

L'incidence des frais sur le processus de médiation

MÉMOIRE

présenté

par

Axelle Baillargues

sous la direction de la

Prof. Cinthia Lévy

Lausanne, le 13 mai 2024

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ARRETS	IX
TABLE DES ABREVIATIONS	X
INTRODUCTION	1
I. LA MEDIATION	2
A. DEFINITION ET BUT	2
B. CARACTERISTIQUES DE LA MEDIATION	2
1. <i>Le principe de confidentialité</i>	3
2. <i>La neutralité, l'impartialité et l'indépendance</i>	3
3. <i>La médiation volontaire et obligatoire</i>	4
4. <i>La médiation judiciaire et extrajudiciaire</i>	5
5. <i>La ratification des accords de médiation</i>	5
C. CONSTAT ACTUEL SUR L'ENCADREMENT DE LA MEDIATION EN SUISSE.....	6
II. LA REGLEMENTATION DES FRAIS DE LA MEDIATION	6
A. LA SITUATION EN SUISSE	7
1. <i>L'art. 218 al. 1 CPC</i>	7
a) En pratique	8
b) Dans les affaires relatives aux conflits de travail	9
c) Dans les affaires commerciales.....	9
d) Dans les affaires familiales	10
2. <i>L'art. 218 al. 2 CPC</i>	10
3. <i>L'art. 218 al. 3 CPC – Les réglementations cantonales</i>	13
a) Canton de Vaud	13
b) Canton de Genève	16
c) Canton de Fribourg	19
d) Canton de Neuchâtel.....	19
e) Canton du Valais.....	20
f) Canton du Jura	20
B. LA SITUATION EN EUROPE	21
1. <i>En Belgique</i>	21
2. <i>En France</i>	21
3. <i>En Italie</i>	22
C. TENDANCES ET CONSTATS	23
III. LE FINANCEMENT DE LA MEDIATION PAR L'ASSISTANCE JUDICIAIRE	24
A. LES BENEFICES	24
1. <i>Pour les médiateurs</i>	25
a) Un accès supplémentaire à la justice	25
b) Une absence de multiplication des coûts	25
c) Une légitimation de la médiation par son institutionnalisation	27
2. <i>Pour l'État et les cantons</i>	28
a) Une volonté de déjudiciarisation	28
b) Une réduction générale des coûts de la justice	30
c) Un amoindrissement des coûts étatiques dans d'autres domaines.....	32
3. <i>Pour les avocats</i>	33

B.	CRITIQUES ET ENJEUX D'UN FINANCEMENT ETATIQUE.....	33
1.	<i>L'impact sur la confidentialité et l'indépendance du processus</i>	34
2.	<i>L'absence de garanties</i>	35
3.	<i>La dénaturation de la médiation</i>	36
C.	CONSTATS.....	36
IV.	L'INCIDENCE D'UNE MEDIATION PAYANTE PAR LES PARTIES	37
A.	L'AUTONOMIE DES PARTIES.....	37
B.	LA RESPONSABILISATION DU CONFLIT.....	37
C.	L'IMPLICATION DANS LE PROCESSUS.....	38
D.	CONSTATS.....	39
V.	REGLEMENTATION IDEALE CONCERNANT LES FRAIS DE LA MEDIATION	39
VI.	CONCLUSION	41

Bibliographie

Littératures et doctrine

BASTARD Benoit/CARDIA-VONÈCHE Laura, *L'institutionnalisation de l'informel : la mort d'une bonne idée ? L'exemple de la médiation familiale*, in Büchler Andrea/Cottier Michelle (édits), *La pratique du droit de la famille*, Berne 1999, p. 216 ss.

BECKER Martine *et al.*, *Dictionnaire de la Médiation et d'autres modes amiables*, Bruxelles 2019 (cité : BECKER *et al.*, 2019).

BEYELER Martin, *La médiation selon les art. 213 à 218 CPC, ZZZ/PCEF*, 48/2019, p. 292 ss.

BOHNET François/HALDY Jacques/JEANDIN Nicolas/TAPPY Denis, *Code de procédure civile, commentaire romand*, 2^{ème} éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR/E, art. X, N Y).

BOONE Régine/LOUVEAUX Hervé, *La médiation en 2014 : actions pour un bond en avant*, in Battistoni Eric *et al.* (édits), *Une autre justice possible, La médiation dans tous ses états*, Bruxelles 2015, p. 341 ss.

BRUNNER Alexander/GASSER Dominik/SCHWANDER Ivo (édits), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) : Kommentar, Art. 197-408*, 2^{ème} éd., Zürich/St-Gallen 2016 (cité : Komm-ZPO-AUTEUR/E, art. X, N Y).

CHABLOZ Isabelle/DIETSCHY-MARTENET Patricia/HEINZMANN Michel (édits), *Code de procédure civile (CPC)*, Petit commentaire, 1^{ère} éd., Bâle 2021 (cité : PC CPC-AUTEUR/E, art. X, N Y).

CHOFFAT Guillaume, *La médiation dans tous ses états*, *Revue de l'avocat*, 2023, p. 181 ss.

CHRISTIE Nils, *Conflicts as property*, *The British Journal of Criminology*, vol. 17 (1), 1977, p. 1 ss.

CLAVIER Véronique, *De l'aide à la médiation : le nouveau dispositif de prise en charge de la médiation au titre de l'aide juridictionnelle*, in Leborgne Anne (édit.), *La médiation civile : alternative ou étape du procès*, Presse Universitaire d'Aix Marseille 2018, p. 153 ss.

D'URSO Leonardo/CANESSA Romina, *The Italian Mediation law on Civil and Commercial Disputes*, MondoADR, 2017, disponible sous : <<https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/The-Italian-Mediation-Law.pdf>>, consulté le 29 avril 2024.

DELABRE Armelle, *Combien coûte la médiation familiale*, 3 mars 2021, disponible sous : <<https://mediationfamiliale91.fr/cout-meditation-familiale/>>, consulté le 29 avril 2024.

FARINE Elise, *La déjudiciarisation, Désimplification souhaitable de la justice ou risque d'arbitraire*, *Droits*, 1/2015, n°61, p. 185 ss.

FAVRE Nathalie/MUNARI Bruno, *La co-médiation : un outil au service des médiateurs*, in Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édits), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève/Bâle/Zürich 2018, p. 139 ss.

FAYEL Marion, *La médiation familiale payante, Quelle idée !*, Syndicat professionnel des médiateurs (SYME), 20 novembre 2019, disponible sous : <<https://www.syme.eu/articles/47012-la-mediation-familiale-payante-quelle-idee>>, consulté le 28 avril 2024.

GANANCIA Danièle, *Quatrième table ronde : La matière familiale, un terreau fertile pour la médiation obligatoire*, in Blohorn-Brenneur Béatrice/Bacqué Myriam (édits), *Médiation obligatoire ou volontaire, Quelles réformes pour quels enjeux ?*, Acte de colloque, La Rochelle 7-8 Juillet 2017, Paris 2018, p. 109 ss.

GARELLO Pierre, *Économie de la médiation et coût de la justice*, in Leborgne Anne (édit.), *La médiation civile : alternative ou étape du procès*, Presse Universitaire d'Aix Marseille 2018, p. 115 ss.

GUY-ECABERT Christine, *Conciliation ou médiation ? Guider le juge et le justiciable par une analyse des différences entre les processus*, RJN 2011, p. 21 ss (cité : GUY-ECABERT, Conciliation).

GUY-ECABERT Christine, *La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petite histoire d'un pari sur l'indépendance*, PJA, 1/2009, p. 47 ss (cité : GUY-ECABERT, Pari).

JEANDIN Nicolas, *Introduction à la gestion des conflits*, in Mirimanoff Jean/Vignerone-Maggio-Aprile Sandra (édits), *La gestion des conflits, Manuel pour les praticiens*, Collection CEDIDAC, n°78, Lausanne 2008, p. 1 ss.

LÉVY Cinthia, *L'avocat et la médiation – entrez dans la danse*, in Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édits), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève/Bâle/Zürich 2018, p. 121 ss (cité : LÉVY, Avocat).

LÉVY Cinthia, *La confidentialité en médiation*, RSPC 1/2020, p. 87 ss (cité : LÉVY, Confidentialité).

LÉVY Cinthia, *La médiation commerciale en Suisse*, in *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, Acte du colloque européen à Paris des 5 et 6 juin 2014, sous la direction de Blohorn-Brenneur Béatrice/Călin Dragos, GEMME, Paris 2015, p. 211 ss (cité : LÉVY, Médiation commerciale).

LÉVY Cinthia, *Les avantages de la médiation pour l'avocat*, Revue de l'avocat, 11/12 2013, p. 470 ss (cité : LÉVY, Avantages).

LÉVY Cinthia/KIEPE Maya, *Médiation judiciaire : volontaire ou obligatoire ?*, Les articles 213, 214 et 297 al. 2 CPC, art. 307 et 314 CPC, 8 al. 1 LF EEA, Revue de l'avocat 11/12 2020.

LÉVY Cinthia/TILLE Lucrèce, *Comment rendre la médiation rentable pour les avocats*, Plaidoyer 2/17, p. 20 ss.

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques (édits), *Constitution fédérale, commentaire romand*, 1^{ère} éd., Bâle 2021 (cité : CR Cst.-AUTEUR/E, art. X, N Y).

MATTEUCCI Giovanni, *La médiation obligatoire en Italie, La pertinence de la formation*, 2021, disponible sous : <<https://cim-imc.com/la-mediation-obligatoire-en-italie-2021/>>, consulté le 29 avril 2024.

MIRIMANOFF Jean, *La médiation en matière civile et commerciale*, in MIRIMANOFF Jean (édit.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Bâle 2011, p. 5 ss (cité : MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale).

MIRIMANOFF Jean, *Le juge civil comme prescripteur de la médiation*, Justice – Justiz – Giustizia, 2017/2 (cité : MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur).

MIRIMANOFF Jean, *Médiation-s : esquisse générale*, in MIRIMANOFF Jean (édit.), *La médiation dans l'ordre juridique suisse, une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Bâle 2011, p. 65 ss (cité : MIRIMANOFF, Médiation esquisse).

MIRIMANOFF Jean, *Renvoi judiciaire en médiation dans le cadre des articles 213, 214 et 297 CPC et 307 CC et des instruments de la CEPEJ, Réflexions sur la pratique de(s) tribunaux civils de première instance des cantons de la Suisse romande*, RSPC 6/2019, p. 539 ss (cité : MIRIMANOFF, RJM).

MIRIMANOFF Jean/COURVOISIER Francine, *F.A.Q. Médiation*, 2^{ème} éd., Genève 2016.

MONBARON Samuel, *La médiation*, in Bohnet François (édit.), *Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour les praticiens*, Neuchâtel 2010, p. 94 ss.

OBERHAMMER Paul/DOMEJ Tanja/HASS Ulrich (édits), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar*, 3^{ème} éd., Bâle 2021 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR/E, art. X, N Y).

PASTORE Florence/SAMBETH GLASNER Birgit, *La médiation civile dans le Code de procédure civil unifié*, Revue de l'avocat, 8/2010, p. 327 ss.

PRADERVAND-KERNEN Maryse, *Le coût de la médiation civile*, RSPC 5/2018, p. 437 ss.

SALBERG Anne-Catherine, *Médiation de la rupture au lien*, PJA 12/2002, p. 1401 ss (cité : SALBERG : Lien).

SALBERG Anne-Catherine, *Petite histoire de la médiation conventionnelle à Genève (1988-2023)*, in Mirimanoff Jean (édit.), *Genève et la médiation : essor des modes amiables de prévention et de résolution des différends et d'autres approches de pacification sociale*, Genève 2023, chapitre 7, p. 97 ss (cité : SALBERG, Histoire médiation).

SAMBETH GLASNER Birgit, *La médiation commerciale, Quelques exemples tirés de la pratique*, in Hirsch Laurent/Imhoos Christophe (édits), *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Genève/Bâle/Zürich 2018, p. 77 ss (cité : SAMBETH GLASNER, Médiation commerciale).

SPÜHLER Karl/TENCHIO Luca/INFANGER Dominik (édits), *Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar*, 3^{ème} éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR/E, art. X, N Y).

VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *La résolution amiable des différends en matière civile, Interactions entre procédure civile et modes amiables*, in Mirimanoff Jean (édit.), *La résolution amiable des différends en Suisse, Interactions entre procédures traditionnelles et modes consensuels*, Berne 2016, p. 37 ss.

WETTSTEIN Irène, *Le consensus parental, outil de santé publique*, Revue d'information sociale, 18 mars 2024, disponible sous : <<https://www.reiso.org/document/12193>>, consulté le 7 juin 2024.

Documents européens

Parlement européen, Quantifying the cost of not using mediation – a data analysis, PE 453.180, Bruxelles 2010, disponible sous : <<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>>, consulté le 28 avril 2024 (cité : Parlement européen, Cost).

Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), Guide de Médiation pour les avocats, 27 juin 2018, disponible sous : <https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/ACCESS_TO_JUSTICE/ATJ_Guides_recommandations/FR_ATJ_20180627_Guide-to-Mediation-for-Lawyers.pdf>, consulté le 28 avril 2024 (cité : CEPEJ, Guide de médiation).

Conseil de l'Europe/Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), Systèmes judiciaires européens, Rapport d'évaluation de la CEPEJ, Partie 1, Cycle d'évaluation 2020 (donnée 2018), disponible sous : <<https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc056>>, consulté le 29 avril 2024 (cité : Rapport CEPEJ, Rapport 2020).

Commission européenne, Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, 19 avril 2002, COM 2002/0196 final (cité : Livre vert).

Documents fédéraux officiels suisses

Conseil fédéral, Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841 (cité : FF 2006 6841).

Conseil fédéral, Message concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, FF 2014 511 (cité : FF 2014 511).

Documents officiels cantonaux

Grand Conseil de la République et canton de Neuchâtel, Rapport de la commission législative au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi sur la médiation civile et pénale (LMPC), du 23 mars 2023, 19.164, disponible sous : <https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2019/19164_com.pdf>, consulté le 29 avril 2024 (cité : Rapport Neuchâtel).

Secrétariat du Grand Conseil de Genève, Exposé des motifs sur le projet de loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ), PL 12 854, 13 janvier 2021, disponible sous : <<https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL12854.pdf>>, consulté le 29 avril 2024 (cité : Grand Conseil genevois, PL 12 854).

Grand Conseil de la République et canton de Genève, Rapport de la commission judiciaire et de la police chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'État modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) (E 2 05) (Encouragement à la médiation), PL 12854-A, 10 janvier 2023, disponible sous : <<https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL12854A.pdf>>, consulté le 29 avril 2024 (cité : Grand Conseil genevois, PL 12854-A).

Ordre judiciaire vaudois, Rapport annuel de gestion du Tribunal Cantonal 2023, 24 avril 2024 (cité : OJV, Rapport annuel).

Conseil d'État Vaudois, Exposé des motifs et projet de loi modifiant le Code de droit privé judiciaire du 12 janvier 2010 et Rapports du conseil d'État au Grand Conseil sur la motion Raphaël Mahaim et consorts - médiation civile et assistance judiciaire : un couple qui peut faire bon ménage (17_MOT_006) et sur le postulat Nathalie Jaccard et consorts – médiation civile systématique : favoriser les accords plutôt que les longs procès (18_POS_095), Octobre 2022, 21_LEG_177 (cité : Conseil d'État Vaudois, 21_LEG_177).

Grand Conseil Vaudois, Rapport de la commission thématique des affaires juridiques chargée d'examiner l'objet suivant : motion Raphaël Mahaim et consorts - médiation civile et assistance judiciaire : un couple qui peut faire bon ménage RC-MOT(17_MOT_006) (cité : Grand Conseil Vaudois, RC-MOT(17_MOT_006)).

Motion Raphaël Mahaim et consorts - médiation civile et assistance judiciaire : un couple qui peut faire bon ménage (17_MOT_006), séance du 24 octobre 2017 (cité : 17_MOT_006).

Médias

Médiation, prévention et gestion de conflits, Perspective de médiation, *Assistance judiciaire pour la médiation dans le canton de Vaud, Raphaël Mahaim*, disponible sous : <<https://www.youtube.com/watch?v=-1wDFB5oNH4&t=2199s>>, consulté le 29 avril 2024 (cité : Perspective médiation, Vaud).

Médiation, prévention et gestion de conflits, Perspective de médiation, *La médiation un service public ? Loi Médiation à Genève, un changement de paradigme, Yanna Hofer*, disponible sous : <<https://www.youtube.com/watch?v=X4K4qflo7ZQ>>, consulté le 29 avril 2024 (cité : Perspective médiation, Genève).

Médiation, prévention et gestion de conflits, *Perspective de médiation, Nouvelle loi de médiation à Neuchâtel II avec Béatrice Haeny*, disponible sous : <<https://www.youtube.com/watch?v=NaBJb9ggq7s&t=1734s>>, consulté le 5 mai 2024 (cité : Perspective médiation, Neuchâtel).

RTS, Reportage du 19h30, Le canton de Fribourg peine à se faire rembourser l'assistance judiciaire, 15 avril 2023, disponible sous : <<https://www.rts.ch/info/regions/fribourg/13944481-le-canton-de-fribourg-peine-a-se-faire-rembourser-lassistance-judiciaire.html>>, consulté le 29 avril 2024 (cité : RTS, Fribourg).

Divers

Fédération Suisse des Associations de Médiation, Résultat de l'enquête « Médiation Suisse 2008 », Rapport condensé : Faits principaux et analyse, Zurich 2009 (cité : FSM, Enquête 2008).

Fédération Suisse des Associations de Médiation, Utilisation et utilité de la médiation du point de vue des assurances de protection juridique en Suisse, Zurich 2012 (cité : FSM, Enquête Assurance de protection juridique).

Fédération Suisse des Associations de Médiation, Enquêtes médiation Suisse 2014, Jona 2014 (cité : FSM, Enquête 2014).

Chambre de Médiation de l'OAV, Quand conseiller la médiation ? Check-list pour les juges en matière civile et commerciale, disponible sous : <<https://mediation-oav.ch/images/uploaded/file/Check-List-Juge.pdf>>, consulté le 29 avril 2024 (cité : Chambre de Médiation de l'OAV, Check-list juges).

Table des arrêts

Arrêt 2C_462/2011 du 9 mai 2012.

Arrêt 2C_283/2020 du 5 février 2021.

Table des abréviations

ADR	<i>Alternative dispute resolution</i>
AJ	Assistance judiciaire/aide judiciaire/aide juridictionnelle
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
BLV	Base législative vaudoise
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCBE	Conseil des barreaux européens
CDPJ	Code de droit privé judiciaire du 12 janvier 2010, RS/VD 211.02
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CF	Conseil fédéral
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
CHF	Franc(s) suisse(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, RS 220
Consid.	Considérant(s)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CR	Commentaire romand
CSD	Code suisse de déontologie
CSMC	Chambre Suisse de Médiation Commerciale
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
Éd.	Edition
Édit./édits	Editeur/éditeurs
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i>
EUR	Euro(s)
F.A.Q.	Foire aux questions
FF	Feuille fédérale
FSA	Fédération suisse des avocats
FSM	Fédération suisse de médiation
GE	Genève

GEMME	Groupement européen des magistrats pour la médiation
JU	Jura
KUKO	<i>Kurzkomentar</i>
Let.	Lettre(s)
LF-EEA	Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et des Conventions de la Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21 décembre 2007, RS 211.222.32
LiCPC	Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010, RS/JU 271.1
LOJ	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ), RS/GE E 20 5
MARC	Mode amiable de résolution des conflits
Min.	Minute
N	Numéro(s) de paragraphe
Nbp.	Note de bas de page
OAV	Ordre des Avocats vaudois
OJV	Ordre judiciaire vaudois
OMed	Ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale, et pénale pour les mineurs du 6 décembre 2010, RSF 134.11
p.	page(s)
PC	Petit commentaire
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
PJA	Pratique juridique actuelle
PL	Projet de loi
RAD	Résolution amiable des différends
RJM	Renvoi judiciaire en médiation
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RMCA	Règlement sur les médiateurs civils agréés du 22 juin 2010, RS/VD 211.01.4
RS	Recueil systématique suisse
RSF	Recueil systématique fribourgeois
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RTS	Radio télévision suisse
s.	Et suivant(e)
ss	Et suivant(e)s
SYME	Syndicat professionnel des médiateurs
SZZP	<i>Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozessrecht</i>
TF	Tribunal fédéral

UE

VD

VS

ZPO

ZZZ

Union européenne

Vaud

Valais

Zivilprozessordnung

*Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess-
und Zwangsvollstreckungsrecht*

Introduction

Comme le traduit justement l'expression populaire « *l'argent est le nerf de la guerre* », les questions relatives à l'argent gouvernent notre société actuelle. Elles représentent un facteur indéniable d'influence sur nos décisions et actions quotidiennes. Fort de ce constat, le choix du mode de résolutions des litiges auxquels nous sommes confrontés n'échappe pas à cette règle. L'argent a certes une valeur monétaire, mais il véhicule également des valeurs symboliques et psychologiques.

Face à un différend, les cheminements de résolution sont multiples. La voie juridictionnelle semble, en premier lieu, s'imposer, à tout un chacun pour résoudre un litige. Au début du parcours, en cas de difficultés et de besoins, des aides financières juridictionnelles sont proposées pour les justiciables. Ainsi ce soutien permet à tous un accès équitable à la justice. Parallèlement, la voie amiable, plus discrète, permet également de parvenir à une solution. Bien souvent plus adaptée à la majorité des situations, elle est pourtant souvent encore trop peu sollicitée. En effet, un des facteurs réduisant sa popularité repose dans sa difficulté d'accès financier.

Ce travail a pour objectif de faire état de la réglementation actuelle sur les frais de la médiation et leurs incidences sur le processus. Il commencera par une partie introductive qui permettra de définir la médiation et ses caractéristiques (*cf. infra* I.A, I.B.) Il se poursuivra par un panorama de la réglementation du financement du processus (*cf. infra* II). Puis, le cœur du travail examinera, dans un premier temps, les enjeux d'une médiation financée par l'assistance juridictionnelle (*cf. infra* III) et, dans un deuxième temps, les intérêts à conserver une médiation entièrement à la charge des parties (*cf. infra* IV). Finalement, il se conclura par une discussion sur la réglementation idéale à adopter au vu des éléments examinés tout au long de cette analyse (*cf. infra* V).

I. La médiation

A. Définition et but

En Suisse, la médiation fait l'objet d'une réglementation aux art. 213 à 218 du Code de procédure civile (CPC)¹. Néanmoins, aucune définition légale de la médiation n'est proposée par la loi². Elle reste donc une notion indéterminée, c'est pourquoi la doctrine et les associations du milieu ont tâché d'en préciser les contours. Ainsi, nous prenons comme point de départ de ce travail, la définition proposée par la Fédération suisse de la médiation (FSM). Elle définit la médiation comme « *une forme de clarification des conflits guidée par des principes, un processus dans lequel des tiers impartiaux et sans a priori (la médiatrice/le médiateur) soutiennent les personnes concernées à trouver elles-mêmes une solution amiable à leur conflit* »³. Cette définition, pourtant relativement succincte, permet tout de même de saisir le concept général de la médiation. Toutefois, de multiples éléments mériteraient d'y être développés afin de saisir pleinement son sens.

La médiation se présente ainsi tout d'abord comme un mode alternatif, amiable, de résolution et de gestion des conflits. Sa dimension alternative vise l'aspect selon lequel le conflit n'est pas tranché par un juge au sein d'un tribunal⁴. Sa composante amiable, aussi appelée participative, vise quant à elle, l'aptitude et l'autonomie des parties – les médiateurs ou médiés – à construire elles-mêmes la solution à leur conflit⁵. La médiation est volontaire et appelle à la collaboration étroite des parties. Ces dernières vont conférer et négocier sur leurs intérêts afin d'essayer de parvenir à l'aboutissement d'une solution mutuellement satisfaisante au regard de leurs besoins respectifs. Toutefois, la médiation ne se donne pas forcément pour dessein premier d'aboutir à un accord établissant une solution. Le processus vise d'abord la réparation ou l'amélioration de la communication entre les parties, souvent rompue par le différend⁶. En ce sens, la présence d'un médiateur indépendant et neutre favorise la création d'un espace propice au dialogue entre les parties⁷. Le médiateur s'érige comme un facilitateur qui permet de faire naître un espace de confiance fertile pour la co-construction d'une solution⁸. Le processus de médiation implique généralement plusieurs rencontres entre le médiateur et les parties, assistées le cas échéant d'avocats.

B. Caractéristiques de la médiation

Le bon fonctionnement de la médiation est permis par le respect de principes fondateurs. Cette partie du travail se donne ainsi pour but un bref tour d'horizon des principales caractéristiques du processus. Elle vise essentiellement à la mise en lumière des différents aspects pertinents pour saisir pleinement les enjeux relatifs aux frais, cœur du sujet de ce travail.

¹ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272.

² GUY-ECABERT, *Pari*, p. 53.

³ FSM, Définition de la médiation.

⁴ BECKER *et al.*, p. 55 s.

⁵ BECKER *et al.*, p. 56 s. ; MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 1.

⁶ MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 1 ; BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 225 s.

⁷ MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 1 ; LÉVY, Confidentialité, p. 88.

⁸ GUY-ECABERT, *Pari*, p. 52.

1. *Le principe de confidentialité*

Premièrement, le principe de confidentialité s'érige comme la pierre angulaire du processus de médiation⁹. L'art. 216 CPC précise rudimentairement que « *la médiation est confidentielle* ». La disposition ne précise pas pour autant les divers aspects que ce principe recouvre. Un flou découle donc quant à la manière dont celui-ci s'applique en pratique. Ainsi, la doctrine en a, encore une fois, tracé les limites¹⁰.

L'obligation de confidentialité peut s'appréhender de deux perspectives : la confidentialité interne et externe¹¹. D'un point de vue interne, la confidentialité pèse sur les médiateurs et le médiateur. La garantie de ce principe est essentielle car elle crée un espace intime propice aux confidences¹². C'est majoritairement par la mise en place de ce cadre sécurisé que les parties vont se sentir enclines à se dévoiler et à s'ouvrir à l'autre¹³. Selon les mots de l'auteur et médiateur MIRIMANOFF, « *la confidentialité engendre la confiance, et la confiance les confidences* »¹⁴. Cette citation traduit pleinement l'idée que l'assurance d'un espace confidentiel est un catalyseur pour l'échange d'éléments personnels. En outre, ce principe de confidentialité vise également à ce qu'en cas d'échec de la médiation, les propos échangés et la documentation produite au sein des séances ne pourront être utilisés à l'encontre des parties dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure¹⁵. Cette facette de la confidentialité se traduit notamment par quelques dispositions éparses dans l'ordre juridique suisse. En guise d'exemple, l'art. 166 al. 1 let. d CPC prévoit un droit de refus à la collaboration dans le cadre d'une procédure devant un tribunal et l'art. 47 al. 1 let. CPC permet la récusation du médiateur en procédure. La confidentialité externe, quant à elle, s'étend à toutes personnes externes au processus¹⁶. À cet égard, l'autorité judiciaire est particulièrement visée. En ce sens, il existe une réelle imperméabilité entre l'extérieur et le déroulement de la médiation.

2. *La neutralité, l'impartialité et l'indépendance*

La neutralité, l'impartialité et l'indépendance constituent trois éléments supplémentaires qui se rattachent intrinsèquement au processus de médiation. D'abord, la neutralité constitue l'attitude essentielle que doit revêtir le médiateur vis-à-vis du conflit en tant que tel¹⁷. Il doit se comporter de manière détachée et n'émettre aucun jugement personnel quant à son ressenti sur le conflit. Ensuite, comme le mentionnait la définition proposée par la FSM, l'impartialité s'entend à l'égard des participants à la médiation. Cela implique que le médiateur doit traiter les parties sans accorder de préférence à un des médies en lui accordant, par exemple, un temps de parole prolongé ou en lui témoignant une empathie plus prononcée¹⁸. Le terme de « *multipartialité* »

⁹ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332.

¹⁰ LÉVY, Confidentialité, p. 90 et 93 ; MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 83.

¹¹ LÉVY, Confidentialité, p. 91.

¹² PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332.

¹³ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332 ; MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 82 ss.

¹⁴ MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 83 ss.

¹⁵ Art. 216 al. 2 CPC ; GUY-ECABERT, Paris, p. 54.

¹⁶ LÉVY, Confidentialité, p. 91.

¹⁷ PASTORE/GLASNER, p. 53.

¹⁸ CHOFFAT, p. 185.

est régulièrement utilisé dans ce contexte pour exprimer l'équité des parties dans le processus et le fait que le médiateur s'efforce de supporter les médians à parts égales¹⁹.

Contrairement à la neutralité et l'impartialité, l'indépendance est, quant à elle, expressément consacrée à l'art. 216 CPC. Selon le texte légal, « *la médiation est [...] indépendante de l'autorité de conciliation et du tribunal* ». Lors de l'introduction de la médiation dans le CPC en 2011, le législateur prend le parti de confier la médiation à une entité privée extérieure au pouvoir judiciaire²⁰. Le processus se déroule alors en dehors des tribunaux et ne maintient qu'un lien ténu avec l'institution judiciaire. À cet effet, l'art. 214 CPC attribue au juge la compétence de proposer une médiation aux parties en tout temps au cours d'une procédure judiciaire. Le terme de renvoi judiciaire en médiation (RJM) est, d'ailleurs, utilisé pour qualifier les démarches effectuées par le juge pour assurer le passage efficace d'une procédure judiciaire à une médiation²¹. Le lien avec le pouvoir judiciaire apparaît aussi en fin de processus. Lorsque la médiation aboutit entièrement ou partiellement, le juge est compétent pour ratifier l'accord de médiation (art. 217 CPC). Hormis ces deux cas, la médiation est externalisée de la machine judiciaire et le médiateur est indépendant de l'État. Par ailleurs, la notion d'indépendance doit aussi s'entendre en ce sens que le médiateur n'est soumis à aucune pression d'ordre financier, politique, réputationnel ou relationnel. Il mène ainsi ses médiations sans être influencé par quelque forme de contrainte externe.

L'organisation et l'avancée du processus sont conduites par les médians personnellement en vertu du principe de l'autonomie des parties, consacré à l'art. 215 CPC. Les parties sont responsables d'effectuer les actes nécessaires à la mise en place du processus. Elles doivent notamment désigner un médiateur, déterminer l'horaire et le lieu de rencontre ainsi que les modalités accessoires relatives au déroulement des séances²². Ainsi, l'organisation de la médiation est véritablement indépendante de l'organisation judiciaire.

3. *La médiation volontaire et obligatoire*

L'entrée et la sortie du processus en médiation, respectivement l'*opt-in* et l'*opt-out*, font l'objet de différentes approches selon les ordres juridiques. En Suisse, la médiation est volontaire, ce qui implique qu'elle est engagée sur la base d'un consensus mutuel des parties²³. Ainsi, contrairement à l'Italie, le législateur suisse s'est retenu d'imposer un passage obligatoire par une médiation avant l'ouverture d'une procédure judiciaire²⁴.

En application de l'art. 214 CPC, le juge peut conseiller la médiation aux justiciables en tout temps pendant la procédure²⁵. En outre, il dispose par le biais des art. 297 al. 2 CPC et 314 al. 2 CC de la compétence d'« *exhorter* » ainsi que d'« *ordonner* » le recours à la médiation²⁶. Ces deux articles se rapportent à la procédure judiciaire applicable dans le cadre des affaires familiales qui impliquent des enfants. Le juge a alors la faculté de fortement encourager voire essayer de convaincre les parents à s'engager en médiation lorsque le sort des

¹⁹ MIRIMANOFF, *Médiation esquisse*, p. 21 ss ; BECKER *et al.*, p. 346.

²⁰ GUY-ECABERT, *Pari*, p. 53 ; GUY-ECABERT, *Conciliation*, p. 22 s. ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332.

²¹ MIRIMANOFF, *RJM*, p. 541.

²² CR CPC-BOHNET, art. 215, N 4.

²³ BEYELER, p. 297, N 25.

²⁴ GUY-ECABERT, *Pari*, p. 54.

²⁵ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 57.

²⁶ À ce sujet, voir précisément l'article de LÉVY/KIEPE, p. 449 ss.

enfants est en jeu²⁷. Par l'utilisation de ces termes incitatifs relevant presque de l'obligation, il est recherché à ce que la médiation soit utilisée de façon plus récurrente comme complément ou comme remplacement à la procédure judiciaire. Nous observerons ultérieurement que les situations visées reflètent les cas dans lesquels l'État supporte les coûts du processus.

Concernant l'*opt-out* et la poursuite du processus de médiation, l'approche est univoque. Aucune législation ne conditionne la liberté de sortir du processus²⁸. Les parties sont libres de quitter le processus, en tout temps, sans préjudice quelconque à leurs égards.

4. *La médiation judiciaire et extrajudiciaire*

La médiation peut être qualifiée de judiciaire ou d'extrajudiciaire. Dans le cadre de ce travail, il convient de souligner cette distinction car, comme nous l'exposerons par la suite, elle influe directement sur le droit à certaines dispenses financières étatiques.

La médiation judiciaire désigne celle qui est engagée parallèlement au déroulement d'une procédure judiciaire au fond ou en remplacement d'une conciliation²⁹. Elle se définit, notamment en outre, par le fait qu'elle ait été entamée à la suite d'une recommandation du juge selon l'art. 214 al. 1 CPC³⁰. La médiation extrajudiciaire, quant à elle, se déroule volontairement, à l'initiative des parties, sans que le juge ne soit intervenu dans la prise de décision d'y avoir recours³¹. Elle peut alors être entamée en amont ou en aval d'une procédure judiciaire³². Dans ce dernier cas, la médiation vise, par hypothèse, à régler des aspects du litige qui n'ont pas pu être traités par le tribunal. Les parties peuvent aussi s'engager dans un processus de médiation pour discuter de la mise en œuvre d'une décision judiciaire en incluant, le cas échéant, des faits nouveaux survenus postérieurement au jugement³³. En outre, une médiation est toujours caractérisée d'extrajudiciaire lorsqu'elle a débuté à la seule initiative des parties bien qu'une procédure judiciaire soit parallèlement en cours³⁴.

Les art. 213 à 218 CPC ne trouvent pas automatiquement application lors des médiations extrajudiciaires³⁵. Les parties sont libres de déterminer les modalités de déroulement de leur processus dans un contrat de médiation. Elles doivent donc expressément prévoir les clauses auxquelles elles souhaitent se soumettre lors de leur processus.

5. *La ratification des accords de médiation*

Lorsqu'au cours des séances de médiation, les parties arrivent à se mettre d'accord sur certains points, elles rédigent un accord de médiation³⁶. Si la médiation est judiciaire, les parties ont la faculté d'en demander la ratification par le juge en vertu de l'art. 217 CPC. Cette procédure permet à l'accord d'acquiescer les effets d'une décision entrée en force et d'être exécutoire. Lors

²⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 297, N 10.

²⁸ LÉVY/KIEPE, p. 448 ; LÉVY, Avocat, p. 122 s.

²⁹ PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, Intro aux art. 213-218, N 12.

³⁰ LÉVY/KIEPE, p. 446 ; MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 74.

³¹ LÉVY/KIEPE, p. 446.

³² LÉVY/KIEPE, p. 446.

³³ LÉVY/KIEPE, p. 446.

³⁴ LÉVY/KIEPE, p. 446.

³⁵ PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, Intro aux art. 213-218, N 13.

³⁶ BEYELER, p. 340, N 300.

de son examen, le juge a un pouvoir de cognition qui se limite à la vérification du respect du droit impératif et des normes publiques³⁷. Il s'assure que le contenu de l'accord n'est pas illicite, impossible ou contraire aux mœurs. Le regard de l'autorité compétente est donc éminemment légal, ce qui se justifie par le respect des principes de confidentialité ainsi que d'indépendance³⁸.

En médiation extrajudiciaire, une ratification n'est pas expressément prévue en vertu du CPC³⁹. En effet, les parties peuvent procéder à une demande de ratification uniquement lorsqu'une cause est pendante⁴⁰. Toutefois, elles peuvent déposer une demande de procédure de conciliation ou ouvrir action au fond dans le but de répondre à cette condition. Si les parties ne procèdent à aucune ratification de leur accord, il a force d'un contrat⁴¹.

C. Constat actuel sur l'encadrement de la médiation en Suisse

À ce stade, un constat général peut être tiré sur l'approche suisse du processus de médiation : brièveté et retenue. L'introduction en 2011 de la médiation dans le CPC a été une première innovation qui lui a permis de se frayer une place concrète au côté de la procédure judiciaire⁴². Néanmoins, les art. 213 à 218 CPC font état d'une réglementation insuffisante. Il est dommage de constater que les autorités suisses en ont pourtant effectivement conscience. Elles affirment que les dispositions sur le processus sont « *rudimentaire[s]* »⁴³ et que la médiation n'est pas réglée « *de manière détaillée et exhaustive* »⁴⁴. La faiblesse d'encadrement se reflète dans l'absence de précision et de détail sur de nombreux aspects⁴⁵, tels que la médiation extrajudiciaire ou l'étendue de la confidentialité. Selon nous, la médiation mériterait effectivement de profiter d'une législation plus claire et abondante.

II. La réglementation des frais de la médiation

Cette deuxième partie du travail se focalise sur la réglementation du financement de la médiation. Le chapitre débute par un tour d'horizon de la législation en vigueur au niveau fédéral suisse, puis cantonal. À titre de comparaison, les systèmes de nos homologues belges, français et italiens seront exposés. Tout au long de ce chapitre, nous questionnerons la pertinence de l'approche choisie et l'incidence qu'elle a sur l'engagement en médiation.

³⁷ PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 217, N 2 s. ; BEYELER, p. 346, N 338.

³⁸ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332 ; BEYELER, p. 331, N 249 s. ; GUY-ECABERT, Conciliation, p. 32 s.

³⁹ BECKER *et al.*, p. 450 s. ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, Intro aux art. 213-218, N 14.

⁴⁰ PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, Intro aux art. 213-218, N 14 ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 217, N 3.

⁴¹ MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 93 s.

⁴² FF 2006 6841, p. 6852.

⁴³ FF 2006 6841, p. 6943.

⁴⁴ FF 2006 6841, p. 6861.

⁴⁵ MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 85 ; LÉVY, Médiation commerciale, p. 213 s.

A. La situation en Suisse

En Suisse, le siège de la matière concernant les frais de la médiation se trouve à l'art. 218 CPC. La disposition pose un principe général à son al. 1, avant de détailler deux exceptions à ses al. 2 et 3. Il convient de rappeler que ces règles s'appliquent uniquement aux médiations judiciaires⁴⁶.

1. L'art. 218 al. 1 CPC

L'art. 218 al. 1 CPC consacre le principe selon lequel « *les frais de la médiation sont à la charge des parties* ». Il en découle qu'il n'existe donc pas de droit à une médiation gratuite⁴⁷. Les frais de la médiation, en leur dénomination générale, se divisent en plusieurs postes à hauteur tarifaire variable selon les circonstances.

Les frais d'une médiation se composent principalement des honoraires et des débours du médiateur⁴⁸ ainsi que de divers frais accessoires. Premièrement, les honoraires, au même titre qu'un avocat, sont établis en fonction de la personne désignée et de la région d'exercice⁴⁹. Selon la FSM, 70% des médiateurs facturent des honoraires situés entre CHF 101.- et 250.- par heure⁵⁰. Ce tarif oscille en fonction, notamment, de la complexité de l'affaire, de la valeur litigieuse ou encore parfois des moyens financiers des parties⁵¹. Le montant à déboursier à titre d'honoraires dépend naturellement de la durée de sollicitation du médiateur. Le temps nécessaire par médiation s'appréhende et s'adapte au fil du temps en fonction des besoins des participants. La collaboration et l'investissement des parties au cours des discussions sont des facteurs qui affectent également la durée du processus⁵². Un processus de médiation se compose de différentes rencontres, à intervalles plus ou moins régulières. Les séances s'étendent généralement sur une à deux heures voire parfois sur une demi-journée. En outre, il est estimé qu'une majorité des médiations nécessitent entre une et cinq séances⁵³. En effet, seules 2% des médiations se poursuivent sur plus de quinze séances⁵⁴. Habituellement, pris dans son intégrité, un processus s'étend sur deux à trois mois⁵⁵. De ces informations, il en découle que la rémunération du médiateur pour un processus complet coûte aux parties un montant avoisinant CHF 1'115.-⁵⁶. De surcroît, bien qu'il s'agisse d'une minorité, certains médiateurs travaillent en co-médiation, c'est-à-dire, à plusieurs (généralement deux)⁵⁷. Dans ce cas, le montant de la rémunération peut être alors plus élevé⁵⁸.

⁴⁶ PRADERVAND-KERNEN, p. 441.

⁴⁷ BEYELER, p. 349, N 356 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 3 ; FF 2006 6841, p. 6945.

⁴⁸ MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 9.A.

⁴⁹ PRADERVAND-KERNEN, p. 441.

⁵⁰ FSM, Enquête 2014, p. 19.

⁵¹ PRADERVAND-KERNEN, p. 442 ; MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 9.A.

⁵² KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, art. 218, N 4.

⁵³ FSM, Enquête 2014, p. 6.

⁵⁴ FSM, Enquête 2014, p. 6.

⁵⁵ FSM, Enquête 2014, p. 7 ; MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 8.

⁵⁶ FSM, Enquête 2008, rapport condensé, p. 2 ; MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 39. Il convient toutefois de noter que ces chiffres datent de quelques années. Actuellement, le coût d'une médiation est plus élevé.

⁵⁷ BECKER *et al.*, p. 120 ; FSM, Enquête 2008, rapport détaillé, p. 15.

⁵⁸ FAVRE/MUNARI, p. 141.

Deuxièmement, divers autres débours sont engendrés par le déroulement du processus. Par exemple, il peut s'agir de frais de location d'une salle, de déplacement du médiateur ou encore des coûts liés à la présence d'un interprète⁵⁹. En sus, peuvent s'additionner des dépenses relatives à l'intervention d'un expert procédant à un contrôle d'équité de la solution adoptée⁶⁰ ou d'un tiers fournissant un avis sur l'accord final⁶¹. Enfin, l'émolument de justice couvrant la ratification de l'accord d'une médiation par le tribunal est aussi à prendre en considération dans le calcul global des frais⁶².

À ces différents postes, s'additionnent en outre, les honoraires des avocats. En médiation, leur présence n'est pas indispensable et ce choix reste à la discrétion des parties. L'autonomie des parties permet aux médiateurs de décider librement du moment de la présence de l'avocat dans le processus. Les conseils peuvent, par exemple, intervenir en amont du processus, afin de désamorcer les enjeux du conflit et permettre aux parties d'appréhender plus sereinement le déroulement des séances⁶³. La présence des avocats peut également se traduire par un soutien émotionnel et psychologique des parties durant les rencontres plénières⁶⁴. Bien que les conseils puissent ajouter une vraie plus-value au déroulement du processus, en pratique, leur présence n'est que sporadique. Il y a une dizaine d'années, les avocats portaient un intérêt plutôt méfiant à la médiation et doutaient quant à l'effectivité du processus en soi⁶⁵. Aujourd'hui, si l'état d'esprit des conseils a fortement évolué, quelques-uns restent encore sceptiques sur la pertinence du processus et l'utilité de la présence des avocats au cours de la médiation⁶⁶. Nous pouvons en déduire que leurs peurs et leurs préoccupations traduisent encore peut-être d'une certaine méconnaissance du sujet⁶⁷.

a) En pratique

En médiation, le financement de ces frais par les médiateurs s'érige comme la contrepartie à leur autonomie dans l'organisation et le déroulement du processus⁶⁸. L'art. 218 al. 1 CPC ne spécifie cependant pas comment la répartition entre les parties doit s'opérer. Ces dernières sont donc libres de s'entendre sur ce point. Cette liberté rencontre néanmoins une limite dans le respect des normes de la partie générale du CO (art. 20, 21, 23 ss, 28 et 29 CO)⁶⁹.

La répartition des frais a tendance à varier en fonction de la nature des conflits (*cf. infra* b), c) et d)). En pratique, les parties divisent les frais de par moitié. Cette répartition favorise un équilibre des forces lors des séances de médiation. En effet, il est imaginable que dans le cas où le financement du processus ne se fait pas à parts égales, la partie qui aurait contribué à plus haute teneur, exerce un certain pouvoir et une pression lors des discussions⁷⁰. Inconsciemment,

⁵⁹ BECKER *et al.*, p. 170.

⁶⁰ Komm-ZPO-SCHÜTZ, art. 218, N 40.

⁶¹ PRADERVAND-KERNEN, p. 449.

⁶² BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 7 ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 5.

⁶³ LÉVY, Avocat, p. 128.

⁶⁴ CEPEJ, Guide de médiation, p. 7 et 9.

⁶⁵ LÉVY, Avantages, p. 474.

⁶⁶ LÉVY, Avocat, p. 123.

⁶⁷ LÉVY, Avantages, p. 474 ; JEANDIN, p. 3 s.

⁶⁸ BEYELER, p. 349, N 362 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 441 ; CR CPC-BOHNET, art. 218, N 3.

⁶⁹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO), RS 220 ; CR CPC-BOHNET, art. 218, N 3.

⁷⁰ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 4.

la partie ayant contribué dans une moindre mesure pourrait se sentir dans une situation d'infériorité et adhérer à des propositions qui ne relèvent pas de son libre choix. Par ailleurs, il est préconisé de régler la question de la répartition des frais en début de procédé afin d'éviter qu'une mésentente sur ce point fasse échouer, après tout, l'accord⁷¹. Si les parties omettent de régler cet objet ou ne parviennent pas à s'entendre à ce sujet, les règles ordinaires du mandat, en particulier l'art. 403 al. 1 CO, trouvent application⁷².

Nous remarquons en outre qu'en pratique, les parties peuvent également être couvertes par des assurances de protection juridique. Dès le début des années 2000, ces assurances ont été enclines à prendre sous leur couvert les frais de médiation⁷³. Dans cette hypothèse, les observations exprimées au long de ce travail quant à l'influence d'un financement de la médiation par un tiers, en la figure de l'État, sont applicables de manière analogue au financement effectué par une assurance juridique.

b) Dans les affaires relatives aux conflits de travail

Les médiations intervenant dans le cadre de conflits au travail dérogent particulièrement au principe d'une répartition des frais à parts égales. En effet, en pratique, il est habituel que les employeurs contribuent dans une plus large mesure que les employés, voire entièrement aux coûts de la médiation⁷⁴. Ce sont également généralement les employeurs qui prennent les mesures nécessaires au déroulement du processus⁷⁵.

Dans ce contexte, il convient de mentionner la décision 2C_462/2011 rendue par le TF en 2012. Dans cet arrêt, la Haute Cour suisse interprète le devoir de protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO) en ce sens qu'il s'étend à la présence, dans l'entreprise, d'une structure efficace pour la gestion des conflits⁷⁶. Les employeurs se doivent alors de désigner une personne de confiance, externe à la hiérarchie, à laquelle tout un chacun peut s'adresser en cas de besoin. La notion de personne de confiance, bien que ce ne soit pas toujours le cas, vise généralement un médiateur. Par cet intermédiaire, un processus de médiation va plus fréquemment être entamé pour résoudre le conflit. De cette façon, une solution pérenne et à l'amiable est favorisée à défaut d'une procédure judiciaire souvent préjudiciable pour les deux parties.

c) Dans les affaires commerciales

La médiation commerciale, quant à elle, se plie relativement strictement au principe de la répartition classique des frais à parts égales. Elle prend le plus souvent la forme d'une médiation de négociation⁷⁷. Sa particularité réside dans le fait qu'elle peut se dérouler de manière autonome ou sous l'égide d'une institution⁷⁸. Dans ce cadre, additionnellement aux honoraires, souvent plus élevés, des avocats et du médiateur, peuvent s'ajouter les frais de mise en œuvre du processus par l'institution. En comparaison avec les habituelles procédures arbitrales ou

⁷¹ PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 3 ; BEYELER, p. 350, N 364.

⁷² CR CPC-BOHNET, art. 218, N 4.

⁷³ FSM, Enquête Assurance de protection juridique, p. 3 et 5.

⁷⁴ FSM, Enquête 2014, p. 9 et 19.

⁷⁵ FSM, Enquête 2014, p. 3.

⁷⁶ TF, 2C_462/2011, consid. 4.2 ss.

⁷⁷ SAMBETH GLASNER, Médiation commerciale, p. 77.

⁷⁸ MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 99.

judiciaires, ce type de médiation présente, l'avantage d'être rapidement résolu ce qui permet de contenir les coûts⁷⁹.

d) Dans les affaires familiales

En matière familiale, la pratique suit également essentiellement le principe d'une clé de répartition égale. Il est parfois suggéré, pour plus d'équité, de diviser les coûts du processus en fonction des capacités financières de chacune des parties⁸⁰. Cette approche est aussi intéressante car elle s'adapte à la réalité économique respective des médiés. Il en résulte néanmoins que, comme relevé, cette répartition inégale risque de se traduire par un déséquilibre lors des discussions. Toutefois, lors des conflits familiaux, la question des frais est sensiblement axée autour de l'éventuelle application de l'art. 218 al. 2 CPC.

2. L'art. 218 al. 2 CPC

L'art. 218 al. 2 CPC constitue la première exception au principe général posé par l'al. 1. Il prévoit que « *dans les affaires concernant le droit des enfants, les parties ont le droit à la gratuité de la médiation [lorsqu'] elles ne disposent pas des moyens nécessaires (let. a) et [que] le tribunal recommande le recours à la médiation (let. b)* ». Il découle de cette disposition trois conditions à distinguer et à remplir cumulativement pour bénéficier de cette dispense.

En premier lieu, le législateur a fait le choix de réserver un traitement différencié aux affaires concernant le droit des enfants. Cette notion s'interprète largement et comprend notamment dans son champ d'application des aspects relatifs à la garde ou à l'entretien des enfants⁸¹. Cette réglementation se justifie à l'aune de la réalité selon laquelle la procédure judiciaire n'offre pas des solutions adéquates, satisfaisantes et durables pour résoudre de telles situations⁸². Un besoin d'approcher autrement ces conflits au caractère sensible s'est donc fait ressentir. L'entente entre les parents et la préservation du dialogue sont essentielles pour le bien-être de l'enfant ainsi que pour son développement au sein d'un environnement stable⁸³. Le rétablissement de la communication est souvent indispensable pour faciliter ensuite la recherche d'une solution au conflit⁸⁴. D'une telle façon, l'escalade du conflit s'en trouve également limitée⁸⁵. Dans ce contexte, le CF reconnaît que « *les solutions transactionnelles sont plus durables [...] du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir* »⁸⁶. En effet, en procédure judiciaire, l'entente *a priori* sur les aspects purement juridiques n'apaise pas nécessairement les blessures profondes et intérieures causées par le différend. Le tribunal s'occupe de trancher la partie visible du différend ; le litige qui s'intéresse éminemment aux conclusions juridiques des parties⁸⁷. Le processus de médiation, quant à lui, se penche, en outre, à des aspects plus viscéraux tels que les sentiments et les intérêts qui fondent les positions

⁷⁹ MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 8.

⁸⁰ PRADERVAND-KERNEN, p. 442 ; MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 9.A.

⁸¹ BEYELER, p. 352, N 373 ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 10.

⁸² CR CPC-JEANDIN, art. 297, N 9 ; Perspective médiation, Neuchâtel (dès 10^{ème} min).

⁸³ FF 2006 6841, p. 6945 ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 10 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 9.

⁸⁴ MONBARON, p. 96.

⁸⁵ PRADERVAND-KERNEN, p. 443.

⁸⁶ FF 2006 6841, p. 6860.

⁸⁷ MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 2.

défendues par les parties en justice⁸⁸. Une résolution par la médiation permet de mêler au sein d'un même espace des aspects juridiques et d'autres plus émotionnels, souvent emboîtés voire interpénétrés. Les émotions sont éminemment considérées comme incompatibles avec une résolution par l'application des lois au sein des tribunaux⁸⁹. C'est pourtant spécifiquement l'intégration d'aspects plus émotionnels, sans cesse refoulés dans le monde juridique, qui fait notamment la plus-value d'une résolution par la médiation. Le processus amiable permet de s'extirper des limites strictes de la procédure judiciaire et d'aborder des éléments non juridiques intrinsèquement liés au conflit⁹⁰.

En deuxième lieu, la condition relative au manque de moyen financier est liée à la notion d'indigence. Ce terme se rapporte à l'assistance judiciaire (AJ) des art. 117 ss CPC. Dans le contexte de l'art. 218 al. 2 CPC, les dispositions ordinaires et la jurisprudence relative à l'AJ sont applicables par analogie pour déterminer si les parties disposent des moyens nécessaires⁹¹. L'assistance judiciaire ou l'aide juridictionnelle est une garantie générale de procédure consacrée par l'art. 29 al. 3 de la Constitution fédérale suisse (Cst.) et l'art. 6 CEDH⁹². Elle consiste en une aide financière étatique, sous forme d'avance, visant à la couverture des frais judiciaires et des honoraires des avocats des personnes ne disposant pas de moyens économiques suffisants. L'institution permet de faire bénéficier ces personnes d'un accès équitable à la justice sans qu'elles s'en trouvent empêchées par manque d'argent. La condition d'indigence est remplie lorsque ces personnes seraient contraintes d'entamer leur minimum vital pour subvenir aux coûts de la justice⁹³. Cette aide est un droit fondamental individuel qui est octroyée indépendamment du fait que les autres parties à la procédure la requièrent⁹⁴. La partie qui souhaite avoir accès à ce soutien financier, doit en faire la demande auprès de l'autorité compétente et fournir les documents nécessaires à l'établissement de sa situation économique. Une étroite collaboration des demandeurs est alors attendue sur ce point⁹⁵.

Enfin, en troisième lieu, la dernière condition à remplir pour bénéficier de la gratuité, réside dans le fait que le tribunal doit « *recommande[r] le recours à la médiation* ». L'autorité judiciaire procède alors à une analyse *prima facie* pour déterminer si le cas se prête à une résolution par la médiation⁹⁶. À cet égard, la Chambre de Médiation de l'OAV, a établi une feuille de route pour guider les juges dans l'identification de tels conflits⁹⁷. Il est opportun d'envoyer les parties en médiation lorsque, par exemple, le tribunal s'aperçoit qu'au-delà des prétentions juridiques le conflit a une forte composante émotionnelle et relationnelle. Dans ce cas, il les incite à prendre, de manière autonome, les mesures pour engager le processus. *A fortiori*, dans les cas où les parties sont encouragées avec insistance à aller en médiation en vertu des art. 297 al. 2 CPC et 314 al. 2 CC, l'exigence de recommandation par le tribunal est dûment remplie⁹⁸. Nous soulignons ici la corroboration entre les situations où la gratuité est

⁸⁸ MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 2.

⁸⁹ GUY-ECABERT, Pari, p. 48 s.

⁹⁰ SALBERG, Lien, p. 1406.

⁹¹ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 11 ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 12.

⁹² CR Cst.-DANG/SON NGUYEN, art. 29, N 4.

⁹³ CR Cst.-DANG/SON NGUYEN, art. 29, N 200 ss ; PRADERVAND-KERNEN, p. 444.

⁹⁴ BEYELER, p. 353, N 382 ; Komm-ZPO-SCHÜTZ, art. 218, N 37 s.

⁹⁵ PC CPC-COLOMBINI, art. 119, N 6 ss.

⁹⁶ CR CPC-BOHNET, art. 218, N 11 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 445.

⁹⁷ Chambre de Médiation de l'OAV, Check-list juges.

⁹⁸ BEYELER, p. 353, N 384 ; CR CPC-BOHNET, art. 218, N 10.

prévue et les situations dans lesquelles le juge pousse les parties à avoir recours à la médiation⁹⁹. De surcroît, la condition de l'art. 218 al. 2 let. b CPC est remplie lorsque les parties indigentes demandent de leur plein gré d'avoir recours à une médiation¹⁰⁰. Pour des raisons d'indépendance toutefois, la recommandation du juge porte sur le processus en lui-même mais n'inclut *a priori* pas la désignation du médiateur, cet aspect relevant de l'autonomie des parties¹⁰¹.

Lorsque les trois conditions de l'art. 218 al. 2 CPC sont réunies, les frais de médiation sont pris en charge par l'État. Cette disposition permet ainsi que le paiement des frais ne soit pas dilatoire dans les cas où les droits des enfants sont touchés¹⁰². Toutefois, l'aide étatique couvre uniquement les honoraires et débours du médiateur à défaut de ceux des éventuels avocats¹⁰³. Une telle interprétation de l'étendue de la gratuité laisse néanmoins la liberté pour les parties de recourir à l'assistance judiciaire classique pour couvrir les frais de leurs conseils¹⁰⁴. Il convient de préciser que, lorsque l'État prend à sa charge la médiation, le recours à un médiateur agréé peut être imposé¹⁰⁵. En outre, dans ces cas, les cantons sont libres d'établir le tarif de leurs honoraires¹⁰⁶.

Par ailleurs, lorsque le litige intègre, en sus d'aspects relatifs aux enfants, d'autres objets tels que la réglementation de la relation entre les époux, la gratuité doit s'étendre à l'ensemble de la médiation¹⁰⁷. Cela permet de ne pas contraindre les parties à se rendre ultimement devant le juge pour régler les aspects qui ne touchent pas aux droits des enfants¹⁰⁸. Cette interprétation, appréciable en termes d'économie de procédure, appuie sur l'importance d'appréhender le différend dans sa globalité.

Toutefois, la doctrine n'est pas unanime quant à l'interprétation de la notion de « *gratuité* » utilisée dans la loi. Quelques auteurs soutiennent que ces frais engagés par l'État devraient être remboursés par les parties lorsqu'elles reviennent à meilleure fortune¹⁰⁹. Dans ce cadre, cette notion de gratuité serait assimilée à un mécanisme semblable à l'AJ. Toutefois, en pratique, et suivant l'avis du professeur BOHNET, la gratuité s'entend effectivement dans un sens commun. Les parties sont épargnées de tout remboursement ultérieur¹¹⁰. L'État prend alors effectivement à sa charge ces frais et n'entame aucune procédure pour se voir rembourser ces sommes.

⁹⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 297, N 11.

¹⁰⁰ PRADERVAND-KERNEN, p. 445.

¹⁰¹ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 13a.

¹⁰² FF 2014 511, p. 565 ; CR CPC-BOHNET, art. 218, N 5.

¹⁰³ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 7.

¹⁰⁴ Conseil d'État vaudois, 21_LEG_177, p. 6.

¹⁰⁵ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 13a ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 7.

¹⁰⁶ PRADERVAND-KERNEN, p. 448.

¹⁰⁷ BEYELER, p. 352, N 378 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 449.

¹⁰⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 297, N 13 ; PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 11 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 449.

¹⁰⁹ KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, art. 218, N 18 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 443.

¹¹⁰ CR CPC-BOHNET, art. 218, N 7.

3. L'art. 218 al. 3 CPC – Les réglementations cantonales

L'art. 218 al. 3 CPC pose comme deuxième exception que « *le droit cantonal peut prévoir des dispenses de frais supplémentaires* ». La loi attribue une compétence résiduelle aux cantons pour élargir le droit à un allègement financier. Par conséquent, la gratuité de l'art. 218 al. 2 CPC s'entend comme un minimum¹¹¹. Cette section du travail permet d'avoir un panorama sur l'utilisation de cette compétence dans les cantons romands. Pour structurer cette partie, nous mettrons en particulier la lumière sur les diverses formes d'allègement financier prévues ; la distinction faite - le cas échéant - entre médiation judiciaire et extrajudiciaire ainsi que les éventuelles cautèles utilisées pour limiter les dérives.

a) Canton de Vaud

Depuis mars 2024, le canton de Vaud a fait usage de sa compétence en élargissant les cas de dispenses de frais de médiation à d'autres domaines que celui des enfants. Ce changement est la conséquence de l'aboutissement d'une motion déposée en 2017 par le Conseiller d'État vaudois Raphaël MAHAIM intitulée : « *Médiation civile et assistance judiciaire : un couple qui peut faire bon ménage* »¹¹².

Le but principal de cette motion vise à étendre le champ d'application de l'assistance judiciaire aux frais de la médiation. De la sorte, il est recherché à encourager plus systématiquement les parties à opter pour la médiation comme mode de résolution des conflits sans pour autant que le facteur financier en soit un frein. Par ailleurs, cette motion s'inscrit parfaitement dans la volonté générale de la Confédération et des cantons visant à promouvoir la médiation et à décharger les tribunaux¹¹³.

Le projet a germé dans la tête du député politique face au constat de l'inégalité de traitement existant dans l'accès aux procédures judiciaires et non judiciaires de résolution des conflits. À cet égard, la motion vise à rétablir ce déséquilibre dans le choix des différentes voies qui s'offrent aux justiciables. Lors de l'examen de la motion, il est relevée l'« *incohérence à soutenir des justiciables avec peu ou pas de moyens dans le cadre d'une procédure, mais pas dans le cadre d'une médiation* »¹¹⁴. Le député politique déplore à cet égard que « *l'exclusion de la médiation de l'AJ tend à un effet contre incitatif : la médiation est moins souvent tentée [...]* »¹¹⁵. Les justiciables qui souhaiteraient procéder à une médiation pour résoudre leur conflit en sont alors découragés et empêchés pour cause d'insuffisance financière. Les parties sont alors naturellement poussées à ouvrir action devant un tribunal. De plus, en empruntant la voie usuelle, les parties qui remplissent les conditions légales des art. 117 CPC pourraient déposer une demande d'assistance judiciaire. De la sorte, l'État se chargerait momentanément de couvrir leurs frais de justice.

De surcroît, en pratique, les autorités vaudoises démontrent une certaine souplesse et clémence dans l'octroi de l'AJ¹¹⁶. Il est relativement rare que l'AJ soit refusée lorsque les parties en font

¹¹¹ FF 2006 6841, p. 6946.

¹¹² Motion Raphaël Mahaim et consorts - *Médiation civile et assistance judiciaire : un couple qui peut faire bon ménage* (17_MOT_006) (ci-après : 17_MOT_006).

¹¹³ FF 2006 6841, p. 6860.

¹¹⁴ Grand Conseil vaudois, RC-MOT (17_MOT_006), p. 2.

¹¹⁵ 17_MOT_006, p. 1.

¹¹⁶ 17_MOT_006, p. 1.

la demande. Nous précisons encore que, les demandes d'assistance judiciaire sont déposées dans plus de 70% des cas en droit de la famille¹¹⁷. Il est donc regrettable que seules les affaires qui impliquent les droits des enfants puissent bénéficier de la gratuité d'une médiation. Lors du divorce d'époux sans enfant, les parties sont potentiellement contraintes d'agir au tribunal pour des raisons budgétaires alors même qu'une médiation serait désirée. Le paiement d'une médiation a un effet rédhibitoire qui ferme la porte aux parties à la construction d'une solution pérenne et rapide par le biais du dialogue.

À la suite du dépôt de la motion, une nouvelle base légale du Code de droit privé judiciaire vaudois (CDPJ) a été élaborée¹¹⁸. Le nouvel article a la teneur suivante :

Art. 39c CDPJ - Médiation civile

1. *Lorsque les parties procèdent à une médiation au sens des articles 213 et suivants CPC, le juge peut, sur requête, leur octroyer l'assistance judiciaire pour les frais de la médiation aux conditions suivantes :*
 - a. *Les parties recourent à un médiateur agréé au sens de l'article 40 ;*
 - b. *Les conditions posées par l'article 117 CPC, applicable par analogie, sont remplies par la partie requérant l'assistance judiciaire.*
2. *La requête d'assistance judiciaire peut être déposée en début ou en cours de médiation.*
3. *L'assistance judiciaire ne s'étend en principe qu'aux frais du médiateur. Le juge peut l'étendre à d'autres frais s'il l'estime nécessaire.*
4. *L'assistance judiciaire est octroyée pour une durée fixée par le juge, mais au maximum pour un total de dix heures de médiation par situation. Le juge peut prolonger cette durée sur requête s'il estime, sur la base d'un rapport du médiateur, que la procédure de médiation peut aboutir à brève échéance.*
5. *L'article 123 CPC est applicable au remboursement de l'assistance judiciaire octroyée par la médiation.*

Plusieurs éléments de la disposition sont à mettre en lumière.

D'abord, l'art. 39c al. 1 let. a CDPJ ouvre la porte à l'assistance judiciaire en médiation pour tout type d'affaires civiles lorsque les parties la requièrent. Ainsi l'allègement financier n'est pas limité aux affaires traitant du droit des enfants comme c'est le cas au niveau fédéral. Cet élargissement du champ d'application des litiges couverts agit déjà comme un encouragement à avoir recours à la médiation pour les parties.

Ensuite, pour bénéficier de l'AJ, les parties doivent remplir les conditions de l'art. 117 CPC, applicable par analogie. Elles doivent donc prouver qu'elles ne disposent pas des ressources nécessaires et, en outre, que leur cause n'est pas dépourvue de succès. L'article se différencie alors notamment de la gratuité de l'art. 218 al. 2 CPC en ce sens que cette dernière condition relative aux chances de succès n'était alors pas requise. La disposition prévoit ensuite d'octroyer l'AJ uniquement si un médiateur agréé au sens de l'art. 40 CDPJ est en charge du processus. Ledit article établit certaines conditions qui assurent notamment que le médiateur a suivi une formation suffisante en matière de médiation. Dans le canton de Vaud, ces médiateurs sont soumis au Règlement sur les médiateurs agréés (RMCA)¹¹⁹ et sont inscrits dans une liste des médiateurs civils agréés. Cela permet aux magistrats d'avoir accès directement aux médiateurs disposant de la qualification requise. De la sorte, le canton s'assure que les

¹¹⁷ OJV, Rapport annuel, p. 100 et 148.

¹¹⁸ Code de droit privé judiciaire du 12 janvier 2010, BLV 211. 02.

¹¹⁹ Règlement sur les médiateurs civils agréés du 22 juin 2010, BLV 211.01.04.

médiations financées à ses frais sont menées par des médiateurs formés qui disposent d'outils techniques adéquats propres à amener les parties à trouver une solution. Les autorités sont ainsi plus confiantes et enclines à assumer les frais de la médiation. Par ailleurs, le canton de Vaud prend à sa charge les médiations au sens de l'art. 213 ss CPC, ce qui sous-entend *a contrario* que les parties qui ont procédé à une médiation extrajudiciaire ne peuvent pas profiter d'un tel traitement. Cette condition restreint, selon nous, un recours large à la médiation.

L'al. 3 de l'art. 39c CDPJ précise encore que l'assistance judiciaire vise à exempter les frais du médiateur. À cet égard, la notion générique de « *frais* » ne permet pas de saisir ce qu'elle comprend exactement. L'exposé des motifs du projet de loi précise que les honoraires du médiateur sont couverts mais, ne détaille pas si ses frais accessoires le sont également¹²⁰. Toutefois, la disposition précise *in fine* que d'autres frais peuvent être pris en charge s'ils sont estimés nécessaires. Sous cet angle, nous sommes d'avis que les frais accessoires usuels du médiateur tels que son déplacement ou la location d'une salle entreraient facilement dans le champ d'application de cette partie de la disposition. Ils pourraient donc aussi échapper au paiement par les parties. En outre, d'autres coûts pourraient être engendrés tels que des frais d'expertise ou d'un quelconque tiers qui prête son concours à la médiation¹²¹. Nous soulignons que l'article fait état d'un certain pragmatisme et anticipe l'hypothèse selon laquelle d'autres frais supplémentaires seraient générés pour le bon déroulement de la médiation. Toutefois, les honoraires de l'avocat ne sont, quant à eux, pas couverts et restent du ressort des parties. Les médiateurs pourront cependant toujours déposer une demande d'assistance judiciaire classique pour se faire couvrir leurs frais de conseils¹²².

Dès le dépôt de la motion, les déposataires ont insisté sur l'importance de l'établissement de cautèles pour limiter les abus de l'octroi d'une telle dispense¹²³. À cet égard, le retardement de la procédure judiciaire par la médiation est visé en premier plan. Ainsi, pour palier à ce risque l'art. 39c al. 4 CDPJ précise qu'un maximum de dix heures de séance de médiation est couvert par l'AJ. Ce quota s'accorde avec la pratique au regard du nombre d'heures nécessaire en moyenne pour atteindre un accord satisfaisant pour l'ensemble des médiateurs. Il est calculé en laissant une certaine marge afin d'assurer que la médiation ne soit pas contrainte par le temps. Il n'entrerait pas dans l'intérêt de l'État de faire échouer une médiation pour des raisons temporelles alors même qu'il est chargé de son financement¹²⁴. Toutefois, si cette période de dix heures venait à ne pas être suffisante, le juge a la possibilité de l'étendre. Cette souplesse dans la législation évite ainsi un retour précipité devant les tribunaux alors que les parties sont à bout touchant d'un accord. Cependant, ce prolongement est conditionné à la conclusion d'un accord « *à brève échéance* »¹²⁵. Cet aspect semble cependant vérifiable uniquement en transmettant des éléments du dossier témoignant de l'avancée de la médiation. Ce constat nous interroge alors quant au respect du caractère indépendant et confidentiel de la médiation par l'autorité judiciaire. En outre, à titre de comparaison, l'AJ en procédure classique n'est pas limitée temporairement. En ce sens, l'éternisation du conflit ne s'érige pas comme un obstacle à la cession de l'aide financière octroyée par l'État. Il demeure donc une différence majeure entre les procédures judiciaires et extrajudiciaires dans l'octroi de l'AJ aux parties.

¹²⁰ Conseil d'État Vaudois, 21_LEG_177, p. 7.

¹²¹ Conseil d'État Vaudois, 21_LEG_177, p. 6.

¹²² Conseil d'État Vaudois, 21_LEG_177, p. 6.

¹²³ Conseil d'État Vaudois, 21_LEG_177, p. 6.

¹²⁴ BEYELER, p. 356, N 404.

¹²⁵ Art. 39c al. 4 CDPJ.

Sur un autre plan, l'État prend également à sa charge les cinq premières heures de médiation lorsque celles-ci sont entamées dans le cadre du processus COPAR¹²⁶. Ce projet pilote, initié en janvier 2023 dans l'arrondissement de l'Est vaudois, prévoit un dispositif pluridisciplinaire d'accompagnement des parents dans leur séparation ou leur divorce tout en priorisant la préservation du bien-être de l'enfant. Dans ce cadre, en outre de ces séances de médiation, l'État finance des séances de sensibilisation à la médiation et des thérapies de coparentalité.

b) Canton de Genève

Le parcours de la médiation à Genève, de ses débuts en 1988 à nos jours, témoigne d'une belle évolution¹²⁷. Depuis janvier 2023, le canton du bout du lac Léman a introduit dans son ordre juridique une Loi sur la médiation qui régit entièrement le processus¹²⁸.

Cette loi innovante constitue une avancée prometteuse car elle prévoit, à certaines conditions, une véritable gratuité de la médiation. Contrairement au nouveau système vaudois, il ne s'agit pas d'une étendue de l'assistance judiciaire mais d'une exonération totale des frais relatifs au processus. La situation financière des parties n'est donc pas examinée pour déterminer le droit à l'octroi de la gratuité. Selon l'exposé des motifs de la loi genevoise, une telle condition s'accorderait difficilement avec l'objectif général de l'État et des cantons d'encourager une résolution par la médiation¹²⁹. La législation est alors incitative pour les parties du fait qu'aucun frais ne leur est imposé.

Les art. 19 et 21 de la Loi sur la médiation mettent à la charge du canton les honoraires du médiateur et des avocats respectifs des parties. Ce dernier aspect est particulièrement précurseur dans le milieu de la médiation et témoigne d'une remarquable évolution. En effet, bien que pour les personnes indigentes, les honoraires des conseils peuvent être pris en charge par l'AJ, il s'agit toujours d'une dette qu'elles sont tenues de rembourser. Cette nouvelle réglementation prévoit désormais que l'accompagnement par un avocat soit gratuit. Néanmoins cette prise en charge des honoraires du médiateur et des avocats n'est pas infinie. À l'instar du système en vigueur dans le canton de Vaud, pour éviter les dérives, la loi prévoit de limiter le nombre d'heures couvert. Selon l'art. 19 al. 3 de la loi, les frais du médiateur sont financés par l'État à hauteur de 7,5 heures. Ce plafond a été fixé pour englober un processus en cinq séances de 1h30. Ce nombre d'heures à la charge du canton est renouvelable trois fois si les circonstances le justifient. Cette prolongation pose alors la même question de la garantie de confidentialité et d'indépendance précédemment émise à l'égard du nouvel article vaudois. Les honoraires des avocats, quant à eux, sont couverts pour une période de 2,5 heures. Ce plafond est évalué en calculant 1 heure de préparation et 1h30 heure de séance¹³⁰. À cet effet, il aurait été judicieux, selon nous, de prévoir un nombre plus important d'heures couvrant les honoraires des avocats. En effet, les parties trouvent rassurant d'être accompagnées par un avocat tout au long du processus. Sa présence met en confiance et conforte les parties lors des séances. Bien qu'au-delà de ce quota, les parties répondant aux conditions peuvent toujours se tourner vers l'AJ classique, cela entraîne toutefois des démarches supplémentaires à effectuer. À notre avis, cela crée une brèche aux nombreuses facilités mises en place par le système genevois pour accéder à la médiation.

¹²⁶ WETTSTEIN.

¹²⁷ SALBERG, Histoire, p. 97 ss.

¹²⁸ Loi sur la médiation du 27 janvier 2023, RS/GE 12854.

¹²⁹ Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 80.

¹³⁰ Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 97.

Cette innovation de gratuité prévue par la loi est motivée par une volonté de promouvoir la médiation de façon large et concrète. Néanmoins, les mesures incitatives ont été également portées par un important enjeu financier¹³¹. Dans un système tel que l'AJ, l'octroi de dispense de frais est conditionné à la situation économique du demandeur. Une telle détermination engendre d'importants coûts pour l'appareil administratif et allonge la procédure. En effet, de multiples étapes sont nécessaires pour y parvenir : le rassemblement des pièces pertinentes, la relance en cas de dossier incomplet, ou encore l'examen et le rendu d'une décision¹³². Au contraire, dans un système de gratuité générale, ces procédures de détermination de revenus ne sont guère nécessaires. En conséquence, il s'ensuit un considérable allègement administratif¹³³ et une réduction des frais étatiques relatifs à de tels actes. Le temps et l'argent épargnés par l'abandon de cet aspect procédural sont alors mis à profit pour faciliter les démarches en faveur du processus de médiation.

Par ailleurs, la législation genevoise se démarque aussi en offrant la gratuité de la médiation alors même qu'une cause n'est pas pendante devant le tribunal. Ainsi, l'octroi d'un allègement financier ne dépend pas d'un renvoi en médiation par le juge. Les médiations judiciaires et non judiciaires sont donc gratuites pour les parties. Par ce biais, la médiation est aussi encouragée en amont d'un dépôt au tribunal¹³⁴. Cette possibilité permet également que le conflit ne s'envenime pas par le dépôt d'une action en justice. Néanmoins, à l'instar de ce qui est prévu dans le canton de Vaud, les parties doivent dans les deux formes de médiation toujours recourir à un médiateur agréé.

Finalement, l'octroi de la gratuité de la médiation est conditionné à ce que le conflit soit rattaché géographiquement avec le canton de Genève¹³⁵. Il s'agit d'une autre forme de cautèle instaurée par la loi. Une telle délimitation vise à éviter qu'un conflit n'ayant aucun lien avec le territoire puisse bénéficier des allègements financiers prévus¹³⁶. Cet aspect est intéressant et se détache des autres législations cantonales qui ne le prévoient pas. Cela permet que les bénéficiaires de l'instauration d'une telle gratuité se rapportent au canton qui a fait l'effort de l'introduire.

Toutefois, la nouvelle gratuité générale du processus questionne à propos de potentiels abus d'un tel système. Par exemple, de grandes entreprises fortunées pourraient appréhender cette nouvelle institution comme une aubaine pour s'épargner les frais de résolutions de leurs conflits. Selon notre interprétation, la gratuité mise en place à Genève vise à profiter en priorité aux médiations familiales ou intervenant dans le cadre de conflits de travail. Pourtant des conflits commerciaux à hautes valeurs litigieuses pourraient profiter d'y avoir recours gratuitement. Néanmoins, nous pensons qu'un risque d'abus dans un telle hypothèse est probable mais resterait rare. En effet, cette démarche paraît paradoxale, au vu des sommes astronomiques que les entreprises sont prêtes à investir pour gagner un combat judiciaire. De plus, la médiation est encore un processus très marginal dans le domaine commercial. Nous doutons donc que des entreprises se précipitent en médiation pour des raisons économiques. Si toutefois les entreprises s'y essaient, l'objectif du canton de promouvoir la médiation serait atteint. Tout au plus, les acteurs du monde commercial pourraient se laisser convaincre de cette nouvelle voie de résolution.

¹³¹ Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 95.

¹³² Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 80 s.

¹³³ Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 80 s.

¹³⁴ SALBERG, Histoire médiation, p. 107.

¹³⁵ Art. 19 al. 2 let. c Loi sur la médiation du 27 janvier 2023.

¹³⁶ Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 95.

En parallèle de cette législation, le canton de Genève a fondé début 2024 une importante structure institutionnelle dédiée à la médiation : le bureau judiciaire de médiation. Cette institution a pour dessein la sensibilisation et l'information à large échelle de la médiation comme mode de résolution alternatif aux tribunaux¹³⁷. Cette entité aspire à être la référence en médiation envers laquelle les justiciables et les magistrats se tournent pour tout renseignement sur le processus. À l'origine de cette démarche, le constat qu'une interdépendance existe entre la sensibilisation à la médiation et son utilisation effective¹³⁸. Le manque de connaissances à l'égard du processus cause le faible nombre de recours à la médiation. À cet égard, la sensibilisation des magistrats et des avocats est particulièrement importante. En effet, c'est majoritairement par le biais de leurs interventions et de la communication autour du sujet auprès des justiciables que le processus est engagé. Le but recherché est donc de changer les états d'esprit et d'éduquer les acteurs du monde juridique à développer un « *réflexe médiation* »¹³⁹. De ce point de vue, la formation des juges, en particulier, consiste à apprendre à identifier les affaires éligibles à la médiation¹⁴⁰. En pratique, les juges sont très peu informés sur l'institution et craignent son efficacité. Ce constat se reflète dans les statistiques : seul environ 1% du nombre de dossiers civils font l'objet d'un RJM par les juges¹⁴¹. La prise de conscience sur le fonctionnement du processus permet d'en appréhender les bénéfices. Par hypothèse, grâce aux nouveaux dispositifs entourant la médiation dans le canton, entre 5 et 8% des dossiers seraient, à l'avenir, susceptibles de faire l'objet d'un RJM et donc d'être résolus par la médiation¹⁴².

À Genève, le bureau de médiation s'insère au sein du Pouvoir judiciaire. Le bureau de médiation se situe véritablement géographiquement dans un bâtiment du Pouvoir judiciaire. Par sa situation dans cette enceinte, cela a un effet psychologique sur le public propre à le mettre en confiance¹⁴³. La décision d'associer les deux entités est néanmoins questionnable. En effet, dans cette configuration, elle peut susciter des doutes quant au maintien de l'indépendance des médiateurs et du processus en soi.

Ainsi dans le canton, une réelle visibilité a été donnée à la médiation grâce à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la médiation et à la création du bureau de médiation. Le but de cette institutionnalisation est d'améliorer l'effectivité du recours au processus de médiation¹⁴⁴. La mise en place d'un tel système financier et institutionnel entourant le processus, transforme progressivement la médiation vers un « *service public* »¹⁴⁵. Cette évolution systémique témoigne d'un potentiel transfert de la médiation du secteur privé au secteur public. Alors qu'elle avait été extériorisée du système judiciaire lors de son introduction, elle resserre progressivement ses liens avec les institutions judiciaires. L'impulsion de la médiation donnée par le canton a été le résultat d'une collaboration pluridisciplinaire d'acteurs tels que des membres des autorités judiciaires, des avocats, des juges et des médiateurs. Cette convergence de connaissances et de témoignages d'expériences a permis de développer un projet pragmatique. Le canton espère que celui-ci portera ses fruits rapidement et aura un effet massif sur l'utilisation du processus par les citoyens.

¹³⁷ Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 78.

¹³⁸ Grand Conseil genevois, PL 12854, p. 11.

¹³⁹ Grand Conseil genevois, PL 12854, p. 33.

¹⁴⁰ MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 3.

¹⁴¹ MIRIMANOFF, RJM, p. 545 ; Grand Conseil genevois, PL 12854, p. 20.

¹⁴² Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 82 s.

¹⁴³ SALBERG, Histoire médiation, p. 107, nbp. 28.

¹⁴⁴ Grand Conseil genevois, PL 12854, p. 11.

¹⁴⁵ Perspective médiation, Genève (13^{ème} min.) ; dans la même idée, BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 221.

c) Canton de Fribourg

La législation fribourgeoise pertinente en la matière rappelle le principe selon lequel le paiement de la médiation est à la charge des parties¹⁴⁶. Elle permet que, lorsque le processus a abouti à un accord, cet élément est susceptible d'être pris en considération dans la fixation des frais de procédure. Ce geste incitatif laisse entrevoir une volonté du canton d'encourager le recours à la médiation. Il peut aussi compromettre le processus et inciter les parties à conclure un accord ne correspondant pas à leur intime volonté dans le but de s'exonérer des frais. La législation distingue ensuite les affaires non pécuniaires relevant du droit de l'enfant ainsi que de la famille et, les autres affaires. Dans le premier cas de figure, une gratuité du processus est prévue si les parties manquent de moyens et que le tribunal recommande le recours à la médiation. De manière semblable à ce qui est prévu dans le canton de Vaud, il n'est pas possible d'obtenir un allègement financier dans les cas d'une médiation extrajudiciaire. Dans les autres affaires, le canton prend à sa charge les médiations lorsque les conditions de l'AJ sont dûment remplies. Reflétant le système en vigueur dans le canton de Vaud, la cause de l'affaire ne doit alors pas être dénuée de chances de succès¹⁴⁷. Cette condition semble difficilement vérifiable, selon nous, car la tournure que prend une médiation est imprévisible. Enfin, dans les deux hypothèses, la loi parle de gratuité mais il s'agit effectivement d'une avance temporaire que les parties sont tenues de rembourser¹⁴⁸. De manière similaire à ce que prévoit la législation vaudoise et genevoise, le recours à un médiateur assermenté conditionne la prise en charge du processus par l'assistance judiciaire. Toutefois, aucun quota dans la loi ne plafonne un éventuel maximum d'heures couvert par la médiation, ne limitant ainsi pas les parties dans la durée.

d) Canton de Neuchâtel

En 2023, la médiation à Neuchâtel s'est parée d'une nouvelle réglementation cadre. Le canton a validé l'adoption d'un projet législatif mais sa date d'entrée en vigueur n'a cependant pas encore été déterminée¹⁴⁹. Le projet prévoit que le coût de la médiation est à la charge des parties pour autant que celles-ci disposent des capacités financières d'y subvenir. Lorsqu'elles font face à des difficultés économiques, l'assistance judiciaire couvre alors les frais de leur processus. En outre, un traitement différencié est réservé aux affaires qui entrent dans le champ d'application de l'art. 218 al. 2 CPC. Dans le but d'encourager les parties à la médiation dans ce domaine, les cinq premières heures de médiation sont offertes, indépendamment de la situation économique des parties¹⁵⁰. Au-delà de ce quota, seules les parties indigentes qui remplissent les conditions de l'AJ peuvent continuer de voir leurs frais pris en charge par l'État. Elles devront toutefois procéder au remboursement de ces sommes dans la mesure prévue par la loi. L'idée de prévoir la gratuité pendant les premières heures permet aux parties de s'essayer au processus et de « planter la graine »¹⁵¹. Il est toutefois regrettable, à notre sens, que des conflits d'autres natures ne puissent pas aussi profiter de ces premières heures de gratuité. Le même effet incitatif pourrait être provoqué et convaincre les parties de résoudre leurs litiges par

¹⁴⁶ Art. 127 Loi sur la justice du 31 mai 2010, RSF 130.1.

¹⁴⁷ PRADERVAND-KERNEN, p. 446.

¹⁴⁸ Art. 40 al. 3 Ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale, et pénale pour les mineurs du 6 décembre 2010, RSF 134.11.

¹⁴⁹ Projet adopté de la Loi sur la médiation civile et pénale (LMPC), disponible sous :

<https://www.ne.ch/legislation-jurisprudence/pubfo/ld/Documents/2023/CE_L__L_LMCP.pdf> (consulté le 29 avril 2024).

¹⁵⁰ Rapport Neuchâtel, p. 15.

¹⁵¹ Perspective médiation, Neuchâtel (dès 29^{ème} min.).

ce biais. Comme dans les cantons étudiés jusqu'ici, lorsque l'État finance le processus d'une quelconque manière, le choix du médiateur est limité. Dans le canton de Neuchâtel, la loi prévoit que le processus doit être encadré par un médiateur inscrit dans un tableau régit par le Conseil d'État de Neuchâtel. En outre, dans une dimension semblable à ce qui est prévu dans le canton de Fribourg, les parties bénéficient d'une diminution ou d'une exemption de frais lorsque la cause, pourtant instruite initialement devant un tribunal, se résout par un accord de médiation¹⁵². Une telle possibilité semble agir, pour les parties, comme un incitatif financier à réussir leur médiation. Toutefois, une exemption de frais conditionnée à l'issue du processus pourrait mettre en péril le déroulé de celui-ci¹⁵³.

e) Canton du Valais

En Valais, depuis 2014, il est prévu que la médiation soit couverte par une assistance financière¹⁵⁴. Celle-ci est octroyée aux parties indigentes et pour autant que le tribunal recommande le recours à la médiation. Si ces conditions sont remplies, le canton couvre alors les frais ainsi que les honoraires du médiateur et de l'avocat commis d'office. Le canton du Valais prévoit donc une couverture large de la médiation par le biais de l'assistance judiciaire. La législation ne précise toutefois pas si la médiation doit se dérouler en présence d'un médiateur assermenté et ne prévoit pas de plafond quant au nombre d'heures pris en charge. Ces éléments sont favorables à un recours large de la médiation en ne limitant ni le choix des médiateurs, ni le temps couvert par l'aide financière.

f) Canton du Jura

Dans la législation jurassienne, des mesures financières incitatives pour l'engagement en médiation sont également prévues. Le canton assume les frais d'une médiation indépendamment de la cause lorsque celle-ci est recommandée par le tribunal¹⁵⁵. La loi pose toutefois une limite supplémentaire et conditionne cette prise en charge par l'adoption des médiateurs d'un comportement conforme à la bonne foi¹⁵⁶. Ainsi, ils ne doivent pas revêtir un comportement abusif ou téméraire propre à prolonger inutilement la procédure. Tout comme dans les lois genevoises, vaudoises et neuchâteloises, le nombre d'heures de médiation entrant sous le couvert de l'AJ n'est pas indéfini. Cependant, ce plafond n'est pas précisé par la loi directement comme dans les autres cantons mais est établi par le tribunal qui a conseillé la médiation. Il décide du nombre d'heures financé par le canton en fonction de la complexité et la nature de l'affaire. Un maximum de dix heures est néanmoins fixé par la loi et, dans les cas exceptionnels, un supplément de cinq heures peut être admis¹⁵⁷. L'idée de laisser à l'appréciation du tribunal l'établissement d'un plafond est unique en Romandie. Toutefois, il nous semble que le magistrat n'occupe pas la position idéale pour appréhender le temps réel nécessaire aux parties pour traiter leur conflit en médiation. De ce point de vue, un quota largement défini serait plus approprié. En outre, la législation n'utilise pas les termes « *agrée* » ou

¹⁵² Art. 8 Loi du 6 novembre 2019 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie, de dépens en matière civile, pénale et administrative (LTFrais), RS/NE 164.1.

¹⁵³ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 5.

¹⁵⁴ Règlement concernant l'assistance financière de médiation, VS/RS 271.100.

¹⁵⁵ Art. 11 al. 1 Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010 (LiCPC), JU/RS 271.1.

¹⁵⁶ Art. 11 al. 2 LiCPC.

¹⁵⁷ Art. 6 Ordonnance concernant la prise en charge des frais de médiation dans le cadre d'une procédure civile, JU/RS 271.11 (ci-après : Ordonnance concernant la prise en charge).

« *assermenté* » pour décrire le médiateur auquel les parties doivent faire appel pour voir leurs frais couverts. L'Ordonnance précise que les médiateurs doivent désigner un médiateur reconnu par au moins une des institutions faïtières du milieu telles que la FSM ou la CSMC¹⁵⁸.

B. La situation en Europe

1. En Belgique

La Belgique est souvent citée comme nation investie dans la promotion et l'utilisation des modes alternatifs de règlement des conflits dont la médiation. En 2001 déjà, la médiation s'est frayé un chemin dans le Code judiciaire belge en tant que mode de résolution des conflits familiaux¹⁵⁹. Dès 2005, le champ d'application de la médiation s'est étendu aux conflits d'autres natures. Au regard du financement du processus, le principe général prévoit que le coût de la médiation est supporté par les parties à parts égales et pour autant qu'elles n'en conviennent pas autrement¹⁶⁰. Dans le cas où les parties n'ont pas les moyens financiers suffisants d'y subvenir, une demande d'assistance judiciaire peut être sollicitée auprès du Bureau d'assistance judiciaire. La singularité du système belge réside dans la possibilité d'obtenir cette aide tant en médiation judiciaire qu'extrajudiciaire. Par ailleurs, dans les deux types de médiations, le recours à un médiateur agréé par la Commission fédérale de médiation doit intervenir dans le processus afin que les parties bénéficient de la dispense de frais. L'idée derrière cette condition est un désir de l'État que ses dépenses soient utilisées à bon escient et d'assurer le déroulement efficace du processus. Il ressort d'un intérêt public que le processus soit mené par un médiateur formé qui dispose des outils techniques qui permettent de faire émerger une solution¹⁶¹. En sus, l'AJ couvre les frais du médiateur ainsi que les frais de dossier jusqu'à vingt heures de médiation¹⁶². Ce plafond est placé relativement haut ce qui laisse aux parties - contrairement à ceux prévus en Suisse - une grande marge de manœuvre.

2. En France

En France, la médiation a fait son apparition dans les années 1990¹⁶³. Les autorités françaises se sont rapidement aperçues de la grande utilité du processus pour la préservation du lien social et l'apaisement du conflit¹⁶⁴. Elles ont donc pris des mesures afin que la médiation soit accessible financièrement à tous. À l'instar de la majorité des législations étudiées, l'obligation de prise en charge du processus pèse en premier lieu sur les parties¹⁶⁵. Lorsqu'elles sont indigentes, ces dernières peuvent toutefois voir leurs frais couverts par l'aide juridictionnelle. En outre, il est intéressant de relever la subtilité de la législation française qui prévoit que l'État subventionne les émoluments qu'engendre l'homologation d'un accord de médiation non

¹⁵⁸ Art. 4 Ordonnance concernant la prise en charge.

¹⁵⁹ LÉVY/KIEPE, p. 452.

¹⁶⁰ Art. 1731 Code judiciaire (Belgique).

¹⁶¹ Dans le même sens, BEYELER, p. 356, N 405 ss ; WEIL-GUTHMANN, p. 23.

¹⁶² BECKER *et al.*, p. 54.

¹⁶³ CLAVIER, p. 154.

¹⁶⁴ CLAVIER, p. 154.

¹⁶⁵ CLAVIER, p. 156 ; Article 22-2 Loi n°95-125 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile pénale et administrative (France).

judiciaire¹⁶⁶. Ainsi, les parties qui sont parvenues à s'accorder dans le cadre d'une médiation extrajudiciaire voient aussi leurs frais couverts. Nous trouvons que cette réglementation démontre une volonté de l'État d'encourager le recours à la médiation de manière générale¹⁶⁷. Toutefois, il est envisagé que la rémunération soit versée au médiateur à la suite d'un examen par l'État du « *rapport de présentation exposant les termes de l'accord* ». Cette condition soulève des questions quant à la préservation de la confidentialité et d'indépendance du processus¹⁶⁸.

3. En Italie

L'Italie se différencie des systèmes des deux pays européens étudiés jusqu'à présent par le rendu ambitieux, depuis 2013, d'une médiation obligatoire dans de multiples domaines¹⁶⁹. L'*opt-in* du processus ne repose donc pas toujours sur une base volontaire et la médiation s'érige parfois comme une étape nécessaire préalable à la saisine d'un tribunal. Lors de cette première séance dite informative, un premier rapprochement des parties, même récalcitrantes, est opéré et permet de les renseigner sur les modalités d'une telle voie amiable. La loi prévoit des sanctions en cas d'absentéisme à cette première séance¹⁷⁰. Certains auteurs encouragent cette approche qui permet aux parties de tenter une chance et de découvrir ce qu'offre le processus¹⁷¹. Une autre partie de la doctrine scande l'importance du côté volontaire et consensuel de l'*opt-in* du processus. Selon elle, l'obligation du passage en médiation risque de faire naître chez les parties un sentiment infantilisant suggérant que sans cette exigence, elles n'auraient pas été capables d'entamer seules une médiation¹⁷². En somme, le passage par une médiation obligatoire semble porter ses fruits puisqu'entre 2011 et 2019, il a été observé une diminution de 4% des litiges devant les tribunaux et une augmentation de 18% des recours au processus de médiation¹⁷³. Ces chiffres sont significatifs et peuvent, peut-être, remettre en cause le caractère volontaire du processus.

S'agissant des frais du processus, le paiement de cette séance informative est mis à la charge des parties à hauteur de EUR 40 par participant. Si, à la suite de ce premier entretien, un processus de médiation est entamé, les honoraires du médiateur sont calculés suivant un barème qui dépend de la valeur du litige. En outre, des frais moins élevés sont prévus lorsque la médiation s'est poursuivie à la suite d'une médiation obligatoire¹⁷⁴. Il existe donc deux barèmes de prix différents, respectivement pour les médiations volontaires et les médiations obligatoires. Enfin, le médiateur peut facturer un montant supplémentaire lorsque les parties sont parvenues à un accord. Une telle possibilité nous semble contre-incitative pour les parties au vu du montant additionnel à déboursier en cas d'accord. Pour les professionnels, ce surplus de gains les encourage à s'appliquer minutieusement dans leur démarche maïeutique vers une solution.

¹⁶⁶ Art. 99 Décret n°2020-1717 du 28 décembre 2020 portant application de la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et relatif à l'aide juridictionnelle et à l'aide à l'intervention de l'avocat dans les procédures non juridictionnelles (France).

¹⁶⁷ CLAVIER, p. 155.

¹⁶⁸ CLAVIER, p. 157.

¹⁶⁹ LÉVY/KIEPE, p. 452 ; Parlement européen, Cost, p. 18 s.

¹⁷⁰ D'URSO/CANESSA, p. 6.

¹⁷¹ GANANCIA, p. 109.

¹⁷² LÉVY/KIEPE, p. 449.

¹⁷³ MATTEUCI, p. 2.

¹⁷⁴ D'URSO/CANESSA, p. 6 et 7.

L'Italie a également instauré un autre incitatif financier, en prévoyant une réduction d'impôts si la médiation aboutit¹⁷⁵.

C. Tendances et constats

Sur la base de ce chapitre, nous pouvons mettre en évidence, quelques éléments intéressants sur les différentes approches optées quant au financement des frais de la médiation.

A l'échelle nationale suisse, de nombreux auteurs constatent avec déception que la réglementation entourant les coûts de la médiation n'est que très peu incitative pour les justiciables¹⁷⁶. Un regret palpable se fait d'autant plus ressentir car l'absence d'encouragements financiers entre en contradiction avec l'intention claire du message du CF voulant promouvoir la voie amiable¹⁷⁷. Le gouvernement suisse insiste notamment sur l'ultime étape que doit représenter le judiciaire et sur les bienfaits d'une résolution par le dialogue, lorsque les circonstances du cas le permettent¹⁷⁸. De ce point de vue, il aurait été attendu que des allègements financiers soient instaurés au niveau fédéral. En octroyant uniquement une exonération des frais dans les affaires où les droits des enfants sont touchés (art. 218 al. 2 CPC), l'État hiérarchise les conflits quant à leurs natures. En ce sens, une priorité injustifiée à notre goût est accordée à la résolution par la médiation dans ces dossiers. Si ce choix s'explique principalement par le maintien essentiel du lien relationnel, il est regrettable de constater que l'État n'élargisse pas sa réflexion en l'appliquant à des conflits d'autres natures. Pour parvenir à une résolution satisfaisante, le bénéfice d'inclure des éléments extrajudiciaires et la réparation du dialogue s'appliquent aussi *a fortiori* à d'autres cas. Il est dommage de constater que, bien que conscient des bienfaits de la médiation, l'État se limite à prévoir la « gratuité » dans un nombre très limité de cas.

Au niveau cantonal, en Romandie, diverses approches ont été empruntées quant à l'utilisation de la compétence résiduelle de l'art. 218 al. 3 CPC. À cet égard, deux tendances se dessinent. D'une part, plusieurs cantons, dont celui de Vaud et du Valais, ont opéré un élargissement dans l'étendue du champ d'application de l'assistance judiciaire en y incluant des séances de médiation. De l'autre, à l'instar des cantons neuchâtelois, jurassien et genevois, une extension novatrice a été imaginée en prévoyant, dans une certaine mesure, une véritable gratuité du processus. D'autres cantons suisses sont restés plus réticents à faire usage de leurs compétences. Certains perçoivent ce financement comme une réduction des coûts sur le long terme alors que d'autres craignent que cet investissement représente une dépense supplémentaire non judicieuse¹⁷⁹. Par ailleurs, en Romandie, nous relevons des tendances et similitudes dans les conditions d'octroi de ces dispenses financières. La majorité des cantons étudiés sont attachés à conditionner la prise en charge des frais au recours d'un médiateur agréé. L'assurance d'offrir un processus qualitatif mené par un médiateur qui dispose des outils adéquats rassure l'État. Les différentes législations ont tendance ensuite à plafonner les heures couvertes par l'AJ ou la gratuité. Nous relevons que ces maximums, justifiés pour éviter des dérives, peuvent aussi se traduire par une éventuelle méfiance du processus. Ensuite, ce sont essentiellement les médiations judiciaires qui bénéficient d'allègements financiers. Sur ce point en particulier, une

¹⁷⁵ D'URSO/CANESSA, p. 6 ; Parlement européen, Cost, p. 19.

¹⁷⁶ GUY-ECABERT, *Pari*, p. 56 ; BEYELER, p. 349, N 357 ; LÉVY, *Médiation commerciale*, p. 214.

¹⁷⁷ FF 2006 6841, p. 6860.

¹⁷⁸ FF 2006 6841, p. 6860 ; MIRIMANOFF, *Médiation civile et commerciale*, p. 87.

¹⁷⁹ MONBARON, p. 111 ; CR CPC-BOHNET, art. 218, N 14.

marge d'amélioration se dessine et nous sommes d'avis qu'il serait bon que les médiations extrajudiciaires jouissent de pareils incitatifs financiers. Finalement, les disparités d'approches sur le financement mettent en exergue la controverse suscitée par le sujet. Nous entrevoyons sur ce point l'importance de trouver un consensus fédéral afin de parvenir à une solution plus harmonisée. Un tel changement serait bienvenu en particulier au regard des inégalités de traitement que les législations cantonales actuelles entraînent.

Par ailleurs, nous mettons l'emphase sur l'existence du lien substantiel entre information et promotion du processus¹⁸⁰. La sensibilisation autour de la médiation est cruciale pour son effectivité. En conséquence, la formation des magistrats et des avocats, agissant comme facilitateurs d'engagement en médiation est fortement recommandée¹⁸¹. Le défaut d'information directe auprès du public induit également une faible utilisation de cette voie. Les autorités judiciaires doivent donc prendre des mesures pour combler cette déficience en promouvant la médiation à large échelle.

La Suisse n'étant pas un État membre de l'Union européenne, elle n'est pas liée par les réglementations de cette dernière. Toutefois, la médiation est une institution universelle, dont les principes clés se recoupent majoritairement, indépendamment de l'ordre juridique. Il est donc pertinent de s'intéresser à la pratique et aux législations des États membres de l'UE. En outre, les constats concernant l'évolution de la médiation en Europe sont, en grande partie, transposables à la situation helvétique. À ce titre, la CEPEJ relève l'existence d'un « *mediation paradox* »¹⁸². Cette expression traduit du surprenant décalage existant entre le faible nombre de recours à la médiation et le taux élevé de réussite du processus estimé à plus de 70%¹⁸³.

En somme, selon nous, un changement global à l'égard du financement étatique ne pourra s'opérer qu'après une ère de sensibilisation sur les bienfaits du processus. Le déblocage d'une enveloppe budgétaire pour la mise en place d'aides financières implique des décisions politiques. Les différentes autorités seront confiantes à procéder ainsi dès lors qu'elles seront convaincues des bénéfices de la médiation. Ainsi, il existe un lien intrinsèque entre la prise de conscience des bienfaits de la médiation et sa prise en charge financière.

III. Le financement de la médiation par l'assistance judiciaire

A. Les bénéfiques

Après avoir établi le cadre, cette partie du travail appréhendera les avantages d'une médiation couverte par l'État. L'analyse présentera les points de vue des médiateurs, de l'État et des cantons ainsi que des avocats. Elle se clôturera par un aperçu des dérives que cette pratique peut engendrer.

¹⁸⁰ GARELLO, p. 131 ; Rapport Neuchâtel, p. 18.

¹⁸¹ MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 3 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 334 ; Rapport Neuchâtel, p. 18.

¹⁸² Parlement européen, Cost, p. 10.

¹⁸³ Parlement européen, Cost, p. 10 ; MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 2.

1. Pour les médiateurs

L'extension de l'AJ aux séances de médiation constitue naturellement un incitatif à avoir recours au processus pour les personnes indigentes. L'élimination du frein financier qu'incarne le coût de la médiation est propre, en soit, à inviter les parties à entamer une médiation¹⁸⁴. Parallèlement, d'autres avantages pour les médiateurs ressortent de ces incitations d'ordre financier.

a) Un accès supplémentaire à la justice

Dans un premier temps, l'élargissement du champ d'application de l'AJ à la médiation offre un accès supplémentaire à la justice pour les personnes indigentes. En effet, par l'octroi de l'AJ, les personnes ne disposant pas des ressources suffisantes peuvent tout de même faire valoir la reconnaissance de leurs droits en justice. Ce droit leur est garanti par les art. 6 CEDH et 29 Cst. Toutefois, la législation fédérale suisse ne l'accorde actuellement en médiation que pour les cas prévus à l'art. 218 al. 2 CPC. Elle ne permet donc pas globalement un accès à la justice sous une forme alternative et amiable par le biais de la médiation. À cet égard, nous relevons que la justice est plurielle¹⁸⁵ et « *ne naît [ainsi] pas toujours d'un tribunal* »¹⁸⁶. La médiation s'érige comme un chemin qui mène à une forme différente de justice. Dans une logique d'égalité de traitement entre justiciables, il se justifierait que ce soutien financier couvre largement les modes non juridictionnels de résolution des conflits¹⁸⁷. Pour rappel, cet argument a notamment été fortement employé par MAHAIN et ses consorts pour étayer leur motion vaudoise, aujourd'hui adoptée. Selon les députés, la couverture par l'AJ évite une médiation « *à deux vitesses* » entre des justiciables pouvant la financer et d'autres qui seraient dans l'obligation d'y renoncer face à un obstacle financier. Par un tel changement, un équilibre serait rétabli quant aux voies dont disposent les justiciables pour résoudre leurs conflits. Le droit individuel d'accès à la justice serait alors élargi de manière complémentaire.

Dans la continuité de cette réflexion, certains justiciables, bien que couverts par l'AJ, renoncent parfois définitivement à faire valoir leurs droits. En effet, la perspective d'une longue procédure judiciaire épuisante est dissuasive. Dans l'hypothèse où la voie alternative serait financièrement accessible, cela représenterait un encouragement à exercer leurs droits.

b) Une absence de multiplication des coûts

Dans un deuxième temps, la réticence à l'engagement en médiation peut être attribuée à la crainte de multiplication des coûts, causée en partie par l'absence de certitude d'un résultat. En effet, la procédure judiciaire présente l'avantage, sauf cas de déni de justice, d'aboutir nécessairement en un jugement. Bien que la décision finale ne soit pas toujours favorable et à la hauteur des espérances de toutes les parties, il en ressort tout de même que la situation est tranchée par la décision¹⁸⁸. La médiation ne présente, quant à elle, pas une telle garantie. Pour rappel, le médiateur s'assure du respect du cadre du processus mais n'émet pas de proposition

¹⁸⁴ BOONE/LOUVEAUX, p. 353.

¹⁸⁵ MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 33.

¹⁸⁶ CEPEJ, Guide de médiation, p. 6.

¹⁸⁷ MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 43.

¹⁸⁸ WEIL-GUTHMANN, p. 229.

de jugement et ne possède aucun pouvoir de décision¹⁸⁹. La peur d'investir dans un processus ne permettant pas d'aboutir à l'apaisement du conflit est dissuasif pour les parties. L'abandon de la certitude et du cadre formel qu'offrent les procédures judiciaires est peu rassurant¹⁹⁰.

Lorsqu'une médiation n'a pas abouti ou que partiellement, l'art. 214 CPC permet de débiter ou reprendre une procédure judiciaire. Les parties qui n'ont pas réussi à s'entendre en médiation vont donc naturellement se rabattre sur une procédure judiciaire afin de mettre définitivement un terme au litige. En cas d'échec, les parties auront le sentiment d'avoir investi dans un processus qui « *n'aura servi à rien* ». Ainsi, le doute quant à l'issue du processus et le devoir de financer la médiation sont rédhibitoires. Du point de vue des parties à faibles revenus, une procédure devant un tribunal serait d'autant plus avantageuse financièrement car elles n'auraient, momentanément, pas à la payer. Pour des raisons pécuniaires, les justiciables délaissent leur faculté de co-crée une solution pérenne et satisfaisante au regard de leurs besoins. Lorsque l'AJ trouve application tant dans la procédure judiciaire qu'extrajudiciaire, les parties ont pleinement le choix de la typologie du mode de résolution de leurs conflits sans qu'il soit influencé par le coût de l'une ou l'autre voie. Face à cette étendue de possibilités, les parties pourraient être incitées à faire appel à leur compétence d'autodétermination pour s'entendre sur une solution durable.

Pour approfondir cette réflexion, prenons l'hypothèse d'une véritable gratuité du processus, à l'instar de ce qui est prévu depuis peu en terre genevoise. Dans le cas où les frais de la médiation sont à la charge des parties et qu'elles ont les capacités d'y subvenir, il est possible qu'elles y renoncent tout de même par peur de ne pas parvenir à un accord. En cas d'échec, les parties encourent le risque de devoir se tourner en fin de compte vers une instance judiciaire également payante. De retour sur la voie de résolution classique, les parties mues d'un sentiment d'échec, devront fournir un investissement financier et personnel supplémentaire. Les fonds utilisés pour la résolution globale du différend se trouveraient donc, au bout du compte, gonflés par la multiplication des procédures. L'hypothèse de gratuité inciterait les parties à entamer une médiation sans la peur de prolifération de leurs coûts. Dans cette situation, la procédure judiciaire est perçue comme un coût inévitable dont les parties auraient dû en définitive s'acquitter. Proposer une médiation gratuite réduirait l'hésitation des parties à engager un processus. Ainsi, en cas d'aboutissement, elles s'évitent ou amoindrissent le montant des frais d'une procédure judiciaire ultérieure.

Par ailleurs, le succès d'une médiation est difficilement quantifiable et ne se détermine pas nécessairement par la conclusion d'un accord¹⁹¹. Lorsque la médiation n'aboutit pas, elle apporte déjà son lot de bienfaits. La médiation peut être avantageuse pour les parties afin d'avoir une vision plus lucide et sincère de la situation¹⁹². Les discussions permettent de saisir clairement les préoccupations et les intérêts de l'autre partie. Cela simplifie et accélère une éventuelle procédure ultérieure devant le juge pour les points pendants¹⁹³. Des révélations formulées au cours de la médiation peuvent mener les parties à changer d'avis et contribuer au déblocage d'une impasse dans les discussions¹⁹⁴. Des concessions pour un médiant naguère impossibles, peuvent sembler envisageables à la suite de l'exposition du point de vue de l'autre.

¹⁸⁹ BECKER *et al.*, p. 327 ; MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 23.

¹⁹⁰ Dans le même sens pour les parties, LÉVY, Avantages, p. 474.

¹⁹¹ SALBERG, Lien, p. 1408 s.

¹⁹² LÉVY, Avantages, p. 471.

¹⁹³ LÉVY, Avantages, p. 471.

¹⁹⁴ BEYELER, p. 354, N 387 s.

En ce sens, un accord, même partiel, résultant des premières séances de médiation est déjà prometteur.

c) Une légitimation de la médiation par son institutionnalisation

La couverture des frais de la médiation par l'État est une étape supplémentaire et cruciale dans son institutionnalisation¹⁹⁵. L'inscription de la médiation dans le CPC en 2011 lui a déjà permis de se frayer une place – timide – comme mode alternatif aux côtés de l'imposante machine judiciaire. Cependant, sa faible attache avec les tribunaux et sa réglementation rudimentaire dans le CPC renvoient l'image d'un processus en second plan. Cette vision est reflétée par la pratique hésitante des avocats et magistrats à recommander la médiation.

S'agissant des avocats, la recommandation du processus à leurs mandants n'est pas encore ancrée dans leurs habitudes. Pourtant, les règles déontologiques qui leur sont applicables prévoient un devoir d'informer leurs clients des diverses voies à disposition pour résoudre leurs différends et de préférer la voie amiable si le cas s'y prête¹⁹⁶. De plus, les avocats sont souvent tentés d'avoir recours à la médiation dans des circonstances inadéquates, comme par exemple, face à une impasse ou une faiblesse dans leurs argumentations et leurs dossiers¹⁹⁷.

Du côté des magistrats, le constat est semblable. En 2019, dans les cantons romands, 40% des magistrats ont avoué n'avoir jamais recommandé la médiation¹⁹⁸. Les magistrats disposent pourtant d'une large marge de manœuvre qui leur permet de proposer aux justiciables la médiation en tout temps. Bien que la volonté des parties prime pour l'entrée du processus, les juges jouent un rôle déterminant dans la direction que peut prendre la résolution d'un litige. Les parties n'ayant souvent pas connaissance de l'existence de la médiation, seul le hasard permet à quelques personnes chanceuses de se voir recommander la médiation par un juge sensibilisé sur le sujet. L'absence de recommandation est préjudiciable, car sans cette précieuse indication, les parties ignorent l'existence de la médiation et persistent à penser que la seule voie empruntable est juridictionnelle¹⁹⁹. De surcroît, les magistrats sont aussi réticents à procéder à un renvoi en médiation, par peur de ne pas remplir leur devoir de trancher le litige en faisant application de la loi²⁰⁰. Toutefois, comme il est affirmé très justement « *la médiation n'est pas une démission du juge mais [bien] une des missions du juge* »²⁰¹.

La pratique prudente des acteurs du milieu et le manque d'informations ont pour conséquence que la médiation est souvent perçue par les justiciables de manière erronée²⁰² comme mode de résolution inefficace²⁰³. Selon toute vraisemblance, un renversement de paradigme pourrait se produire si l'État incluait la médiation dans le champ d'application de l'AJ. En effet, une institutionnalisation accrue légitimise et accentue la visibilité du processus tout en écartant les méfiances²⁰⁴. En élargissant le champ d'application de l'AJ pour couvrir la médiation, cela

¹⁹⁵ BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 224.

¹⁹⁶ Art. 11 Code Suisse de déontologie (CSD).

¹⁹⁷ LÉVY, Avocat, p. 124 ss ; JEANDIN, p. 4.

¹⁹⁸ MIRIMANOFF, RJM, p. 544.

¹⁹⁹ MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 5 ; LÉVY, Avantages, p. 474.

²⁰⁰ MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 71 ss.

²⁰¹ Citation de Charles JARROSSON, Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris).

²⁰² BECKER *et al.*, p. 285.

²⁰³ CEPEJ, Guide de médiation, p. 8.

²⁰⁴ Dans la même idée : BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 222.

refléterait l'image d'un procédé dans lequel les institutions étatiques ont confiance et investissent. Il en ressort une validation et une approbation plus prononcées de la médiation comme moyen de guérir les conflits.

2. Pour l'État et les cantons

Au premier abord, l'idée de faire supporter le coût de la médiation par l'État apparaît comme un poste supplémentaire dans les dépenses, déjà astronomiques, consacrées au pouvoir judiciaire²⁰⁵. Toutefois, examinée sous d'autres facettes, elle pourrait finalement s'avérer intéressante financièrement à divers égards.

a) Une volonté de déjudiciarisation

La déjudiciarisation s'entend comme un mouvement selon lequel, pour trouver une solution à un conflit, la loi privilégie le dialogue et les voies consensuelles entre les parties plutôt que l'intervention des juridictions étatiques²⁰⁶. Ce phénomène a, mondialement, suscité un gain d'intérêt dès les années 1970²⁰⁷. La popularisation des règlements extrajudiciaires des litiges fait état d'une évolution dans la perception du droit et de la justice²⁰⁸. Le message accompagnant l'introduction de la médiation dans le CPC en 2011 va dans ce même sens. Le CF exprime son intention d'accorder une place privilégiée à la résolution amiable, soucieux de la mise en place d'une justice permettant des solutions plus durables et appropriées²⁰⁹. Cette ère de déjudiciarisation s'inscrit à la suite de nombreuses années marquées par la précipitation systématique des individus en conflit vers les tribunaux. Ce réflexe s'est d'autant plus ancré chez les citoyens par l'ignorance des autres modes alternatifs de résolution des différends²¹⁰. Pour la plupart, « *le combat frontal dans l'arène judiciaire [est le] moyen normal, socialement accepté et psychologiquement satisfaisant de résoudre les conflits* »²¹¹. Cela a conduit à un engorgement des voies judiciaires et à un ralentissement du rythme de la justice. De cette façon, les justiciables sont plongés dans d'éprouvants mois d'attente avant de pouvoir mettre un point final à leurs litiges.

Cette tendance à la judiciarisation des conflits sociaux est causée par plusieurs facteurs. D'abord, la multiplication et complexification des lois ont fait perdre leur accessibilité à tout un chacun²¹². Le monde juridique est cantonné par de nombreux codes et coutumes procédurales le rendant fortement hermétique pour des individus extérieurs²¹³. La difficulté de compréhension et la technicité des outils législatifs rendent l'accès à la justice d'autant plus épineux²¹⁴. Ensuite, le recours à des avocats est devenu presque indispensable pour porter son

²⁰⁵ MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 43 ; CEPEJ, Rapport 2020, p. 20 s.

²⁰⁶ Définition inspirée du Larousse, disponible sous :

<<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9judiciarisation/188589#:~:text=Fait%2C%20pour%20la%20loi%2C%20de,de%20recourir%20%C3%A0%20la%20justice>> (consulté le 29 avril 2024).

²⁰⁷ FF 2006 6841, p. 6870 ; JEANDIN, p. 5.

²⁰⁸ FARINE, p. 186.

²⁰⁹ FF 2006 6841, p. 6943 ; FF 2006 6841, p. 6860.

²¹⁰ LÉVY, Avantages, p. 474 ; Parlement européen, Cost, p. 9 ; BECKER *et al.*, p. 298 et 394 s.

²¹¹ LÉVY, Avantages, p. 474.

²¹² SALBERG, Lien, p. 1402.

²¹³ CHOFFAT, p. 181.

²¹⁴ Livre vert, N 5.

litige devant un tribunal. En outre, les conflits qui intègrent une composante internationale se multiplient au vu de la mondialisation des échanges²¹⁵. La résolution de tels litiges est d'autant plus complexe et se caractérise par une lenteur procédurale marquée. De surcroît, les possibilités de recours et d'appels à plusieurs échelons sont d'ordre à prolonger le temps des procédures. Nous apercevons déjà à ce stade, un besoin de déformalisation et déprofessionnalisation de la justice afin de rendre l'exercice des droits plus accessible.

Par ailleurs, l'affrontement des droits en justice alimente une polarisation et un isolement des individus²¹⁶. La judiciarisation des conflits contribue à la méfiance ambiante de l'autre et a pour conséquence la dégradation du tissu social. Le fonctionnement de la procédure judiciaire alimente cette défiance de par son issue en une décision qui tranche en faveur de l'une ou l'autre partie, respectivement un gagnant et un perdant²¹⁷. L'achèvement du conflit résulte en une rupture d'autant plus profonde atomisant les parties²¹⁸. S'ajoute à cette idée que bien qu'une partie ressorte « vainqueur » de la procédure, la décision rendue n'est souvent pas alignée aux attentes espérées. La décision du tribunal intervient aussi souvent trop tard, alors que les parties sont épuisées émotionnellement et financièrement²¹⁹. Ainsi, de ce point de vue, les démarches entamées pour promouvoir la déjudiciarisation sont notamment motivées par une volonté d'apaiser les tensions relationnelles et favoriser la paix sociale.

Ce changement global de paradigme dans la méthode de guérison des conflits se fait ressentir par le besoin d'une justice durable, teintée de rapidité et offrant des résultats raisonnables²²⁰. Ainsi, la médiation s'érige en ce sens comme une des solutions à la déjudiciarisation. Elle permet aux parties de se réapproprier le conflit en délestant le juge d'une tâche qui lui est propre²²¹. Le juge se retire de sa puissante position et redonne en mains des parties la faculté de solutionner consensuellement leur conflits²²². En effet, en médiation, la résolution du conflit ne résulte pas de l'application de dispositions législatives mais naît de la collaboration des parties²²³. Une inversion des rôles s'opère et les parties déterminent la solution en lieu et place du juge. L'issue du différend n'est alors plus imposée mais est le fruit d'échanges entre les parties²²⁴. Le modèle juridique fondé sur le positivisme juridique n'est plus en accord avec la réalité sociale et la nature des relations humaines²²⁵. Ainsi, la vision contemporaine de la justice est en pleine métamorphose. La médiation participe à cette transformation en offrant la possibilité aux justiciables de créer une justice plus privée²²⁶, consensuelle et plus proche de leurs valeurs²²⁷. La détermination et la recherche d'intérêts communs invitent les parties à la collaboration au détriment de leur adversité et animosité²²⁸. Par ce biais, les désillusions quant aux décisions imposées par le juge tout comme les recours sont également évités. En ce sens,

²¹⁵ Livre vert, N 6.

²¹⁶ SALBERG, Lien, p. 1401.

²¹⁷ SALBERG, Lien, p. 1401 ; VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 46.

²¹⁸ SALBERG, Lien, p. 1401.

²¹⁹ Perspective médiation, Neuchâtel (dès 10^{ème} min).

²²⁰ MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 44 ; WEIL-GUTHMANN, p. 235.

²²¹ FARINE, p. 187.

²²² SALBERG, Lien, p. 1401 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 330.

²²³ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 50.

²²⁴ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 330 ; Livre vert, N 10 ss ; SALBERG, Lien, p. 1402 ; FARINE, p. 190.

²²⁵ SALBERG, Lien, p. 1402.

²²⁶ MIRIMANOFF, Médiation commerciale et civile, p. 110.

²²⁷ WEIL-GUTHMANN, p. 233.

²²⁸ SALBERG, Lien, p. 1401.

la structure d'une solution perdant/gagnant est troquée contre une solution gagnant/gagnant²²⁹. Les arrangements mis en œuvre par les parties sont alors teintés de plus de justesse et permettent à tout un chacun d'en tirer des avantages²³⁰. La médiation contribue, en sus, à la paix sociale en réinjectant par le biais des échanges, dans un cadre intimiste, une confiance à l'égard d'autrui. Elle fait aussi entrevoir aux parties l'espoir de la possibilité de trouver une issue à leur conflit d'un commun accord.

En finançant le processus de médiation par l'AJ, une partie des cas se trouveraient à ne plus être traités devant la justice²³¹. Les tribunaux se trouveraient donc plus fréquemment en charge des affaires qui ne peuvent pas ou ne sont pas appropriées à une résolution par ce processus. Sont visées notamment à cet égard les cas où il existe un déséquilibre dans le rapport de force entre les parties, un besoin de protection de la partie faible, une mauvaise foi flagrante, ou encore un cas d'incapacité de discernement²³². Les magistrats pourraient alors consacrer plus de temps à chaque affaire et se réjouir d'une diminution de stress²³³. L'évolution permanente de la société et l'apparition de nouveaux enjeux impliquent pour le juge d'accorder d'autant plus d'attention aux nouvelles questions émergentes²³⁴. Le massif flux d'affaires à traiter n'aide, en ce sens, pas à rendre des réponses précises et développées. Le temps dégagé par la décharge d'affaires en médiation, permettrait alors de traiter ces nouvelles affaires avec plus d'efficacité et de précaution. La déjudiciarisation présente ainsi l'avantage d'engendrer un impact positif sur le rendu d'une justice plus qualitative.

En outre, lorsque les parties n'ont pas réussi à médier sur tous les aspects du conflit, elles pourront toujours, pour le surplus, se tourner vers le juge. Ce dernier tranchera alors uniquement sur les points qui font l'objet de divergences et qui n'ont pas pu être estompés par le biais des discussions. Le passage devant le tribunal serait alors facilité et accéléré. Finalement, les autorités judiciaires seraient plus souvent confrontées à une simple ratification des accords. Son activité serait ainsi occupée plus abondamment par une fonction de garde-fous²³⁵.

b) Une réduction générale des coûts de la justice

La déjudiciarisation est aussi commandée par une volonté de réduire les coûts de l'État dans le domaine judiciaire²³⁶. La Suisse est un des pays qui dépense en moyenne le plus d'argent par habitant pour la justice²³⁷. Le bon fonctionnement du système judiciaire représente en soi un important coût matériel et humain par le grand nombre d'acteurs qu'elle implique²³⁸. Paradoxalement, le fait d'élargir l'AJ à la médiation est propre à réduire le budget accordé à cette branche. En effet, lorsque les parties entament une médiation, cela implique qu'elles ne portent *a priori* pas leur litige devant un tribunal. L'État finance ainsi de cette façon les coûts d'une médiation, à défaut de ceux d'une procédure judiciaire. Cette constatation fait déjà état

²²⁹ MIRIMANOFF, Question 2.

²³⁰ SALBERG, Lien, p. 1401.

²³¹ Grand Conseil vaudois, RC-MOT(17_MOT_006), p. 2.

²³² VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 62 ; MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 4.

²³³ WEIL-GUTHMANN, p. 235 ; Grand Conseil genevois, PL 12854, p. 31 ; MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 76.

²³⁴ WEIL-GUTHMANN, p. 235.

²³⁵ SALBERG, Lien, p. 1403.

²³⁶ MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 109 ; Livre vert, N 5.

²³⁷ CEPEJ, Rapport 2020, p. 21 ss.

²³⁸ FARINE, p. 187.

d'un avantage économique car la médiation implique des frais nettement moins élevés que ceux d'une procédure²³⁹. Il serait donc plus dispendieux pour l'État de financer l'assistance judiciaire des parties en procédure judiciaire plutôt qu'en processus de médiation.

De surcroît, il convient de prendre en considération le facteur temps de chacune de ces deux voies. Le processus de médiation s'étend généralement sur une période courte notamment en raison du fait qu'il ne repose pas, contrairement aux procédures, sur le calendrier judiciaire. Dans 80% des cas, le processus de médiation ne s'étend que sur cinq séances se répartissant respectivement sur quelques heures. En outre, les parties parviennent à un accord, limitant alors une ultime étape devant les autorités judiciaires dans 70% des cas²⁴⁰. Néanmoins, il n'est pas exclu que le cours de la vie des médiateurs évolue et les oblige à amender leur accord initial de médiation. À cet égard, par exemple des modifications dans la répartition de la contribution d'entretien de l'enfant et des ajustements du jugement de divorce sont fréquentes. Toutefois grâce à une communication restaurée lors du processus, ces détails pourront probablement être discutés à l'amiable.

Par ailleurs, l'art. 123 CPC prévoit que les sommes déboursées à titre d'AJ doivent être remboursées dès lors que la partie qui en a bénéficié retourne à meilleure fortune²⁴¹. L'AJ constitue pour le canton une créance publique auprès des justiciables, remboursable dans un délai qui se prescrit par dix ans dès la clôture définitive de l'affaire²⁴². En théorie ces montants devraient donc être recouverts par les cantons et sont assimilables à un prêt auprès des justiciables dans le besoin. Toutefois, la pratique démontre que les cantons peinent à se faire rembourser la totalité de ces sommes. Pour illustrer ces propos, prenons les situations dans les cantons de Fribourg et de Vaud. En 2021, les autorités fribourgeoises n'ont récupéré qu'environ 10% des CHF 5,5 millions avancés à titre d'AJ dans des procédures civiles²⁴³. Dans le canton de Vaud, le taux de recouvrement de ces cinq dernières années est nettement plus élevé et avoisine les 65%. En 2023, l'État de Vaud a déboursé près de CHF 24 millions à titre d'AJ et en a recouvré environ CHF 15,8 millions²⁴⁴. Cette difficulté des parties à rembourser ces sommes s'explique par le fait qu'elles restent dans des situations précaires sur le long terme. À cet égard, les bénéficiaires de l'AJ se répartissent principalement en deux catégories. D'une part, nous distinguons les personnes temporairement indigentes dont la situation financière difficile résulte d'une période délicate telle qu'une perte de travail, d'un divorce ou d'une incapacité passagère²⁴⁵. Ces cas sont propres à se résorber naturellement et une amélioration de leurs situations financières est hautement probable par le gain de nouveaux revenus provenant d'un retour à l'emploi ou d'un héritage. D'autre part, demeurent les bénéficiaires en incapacité de recouvrer les sommes engagées car ils perçoivent des salaires trop peu élevés ou se maintiennent financièrement uniquement grâce à des rentes sociales²⁴⁶. Dans ces situations, le retour à une situation financière confortable est peu probable. La créance publique se transforme alors en une perte pour l'État. Dans l'hypothèse où l'AJ s'étend à la médiation, cette perte pourrait être réduite. En effet, les montants engagés par l'État à ce titre seront

²³⁹ MIRIMANOFF, Médiation esquisse, p. 43.

²⁴⁰ FSM, Enquête 2014, p. 8.

²⁴¹ CR CPC-TAPPY, art. 123, N 5.

²⁴² Art. 123 al. 2 CPC.

²⁴³ RTS, Fribourg.

²⁴⁴ Chiffres obtenus auprès de la Direction du recouvrement de l'État de Vaud.

²⁴⁵ RTS, Fribourg.

²⁴⁶ RTS, Fribourg.

automatiquement moins conséquents notamment en raison, de la durée limitée de la médiation, du coût des honoraires du médiateur et l'absence d'abondants frais administratifs judiciaires.

De surcroît, comme déjà évoqué (*supra* b), le canton de Genève a poussé plus loin cette réflexion sur les coûts élevés du domaine judiciaire. En ne conditionnant pas la gratuité du processus à la situation économique des parties, comme c'est le cas pour l'AJ, le canton s'évite une charge encombrante, en particulier sur les plans financiers et administratifs²⁴⁷.

c) Un amoindrissement des coûts étatiques dans d'autres domaines

La prise en charge financière de la médiation par l'État n'est pas uniquement propre à réduire les dépenses du domaine juridique. En effet, les litiges ont également un coût social étatique important²⁴⁸.

Le conflit est intrinsèquement et indéniablement corrélé aux émotions²⁴⁹. Les parties sont souvent tourmentées par leurs problèmes et ces derniers se répercutent de manière néfaste sur le quotidien. La longueur des procédures judiciaires aggrave la problématique et implique que les parties se trouvent atteintes de manière prolongée. Ces complications peuvent alors se traduire par des difficultés personnelles et relationnelles. À titre d'illustration, nous mentionnons comme conséquences préjudiciables usuelles, des perturbations au sein du cadre familial, des impacts négatifs sur le développement de l'enfant et des décrochages scolaires ou universitaires²⁵⁰. Dans le cadre du travail en particulier, lorsque les conflits ne sont pas proprement réglés, ils peuvent être un facteur déclencheur de dépression, de *burn-out* ou encore de perte d'emploi²⁵¹. Plus globalement, les conflits sont susceptibles de provoquer de profondes atteintes à la santé mentale des parties, des troubles psychologiques ou des maladies²⁵².

Par opposition au combat judiciaire, la résolution des différends par la médiation a un effet sur l'apaisement du conflit et des blessures qu'il a provoquées. La médiation offre un cadre qui laisse vivre intensément et de manière passagère le conflit²⁵³. Elle autorise l'expression des rancœurs, des peurs et des appréhensions²⁵⁴. L'effervescence passagère des émotions fait ensuite place à une plus grande sérénité. Le sentiment de paix avec le conflit se manifeste souvent par la liberté d'avoir pu exprimer ses frustrations, s'être fait entendre et reconnaître par l'autre dans ses sentiments²⁵⁵. L'identification de ses véritables besoins pour la recherche de solutions invite les parties à une introspection parfois révélatrice et guérissante²⁵⁶. En ce sens, la médiation a une dimension thérapeutique en raison des considérations psychologiques et sociales qu'elle invoque²⁵⁷. Il en ressort l'avantage pour un médiateur d'être correctement formé, notamment à la psychologie des relations humaines ainsi qu'à la gestion des émotions²⁵⁸.

²⁴⁷ Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 80 s.

²⁴⁸ MONBARON, p. 111 ; Grand Conseil genevois, PL 12854-A, p. 83.

²⁴⁹ CHOFFAT, p. 185.

²⁵⁰ Grand Conseil genevois, PL 12 854, p. 31.

²⁵¹ Grand Conseil genevois, PL 12 854, p. 31.

²⁵² GANANCIA, p. 111.

²⁵³ BATSARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 225.

²⁵⁴ SALBERG, Lien, p. 1406.

²⁵⁵ GANANCIA, p. 112.

²⁵⁶ BECKER *et al.*, p. 92 ; WEIL-GUTHMANN, p. 229 et 231.

²⁵⁷ CHOFFAT, p. 185 ; SAMBETH GLASNER, Médiation commerciale, p. 77 ; WEIL-GUTHMANN, p. 233.

²⁵⁸ CHOFFAT, p. 186 ; MIRIMANOFF, Médiation civile et commerciale, p. 101.

La réparation profonde du conflit en limite les répercussions et conséquences néfastes. Ainsi, par le biais du processus de médiation, certains coûts étatiques sociaux sont évités particulièrement dans le domaine de la santé publique.

3. Pour les avocats

Au premier abord, la couverture de la médiation par l'AJ peut être vue d'un mauvais œil par les avocats. En effet, en permettant aux personnes indigentes de pouvoir recourir à la médiation, l'accès à ce mode est facilité pour une plus large portion de la population. Cela constitue *a priori* un désavantage car en médiation, comme souligné précédemment, les avocats n'incarnent pas le premier rôle²⁵⁹. Par opposition à la majorité des procédures judiciaires, leur présence n'est pas indispensable et les parties peuvent mener le processus seules. Ainsi, les avocats sont animés par la crainte d'une baisse de clientèle qui décide d'entreprendre un processus de résolution de manière autonome.

Toutefois, la diversité des formes d'accompagnement offerte par un avocat peut attirer une clientèle désireuse de résoudre ses conflits différemment. De la sorte, la pluralité des services proposés permet d'encaisser une somme provenant d'une activité différente de celle exercée devant les tribunaux²⁶⁰. La médiation s'ouvre ainsi comme un nouveau marché²⁶¹ dans lequel l'avocat peut mettre à profit des compétences plus humaines qui s'ajoutent à son arsenal de connaissances juridiques²⁶². La couverture de la médiation par l'AJ ouvre également la possibilité aux avocats d'offrir à leurs mandants une voie supplémentaire d'accès à la justice sans que celle-ci ne soit gênée par un obstacle financier. Enfin, l'avocat a aussi son rôle à jouer dans la sensibilisation des parties à la médiation. En leur exposant les avantages et les inconvénients d'un tel processus en comparaison avec une procédure judiciaire²⁶³, les parties se laisseront peut-être convaincre d'entamer une médiation aux côtés d'un avocat.

Par ailleurs, les conseils sont généralement mus par diverses craintes face au processus de médiation en raison de la peur de perte de statut, d'argent ou encore de clients. Ils endossent une défiance à son égard²⁶⁴ et, dès lors, ne la propose que rarement. En finançant par l'AJ, tant les frais de médiation que les frais de procédure judiciaire, l'État légitimise le statut de la voie amiable. De la même façon qu'elle profite aux parties, l'institutionnalisation du processus, pourrait également réconcilier les avocats et la médiation. Finalement, pour qu'un changement de perspective sur la vision de la médiation s'opère chez les avocats, nous rappelons l'importance de l'information et de la sensibilisation.

B. Critiques et enjeux d'un financement étatique

Les incitations financières sont efficaces pour encourager les individus à faire appel à la médiation. Toutefois le financement étatique de la médiation et sa glorification sont la cible de critiques sur les potentielles dérives qui peuvent en résulter. Des opposants craignent

²⁵⁹ LÉVY, Avantages, p. 474.

²⁶⁰ LÉVY, Avantages, p. 475 ; LÉVY/TILLE, p. 22.

²⁶¹ LÉVY/TILLE, p. 22.

²⁶² LÉVY/TILLE, p. 23.

²⁶³ LÉVY/TILLE, p. 21.

²⁶⁴ LÉVY, Avantages, p. 474.

naturellement que cela représente une dépense étatique superflue. Outre cette inquiétude budgétaire, d'autres critiques à l'égard du processus se font entendre.

1. L'impact sur la confidentialité et l'indépendance du processus

Une médiation financée par l'État peut entrer en tension avec deux principes qui assurent le bon déroulement du processus : la confidentialité et l'indépendance quant à l'État. Le support des frais de la médiation par l'État risque de mettre en péril ces deux aspects.

Dans l'hypothèse où l'État procède lui-même à la rémunération du médiateur, il a un intérêt public prépondérant et incontestable à ce que le médiateur soit choisi avec soin. Lorsque l'État finance le processus, des conditions relatives à la personne du médiateur et en particulier sur sa formation peuvent alors être imposées. À ce titre, les cantons dressent usuellement une liste des médiateurs agréés sur leur territoire qui atteste de leurs qualifications. En imposant aux médiateurs de choisir parmi une sélection établie, leur liberté organisationnelle est réduite. Le TF a d'ailleurs confirmé dans une affaire 2C_283/2020 du 5 février 2021 que lorsque la médiation est aux frais de l'État, les cantons peuvent effectivement légiférer sur les conditions que doivent revêtir les médiateurs.

Toutefois, dans les cas où les parties autofinancent leurs frais de médiation, la réglementation qui entoure les qualifications du médiateur est sujette à controverse. En effet, l'objet divise la doctrine au vu de son importante restriction de l'art. 215 CPC. Une partie des auteurs soutiennent que l'autonomie des parties prime et doit, de ce fait, permettre aux médiateurs de librement désigner à quel médiateur ils font appel²⁶⁵. D'autres sont d'avis que, bien qu'altérant le caractère indépendant du processus, l'intérêt public de solliciter uniquement des professionnels ayant suivi une formation adéquate justifie une brèche au principe²⁶⁶. Le TF a finalement suivi le premier avis exposé et confirme l'intérêt prédominant des parties à choisir le médiateur dans les cas où elles financent seules la médiation. Dans ces cas, la Haute Cour suisse admet qu'il n'est pas concevable d'instituer une forme de monopole et réduire l'autonomie des parties²⁶⁷. Dans son jugement, le TF rend encore attentif au risque de faire dépendre le processus de l'intervention d'un médiateur agréé. En effet, elle précise que cela pourrait amener les parties à renoncer à leur projet de médiation simplement parce que le médiateur désiré ne figure pas sur la liste²⁶⁸. Ainsi, l'impossibilité d'avoir recours au médiateur choisi initialement pour des raisons financières, linguistiques ou de compétences spécifiques à un domaine, pourrait amener les parties à abandonner leur intention de recourir à la médiation²⁶⁹. De la sorte, l'engagement en médiation a voulu être facilité en privilégiant le libre choix du médiateur.

En outre, il est difficile d'imaginer que l'État n'ait aucun compte rendu, ni main mise sur le déroulement et l'avancée du processus²⁷⁰. Il est dans l'avantage logique de l'État de savoir comment sont utilisés ses fonds et s'ils le sont parcimonieusement²⁷¹. Dans une volonté d'utilisation efficace, l'État pourrait émettre des instructions sur les modalités de déroulement

²⁶⁵ PC CPC- BEYELER/HEINZMANN, art. 218, N 6 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 13a.

²⁶⁶ BEYELER, p. 356, N 403 ; PRADERVAND-KERNEN, p. 450.

²⁶⁷ TF, 2C_283/2020 du 5 février 2021, consid. 5.7.6.

²⁶⁸ TF, 2C_283/2020 du 5 février 2021, consid. 5.7.5.

²⁶⁹ TF, 2C_283/2020 du 5 février 2021, consid. 5.7.5.

²⁷⁰ BEYELER, p. 349, N 361.

²⁷¹ BEYELER, p. 349, N 359.

de la médiation²⁷². Les parties seraient potentiellement restreintes dans leur liberté de choix quant au lieu de rencontre ou au nombre de séances. Dans le prolongement de cette réflexion, nous sommes d'avis que l'établissement de quotas d'heures couverts, tels que mis en place dans quelques législations cantonales empiètent déjà sur l'autonomie des parties. Ces plafonds pourraient aussi constituer une pression pour les parties à conclure un accord dans le nombre d'heures imparti. Les médiateurs axeraient alors essentiellement leurs discussions sur la recherche d'une résolution sans se donner le temps d'aborder toutes les facettes du conflit. Dans la même veine, certaines législations font dépendre l'aide financière de la conclusion d'un accord. Ce choix législatif est questionnable et risqué pour le bon déroulement du processus²⁷³. Les parties sont d'autant plus restreintes dans leur liberté car elles sont par hypothèse pressurisées à conclure un accord qui ne leur correspond pas pour s'exonérer des frais. Ces éléments ont indéniablement une incidence sur l'indépendance du processus et sa confidentialité.

2. *L'absence de garanties*

En médiation, la liberté laissée aux parties dans la détermination de leur solution contribue à une forme de justice privée qui échappe à l'application des règles étatiques et des garanties protectrices prévues pour les justiciables²⁷⁴. La pratique de la médiation fait naître des doutes quant au développement d'une institution de « *sous droit* » dans laquelle les garanties procédurales sont oubliées²⁷⁵. Cet argument contre la médiation se fonde sur le postulat que les lois régissent les rapports sociaux et sont éminemment élaborées dans une optique de préserver la partie faible²⁷⁶. Il règne ainsi une peur quant à la création d'une justice de second ordre²⁷⁷. Cette crainte se manifeste aussi par la probable émergence d'abus dans la gestion des situations privées notamment dus à un déséquilibre de forces et à l'absence de garanties pour y pallier²⁷⁸. Ces derniers propos rejoignent d'ailleurs un argument émis par les milieux féministes lors des discussions entourant l'introduction de la médiation dans le Code civil en 1995. Pour eux, l'utilisation de la médiation dans le cadre particulier du divorce est inadéquate. En effet, le processus est accusé de constituer un instrument de domination des hommes sur les femmes, se fondant sur la « *soi-disant* » plus grande facilité à négocier de la gente masculine²⁷⁹. Il est alors craint que la partie, dite plus forte, incarnée par l'homme, ait un ascendant plus grand sur son épouse²⁸⁰.

La médiation incarne la figure emblématique d'une résolution informelle. Néanmoins, le droit n'est pas absent des séances de médiation²⁸¹. En effet, bien que la solution n'émane pas d'une interprétation et application stricte des lois, celles-ci ne sont tout de même pas ignorées. Le droit occupe ainsi même une part élémentaire et indispensable des discussions en séance²⁸².

²⁷² BEYELER, p. 349, N 359.

²⁷³ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 5.

²⁷⁴ MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 73 ; LÉVY, Avantages, p. 471 s.

²⁷⁵ SALBERG, Lien, p. 1406 ; BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 220.

²⁷⁶ WEIL-GUTHMANN, p. 228.

²⁷⁷ MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 73.

²⁷⁸ MIRIMANOFF, Juge comme prescripteur, N 73 ; BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 220.

²⁷⁹ GUY ECABERT, Pari, p. 48.

²⁸⁰ SALBERG, Histoire, p. 103.

²⁸¹ LÉVY, Avantages, p. 471.

²⁸² LÉVY, Avantages, p. 472.

En encourageant, notamment financièrement, les parties à emprunter la médiation, l'État n'est pas pour autant déchargé de sa responsabilité d'assurer l'utilisation effective de la voie traditionnelle d'accès en justice²⁸³. Ainsi, les injonctions du CPC incitant le recours à la médiation et l'intention du CF de prioriser les MARC ne doivent pas péjorer la possibilité des justiciables de porter leurs litiges devant un tribunal²⁸⁴. Les démarches poursuivies par l'État en vue de promouvoir la médiation sont guidées par une envie de démontrer qu'il existe une cohabitation des voies juridictionnelles et non juridictionnelles. Il n'y a donc pas de rivalité entre les deux modes mais chacun offre une forme différente et complémentaire de résolution.

3. *La dénaturation de la médiation*

Face à l'institutionnalisation croissante de la médiation, des doutes fusent quant à la pérennité du processus. Certains auteurs s'inquiètent que la médiation « *perde son âme* »²⁸⁵ et que son esprit soit dénaturé par son utilisation accrue. Il est redouté que la médiation devienne une simple banalité et étape incontournable dans la procédure²⁸⁶. Le risque peut se manifester dans une implication psychologique et émotionnelle moins accrue dans le processus²⁸⁷. L'institutionnalisation de la médiation, bien que favorisant sa visibilité, ne contribuerait-elle pas à son inscription dans le prolongement de la machine judiciaire ?²⁸⁸. Il y a alors lieu de s'interroger comment « [...] *garder la médiation à une juste distance des tribunaux, pour lui éviter d'être soumise à des pressions, tout en lui permettant d'avoir des clients et d'accéder à des ressources publiques ?* »²⁸⁹. Cette citation reflète, à notre sens, brillamment la question complexe que pose le financement des frais de la médiation.

C. Constats

Premièrement, l'argent représente un bras de levier important dans le recours à la médiation²⁹⁰. Les cantons suisses, dotés dans leurs législations de dispenses de frais supérieures au minimum, constatent une nette majoration des recours à la médiation²⁹¹. Pour les personnes indigentes, le devoir de payer le processus d'une résolution à l'amiable est fortement dissuasif et n'est souvent même pas envisagé par manque de moyens. De ce point de vue, l'accès à toute les formes de justice n'est pas égalitaire entre les individus et dépend de leur situation sociale. Nous confirmons donc à ce stade être en présence d'une médiation à « *deux vitesses* ».

Deuxièmement, la couverture de la médiation par l'AJ permet d'exploiter plus largement les bénéfices du processus, tant à l'échelle individuelle que sociétale. À l'ère où les incertitudes sont omniprésentes, la pérennité de la société se doit de reposer sur un noyau solide de cohésion sociale. L'émancipation de la médiation profite à l'État sur le plan budgétaire, et participe à la confiance suscitée envers les autorités judiciaires par la qualité de ses décisions. La déjudiciarisation facilite en ce sens l'accès efficace et efficient à la justice.

²⁸³ BECKER *et al.*, p. 78 s.

²⁸⁴ MIRIMANOFF, *Médiation civile et commerciale*, p. 96.

²⁸⁵ BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 225.

²⁸⁶ WEIL-GUTHMANN, p. 235.

²⁸⁷ WEIL-GUTHMANN, p. 235.

²⁸⁸ BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 226.

²⁸⁹ BASTARD/CARDIA-VONÈCHE, p. 227.

²⁹⁰ BOONE/LOUVEAUX, p. 353.

²⁹¹ LÉVY, *Médiation commerciale*, p. 217.

Enfin, pour conclure cette partie, il y a lieu de relever le conflit d'intérêts qui entoure la médiation. Son institutionnalisation plus marquée est mise en tension par les risques qu'elle occasionne. La médiation est tiraillée entre la volonté d'être contenue à l'écart de la machine judiciaire et la visibilité officielle qui peut lui être donnée par son financement étatique. L'introduction de l'AJ pour la médiation questionne en outre sur le respect des principes fondateurs du processus tels que l'indépendance, la confidentialité et l'autonomie d'organisation. A ce stade, il s'agirait néanmoins de déterminer si une médiation strictement à la charge des parties permettrait de préserver de tels aspects.

IV. L'incidence d'une médiation payante par les parties

Le précédent chapitre s'est intéressé dans une grande partie aux principales plus-values d'une médiation prise en charge par l'État sous le couvert de l'AJ. Cette vision présente aussi toutefois des risques de péjorer l'efficacité du processus. Cette présente partie du travail se penche sur l'incidence d'une médiation à la charge des parties.

A. L'autonomie des parties

Le principe de l'autonomie des parties de l'art. 215 CPC constitue le fondement du processus de médiation. Les parties assument la responsabilité de l'organisation de la médiation et s'entendent sur son déroulement. Elles s'activent à entreprendre les démarches nécessaires pour désigner entre autres un médiateur, un lieu et les horaires des séances²⁹². Elles endossent ainsi un rôle actif qui les conforte dans l'idée qu'elles sont aux commandes du processus. L'autonomie d'organisation constitue le pendant d'une médiation entièrement supportée financièrement par les parties²⁹³. Le fait que l'État prenne à sa charge le processus dans une quelconque mesure est propre à constituer en soi une restriction à l'art. 215 CPC²⁹⁴. En effet, les parties sont alors privées de décider comment la répartition des frais s'opère. La charge organisationnelle et financière qu'implique la mise en œuvre du processus renforce la participation appliquée des médiateurs. Toutefois, en pratique, l'autonomie des parties est une forme de leurre. L'expérience démontre que les médiateurs ont besoin d'être orientés et dirigés pour la mise en place du processus. Un accompagnement est nécessaire par les autorités et l'aide du médiateur est fondamentale dans la démarche. Face à cette réalité, le refus, souvent évoqué, de prendre en charge les frais de médiation au nom de l'autonomie d'organisation²⁹⁵ perd de son sens.

B. La responsabilisation du conflit

La responsabilisation des parties face au conflit est la force motrice de la médiation²⁹⁶. En anglais, cette notion se traduit par « *empowerment* » qui signifie littéralement « *la prise de pouvoir* »²⁹⁷. La médiation repose sur la capacité d'autodétermination des parties de prendre les

²⁹² BEYELER, p. 326, N 218.

²⁹³ CR CPC-BOHNET, art. 215, N 2 ; FF 2006 6841, p. 6945.

²⁹⁴ BEYELER, p. 349, N 358.

²⁹⁵ BEYELER, p. 349, N 358 ; KUKO-ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, art. 218, N 3.

²⁹⁶ BECKER *et al.*, p. 464.

²⁹⁷ BECKER *et al.*, p. 464.

décisions qui sont adéquates au regard de leur situation²⁹⁸. Dans cette perspective, le devoir du médiateur vise à accompagner les médians dans leur responsabilisation²⁹⁹.

Ce rôle actif des parties a pour origine un concept avancé par CHRISTIE dans les années 1970 : la réappropriation du conflit. Son idée repose sur le constat que les conflits ont été retirés de la propriété des principaux concernés³⁰⁰. À cet égard, l'auteur accuse en particulier les avocats de voler aux protagonistes la gestion et la responsabilité de solutionner leurs conflits³⁰¹. Le pouvoir d'agir s'est alors retrouvé en main des conseils et non plus des parties elles-mêmes, concernées par le différend³⁰². Ce phénomène se remarque notamment, par exemple, dans la réduction du temps de parole au tribunal accordé aux parties³⁰³. La complexification aigüe du système législatif n'a pas amélioré cette tendance. Les parties se sont alors vues contraintes de vivre leurs conflits à travers les connaissances juridiques de leurs avocats. Face à ce constat, la médiation se dessine comme une solution dès lors que l'avancée du processus est conditionnée par la participation active des parties. À cet égard, les frais de la médiation jouent un rôle en ce sens qu'ils encouragent à une responsabilisation plus accrue des parties. Par l'investissement financier qui doit être fourni, les médians se sentent d'autant plus concernés par le conflit et portent un plus grand intérêt sur le processus. Les parties sont plus conscientes des efforts à prodiguer pour parvenir à une solution adéquate. Par ce biais, elles éprouvent en sus une satisfaction à trouver une solution à leur conflit sans l'implication et le support financier de l'État³⁰⁴.

Les médians se sentent alors davantage acteurs à part entière du procédé et non pas réduits à de simples sujets de droit³⁰⁵. À défaut de subir le procédé qui mène à la résolution de leur différend, ils en sont au contrôle. Le paiement limite ainsi la présence passive des parties aux séances. En se réappropriant le conflit, les parties supportent elles-mêmes les risques résultant du conflit³⁰⁶. Elles respecteront également d'autant plus aisément l'accord trouvé de leur plein gré³⁰⁷.

C. L'implication dans le processus

L'autofinancement de la médiation par les parties les responsabilise de manière plus forte dans leurs implications du processus. À travers le paiement de leurs séances, les parties démontrent qu'elles déploient les efforts nécessaires pour parvenir à une solution. De la sorte, un investissement authentique plus qualitatif et sérieux est encouragé. L'engagement volontaire des parties est reflété par les sommes qu'elles sont prêtes à déboursier pour la résolution autonome de leur litige³⁰⁸. À l'inverse, le refus de payer peut se lire comme une incapacité

²⁹⁸ SALBERG, Lien, p. 1407.

²⁹⁹ BECKER *et al.*, p. 327.

³⁰⁰ CHRISTIE, p. 1.

³⁰¹ CHRISTIE, p. 4.

³⁰² BECKER *et al.*, p. 465.

³⁰³ WEIL-GUTHMANN, p. 228.

³⁰⁴ FF 2006 6841, p. 6861.

³⁰⁵ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 330 ; LÉVY, Avantages, p. 472.

³⁰⁶ LÉVY, Avantages, p. 473.

³⁰⁷ MIRIMANOFF/COURVOISIER, Question 2.

³⁰⁸ FAYEL.

psychique à s'engager³⁰⁹. L'argent représente la preuve symbolique de l'énergie et du temps voulant être consacré à ce processus. L'effort ne doit pas uniquement être psychologique mais doit également être matériel. L'expression « *chacun investit de soi* » illustre, selon nous, justement cette idée d'implication par l'argent mais aussi personnellement³¹⁰. Les parties espèrent à l'issue du processus éprouver de la gratification et bénéficier d'un retour personnel sur investissement³¹¹.

Un système payant par les parties garantit aussi que la prestation rendue soit immédiatement rémunérée par les personnes qui en bénéficient³¹². Il en découle un échange égalitaire « *donnant-donnant* »³¹³ pour la prestation fournie. Le médiateur rend alors son service en faveur des parties et pour le compte des parties. Dans le cas inverse d'une rémunération par l'État, le médiateur s'érige comme un intermédiaire agissant pour le compte de l'État et a pour but d'amener les parties à conclure un accord de médiation. Accessoirement, la prise en charge des frais par les parties est propre à influencer les prestations du médiateur. En effet, sa pérennité sur le marché dépend de ses performances et de sa capacité à accompagner de manière qualitative les parties vers une solution³¹⁴.

D. Constats

Le fait de payer la médiation instaure une plus profonde responsabilisation des parties dans le processus. Ainsi, les parties se sentent davantage impliquées dans la mise en œuvre d'une solution. Toutefois, si le paiement du processus n'est pas assuré par les parties, nous doutons que leur sentiment d'autonomie se dissipe pour autant.

V. Réglementation idéale concernant les frais de la médiation

La section présente vise à discuter et proposer une réglementation des frais de la médiation à l'aune des considérations émises tout au long de cet écrit. Les éléments mis en lumière dans ce travail nous ont permis d'avoir une vue d'ensemble des facettes et paramètres à prendre en considération afin de répondre à cette problématique. Notre travail s'est structuré en opposant la prise en charge de la médiation aux frais des parties à leur couverture par l'État sous l'angle de l'assistance judiciaire.

Nous soulignons, à titre préliminaire, que les quelques démarches cantonales entreprises pour alléger les coûts de la médiation font déjà état d'un bel effort et sont encourageantes. Toutefois, la législation fédérale actuelle restreint encore trop les cas de recours à la médiation. Le paiement de ces coûts constitue un frein important pour les parties, en particulier lorsqu'elles sont indigentes. Selon nous, il serait temps que le législateur fédéral s'attèle à réglementer cet aspect au niveau fédéral. Le CPC devrait prévoir que la médiation puisse être couverte par l'AJ dans tous types de litiges civils. L'exception de l'art. 218 al. 2 CPC pourrait donc être amendée

³⁰⁹ FAYEL.

³¹⁰ DELABRE.

³¹¹ FAYEL.

³¹² PC CPC-BEYELER/HEINZMANN, art. 215, N 9.

³¹³ DELABRE.

³¹⁴ BSK ZPO-RUGGLE, art. 218, N 6.

en ce sens que, lorsque les parties ne disposent pas des moyens financiers nécessaires, elles peuvent faire une demande d'assistance judiciaire pour couvrir leurs frais de médiation.

L'hypothèse d'une ouverture de l'AJ à la médiation impliquerait nécessairement la mise en place de conditions strictes et cautèles pour en limiter les dérives. À cet égard, nous trouvons judicieux que l'aide financière soit conditionnée au recours d'un médiateur agréé afin d'assurer la qualité du processus et des chances élevées d'aboutir. Toutefois, nous soutenons que la recommandation par un tribunal ne devrait pas constituer une condition à l'obtention de l'AJ. Cela favoriserait une utilisation large des médiations extrajudiciaires. Nous ajoutons encore que l'introduction de quotas d'heures couverts tels qu'observé dans les législations cantonales n'est pas approprié et s'accorde difficilement avec l'intention de promouvoir la médiation. Une disposition semblable à celle prévue dans le canton du Jura sanctionnant les comportements téméraires serait, à notre avis, suffisante pour limiter des prolongations indues du processus.

Pour combler d'autres éventuels abus, des mesures doivent, en sus, impérativement être envisagées par le législateur. Les grands défis d'une rémunération étatique des médiateurs sont les possibles manquements aux principes d'indépendance, de confidentialité et d'autonomie des parties. Cependant, selon nous, ces risques sont largement compensés par les bienfaits qui pourraient être retirés d'une couverture de la médiation par l'AJ. La mise en place de cautèles pour en limiter les dérives ne seraient toutefois assurément pas superflues. À cet égard, des sanctions disciplinaires pour les médiateurs qui ne respectent pas leurs obligations déontologiques et légales semblent aller dans ce sens. Par ailleurs, l'effet psychologique du paiement par les parties ne serait que peu altéré dans le cas où elles ne déboursaient momentanément aucune somme pour leur processus. Ainsi, le déroulement même de la médiation entraîne la responsabilisation des parties. Selon notre vision, le facteur « *paiement* » n'est pas négligeable mais n'a pas un poids prépondérant dans l'« *empowerment* » des parties en médiation.

VI. Conclusion

Ce travail avait pour objectif d'exposer la réglementation actuelle sur les frais de la médiation et leurs incidences sur le processus. Les diverses approches énumérées ont su refléter la complexité de la question entourant le financement des frais. Les différentes pratiques notamment cantonales au sein d'un même ordre juridique traduisent du clivage des opinions à cet égard. Tant l'ouverture de l'assistance judiciaire à la médiation que l'instauration d'une gratuité totale présentent des bénéfices et des risques. Or, nous pouvons établir qu'indépendamment de leurs formes ou leurs modalités, les incitatifs financiers sont nécessaires pour promouvoir la médiation. Bien qu'ils ne soient pas les seules mesures qui y contribuent, ils s'érigent comme un bras de levier sans égal. Le coût de la médiation constitue une variable non négligeable dans le choix d'y avoir recours. Actuellement, l'obstacle financier est encore trop dissuasif pour les parties.

L'étendue de l'assistance judiciaire à la médiation sur le plan fédéral constituerait déjà un effort remarquable de la part du législateur. Toutefois, à notre sens, instaurer une médiation gratuite à l'échelle nationale semble encore trop ambitieux à ce stade. Avant de parvenir à un renversement du principe général d'une médiation payante, des étapes supplémentaires sont encore nécessaires. Il serait intéressant de surveiller de près l'évolution de l'utilisation effective de la médiation dans le canton de Genève où d'ambitieuses mesures ont été entreprises. Cela permettra d'évaluer si les démarches ont contribué de manière satisfaisante à la promotion du processus. L'observation permettra aussi d'évaluer à proprement parler l'effet d'un tel financement sur l'indépendance et la confidentialité du processus quant à l'État.

Globalement, la médiation reste encore une institution trop marginale. Pour cette raison, la sensibilisation autour du processus doit perpétuer et même se multiplier. Les changements de mentalité prennent certes beaucoup de temps mais sont en cours dans les esprits des citoyens, des avocats et des magistrats. Pour parvenir à cette évolution, des efforts pluridisciplinaires, coordonnés et collectifs sont indispensables. En ce sens, les cantons et autorités sont sur la bonne voie en promouvant la médiation par la mise en place de permanences ou de bureaux spécialement dédiés à ce processus. L'effet psychologique d'être confronté à répétition à la notion de médiation est propre à susciter la curiosité et à se familiariser avec le procédé. Mais nous sommes d'avis que la simple information ne suffit pas, en particulier auprès des intermédiaires entre les parties et la médiation. À cet égard, les magistrats et avocats devraient être, d'une quelconque façon, sensibilisés obligatoirement à la médiation.

D'un point de vue plus large, favoriser un mode amiable de résolution permet de ralentir la judiciarisation des rapports sociaux. La médiation décharge les tribunaux en ouvrant la voie à une nouvelle ère de résolution axée sur les besoins des parties. L'utilisation plus accrue de la médiation contribuerait aux rapprochements des individus et à la reconstruction nécessaire d'un tissu social solide.

Bien conscients que la médiation ne peut être la solution à tous les conflits, la panacée serait que les justiciables aient le choix de leurs voies de résolution sans que l'aspect financier en constitue un obstacle majeur.