

Projet de révision des art. 213 à 218 CPC

MÉMOIRE

présenté

par

Léa Wyssbrod

sous la direction de la

Prof. Cinthia Lévy

Lausanne, le 28 mai 2021

Table des matières

BIBLIOGRAPHIE	III
TABLE DES ABREVIATIONS	VI
I. INTRODUCTION	1
II. QU'EST-CE QUE LA MÉDIATION ?	2
A. DÉFINITIONS GÉNÉRALES	2
B. CARACTÉRISTIQUES DE LA MÉDIATION	3
1. <i>Liberté d'adhérer et de mettre fin à la procédure</i>	3
2. <i>Médiateur neutre et indépendant</i>	3
3. <i>Confidentialité du processus</i>	4
C. DELIMITATIONS AVEC LA CONCILIATION	4
III. RÉGLEMENTATION ACTUELLE DE LA MÉDIATION DANS LE CPC	6
A. LES ART. 213 A 218 CPC.....	6
1. <i>Message du Conseil Fédéral</i>	6
2. <i>Art. 213 CPC – Médiation remplaçant la procédure de conciliation</i>	7
3. <i>Art. 214 CPC – Médiation pendant la procédure au fond</i>	7
4. <i>Art. 215 CPC – Organisation et déroulement de la médiation</i>	8
5. <i>Art. 216 CPC – Relation avec la procédure judiciaire</i>	9
6. <i>Art. 217 CPC – Ratification de l'accord</i>	9
7. <i>Art. 218 CPC – Frais de la médiation</i>	10
a) Renvoi au droit cantonal	10
B. ART. 297 CPC – ART. 307 CC – ART. 314 CC	11
C. ORGANISATION JUDICIAIRE LAISSEE AUX CANTONS	11
IV. CONSTAT	13
V. PROJET DE RÉVISION DES ART. 213 À 218 CPC	14
A. MÉDIATION JUDICIAIRE	14
1. <i>Introduction</i>	14
2. <i>Position de la Suisse</i>	14
3. <i>Droit comparé avec l'Italie</i>	15
4. <i>Droit comparé avec la Slovénie</i>	15
5. <i>Droit comparé avec la Belgique</i>	16
6. <i>Droit comparé avec la France</i>	16
7. <i>Analyse personnelle et modifications proposées</i>	16
B. SENSIBILISATION DES ACTEURS JURIDIQUES QUANT A LA MEDIATION	19
1. <i>Introduction</i>	19
2. <i>Rôle des magistrats</i>	19
a) Avantages pour les juges	21
3. <i>Rôle des avocats</i>	21
a) Avantages pour les avocats.....	22
4. <i>Sensibilisation de la population</i>	23
a) Changement de perspective pour la société.....	23
5. <i>Modifications proposées</i>	23
C. CONFIDENTIALITE	24
1. <i>Introduction</i>	24

2.	<i>Art. 7 de la directive européenne 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale du 21 mai 2008</i>	26
3.	<i>Art. 1728 du Code Judiciaire belge (CJ)</i>	26
4.	<i>Art. 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 pour la médiation judiciaire et extrajudiciaire</i>	27
5.	<i>Modifications proposées</i>	27
D.	FRAIS DE LA MEDIATION	28
1.	<i>Introduction</i>	28
2.	<i>Examen des particularités cantonales en matière d'assistance judiciaire</i>	29
a)	Fribourg	29
b)	Genève	29
c)	Jura	30
d)	Argovie	30
e)	Vaud	30
3.	<i>Constat</i>	30
4.	<i>Modifications proposées</i>	31
E.	ORGANISATION ET DEROULEMENT DE LA MEDIATION	32
1.	<i>Introduction</i>	32
2.	<i>Constat</i>	33
3.	<i>Modifications proposées</i>	34
F.	MEDIATION NON JUDICIAIRE	34
1.	<i>Introduction</i>	34
2.	<i>Règles sur la suspension du délai de prescription</i>	34
a)	Modifications proposées	35
3.	<i>Ratification des accords</i>	35
a)	Modifications proposées	36
G.	PROJET DE REVISION	37
VI.	CONCLUSION	39

Bibliographie

Ouvrages et doctrine :

BEYELER Martin, *La médiation selon les art. 213 à 218 CPC*, PCEF 2019, p. 292 ss. (cité : BEYELER)

BEYELER Martin/ HEINZMANN Michel, *Code de procédure civile, petit commentaire*, 1^{ère} édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2020 (cité : PC CPC – BEYELER/HEINZMANN, art. 213-218)

BOHNET François (édit), *Code de procédure civile, commentaire romand*, 2^e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2019 (cité : CR CPC – BOHNET, art. 213-218)

BOHNET François/ HALDY Jacques/ JEANDIN Nicolas/ SCHWEIZER Philippe/ TAPPY Denis, *Code de procédure civile commenté*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011 (cité : BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY)

BOHNET François/ MARTENET Vincent, *Droit de la profession d'avocat*, Stämpfli Verlag, Berne 2009 (cité : BOHNET/MARTENET)

BOHNET François/ MONBARON Samuel, *Les modes amiables de résolution des conflits en procédure civile suisse – Présentation au regard du droit français, berceau de la conciliation*, RSPC 2010, p. 87 ss. (cité : BOHNET/MONBARON)

GUY-ÉCABERT 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-ÉCABERT, Conciliation)

GUY-ECABERT Christine, *Le règlement amiable des conflits dans le projet de Code de procédure suisse : une avance à conserver !*, RSPC 2007, p. 199 ss. (cité : GUY-ECABERT, Le règlement)

JEANDIN Nicolas (édit), *Code de procédure civile, commentaire romand*, 2^e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2019 (cité : CR CPC – JEANDIN, art. 297)

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

LÉVY Cinthia, *La médiation commerciale en Suisse*, in *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, ouvrage collectif, GEMME, l'Harmattan, 2015, p. 211 ss. (cité : LÉVY, La médiation commerciale)

LÉVY Cinthia, *L'avocat et la médiation – entrez dans la danse !*, in *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, Schulthess Editions romandes, 2018, p. 121 ss. (cité : LÉVY, L'avocat)

LÉVY Cinthia/ KIEPE Maya, *Médiation judiciaire : volontaire ou obligatoire ?*, *Revue de l'avocat* 2020, p. 446 ss. (cité : LÉVY, Médiation judiciaire)

LIATOWITSCH Peter/MORDASINI-ROHRER Claudia, *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*; art. 213-218, Schulthess Verlag AG, Zürich 2016 (cité: KomZPO LIATOWITSCH/MORDASINI-ROHRER)

MANTILLA Virginie, *La médiation judiciaire dans le canton du Valais*, RVJ 2018, p. 333 ss. (cité : MANTILLA)

MEIER Philippe/STETTLER Martin, *La protection de l'enfant et de ses biens in Droit de la filiation*, Schulthess, 2019, p. 1104 ss. (cité MEIER/STETTLER)

MIRIMANOFF Jean A., *La médiation dans l'ordre juridique suisse : une justice durable à l'écoute du troisième millénaire*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011 (cité : MIRIMANOFF, La médiation)

MIRIMANOFF Jean A., *Le droit des parties d'accéder à la médiation en procédure civile*, RDS 2021, p. 102 ss. (cité : MIRIMANOFF, Le droit)

MIRIMANOFF Jean A., *Le juge civil comme prescripteur de la médiation*, Justice 2017, p. 1 ss. (cité : MIRIMANOFF, Le juge)

MIRIMANOFF Jean A./ BECKER Martine/ OUDIN Federica/ SCHUMACHER Anne-Sophie/ SMETS-GARY Coralie, *Dictionnaire de la Médiation et d'autres modes amiables*, Bruylant, Bruxelles 2019 (cité : MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY)

MIRIMANOFF Jean A., *Une nouvelle culture : La gestion des conflits*, PJA 2009, p. 157 ss. (cité : MIRIMANOFF, Une nouvelle culture)

PASTORE Florence/ SAMBETH GLASNER Birgit, *la médiation civile dans le Code de procédure civile unifié*, Revue de l'avocat 2010, p. 327 ss. (cité : PASTORE/SAMBETH GLASNER)

PRADERVAND-KERNEN Maryse, *Le coût de la médiation civile*, RSPC 2018, p. 437 ss. (cité : PRADERVAND-KERNEN)

ROBERTO Vito/ HAUSER Petra, *Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*: art. 213-218, Stämpfli Verlag AG, Berne 2010 (cité : ROBERTO/HAUSER, Stämpflis Handkommentar, ZPO)

SCHÜTZ Jürg G., *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar*: art. 213-218, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2016 (cité: SCHÜTZ, DIKE-Komm-ZPO)

TELLIER N., *Médiation volontaire ou obligatoire dans les pays de l'Union européenne*, in *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, Gemme, Éd. L'Harmattan, 2015, p. 247 ss. (cité : TELLIER)

VIGNERON/MAGGIO/APRILE Sandra, *La résolution amiable des différends*, Stämpfli Verlag AG, Berne 2016 (cité : VIGNERON/MAGGIO/APRILE)

Message du Conseil fédéral :

Message du Conseil Fédéral du 26 juin 2006 concernant le code de procédure civile suisse, FF 2006 6841 (cité : FF 2006 6841)

Motion vaudoise :

Motion Raphaël Mahaim et consorts – Médiation civile et assistance judiciaire : un couple qui peut faire bon ménage, 17_MOT_006 (cité 17_MOT_006)

Sites Internet :

https://www.mediation-ch.org/cms3/fileadmin/doc/umfragen/Enquete_Mediation_2014.pdf, consulté le 21 mars 2021.

<https://www.ge.ch/document/point-presse-du-conseil-etat-du-13-janvier-2021>, consulté le 27 mars 2021.

<https://www.vd.ch/themes/justice/conseils-et-assistance/mediation/>, consulté le 18 avril 2021.

<https://www.sav-fsa.ch/fr/anwaltsrecht/berufsregeln-national.html>, consulté le 1^{er} mai 2021.

Article de Journal :

MASPOLI Philippe, *La justice vaudoise pousse les ennemis à s'entendre hors-procès*, in Journal 24 Heures, 17 août 2018 (cité : MASPOLI)

Législation européenne :

Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO 24.05.2008, L 136/7 (cité : L 136/7)

Table des abréviations

AG	Aktiengesellschaft
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
BLV	Base législative vaudoise
CC	Code civil du 10 décembre 1907 (CC), RS 201
CDPJ	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (CDPJ), BLV 211.02
CE	Conseil de l'Europe
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101
CEPEJ	Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice
CJ	Code judiciaire belge
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS 272
CR	Commentaire romand
CSD	Code suisse de déontologie
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101
Éd.	Edition
Édit.	Éditeur
FF	Feuille fédérale
JO	Journal officiel de l'Union européenne
Kom	Kommentar
LaCC	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 22 octobre 2012, E 1 05, rs/GE
Let.	Lettre(s)
LICPC-JU	Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010, RSJU 271.1

LJ	Loi sur la justice du 31.05.2010 (LJ), RSF 130.1
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA), RS 935.61
LOJ	Loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010, E 2 05, rs/GE
LPC-GE	Loi de procédure civile du 10 avril 1987 (LPC-GE), E 3 05, rs/GE
MOT	Motion
N	Numéro(s)
OMed	Ordonnance sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs du 6 décembre 2010 (OMed), RSF 134.11
p.	page(s)
PC	Petit commentaire
PCEF	Revue suisse de procédure civile et d'exécution forcée
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RDS	Revue de droit suisse
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RS	Recueil systématique de droit fédéral
RSF	Recueil systématique fribourgeois
rs/GE	Recueil systématique genevois
RSJU	Recueil systématique des lois – Canton du Jura
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
ss.	et suivant(e)s
Vol.	Volume
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung

I. Introduction

A l'occasion du dixième anniversaire des art. 213 à 218 CPC¹, relatifs à la médiation, il me paraît intéressant d'effectuer un projet de révision desdits articles, afin notamment de continuer à promouvoir le développement de cette institution, dont les avantages sont innombrables.

En 2011 est adopté le Code de procédure civile suisse, unifiant les différentes procédures cantonales en une seule procédure fédérale. A cette occasion sont mis en avant les modes amiables de résolution des litiges. La médiation est désormais codifiée. Cela constitue un grand pas vers l'avenir et réserve un développement certain auxdits modes amiables, dont fait partie la médiation².

Ce travail débute par définir la médiation de manière générale, afin que le lecteur puisse se faire une idée du processus et des problématiques qui en découlent. Les principales caractéristiques de celle-ci sont présentées ainsi qu'une délimitation avec un autre mode amiable de résolution des litiges : la conciliation.

S'en suit une présentation de la réglementation initiale adoptée en 2011. Le Message du Conseil Fédéral est étudié, réservant notamment à la médiation un avenir tracé. Chaque article dédié à la médiation y est analysé.

Puis, un bref constat est amené, afin de définir les manquements de la réglementation actuelle et délimiter l'axe du projet de révision présenté.

Lors de la cinquième partie de mon travail débute l'analyse, où se trouve le cœur de mon sujet. Celle-ci commence tout d'abord par la problématique de la médiation judiciaire. Cette dernière sera présentée par une étude comparée des législations d'autres pays en la matière. En découlera ensuite la sensibilisation des acteurs juridiques, qui sera, nous le verrons, liée à la première partie de mon analyse. Dans un troisième temps, l'étude portera sur le sujet de la confidentialité. Les frais de la médiation seront par la suite examinés. S'en suivra une étude de l'organisation et du déroulement de la médiation, puis finalement, de la médiation non judiciaire.

Le dépouillement de ces différents points permettra de parvenir au but de ce travail, qui est de proposer une modification de la réglementation actuelle des articles relatifs à la médiation civile dans notre Code de procédure civile.

Une conclusion permettra finalement de mettre en lumière les résultats de ce travail et s'adressera à notre législateur.

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

² PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 327.

II. Qu'est-ce que la médiation ?

A. Définitions générales

La médiation est un processus faisant partie des règlements amiables des différends³. Elle est définie comme ayant « pour objectif d'aider les parties à renouer le dialogue et à négocier sur les intérêts pour trouver ensemble une solution de leur choix »⁴. Elle n'est pas définie par le CPC⁵.

Le Conseil de l'Europe la définit ainsi : « La médiation est un processus volontaire d'établissement ou de rétablissement du lien social, de prévention ou de règlement des différends. Ce processus s'effectue au travers d'une communication éthique durant laquelle les personnes s'efforcent de renouer le dialogue pour trouver une solution à leur situation. Au cours de ce processus, un médiateur, tiers indépendant, les accompagne de façon impartiale, et sans influencer les résultats tout en garantissant le respect des intérêts de chacun des participants et la confidentialité des échanges »⁶.

Il manque cependant à cette définition l'élément de neutralité du médiateur ainsi que le fait que celui-ci est multipartial, n'opérant par définition pas de choix entre les parties et avis divergents. La neutralité du médiateur est importante car contrairement au juge conciliateur, aucun avis ne sera donné et aucune solution ne sera proposée. La multipartialité renforce le fait que le médiateur ne devra pas opérer de choix⁷.

Les Chambres suisses de commerce ont également offert une proposition de définition de la médiation intéressante : « par la médiation, deux ou plusieurs parties demandent à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver un accord pour mettre un terme à leur différend, voire de prévenir un conflit futur. Le médiateur favorise l'échange de points de vue et tente d'amener les parties à explorer des solutions acceptables pour celles-ci. Il ne donne pas son avis, contrairement à l'expert ; il ne formule pas de proposition, contrairement au conciliateur et il ne tranche pas le litige, contrairement au juge ou à l'arbitre »⁸.

En résumé, les nombreux avantages énoncés en guise d'introduction peuvent se résumer au simple fait que les personnes en conflit vont se « réapproprier » leur conflit⁹. Elles deviennent la source de la résolution de ce qui les oppose, en étant aidé par la main bienveillante du médiateur¹⁰. Ce dernier aidera les parties à visionner leurs positions sous un autre angle¹¹.

³ MIRIMANOFF, Une nouvelle culture, p. 157.

⁴ MIRIMANOFF/ BECKER /OUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 328.

⁵ BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY - BOHNET, p. 797 N 2. RS 272.

⁶ MIRIMANOFF/BECKER/OUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 329.

⁷ MIRIMANOFF/BECKER/OUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 329.

⁸ MIRIMANOFF, La médiation, p. 69.

⁹ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 330.

¹⁰ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 330.

¹¹ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 330.

B. Caractéristiques de la médiation

Aucune définition de la médiation ne figure dans la loi et ceci n'est pas le fruit hasard. Cela permet une certaine souplesse dans le processus. Le but recherché est de favoriser la création de solutions par les parties pour mettre fin à leur conflit. Ces solutions peuvent être totalement différentes selon les besoins qu'elles avancent, rendant chaque médiation unique et nécessitant ainsi énormément de flexibilité¹².

Cependant, au regard des définitions énoncées, plusieurs caractéristiques permettent de délimiter les contours de la médiation, en voici les principales.

1. Liberté d'adhérer et de mettre fin à la procédure

Il est important de rappeler que la médiation est un processus volontaire auquel les parties choisissent librement d'adhérer et donc duquel elles peuvent également librement se retirer¹³. En accordant aux parties cette liberté, on les responsabilise¹⁴. En effet, la solution à leur différend ne dépendra que d'elles¹⁵. Ceci permet donc de rappeler le caractère purement volontaire de la médiation, élément qui sera discuté ultérieurement.

Le médiateur a également cette liberté. Il pourra par exemple choisir de mettre fin au processus s'il ressent qu'une partie ne s'implique pas ou alors n'est pas mise sur un pied d'égalité face à l'autre partie¹⁶.

Il sied également de rappeler ici que la médiation a lieu hors des Tribunaux en Suisse, ce que nous verrons dans la réglementation actuelle du CPC¹⁷.

2. Médiateur neutre et indépendant

Le médiateur se doit d'être neutre, ce qui signifie qu'il n'est pas censé prendre position face au conflit des parties¹⁸. La solution devra être trouvée par les parties elles-mêmes¹⁹. Il ne donnera donc pas son avis. Le médiateur permettra aux parties de faciliter leurs échanges. L'un de ses objectifs sera donc de créer un espace de confiance, de discussion libre et également d'écoute²⁰. Le rôle du médiateur en étant neutre, n'est donc pas de trancher quoique ce soit. Il a en revanche la lourde responsabilité de rendre constructif les échanges entre les parties et de faciliter la parole de celles-ci²¹.

Il est également indépendant, tant sur le plan interne qu'externe. Sur le plan externe, cela signifie que le médiateur s'engage à être indépendant tant par rapport aux médians que par

¹² MANTILLA, p. 336-337.

¹³ MANTILLA, p. 337.

¹⁴ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 331.

¹⁵ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 331.

¹⁶ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 331.

¹⁷ PASTORE/ SAMBETH GLASNER, p. 330.

¹⁸ VIGNERON/MAGGIO/APRILE, p. 51.

¹⁹ MANTILLA, p. 340.

²⁰ MANTILLA, p. 340.

²¹ MANTILLA, p. 340.

rapport à tout tiers pouvant potentiellement l'influencer. Il doit également être indépendant par rapport à son for intérieur et ne pas avoir d'intérêt à ce qu'une solution lui soit plus ou moins favorable à lui directement en tant que personne à part entière²².

Notons également ici que le médiateur est tenu de se récuser si un quelconque élément ou événement pourrait interférer avec les intérêts de la médiation en jeu²³.

3. Confidentialité du processus

Sans confidentialité, les parties ne se livreraient pas et n'auraient pas toutes les cartes en main pour tenter de résoudre ce qui les oppose²⁴. C'est donc un pilier de la médiation, qui doit être garanti par le processus.

Les parties s'engagent donc dans la pratique par un accord de confidentialité, garantissant la non-utilisation des déclarations et pièces produites au cours du processus. On pense donc ici notamment à prévenir l'échec du processus. Cet élément constitue donc la « pierre angulaire et condition sine qua non de la médiation » et « permet aux parties d'engager une discussion globale et de faire le pari de la réussite »²⁵.

Le médiateur doit donc garantir les principes énoncés à ses médians, sans quoi, la médiation ne peut raisonnablement fonctionner et suivre son cours.

C. Délimitations avec la conciliation

La médiation peut se confondre avec d'autres modes de règlements des différends, notamment avec la conciliation. Celle-ci est réglementée aux art. 197 ss. CPC²⁶. Les parties déposent, sauf exception, une requête de conciliation devant le juge conciliateur²⁷. Il s'agit dans certaines matières de la première impulsion pour saisir la justice. Le juge conciliateur aura un rôle différent de celui du médiateur car il portera un avis sur la suite de la procédure, il va devoir apprécier « la situation conflictuelle sous l'angle du droit »²⁸. Il va tenter de concilier, mais notifiera une autorisation de procéder aux parties si elles ne parviennent pas à s'entendre²⁹. La phase de conciliation est également confidentielle, ce qui signifie que le juge du fond ne pourra pas utiliser ce qui s'est dit durant la conciliation³⁰.

Des points de divergence ont été établis, notamment sur le fait que la médiation, contrairement à la conciliation se concentre sur les personnes plutôt que les faits juridiques pertinents, que la médiation se déroule hors des tribunaux, que la personne du médiateur relève d'un choix des médians et que la solution finale sera issue des parties et non pas du juge conciliateur, qui

²² MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 284.

²³ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 284.

²⁴ VIGNERON/MAGGIO/APRILE, p. 51.

²⁵ PASTORE/GLASNER, p. 332.

²⁶ RS 272.

²⁷ GUY ECABERT, Conciliation, p. 22.

²⁸ GUY ECABERT, Conciliation, p. 36.

²⁹ Art. 209 CPC, RS 272.

³⁰ Art. 205 CPC, RS 272.

appliquera un syllogisme juridique parfait³¹. Le but de la médiation est donc que les parties travaillent ensemble sur ce qui les oppose et trouve une solution qui les rassemble³².

Un autre élément fort qui permet de distinguer la médiation de la conciliation est le choix que les parties font en s'adressant respectivement au juge conciliateur ou au médiateur. Si elles choisissent le juge, elles souhaitent « une solution juridique à leur conflit » et s'en dépossèdent³³. Cela, comme nous l'avons vu, ne se recoupe pas avec l'appropriation du conflit qui a lieu dans le cadre de la médiation où les parties vont travailler elles-mêmes sur ce qui les oppose.

³¹ MIRIMANOFF, *La médiation*, p. 67.

³² MANTILLA, p. 341.

³³ GUY ECABERT, *Conciliation*, p. 36.

III. Réglementation actuelle de la médiation dans le CPC

L'année 2021 symbolise le dixième anniversaire du CPC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Au vu de ce jubilé, il paraît opportun de se pencher sur ce qui avait été initialement prévu par le Parlement et le Conseil Fédéral pour le développement de la médiation.

A. Les art. 213 à 218 CPC³⁴

1. Message du Conseil Fédéral

Le Message du Conseil Fédéral relatif au projet du CPC énonce en 2006 une volonté claire de promouvoir les modes amiables de résolution des litiges³⁵. En effet, celui-ci relate en particulier que : « Les tribunaux ne doivent pas être saisis de manière hâtive. L'action judiciaire doit être l'ultime moyen de pacifier une situation litigieuse. Le tribunal n'est pas une société commerciale préoccupée de marketing et de chiffre d'affaires. C'est une autorité. Sa mission est de régler des conflits que les parties ne peuvent, au besoin avec l'aide de tiers, résoudre seules. Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général les solutions transactionnelles sont plus durables et subséquentement plus économiques du fait qu'elles peuvent tenir d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir »³⁶.

Le Conseil Fédéral a donc souhaité faire de la médiation une priorité, la mettant notamment au premier plan, tout comme la conciliation, toutes deux considérées comme mode amiable de résolution des litiges³⁷. Nous étudierons dans un deuxième temps comment cette promesse s'est réalisée en dix ans.

Il convient de rappeler en guise d'introduction, que les cantons sont souverains en matière d'organisation judiciaire, notamment en droit civil (art. 122 al. 2 Cst.³⁸). Ils disposent ainsi d'une marge de manœuvre en parallèle au CPC et nous le verrons, participeront au processus de développement de la médiation au niveau cantonal.

La médiation a donc été introduite dans un cadre où un réel intérêt lui était porté. La Suisse n'était cependant pas, lors de l'élaboration du CPC, avant-gardiste, mais suivait le pas aux mouvements lancés au niveau international et européen, notamment « pour un meilleur accès à la justice »³⁹. La CEDH prévoit en effet à son article 6⁴⁰ un accès à la justice pour tous, prévu également au niveau européen et suisse.

La partie du CPC relative à la médiation est séparée en un Titre, composé de 5 articles, les articles 213 à 218. Ces articles donnent la possibilité aux parties d'effectuer une médiation lors

³⁴ RS 272.

³⁵ FF 2006 6841, p. 6860.

³⁶ FF 2006 6841, p. 6860.

³⁷ FF 2006 6841, p. 6860.

³⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.), RS 101.

³⁹ GUY-ECABERT, Le règlement, p. 201.

⁴⁰ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH), RS 0.101.

d'un procès civil⁴¹. Le CPC régit donc uniquement l'articulation entre la procédure judiciaire et la médiation⁴². Il est également important de rappeler que la médiation réglementée en Suisse a lieu en dehors des Tribunaux⁴³.

Il est donc opportun de résumer brièvement ce que la loi prévoit actuellement, afin de pouvoir souligner les éventuels manquements et points à apporter.

2. Art. 213 CPC – Médiation remplaçant la procédure de conciliation

La médiation, comme nous l'avons vu en guise de présentation générale, est un processus pouvant intervenir à différents moments⁴⁴. L'un de ces moments est lors de la procédure de conciliation. Les parties, d'un commun accord, ont la possibilité de « remplacer la procédure de conciliation obligatoire par une médiation »⁴⁵.

Une des missions du juge conciliateur peut donc être d'orienter les parties vers le processus qu'est la médiation, en les informant notamment à ce sujet. Le juge conciliateur doit donc identifier les cas pouvant être renvoyés en médiation et conseiller les parties à ce sujet. Il est donc un élément clé du renvoi en médiation lors de la conciliation, devant leur suggérer cette possibilité lorsqu'elle paraît opportune⁴⁶.

Si le juge conciliateur n'informe pas les parties à ce sujet, il est aussi possible que celles-ci connaissent déjà le mécanisme ou qu'on leur en ait fait la promotion. Les parties peuvent faire part de leur envie d'aller en médiation par, d'une part, une requête de médiation préalable à la conciliation, ou d'autre part, lors de l'audience conciliation même⁴⁷.

Si la médiation venait à ne pas fonctionner, le juge pourra alors donner aux parties la possibilité de poursuivre leur litige devant la justice, en leur délivrant une autorisation de procéder⁴⁸.

3. Art. 214 CPC – Médiation pendant la procédure au fond

Une fois l'autorisation de procéder délivrée et déposée devant le juge du fond commence le procès au fond⁴⁹. Lors de ce procès, les parties ont une nouvelle fois la possibilité de confier leur litige à un médiateur⁵⁰. Il reste toujours cependant la condition d'un accord commun des parties pour dévier vers la médiation⁵¹.

Il est important de relever ici que la formulation de l'art. 214 CPC peut prêter à confusion. A sa lecture, on pourrait croire que le délai de prescription de l'action est suspendu en vertu de

⁴¹ BOHNET/MONBARON, p. 90.

⁴² LÉVY, La médiation commerciale, p. 215.

⁴³ CR CPC – BOHNET, art. 213 N 3.

⁴⁴ PASTORE/ SAMBETH GLASNER, p. 327.

⁴⁵ ROBERTO/HAUSER, Stämpflis Handkommentar, ZPO, art. 213 N 1.

⁴⁶ MIRIMANOFF, Le juge, p. 2-3.

⁴⁷ BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY - BOHNET, p. 801 N 1.

⁴⁸ PASTORE/ SAMBETH GLASNER, p. 331.

⁴⁹ CR CPC – BOHNET, art. 209 N 3-4.

⁵⁰ BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY - BOHNET, p. 801 N 1.

⁵¹ BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY - BOHNET, p. 802 N 4.

cet article⁵². Or, le CPC ne prévoit rien quant à la suspension du délai de prescription lors de médiation. Le délai est en fait suspendu lors de l'introduction de l'instance et le dépôt de la requête de conciliation⁵³. Ce que prévoit l'art. 214 CPC est simplement que le juge devra attendre le résultat de la médiation pour pouvoir reprendre ou mettre un terme au procès⁵⁴.

Il y a également lieu de constater que le juge n'est pas tenu de mandater un médiateur directement, le choix de la personne du médiateur reste aux parties, il peut simplement conseiller le recours à la médiation⁵⁵.

A la lecture de ces deux premiers articles, on peut donc constater que le choix du législateur suisse a été de ne réglementer que l'articulation avec la médiation⁵⁶. Rien n'est prévu concernant la médiation non judiciaire.

Le rôle du juge conciliateur ou du juge du fond respectivement est extrêmement important dans le cadre de ces deux premiers articles, ayant le rôle d'informer les parties de la possibilité d'aller en médiation, de les sensibiliser à cela et d'inciter également les avocats à les accompagner dans ce processus⁵⁷. La médiation reste cependant un processus volontaire, le juge ne pouvant contraindre les parties à y recourir⁵⁸. Deux exceptions doivent cependant être mentionnées à ce stade. Il s'agit des art. 297 al. 2 CPC⁵⁹ et 307 ss. CC⁶⁰, que j'évoquerai ultérieurement⁶¹.

4. Art. 215 CPC – Organisation et déroulement de la médiation

La liberté est laissée aux parties à ce sujet et bien évidemment au médiateur directement⁶². Seul le médiateur sera « gardien du cadre de la médiation ⁶³». Il est intéressant ici à nouveau de relever que ce n'est pas au juge de désigner un médiateur, mais aux parties de choisir qui se chargera de leur médiation⁶⁴. Comme nous le verrons dans le cadre de l'art. 218 CPC, les parties supportent le coût de la médiation⁶⁵. Il en découle donc qu'elles ont le choix concernant la personne responsable de leur médiation⁶⁶.

On constate cependant dans la pratique des manières de faire variables. Certains cantons, comme le canton de Vaud, ont prévu de mettre à disposition des magistrats des listes de médiateurs⁶⁷. Les juges en font usage s'ils le souhaitent et peuvent transmettre la liste entière

⁵² LÉVY, La médiation commerciale, p. 215.

⁵³ BEYELER, p. 308 N 89.

⁵⁴ LÉVY, La médiation commerciale, p. 216.

⁵⁵ CR CPC BOHNET, art. 213 N 9.

⁵⁶ LÉVY, La médiation commerciale, p. 215.

⁵⁷ CR CPC BOHNET, art. 214 CPC N 7.

⁵⁸ ROBERTO/HAUSER, Stämpflis Handkommentar, ZPO, art. 214 N 6.

⁵⁹ RS 272.

⁶⁰ Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210.

⁶¹ CR CPC BOHNET, art. 214 CPC N 8.

⁶² ROBERTO/HAUSER, Stämpflis Handkommentar, ZPO, art. 215 N 2.

⁶³ LÉVY, La médiation commerciale, p. 216.

⁶⁴ PC CPC BEYELER/HEINZMANN, art. 215 N 1.

⁶⁵ SCHÜTZ, DIKE-Komm-ZPO, art. 218 N. 3.

⁶⁶ CR CPC BOHNET, art. 215 CPC N 2.

⁶⁷ CR CPC BOHNET, art. 213 CPC N 9.

aux parties ou leur suggérer plusieurs noms par exemple. Ces listes permettent aux parties d'être guidées dans leur processus⁶⁸.

5. Art. 216 CPC – Relation avec la procédure judiciaire

La confidentialité évoquée en guise d'introduction est présentée dans cet article. Les contours de ce principe peuvent être flous, mais le fait qu'il figure dans le CPC est primordial⁶⁹. Il est prévu que tout ce qui se passe en médiation reste en médiation et ne concerne en rien le juge, tant conciliateur que du fond⁷⁰. Tout ce qui a dont été dit en médiation par les parties ne pourra être porté à la connaissance de la justice⁷¹. Cela favorise la réussite de la médiation, dans le sens que tous les points litigieux pourront être abordés dans une discussion libre⁷². Le fait d'être au bénéfice d'une telle confidentialité augmente les chances de succès de trouver un accord entre les parties⁷³.

6. Art. 217 CPC – Ratification de l'accord

Si les parties parviennent à un accord en médiation, elles peuvent en faire part au juge et lui demander de le ratifier⁷⁴.

Le message du Conseil Fédéral prévoit à ce sujet que « l'instance qui ratifie a seulement pour tâche de vérifier que l'accord n'est pas manifestement disproportionné et qu'il ne viole pas le droit impératif ». Cela découle du principe de disposition figurant à l'art. 56 al. 1 CPC. La conséquence d'un accord ne pouvant être ratifié est que l'autorité de conciliation peut « délivrer l'autorisation de procéder ou, le cas échéant, le tribunal reprend la procédure au fond »⁷⁵.

Il est prévu que l'accord ratifié aura les effets d'une décision entrée en force⁷⁶. Ce processus est cependant volontaire et n'est prévu que pour la médiation ayant eu lieu dans le cadre d'une procédure judiciaire, donc soit via l'art. 213 CPC soit via l'art. 214 CPC⁷⁷. Tout accord ayant lieu dans une médiation non judiciaire, n'est pas réglementé par le CPC⁷⁸.

L'opportunité de faire ratifier l'accord par le juge réside dans le fait d'obtenir une décision entrée en force, susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée⁷⁹.

⁶⁸ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 449.

⁶⁹ LÉVY, La médiation commerciale, p. 216.

⁷⁰ CR CPC BOHNET, art. 216 N 3.

⁷¹ BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY - BOHNET, p. 807 N 3.

⁷² PASTORE/ SAMBETH GLASNER, p. 332.

⁷³ CR CPC BOHNET, art. 216 N 8.

⁷⁴ SCHÜTZ, DIKE-Komm-ZPO, art. 217 N 5.

⁷⁵ FF 2006 6841, p. 6945.

⁷⁶ CR CPC BOHNET, art. 217 N 8.

⁷⁷ CR CPC BOHNET, art. 217 N 7.

⁷⁸ CR CPC BOHNET, art. 217 N 7.

⁷⁹ CR CPC BOHNET, art.217 N 8.

7. Art. 218 CPC – Frais de la médiation

La médiation est actuellement aux frais des parties⁸⁰.

L'art. 218 al. 2 CPC prévoit cependant que « dans les affaires concernant le droit des enfants, les parties ont droit à la gratuité de la médiation aux conditions suivantes : elles ne disposent pas des moyens nécessaires ; le tribunal recommande le recours à la médiation ». Une autre condition devait également être remplie jusqu'en 2016, il fallait que l'affaire ne soit pas de nature patrimoniale⁸¹. Cependant, la nouvelle teneur de l'art. 218 al. 2 CPC, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017, a étendu la gratuité aux affaires patrimoniales relatives au droit de l'enfant⁸².

L'art. 297 CPC prévoit également aux mêmes conditions la gratuité du processus⁸³.

La réglementation actuelle laisse aux parties le choix de la répartition de la prise en charge des coûts qui découlent de la médiation⁸⁴. Elles doivent donc s'entendre, avec l'aide du médiateur, sur la manière dont elles régleront la prise en charge des coûts.

a) Renvoi au droit cantonal

Les cantons peuvent prévoir une réglementation différente concernant les frais et accorder des dispenses, allant même jusqu'à « l'assistance judiciaire en matière non contentieuse »⁸⁵. Cela a été fait par exemple dans le canton de Fribourg⁸⁶. Le Canton de Genève réglemente également « l'assistance juridique extrajudiciaire »⁸⁷. Le Jura lui a choisi « d'assumer les frais afférents à la médiation recommandée par le tribunal »⁸⁸.

Tous les cantons n'ont cependant pas suivi le pas et freinent ainsi le développement de la médiation. On peut prendre à cet égard les exemples des cantons de Berne et Neuchâtel qui se sont limités aux dispositions fédérales à cet égard⁸⁹.

Dans le canton de Vaud, une motion déposée en 2017 est en cours de vote au sein du Grand conseil vaudois. Elle devrait permettre d'obtenir l'assistance judiciaire pour la médiation civile⁹⁰. Cela constituerait une belle avancée pour le Canton de Vaud et favoriserait ainsi le développement de la médiation en son sein.

⁸⁰ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 170.

⁸¹ PC CPC BEYELER/HEINZMANN, art. 218 N 9.

⁸² PC CPC BEYELER/HEINZMANN, art. 218 N 9.

⁸³ CR CPC JEANDIN, art. 297 N 11.

⁸⁴ CR CPC BOHNET, art. 218 N 3.

⁸⁵ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332.

⁸⁶ CR CPC BOHNET, art. 218 N 15.

⁸⁷ CR CPC BOHNET, art. 218 N 15.

⁸⁸ CR CPC BOHNET, art. 218 N 15.

⁸⁹ CR CPC BOHNET, art. 218 N 16.

⁹⁰ 17_MOT_006, p. 1.

B. Art. 297 CPC – Art. 307 CC – Art. 314 CC⁹¹

L'art. 297 CPC est une disposition forte dans le sens qu'elle encourage la voie de la médiation. Le juge peut en effet dans le cadre d'une procédure en lien avec le sort des enfants en cas de divorce « exhorter les parents à tenter une médiation⁹² ». Le législateur a ici selon moi réalisé la volonté exprimée dans le Message du Conseil Fédéral précédant l'entrée en vigueur du CPC de mettre en avant les modes amiables de résolution des conflits⁹³.

L'art. 314 al. 2 CC prévoit également une possibilité « d'exhorter » les parties à aller en médiation dans le cadre de la protection de l'enfant⁹⁴.

L'art. 307 CC laisse la possibilité au juge d'ordonner une médiation. Cela ne découle pas de la loi directement mais de la jurisprudence y relative⁹⁵. La jurisprudence du Tribunal fédéral prévoit que la médiation peut être une mesure de protection de l'enfant au sens de l'art. 307 al. 3 CC et que celle-ci « peut être imposée contre la volonté des parents »⁹⁶. Cette mesure peut donc être contraignante, en donnant la possibilité au juge de forcer les parents à aller en médiation, dépassant ainsi le terme d'« exhorter » prévus aux art. 297 CPC et 314 al. 2 CC. Une médiation ordonnée existe donc en Suisse par le biais de l'art. 307 CC.

C. Organisation judiciaire laissée aux cantons

Les cantons sont souverains en matière d'organisation judiciaire⁹⁷. Il en relève donc qu'ils ont un rôle important à jouer dans le développement de la médiation, à leur échelon⁹⁸.

A cet égard, il est intéressant de relever que la médiation est de plus en plus en vogue dans de nombreux cantons, comme Genève par exemple, où des mesures de développement ont été prises, favorisant les modes amiables de résolution des litiges. Ceux-ci figurent dorénavant dans la Constitution genevoise et une modification de la loi sur l'organisation judiciaire du canton est en cours afin de favoriser le recours à la médiation. Le but du canton est de « favoriser le libre accès à la médiation dans les domaines relevant de la procédure civile, encourager son développement et assurer sa pérennité »⁹⁹.

Le Canton de Vaud, lui, œuvre également depuis plusieurs années en faveur de la médiation. En 2017 voyait le jour un projet-pilote destiné à inciter les parties à recourir à la médiation. Celui-ci prévoyait que les parties, munies d'un bon, pouvaient se rendre pour une première séance gratuite de 20 minutes, dans une salle du Tribunal, dédiée au processus¹⁰⁰. La

⁹¹ RS 272, RS 201, RS 201.

⁹² Art. 297 al. 2 CPC, RS 272.

⁹³ FF 2006 6841, p. 6860.

⁹⁴ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 450.

⁹⁵ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 450-451.

⁹⁶ MEIER/STETTLER, p. 1104 N 1695.

⁹⁷ Art. 122 al.2 Cst., RS 101.

⁹⁸ MANTILLA, p. 336.

⁹⁹ <https://www.ge.ch/document/point-presse-du-conseil-etat-du-13-janvier-2021>.

¹⁰⁰ MASPOLI, p. 1.

permanence de médiation de l'Ordre judiciaire vaudois a donc été créée et renseigne les justiciables sur le processus, les aiguille et fait ainsi la promotion de la médiation¹⁰¹.

Le Canton du Valais à l'inverse n'a pas souhaité réglementer plus spécifiquement la médiation¹⁰². Certaines dispositions ont cependant été ajoutées dans les lois valaisannes en vigueur, prévoyant notamment une assistance financière pour les affaires civiles à certaines conditions bien précises¹⁰³. Aucune liste de médiateurs n'est mise à disposition des juges, contrairement à ce qui se fait par exemple dans le canton de Vaud¹⁰⁴. En résumé, on ne constate pas une grande promotion de la médiation en Valais, notamment en vertu du manquement d'appui du canton à ce sujet¹⁰⁵.

Les différences entre les cantons sont donc bien présentes et on peut constater que tous les cantons n'ont pas suivi la même évolution à ce sujet, malgré la volonté fédérale de favoriser les modes amiables de résolution des litiges.

¹⁰¹ <https://www.vd.ch/themes/justice/conseils-et-assistance/mediation/>.

¹⁰² MANTILLA, p. 341.

¹⁰³ MANTILLA, p. 342.

¹⁰⁴ MANTILLA, p. 346.

¹⁰⁵ MANTILLA, p. 347.

IV. Constat

En guise d'introduction à la révision que je souhaite présenter, il me semble pertinent d'effectuer un bref constat des manquements actuels de la réglementation présentée. Ces points seront ensuite présentés et analysés de manière plus approfondies.

Comme énoncé en introduction, le taux de réussite des médiations est excellent et permet de parvenir à des solutions durables. Face à cela, le taux de renvoi en médiation par les Tribunaux actuellement n'est que de 1%¹⁰⁶.

On constate à premier abord, une absence de sensibilisation des juges engendrant un manque de conviction face au bien-fondé du processus¹⁰⁷. Le renvoi en médiation n'est pas obligatoire, le processus reste volontaire, mais il serait intéressant de se pencher sur les solutions d'autres pays à ce sujet et de définir ce qui pourrait être pertinent dans certains cas précis.

La médiation telle que réglementée en Suisse ne prévoit pas non plus de règles sur la médiation non judiciaire. D'ailleurs, la réglementation actuelle ne prévoit rien quant à la suspension du délai de prescription en cas de médiation non judiciaire et nécessite une convention des parties à ce sujet¹⁰⁸. La ratification des accords de médiation devant le juge n'a également lieu que pour les médiations judiciaires¹⁰⁹.

L'assistance judiciaire n'est pas accordée à la médiation. Les art. 297 al. 2 CPC et 307 CC prévoient la gratuité du processus à certaines conditions. Les cantons ont la possibilité de prévoir l'assistance judiciaire, à leur bon vouloir. La médiation n'est donc pas automatiquement au bénéfice de l'assistance judiciaire.

La clause de confidentialité, pilier de la médiation n'est également réglementée que superficiellement, ne traitant que du rapport entre la procédure judiciaire et la médiation¹¹⁰.

Des listes de médiateurs agréés sont également mises à disposition dans certains cantons, ce qui pourrait être développé à l'échelle nationale¹¹¹.

Voyons donc ce qui pourrait favoriser le développement de la médiation et être prévu au niveau de la législation du CPC à ce sujet.

¹⁰⁶ MIRIMANOFF, le droit, p. 102.

¹⁰⁷ MIRIMANOFF, le droit, p. 103.

¹⁰⁸ BEYELER, p. 308 N 89-90.

¹⁰⁹ CR CPC – BOHNET, art. 217 N 7.

¹¹⁰ LÉVY, La confidentialité, p. 91-92.

¹¹¹ CR CPC – BOHNET, art. 215 N 7.

V. Projet de révision des art. 213 à 218 CPC

A. Médiation judiciaire

1. Introduction

La médiation peut avoir lieu dans plusieurs contextes. Celle-ci peut être judiciaire, c'est-à-dire avoir lieu lors de la procédure de conciliation ou lors du procès, comme énoncé aux art. 213 et 214 CPC¹¹². Elle est judiciaire car les parties ont déposé une procédure en justice. Elles partent ensuite en médiation, par renvoi du juge, ou volonté prononcée¹¹³.

La médiation non judiciaire ou extrajudiciaire, elle, se déroule sans lien avec la justice, selon la volonté des parties¹¹⁴. Elle peut être un préalable à une action en justice ou être également la suite d'une procédure judiciaire¹¹⁵.

La médiation peut aussi être obligatoire, comme nous le verrons pour l'Italie, qui impose aux parties de participer à une médiation, avant même de pouvoir saisir un juge¹¹⁶.

Une autre hypothèse est la médiation ordonnée. Celle-ci permet au juge d'imposer la médiation si une base légale le prévoit ou de simplement renvoyer le cas qui lui est soumis en médiation¹¹⁷.

2. Position de la Suisse

La Suisse a fait le choix de ne réglementer que la médiation judiciaire dans le CPC. La médiation est également décrite comme un processus volontaire. L'idée que la médiation devienne un processus obligatoire irait à l'encontre même du bien-fondé de la médiation¹¹⁸.

L'idée derrière la médiation est de premièrement rétablir le dialogue, amener les parties à réfléchir à des solutions durables, dans l'intérêt de toutes. Le rôle du médiateur y est fort, il doit s'immiscer au sein d'un climat tendu, y trouver sa place, montrer aux parties en quoi la médiation les aidera, et leur prouver qu'elles doivent se faire confiance mutuellement. Le fait de pousser dans le dos les parties à participer à une médiation peut donc être un obstacle. Imposer ne paraît donc pas être une solution en soi¹¹⁹.

Les parties ne doivent donc pas ressentir de pression à aller en médiation, ce qui pourrait être contreproductif.

¹¹² BEYELER, p. 299.

¹¹³ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 446.

¹¹⁴ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 223.

¹¹⁵ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 446.

¹¹⁶ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 447.

¹¹⁷ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 447.

¹¹⁸ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 333.

¹¹⁹ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 448.

La médiation nécessite énormément d'implication des parties pour qu'elle puisse aboutir. Elles doivent se responsabiliser pour trouver elles-mêmes des alternatives et solutions à ce qui les oppose¹²⁰.

La jurisprudence relative à l'art. 307 al. 3 CC a fait couler de l'encre. Pour rappel, le juge a la possibilité dans le cadre de cette disposition de prononcer une médiation ordonnée. Face à cela, les parties se sentent forcées et mettent parfois les pieds au mur. Le juge a donc plusieurs attitudes possibles pour y répondre. Soit le juge considère qu'un refus total de l'une des parties ne peut permettre la mise en place de la médiation et il y renonce, soit il essaie, par le biais d'une argumentation, de promouvoir les aspects du processus de médiation et laisse les parties y réfléchir. Le but est de montrer aux parties que la justice a confiance en elles et que la médiation leur apportera indéniablement du positif. Pour renforcer l'information aux parties, certains magistrats renvoient les parties par exemple à la permanence de l'ordre judiciaire vaudois si le cas a lieu dans le canton de Vaud, qui les informera gratuitement sur le processus¹²¹.

Chaque pays a adopté une manière de faire propre. Nous allons comparer les systèmes de l'Italie, de la Slovénie, de la Belgique et de la France, afin de réfléchir à ce qui pourrait être mis en place en Suisse, pour favoriser le développement de la médiation.

3. Droit comparé avec l'Italie

L'Italie a fait le choix de la médiation obligatoire dans certaines matières du droit, comme par exemple le domaine des successions et la responsabilité médicale. Les parties doivent être assistées par un avocat. L'idée est donc de privilégier la médiation et d'ensuite pouvoir saisir la justice si le processus n'aboutit pas¹²².

Les parties participent à un premier rendez-vous avec le médiateur et les avocats afin de statuer sur l'éventualité d'une médiation ainsi que sur son opportunité. Elles décident ensuite ou non de poursuivre cet essai. Aucune action ne peut être déposée en justice si ce rendez-vous n'a pas eu lieu. Cela consiste en un véritable début de médiation et dépasse le stade d'une séance d'information¹²³.

4. Droit comparé avec la Slovénie

La Slovénie s'est déjà engagée dans les années 2000 à promouvoir la médiation. Les Tribunaux ont le devoir de proposer un mode alternatif aux parties, dans certaines matières, comme par exemple en droit civil. Une séance d'information peut être rendue obligatoire et peut également en découler un renvoi contraignant en médiation¹²⁴.

¹²⁰ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 331.

¹²¹ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 451-452.

¹²² LÉVY, Médiation judiciaire, p. 452.

¹²³ TELLIER, p. 250.

¹²⁴ TELLIER, p. 251.

5. Droit comparé avec la Belgique

En Belgique, il est très intéressant de relever que la loi du 21.2.2005 régleme tant la médiation judiciaire qu'extrajudiciaire. Le principe de liberté de choix quant à la médiation y est ancré¹²⁵.

L'Art. 1734 § 1 du Code judiciaire prévoit que :

« Le juge déjà saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties ou de propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré ».

Le §2 prévoit que :

« La décision qui ordonne une médiation mentionne expressément l'accord des parties, le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, fixe la durée initiale de sa mission, sans que celle-ci puisse excéder six mois, et indique la date à laquelle l'affaire est remise, qui est la première date utile après l'expiration de ce délai ».

La médiation était jusqu'en 2018 volontaire. Cependant, un complément à l'art. 1734 § 1 a été ajouté au 18.6.2018 :

« Lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, le juge peut d'office ou à la demande d'une des parties, ordonner une médiation, après avoir entendu les parties (...) Si toutes les parties s'y opposent le juge ne peut ordonner une médiation »¹²⁶.

On peut donc y voir une forme de médiation ordonnée, à l'exception de l'opposition de toutes les parties.

6. Droit comparé avec la France

La France a introduit des séances de médiation préalables dans certains domaines obligatoires. Le processus est similaire à l'Italie, rejoignant l'idée d'une médiation obligatoire préalable dans certaines matières, notamment dans les affaires familiales ou de faibles valeurs financières. Des exceptions sont possibles, contrebalançant le caractère obligatoire de ces séances¹²⁷.

7. Analyse personnelle et modifications proposées

Le cas de l'Italie fait selon moi ressortir plusieurs risques. Le premier est que les parties risquent de ne pas s'impliquer réellement lors des séances de médiation, en sachant qu'après la médiation il y aura la possibilité du procès. On peut donc se dire que les parties ne se dévoueront pas corps et âmes dans le processus, mais verront plutôt cela comme une étape à passer avant d'aller en procédure.

Leur implication dépendra également de l'appui des avocats, présents obligatoirement comme on a pu le voir. Si l'avocat accompagnant est favorable au processus, il va encourager la médiation et son avancement. Celui au contraire qui ne sera pas réellement convaincu souhaitera peut être que la médiation avance au plus vite, sans suivre son rythme, afin de rejoindre sans délai le Tribunal.

¹²⁵ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 452.

¹²⁶ LÉVY, Médiation judiciaire, p. 453.

¹²⁷ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 334-335.

Certaines matières passent obligatoirement par cette première phase de médiation. Il est intéressant de noter que ce ne sont que certaines branches du droit qui mènent à ce processus. La question se pose de savoir quelle manière de faire est la plus pertinente : identifier des cas dits « médiables » ou avancer une réglementation prévoyant par exemple qu'en matière médicale il est pertinent d'imposer une médiation préalable au procès dans tous les cas. Selon moi, cette dernière manière de faire qui est celle retenue par l'Italie me paraît critiquable, chaque cas étant unique et pouvant être indisposé à entamer une médiation.

La solution de l'Italie ne semble donc pas convaincante et ne saurait être établie en Suisse, au vu du fait que la médiation y est volontaire. Cela irait donc à contre sens de la volonté que nous avons. Ce qui peut cependant être intéressant de relever est que l'Italie cherche évidemment à promouvoir la médiation en la rendant obligatoire.

La France a elle eu l'idée de permettre des exceptions et donc de nuancer le caractère obligatoire de ces séances préalables. Ceci me paraît donc être une bonne alternative.

La proposition de la Slovénie de pouvoir instaurer, au besoin, des séances d'information obligatoires et de pouvoir contraindre ensuite, dans un deuxième temps seulement, à une médiation me semble exploitable dans notre système suisse actuel. L'idée de séances d'informations pouvant être rendues obligatoires permet la promotion du processus et forcent les parties à y penser, et à laisser une porte ouverte à la médiation. Le fait de pouvoir ensuite contraindre les parties à entamer une médiation ne pourrait être repris ainsi dans notre système si nous souhaitons que la médiation reste purement volontaire.

La Belgique, elle, en ajoutant l'art. 1734 § 1 amène une solution réalisable. En gardant l'idée d'une médiation volontaire, elle introduit le principe d'une médiation ordonnée. Ici, on peut constater que le juge qui verrait une fenêtre s'ouvrir sur la médiation pourrait renvoyer les parties à tenter une médiation, si l'une des parties en exprime le souhait. Cela pousserait donc dans le dos les parties qui n'en veulent pas, mais ce serait uniquement car le juge y voit un cas « médiable ». Ceci est selon moi extrêmement intéressant, car cela permet d'identifier des cas précis susceptibles d'être résolus par le biais de la médiation, plutôt que des matières entières, comme on a pu le voir en Italie par exemple.

La question pourrait se poser de savoir si cette manière de faire irait à l'encontre du pilier qu'est le principe volontaire d'une médiation, qui figure à l'art.1729 du Code judiciaire belge. Ce principe en Belgique nécessite que toutes les parties adhèrent au processus. Or ici, on contraint uniquement à tenter une médiation. Le juge demande donc aux parties de mettre en œuvre des premières séances, et tout compte fait, d'essayer, tout simplement. Les parties restent libres, et c'est ce qui est important, de quitter le processus¹²⁸.

L'exemple de ces pays permet donc de faire le point sur ce qui pourrait être mis en place en Suisse. Il y a lieu de constater dans ces exemples la volonté commune européenne et suisse d'exploiter le potentiel de la médiation et d'y recourir de plus en plus, malgré les systèmes mis en place différents.

Mon idée serait de garder le caractère volontaire de la médiation en Suisse, en tant que principe cardinal à son bien-fondé et à sa réussite. Cependant, il conviendrait d'y ajouter quelques aménagements supplémentaires en se dirigeant vers les modèles slovène et belge.

¹²⁸ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 334.

Ma proposition serait que lorsque le juge de la conciliation ou le juge du fond constate qu'il y a une fenêtre ouverte quant à une médiation, il devrait rediriger les parties vers une séance d'information obligatoire. Cette possibilité existerait également si une des parties en fait la demande.

Ceci permettrait donc de favoriser le renvoi en médiation, en permettant premièrement aux parties d'exprimer leur souhait d'aller en médiation tout emmenant le récalcitrant à une séance d'information. L'organisation de ces séances devrait être précisée, mais elles pourraient avoir lieu, comme le Canton de Vaud l'a fait, dans des permanences de médiation établies au sein des Tribunaux et tenues par des professionnels en la matière. Deuxièmement, cela contraindrait en quelques sortes les juges à identifier les cas « médiables » en mettant à leur disposition un outil forçant les parties à au moins s'informer auprès d'un professionnel en la matière.

L'art. 213 CPC pourrait donc être modifié ainsi en gardant le même intitulé :

Art. 213 CPC – Médiation remplaçant la procédure de conciliation

¹ Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation.

² La demande est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience.

³ *L'autorité de conciliation peut, lorsqu'elle estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, ordonner une séance d'information quant à la médiation.*

^{3 bis} *Si une partie en fait la demande, une séance d'information obligatoire quant à la médiation peut également être ordonnée aux parties.*

⁴ L'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder lorsqu'une partie lui communique l'échec de la médiation.

Il en découlerait donc que l'art. 214 CPC serait modifié également ainsi, tout en gardant le même en-tête:

Art. 214 CPC – Médiation pendant la procédure au fond

¹ *Le tribunal peut, lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, ordonner une séance d'information quant à la médiation.*

^{1 bis} *Si une partie en fait la demande, une séance d'information obligatoire peut également être ordonnée aux parties.*

² Les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à ouvrir une procédure médiation.

³ La procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la fin de la médiation.

D'autres modifications seront apportées à ces deux articles dans la suite de mon travail.

Cette modification irait ainsi dans le sens de plusieurs cantons. En effet, comme nous l'avons énoncé, certains Tribunaux ont déjà introduit des permanences de médiation, là pour informer les parties à son sujet¹²⁹. Les juges auraient la possibilité de renvoyer les parties à des séances d'information. Cela permettrait également aux juges de gagner du temps, ne devant pas expliquer tout le processus de médiation, mais pouvant s'adresser à des permanences où des professionnels en la matière aiguilleraient les parties¹³⁰. En mettant ceci dans le CPC, on met

¹²⁹ MIRIMANOFF, Le droit, p. 113.

¹³⁰ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 397.

sur un pied d'égalité les cantons à ce niveau et on favorise le processus, sans le dénaturiser. En rendant les séances d'information obligatoires dans les cas dits « médiables », on donne également un rôle au juge à tenir en la matière. Ceci m'amène donc à cette deuxième partie, qu'est la sensibilisation des acteurs de la scène juridique quant à la médiation.

B. Sensibilisation des acteurs juridiques quant à la médiation

1. Introduction

Vouloir introduire des séances d'information obligatoires a pour corollaire que les acteurs de la scène juridique soient de plus en plus sensibilisés au processus, afin de premièrement favoriser le renvoi par les juges à ces dites séances, mais également à ce que les parties les demandent, et requièrent de manière plus générale la médiation, en ayant déjà entendu parler de l'institution, par leur propre information ou par le biais de leur conseil légal. Plusieurs acteurs doivent donc tirer à la même corde afin de développer la médiation.

Le fait d'informer la population sur la médiation de manière générale et sur ses avantages est une tâche qui doit donc être partagée par les acteurs étatiques, mais aussi par les privés¹³¹.

J'étudierai en premier le rôle des juges, ces derniers ayant le processus entre leurs mains et devant donc contraindre les parties à suivre une séance d'information quant à la médiation lorsque cela est possible et nécessaire à leurs yeux.

Le rôle des avocats sera également évoqué, ayant dans leurs devoirs déontologiques l'obligation de renseigner les parties quant à ce mode de faire. Si un avocat est favorable à la médiation, il pourra notamment inviter son client à demander cette séance d'information, afin de peut-être convaincre la partie adverse du bien-fondé du processus.

Les parties devraient également être informées de manière plus générale sur l'existence de la médiation et des permanences qui devraient être mises en place dans les Tribunaux à ce sujet. La population pourrait par exemple participer à des journées portes ouvertes.

2. Rôle des magistrats

Une récente étude a été menée en 2019, au sein de tribunaux de première instance en matière civile, en Suisse Romande. Celle-ci arrive à la conclusion que 53% des juges répondant à l'enquête n'ont jamais été sensibilisés à la médiation. 41% des magistrats disent également n'avoir jamais suggéré la médiation aux parties. 48% des juges évoquent également le fait de ne pas savoir quel cas pourrait être renvoyé en médiation lors de la préparation du dossier. Ceci permet donc d'expliquer en partie le problème initial qui est que moins d'1% des dossiers actuels en droit civil sont orientés en médiation par les juges¹³².

En lisant ce constat, la question se pose de savoir comment faire évoluer le renvoi en médiation, les juges ayant un rôle extrêmement important à jouer à ce sujet.

¹³¹ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 397.

¹³² MIRIMANOFF, Le droit, p. 103.

Tout d'abord, l'idée première est de les sensibiliser au processus¹³³. Il faudrait également qu'ils disposent d'outils afin de pouvoir mieux identifier les cas où une médiation serait adéquate et conseillée¹³⁴.

La Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) énonce dans la feuille de route CEPEJ (2018) 8 la recommandation suivante : « Tant que les juges ne seront pas obligatoirement formés ou sensibilisés à la médiation au cours de leurs études ou de leur première année professionnelle, le nombre d'affaires envoyées en médiation stagnera ... à son très faible niveau actuel ... »¹³⁵.

L'idée ne serait donc pas d'offrir aux magistrats une formation complète en médiation, mais simplement de les sensibiliser. En Suisse, deux institutions sont responsables de la mise en place de programmes allant dans ce sens : « le CEMAJ à Neuchâtel pour l'Académie de magistrature, et la Fondation pour la formation continue des juges suisses »¹³⁶.

Au contraire de la France et de la Belgique qui offrent aux juges des programmes de sensibilisation obligatoires avant même leur entrée en fonction, la Suisse n'a pas suivi cette manière de faire. Cela pourrait être une idée que cette sensibilisation soit rendue obligatoire dans notre pays également¹³⁷.

En découlerait donc un devoir du juge d'informer, de contraindre les parties à aller à une séance d'information lorsque cela lui paraît adapté. Le juge devrait donc penser aux critères d'exigibilité des cas « médiables » obligatoirement. Des raisons tant objectives que subjectives permettent de savoir s'il est opportun de recourir à la médiation¹³⁸.

Lorsque le juge prépare l'audience, il devra donc se pencher sur les « critères objectifs d'éligibilité (les circonstances de fait, les relations durables en fait et en droit, tels que contrats de longue durée, situation de voisinage, etc.) ». Il devra ensuite lors de l'audience penser aux « critères subjectifs d'éligibilité : il s'agit alors d'évaluer à quel(s) degré(s) se trouvent les parties dans l'échelle du conflit »¹³⁹. Les 9 étapes du conflit selon F. Glasl permettent d'identifier le stade auquel se trouve les parties dans ce qui les oppose et peut être un outil utile aux juges afin d'évaluer la possibilité d'aller en médiation¹⁴⁰. Une fois ces critères étudiés et potentiellement remplis, il en découlerait une obligation d'information aux parties, en lien avec le projet énoncé auparavant¹⁴¹.

Des guides ont également été édités afin d'aiguiller les juges dans leur démarche d'identification des dossiers pouvant être renvoyés en médiation. Cependant, ils ne remplacent en rien l'écoute des parties que le juge doit leur accorder quand il les reçoit. Les magistrats ne

¹³³ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 306.

¹³⁴ VIGNERON-MAGGIO-APRILE, p. 62.

¹³⁵ MIRIMANOFF, Le droit, p. 105.

¹³⁶ MIRIMANOFF, Le droit, p. 105.

¹³⁷ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 308, p. 311.

¹³⁸ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 321.

¹³⁹ MIRIMANOFF, Le droit, p. 109.

¹⁴⁰ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 228.

¹⁴¹ MIRIMANOFF, Le droit, p. 109.

peuvent donc pas uniquement se baser sur ces guides, mais doivent également prêter attention aux circonstances précises du cas lors de l'audition des parties¹⁴².

On pourrait donc ajouter une phrase dans le CPC précisant l'obligation d'information du juge lors de cas médiables, où il n'aurait pas d'autres choix que de contraindre les parties à aller à une séance d'information.

a) Avantages pour les juges

Informers les juges et les sensibiliser à la médiation a également pour but de leur montrer les avantages qu'ils pourraient en retirer. En y trouvant des avantages, ils y verront également plus d'intérêts à y recourir.

Premièrement, le fait d'identifier des cas à renvoyer en médiation permettrait de désengorger les Tribunaux, laissant plus de temps aux juges pour s'occuper des affaires devant être traitées par la justice¹⁴³.

On constate également que les parties ayant participé à une médiation ont une vision améliorée du système judiciaire. En effet, le fait de leur offrir un processus adapté à leurs besoins et avec un nombre de séances libre contribuent à cette amélioration¹⁴⁴.

La médiation apporte également un certain apaisement aux parties, réduisant les procédures ultérieures au processus¹⁴⁵.

3. Rôle des avocats

Les avocats ont également leur part de responsabilité dans le développement de la médiation.

Lorsqu'un avocat est saisi d'un conflit, les conseils qu'il donnera à son client devront prendre en compte l'éventualité de recourir aux modes amiables de résolution des litiges¹⁴⁶.

Ils ont le devoir, en vertu du Code suisse de déontologie¹⁴⁷, de promouvoir les modes amiables de résolution des litiges. L'art. 9 CSD énonce que : « l'avocat s'efforce de régler à l'amiable les litiges, dans la mesure où l'intérêt du client ne s'y oppose pas. Il tient compte, comme représentant d'une partie en justice ou conseiller, d'une médiation en cours ou du souhait de l'une des parties d'en instaurer une ». Ils doivent ainsi les proposer à leurs clients respectifs.

L'avocat a donc nécessairement besoin de connaître l'institution, ses avantages, ses inconvénients ainsi que la manière dont auront lieu les séances¹⁴⁸. Il devra également être apte

¹⁴² MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 321.

¹⁴³ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 77.

¹⁴⁴ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 77.

¹⁴⁵ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 77.

¹⁴⁶ BOHNET/MARTENET, p. 1357.

¹⁴⁷ Code suisse de déontologie (CSD), <https://www.sav-fsa.ch/fr/anwaltsrecht/berufsregeln-national.html>.

¹⁴⁸ BOHNET/MARTENET, p. 1357.

à identifier les cas où une médiation sera favorable comme par exemple « lorsque le conflit contient une composante émotionnelle ou le conflit visible en cache un autre »¹⁴⁹.

Mais pour que les avocats y recourent, ils doivent être convaincu du bien-fondé de la médiation et surtout connaître le processus. Et pour être décidé et informé, ils doivent avoir reçu une sensibilisation également¹⁵⁰.

Il est intéressant de relever à ce sujet que le Barreau de Bruxelles a à sa disposition une « fiche technique » appelée « GIRAF » « qui propose une synthèse des diverses tâches de l’avocat conseil en médiation : Garantir, Générer, Imaginer, Rassurer, Avaliser, Accompagner, Formaliser »¹⁵¹.

Les barreaux cantonaux ne semblent pas être coordonnés en Suisse quant à une formation obligatoire sur la médiation. Les cantons de Vaud et de Genève ont franchi le pas, mais ce n’est en aucun cas la règle en Suisse. Les Cantons ont donc également leur rôle à jouer en la matière¹⁵².

Une médiation qui a lieu avec des avocats sensibilisés aide également le processus à aboutir. Les avocats sont ainsi vu comme « des alliés du médiateur »¹⁵³.

a) Avantages pour les avocats

Les avocats ont également besoin de cerner les avantages qu’ils pourraient en retirer afin de favoriser le recours à ce mode amiable. Ils doivent également prendre conscience de l’évolution de leur profession et suivre le rythme des nouvelles tendances, dont fait partie la médiation¹⁵⁴.

Sont notamment des avantages pour leur profession¹⁵⁵ :

- « le fort taux de réussite du processus de médiation renforce la crédibilité et la réputation du cabinet d’avocats » ;
- « la réussite du processus peut légitimement influencer le mode de calcul des honoraires en fonction de la satisfaction du client » ;
- « la rapidité du processus donne au cabinet d’avocats plus de temps pour traiter d’autres affaires » ;
- « le taux de réussite obtenu par le cabinet d’avocats contribue à accroître la fidélité de la clientèle » ;
- « tout cela contribue à la rentabilité du cabinet d’avocats, si l’on tient compte de la rapidité du règlement, de la satisfaction du client à l’égard du résultat obtenu et du temps gagné par le client ».

¹⁴⁹ BOHNET/MARTENET, p. 1358.

¹⁵⁰ BOHNET/MARTENET, p. 1360.

¹⁵¹ BOHNET/MARTENET, p. 1360.

¹⁵² MIRIMANOFF, Le droit, p. 106-107.

¹⁵³ LÉVY, L’avocat, p. 130.

¹⁵⁴ LÉVY, L’avocat, p. 130.

¹⁵⁵ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 78.

4. Sensibilisation de la population

Le public devrait également être mis au courant des avantages de la médiation et du processus en soi. Des formulaires officiels pourraient figurer à l'entrée des Tribunaux par exemple, récapitulant les questions que les personnes pourraient se poser¹⁵⁶.

Des statistiques pourraient également être établies et mises à dispositions des justiciables. Le fait de voir que le processus fonctionne a souvent pour effet de vouloir essayer¹⁵⁷. Cela permettrait également d'analyser l'évolution du processus¹⁵⁸.

Des journées portes ouvertes pourraient également avoir lieu régulièrement¹⁵⁹.

Le fait également d'introduire une obligation d'information des justiciables auprès de permanence créeraient donc des permanences dans tous les cantons, suivant le modèle établi par exemple dans le Canton de Vaud¹⁶⁰.

a) Changement de perspective pour la société

Le but serait que la population soit informée sur l'institution qu'est la médiation et ait en tête ses avantages principaux. Selon moi, si l'on connaît un processus et que l'on sait qu'il s'agit d'une alternative qui nous est offerte, on est plus tenté d'y recourir. Le projet de modification proposé à vraiment pour but de favoriser le développement de la médiation et d'inverser nos habitudes, c'est-à-dire : introduire un réflexe médiation. Cependant, il faudra du temps pour que la société change de paradigme et ne se dirige plus systématiquement devant les Tribunaux¹⁶¹.

5. Modifications proposées

En complément à la première modification proposée, les art. 213 et 214 CPC pourraient être modifiés de la manière suivante :

Art. 213 CPC – Médiation remplaçant la procédure de conciliation

¹ Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation.

² La demande est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience.

³ *L'autorité de conciliation commence par étudier si une médiation serait opportune. Si elle estime que c'est le cas, elle ordonne une séance d'information quant à la médiation.*

^{3 bis} *Si une partie en fait la demande, une séance d'information obligatoire quant à la médiation peut également être ordonnée aux parties.*

⁴ L'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder lorsqu'une partie lui communique l'échec de la médiation.

¹⁵⁶ MIRIMANOFF, Le droit, p. 112.

¹⁵⁷ MIRIMANOFF, Le droit, p. 112.

¹⁵⁸ MANTILLA, p. 348.

¹⁵⁹ MIRIMANOFF, Le droit, p. 114.

¹⁶⁰ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 398.

¹⁶¹ MIRIMANOFF, Le droit, p. 115.

Art. 214 CPC – Médiation pendant la procédure au fond

¹ *Le tribunal peut, lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, ordonner une séance d'information quant à la médiation.*

^{1 bis} *Si une partie en fait la demande, une séance d'information obligatoire peut également être ordonnée aux parties.*

² Les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation.

³ La procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la fin de la médiation.

Ma proposition serait donc que le juge conciliateur soit obligé d'observer la possibilité d'une médiation et commence par ceci. Le juge du fond lui n'aurait pas ce devoir, mais simplement la possibilité d'envoyer les parties à une séance d'information, le travail ayant obligatoirement été fait par le juge conciliateur au préalable. Cela éviterait que le même travail soit effectué à double, mais cela contraindrait tout de même les juges à y penser.

Le renvoi en médiation ne devrait ainsi plus dépendre du hasard et du bon vouloir des juges¹⁶². La médiation doit être prise au sérieux et être mise sur le même pied d'égalité que la conciliation, réalisant ainsi la volonté initiale du législateur suisse, de favoriser les modes amiables de résolution des litiges¹⁶³.

C. Confidentialité

1. Introduction

La confidentialité est extrêmement importante dans les modes alternatifs de résolution des litiges. Elle est en effet considérée comme « la clef de voûte de la médiation »¹⁶⁴. Le processus ne peut aboutir qu'avec une discussion libre des parties, une certaine franchise et que celles-ci n'aient pas à craindre que leur conflit soit rendu public¹⁶⁵. Le but recherché avec la confidentialité est de créer de la confiance, favorisant les confidences¹⁶⁶.

La confidentialité figure à l'art. 216 CPC. Elle y est renforcée par le principe d'indépendance. Pour rappel, le CPC ne réglemente que « l'articulation du processus de médiation avec la procédure judiciaire »¹⁶⁷.

L'art. 216 al. 2 CPC prévoit que « les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire ». Cependant, la confidentialité ne s'arrête pas là. Elle s'étend également aux « pièces non connues officiellement ou notoires, aux documents établis dans le cadre de la médiation, aux propositions d'arrangement ou à l'attitude des parties »¹⁶⁸.

¹⁶² MIRIMANOFF, *Le droit*, p. 104.

¹⁶³ FF 2006 6841, p. 6860.

¹⁶⁴ LÉVY, *La confidentialité*, p. 103.

¹⁶⁵ CR CPC – BOHNET, art. 216 N 3.

¹⁶⁶ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 143.

¹⁶⁷ BEYELER, p. 329.

¹⁶⁸ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 149.

Le devoir de confidentialité ne s'arrête pas avec la fin du processus¹⁶⁹. Le médiateur est relevé de son obligation de témoigner en justice en vertu de l'art. 166 al. 1 let. d CPC¹⁷⁰. Les juges sont également tenus de se récuser s'ils ont agi dans la cause en tant que médiateur (art. 47 al. 1 let. b CPC)¹⁷¹.

Le message du Conseil Fédéral prévoit que « ni le tribunal, ni l'autorité de conciliation ne sont autorisés à donner des instructions » et que « le médiateur n'a de compte à rendre ni à l'autorité de conciliation, ni au tribunal »¹⁷².

Le principe de confidentialité peut avoir pour conséquence une certaine méfiance du processus par les avocats. Cela permettrait de « cacher certaines informations » et d'entraîner certains pièges. La dynamique différente du procès et de la médiation sont ainsi mises en lumière avec d'une part le procès, où les parties rentrent dans l'arène du conflit, et d'autre part celle de la médiation, où les parties s'impliquent à chercher ensemble une solution à ce qui les oppose. Un choix entre les deux processus doit être opéré par l'avocat¹⁷³.

On en revient donc également ici à l'importance de la sensibilisation des avocats au processus de médiation. Informer les protagonistes permettrait donc aux avocats de mieux comprendre ce qu'est la médiation et comment elle peut être mise à profit du client, tout en voyant une utilité à la confidentialité également.

Les parties doivent être informées sur les conséquences de la confidentialité au préalable. Le client doit choisir « entre l'avantage que lui procure la discussion sur des informations sensibles mais essentielles à la résolution du conflit et le souhait de garder ces informations secrètes ». C'est parfois exactement ce qui est nécessaire à rétablir le dialogue et la confiance entre les parties¹⁷⁴.

Les parties doivent également être mise au courant qu'en agissant par le biais de négociation avec leur avocat, la confidentialité rentrera également en cause et fera l'objet d'un accord¹⁷⁵. Le juge de la conciliation est également soumis à une certaine confidentialité par rapport au juge du fond comme nous avons pu le voir.

En guise de conclusion intermédiaire, il est intéressant de relever que peu importe le processus, il existe un risque lors du dévoilement d'informations jugées confidentielles. Cependant « si on ne parle pas des choses qui sont importantes, on n'a aucune chance de trouver un accord durable et mutuellement satisfaisant »¹⁷⁶.

L'étude comparée de législations d'autres pays permettra d'élargir le champ d'application de notre réglementation actuelle.

¹⁶⁹ CR CPC - BOHNET, art. 216 N 4.

¹⁷⁰ CR CPC – BOHNET, art. 216 N 16.

¹⁷¹ CR CPC – BOHNET, art. 216 N 15.

¹⁷² FF 2006 6841, p. 6945.

¹⁷³ LÉVY, La confidentialité, p. 89.

¹⁷⁴ LÉVY, La confidentialité, p. 89.

¹⁷⁵ LÉVY, La confidentialité, p. 89.

¹⁷⁶ LÉVY, La confidentialité, p. 90.

2. Art. 7 de la directive européenne 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale du 21 mai 2008¹⁷⁷

Article 7 – Confidentialité de la médiation

1. Étant donné que la médiation doit être menée de manière à préserver la confidentialité, les États membres veillent à ce que, sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté :

a) Lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne ; ou

b) Lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord.

2. Aucune disposition du paragraphe 1 n'empêche les États membres d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation.

Cette directive européenne couvre de manière large la confidentialité. Celle-ci traite de l'obligation des parties, du médiateur, et des tiers. L'hypothèse de l'art. 216 al. 2 CPC y est également traitée, de façon étendue. On ne vise ici pas que « les déclarations des parties », mais également « les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci ». Des exceptions sont prévues et permettent par exemple la mise en œuvre d'un accord de médiation¹⁷⁸.

3. Art. 1728 du Code Judiciaire belge (CJ)

L'art. 1728 CJ prévoit que « les documents établis et les communications faites au cours du processus de médiation et pour les besoins de celui-ci sont confidentiels ». L'utilisation desdits documents dans toute procédure judiciaire ou non judiciaire est prohibée. Le protocole, l'accord ainsi que l'éventuel échec de la médiation ne sont pas compris dans la confidentialité de l'art. 1728 CJ. Un accord écrit peut cependant prévoir le contraire¹⁷⁹.

Une violation de la confidentialité peut mener à des dommages et intérêts. Tout document qui serait utilisé malgré la confidentialité est écarté¹⁸⁰.

La Belgique a fait usage du point 2 de l'art. 7 de la directive européenne 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation civile et commerciale du 21 mai 2008, étudié dans le paragraphe précédent. Elle a ainsi adopté une réglementation plus sévère quant à la confidentialité, dans le but de la préserver¹⁸¹.

¹⁷⁷ L 136/7.

¹⁷⁸ LÉVY, La confidentialité, p. 94.

¹⁷⁹ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 145.

¹⁸⁰ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 146.

¹⁸¹ LÉVY, La confidentialité, p. 94.

4. Art. 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 pour la médiation judiciaire et extrajudiciaire

La France a choisi de réglementer la confidentialité tant de la médiation judiciaire que non judiciaire. La confidentialité est portée « sur les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation »¹⁸².

Le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation a également renforcé la confidentialité en prévoyant que tout ce qui a été obtenu par la médiation est compris dans la confidentialité. Cependant, tout ce qui aurait été déjà versé lors d'une procédure, ou aurait pu être connu de l'autre sans la médiation n'est pas protégé. Cette précision permet de ne pas priver une partie d'utiliser ultérieurement certains moyens de preuve devant le tribunal. La médiation bloquerait autrement l'accès à la justice¹⁸³.

La France a également prévu que la confidentialité peut être levée avec l'accord des parties ou pour des raisons d'ordre public également¹⁸⁴.

5. Modifications proposées

L'art. 216 al. 1 CPC prévoit que « la médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du tribunal ». Le rapport vis-à-vis des tiers est donc limité à celui de la justice. Or la confidentialité devrait s'appliquer à tout tiers, ce qui est généralement admis par la pratique. La médiation non judiciaire n'est également pas traitée par cet alinéa¹⁸⁵. Une partie de la doctrine estime que la confidentialité prévue à l'art. 216 CPC doit s'appliquer « également aux médiations qui se sont déroulées avant l'ouverture d'une procédure judiciaire ». Une autre partie de la doctrine estime elle que cela n'est pas réglé par le CPC et qu'un accord contractuel doit être prévu par les parties en cas de médiation non judiciaire¹⁸⁶. L'art. 216 al. 2 CPC ne décrit également que « la relation entre la médiation judiciaire et la procédure judiciaire »¹⁸⁷.

La confidentialité n'est donc pas réglementée de manière plus générale contrairement à la directive européenne en la matière et à la Belgique et à la France qui ont renforcé la confidentialité de manière accrue dans leurs dispositions nationales.

L'idée de préciser l'obligation de confidentialité dans le CPC me paraît judicieux. Cela permettrait de protéger les parties, en connaissant les piliers de la confidentialité, et en laissant à leur disposition la possibilité de renforcer encore le principe dans leur contrat de médiation si elles le souhaitent.

¹⁸² MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 147.

¹⁸³ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 147.

¹⁸⁴ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 147.

¹⁸⁵ LÉVY, La confidentialité, p. 91-92.

¹⁸⁶ CR CPC – BOHNET, art. 216 N 2.

¹⁸⁷ BEYELER, p. 329.

L'art. 216 CPC pourrait être modifié comme suit en gardant le même intitulé.

Art. 216 CPC – Relation avec la procédure judiciaire

¹ La médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du tribunal. *La confidentialité s'applique tant à l'égard des parties, qu'à l'égard de tout tiers et de l'autorité de conciliation et du tribunal.*

^{1bis} *La confidentialité s'étend à la médiation tant judiciaire que non judiciaire et est effective dès les premiers échanges avec le médiateur, avant même que le contrat de médiation n'ait été signé.*

² Les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire.

^{2bis} *La confidentialité vise les documents établis et les communications faites au cours de la médiation.*

³ *La confidentialité peut être levée lorsque :*

- a) *cela est nécessaire pour des raisons d'ordre public, notamment pour assurer la protection des intérêts de l'enfant ;*
- b) *une partie refuse de faire ratifier par le juge un accord de médiation signé et conclu, conformément à l'art. 217 CPC, l'autre pourra tout de même se prévaloir du contrat pour faire valoir ses droits, sauf si une clause contractuelle prévoit d'étendre la confidentialité à cela.*

D. Frais de la médiation

1. Introduction

Actuellement, la médiation judiciaire n'est pas au bénéfice de l'assistance judiciaire¹⁸⁸. Le droit fédéral, nous l'avons vu, prévoit à son art. 218 al. 1 CPC que « les frais de la médiation sont à la charge des parties ». La gratuité est accordée à certaines conditions, énumérées auparavant, lorsque cela touche les droits de l'enfant¹⁸⁹. L'art. 218 CPC constitue une « lex specialis par rapport aux art. 95 ss. CPC, ce qui a pour conséquence que les frais de la médiation échappent aux dispositions générales régissant les frais et l'assistance judiciaire »¹⁹⁰.

En guise de rappel, la médiation non judiciaire n'est pas traitée dans le CPC et doit donc être prise en charge entièrement par les parties¹⁹¹.

L'art. 218 CPC ne régleme pas non plus la manière de répartir les coûts de la médiation entre les parties, ceci en vertu de l'art. 215 CPC, qui laisse les parties libres de l'organisation de leur médiation et donc des frais en lien¹⁹².

L'assistance judiciaire ne signifie pas gratuité du processus. L'aide octroyée par l'État devra être l'objet d'un remboursement en cas de retour à meilleure fortune des parties à la médiation,

¹⁸⁸ BEYELER, p. 349.

¹⁸⁹ CR CPC – BOHNET, art. 218 N 1.

¹⁹⁰ PRADERVAND-KERNEN, p. 441.

¹⁹¹ PRADERVAND-KERNEN, p. 441.

¹⁹² CR CPC – BOHNET, art. 218 N 3.

cela en vertu de l'art. 123 CPC¹⁹³. Cela est donc différent de l'art. 218 al. 2 CPC qui prévoit lui bel et bien la gratuité¹⁹⁴.

Certains cantons ont prévu dans certains cas qu'il ne serait pas nécessaire de rembourser les frais et accordent ainsi la gratuité dans d'autres matières que celle des droits de l'enfant. Il s'agit par exemple des cantons de Genève et du Jura¹⁹⁵.

2. Examen des particularités cantonales en matière d'assistance judiciaire

Les cantons ont actuellement la possibilité « de prévoir des dispenses de frais supplémentaires »¹⁹⁶. Certains cantons ont utilisé cette éventualité, dont Genève qui a même étendu l'assistance judiciaire à la médiation non judiciaire¹⁹⁷.

Les cantons ne semblent pas être au même stade de développement de l'institution. La promotion de la médiation n'y est également pas faite de manière similaire. Il en ressort donc que certains sont très avancés et font des démarches afin d'élargir le champ d'application de l'assistance judiciaire, utilisant la possibilité de l'art. 218 al. 3 CPC, comme le canton de Vaud, qui a une motion actuellement déposée devant le Conseil d'Etat en la matière. D'autres, comme Neuchâtel, ne paraissent pas vouloir se prononcer à ce sujet et se contentent des dispositions fédérales¹⁹⁸.

Examinons la situation de plusieurs cantons afin d'étudier les principes mis en place au sujet des frais de la médiation.

a) Fribourg

Le canton de Fribourg prévoit dans sa législation (art. 127 al. 2 LJ et 40 al. 2 et 3 OMed) que « dans les affaires non pécuniaires relevant du droit de l'enfant et de la famille, la médiation est gratuite si les parties ne disposent pas des moyens nécessaires et que le tribunal recommande le recours à la médiation ». En dehors de ce cas de figure, la gratuité de la médiation est accordée aux conditions usuelles de l'assistance judiciaire que nous avons vues, c'est-à-dire, « si la cause n'est pas dépourvue de chances de succès »¹⁹⁹. La médiation peut donc être gratuite si l'on remplit les « conditions de l'assistance judiciaire »²⁰⁰.

b) Genève

Genève a, comme énoncé auparavant, réglementé de manière large l'assistance judiciaire, tant en matière judiciaire que non judiciaire. Le canton prévoit par exemple dans le cadre de l'art. 314 al. 2 CC un nombre de séances de médiation gratuites, sans tenir compte de la situation

¹⁹³ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 333.

¹⁹⁴ CR CPC BOHNET, art. 218 N 7.

¹⁹⁵ PRADERVAND-KERNEN, p. 446.

¹⁹⁶ Art. 218 al. 3 CPC, RS 272.

¹⁹⁷ CR CPC BOHNET, art. 218 N 15.

¹⁹⁸ CR CPC BOHNET, art. 218 N 16.

¹⁹⁹ PRADERVAND-KERNEN, p. 446.

²⁰⁰ CR CPC – BOHNET, art. 218 N 15.

financière des parties (art. 17 al. 2 LaCC)²⁰¹. L'assistance judiciaire est également accordée « aux personnes physiques domiciliées dans le canton et dont la fortune ou les revenus ne sont pas suffisants pour leur assurer l'aide ou les conseils d'un avocat, d'un avocat-stagiaire ou d'un médiateur assermenté en dehors d'une procédure administrative ou judiciaire (art. 63 ss. LOJ) »²⁰². Genève est donc le premier canton à octroyer l'assistance extrajudiciaire²⁰³.

c) Jura

Le canton du Jura a également réglementé de manière élargie l'assistance judiciaire. Le canton prévoit qu'une des conditions supplémentaires à remplir pour que la prise en charge par l'État soit effective est que le médiateur soit « reconnu par la Fédération suisse des avocats, la Fédération suisse des associations de médiation, l'Association suisse pour la médiation ou la Chambre suisse de médiation commerciale (art. 4 de l'Ordonnance concernant la prise en charge des frais de médiation dans le cadre d'une procédure civile du 22 février 2016) »²⁰⁴.

Le canton assume également les frais de la médiation, sans tenir compte de la situation financières des médiateurs, si la médiation est recommandée par le juge (art. 11 LICPC-JU du 16 juin 2010). Des exceptions sont cependant possibles, notamment si une des parties agit de façon téméraire²⁰⁵.

d) Argovie

Argovie prévoit des cas de médiation gratuite et élargit le champs d'application de l'art. 218 al. 2 CPC, en ajoutant notamment comme condition que « les frais probables sans la médiation seront vraisemblablement plus élevés que ceux qui devraient résulter de la médiation »²⁰⁶.

e) Vaud

Une Motion est actuellement déposée au Grand Conseil, afin d'accorder l'assistance judiciaire à la médiation judiciaire²⁰⁷. Pour l'instant, le Canton en est resté aux dispositions du CPC en la matière²⁰⁸. L'adoption de cette motion est donc fortement attendue et devrait avoir lieu prochainement.

3. Constat

Le processus de médiation a un certain coût que les parties supportent de manière générale seules. Cependant, la médiation, bien qu'engendrant des frais, se révèle être une économie certaine d'argent, de temps et de contraintes²⁰⁹. Le Message du Conseil Fédéral l'énonce

²⁰¹ PRADERVAND-KERNEN, p. 446.

²⁰² PRADERVAND-KERNEN, p. 447.

²⁰³ CR CPC – BOHNET, art. 218 N 15.

²⁰⁴ PRADERVAND-KERNEN, p. 447.

²⁰⁵ CR CPC – BOHNET, art. 218 N 15.

²⁰⁶ PRADERVAND-KERNEN, p. 447.

²⁰⁷ 17_MOT_006.

²⁰⁸ CR CPC BOHNET, art. 218 N 16.

²⁰⁹ PRADERVAND-KERNEN, p. 438.

clairement : les modes amiables doivent avoir la priorité²¹⁰. L'une des raisons énoncées est le coût d'une médiation, inférieure à celui du procès²¹¹.

On observe cependant un développement différent de la médiation dans chaque canton. Certains se montrent « plus frileux que d'autres dans la prise en charge des frais de la médiation par l'Etat »²¹². Comme énoncé en guise d'introduction et vu au travers des différents exemples traités, certains utilisent l'art. 218 al. 3 CPC, d'autres pas.

Les finances des cantons sont bien évidemment au cœur de cette discussion. Certains jugent le renvoi en médiation comme favorable à baisser les coûts de la justice. D'autres estiment que les frais liés à la justice sont déjà assez élevés et ne veulent ainsi pas supporter d'autres frais, qui seraient ceux de la médiation²¹³.

On constate malheureusement que le développement de la médiation en Suisse est intimement lié à l'aide qu'accordent les cantons dans la prise en charge de ce qu'elle coûte²¹⁴. Les cantons qui ont choisi de ne pas élargir le champ d'application de l'art. 218 CPC freinent effectivement le recours à la médiation²¹⁵. A l'inverse, les cantons ayant adoptés des dispositions supplémentaires en la matière voient leur nombre de médiations augmenter²¹⁶.

Comme énoncé dans la Motion déposée dans le canton de Vaud afin d'introduire l'assistance judiciaire pour la médiation judiciaire « l'exclusion de la médiation de l'assistance judiciaire déploie un effet contre-incitatif : la médiation est souvent moins tentée, alors qu'elle représente en moyenne un coût inférieur et peut aboutir à des solutions plus rapides »²¹⁷.

Voyons donc quelles pourraient être les solutions susceptibles d'être développées au niveau fédéral afin que le développement soit le même partout et qu'on élimine les disparités cantonales existantes.

4. Modifications proposées

A l'instar de ce qui se fait en Belgique, la Suisse pourrait réglementer l'assistance judiciaire au niveau fédéral. La Belgique a pris la décision d'accorder l'assistance judiciaire tant pour les médiations judiciaires que non judiciaires²¹⁸.

Mon idée serait donc de favoriser le développement de la médiation en accordant l'assistance judiciaire à ce processus. Ainsi, on la mettrait sur un réel pied d'égalité avec la conciliation, toutes deux considérées comme des modes amiables de résolution des litiges et devant être mises au premier plan afin de réaliser l'objectif du Message du Conseil Fédéral initial, qui était,

²¹⁰ FF 2006 6841, p. 6860.

²¹¹ PRADERVAND-KERNEN, p. 449.

²¹² PRADERVAND-KERNEN, p. 449.

²¹³ CR CPC – BOHNET, art. 218 N 13.

²¹⁴ PRADERVAND-KERNEN, p. 449.

²¹⁵ LÉVY, La médiation commerciale, p. 214.

²¹⁶ LÉVY, La médiation commerciale, p. 217.

²¹⁷ 17_MOT_006, p.1.

²¹⁸ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 54.

pour rappel, de favoriser le développement des modes amiables de résolution des litiges²¹⁹. Plusieurs auteurs sont effectivement de cet avis, estimant même qu'il faudrait étendre la gratuité, en respectant les conditions d'application de l'assistance judiciaire²²⁰.

Pour ce faire, il faudrait selon moi imposer comme minimum l'assistance judiciaire, tout en laissant la possibilité des cantons d'élargir le champs d'application de l'art. 218 CPC et de prévoir notamment la gratuité. L'art. 218 CPC devrait être remanié et accorder l'assistance judiciaire de manière générale donc, en matière de médiation judiciaire ainsi que non judiciaire également. La gratuité de l'al. 2 pourrait être maintenu, le but de la gratuité y conférée étant de maintenir la communication dans le domaine sensible que sont les droits de l'enfant²²¹.

On pourrait donc modifier l'art. 218 CPC de la manière suivante en gardant le même intitulé :

Art. 218 – Frais de la médiation

¹ *L'assistance judiciaire est octroyée en matière de médiation judiciaire et non judiciaire.*

^{1 bis} *Les art. 95 ss. et 117 ss. CPC sont applicables en la matière.*

² Dans les affaires concernant le droit des enfants, les parties ont droit à la gratuité de la médiation aux conditions suivantes :

- a. elles ne disposent pas des moyens nécessaires ;
- b. le tribunal recommande le recours à la médiation.

³ Le droit cantonal peut prévoir des dispenses de frais supplémentaires.

Cette réglementation modifiée permettrait donc d'accorder l'assistance judiciaire de manière égale à ce qui se fait en conciliation et mettrait le processus de médiation en avant, favoriserait son développement ainsi que l'envie d'y avoir recours et permettrait aux cantons de maintenir leurs réglementations actuelles où certains vont même jusqu'à accorder la gratuité. Cela permettrait également de trancher entre les cantons rétractèrent et ceux souhaitant mettre en avant la médiation, laissant donc toujours la possibilité d'aller plus loin.

E. Organisation et déroulement de la médiation

1. Introduction

L'art. 215 CPC prévoit que « les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation »²²². Nous avons pu voir que les art. 213 ss. CPC traitaient uniquement de « la relation entre une procédure judiciaire et une médiation »²²³.

L'autonomie laissée aux parties est vaste. C'est à elles de choisir à qui elles vont s'adresser notamment. Dans un deuxième temps, le médiateur élu les aidera dans l'organisation du processus²²⁴. Cette idée d'autonomie est le corollaire du principe d'indépendance énoncé en guise d'introduction.

²¹⁹ FF 2006 6841, p. 6860.

²²⁰ KomZPO LIATOWITSCH/MORDASINI-ROHRER, art. 218 N 7.

²²¹ FF 2006 6841, p. 6945.

²²² RS 272.

²²³ CR CPC – BOHNET, art. 215 N 2.

²²⁴ CR CPC – BOHNET, art. 215 N 3.

Les parties doivent donc « s'activer pour qu'une médiation soit effectivement mise en place »²²⁵. Cependant, le fait que les autorités ne puissent s'introduire dans l'organisation et le déroulement de la médiation ne signifie pas qu'elles puissent se désintéresser de l'institution et ne pas en faire la promotion²²⁶.

2. Constat

Face à cette liberté, les parties se retrouvent parfois sur un chemin inconnu, ne sachant pas à qui s'adresser. L'organisation de la médiation représente un poids que les parties, en conflit, ne sont peut-être pas prêtes à assumer seules. Pour guider les parties, certaines autorités ont comme pratique de transmettre des listes de médiateurs agréés. Les juges conseillent parfois également aux intéressés de se rendre dans des permanences, où les parties pourront s'informer sur le processus²²⁷.

Ces manières de faire ne peuvent qu'être encouragées. Elles coïncident avec le devoir d'information des juges quant à la médiation que je souhaite introduire. Ainsi, il pourrait être ajouté que cela ne soit plus qu'une simple possibilité des juges de fournir des listes de médiateurs, mais que ce soit une obligation de tracer le chemin qui mène à la médiation et à son organisation.

Ainsi, nous pourrions ajouter, comme c'est le cas dans le canton de Vaud à l'art. 40 CDPJ²²⁸, que « le tribunal tient à disposition des parties une liste des médiateurs civils agréés par le Tribunal cantonal qui en tient le tableau »²²⁹. Ceci n'est actuellement pas prévu dans tous les cantons, comme en Valais, où aucune liste de médiateurs reconnus n'existe²³⁰. On retrouve donc le déséquilibre des cantons face au développement et à la promotion de l'institution.

Le chemin permettant d'accéder à la médiation serait ainsi balisé par la justice et favoriserait le recours à la médiation, permettant aux parties de ne pas abandonner en cours de route leur idée de se rendre en médiation, en sachant à qui s'adresser. De plus, le devoir d'information introduit ainsi que les permanences de médiation qui verraient le jour dans tous les cantons iraient également dans ce sens.

Ces différentes possibilités pourraient également favoriser le recours à la médiation non judiciaire, les listes afférentes pouvant être transmises lors de séances d'information dans les permanences de médiation.

L'idée derrière cela est donc d'une part d'informer les parties sur le processus de médiation et d'autres parts de les encourager à recourir à la médiation, et finalement, de les y conduire²³¹.

²²⁵ PC CPC – BEYELER/HEINZMANN, art. 215 N 1.

²²⁶ PASTORE/SAMBETH GLASNER, p. 332.

²²⁷ CR CPC – BOHNET, art. 215 N 7.

²²⁸ BLV 211.02.

²²⁹ Art. 40 CDPJ, BLV 211.02.

²³⁰ MANTILLA, p. 346.

²³¹ MIRIMANOFF, Le droit, p. 108.

3. Modifications proposées

L'art. 215 CPC pourrait donc être modifié comme suit :

Art.215 CPC – Organisation et déroulement de la médiation

¹ Les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation.

² *L'autorité de conciliation, le juge du fond ainsi que les permanences de médiation mettent à disposition des parties une liste des médiateurs civils agréés dans le canton.*

F. Médiation non judiciaire

1. Introduction

Comme nous avons pu le voir à diverses reprises au cours de ce travail, la médiation non judiciaire n'est actuellement pas réglementée par le CPC.

Mon souhait étant le développement de la médiation de manière générale, et pas uniquement lorsque les parties se rendent devant les Tribunaux, il me semble important d'introduire certaines règles sur la médiation non judiciaire. L'assistance judiciaire a été étudiée et serait, dans mon projet, admise dans les cas de médiation non judiciaire.

Deux autres points mériteraient également d'être traités dans le CPC pour les médiations extrajudiciaires, il s'agit d'une part de l'insertion de règles sur la suspension du délai de prescription, et d'autre part d'ajouter la possibilité de faire ratifier un accord trouvé lors d'une médiation non judiciaire.

2. Règles sur la suspension du délai de prescription

L'art. 214 al. 3 CPC prévoit qu'une fois la requête de médiation déposée, la procédure judiciaire est suspendue de manière *ex lege*²³². Nous avons également vu que le délai de prescription n'est en réalité pas suspendu par cet article directement, mais par le biais des règles sur l'introduction de l'instance et le dépôt de la requête de conciliation²³³.

En cas de médiation non judiciaire, les parties doivent régler la problématique de la suspension du délai de prescription, ceci n'étant donc pas automatique. Cela devra être fait dans l'accord de médiation initial ou de manière séparée²³⁴.

A mon sens, cela peut constituer un frein au développement de la médiation de ne pas réglementer ce point dans le CPC. En effet, les parties pourraient se dire qu'elles ne vont pas risquer d'aller en médiation si les délais de prescription ne sont pas suspendus automatiquement. Bien qu'elles aient la possibilité de le prévoir contractuellement, le fait que cela figure officiellement dans un texte serait selon moi adéquat et irait dans le sens du développement de la médiation souhaité.

²³² PC CPC – BEYELER/HEINZMANN, art. 214 N 17.

²³³ LÉVY, La médiation commerciale, p. 215.

²³⁴ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 417.

A cet égard, l'art. 8 de la Directive 2008/52/CE²³⁵ prévoit la suspension des délais de prescription, tant en matière judiciaire que non judiciaire²³⁶. La Belgique a également fait le choix de réglementer la suspension du délai de prescription pour les mêmes éventualités que le Conseil de l'Europe²³⁷.

Ainsi, ma proposition serait de rendre notre réglementation « eurocompatible » à ce sujet et d'y ajouter la suspension du délai de prescription en matière de médiation tant judiciaire que non judiciaire. Ma proposition de modification de l'al. 3 se base donc sur le texte de l'art. 8 de la Directive 2008/52/CE.

a) Modifications proposées

Art. 214 CPC – Médiation pendant la procédure au fond

¹ *Le tribunal peut, lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, ordonner une séance d'information quant à la médiation.*

^{1 bis} *Si une partie en fait la demande, une séance d'information obligatoire peut également être ordonnée aux parties.*

² *Les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation.*

³ *Les parties qui choisissent la médiation tant judiciaire que non judiciaire pour tenter de résoudre leur litige voient leurs délais de prescription suspendus dès la signature de l'accord de médiation. Elles ne doivent ainsi pas être empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription.*

3. Ratification des accords

En Suisse, l'art. 217 CPC prévoit que « les parties peuvent demander la ratification de l'accord conclu dans le cadre de la médiation. L'accord ratifié a les effets d'une décision entrée en force »²³⁸. Nous l'avions vu, seuls les accords trouvés dans le cadre de médiation judiciaire peuvent être homologués par le juge conciliateur ou le juge du fond²³⁹. La ratification d'un accord trouvé en médiation non judiciaire n'est pas expressément énoncée et doit passer par une autre voie pour être homologué, celle de la forme authentique devant un notaire, prévue aux art. 347 ss. CPC²⁴⁰.

La Suisse n'a donc pas prévu cette éventualité dans notre législation, au contraire de la Belgique et de la France, qui prévoient toutes deux la ratification des médiations tant judiciaires que non judiciaires. En France, par exemple, tout accord trouvé en médiation de manière générale peut être ratifié par le juge. La seule différence entre la ratification d'un accord trouvé en médiation judiciaire ou non judiciaire sera la compétence du juge. Dans les deux pays, tout accord peut donc être homologué et avoir un titre exécutoire²⁴¹.

²³⁵ L 136/7.

²³⁶ LÉVY, La médiation commerciale, p. 213-214.

²³⁷ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 416.

²³⁸ RS 272.

²³⁹ CR CPC – BOHNET, art. 217 N 7.

²⁴⁰ PRADERVAND-KERNEN, p. 439.

²⁴¹ MIRIMANOFF/BECKER/LOUDIN/SCHUMACHER/SMETS-GARY, p. 444-448.

Mon idée serait, une fois de plus, de mettre sur un pied d'égalité la médiation judiciaire et non judiciaire et de permettre à chacune d'elles, de pouvoir obtenir un titre exécutoire, susceptible de faire l'objet d'une exécution forcée. Certains cantons ont déjà utilisé cette possibilité, notamment le canton de Genève qui prévoit à son art. 71 D LPC-GE que « lorsque les parties ont négocié une convention de médiation, hors procédure civile, elles peuvent déposer directement devant le juge conciliateur compétent une requête en homologation (...) »²⁴².

a) Modifications proposées

L'art. 217 CPC pourrait donc être modifié ainsi :

Art. 217 CPC – Ratification de l'accord :

Les parties peuvent demander la ratification de l'accord conclu dans le cadre de la médiation, que celle-ci soit judiciaire ou non. L'accord ratifié a les effets d'une décision entrée en force.

²⁴² E 3 05, rs/GE.

G. Projet de révision

Ce travail m'a permis d'aboutir à un projet de modification des art. 213 à 218 CPC, qui pourraient être ajustés ainsi. Ce projet est donc adressé à notre législateur.

Art. 213 CPC – Médiation remplaçant la procédure de conciliation

¹ Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation.

² La demande est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience.

³ *L'autorité de conciliation commence par étudier si une médiation serait opportune. Si elle estime que c'est le cas, elle ordonne une séance d'information quant à la médiation.*

^{3 bis} *Si une partie en fait la demande, une séance d'information obligatoire quant à la médiation peut également être ordonnée aux parties.*

⁴ L'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder lorsqu'une partie lui communique l'échec de la médiation.

Art. 214 CPC – Médiation pendant la procédure au fond

¹ *Le tribunal peut, lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, ordonner une séance d'information quant à la médiation.*

^{1 bis} *Si une partie en fait la demande, une séance d'information obligatoire peut également être ordonnée aux parties.*

² Les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation.

³ *Les parties qui choisissent la médiation tant judiciaire que non judiciaire pour tenter de résoudre leur litige voient leurs délais de prescription suspendus dès la signature de l'accord de médiation. Elles ne doivent ainsi pas être empêchées par la suite d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription.*

Art. 215 CPC – Organisation et déroulement de la médiation

¹ Les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la médiation.

² *L'autorité de conciliation, le juge du fond ainsi que les permanences de médiation mettent à disposition des parties une liste des médiateurs civils agréés dans le canton.*

Art. 216 CPC – Relation avec la procédure judiciaire

¹ La médiation est confidentielle et indépendante de l'autorité de conciliation et du tribunal. *La confidentialité s'applique tant à l'égard des parties, qu'à l'égard de tout tiers et de l'autorité de conciliation et du tribunal.*

^{1 bis} *La confidentialité s'étend à la médiation tant judiciaire que non judiciaire et est effective dès les premiers échanges avec le médiateur, avant même que le contrat de médiation n'ait été signé.*

² Les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire.

^{2 bis} *La confidentialité vise les documents établis et les communications faites au cours de la médiation.*

³ *La confidentialité peut être levée lorsque :*

- a) *cela est nécessaire pour des raisons d'ordre public, notamment pour assurer la protection des intérêts de l'enfant ;*
- b) *une partie refuse de faire ratifier par le juge un accord de médiation signé et conclu, conformément à l'art. 217 CPC, l'autre pourra tout de même se prévaloir du contrat*

pour faire valoir ses droits, sauf si une clause contractuelle prévoit d'étendre la confidentialité à cela.

Art. 217 CPC – Ratification de l'accord

Les parties peuvent demander la ratification de l'accord conclu dans le cadre de la médiation, que celle-ci soit judiciaire ou non. L'accord ratifié a les effets d'une décision entrée en force.

Art. 218 – Frais de la médiation

¹ *L'assistance judiciaire est octroyée en matière de médiation judiciaire et non judiciaire.*

^{1 bis} *Les art. 95 ss. et 117 ss. CPC sont applicables en la matière.*

² Dans les affaires concernant le droit des enfants, les parties ont droit à la gratuité de la médiation aux conditions suivantes :

- a. elles ne disposent pas des moyens nécessaires ;
- b. le tribunal recommande le recours à la médiation.

³ Le droit cantonal peut prévoir des dispenses de frais supplémentaires.

VI. Conclusion

À travers ce travail, nous avons pu démontrer que la volonté initiale du législateur il y a dix ans était la bonne. En effet, comme nous avons pu le voir à diverses reprises, le message du Conseil Fédéral réservait en 2011 un sort tracé à la médiation. Or, comme énoncé auparavant, le taux de renvoi en médiation extrêmement faible a permis de constater que le développement de la médiation était encore lent, et n'avait pas rencontré le succès souhaité.

L'explication de cela peut résider dans certains points étudiés, dont notamment : le manque de sensibilisation des acteurs, le manque d'information de la population, les inégalités des cantons quant au développement de la médiation, les coûts, et plus précisément l'assistance judiciaire pour l'instant non instaurée au niveau fédéral en la matière.

L'idée de ce travail n'était pas de remanier tout le système. Les art. 213 à 218 CPC ont été pensés dans une dynamique de promotion de la médiation. Cette volonté ne peut qu'être encouragée. Cependant, certains détails manquants, ont à mon sens freiné le recours à la médiation. Je pense notamment au fait que seule la médiation judiciaire figure dans le CPC actuel.

Le projet adopté s'axe donc sur une seule chose primordiale à mes yeux : le souhait que la médiation puisse trouver sa place en tant que réelle alternative à la justice et devienne un réflexe pour la population. Pour que les mentalités changent, il faut être conscient que cela prendra du temps.

Cependant, proposer d'une part d'introduire des séances d'informations, à la demande d'une ou des parties ou selon la volonté du juge me semble être primordial, tout comme le fait de guider les parties dans le processus en leur transmettant des listes de médiateurs agréés. Sensibiliser tous les acteurs de notre société permettrait également de promouvoir ce mode amiable et surtout, de l'utiliser uniquement que quand cela s'y prête. Réglementer la confidentialité permettrait aux parties de leur enlever certaines craintes et renforcerait le recours à la médiation, tout comme le fait d'instaurer l'assistance judiciaire de manière générale, cela, en enlevant toute disparité entre les cantons, tout en leur laissant cependant la possibilité de faire plus encore.

Finalement, afin d'atteindre le but qui est de développer la médiation de manière générale, mon projet a donc ajouté certaines règles applicables à la médiation non judiciaire afin que les parties qui choisissent de ne pas passer devant les Tribunaux voient également leur délai de prescription suspendus et puissent faire ratifier leur accord, tout en bénéficiant également de l'assistance judiciaire.

Ce projet de révision nécessiterait cependant des mises en œuvre conséquentes, notamment financières. Des permanences de médiation devraient être instaurées au sein des Tribunaux cantonaux où les parties pourraient être renvoyées, ce qui nécessiterait notamment du personnel et des structures. De plus, le fait d'accorder l'assistance judiciaire en la matière serait également un coût pour l'État.

Cependant, sans aide de l'État en la matière, le réflexe médiation ne saura trouver sa place. Mettre en avant ces points au niveau national est donc selon moi primordial. La présente vaut donc proposition à notre Assemblée fédérale.