

27 juin 2018

COMMISSION EUROPEENNE POUR L'EFFICACITE DE LA JUSTICE (CEPEJ)

Boîte à outils pour le développement de la médiation
Assurer la mise en œuvre des lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation

Foire aux questions (FAQ) sur la médiation : *Guide à l'intention des juges, du personnel non judiciaire des tribunaux, des médiateurs, des services de médiation, des professions juridiques et autres, ainsi que des parties prenantes à la médiation et des utilisateurs de la médiation*

Voilà vingt ans que le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs instruments juridiques destinés à développer la médiation ainsi que des modes alternatifs de règlement des litiges (MARL) en matière civile, familiale, pénale et administrative¹, et dix ans que des Lignes directrices² ont été introduites.

Voilà près de vingt ans que la plupart des États membres ont intégré, dans leur législation nationale, des dispositions visant à développer le renvoi en médiation en matière civile. On peut donc affirmer aujourd'hui que le renvoi en médiation est l'une des attributions clés d'un juge civil.

Toutefois, si l'on tient compte de l'ensemble des États membres, les progrès réalisés dans le recours à la médiation sont modestes, le nombre d'affaires renvoyées étant quasiment imperceptible, puisqu'elles représentent entre 0,1 % et 1 % de la totalité des affaires civiles.

Les principaux perdants, en l'occurrence, sont les parties confrontées à une procédure judiciaire, en particulier les personnes physiques et morales, qui ont le plus de chances de tirer parti de la médiation. Dans la plupart des cas, elles n'ont pas accès à la médiation comme alternative à une audience, simplement parce que la médiation ne leur est pas mentionnée, présentée et recommandée par un juge aux différentes étapes de la procédure judiciaire. Leurs avocats observent le même silence sur la médiation.

Le développement efficace de la médiation judiciaire en matière civile exige que toutes les personnes participant à sa mise en œuvre adoptent une approche holistique, systémique et pragmatique. Cette approche suit les recommandations très concrètes figurant dans les Lignes directrices de la CEPEJ. Mais les États membres n'accompliront de réels progrès dans ce domaine que lorsqu'ils auront la volonté politique de promouvoir le développement de la médiation judiciaire.

Le présent guide peut être utilisé dans ce contexte comme support possible pour les juges et les autres membres des tribunaux, et comme complément à la sensibilisation et à la formation initiale et continue au renvoi en médiation judiciaire, ainsi que dans l'exercice de la fonction de médiateur judiciaire. Pour que la médiation constitue un processus efficace, une telle formation devrait être obligatoire. Cela devrait aussi être le cas pour les autres professions juridiques. Ce guide peut également être utilisé pour aider l'ensemble des parties impliquées dans la collaboration nécessaire entre l'institution judiciaire, les barreaux, les autres groupements de professions juridiques, les associations de médiation et les services de médiation, lors de la mise en œuvre de pratiques de médiation pilotes dans les palais de justice (comme des centres d'information sur la médiation). Ces pratiques pilotes peuvent jouer un rôle important dans le renforcement du suivi d'un renvoi en médiation exercé par les juges ou d'autres membres d'un tribunal.

Ce guide suit les principaux domaines des instruments juridiques du Conseil de l'Europe mentionnés ci-dessus, mais en mettant tout particulièrement l'accent sur les litiges civils et familiaux. La Foire aux questions (FAQ) est donc limitée, mais en tant que modèle, elle peut être développée plus avant par chaque État membre et adaptée en fonction des spécificités nationales, par exemple en matière de coûts et d'aide judiciaire (FAQ 9), ou de registres officiels ou listes de médiateurs certifiés (FAQ 10).

¹ Recommandation (98) 1 sur la médiation familiale, Recommandation (99) 19 concernant la médiation en matière pénale, Recommandation (2001) 9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, Recommandation (2002) 10 sur la médiation en matière civile.

² Lignes Directrices de la CEPEJ concernant la médiation pénale (CEPEJ(2007)13) ; concernant la médiation familiale et civile (CEPEJ(2007)14) ; sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (CEPEJ(2007)15).

Ce guide a été développé en référence au point 3. Sensibilisation des Lignes Directrices de la CEPEJ sur la médiation.

1. Qu'est-ce que la médiation ?

La médiation est principalement un état d'esprit, qui consiste à penser et à se comporter différemment, en envisageant un litige dans une perspective humaniste. Les différends font partie de la vie et ils peuvent produire des conséquences favorables ou défavorables selon la façon dont ils sont traités.

Sur un plan plus technique, la médiation consiste à résoudre des litiges de toute nature, voire à en prévenir l'apparition. La tierce partie – ou médiateur – a deux grands objectifs : d'une part, rétablir, préserver et améliorer le dialogue entre les parties, d'autre part, les aider à trouver leur propre solution, en fonction de leurs intérêts personnels.

Bien qu'il existe des définitions de la médiation dans les instruments juridiques mentionnés dans l'introduction, la définition suivante, plus complète et plus constructive, est extraite de la Directive de l'Union européenne sur la médiation³ :

« On entend par « médiation » un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre. Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige. »

Les *principaux objectifs* de la médiation sont d'aider les parties (a) à établir un dialogue entre elles et (b) à trouver par elles-mêmes une solution fondée sur leurs intérêts communs.

2. Quels sont les avantages de la médiation ?

Pour les parties à un litige judiciaire

- L'approche holistique (globale) de la médiation permet d'englober la totalité des aspects d'un conflit – à la fois les éléments judiciaires (qui font l'objet de l'action en justice), et les éléments non judiciaires ou non juridiques, comme les émotions, les besoins, les valeurs et les intérêts des parties.
- L'autonomie dont bénéficient les parties dans la médiation leur permet de développer leur propre solution au conflit en fonction de leurs intérêts et besoins particuliers (approche personnalisée).
- Cette stratégie de la médiation qui bénéficie à tous éteint tout désir de la partie perdante, après un jugement, d'exercer des représailles au moyen d'un recours, d'une nouvelle action ou d'autres mesures.
- La liberté dont jouissent les parties leur donne toute latitude pour choisir le processus (les moyens du règlement, l'approche en la matière, la tierce partie, etc.) ainsi que le contenu du règlement, en fonction de leurs intérêts.
- La possibilité de tenir compte de l'avenir dans le processus de règlement permet aux parties de concevoir des solutions imaginatives pour éviter l'apparition de nouveaux conflits.
- La possibilité de limiter ou d'interrompre le processus permet aux parties, en tant que de besoin, de gérer leur temps et leurs coûts.

³ 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.

- Le processus pacifique de la médiation, et le recours à des solutions créatives, permettent aux parties de ne pas perdre la face, et de conserver des relations de travail constructives (en matière familiale et commerciale).
- La flexibilité, l'efficacité et la créativité du processus sont possibles parce que les parties sont libres de négocier le processus et le contenu de la médiation (à l'inverse des procédures judiciaires, dont les règles sont fixées par la loi et donc inaltérables, et dans lesquelles le juge pas plus que les parties ne peuvent aller au-delà de l'objet de l'instance).
- En particulier, pour ce qui est des litiges en cas de séparation, de divorce ou autre affaire familiale relevant du droit privé, la médiation aide les parties à conclure un accord donnant la priorité aux besoins et à l'intérêt supérieur des enfants.
- La médiation familiale peut aider à déterminer les options disponibles concernant, pour ce qui est des enfants en particulier, le versement des pensions alimentaires ainsi que la répartition des biens et de l'argent, dont l'épargne, les dettes conjointes, les pensions de retraite et les crédits hypothécaires.

Pour les juges

- La possibilité de renvoyer en médiation les affaires qui s'y prêtent peut améliorer l'efficacité globale du système judiciaire, car si le nombre des affaires résolues grâce à la médiation progresse, les magistrats auront plus de temps pour gérer et juger les affaires restantes.
- Le renvoi en médiation met un terme au litige dans sa globalité (et donc à toute tentation de la partie perdante d'exercer des représailles en introduisant un recours ou une autre action en justice).
- Le renvoi en médiation permet au juge de libérer du temps pour ses autres dossiers, car une large proportion des médiations peut être couronnée de succès.
- Même dans les cas restants, la médiation permet dans une certaine mesure d'atténuer les différences et d'apaiser les parties, de telle sorte que la procédure ultérieure peut s'en trouver sensiblement réduite.
- Le renvoi en médiation permet aux parties de régler leurs différends en temps opportun et de manière efficace, ce qui contribue à une image positive du système judiciaire.

Pour les avocats

- Le fort taux de réussite du processus de médiation renforce la crédibilité et la réputation du cabinet d'avocats.
- 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.

3. Quelles situations se prêtent le mieux à la médiation ?

La médiation peut être utilisée dans la plupart des affaires civiles, commerciales, familiales et sociales, sous réserve de celles qui sont mentionnées dans la FAQ 4.

Les critères suivants, outre le domaine d'application juridique qui régit le dossier, devraient être pris en considération :

- Lorsque les parties ont des liens juridiques (comme dans le cas des litiges familiaux, des conflits relatifs à un bail, des problèmes de copropriété, de détention de parts dans une entreprise, d'actionnariat, de représentation exclusive, de franchisage et autres contrats commerciaux, etc.), ou toute autre forme de relation de longue date (famille, emploi, voisins, collègues, membres d'une association, etc.).
- Une action en justice ne permettrait de régler qu'une partie du différend, car elle peut dissimuler un litige ou un problème sous-jacent plus important.
- Le litige a un fort contenu émotionnel.
- Lorsqu'il existe des intérêts économiques convergents ou complémentaires, ce qui permet aux parties de redéfinir leur relation et leurs activités, ou d'établir entre elles une nouvelle coopération.
- Les deux parties ont intérêt à parvenir à un règlement rapide plutôt qu'à engager une procédure judiciaire ou arbitrale prolongée ; le coût et la durée de l'action sont sans proportion avec les intérêts en jeu.
- Les problèmes sont d'une nature extrêmement complexe. Ils concernent plusieurs demandes ou plusieurs personnes ou entités (responsabilité conjointe, assurance, autre société du même groupe, associé, titulaire d'une licence, etc.).
- Le litige s'étend sur plusieurs pays.
- Les parties souhaitent une certaine confidentialité.

4. Dans quels cas la médiation peut-elle ne pas être indiquée ?

- Lorsque les parties négocient déjà de manière satisfaisante et que la présence d'un tiers n'est pas nécessaire.
- Lorsqu'un précédent juridique est nécessaire pour la jurisprudence.
- Lorsqu'une conciliation judiciaire est possible, à un coût raisonnable et dans un délai rapide, et lorsque la valeur est peu importante.
- Lorsque les faits ne sont pas contestés et donc qu'il est possible d'obtenir une décision judiciaire ou une sentence arbitrale rapidement ou à un coût raisonnable.
- Lorsque toutes les parties souhaitent défendre leur cause devant la justice.
- Lorsqu'une partie donnée a besoin, à titre individuel, d'obtenir une protection légale.
- Dans certains cas où il existe un profond déséquilibre des forces entre les parties.
- En cas de déni de violence ou de violences répétées.
- En cas de procédures abusives de la part d'une des parties (mauvaise fois établie) ou de violence domestique, dans certaines circonstances.
- En cas d'incapacité juridique d'une des parties (sauf si cette personne a un tuteur légal qui la représente pendant le processus).
- Dans les litiges familiaux, afin de protéger les enfants en cas de besoin.

5. Quelles garanties la médiation offre-t-elle ?

La médiation offre aux parties, à leurs conseils et au juge des garanties à plusieurs niveaux :

Concernant la personne du médiateur : les médiateurs assermentés (enregistrés officiellement) ou accrédités (certifiés par une fédération) et les autres professionnels bien formés autorisés par la loi à agir en qualité de médiateur ont été sélectionnés en fonction de leurs qualifications professionnelles, de leur expérience, de leur spécialisation, de leur formation à la gestion des conflits et de leur observation des règles déontologiques.

Concernant le processus : la médiation est régie par des principes fondamentaux, qui sont généralement énoncés dans la législation nationale, dans les statuts des associations ou dans des codes de conduite.

Ils sont souvent mentionnés dans l'accord de médiation initial :

- Humanité : l'être humain est au cœur de la médiation, qui a pour objectif de rétablir le dialogue et pour effet d'amoindrir ou d'atténuer toutes sortes de souffrances et de gaspillages dus au différend.
- Multipartialité et empathie du médiateur : celui-ci s'engage à servir les parties de manière équitable, sans faire de distinctions défavorables entre elles ; il est responsable du bon déroulement du processus.
- Liberté et autonomie : les parties sont libres d'accepter ou de refuser de participer au processus, qu'elles peuvent quitter à tout moment ; le médiateur est libre d'engager, de poursuivre, de suspendre le processus ou d'y mettre fin, en cas de besoin.
- Responsabilité : les parties ont obligation de participer au processus de bonne foi, de se comporter avec respect et de manière transparente, et de respecter la confidentialité. Le médiateur est responsable du bon déroulement du processus ; il a obligation de vérifier que les parties ont compris les caractéristiques du processus, ainsi que leur rôle et le sien ; le médiateur doit s'assurer que les parties parviennent à leur accord final en donnant leur libre consentement en toute connaissance de cause. Si nécessaire, le médiateur peut les inviter à consulter un avocat ; il est dans l'obligation de mettre fin au processus si la solution proposée ne peut pas être appliquée ou si elle est contraire à la loi.
- Indépendance : le médiateur est indépendant. Il doit informer les parties des circonstances qui, de façon objective ou subjective, pourraient compromettre son indépendance.
- Neutralité : le médiateur s'abstient de participer aux controverses et de faire des déclarations sur le fond du litige.
- Humilité ou absence de pouvoir : le médiateur n'a aucun pouvoir de décision, quel qu'il soit.
- Confidentialité : les parties et le médiateur s'abstiennent d'informer des tiers des déclarations, opinions ou propositions formulées pendant le processus, et de produire des documents s'y rapportant au cours de procédures ultérieures. Les parties s'abstiennent de faire citer le médiateur comme témoin. De plus, le médiateur fait en sorte que l'existence du processus et le nom des parties restent confidentiels. Il existe toutefois des exceptions dans certaines situations (médiation scolaire, ou découverte d'une infraction pénale au cours du processus de médiation). En matière familiale, la confidentialité ne peut être levée qu'avec le consentement des deux parties, ou lorsque la loi prévoit une obligation supérieure. C'est le cas lorsqu'une déclaration faite au cours de la médiation indique un risque en matière de protection ou dévoile une infraction pénale.

6. Quel est le rôle du médiateur ?

Le médiateur, un tiers indépendant, neutre et impartial, est chargé de mener le processus, de son stade préparatoire à son terme. Pendant les réunions préparatoires, il commence par s'assurer que les parties se présentent de leur plein gré et après avoir reçu toutes les informations voulues, en les complétant si nécessaire. Il prépare ensuite un projet d'accord initial comme prévu par la loi ou les statuts de son association, ou lorsque les parties le demandent. La confidentialité est mentionnée dans ce document.

Il facilite la communication entre les parties en créant une atmosphère de respect. Il les aide à trouver leurs propres solutions afin de résoudre leur conflit d'elles-mêmes.

Le médiateur utilise plusieurs outils spécifiques : une écoute active et une négociation obéissant à certains principes.

Les parties ou le médiateur peuvent aussi choisir de poursuivre avec un autre co-médiateur lorsque le nombre de participants est élevé, lorsqu'il est souhaitable qu'un tiers masculin ou féminin soit présent, ou lorsqu'il peut être nécessaire d'avoir des médiateurs de formations ou d'expériences différentes (un avocat, un ingénieur, etc.), qui se montreraient plus efficaces.

Le médiateur n'est ni un juge ni un arbitre, car il ne rend pas de décision judiciaire ; ce n'est pas non plus un conciliateur, car il ne donne pas d'opinion ou d'avis juridique ; ni un *ombudsman*, car il ne conduit pas d'enquête, ne prend pas de dépositions et n'émet pas de recommandations ; ce n'est pas non plus un expert, car il ne donne pas d'opinion ou d'avis technique ; ni un assistant social, car il n'aide pas les personnes dans leurs demandes.

7. Quel est le rôle de l'avocat ?

Lorsqu'un client le consulte, l'avocat a désormais obligation de se demander si le litige peut se prêter à une médiation, et d'informer le client de telle manière qu'il puisse être capable de choisir librement la méthode indiquée pour résoudre son problème sans être indûment poussé dans une direction donnée. L'avocat est tenu, par sa profession, de fournir à un client des informations complètes et précises sur la médiation et de l'aider à prendre une décision éclairée.

Si les parties optent pour la médiation, il leur revient alors de décider si, et dans quelle mesure, elles souhaitent que leur avocat soit présent pendant la médiation, et si nécessaire, pendant quelles réunions et étapes du processus.

Le rôle de l'avocat diffère de l'approche contradictoire et litigieuse classique et il est défini par consentement mutuel. Dans la médiation, l'approche généralement retenue veut que le client s'exprime, suivant les conseils de son avocat, qui participe avec lui à la recherche d'une solution mutuellement bénéfique.

Sa présence est importante, notamment lorsque les parties définissent des options. Il aide le client à examiner les options disponibles, en les comparant à la façon dont le problème juridique pourrait être résolu par des procédures judiciaires, en tenant tout particulièrement compte des intérêts supérieurs du client. L'accord final est ensuite rédigé par l'avocat, ou sous son contrôle.

Après le règlement, l'avocat examine et facilite sa mise en œuvre.

8. Quel processus ? Quelles étapes ? Quelle durée ?

Tous ces points seront examinés pendant les réunions préparatoires et tranchés par les parties et le médiateur, et ils seront mentionnés durant la réunion de médiation initiale. Les parties, assistées ou non de leurs avocats, peuvent influencer respectivement sur le choix de l'approche du médiateur, le nombre et le type de réunions (réunions conjointes, à huis clos ou non, avec ou sans navette, etc.) et la durée du processus, en fixant des délais – au besoin –, si ceux-ci ne sont pas déjà prévus par la législation nationale.

En fonction de la situation, le processus de médiation peut s'achever en quelques heures ou, dans des cas exceptionnels, durer plusieurs mois.

9. Quel est le coût de la médiation ? Quels en sont les avantages économiques ? L'aide judiciaire peut-elle être accordée ?

Coût de la médiation

Les coûts d'un processus de médiation peuvent inclure les honoraires du médiateur et ses frais éventuels, comme les frais de traduction, de location des salles, coûts de gestion du cas, etc. Durant la phase préparatoire, les parties et le médiateur commencent par s'accorder sur les

conditions financières. Les honoraires du médiateur sont généralement partagés à parts égales entre les parties, mais ils peuvent aussi être différenciés, pour tenir compte, par exemple, des différences existant dans la situation financière des parties.

La fixation du taux de rémunération doit, notamment, prendre en considération la situation financière des parties, la valeur de l'affaire, le nombre de parties devant être présentes, la nature et la complexité du litige, etc. Le plus souvent, les taux sont connus d'emblée, car réglementés par les institutions de médiation. Les parties peuvent aussi s'accorder sur un taux fixe avec le médiateur.

Avantages financiers

Fréquemment, et particulièrement en matière commerciale, la médiation vise à préserver ou à transformer les relations entre les parties. À l'inverse, les procédures civiles ou arbitrales occasionnent souvent une rupture dans les relations à travers une bataille juridique, qui entraîne, par la suite, des coûts cachés qui ne sont pas inclus dans le coût de la procédure *per se*. En effet, chaque partie peut être amenée à investir du temps, de l'argent et de l'énergie pour trouver de nouveaux partenaires ou produits, services, brevets, marques ou dessins ou modèles industriels, associés, financements, espaces de bureau, marchés, etc. Tous ces coûts importants peuvent être évités ou considérablement réduits lorsque la méthode choisie pour régler un litige est la médiation.

Aide judiciaire et financement public (à adapter selon le système du pays)

Les États membres du Conseil de l'Europe fixent, dans leur législation, les conditions d'octroi de l'aide judiciaire et déterminent si, et dans quelle mesure, les coûts inhérents au processus de médiation, dont les honoraires des médiateurs, sont couverts par cette aide. Certaines législations disposent que, lorsque les parties parviennent à un règlement amiable, les frais de justice/judiciaires peuvent être remboursés. D'autres financements publics peuvent permettre de couvrir le coût de la médiation.

10. Comment entreprendre une médiation ? Quand ? Qui ? Avec qui ?

Quand ?

La médiation peut être engagée à tout moment. Avant même l'apparition d'un litige, les parties peuvent – à titre préventif – insérer une clause de médiation dans un contrat.

Les parties peuvent avoir recours à la médiation au stade des mesures provisoires ou après une tentative de conciliation. De plus, lorsqu'une procédure judiciaire (ou arbitrale) est engagée, il est encore possible de recourir à une médiation à tous les stades, en première ou en deuxième instance.

La participation à une réunion d'information et/ou d'évaluation conduite par un médiateur est, dans certaines juridictions, un préalable à l'ouverture d'une procédure judiciaire en matière familiale.

Qui ?

Le processus de médiation est enclenché, en substance, par le juge, les parties ou leurs avocats. Néanmoins, même pendant la préparation de l'audience, le juge cherchera à savoir si des éléments particuliers du dossier pourraient l'amener à proposer une médiation. Le juge devrait être en mesure de communiquer aux parties des informations judicieuses sur le processus de médiation et de leur présenter les avantages probables du recours à la médiation en l'espèce.

Le statut et la sensibilisation des juges leur offrent une occasion idéale de parcourir les trois étapes associées à un renvoi en médiation : identifier les dossiers qui se prêtent à la médiation (voir les FAQ 3 et 4 ci-dessus), expliquer la médiation aux parties, et les inviter à recourir à la médiation.

Avec qui ? (à adapter en fonction du pays)

Certains États et entités établissent et actualisent des listes des médiateurs, ainsi que de leurs qualifications, expérience, spécialisations, etc. Ces registres sont publics et les parties peuvent donc choisir la personne du médiateur, sur avis de leurs avocats, et en cas de besoin, du juge.

Dans certaines juridictions, seuls les médiateurs familiaux compétents spécialistes de l'ensemble des aspects des divorces et des séparations devraient être sollicités pour mener une médiation avant un procès ou sur demande du tribunal.

En outre, dans plusieurs États membres, les associations de médiation imposent à leurs membres, dans leurs statuts ou leurs règlements, de se soumettre à un processus de certification, dans des conditions similaires. Ces listes sont aussi disponibles sur leurs sites internet, communiquées aux juridictions, ou publiées d'une autre façon.