sur deux jours, et non d'une formation suffisante pour laquelle beaucoup de juges du TPI déclarent encore aujourd'hui ne pas avoir le temps de s'y consacrer! Pour les candidats à la magistrature conciliatoire, la formation s'appuiera aussi sur des "exercices à sec", comme les pratiquent régulièrement les médiateurs et médiatrices pour se maintenir performants.

Les ingrédients de la réussite conciliatoire sont, il ne faut pas craindre de le répéter :

- la motivation des magistrats, leur expérience dans le domaine considéré (y compris leur connaissance juridique approfondie du domaine lorsque le droit impératif intervient : droit du travail, droit du bail, droit de la consommation), et une solide formation aux outils de la nouvelle conciliation judiciaire (empruntés à la médiation);
- le temps nécessaire pour obtenir une conciliation pleinement consentie par les parties, et donc durable dans ses effets,
- le nombre de salles et de personnel suffisants,
- la bonne préparation des audiences par tous les mandataires.

Une période transitoire de plusieurs années (entre trois et cinq) devrait permettre d'une part d'effectuer des expériences pilote, pour en traduire ensuite les résultats dans l'OJ, et d'autre part aux juges candidats magistrats conciliateurs de se former. Pendant cette période des améliorations ponctuelles permettraient déjà de renforcer les systèmes en place.

A moyen terme pourrait être ainsi constituée une Chambre cantonale de conciliation civile et commerciale œuvrant dans les 3 ou 4 domaines énoncés, soit les affaires familiales, civiles et commerciales, de baux et loyers et prud'homales. Elle pourrait être constituée de conciliateurs internes et/ou externes à la magistrature de carrière, selon le nombre de magistrats motivés, expérimentés dans le domaine et formés depuis à la gestion des conflits³¹. Une composition mixte aurait l'avantage de permettre une comparaison des résultats,

³¹ Voir, p. ex., Gemme-Suisse, "Introduction à la gestion des conflits" (à paraître)

ce qui serait stimulant. Il s'agirait d'une entité nouvelle et autonome par rapport aux autres juridictions civiles. Ce dernier point est essentiel.

Il appartiendra le moment venu aux autorités concernées de faire, le cas échéant, des choix politiques sur :

- les domaines ou les types d'affaires (comme le Guide pratique de la médiation civile le précise) à sélectionner en vue de l'option en médiation³²;
- la mesure de cette sélection (le tout, une proportion, *etc.*);
- les moyens en personnel et en locaux à y consacrer, et
- la manière de collaborer avec les médiateurs et médiatrices.

Cette Chambre renforcera ses activités en fonctionnant aussi et surtout comme Centre pour une résolution effective des conflits, selon le modèle néerlandais (*cf. infra* ch.5.4.).

V. CINQ PROPOSITIONS POUR RENFORCER ET DEVELOPPER LE REGLEMENT AMIABLE DES CONFLITS

Le Règlement amiable des différends (conciliation et médiation) présente deux avantages majeurs pour la Justice civile du XXIème siècle:

- a) il a pour *objectif* et comme résultat escompté de permettre aux personnes et aux entreprises de résoudre leur conflit de manière plus rapide (donc moins coûteuse), plus constructive et plus humaine que le combat judiciaire; et si possible "sur mesure";
- b) il a pour *conséquence* d'engendrer pour l'Etat des économies de coûts (*effet de décharge*).

Le Règlement amiable ne se décrète pas, et en soi la loi elle-même est impuissante à changer le mode de penser et de se comporter des acteurs du monde judiciaire. C'est donc aux autorités politiques qu'il revient d'encourager cette nouvelle culture judiciaire par des mesures d'accompagnement, notamment sur les plans de l'information, de la sensibilisation et de la formation, et à l'occasion du CPC par une incitation active à faire procéder à des expériences

³² COMMISSION DE PRÉAVIS EN MATIÈRE DE MÉDIATION CIVILE ET PÉNALE, Guide pratique de la médiation civile, éd. plurilingue français, allemand, italien, anglais, espagnol, russe, polonais, portugais, grec, Genève, juin 2006 ; CEDR, *Court Ordered Mediation in England and Wales*, Contribution by Tony Allen and Eileen Carroll, in : Early Settlement of Disputes and the Role of Judges, Strasbourg, 24-25 November 2003 ; CEDR, *Court referred ADR, A guide for judiciary*, 2nd ed. , October 2003 ; GEMME FRANCE, Guide pratique à l'usage des magistrats prescripteurs de médiation, Paris, 2006 ; PEL Marteld, *Referel to Mediation, A practical guide for an effective mediation proposal*, SDU uitgevers.

pilote, en y consacrant le financement (au demeurant fort modeste) qu'elles comportent dans la perspective d'un retour sur investissement bien raisonné.

Les présentes recommandations s'inspirent de quatre sources :

a) les travaux de la Conférence Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ), en particulier de ses *Lignes directrices* visant la mise en œuvre du Règlement amiable des conflits du 7 décembre 2007 (voir note 7); comme instruments de droit international³³ elles s'adressent aux Etats membres (la Suisse) et à leurs organes (les Autorités cantonales).

b) les échanges d'information sur les pratiques et les expériences en matière de Règlement amiable entre les magistrats européens lors des séminaires et conférences organisées par le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) et ses sections nationales;

c) les entretiens réguliers avec des membres de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (CSMC/SKWM), du Groupement Pro Médiation (GPM) et d'autres associations analogues et, en ce qui concerne les baux et loyers, avec des collègues confédérés et les représentants des milieux intéressés;

d) la littérature en matière de Règlement amiable (voir Gemme-suisse, *Amicable Dispute Resolution : Negotiation, Mediation, Conciliation, selected bibliography*, Geneva, February 2008, in www.gemme.ch)

Le Règlement amiable exige une gerbe de mesures impliquant souvent une concertation ou une collaboration étroite entre le secteur public et le secteur privé. En voici quelques unes :

5.1. Trois expériences pilotes

Conciliation obligatoire et médiation facultative vont entrer en synergie. Sans préparation ni planification suffisantes en 2009 et 2010, la conciliation, respectivement la médiation civile et commerciale seraient condamnées à échouer, ce qui irait à l'encontre du vœu du législateur.

Les trois projets énoncés ci-dessous se fondent sur les ch. 11 et 15 des Lignes directrices de la CEPEJ(2007)¹⁴ (voir note 7).

³³ ZIEGLER R., Introduction au droit international public, Stämpfli, Berne, 2006, p. 65 et 66 ; l'auteur assimile les résolutions d'organisations intergouvernementales à du *soft law* ; sur ce concept, voir THIBIERGE Catherine, *Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit*, RTD civ., déc. 2003, p. 599 ss

Il importe de mettre en œuvre des expériences pilote (EP) dans lesquelles s'engagent ensemble juges, avocats et médiateurs avec - ce qui pourrait être judicieux - un député intéressé pour chaque EP. Les trois EP pourront se dérouler en parallèle dans les domaines suivants :

a) Règlement amiable des conflits familiaux (EP-RACF)

1) Référence : expérience pilote de Tarascon récompensée par le Conseil de l'Europe.

2) Objectif : tenter de résoudre, par la médiation familiale, en amont, les affaires du droit de la famille (y compris les actions en modification et les actions en contribution d'entretien), pour obtenir un maximum d'accords à homologuer; une durée sur trois ans serait adéquate.

3) Avantages : diminuer le rôle de chaque Chambre civile de 15 à 20 % en trois ans, et supprimer de la sorte la "justice-à-la-chaîne"; économiser CHF 45.000.- à 60.000.-équivalent à 1/3 ou 1/4 de poste de magistrat pour la conciliation familiale.

4) Coûts : une délégation de trois ou quatre personnes (1 magistrat-e, 1 avocat-e, 1 médiateur-e, et 1 député-e) 3 à 4 jours à Tarascon, estimation 2 x 5.000 CHF, pour préparer, et ajuster l'EP.

a) Coût de l'information des justiciables (concernés par une ordonnance du juge) auprès d'une Institution de médiation par une indemnité (de l'ordre de 50.-CHF) versée par chaque partie à l'institution, et en cas d'octroi d'AJ à la charge de l'institution elle-même, si elle perçoit par ailleurs des subventions de l'Etat .

b) Coût du processus : par les parties selon la clef de répartition convenue au début du processus. ou par l'AJ dans les cas de l'art. 115 CPC.

5) Début possible : dès le 1^{er} semestre 2009, étant précisé que seule cette EP nécessite l'accord du Conseil fédéral, puisque l'art. 292 CPC ne prévoit pas expressément de rendre obligatoire (mais sans sanctions) l'information sur la médiation familiale, le processus en tant que tel demeurant libre et impliquant toujours l'accord des deux parents.

L'Association des Magistrats du Pouvoir judiciaire de Genève avait d'ailleurs invité Marc JUSTON, Juge des affaires familiales (voir ci-dessus ch. 3.1 a), dont l'expérience fructueuse pourrait servir de modèle pour l'exhortation à la médiation familiale, à adapter bien entendu à la situation de Genève.

b) Règlement amiable des conflits civils et commerciaux (EP-RA3C)

1) Référence : expérience de notre conciliation prud'homale, mais renforcée (en transposant dans la LOJ le système prévu à l'art. 18 al. 2 de la loi sur la juridiction des prud'hommes E 3 10) et son règlement E 3 10.04), avec comme conciliateurs les médiatrices et médiateurs civils assermentés figurant sur le tableau officiel selon l'art 161 A LOJ.

2) Objectifs : tenter de passer du taux actuel de 4 % de conciliation à un taux de 20 à 30 % en trois ans avec des tiers formés et assermentés : les médiateurs et médiatrices (la moyenne en Suisse oscille entre 40 et 70 %).

3) Avantages : qualité et efficacité des prestations, satisfaction des justiciables par un mode plus rapide de résolution, économie de postes de magistrats de carrière, et impact de décharge sur le rôle des Chambres civiles.

4) Coûts : pour traiter administrativement et présélectionner 1575 dossiers par an, en estimer la durée de la conciliation, et les répartir entre les conciliateurs, il faut, en toutes hypothèses, un poste de secrétaire juriste à plein temps soit porter au budget un montant de CHF 120.000.-.

Avec des conciliateurs externes, qui devraient être rémunérés par des émoluments adéquats et, en cas de succès, par les parties selon une clef de répartition convenue entre elles, l'Etat économisera 2 à 3 postes de magistrats de carrière, soit 3 x CHF 180.000.- = CHF 540.000.-.

5) Début possible : entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, mais "exercices à sec" dès le début du deuxième semestre 2009 ou début 2010.

Le système d'option conciliation/médiation (art. 210 al. 1 CPC) n'a pas de précédent judiciaire, à notre connaissance, en droit comparé³⁴. Il faut donc créer des solutions de toutes pièces. Pourquoi retenir l'idée de faire appel à des tiers en dehors de la magistrature ? Parce que seront particulièrement qualifiés pour entreprendre la NCJ : les médiatrices et médiateurs inscrits au tableau officiel, ceci jusqu'à la création dans un deuxième temps d'une Chambre cantonale de conciliation (*cf. infra* ch. 5.4).

Qui plus est, la mauvaise réputation de la conciliation civile oblige Genève à mettre de son côté toutes les chances d'une réussite claire et nette, avec un taux de succès suffisamment convainquant pour restaurer la crédibilité du système

³⁴ Voir note 8

conciliatoire, totalement méprisé aujourd'hui en raison de son échec deux fois centenaire. Or c'est une incontournable évidence que des conciliateurs externes aguerris aux outils de la médiation auront une performance bien supérieure à celle de magistrats de carrière "sensibilisés" pendant deux jours ! Bellot relevait déjà il y a deux siècles que le comportement des juges était la cause de l'échec conciliatoire à Genève³⁵.

En effet, juger et concilier sont deux métiers distincts, avec une approche, des techniques et des outils différents ! Le juge dit le droit, le conciliateur recherche les intérêts, le premier est limité par l'objet du litige (interdiction de statuer *ultra petita*), le second fera montre d'imagination et de créativité, *etc.* Pendant les années d'expérience pilote les magistrats avec une vraie motivation auront le temps de se former convenablement... Suivre une ou plusieurs formations en sera le signe tangible. Ils constitueront le corps de la future Chambre cantonale de conciliation.

c) Règlement amiable des conflits en matière de baux et loyers (EP-RACBL)

Des mesures d'évaluation ont déjà effectuées de concert avec les représentants des milieux de locataires et de bailleurs, en vue d'analyser les causes de dysfonctionnement conciliatoire et d'en proposer les remèdes. Toute EP implique nécessairement la collaboration étroite et conjointe de ces milieux.

1) Référence : améliorer encore le système existant, selon les expériences de NE et FR.

2) Objectifs : atteindre sur une période de deux ou trois ans un taux de 50 à 60 % et dépasser la moyenne suisse, de manière à résoudre la moitié du contentieux dans des délais rapides, de manière constructive et avec des accords durables. Depuis le début 2006 la CBL souhaite faire la preuve par l'acte de ses potentialités, mais en attend toujours les moyens.

3) Avantages : économiser au terme de l'expérience au moins une des cinq chambres du TBL, soit au moins un poste de juge à CHF 180.000. - et les indemnités de 2 assesseurs.

4) Coût : a) un poste de greffier supplémentaire (demandé depuis le début de l'année 2006) pendant 2 ans, puisqu'il sera compensé ensuite par le poste de greffier gagné par la suppression de la cinquième Chambre du TBL, soit CHF 82.000.- par an.

³⁵ Cité par MIRIMANOFF, voir note 11

b) une formation aux outils de la médiation pour deux ou trois magistrats, soit env. CHF 6.000.- à 7.500.-

5) Mesures d'accompagnement : la modification de la LCBL sur 2 points au moins (actuellement soumis à l'examen de la Commission législative) :

a) la radiation de la cause en cas de défaut du requérant, en anticipant l'application de l'art. 203 al. 1 CPC, et

b) l'adaptation du montant des amendes à celui des articles 21 et 22 de la loi sur la juridiction des prud'hommes soit CHF 500.- au plus en cas d'absence injustifiée d'une des parties ou de leur mandataire, et y ajouter le cas où une partie ne produit pas à l'audience une pièce dont l'apport a été ordonné, ces situations constituant actuellement les principales causes de gaspillage (reconvocations) pour l'Etat.

6) Début possible: dès la réalisation des ch. 4 et 5 ci-dessus.

7) Impact d'une modification du recrutement des magistrats conciliateurs. Avec le système actuel (magistrats itinérants) le coût des indemnités (jetons de présence) pour l'Etat s'élève à CHF 186.000.- (moyenne 2005 à 2007). Avec une modification du système (deux nouveaux postes de magistrats de carrière : un à pleine charge, et l'autre à mi-charge) le coût d'un traitement et demi est de CHF 270.000.-, soit un supplément de dépense de CHF 84.000.- par rapport au système actuel.

La Commission de conciliation se prête particulièrement bien, puisqu'elle l'a déjà en partie initié, à une EP destinée à démontrer le profit pour l'Etat à accorder son soutien au Règlement amiable, tant pour favoriser le retour plus rapide à la paix entre les partenaires sociaux que pour déterminer l'importance des économies pour l'Etat à en retirer par la réduction du contentieux au TBL qui en découle directement. Cela permettrait, dans un deuxième temps, d'appliquer ces acquis aux autres domaines. A plus long terme, même de conduire à une diminution du nombre des juges civils, partant à une revalorisation possible de leur statut et de leur traitement.

5.2. Formation des acteurs judiciaires

La formation initiale et continue des avocats est expressément prescrite dans les Lignes directrices du 7 décembre 2007 de la CEPEJ (2007) 14 ch. 50 et 52 (*cf.* note 7).

Pour ancrer le Règlement amiable dans la pratique du monde judiciaire, un effort particulier doit être porté sur l'information, la sensibilisation et, surtout, la formation des tous les intéressés. Plus particulièrement une formation adéquate et permanente des futurs acteurs - magistrats et avocats : les avocats-stagiaires .

C'est l'initiative qu'a entreprise Gemme-Suisse avec son EP "Introduction à la gestion des conflits", qui consiste en un schéma pédagogique du Règlement amiable à insérer dans le programme de la future Ecole de l'Avocature. Sa méthode et ses résultats provisoires ont été soumis, pour évaluation, à un Comité indépendant de parrainage, présidé par le Professeur Nicolas Jeandin, composé de représentants du Pouvoir judiciaire, de la Faculté de droit et de l'Ordre des avocats, institutions ayant donné leur approbation officielle au projet³⁶.

Le projet consiste en cinq modules, comportant une partie théorique et des ateliers avec des exercices tirés de la réalité. Après une introduction à la Gestion des conflits et à la communication active (Module I), les quatre modules suivants sont reliés entre eux par le fil conducteur de la nouvelle *Négociation raisonnée ou coopérative*³⁷ (Module II), que l'on retrouve dans de nouvelles dynamiques dans la Médiation sous la forme de *négociation facilitée* (Module III), et dans la Nouvelle Conciliation judiciaire, sous la forme de *négociation dirigée* (Module IV). Un dernier module donne un aperçu des liens nouveaux existant entre la médiation et l'arbitrage dans les relations du commerce international (Module V). Les textes des intervenants ont fait l'objet de la récente publication de Gemme-CH :

"La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens." CEDIDAC, Lausanne, novembre 2008.

Le projet a reçu, pour 2008, le soutien financier de la Fondation Wilsdorf, qui ne l'a octroyé que pour une année, pour permettre son démarrage. L'Ecole de l'Avocature ne devant pas ouvrir avant 2010, la question du financement pour 2009 n'est donc pas encore résolue, des démarches étant en cours.

³⁶ Le programme pour l'expérience pilote "Introduction à la gestion des conflits" a reçu l'appui du Pouvoir judiciaire, de la Faculté de droit et de l'Ordre des Avocats, lesquels sont représentés dans sa commission de parrainage; il a été également envoyé au Conseil d'Etat en septembre dernier, qui en a simplement accusé réception

³⁷ IYNEDJIAN Nicolas, *Négociation, Guide pratique*, édité par BAGNOUD R., CEDIDAC, Lausanne, 2005 ; PEKAR LEMPEREUR Alain et COLSON Aurélien, *Méthode de Négociation*, DUNOD, Paris, 2004 ; FISCHER Roger, URY William et PATTON Bruce, *Comment réussir une négociation*, Seuil, Paris, 1982

POURSUITE DE L'EP INTRODUCTION A LA GESTION DES CONFLITS (EP-IGC)

Pour 100 avocats-stagiaires par volée, chaque année, il faudrait prévoir une formation par trimestre (par année 4 groupes de 25 personnes, un maximum pour rester efficace). Chaque formation, qui comporte 5 modules totalisant 20 heures (sans le temps de préparation) animés par un intervenant spécialiste et deux collègues à chaque fois différents) revient à environ CHF 20.000.- (avec les frais administratifs et le secrétariat, sans les salles), soit un budget annuel de l'ordre de CHF 80.000.-.

Indubitablement une telle formation favorisera à terme le recours plus généralisé à ces modes amiables et allègera d'autant la justice étatique, l'ultime recours ! Sans cet effort il serait vain d'attendre à Genève une *défossilisation* spontanée des mentalités et des comportements. Sans cet effort la "justice-à-la-chaîne" aurait encore de beaux jours devant elle.

Trente années de dégradation progressive de la qualité de la justice civile et la "recette" consistant simplement - sans rien envisager d'autre - à augmenter le nombre des magistrats civils, avec un décalage dans le temps à chaque fois, ont conduit à la " justice -à-la-chaîne" que l'on connaît au TPI, une juridiction civile à la fois stressée et boursouflée, dont chaque chambre doit rendre un jugement quotidiennement, en moyenne sur un mois, pour rester à jour, et gérer un rôle de plus de 200 dossiers. N'est-il pas enfin arrivé le temps d'explorer d'autres pistes ? De se tourner résolument vers le Règlement amiable ?

Comme l'a relevé le Professeur Nicolas Jeandin, le monde judiciaire est affecté aujourd'hui d'un quasi syndrome de Pavlov³⁸, consistant à négocier sur des positions (ce qui se révèle stérile dans la plus part des cas) pour se précipiter ensuite vers le combat judiciaire, à l'inverse exactement des recommandation de Platon et...du Conseil fédéral !

Les objectifs prioritaires de l'Ecole d'Avocature consisteront donc à préparer les avocats de demain à la négociation raisonnée et à la médiation, non pas seulement par un ou deux exposés isolés et sans effet à long terme, mais par un véritable *drill* qui seul leur permettra d'aider leurs clients à sélectionner le meilleur outil de résolution pour un conflit déterminé, et à affronter à armes égales la concurrence internationale déjà prête à occuper les nouveaux créneaux.

³⁸ JEANDIN Nicolas, Introduction à la gestion des conflits, exposé aux avts stagiaires, premier semestre 2008.

5.3. **Clauses contractuelles de règlement amiable**

Insérer des clauses-type de conciliation ou de médiation non judiciaires dans un contrat commercial contribuera à sensiblement limiter les risques du procès. Elles se couplent d'ailleurs souvent utilement avec des clauses arbitrales. Nombre de modèles ont été mis au point *i.a.* par la Chambre de Commerce internationale (CCI), l'OMPI (Genève), la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) et tout récemment par les Chambres de commerce et d'industrie de Suisse³⁹.

En effet la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève (CCIG), à laquelle on doit l'heureuse initiative d'avoir élaboré un Règlement sur la médiation commerciale de concert avec les autres principales chambres de Suisse⁴⁰, a désormais vocation à encourager plus concrètement ses membres pour qu'ils insèrent désormais dans leurs contrats commerciaux les clauses de médiation qui ont été adoptées le premier avril 2007. Cela permettra à la médiation commerciale de s'épanouir plus rapidement pour servir les entreprises en situation de tension ou de conflit. Et de leur éviter de devoir plaider.

Les avocats et les conseillers d'entreprise joueront un rôle clé en introduisant de telles clauses dans les contrats.

Une autre idée à explorer consistera à négocier, entre grandes entreprises, sur le plan cantonal et/ou fédéral, une Charte de la Médiation, comme l'ont fait les Fédérations d'entreprises en France, en Belgique et en Italie.

5.4. **Vers une Chambre cantonale de conciliation et vers un Centre de résolution efficace des conflits**

A moyen terme, la création d'une Chambre cantonale de conciliation autonome, c.à.d. **déjudiciarisée**, vers 2013, lui assurera son indépendance et son efficacité, qui résultera du nouveau système de recrutement des magistrats conciliateurs motivés, expérimentés et formés. Cette Chambre impliquera une réorganisation des systèmes actuels, une fois les expériences pilote parachevées et compte tenu des enseignements qu'elles n'auront pas manqué d'apporter.

Le mode de fonctionner, les objectifs, les méthodes de travail et la logistique des Commissions de conciliation sont forts différents de ceux des juridictions civiles axées vers les décisions judiciaires.

³⁹ SCHÄFER Erik, VERBIST Herman, IMHOOS Christophe, ICC Arbitration in Practice, Kluwer Law international, Stämpfli, Berne, 2005

⁴⁰ Soit les Chambres de Bâle, Berne, Lausanne, Lugano, Neuchâtel et Zurich

Presque partout en Europe la tendance consiste à sortir la conciliation des tribunaux et Palais de Justice pour souligner son autonomie. Nous sommes au début du XXIème siècle et plus au début du XIXème siècle! La *déjudiciarisation* de la conciliation est essentielle à son épanouissement! En effet la NCJ n'a pas pour objectif essentiel de "dire le droit", mais de rétablir les liens entre les partenaires sociaux par la recherche de solutions agréables aux deux parties. Cela résulte i.a. du message du Conseil fédéral du 28 juin 2006.

Mais pour répondre aux exigences nouvelles de ce siècle et au statut de Genève, comme centre de commerce international, il faut aller résolument plus loin et donner à cette institution de nouvelles compétences : celles d'aider les parties à **sélectionner** le meilleur mode de résolution pour un conflit déterminé, à un moment déterminé et pour des parties déterminées, à l'instar de ce qu'ont réussi les juges néerlandais qui ont œuvré à la réalisation de "Centres pour la résolution efficace et "sur mesure" des conflits" (*Centers for effective and tailored resolution of conflicts*), en particulier destiné à proposer de manière professionnelle, adéquate et efficace le recours à la médiation (*efficient referral service*). Les expériences des Pays-Bas sont convaincantes, ne serait-ce que par le taux de succès élevé de la médiation, supérieur à 70 %. L'ouvrage de référence à consulter sur ce point est celui de notre collègue néerlandaise Machteld PEL (*cf. supra note 32 in fine*). Un tel Centre à Genève, fonctionnant le cas échéant aussi comme Chambre de conciliation, sera d'autant plus indispensable que la formation des futurs avocats et magistrats (*cf. supra ch.5.2.*), en particulier leur maîtrise de la négociation raisonnée, n'aura d'impact véritable qu'après une ou deux décennies pendant lesquelles prédominera encore la vieille négociation positioniste, qui continuerait à polluer la gestion des conflits et à engorger les tribunaux sans une telle opportunité de sélection pour les personnes et les entreprises désireuses de solutions plus constructives ou "sur mesure". Là encore l'Etat aura le gage d'un retour sur investissement, car le contentieux étatique décroît en relation avec le succès du règlement amiable. Notre Parlement est parfaitement capable de comprendre et de mettre sur pied ces mesures, également à moyen et à plus long terme, car la démonstration de l'inanité à bricoler encore des projets au coup par coup, à la fois coûteux et inadéquats, a été faite avec deux siècles d'échec conciliatoire et deux décennies de "justice-à-la-chaîne".

5.5. Médiation scolaire par les pairs

Une expérience est en cours dans le canton au Collège de Sécheron⁴¹. Ce type de médiation a pour but et pour effet escompté d'atténuer "l'incivilité" dans et

⁴¹ PINGEON Didier, En découdre avec la violence : la médiation scolaire par les pairs, IES Editions, Genève, 2007 ; DIAZ Babeth et LIATARD-DULAC Brigitte, Contre violence et mal être : la médiation par les élèves, Nathan, Paris, 1998 ; MBANZOULOU Paul, La violence scolaire. Mais où est passé l'adulte ?, L'Harmattan,

autour des bâtiments scolaires et d'apprendre dès l'âge de l'école aux jeunes à gérer eux-mêmes et convenablement leur conflit.

Cette expérience est à suivre attentivement, dans une perspective à plus long terme, de responsabilisation à la gestion des conflits des citoyens eux-mêmes, en commençant déjà au stade de l'école.

Une telle mesure contribuera à lutter contre la judiciarisation croissante de la société, véritable fléau de notre époque⁴².

Ce thème a été l'objet d'un débat lors du Congrès "la Médiation au service de la paix", organisé par Gemme-Suisse à Genève les 6 et 7 novembre 2008⁴³.

Epilogue

Presque partout autour de nous la justice est en chantier, et nombre de pays membres du Conseil de l'Europe accordent une attention toute particulière au rôle du Règlement amiable, en commençant par lancer des expériences pilote pendant plusieurs années pour ensuite réadapter ou modifier profondément leurs code de procédure et loi d'organisation judiciaire.

Or notre loi d'organisation judiciaire (LOJ) a deux siècles, et le rôle du règlement amiable est devenu incontournable pour l'efficacité de la justice aussi - et surtout- dans notre canton. Les autorités et les citoyens de Genève attachés à l'idée d'un Etat de droit moderne et fort ont donc ces deux raisons importantes de s'atteler à la construction d'une justice avec le soin qu'elle mérite, sans précipitation, dans la clarté et l'ouverture, et après une consultation démocratique digne de ce nom. L'efficacité des institutions tient aussi à leur crédibilité, ce qui implique aussi la manière dont elles ont été construites.

Les réticences envers le Règlement amiable tiennent au manque d'information à son sujet. L'essor du Règlement amiable ne sera pas seulement profitable aux personnes et aux entreprises : au fil du temps il contribuera d'une part à restaurer la qualité de la justice étatique, avec une magistrature moins nombreuse, moins chargée, en mesure de faire épanouir ses compétences, et - pourquoi le taire ? -

2007 ; GUY-ECABERT Christine, *De la médiation des conflits à la culture de la médiation : l'école face à la violence et aux incivilités*, in Médiation en Europe : échanges sur les pratiques / Master européen en médiation, IUKB, Sion, 2002 ; SOUQUET Marianne, *"Une palette d'activités au service de l'éducation à la citoyenneté"*, in : Les Médiations en milieu scolaire, Les Politiques Sociales, n°1 et 2, 2005 ; SOUQUET Marianne, *"La médiation en milieu scolaire"*, in : BONAFE-SCHMITT Jean-Pierre, DAHAN Jocelyne, SALZER Jacques, SOUQUET Marianne, VOUCHE Jean-Pierre, *Les médiations, la médiation*, Ed. Erès, Collection Trajets, Ramonville, 1999

⁴² Cf. ROUVILLOIS Frédéric, *La société au risque de la judiciarisation*, Débats et colloques, Litec, Paris, 2007

⁴³ <http://www.gemme-conference.org>

mieux rémunérée et considérée; et d'autre part à offrir au Barreau un vaste champ d'activités lui permettant à la fois de gagner de nouveaux créneaux, de fidéliser mieux la clientèle et de se maintenir compétitif et créatif face à une concurrence internationale déjà présente dans notre cité.

Le libre accès des personnes et des entreprises à tous les modes de résolution, la libre circulation des différends entre les voies non judiciaires et judiciaires⁴⁴, et la stimulation que ces libertés ne manqueront pas de provoquer parmi tous les acteurs concernés, enfin la lente prise de conscience de la responsabilité de chacun vis-à-vis de la résolution de ses propres conflits vont concourir à la construction d'une justice plus rapide, plus efficace et plus humaine : une Justice Civile Plurielle au service de tous. Accomplir les nouvelles tâches prescrites par le CPC tout en servant mieux les intérêts des justiciables et à un moindre coût pour l'Etat : la Justice Civile Plurielle en relèvera le défi !

"Les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le tribunal n'est pas une société commerciale préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires. C'est une *autorité*. Sa mission est de régler des conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide de tiers, résoudre seules. Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, *les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir*" (Conseil fédéral, message précité, p. 20).

Ainsi, en matière de justice, Platon et le Conseil fédéral tiennent le même propos : puisse Genève y prêter oreille.

*

*

*

⁴⁴ MIRIMANOFF Jean A. et VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *Pour une libre circulation des différends civils et commerciaux (Réflexions sur les nouveaux réseaux de la justice plurielle : le cas suisse dans le contexte européen)*, RDS 126 (2007), p. 21 ss, in www.gemme.ch