



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
Agrupación suiza de Magistrados por la Mediación y la Conciliación

MISE EN ŒUVRE DE LA MEDIATION EN SUISSE :

Comment accompagner l'évolution de notre culture judiciaire ?

Jean A. MIRIMANOFF

Pratiques de la Médiation en Espagne et en Europe

Colloque de Valence
16/17 novembre 2007
Organisé par la section espagnole

SUMMARY

I. INTRODUCTION

II. AUTORITES ET HIERARCHIE

III. MONDE JUDICIAIRE

A. Magistrature

3.1. Formation

3.2. Guide pratique sur la médiation civile

3.3. Documentation

B. Barreau

IV. UNIVERSITE

4.1. Cours de procédure civile

4.2. Cours post grade

4.3. Introduction à la gestion des conflits

V. ECONOMIE PRIVEE

5.1. Swiss Rules of Commercial Mediation

5.2. Charte des Entreprises

5.3. Clauses de médiation

5.4. Autres manifestations

VI. MEDIA

VII. AUTRES MESURES

7.1. Diffusion des Résolutions du Conseil de l'Europe

7.2. Article constitutionnel sur le Règlement amiable

7.3. Congrès de Gemme

CONCLUSIONS

(Summary)

MEDIATION IMPLEMENTATION IN SWITZERLAND :
How to move along with the evolution of the judiciary culture ?

Jean A. Mirimanoff *

Mediation implementation consists of a set of accompanying measures, whatever the level of the national legislation. These measures implicate the public as well as the private sector, which for the good of mediation, are often called to work closely together.

Having overviewed the roles of the authorities and the hierarchy (II), this article enumerates the principal measures that are taken within the Judiciary and the Bar (III); tasks that can be incumbent on universities or schools of higher education (IV); the feasible role of private economy (V); the importance of cultivating the media (VI), among others (VII).

The work undertaken within the Council of Europe and the European Union allows us to think that we are moving towards the building of a pluralistic justice in Europe. The mastering and the generalization of a cooperative and reasoned negotiation within the European Bar Associations will bring about important changes that will be beneficial to not only the individual person but also the companies.

It is only when negotiation fails that one turns to mediation and/or to conciliation and/or to other amicable dispute resolutions, and - in case of failure of these means - the traditional judiciary or arbitration tribunal will be seized. The amicable settlement will be the rule; the regulation imposed the exception, or the alternative.

Switzerland unfortunately is far from this perceptive, a perceptive that barely even reaches the level of consciousness. It is the responsibility of the university to prepare the minds and practices in this transitional period.

The rearguard fight made in Switzerland by the proponents of imposed solutions - consisting in preferring systematically litigation or arbitration - harms the country because it delays its competitiveness in regards to the other European countries, not forgetting human suffering, the social waste, and the cost the state has to incur.

* Secretary General of Gemme-Suisse, President of the Conciliation Commission for Rent and Lease Matters, Mediator admitted to the Geneva roll, former judge at the Court of First Instance, former Legal Adviser at the ICRC, former Legal Assistant at the Federal Office of Intellectual Property and at the Federal Department of International Trade.

To remain efficient, Switzerland must make a significant effort to implement the amicable resolution, starting with a widespread practice of the new negotiation and then through a less timid approach of mediation. Mediation should involve the collaboration of all the social actors that is the judiciary, the mediators, the Bar, the Faculty of law, the chambers of commerce, employers' associations and last but not the least the syndicates, on the judiciary, regional, and state levels.

Only a solid university education, even at the school level, will allow the judiciary actors master the new networks of pluralistic justice. The evolution of our judiciary culture therefore undergoes through numerous accompanying measures in the public and private sectors, constantly repeating and renewing, implicating for each actor, each person and each association, three basic qualities: tenacity, tenacity, and again tenacity, undoubtedly in the next decade or two.

It is only at this price that Switzerland will become competitive in terms of amicable resolution in Europe, by adapting its effort to the measure of its ambition to remain an appreciated place in international trade.

MISE EN ŒUVRE DE LA MEDIATION EN SUISSE :

Comment accompagner l'évolution de notre culture judiciaire ?

Jean A. Mirimanoff *

I. INTRODUCTION

Il nous faut commencer par remercier vivement les Autorités espagnoles et nos collègues de la section espagnole de nous donner l'occasion pour la première fois en Espagne d'échanger entre magistrats européens nos expériences en matière de règlement amiable, plus particulièrement de médiation¹. En effet qu'elles aient été fructueuses ou décevantes, nos expériences sont source d'enrichissements mutuels et d'ajustements possibles. Pour compléter et actualiser le rapport de notre section suisse à son assemblée générale de Neuchâtel sur les pratiques cantonales² et celui présenté ce printemps à la Conférence internationale de Vilnius³, notre propos - sans prétention scientifique - consistera à focaliser notre attention sur la mise en œuvre de la médiation (implementation), qui consiste en une série de mesures d'accompagnement, ceci quel que soit le niveau de la législation nationale. Ces mesures impliquent tant le secteur public que le secteur privé qui sont, pour le plus grand bien de l'essor de la médiation, amenés souvent à œuvrer de concert.

Il n'y aura pas lieu ici de s'attarder sur les particularités helvétiques inhérentes au système fédéral puisque les 26 codes de procédure civile cantonaux seront remplacés vers le début de l'année 2010 par un code fédéral unifié, dont le projet est soumis à l'examen actuellement des Chambres fédérales (Parlement). A l'heure actuelle seuls trois cantons font référence à la médiation civile dans leur législation, celle de Genève - traduite en espagnol - étant la plus élaborée⁴.

Pour ne plus y revenir signalons quelques traits essentiels communs que l'on rencontre tant dans ces trois cantons que dans ceux qui n'ont pas légiféré en la matière, ainsi que dans le projet de code unifié (CPC) :

* Secrétaire général de GEMME-Suisse, Président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, médiateur agréé et ancien juge au Tribunal, à Genève; ancien Conseiller juridique au CICR; ancien collaborateur juridique à la Division fédérale des affaires économiques extérieures et à l'Office fédéral de la Propriété intellectuelle, à Berne.

¹ La conciliation ne fait pas l'objet de la présente présentation. Ces deux concepts sont distingués dans les statuts, art. 4, du 8.10.2004 de Gemme-Suisse (voir www.gemme.ch/statuts). Cf. également la note 8 ci-dessous.

² GEMME-SUISSE, Médiation civile en Suisse : pratiques cantonales, Fribourg, 2006. (également disponible sur notre site www.gemme.suisse/documents).

³ MIRIMANOFF Jean, Amicable Dispute Resolution or Litigation : New Priority or New Approach? What Future for Mediation in Switzerland?, International Conference organised by the Council of Europe and the Ministry of Justice of Lithuania, May 24-25th 2007 (cf. également notre site précité).

⁴ GEMME-SUISSE, Médiation civile en Suisse, Nouvelle législation à Genève, éd. plurilingue français, allemand, italien, espagnol, anglais, russe, Genève, janvier 2005 (cf. également notre site précité).

a) Le système prévu ou expérimenté respecte pleinement l'autonomie du processus de médiation; même sous sa forme (méta)judiciaire⁵, il n'est pas question que le juge intervienne dans le processus, y compris dans ses aspects formels (coût, délais, choix du médiateur, etc.);

b) A part un essai infructueux à Zurich, il n'est pas prévu que le magistrat devienne médiateur dans l'exercice de ses fonctions⁶; en revanche il pourra - au cours d'une conciliation - utiliser les outils de la médiation⁷;

c) Les concepts de médiation et de conciliation sont - pour les spécialistes - soigneusement distingués, même s'ils présentent d'évidents traits de parenté⁸;

d) La médiation ne connaît pas les limites inhérentes à l'objet du litige, puisqu'elle n'a pas pour tâche de le résoudre, mais pour vocation essentielle de rétablir les liens entre les parties et - si possible - de mettre un terme à leur conflit⁹;

e) Pour la même raison le concept de médiabilité des différends (qui paraît s'inscrire dans les textes législatifs espagnols) est inconnu en Suisse : la loi ne pose aucune limite ni aucun domaine réservé pour le recours à la médiation, contrairement à ce qui est prévu pour l'arbitrage, puisque - il faut bien le souligner - la médiation n'a pas pour but de régler un litige; elle n'est donc pas en situation de concurrence, mais de complémentarité avec la procédure civile, respectivement avec l'arbitrage. Il n'y existe pas non plus de limites temporelles, la médiation pouvant être proposée à tous les stades de la procédure.

f) Il restera de la compétence des cantons soit de régler la profession de médiateur, soit d'en laisser le soin aux associations (Genève ayant adopté une démarche intermédiaire).

Après avoir survolé le rôle des autorités et de la hiérarchie (II), nous observerons quelles sont les principales mesures prises au sein de la magistrature et du barreau (III), les tâches qui peuvent incomber à l'Université ou aux grandes écoles (Magistrature et Advocature) (IV), le rôle possible et souhaitable de l'économie privée (V), l'importance de cultiver les media (VI) et d'autres mesures encore (VII), avant de conclure, tout provisoirement. Deux remarques encore pour clore cette introduction :

⁵ Au sujet de cette notion, cf. CHENOU Martine et al., 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 (cf. également notre site précité).

⁶ Et en dehors ? La loi tessinoise l'autorise expressément, la loi genevoise implicitement, tandis que la loi argovienne le proscriit, cf. note 2 ci-dessus.

⁷ HEIERLI Andreas, Mediation und Gerichtbarkeit, Nachdiplomstudium Mediation an der Fachhochschule Aargau, ergänzt Juni 2003

⁸ BIERI Isabelle, Conciliation et Médiation : concepts en pagaille dans une procédure en chantier, FSA, Revue de l'avocat, n°10 – 2003, p. 354 ss.; GO RCHS Béatrice, La Médiation dans le Procès Civil : sens et contresens, RTD civ. n°3-2003, p. 409 à 425; MIRIMANOFF Jean A., Conciliation et médiation : pour en finir avec un psychodrame familial, Actes de la deuxième conférence suisse des autorités de conciliation en matière de baux à loyer, Granges (SO), 12 mai 2006 (disponible sur notre site précité).

⁹ Au sujet des termes *différends*, *litiges* et *conflits*, cf. GORCHS B., note 8.

a) En Suisse comme ailleurs en Europe, la base légale est à la fois nécessaire mais non suffisante pour assurer le développement de la médiation. A elle seule la loi n'a eu qu'un faible impact en France: douze ans après son entrée en vigueur, moins de 5 % du contentieux civil va en médiation¹⁰. Inversement l'absence de loi aux Pays-Bas, pendant plusieurs années, n'a pas été un obstacle à la médiation, bien au contraire.

b) La médiation n'étant ni un totem ni une panacée, sa place se situe et se définit au sein de la justice plurielle, précédée par la négociation dont l'importance fondamentale doit être soulignée, puisqu'elle devance le cas échéant accompagne, le cas échéant suit la médiation pour se déployer encore - sous la forme des "réserves d'usage" - en cours de procédure, civile ou arbitrale.

II. AUTORITES ET HIERARCHIE

Lors d'un colloque organisé par la section française à Versailles il y a quelques années, Mme Louise Otis, Juge à la Cour d'appel de Montréal (Québec, Canada) qui a très largement contribué à l'essor de la médiation sur tout le territoire de son pays¹¹, a insisté sur le rôle primordial joué par les autorités et la hiérarchie judiciaire, qu'il importe de renseigner, de convaincre et de gagner à la cause du règlement amiable, tant il serait vain ou fragile d'avancer sans leur soutien.

Le cas suisse en constitue la double démonstration.

Positivement, pour prendre le cas du canton de Genève, c'est le Procureur général, premier magistrat de notre ordre judiciaire, qui a pris l'initiative de proposer tour à tour un projet de loi sur la médiation pénale (entré en vigueur en 2001), puis un projet de loi sur la médiation civile (entré en vigueur en 2005). Le gouvernement genevois l'a entièrement soutenu devant notre parlement qui - fait plutôt rare - a adopté à l'unanimité la loi sur la médiation civile, après avoir invité le juge délégué à assister à toutes les séances en commission judiciaire et à s'exprimer librement sur toutes les propositions des députés...

Inversement, sur le plan fédéral, la médiation ne figurait pas dans l'avant-projet de CPC, et les rares dispositions introduites à la demande des associations¹² dans le projet n'ont pas été défendues par le Conseiller fédéral en charge du dossier. De plus elles ont été jugées "inutiles" parce que du seul ressort de la sphère privée par un large nombre de parlementaires. La demande de Gemme-Suisse d'être audité par les Commissions des affaires juridiques des Chambres n'a pas même reçu un accusé de réception. A noter que l'ensemble de ces autorités ne paraissent pas connaître les résolutions sur la médiation du Conseil de l'Europe, dont notre pays fait pourtant partie.

¹⁰ JUSTON Marc, La médiation familiale : une chance pour les séparations en bonne intelligence, *in* Actes de la conférence de Foggia, 25 octobre 2007.

¹¹ OTIS Louise, Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire. La justice conciliatoire : l'envers du lent droit, un rapport sur les MARL, Rapport n°6, Conférence des juges, Conseil de l'Europe, Strasbourg, novembre 2003.

¹² Art. 210-214 CPC; cf. GEMME-SUISSE, voir note 2 et notre site.

III. MONDE JUDICIAIRE

A. MAGISTRATURE

3.1. Formation

En automne 2006 la Commission de gestion du Pouvoir judiciaire de Genève a voté un important crédit pour la formation de six magistrats, organisée avec le concours du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) et de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève (CCIG), avec autant de représentants du barreau et du monde du commerce.

Ces six magistrats ont constitué un groupe de travail négociation / médiation / conciliation (NeMeCo) chargé par la Commission de gestion d'organiser la sensibilisation et la formation de leurs collègues, dont la prochaine session aura lieu en novembre 2007. A l'heure actuelle il y a au moins un magistrat NeMeCo dans juridictions suivantes: Cour de Cassation, Tribunal Cantonal des Assurances et son Tribunal Arbitral, Tribunal de 1^{ère} instance, Tribunal de la Jeunesse et Commission de conciliation en matière de baux et loyers.

D'autres formations existent, mais dans une minorité de cantons, d'autres en en laissant l'initiative privée à leurs magistrats.

3.2. Guide pratique sur la médiation civile

Ce texte a été rédigé et adopté par la Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale instaurée par la loi genevoise¹³. Ce document accompagne la démarche du magistrat qui, en cours de conciliation ou de procédure, propose aux parties de recourir à la médiation. Il est disponible informatiquement pour chaque juge du Tribunal de 1^{ère} instance (TPI), avec la liste des médiateurs, et peut être remis en mains des parties et de leur conseil par le greffier de chambre..

Il énumère les domaines qui paraissent se prêter ou ne pas se prêter à la médiation, soit à l'opportunité de la médiation, notion à ne pas confondre avec celle de médiabilité évoquée il y a instant. Il s'inspire de guides analogues¹⁴, et a été traduit en neuf langues, dont l'espagnol.

Notre section a - bien entendu - remis ce document à ses membres d'autres cantons.

3.3. Documentation

En outre les nouveaux magistrats qui entrent au TPI à Genève peuvent recevoir d'autres documents, par ex. la bibliographie sélective ADR (www.gemme.ch). Parmi les auteurs on compte plusieurs magistrats, dont ceux de Gemme, qui y font part de leur expérience.

¹³ Voir notre site www.gemme.ch/documents

¹⁴ 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.

B. BARREAU

Bien entendu le rôle du barreau est primordial pour recourir au règlement amiable en général, et à la médiation en particulier, lorsque les négociations ont échoué.

Les ouvrages les plus remarquables émanent souvent de son rang :

a) Thierry Garby, avocat au barreau de Paris, a rédigé un livre sur "La gestion des conflits "(Ed. Economica 2004). Après avoir défini les différents types de conflits, et évoqué l'originalité de la gestion des conflits, il parcourt les différents instruments de cette gestion et démontre de manière convaincante que la médiation est une alternative à la négociation : "Lorsque la négociation n'a pas pu aboutir, la médiation donne aux parties une vraie nouvelle chance de s'entendre" (p.51).

b) Avi Schneebalg, avocat au barreau de Bruxelles, décrit très finement et parfois avec humour "Le rôle des avocats en médiation civile et commerciale" (Ed. Economica 2003), ceci tout au long du processus, ainsi que le bon usage de l'aparté.

c) Nicolas Lynedjian, avocat aux barreaux de Genève et Lausanne, dans son étude sur la "Négociation", analyse les états de fait de plusieurs arrêts de notre Cour suprême, le Tribunal fédéral, pour démontrer de manière objective que la négociation aurait conduit dans tous ces cas à des résultats infiniment meilleurs pour les deux parties.

Lorsque ces ouvrages auront été lus par leurs confrères, nul doute que le règlement amiable fera un formidable bond en avant en Europe francophone, y compris en Suisse romande.

A vrai dire trop souvent encore en Suisse, tout particulièrement à Genève, on recourt à la négociation fondée sur des positions, forme aussi primitive qu'inefficace¹⁵. Et lorsque la négociation n'a pas abouti, on se précipite allègrement dans le combat judiciaire, sans même envisager de recourir à la médiation¹⁶.

La plupart des membres des barreaux suisses sont réunis au sein de la Fédération Suisse des Avocats (FSA). Or cette association faïtière a été traversée par divers courants contraires concernant l'accueil qu'il convenait de réserver à la médiation. D'un côté elle organise en divers lieux du pays des formations pour ses membres, y compris dans le règlement amiable. Par exemple à Genève en 2003, le Centre d'études et de formation (CEFOC) de Genève a assuré la formation de 25 avocats et un magistrat. A notre connaissance il n'y en a plus eu depuis d'une telle ampleur à Genève. Pour les jeunes avocats des ateliers sont proposés dans plusieurs domaines, dont la négociation et la médiation, mais les inscriptions demeurent encore modestes. Il existe plusieurs centres en Suisse (cf note 2). De l'autre côté la FSA n'a pas voulu accepter la demande de Gemme-Suisse de se joindre aux autres

¹⁵ Cf. le remarquable ouvrage de PEKAR LEMPEREUR Alain et COLSON Aurélien, Méthode de Négociation, Dunod, Paris, 2004, en particulier p. 20.

¹⁶ En 2006, sur 35 propositions de médiation de la commission de conciliation en matière de baux et loyers de Genève, 33 ont été refusées sans même initier le processus.

associations faitières pour appuyer leurs propositions à l'Office fédéral de la Justice pour insérer dans le CPC quelques dispositions sur la médiation et elle a attendu le dernier moment, ce printemps, pour tenter de convaincre les nombreux parlementaires avocats de soutenir les texte du Conseil fédéral qui y faisaient référence, et ceci d'ailleurs sans grand succès jusqu'à présent.

Sur le plan individuel cependant nombre d'avocats se sont engagés de manière très active pour promouvoir la médiation dans et hors de leur rangs, par des ateliers, studios, petits déjeuners consacrés à ce thème, étant par exemple précisé que tous les intervenants sauf un sont avocats ou titulaire du brevet dans l'expérience pilote sur l'introduction à la gestion des conflits (voir ci-dessous, ch.4.3.).

IV. UNIVERSITE

4.1. Cours de procédure civile

Les Universités de St Gall, puis de Neuchâtel ont organisé des enseignements en matière de règlement amiable, sans parler de nombreux instituts privés dans plusieurs régions linguistiques.

A Genève, depuis plus de cinq ans, un exposé *ex cathedra* sur la conciliation et la médiation, de deux heures par année, est donné par un magistrat invité dans le cadre du cours de procédure civile destiné aux étudiants en droit.

4.2. Cours ad hoc (postgrade)

Tous les deux ans un cours sur la négociation et la médiation est donné en anglais par le Prof. Rau, de l'université de Houston, à l'Université de Genève. A nouveau signalons l'importance de la Haute Ecole de St Gall.

4.3. Introduction à la gestion des conflits

Une expérience pilote est initiée à Genève par Gemme-Suisse, avec le soutien de la Fondation Wilsdorf, et l'appui du Pouvoir judiciaire, de la Faculté de droit, de l'Ordre des avocats.

Tous les acteurs concernés se sont ralliés à l'idée qu'une formation adéquate et permanente favorisera l'évolution de notre culture judiciaire, formation sans laquelle on continuera, par habitude ou par instinct, à privilégier le vieux combat judiciaire, avec son cortège de souffrances humaines, de gaspillage social et de coût pour l'Etat, quand bien même d'autres modes de résolution pourraient s'avérer plus efficaces ou plus adéquats.

Le projet est destiné à constituer un schéma pédagogique pour la future Ecole d'Advocature du Canton. 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 et coopérative (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 donnera un aperçu des liens nouveaux entre la médiation et l'arbitrage dans les différends issus des relations du commerce international (module V).

Les intervenants - médiateurs, magistrats et avocats - verront leur travail évalué et soumis à un Comité de parrainage dans lequel la Faculté de droit, le Pouvoir judiciaire et l'Ordre des avocats sont représentés, ainsi qu'un membre de la Fondation Wilsdorf.

V. ECONOMIE PRIVEE

5.1. Swiss Mediation Rules

Après l'entrée en vigueur de la loi genevoise début 2005, des membres romands de Gemme-Suisse et de la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) sont intervenus auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Canton pour l'encourager à élaborer, si possible avec d'autres chambres de commerce suisses, un règlement sur la médiation.

Les Chambres de commerce et d'industrie suisses, ayant consulté plusieurs experts de la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC) et de Gemme-Suisse, ont adopté le 1.4.2007 cet important document, disponible dans nos trois langues officielles et en anglais (voir le site www.ccig.ch).

Le 7 novembre la CCIG a organisé une manifestation pour le faire connaître au sein de ses membres.

Le Règlement contient des dispositions sur son champ d'application, sur le dépôt de la requête, sur le choix des médiateurs (qui doivent accepter par écrit de se conformer au code de conduite européen), sur ses qualifications et son rôle, sur la conduite du processus, sur la confidentialité...

5.2. Charte des principales entreprises

A l'instar de ce qui a été adopté en France, en Belgique et en Italie (pour les pays méditerranéens), le Comité de notre section examinera la faisabilité d'une telle Charte pour la Suisse, sur le plan fédéral, régional ou cantonal, de concert avec d'autres associations (CSMS, CCIS, Economiesuisse).

5.3. Clauses de médiation

L'insertion de clauses types de médiation, parfois couplées avec celles d'arbitrage, contribuera au développement de la médiation en Suisse. Le devoir de les diffuser, de les faire connaître et d'en expliquer le sens, la portée et l'intérêt est principalement du ressort de la CSMC et des CCIS. Les règlements des CCIS, de la CSMC et d'autres associations en fournissent maints exemples. Il s'agira bien entendu de les faire incorporer dans les contrats par les acteurs économiques et par les avocats. Une large diffusion des clauses types au sein d'Economiesuisse serait judicieuse.

5.4. Petits déjeuners de la médiation

Ils réunissent une fois par mois les médiateurs sur un thème déterminé, avec la participation active de plusieurs membres de la CSMC, section romande, pour l'instant à Genève, Lausanne et Neuchâtel. Ils se tiennent au siège des CCI de ces cantons. Ils sont ouverts à tous, magistrats inclus. Ces manifestations permettent entre autre de tisser de manière informelle et conviviale des liens entre avocats, médiateurs et magistrats, et de débattre du règlement amiable et de ses problèmes dans la pratique.

VI. MEDIA

6.1. TV

La TSR a consacré début 2007 une émission à la médiation à son téléjournal régional, avec un magistrat et une médiatrice.

6.2. Presse

Plusieurs articles et interviews ont eu pour thème la médiation, notamment en octobre 2007¹⁷, dans toutes les régions linguistiques, y compris tout récemment dans un grand journal de Zurich qui avait boudé ce sujet jusqu'à présent !

VII. AUTRES MESURES

7.1. Diffusion des Résolutions et des lignes directrices du CE

La méconnaissance de nos autorités fédérales des résolutions clefs du Conseil de l'Europe en matière de Médiation¹⁸ est significative, pour ce qui concerne l'exercice législatif en cours¹⁹. Alors que l'on peut lire dans le message du Conseil fédéral accompagnant le projet de CPC l'affirmation que "Le règlement à l'amiable a la priorité" (p.20), il n'y est fait nulle part mention de ces textes fondamentaux, dont les

¹⁷ GELZER Philippe, Kolflikte einvernehmlich lösen - Für eine Mediation in der ZPO, *in* NZZ du 29.10.2007; MIRIMANOFF Jean A., Il faut sauver la médiation, *in* Tribune de Genève, du 13.10.2007; MIRIMANOFF Jean A., L'esprit de médiation, *in* Tout l'immobilier, du 8.10.2007.

¹⁸ 1. Recommendation no. R (98) 1 of the Committee of Ministers to member states on family mediation (21 January 1998).

2. Recommendation no. R (99) 19 of the Committee of Ministers to member states concerning mediation in penal matters (15 September 1999).

3. Recommendation Rec (2001) 9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties (5 September 2001).

4. Recommendation Rec(2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters (18 September 2002).

5. Conclusions of the first European Conference of Judges on "Early settlement of disputes and the role of judges" (24-25 November 2003).

6. Consultative Council of European Judges (CCJE) : opinion no. 6 (2004) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) for the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on fair trial within a reasonable time and judge's role in trials taking into account alternative means of dispute settlement.

¹⁹ Voir note 3.

auteurs de la loi genevoise s'étaient inspirés²⁰. Il incombe ainsi tout particulièrement aux membres de notre section de les diffuser, de les faire connaître et d'en expliquer le sens et la portée auprès de leurs autorités cantonales, de leurs collègues et des avocats.

Il en ira de même pour les lignes directrices qu'élabore le groupe de travail sur la médiation (CEPEJ-GT-MED) en matière de médiation civile et familiale, pénale et administrative.

7.2. Articles constitutionnels sur le règlement amiable

Signalons que la Constitution du Canton de Fribourg du 15 mai 2004 a innové en introduisant trois articles sur le règlement amiable (RSFR 10,1) :

- l'art. 27 sur la liberté syndicale dispose : "Les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou par la médiation";
- l'art. 119 sur le Conseil d'Etat dispose : "Le Conseil d'Etat institue, en manière administrative, un organe de médiation indépendant";
- l'art. 120 sur la justice dispose : "La loi peut prévoir des modes de résolution extrajudiciaires des litiges".

Cet intéressant précédent pourrait faire école dans d'autres cantons suisses. En particulier pour les cantons qui, comme Genève, envisagent de convoquer une assemblée constituante. Il incombera aux membres de Gemme-Suisse dans ces cantons d'y être attentifs, et de faire des propositions avec d'autres acteurs concernés le moment approprié .

7.3. Congrès de Gemme (6-7 novembre 2008)

Il contribuera à faire connaître les diverses formes de la médiation, sur le thème "La Médiation au service de la paix", avec trois volets : relations internationales, sociales et commerciales, avec des intervenants de plusieurs continents, et bénéficiant du soutien de la Présidente de la Confédération, dont l'attachement et la fidélité au message de St Nicolas de Flue²¹ finira - espérons-le - par gagner d'autres de ses collègues du Conseil fédéral (Gouvernement suisse).

²⁰ MIRIMANOFF Jean A., L'eurocompatibilité de la loi sur la médiation civile du 28.10.2004, Note à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi genevoise, confrontée aux critères de Strasbourg et de Bruxelles, in : Semaine Judiciaire, n° 5, Vol. II, avril 2005, pp. 125-139, disponible sur notre site www.gemme.ch

²¹ Ermite suisse (1417-1487) ayant, par sa "médiation", lors de la Diète de Stans (1481), évité une guerre civile entre les cantons suisses. Il fut canonisé en 1947. Voir BAUD Philippe, Prier 15 jours avec Nicolas de Flue, Nouvelle Cité, 2002; JOURNET Charles, St Nicolas de Flüe, Ed. La Baconnière, Neuchâtel, 1947.

CONCLUSIONS

Les travaux entrepris au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union Européenne²² permettent de penser que l'on s'achemine vers la construction d'une justice plurielle en Europe. La maîtrise et la généralisation de la négociation raisonnée et coopérative au sein des barreaux européens apportera de grands changements, profitables tant aux personnes physiques qu'aux entreprises.

Ce n'est que lorsque la négociation n'aura pas abouti que l'on se tournera vers la médiation, et / ou la conciliation et / ou toutes autres variantes, et, qu'à défaut on saisira la justice traditionnelle ou un tribunal arbitral. Le règlement amiable sera la règle²³, le règlement imposé l'exception, ou l'alternative.

Nous sommes en Suisse très éloignés de cette perspective, qui peine encore à atteindre le niveau des consciences. Il incombe à l'Université essentiellement de préparer les esprits et les pratiques dans cette période de transition.

Si la médiation s'est établie dans quelques cantons suisses depuis 1990, pour s'étendre lentement et progressivement à d'autres, la médiation n'a - de loin - pas encore acquis ses lettres de noblesse en Suisse. La vive opposition à laquelle elle s'est heurtée à plusieurs reprises devant notre Parlement, à l'occasion déjà lors de la révision du droit du divorce (entré en vigueur début 2000) lors de laquelle elle fut combattue et rejetée, puis tout récemment avec l'enterrement de la médiation pénale et avec la même menace pour la médiation civile, exprime sans doute de nombreuses craintes : peur de la nouveauté, peur de perdre son pouvoir, peur de voir ses revenus diminuer... Etonnante exception, la médiation a été introduite dans la procédure administrative, à l'initiative du Conseiller aux Etats Thomas Pfisterer, ancien juge fédéral²⁴, qui a par ailleurs il y a peu contribué à sauver de justesse et provisoirement la médiation civile à la Chambre haute lors de ses récents débats. Or l'expérience vécue dans d'autres pays européens démontre l'inanité de telles craintes.

Autre explication à la réticence helvétique face à la médiation : le bon fonctionnement de la conciliation judiciaire dans maints cantons suisses qui ne voient pas la nécessité d'ajouter un nouvel outil à la palette des modes déjà en cours. Cette vision sous-estime cependant l'impact de la médiation. Alors que dans la plupart des cas la conciliation consiste encore dans une évaluation juridique du litige, aboutissant à une transaction, la médiation, par ses techniques, va au delà et permet aux parties de construire de manière originale et ouverte leur propre solution, trouvée en dehors de l'objet du litige et fondée sur leurs intérêts, ce qui leur permet du même coup de maintenir ou rétablir leur liens mis à l'épreuve par le litige.

²² Voir note 18; cf. en outre les travaux du CEPEJ et de son GT-MED; de la COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, SEC(2004) 1314.

²³ Dans son message accompagnant le projet de code civil suisse de juin 2005, p. 20, le Conseil fédéral exprime la même idée : "Le règlement amiable a la priorité". Malheureusement, cette conviction n'a pas été entendue par le Parlement, ni rappelée par ledit Conseil lorsque la médiation a été attaquée comme "inutile"...

²⁴ PFISTERER Thomas, Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht ("konferieren statt prozessieren"), in ZSR, Nr. 121 II (2002) 214.

Le combat d'arrière-garde que livrent en Suisse les tenants de la voie imposée - consistant à privilégier systématiquement le combat judiciaire ou l'arbitrage - nuit au pays dans la mesure où il retarde sa compétitivité face aux autres pays européens, sans parler des souffrances humaines, du gaspillage social et du coût pour l'Etat.

Pour rester performante, la Suisse doit effectuer un effort important pour mettre en œuvre le règlement amiable, en commençant par une pratique généralisée de la négociation nouvelle puis par une approche moins frileuse de la médiation, impliquant la collaboration permanente de tous les milieux : magistrature, médiature, barreau, Faculté de droit et chambres de commerce, les associations patronales et les syndicats, ceci à la fois sur le plan des juridictions, des cantons et du pays.

Seule une solide formation à l'Université, voire déjà à l'école²⁵ permettra aux acteurs judiciaires à maîtriser les nouveaux réseaux de la justice plurielle²⁶. L'évolution de notre culture judiciaire passe ainsi par de nombreuses mesures d'accompagnement, dans le secteur public et le secteur privé, sans cesse répétées et renouvelées, impliquant pour chaque acteur, chaque personne et chaque association, trois qualités fondamentales : la ténacité, la ténacité et encore la ténacité, sans doute pendant encore une ou deux décennies.

C'est à ce prix seulement que la Suisse deviendra compétitive en matière de règlement amiable en Europe, en adaptant son effort à la mesure de son ambition de rester une place appréciée du commerce international.

Annexes :

Traduction espagnole de la loi genevoise et du guide pratique sur la médiation civile

²⁵ La médiation scolaire par les pairs, entre élèves, et transmise de volée en volée, avec l'encadrement de médiateurs, permet à la fois de limiter les "incivilités" à l'école et de préparer les futurs adultes à mieux gérer les conflits.

²⁶ 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, avril 2007, p. 21 ss.

« Veillez donc à chercher avant tout la paix »
(St Nicolas de Flue)²⁷

"Le règlement à l'amiable (des conflits) a la priorité"²⁸

²⁷ Lettre aux autorités de Berne, D 209-215, cf. Ph. BAUD, Prier 15 jours avec Nicolas de Flue, Nouvelle Cité, 2002. L'auteur commente : "...il ne peut y avoir d'autre chemin pour travailler à l'édification de la paix que celui qui exige de chacun qu'il commence par le chercher au dedans de soi" (p. 69).

²⁸ Conseil fédéral, Message relatif au CPC du 28 juin 2006, p. 20.