



Strasbourg, 15 Mars 2004
[ccje/conf2003/reports/proceedings confjuges 2003 f]

CONF/JUGES (2003) PROCEEDINGS

1^{ère} CONFERENCE EUROPEENNE DES JUGES

**“Le règlement précoce des litiges
et le rôle des juges”**

*organisée par le Conseil de l'Europe
en collaboration avec le Conseil Consultatif
de Juges Européens (CCJE)*

Strasbourg, 24-25 novembre 2003

ACTES

Table des matières

	Page
Avant-propos	7
Programme	9
DISCOURS D’OUVERTURE	13
- Discours d’ouverture prononcé par Guy DE VEL, Directeur Général des Affaires Juridiques, Conseil de l’Europe	15
- Aperçu présenté par The Right Honourable Lord Justice MANCE, Président de la Conférence, Cour d’Appel d’Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni).....	19
RAPPORTS	31
- Pourquoi les juges doivent-ils aider les parties à parvenir à un règlement rapide des litiges ? rapport présenté par Veniamin YAKOVLEV, Président de la Cour supérieure d’arbitrage de la Fédération de Russie	33
- Le règlement précoce des litiges: la procédure de référé en droit français rapport présenté par Alain LACABARATS, Président de Chambre, Cour d’Appel, Paris (France).....	37
- Protection des intérêts des parties et des preuves, délais, procédures accélérées et sommaires et jugements interlocutoires rapport présenté par Raffaele SABATO, Juge, Tribunal de Naples (Italie)	41
- Protection des intérêts des parties et des preuves, délais, procédures accélérées et sommaires et jugements interlocutoires – le point de vue de la Norvège rapport présenté par Lars OFTEDAL BROCH, Juge, Cour Suprême (Norvège)	49
- Incitations législatives et judiciaires au règlement (amiable) précoce rapport présenté par Aleš ZALAR, Président de la Cour de District de Ljubljana (Slovénie).....	55
- Modes alternatifs de règlement des litiges : la médiation judiciaire rapport présenté par Louise OTIS, Juge, Cour d’Appel, Québec (Canada)	65
- Gestion des affaires – un système judiciaire proactif et novateur mais impartial rapport présenté par Peter LAMPE, Président de la Cour régionale de Maastricht (Pays-Bas)	73

CONTRIBUTIONS ECRITES	79
- Court ordered mediation in England and Wales (<i>Anglais seulement</i>) contribution de Tony ALLEN et Eileen CARROLL, Centre for Effective Dispute Resolution, Londres (Royaume-Uni)	81
- Alternative dispute resolution : mediation in Italy. Is It really moving? (<i>Anglais seulement</i>) contribution de Francesco BENIGNI, Counsel Freshfields Bruckhaus Deringer, Rome (Italie).....	85
- Exemples de médiation judiciaire dans les conflits individuels pratiquée à Grenoble contribution de Béatrice BRENNEUR, Président de chambre de la Cour d'Appel de Grenoble (France).....	89
- The present law concerning settlement in procedure and the law proposal about separate court mediation in Finland (<i>Anglais seulement</i>) contribution de Teuri BRUNILA, Chief Judge, Turku District Court (Finlande)	91
- Procédure civile et processus de médiation: passer d'un mode à l'autre, sans en altérer la nature contribution de Jean A. MIRIMANOFF, Juge au Tribunal et Président de la Commission de conciliation en matière de baux et loyers, Genève (Suisse).....	95
- Contribution (<i>Anglais seulement</i>) by Stelios NATHANAEL, President of the District Court, Nicosie (Chypre).....	105
RAPPORT DE SYNTHESE	107
- Rapport de synthèse présenté par The Right Honourable Lord Justice MANCE, Président de la Conférence, Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni).....	109
CONCLUSIONS	115
Liste des participants.....	119

ANNEXE: Recommandations du Conseil de l'Europe concernant la médiation	125
Recommandation n° R (98)1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation familiale	127
Recommandation n° R (99) 19 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière pénale ¹	133
Recommandation Rec(2001)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées	139
Recommandation Rec (2002)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile	143

¹ Ce texte a été inclus pour information uniquement car la Conférence n'a pas traité le règlement précoce des affaires pénales.

AVANT-PROPOS

La 1ère Conférence européenne des Juges s'est tenue à Strasbourg les 24 et 25 novembre 2003 sur le thème « Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges ».

Les sujets suivant ont figuré sur l'ordre du jour :

- Procédures visant à éviter les litiges et voies et moyens d'assurer l'effectivité de telles procédures, y compris les mesures provisoires visant à la protection des parties durant le litige ;
- Protection des intérêts des parties et des preuves, délais, procédures accélérées et sommaires et jugements interlocutoires ;
- Incitations législatives et judiciaires au règlement précoce des litiges ;
- Modes alternatifs de règlement des litiges (ADR / médiation)
- Gestion des affaires – un système judiciaire proactif et innovateur mais impartial.

Cette Conférence a été organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec le Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE), organe consultatif du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Le but de la Conférence a été d'identifier les moyens dont disposent les juges pour aider les parties à parvenir à un règlement précoce des litiges. La Conférence n'a pas traité du règlement précoce des affaires pénales.

Ces actes contiennent en particulier les discours d'ouverture de la Conférence, les textes des rapports et des contributions présentés par les Rapporteurs et certains participants à la Conférence, les conclusions adoptées lors de la Conférence ainsi que le programme et la liste des participants.

*

* *

PROGRAMME

Lundi 24 novembre 2003

à partir de 08.30 Enregistrement

09.30 Ouverture de la Conférence

Allocution de bienvenue:

- M. Guy DE VEL, Directeur Général des Affaires Juridiques, Conseil de l'Europe

Aperçu:

- The Right Honourable Lord Justice MANCE, Président de la Conférence, Président du Conseil Consultatif de Juges européens (CCJE), Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles, Royaume-Uni

I. SESSION INTRODUCTIVE

10.00 Introduction: M. Alain LACABARATS, Président de la Session introductive, Vice-Président du CCJE, Président de Chambre, Cour d'Appel, Paris, France

10.05 La nécessité pour les juges d'aider les parties à parvenir à un règlement précoce des litiges (l'expérience des Cours économiques de la Fédération de Russie)

Rapport : M. Veniamin YAKOVLEV, Président de la Cour Suprême Economique de la Fédération de Russie

10.25 Intervenants sur l'expérience de leurs tribunaux (maximum 5 minutes pour chaque intervenant)

10.40 Discussion

11.00 Pause

II. PROCEDURES ET TECHNIQUES POUR ENCOURAGER LE REGLEMENT PRECOCE DES LITIGES

a. Procédures visant à éviter les litiges et voies et moyens d'assurer l'effectivité de telles procédures, y compris les mesures provisoires visant à la protection des parties durant le litige

11.30 Introduction: Mme Louise OTIS, Président du thème, Juge, Cour d'Appel, Québec, Canada

11.35 Rapport : M. Alain LACABARATS, Vice-Président du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE), Président de Chambre, Cour d'Appel, Paris, France

11.55 Intervenants sur le thème (maximum 5 minutes pour chaque intervenant)

12.10 Discussion

12.30 Déjeuner

b. Protection des intérêts des parties et des preuves, délais, procédures accélérées et sommaires et jugements interlocutoires

14.15 Introduction: M. Peter LAMPE, Président du thème, membre du CCJE, Président de la Cour Régionale de Maastricht, Pays-Bas

14.20 Premier rapport : M. Raffaele SABATO, membre du CCJE, Juge, Tribunal de Naples, Italie

14.40 Intervenants sur le premier rapport (maximum 5 minutes pour chaque intervenant)

14.55 Discussion

15.15 Deuxième rapport: M. Lars OFTEDAL BROCH, membre du CCJE, Juge, Cour Suprême de Justice, Norvège

15.35 Intervenants sur le deuxième rapport (maximum 5 minutes pour chaque intervenant)

15.50 Discussion

16.10 Pause

c. Incitations législatives et judiciaires au règlement précoce des litiges

16.30 Introduction: M. Lars OFTEDAL BROCH, Président du thème, membre du CCJE, Juge, Cour Suprême de Justice, Norvège

16.35 Rapport: M. Aleš ZALAR, membre du CCJE, Juge de la Cour de District de Ljubljana, Slovénie

16.55 Intervenants sur le thème (maximum 5 minutes pour chaque intervenant)

17.15 Discussion

17.45 Réception au Restaurant du Conseil de l'Europe

Mardi 25 novembre 2003

d. Modes alternatifs de règlement des litiges (ADR / médiation)

9.30 Introduction: M. Raffaele SABATO, Président du thème, membre du CCJE, Juge, Tribunal de Naples, Italie

9.35 Rapport: Mme Louise OTIS, Juge, Cour d'Appel, Québec, Canada

9.55 Intervenants sur le thème (maximum 5 minutes pour chaque intervenant) : M. Francesco BENIGNI, Italie, M. Giuseppe DE PALO, Italie et M. Jean A. MIRIMANOFF, Suisse

10.10 Discussions

10.30 Pause

e. Gestion des affaires - un système judiciaire proactif et innovateur mais impartial

11.00 Introduction: M. Aleš ZALAR, Président du thème, membre du CCJE, Juge du Tribunal de District de Ljubljana, Slovénie

11.05 Rapport : M. Peter LAMPE, membre du CCJE, Président de la Cour Régionale de Maastricht, Pays-Bas

11.25 Intervenants sur le thème (maximum 5 minutes pour chaque intervenant)

11.40 Discussion

12.00 Déjeuner

III. SESSION DE CLOTURE

14.30 Président: M. Veniamin YAKOVLEV, Président de la session de clôture, Président de la Cour Suprême Economique de la Fédération de Russie

14.40 Conclusions du Président de la Conférence: The Right Honourable Lord Justice MANCE, Président du CCJE, Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles, Royaume-Uni

15.00 Clôture de la Conférence

*
* *

DISCOURS D'OUVERTURE

DISCOURS D'OUVERTURE

prononcé par

Guy DE VEL
Directeur Général des Affaires Juridiques
Conseil de l'Europe

Monsieur le Président de la Conférence Lord Justice Mance,
Mesdames et Messieurs,

C'est à la fois un privilège et un honneur pour moi d'ouvrir aujourd'hui cette Conférence Européenne, consacrée à une autorité imprégnée d'humanisme que représentent les juges, ainsi qu'aux modes alternatifs de règlement des litiges.

Je suis particulièrement heureux de souhaiter la bienvenue aux nombreux participants d'Etats membres du Conseil de l'Europe et de certains Etats ayant le statut d'observateurs auprès de notre Organisation.

J'aimerais exprimer ma gratitude aux Rapporteurs pour leur participation à cet événement et pour les contributions écrites précieuses et enrichissantes qu'ils nous ont fait parvenir et qui sont disponibles à tous les participants.

Depuis plusieurs années, le Conseil de l'Europe s'est attaché à contribuer au développement d'un espace juridique européen, en élaborant des normes dont l'objectif principal est l'harmonisation et la modernisation des ordres juridiques des Etats membres. Notre préoccupation majeure est la construction et la consolidation de l'Europe du Droit.

Nous ne pouvons que nous féliciter du *corpus juris* unique que nous avons mis en place avec beaucoup de rigueur. Nous invitons les Etats membres, dans le cadre de notre coopération, à s'appuyer sur l'ensemble de ces normes, comme une source d'inspiration sur la manière de rendre les législations nationales conformes aux principes du Conseil de l'Europe.

Pour que l'Etat de Droit devienne une réalité, nous concentrons nos efforts particuliers sur l'efficacité de la justice et la célérité des procédures judiciaires.

Le bon fonctionnement du système judiciaire, en tant que composante essentielle de l'Etat de Droit, était au cœur des débats lors de la Conférence des Ministres européens de la Justice qui s'est tenue à Chisinau en 1999. Les participants y ont proposé au Comité des Ministres l'adoption d'un programme cadre d'action global pour le renforcement du rôle des juges en Europe et la création d'un Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE).

Ainsi, en 2000 a été mise en place - pour la première fois au sein d'une Organisation Internationale - une instance compétente composée exclusivement de juges. Cette instance remplit la fonction d'organe consultatif du Comité des Ministres et a pour mission de préparer des avis sur toutes les questions de caractère général relatives à la formation, le statut, les compétences et l'efficacité des juges.

Depuis sa création, le CCJE s'est réuni trois fois et a adopté : - l'Avis n°1 (2001) sur les normes relatives à l'indépendance et l'inamovibilité des juges ; - l'Avis n°2 (2001) relatif au financement et à la gestion des tribunaux au regard de l'efficacité de la justice et au regard de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; - l'Avis n°3 (2002) relatif aux principes et règles professionnels régissant les juges et en particulier la déontologie.

Le Conseil se réunira immédiatement après cette conférence pour la 4^{ème} fois à Strasbourg, du 26 au 28 Novembre 2003. En conformité avec son mandat, il formulera un avis sur la formation initiale et continue appropriée des juges, aux niveaux national et européen. Cet avis s'inscrira dans la continuité des précédentes consultations effectuées à la demande du Comité des Ministres portant de manière générale sur les impératifs professionnels applicables aux juges et la consolidation de leurs indépendance et impartialité.

Les questions afférentes à la formation des magistrats sont particulièrement étudiées au sein du Réseau européen d'échange d'informations entre les responsables et les entités chargés de la formation des magistrats (Réseau de Lisbonne), lequel vient de tenir sa 6^{ème} réunion plénière à Bucarest, à l'occasion de laquelle ce forum a proposé de procéder à une réorganisation de ses structures en vue de resserrer les liens entre ses membres et d'accroître sa contribution à la formation des magistrats.

Les discussions de la présente Conférence devraient également prendre en compte les travaux effectués par d'autres instances, mises en place au sein du Conseil de l'Europe, telles que le Comité Européen pour la Coopération Juridique et la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice.

Les objectifs communs de ces instances sont l'amélioration du fonctionnement du système judiciaire et la consolidation de la pratique des modes alternatifs de règlement des litiges.

Le Comité Européen pour la Coopération Juridique est l'organe normatif en la matière. Ses travaux ont abouti à l'adoption par le Comité des Ministres des quatre Recommandations sur les modes alternatifs de règlement et la médiation que j'ai déjà mentionnées.

La Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice procède, quant à elle, à l'évaluation des systèmes judiciaires des Etats membres et ses travaux visent à une meilleure relation entre les citoyens et les tribunaux et au développement des procédures alternatives.

Notre rencontre a été initiée par le CCJE autour du thème principal « Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges ». Son objectif est de mener une réflexion sur le mode alternatif de règlement des litiges le plus pratiqué qui est la médiation, ainsi que d'examiner la manière dont les juges pourraient amener les parties sur un terrain consensuel de recherche d'une solution.

Dans le cadre de ses travaux en matière juridique, le Conseil de l'Europe a, depuis plusieurs années, porté une attention particulière à la médiation en tant que mode de pacification sociale. L'élaboration de quatre Recommandations dans ce domaine constitue une étape importante dans l'évolution de l'approche de notre Organisation. Ces textes encouragent les Etats membres à instituer, promouvoir et renforcer ce moyen pacifique de résolution des litiges.

Il s'agit en particulier de :

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

Face aux transformations de notre société, la médiation correspond à une conception nouvelle des relations sociales. Dans de nombreux pays la pratique de la médiation a commencé sous la forme de projet pilote. Après une période où nombre d'expériences hétérogènes se sont multipliées, la généralisation des modes alternatifs de règlement des litiges dans tous les domaines s'appuie désormais sur une consécration des pratiques par le législateur.

L'expérience semble attester « *qu'il n'est de meilleure justice que celle que les parties s'administrent elles-mêmes* » (François Ost); la méthode d'arrangement laissant évidemment une place à la justice traditionnelle en dernier ressort.

Si le progrès marqué par l'adoption des quatre Recommandations en vue d'établir les normes européennes en la matière est notable, il n'en demeure pas moins qu'il est nécessaire d'entamer la réflexion concernant le rôle de l'un des principaux acteurs du processus de la médiation qui est le juge. Gardien du droit mais aussi de la justice équitable, le juge devrait - avant d'exercer son pouvoir décisionnel - faire ressurgir le sens de la responsabilité des parties, aménager la communication entre elles et les amener vers l'application d'un droit négocié.

Les avis convergent en effet pour considérer que la fonction du juge a connu de très profondes mutations qui se répercutent sur son statut, sur la méthode qu'il met en œuvre et sur la procédure qu'il suit. Dans le modèle actuel de la justice le pouvoir judiciaire est détenu par des spécialistes qui définissent les normes qu'ils appliquent selon leur efficacité. La justice est alors évolutive au sens qu'elle se présente comme la solution la plus adéquate par rapport à l'objectif donné.

Dans de telles circonstances, le droit devient « *une technique de gestion qui vise à promouvoir le développement économique et social optimum de la société* » (François Ost) et le juge est la seule autorité sachant pénétrer dans l'esprit des lois. Ces affirmations marquent le passage d'un droit imposé vers un droit négocié qui

prévoit la possibilité de transiger dans les systèmes juridiques des démocraties modernes.

Mesdames et Messieurs,

J'aimerais me féliciter à nouveau de la tenue de cette très intéressante et importante Conférence – la première Conférence Européenne des Juges – qui a pour ambition et pour utilité d'explorer les moyens à la disposition du juge en vue de parvenir à un règlement précoce des litiges que lui présentent les parties et d'examiner la passerelle existant entre les procédures judiciaires et le processus de médiation judiciaire ou extrajudiciaire.

Je suis convaincu que l'échange de vues auquel procéderont les participants sera de nature à faire avancer la réflexion ultérieure au sein du Conseil de l'Europe sur cette problématique et je forme des vœux pour le plein succès de cet évènement.

Je vous remercie de votre aimable attention.

APERÇU

présenté par

The Right Honourable Lord Justice MANCE
Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles (Royaume-Uni)
Président de la Conférence, Président du Conseil
Consultatif de Juges Européens (CCJE)

1. Au cours des années 80, une brochure publicitaire rédigée par un cabinet d'avocats londoniens représentait un avocat avec un visage de lion assis derrière un bureau et s'exclamant: « Un règlement ? Mais quel est l'intérêt ? ». De nos jours, de nombreux avocats sont aussi des médiateurs reconnus. En l'espace de quelques années, les professions juridiques et l'opinion publique ont pris conscience de ce que les contentieux ne pouvaient plus être considérés comme une activité intéressante génératrice de revenus pour les avocats. C'est une activité onéreuse, nécessitant du temps et souvent très stressante pour les clients ; elle est également très coûteuse pour les gouvernements, qui ont l'obligation sociale d'offrir un système judiciaire efficace et viable, mais qui doivent maintenir en état des bâtiments souvent anciens, entretenir et moderniser leurs locaux et rémunérer les juges et le personnel. Les parties au litige et les gouvernements ont par conséquent commencé à insister pour initier des changements et exiger un meilleur rapport coût- résultats.
2. Cette conférence a pour but d'examiner à cet égard le rôle des juges dans le règlement précoce des litiges. Pour certains, ce titre suggèrera peut-être une conférence axée sur ce sujet à la mode qu'est la médiation. Cela en fait partie – mais seulement lors de notre deuxième journée. Lorsque la médiation est imposée ou favorisée, le problème n'est plus du ressort immédiat des juges. Le véritable but de cette conférence est de montrer comment les juges et les procédures judiciaires peuvent, au cours d'un litige, favoriser le règlement de celui-ci. Les juges administrent les procédures judiciaires et sont souvent en mesure de les modifier, ou d'exercer leur influence dans ce sens. Il est donc utile non seulement d'étudier les façons dont les juges peuvent intervenir dans le règlement précoce des litiges, dans les limites des procédures nationales existantes, mais aussi d'examiner les procédures et règles développées dans des pays donnés – afin de voir si elles pourraient être adaptées à bon escient à d'autres pays. Chacun de nous parlera naturellement de ce qu'il connaît – la plupart du temps de son propre système. Mais j'espère que nous nous intéresserons aux expériences et aux systèmes des autres afin d'en tirer profit.
3. Dans cette brève introduction, je me propose de résumer certaines techniques qui ont été développées en Angleterre pour favoriser le règlement précoce des litiges. Elles commencent avant même que la procédure n'ait été engagée. Le nom de code sous lequel elles tombent est Woolf – de Lord Woolf, notre *Chief Justice* actuel, qui a promu un nouveau Code de procédure civile (CPC) auquel il a donné son nom.

4. *L'objectif principal.* Ce nouveau code, le CPC, a été mis en œuvre en Angleterre et au Pays de Galles le 26 avril 1999 dans le but principal de « permettre aux tribunaux de rendre la justice de manière équitable » (CPC, a. 1.1(1)). Mais ce but incontesté a été énoncé par définition comme incluant (CPC, a. 1.1(2)), dans la mesure du possible, les aspects suivants :

- « (a) garantir que les parties sont traitées sur un pied d'égalité ;
- (b) faire des économies ;
- (c) traiter l'affaire avec des moyens qui sont proportionnés -
 - (i) à la somme d'argent en jeu ;
 - (ii) à l'importance de l'affaire ;
 - (iii) à la complexité de l'affaire ;
 - (iv) à la situation financière de chaque partie ;
- (d) garantir qu'elle est traitée de manière prompte et équitable ; et
- (e) lui attribuer une part appropriée des ressources du tribunal, tout en tenant compte de la nécessité d'attribuer des fonds à d'autres affaires. »

5. Naturellement, d'aucuns auront des doutes quant aux références à des considérations économiques dans le contexte judiciaire. Le Conseil consultatif des juges européens (CCJE) a lui-même indiqué, dans son second avis, qu'il arrive « *malheureusement, que les aspects économiques soient dominants dans les discussions concernant l'efficacité du système judiciaire et les importants changements structurels dont il est l'objet* » et que « *les tribunaux sont un rouage essentiel de l'Etat et, à ce titre, peuvent faire valoir leur droit à des moyens financiers* ». Il a également fait observer qu'« *aucun pays ne peut se permettre de ne pas tenir compte de sa capacité financière globale au moment de décider quel niveau de services il est en mesure d'assurer* ». Les références du CCJE à la nécessité de traiter les affaires de manière proportionnée, leur allouant une part appropriée des ressources des tribunaux, reflètent une réalité indéniable. Les tribunaux doivent travailler du mieux qu'il peuvent dans les limites des contraintes financières existantes, même s'ils souhaiteraient disposer de davantage de moyens. Il serait injuste non seulement pour une partie au litige, mais aussi pour les autres parties, qu'une procédure particulière prenne des proportions inconsidérées sans tenir compte de ces restrictions financières.

6. Il faut dire que les réformes de Woolf ont probablement davantage réussi à éliminer les retards dans le traitement des procédures civiles qu'à réduire les coûts. Cela est en partie dû à une concentration volontaire des dépenses en début de période. Si les parties avaient l'intention d'intenter une action en justice, elles devaient se préparer correctement et mener la procédure judiciaire de manière diligente, ce qui est coûteux. On espérait que cela amènerait les

parties à envisager un règlement à un stade précoce. C'est en partie aussi parce qu'il est extrêmement difficile de contrôler les coûts dans un système comme le système anglais, où, pour les affaires importantes, il y a un remboursement total des frais, dans le sens où la partie perdante rembourse tous les frais encourus par celui qui gagne le procès. (Pour les petits litiges, nous avons introduit un système de frais fixes inspiré du système allemand.)

7. *L'obligation de coopérer* : les règles de Woolf imposent aux parties à un contentieux une obligation d'aider le tribunal à atteindre l'objectif principal. Leur complexité a été améliorée grâce à une réécriture totale en anglais simple et facile à comprendre. L'utilisation de locutions latines a été évitée. Cependant, je dois dire que, selon mon expérience, les locutions latines (comme *prima facie*, *ratio decidendi*, etc.) font partie de la *lingua franca* juridique européenne, et donc, là encore, l'Angleterre n'est peut-être pas totalement en accord avec le reste du continent !
8. *Gestion des affaires* : l'art. 1.4 du CPC énonce également le principe essentiel de la gestion des affaires en termes généraux, et dresse une liste détaillée des pouvoirs. Le principe essentiel s'énonce comme suit :

« 1.4(1) Le tribunal doit contribuer au succès de l'objectif principal en gérant les affaires de manière active.

2) La gestion active des affaires signifie –

- (a) encourager les parties à coopérer entre elles pendant le déroulement de la procédure ;
- (b) définir les problèmes à un stade précoce ;
- (c) décider rapidement quels sont les problèmes qui nécessitent une enquête exhaustive et un procès et traiter en conséquence les autres questions de manière sommaire ;
- (d) décider dans quel ordre les problèmes doivent être résolus ;
- (e) encourager les parties à avoir recours à un mode alternatif de règlement des différends si le tribunal estime que cela est approprié et faciliter le recours à ce mode de règlement ;
- (f) aider les parties à régler tout ou partie de l'affaire ;
- (g) fixer un calendrier ou contrôler autrement l'état d'avancement de l'affaire ;
- (h) déterminer si les éventuels avantages d'une initiative donnée en justifient le coût ;
- (i) traiter le plus grand nombre possible d'aspects différents de l'affaire en une seule occasion ;

(j) traiter l'affaire sans que la présence des parties à l'audience ne soit nécessaire ;

(k) avoir recours aux technologies, et

(l) donner des directives pour garantir que le procès se déroule rapidement et efficacement. »

Les règles affirment donc clairement que le rôle des tribunaux en matière de litiges est à la fois d'encourager le règlement alternatif des différends (ADR) et, de manière tout à fait indépendante, d'« aider les parties à régler tout ou partie de l'affaire ».

9. Les règles de Woolf autorisent les juges anglais à traiter les affaires par écrit, ou, à cette fin, par communication électronique, à un degré bien plus élevé qu'auparavant. Mais j'aimerais dire un mot de l'approche traditionnelle anglaise, qui est de trancher les affaires en se fondant sur une argumentation orale *et* de le faire immédiatement dans un jugement oral *ex tempore* (rédigé ensuite, naturellement, à partir de l'enregistrement sur cassette ou de la transcription). Pour certains Européens, la faculté d'intervention des juges anglais et leur participation au débat oral avec les avocats sont surprenantes, et pour nombre d'entre eux, l'idée d'un jugement oral impromptu est à la fois peu familière et peut-être effrayante. Je dois dire que, pour les juges récemment nommés, cela peut aussi être inquiétant. Mais la tradition orale est transmise aux avocats anglais qui deviennent juges, et je dois dire que le jugement oral impromptu est un instrument remarquable pour rendre les audiences intéressantes et précises, pour connaître d'une cause et des arguments invoqués tant qu'ils sont présents à l'esprit et pour régler les affaires avec célérité. La tradition remonte à un grand juge anglais, le *Chief Justice* Lord Mansfield, grand réformateur de la procédure qui a fait sortir la *common law* anglaise de la nuit du Moyen-Âge et l'a adaptée au nouvel empire commercial qui était en train de naître. En 1756, au premier jour de ses 32 ans de service, il introduisit cette tradition afin de commencer à éponger un arriéré d'affaires en souffrance. Elle a survécu jusqu'à ce jour. Je vous conseille de vous faire à l'idée que les juges peuvent, sans perdre leur impartialité, et devraient - si cela est nécessaire et peut-être utile - exprimer leurs idées et les difficultés qu'ils peuvent rencontrer au fur et à mesure des requêtes orales. Je vous recommanderais aussi de prendre en considération la notion de jugement oral impromptu.
10. Je résumerai par ordre chronologique les autres caractéristiques principales de la procédure contentieuse anglaise qui encouragent un règlement précoce des litiges.
11. « *Pre-action protocols* ». Les « *pre-action protocols* » sont des documents qui donnent des conseils quant aux démarches à entreprendre avant d'intenter une action. Leur but est d'arriver à identifier les problèmes à un stade précoce, grâce à l'échange d'informations et de preuves, ce qui peut permettre aux parties d'arriver à un règlement avant d'entamer une procédure. Si ce

règlement n'aboutit pas, les protocoles permettent aux parties d'être dans une bien meilleure position pour respecter les délais imposés une fois que la procédure est entamée.

12. Les domaines les plus importants dans lesquels des «*pre-action protocols*» ont été formulés sont la négligence médicale et les dommages corporels. Mais il existe aussi des «*pre-action protocols*» pour les litiges concernant la construction et les questions techniques, la négligence professionnelle ou le contrôle juridictionnel. Tous ces protocoles sont établis en coopération avec les représentants de toutes les parties au litige, par exemple les assureurs, les avocats et les associations ou organismes intéressés. Naturellement, il doit exister une sanction si un «*pre-action protocol*» n'est pas respecté ; autrement, les parties pourraient purement et simplement l'ignorer. Les sanctions que le tribunal peut imposer sont une injonction de payer les frais de la procédure à la partie n'ayant pas respecté le protocole *même si elle est gagnante*, ou une injonction selon laquelle la partie gagnante est privée d'intérêts ou, lorsque la partie fautive est une partie perdante, le taux d'intérêt est plus élevé.
13. Par ailleurs, la directive pratique régissant les «*pre-action protocols*» indique clairement que, même dans les cas qui ne sont pas couverts par un protocole approuvé, le tribunal s'attend à ce que les parties agissent raisonnablement dans l'échange d'informations et de documents concernant le litige et, de manière générale, cherchent à éviter toute procédure contentieuse.
14. *Informations avant action.* Le CPC vise également à éviter tout litige inutile en permettant aux parties d'obtenir des informations qui montreront s'il est utile d'entamer une procédure, ainsi que de conserver les éléments de preuve à utiliser en cas de litige. En vertu des articles 25.1.(1)(i) et 31.16 du CPC, le tribunal peut, avant d'engager une action, ordonner la divulgation de documents par une personne susceptible d'être partie à la procédure, si cela est souhaitable, entre autres raisons pour faire en sorte que le différend soit réglé sans engager de poursuites.
15. *Mesures provisoires.* Certaines parties affirment n'être intéressées que par le principe que soulève leur cas. Mais la plupart souhaitent trouver une solution efficace. Un système efficace de voies de recours provisoires peut agir comme une incitation très forte à trouver un règlement. Prenons deux exemples :
 - (i) La réussite ou l'échec d'une demande d'injonction visant à empêcher une rupture de contrat ou tout autre écart dans l'attente du jugement donnera souvent une bonne indication du résultat définitif probable du litige lors du procès, pouvant ainsi aboutir à un règlement précoce.
 - (ii) Lorsque j'ai commencé à travailler, c'était un truisme, pour la procédure anglaise, de dire qu'une partie n'a pas le droit de saisir un bien d'une autre partie jusqu'à ce qu'elle obtienne un jugement en sa faveur, à moins de revendiquer son droit de propriété sur ce bien. L'une des grandes innovations de Lord Denning fut le développement

de nouvelles procédures, en tant que droit élaboré par les juges, selon lesquelles une partie pouvait se voir empêchée de céder ses biens ou d'en user s'il y avait un risque qu'ils puissent être dissimulés ou dilapidés avant d'aboutir à un règlement. Cette forme d'aide était autrefois octroyée par l'injonction de *Mareva* (re-dénommée aujourd'hui «injonction de gel des avoirs»). Cette forme d'aide peut être octroyée avant même qu'une action ne soit intentée. Puisqu'elle se fonde sur un risque de dissimulation ou de dilapidation des biens, elle est normalement octroyée en première instance en l'absence de la partie dont les biens sont touchés et sans notification à celle-ci. Une fois octroyée, notification est faite non seulement à la partie concernée, mais aussi à tout détenteur connu ou possible de ses biens, comme sa banque. Ainsi, alors qu'elle n'offrait aucune possibilité de ce genre, l'Angleterre est devenue un système judiciaire auquel les parties à un litige *étranger* font parfois appel simplement pour obtenir une protection provisoire. Comme cette forme d'aide est valable *in personam* (vous me pardonnerez le latin!), elle peut être octroyée en relation soit avec des biens spécifiques, soit avec tous les biens d'une personne, connue ou *inconnue*, qu'elle se trouve ou non dans le ressort des juridictions anglaises. Cela peut être combiné avec une injonction de révéler sous serment quels sont ces biens et où ils se trouvent.

16. *Le commencement du procès.* Un nouvel élément de la gestion des affaires est le «allocation questionnaire», que toutes les parties sont invitées à remplir au début du procès. Sur la base de ce questionnaire, le tribunal choisit, parmi trois procédures, celle qui doit être suivie en l'espèce. Chacune de ces procédures se caractérise par un degré différent de gestion des affaires. De manière très schématique, on peut dire que le rythme auquel une affaire doit progresser jusqu'à l'audience et le degré de gestion judiciaire concrète augmentent lorsqu'on passe de la procédure réservée aux petits litiges («small claims») à la procédure rapide, et de la procédure rapide à la procédure polyvalente («multi-track»). Le choix de la procédure dépend essentiellement (mais pas uniquement) du montant de la réclamation en justice. C'est pourquoi, dans le questionnaire, les parties sont invitées à fournir de premiers renseignements détaillés sur l'action envisagée; elles doivent notamment préciser :

- (i) si elles souhaitent disposer d'un délai d'un mois pour essayer de régler le litige ;
- (ii) quelle procédure elles jugent la plus adaptée à leur affaire (procédure réservée aux petits litiges, procédure rapide, procédure polyvalente ou procédure spécialisée) ; si elles ont suivi un «pre-action protocol» ;
- (iii) si elles ont l'intention de déposer une demande de jugement en forme simplifiée ;
- (iv) si elles ont l'intention de demander au tribunal l'autorisation de mettre en cause quelqu'un qui n'est pas encore partie à la procédure ;
- (v) quels témoins de faits elles ont l'intention de faire convoquer à l'audience, et sur quels faits ces témoins donneront des renseignements ;
- (vi) si des motifs justifient que l'affaire soit jugée par un tribunal particulier ;

- (vii) la durée estimée du procès, et si elles ont l'intention de se faire représenter par un avocat ou un conseil ;
- (viii) le coût approximatif (frais de justice et frais généraux, y compris les débours).

17. *Identification et vérification des arguments des parties.* Dans tous les systèmes juridiques ou presque, les parties doivent s'informer mutuellement de leurs arguments et prétentions. Le risque est que l'une des parties essaie de profiter de ces échanges pour créer la confusion ou retarder la procédure, au lieu de favoriser la transparence et la compréhension. D'où l'importance de fixer (a) un calendrier strict pour les échanges, (b) un nombre maximum d'échanges, et (c) des règles régissant leur contenu et (d) précisant dans quelle mesure les parties sont responsables de ce contenu (cette responsabilité implique que toute divergence entre ce contenu et des déclarations ultérieures pourrait être retenue contre les parties). Selon les règles procédurales modernes du droit anglais, tout demandeur doit décrire « avec concision » les faits qu'il invoque, et tout défendeur doit indiquer celles des allégations du demandeur qu'il dément, celles qu'il accepte, et celles qu'il ne peut ni démentir ni accepter et qui doivent être prouvées par le demandeur ; de plus, lorsque le défendeur dément une allégation, il doit motiver son démenti ; s'il conteste la version des faits donnée par le demandeur, il doit présenter sa propre version ; et s'il n'est pas en mesure de se prononcer sur la véracité d'une allégation, il doit le reconnaître. Si le demandeur n'expose pas correctement ses arguments, l'affaire peut être radiée, et si le défendeur est défaillant, le jugement peut être rendu par défaut de défense.
18. *Jugements en forme simplifiée (« summary judgements »)* (CPC, a. 24). L'exposé précoce des arguments des parties est souvent le prélude à une demande de jugement en forme simplifiée¹. Par jugement en forme simplifiée on entend « une procédure selon laquelle un tribunal peut statuer sur une demande ou une question particulière sans procès ». Le tribunal statue donc en fait et en droit. Selon les nouvelles règles, une demande peut être formée par le demandeur ou le défendeur. La question du jugement en forme simplifiée peut aussi être soulevée par le tribunal, mais celui-ci entendra évidemment les parties avant de rendre une décision. A moins que le tribunal ne l'y autorise, un demandeur ne peut solliciter de jugement en forme simplifiée avant que le défendeur ait répondu à la demande en envoyant un accusé de réception de la signification d'assignation (« acknowledgement of service ») ou en contestant la demande. Si le défendeur ne fait ni l'un ni l'autre, un jugement par défaut peut être demandé. Le tribunal peut rendre un jugement en forme simplifiée à l'encontre d'un demandeur ou d'un défendeur au sujet de l'ensemble de la

¹ Un jugement en forme simplifiée peut être rendu à l'encontre d'un demandeur dans tout type de procédure, à l'exception d'un petit nombre de demandes concernant des droits de propriété, notamment des demandes visant à réintégrer la possession de locaux d'habitation, dirigées contre un débiteur hypothécaire, un locataire ou une personne continuant d'occuper les locaux après l'expiration du bail, dont le droit d'occupation est protégé au sens de la loi de 1997 sur la location (*Rent Act 1977*) ou de la loi de 1988 sur les logements (*Housing Act 1988*) ; et à l'exception des demandes portant sur des biens en matière maritime et des procédures concernant une succession litigieuse. Cependant, même dans ces cas exclus, rien n'empêche le défendeur de demander un jugement en forme simplifiée à l'encontre du demandeur.

demande ou seulement d'une question précise, s'il estime que le demandeur ou le défendeur n'a aucune chance réelle d'obtenir gain de cause et qu'aucun autre motif ne justifie de consacrer un débat à cette demande ou à cette question.

19. *Jugements interlocutoires.* Il y a un pouvoir de gestion des affaires qui se révèle très utile pour favoriser le règlement précoce des litiges importants. C'est le pouvoir de « consacrer à chaque question un procès distinct » (CPC, a. 3.1(2)(i)). Les juges anglais ont toujours estimé que les questions déterminant la compétence (par exemple, la question de savoir si une procédure a été correctement engagée en Angleterre, conformément à la convention de Bruxelles ou au Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, texte plus récent qui la remplace désormais dans la plupart des cas) devaient être réglées par une décision distincte au début de la procédure. Cette méthode évite les débats inutiles, longs et onéreux, sur le fond de la demande. Cela dit, elle n'est pas toujours appliquée dans les autres pays d'Europe.
20. A d'autres égards, notamment en ce qui concerne le fond, les juges anglais avaient tendance à privilégier la méthode du « big-bang ». Toutes les questions émergeaient en même temps. Cependant, la réflexion juridique a évolué, et les juges admettent aujourd'hui que, très souvent, certaines questions de fait ou de droit sont plus importantes que d'autres. Une fois que ces questions ont été réglées, les parties devraient pouvoir se mettre d'accord sur le reste. En rejetant l'argument selon lequel l'examen de questions distinctes privait le demandeur de l'examen complet qu'il était en droit d'attendre, la Chambre des lords a donné l'explication suivante dans l'affaire *Ashmore c. Lloyd's* [1992] AC 446, 454 :

« c'est au juge, et non pas aux demandeurs, qu'il appartient de diriger la procédure. L'espoir que le procès aboutisse à une conclusion sur présentation de preuves n'est pas un espoir raisonnable. La seule chose qu'un demandeur soit en droit d'attendre, c'est que justice soit rendue. »

La capacité du tribunal à isoler une question de fait ou de droit et à la régler avant toute autre est étroitement liée à la nécessité de définir les questions aussi précocément et de manière aussi concise et précise que possible. Bien entendu, il y a un risque que la question distincte fasse l'objet d'un recours distinct, et qu'en définitive, le déroulement global du procès soit ainsi retardé. L'importance de ce risque dépend de la rapidité du mécanisme de recours - mais c'est là un autre sujet. Quoi qu'il en soit, c'est un risque qui doit être pris en compte et comparé aux avantages potentiels d'un jugement interlocutoire. En Angleterre, ces jugements ont pris une réelle importance, même s'ils concernent surtout les affaires commerciales importantes, dont la plupart sont traitées à Londres.

21. *Divulgarion de documents* (en anglais, le terme de « disclosure » a remplacé celui de « discovery »). C'est bien connu, en Angleterre, la législation impose à chaque partie de divulguer les documents pertinents (c'est-à-dire les

documents sur lesquels elle s'appuie pour justifier ses affirmations, ou qui ont une importance réelle pour sa thèse ou accréditent la thèse de l'autre partie), et prévoit en la matière des exigences bien plus étendues qu'en Europe continentale, mais bien moins contrariantes et onéreuses qu'aux Etats-Unis. Cela dit, le CPC, qui visait à susciter un « changement culturel », limite l'étendue des exigences de divulgation, du moins dans les affaires normales, et les rend plus proportionnées. Pourtant, l'obligation, pour une partie, de divulguer les documents qui lui sont favorables, mais aussi ceux qui lui sont défavorables, se révèle souvent être une forte incitation à trouver un accord – que ce soit avant ou après divulgation !

22. *Calendrier du procès.* En vertu de l'article 29.8 du CPC, chaque partie est tenue de remplir un questionnaire préalable sous la forme d'une liste de contrôle (« pre-trial check list »), après quoi le tribunal procède à une audience ou à un examen préparatoire (« listing hearing » ou « pre-trial review »), puis fixe normalement le calendrier du procès (s'il n'est pas déjà établi). Les pouvoirs de radiation du tribunal sont renforcés, et les parties peuvent s'attendre à ce que leur affaire soit radiée simplement parce qu'elles n'ont pas respecté le calendrier, surtout si ce manquement remet en cause la date du jugement dans une affaire faisant l'objet d'une procédure rapide. Il est particulièrement important de faire respecter les délais pour garantir l'efficacité globale du système judiciaire et pour disposer d'un moyen d'inciter les deux parties à parvenir à un accord. Il ne doit plus être acceptable que des délais soient prorogés à la discrétion des parties ou sur simple demande. Le respect des délais est dans l'intérêt des parties à l'affaire, mais aussi des autres plaideurs. De plus, la capacité d'un Etat à financer la prolongation des procès n'est pas infinie, ni celle de la Cour européenne des Droits de l'Homme à examiner des requêtes concernant la durée excessive des procédures dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.
23. *Propositions de règlement (CPC, a. 36).* J'en viens à l'une des plus fortes incitations à parvenir à un accord figurant dans le nouveau CPC. Celui-ci contient en effet de nouvelles dispositions concernant les propositions de règlement et la consignation judiciaire (« payments into court »), qui prévoient de graves conséquences financières pour la partie qui, à l'audience, n'obtient pas plus que ce qui figurait dans la proposition précédente de la partie adverse. Un demandeur peut proposer d'accepter, ou un défendeur peut proposer de payer, moins que ce qui était demandé au départ². (Dans le cas d'une réclamation pécuniaire, le défendeur doit aussi donner suite à sa proposition en versant la somme convenue au tribunal.) Si un demandeur obtient plus que ce qu'il a proposé d'accepter, ou si un défendeur doit payer moins que ce qu'il a proposé de payer, cela peut entraîner (sauf dans les petits litiges) de graves

² Pour entraîner les conséquences prévues par le CPC, une telle proposition doit pouvoir être acceptée durant 21 jours au moins.

conséquences en ce qui concerne les frais, et aussi, pour le défendeur, en ce qui concerne les intérêts³.

24. Si, au procès, un demandeur n'obtient pas plus que ce que le défendeur proposait avant le procès, le tribunal (à moins qu'il ne juge injuste de le faire) condamnera le demandeur à payer tous les frais encourus par le défendeur après expiration du délai d'acceptation de 21 jours (CPC, a. 36.20).
25. Si, au procès, un demandeur obtient plus que ce qu'il proposait d'accepter avant le procès, le tribunal (à moins qu'il ne juge injuste de le faire) (a) accordera au demandeur des intérêts sur la totalité ou une partie du montant alloué, à un taux ne dépassant pas le taux de base de plus de 10 %, pour une partie ou la totalité de la période commençant à l'expiration du délai d'acceptation de 21 jours ; (b) condamnera le défendeur à payer les frais encourus par le demandeur à compter de cette date, à titre d'indemnisation (« on an indemnity basis »), ainsi que des intérêts sur cette somme (ici encore, le taux d'intérêt ne dépassera pas le taux de base de plus de 10 %). L'indemnisation permet d'utiliser une base d'évaluation plus favorable, puisque c'est au débiteur qu'il incombe de montrer qu'un point particulier est déraisonnable, et qu'il n'y a pas de limite (du moins aucune limite expresse) liée à la proportionnalité.
26. Pour décider s'il serait injuste d'associer ces conséquences au fait de ne pas obtenir plus que ce qui figurait dans la proposition préalable, le tribunal prend en compte toutes les circonstances de l'espèce, y compris les termes de la proposition, le stade de la procédure auquel elle a été faite, les informations disponibles à ce moment-là, et le comportement des parties (c'est-à-dire dans quelle mesure elles acceptent ou refusent de donner les informations permettant d'évaluer la proposition). Cette dernière considération témoigne de l'esprit de coopération que la procédure anglaise vise à créer, même si elle n'y parvient pas toujours (lorsque le débiteur ne peut ou ne veut pas payer, par exemple).
27. Je ne pense pas que d'autres pays européens soient dotés d'un mécanisme d'incitations financières comparable. Je constate toutefois qu'en Allemagne, où les honoraires des avocats sont fixés par la loi, le pouvoir législatif incite les avocats à encourager leurs clients à parvenir à un accord en faisant passer leur rémunération à 150 % du tarif normal en cas de règlement⁴. Bien entendu, le versement d'une indemnisation profite indirectement à l'avocat du demandeur, ce qui constitue donc aussi une incitation.
28. *Règlement alternatif des différends (« Alternative Dispute Resolution (ADR/Mediation) » (CPC, a. 1.4(2)(e) – voir plus haut)*. Le tribunal ne doit

³ Des dispositions prévoient aussi que de telles propositions soient faites, et prises en compte dans les frais, avant que la procédure ne soit véritablement engagée : CPC, a. 36.10. Si une telle proposition a été faite, le défendeur contre lequel est dirigée une réclamation pécuniaire en retire un avantage financier à condition de verser au tribunal la somme convenue dans les 14 jours suivant la signification de la demande.

⁴ Gottwald, "Civil Justice Reform: German Perspective" in *Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives on Civil Procedure*, éditeur : AAS Zuckerman (Oxford, OUP, 1999), p. 220.

pas seulement encourager et faciliter l'ADR lorsqu'il y a lieu, mais aussi, plus généralement encore, aider les parties à régler tout ou partie de l'affaire (CPC, a. 1.4(2)(f)). Dans la plupart des cas, l'ADR est synonyme de médiation. La question de l'ADR se pose le plus souvent au moment du choix de la procédure selon laquelle l'affaire sera traitée (ou, en appel, lorsque la juridiction prend connaissance de l'affaire). Les parties sont invitées à préciser dans le « allocation questionnaire », au début de la procédure, si elles souhaitent disposer d'un délai d'un mois pour essayer de régler le litige, soit par la voie de l'ADR, soit par une autre voie. Cependant, une suspension de la procédure en vue d'une médiation (même d'une seconde médiation) peut être envisagée (et elle est souvent effectivement envisagée) à un stade ultérieur, lorsque les questions et les faits sont devenus plus clairs, et que l'affaire, et les parties, sont peut-être plus malléables. Le pouvoir d'ordonner la suspension de la procédure à des fins de médiation peut être exercé même si l'une des parties s'y oppose.

29. *Résumé.* J'ai inévitablement dû, je le répète, envisager la situation du point de vue de la justice anglaise. Cela dit, j'ai passé du temps avec des juges allemands et j'ai pu observer comment ils concevaient leur mission de règlement des litiges. C'est une conception très proche de l'esprit des règles modernes du droit anglais. En effet, le juge allemand doit étudier la possibilité d'un règlement et encourager les parties à parvenir à un accord, chaque fois que cela semble approprié, sans pour autant compromettre sa position d'arbitre impartial du litige qui lui est soumis, si les parties ne trouvent pas d'accord. Je suis persuadé que partout, les juges doivent maintenant reconnaître que souvent, une procédure contentieuse n'est guère rentable et peut être évitée, bien que parfois elle reste évidemment indispensable. Nous devons garder ce principe à l'esprit lorsque nous réfléchissons à nos procédures et à nos modes de gestion des affaires. Cette conférence est l'occasion de mettre nos expériences en commun et de découvrir ainsi de nouvelles possibilités de règlement précoce des litiges.

RAPPORTS

Pourquoi les juges doivent-ils aider les parties à parvenir à un règlement rapide des litiges ?

**présenté par
Veniamin YAKOVLEV
Président de la Cour supérieure d'arbitrage
de la Fédération de Russie**

1. Le développement et l'amélioration du mécanisme judiciaire de défense des droits des entrepreneurs est destiné à permettre la réalisation de la mission des instances d'arbitrage qui est de garantir l'accès à la justice. La réalité est toutefois telle que la progression constante du nombre des affaires soumises à ces instances, le changement de nature et la complexité croissante des litiges, l'apparition de nouvelles catégories d'affaires entraînent une augmentation exponentielle de la charge de travail des tribunaux.

Dans ces conditions, et quel que soit le degré d'informatisation du travail des juges, il devient très difficile de faire face à un tel volume d'affaires. C'est pourquoi les juges doivent être amenés à s'intéresser au développement d'autres formes de règlement des litiges, au recours à des procédures de conciliation. Cela permet de réduire la charge de travail des juges et d'améliorer l'efficacité et la qualité de la protection judiciaire. Il faut aussi attirer l'attention des chefs d'entreprise sur ces procédures et moyens de règlement des différends.

2. La mission d'assistance à la formation et au développement de relations de partenariat, formulée dans le Code de procédure arbitrale de la Fédération de Russie de 2002 (article 2) (dans ce qui suit: le Code), la constitution d'une culture et d'une éthique des relations d'affaires supposent que le tribunal arbitral prête son concours à la conciliation entre les parties y compris en expliquant aux intéressés qu'ils sont en droit de soumettre le litige à un tribunal arbitral, de s'adresser à un médiateur pour trouver un accord amiable.
3. Le recours à des procédures de conciliation ne date pas d'aujourd'hui. Cette pratique existait déjà et les codes de 1995 et 1992 prévoyaient la possibilité de pourparlers entre les parties dans le but de parvenir à un accord amiable. Ce type d'accord a toujours été considéré comme le meilleur moyen de régler les affaires soumises aux tribunaux arbitraux.
4. Dans le nouveau code un chapitre distinct est consacré aux procédures de conciliation, ce qui traduit l'importance des mesures tendant à la conclusion d'un accord entre les parties. Au plan conceptuel le principe est posé selon lequel le tribunal arbitral prend des mesures en vue de la conciliation entre les parties et les assiste dans le règlement du litige. Mais si le juge est tenu de prendre ces mesures, les parties par contre peuvent recourir à ces procédures par accord mutuel, ce recours revêtant pour elles un caractère volontaire.

5. Le nouveau code incite et les parties et les tribunaux à recourir plus largement aux procédures de conciliation, car il s'agit là du moyen le plus «doux» de régler les conflits. Il permet de concilier et d'harmoniser les intérêts des parties au litige, de rechercher des compromis acceptables et de cette manière de maintenir des relations d'affaires normales entre des entrepreneurs liés par contrat.
6. L'une des raisons de la facilité avec laquelle les parties sont amenées à conclure des accords amiables tient au coût élevé des procédures judiciaires, dans la mesure où elles impliquent la participation d'avocats dont les honoraires sont élevés. C'est le plus souvent la partie en défaut qui fait traîner le procès en longueur, l'autre partie a toujours intérêt à un règlement rapide. En conséquence la partie en défaut, en faisant traîner en longueur la procédure judiciaire alourdit les frais pour l'autre partie. Le nouveau code dispose que la partie en défaut qui perd le procès rembourse les frais de justice de l'autre partie, y compris ceux entraînés par le recours aux services d'un avocat. Cela permet de moins faire durer les procédures, de tomber plus souvent d'accord pour un règlement amiable du litige.
7. Une disposition du code mérite de retenir particulièrement l'attention: elle permet aux parties de trouver une solution au différend avec le concours d'un médiateur. Le nouveau code est le premier à prévoir cette fonction. Le médiateur ne rend aucune décision, il se borne à aider les parties à conclure un accord amiable. Cette institution du médiateur est liée aux procédures de conciliation. Etant donné que cette fonction est peu développée chez nous et en l'absence de réglementation, il est très important d'expliquer aux parties en présence qu'elles ont le droit de s'adresser à un médiateur ainsi que les conséquences de cette démarche. Cette tâche incombe pour l'instant au juge du tribunal arbitral qui à son tour doit comprendre qu'il est de son intérêt que le litige soit réglé avant l'audience, en ce sens que cela a pour effet non seulement de raccourcir les délais de traitement des affaires, mais aussi d'alléger la charge de travail des tribunaux. Du point de vue des parties cela permet de réduire les frais de justice et de résoudre le conflit sans recours à des mesures coercitives de la part de l'Etat.

Dans ce contexte il convient de relever l'importance de la phase de préparation des affaires, en particulier l'entretien entre le juge et les parties ou leurs représentants. Le juge a la possibilité d'exposer les avantages du recours à un médiateur. Si, lors de ces entretiens, le juge constate que les parties sont prêtes à tenter une conciliation il ne doit pas limiter leurs droits. D'où l'importance de la disposition habilitant le tribunal arbitral à renvoyer l'examen de l'affaire à une date ultérieure si les deux parties le demandent en liaison avec leur démarche pour obtenir le concours du juge ou d'un médiateur en vue du règlement du litige.

8. Autre mesure importante, propre à contribuer au développement des procédures de conciliation et à inciter les parties à conclure des accords amiables: la disposition du Code en vertu de laquelle l'arrêt pris par le tribunal pour valider l'accord amiable ordonne le remboursement au demandeur, par le budget fédéral, de la moitié des droits versés par lui à l'Etat.

9. La conciliation entre les parties au moyen d'un accord amiable est possible à tous les stades du processus d'arbitrage et lors de l'exécution d'une décision de justice (chap. I, art. 139).
10. Au nombre des mesures d'incitation on peut compter la règle relative à l'exécution immédiate de l'arrêt du tribunal validant l'accord amiable et à la possibilité d'introduire un recours, dans un délai d'un mois, directement devant l'organe d'arbitrage de l'instance de cassation, sans passer par l'instance d'appel (chap.VIII, art. 141).

Cela permet non seulement de raccourcir très sensiblement la durée de traitement des affaires, mais aussi d'exclure la possibilité d'une révision sur les faits de l'arrêt de validation de l'accord amiable.

La conclusion par les parties d'un accord amiable validée par le tribunal met fin à la procédure relative à l'affaire (chapitre II, article 150), ce qui exclut la possibilité d'un recours ultérieur au Tribunal arbitral pour un litige entre les mêmes parties sur le même sujet et pour les mêmes motifs (chap. III, art.151).

11. Lors de la validation de l'accord amiable le Tribunal arbitral doit certifier qu'il n'est contraire à aucune loi ni disposition réglementaire et ne porte pas atteinte aux droits et aux intérêts légitimes de tiers. En d'autres termes le mécanisme de contrôle du tribunal destiné à prévenir diverses violations fonctionne.
12. D'après les statistiques, en 2002 les tribunaux arbitraux de la Fédération de Russie ont réglé plus de 17 000 affaires par voie d'accord amiable. Pour le premier semestre de 2003 on compte déjà plus de 11 000 affaires réglées par ce moyen.

Le règlement précoce des litiges : la procédure de référé en droit français

présenté par

**Alain LACABARATS,
Président de Chambre, Cour d'Appel, Paris, France
Vice-Président du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE)**

L'une des caractéristiques essentielles de l'évolution actuelle de la procédure civile en France est l'attention portée à l'efficacité de la justice. Dans sa conception moderne, la justice est un service public qui doit permettre au citoyen d'obtenir, non seulement une reconnaissance théorique de ses droits, mais aussi l'exécution effective des condamnations obtenues en justice. Sous l'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et plus particulièrement de son Article 6, la jurisprudence a consacré en faveur du citoyen un véritable droit à la justice, entendu dans un double sens :

- le droit pour toute personne d'exercer un recours devant une juridiction en cas d'atteinte à ses prérogatives ;
- le droit pour le justiciable d'obtenir du juge une décision dans un délai raisonnable.

Une nouvelle force est ainsi donnée à la prohibition du déni de justice. Traditionnellement entendu comme l'abstention du juge de statuer sur les causes qui lui sont soumises, le déni de justice existe aussi désormais lorsque, pour quelque cause que ce soit, le juge ne traite pas les affaires et ne prononce pas ses décisions dans un temps compatible avec les intérêts du justiciable.

La jurisprudence considère que le non respect par un tribunal du délai raisonnable caractérise un fonctionnement defectueux du service de la justice et ouvre droit à réparation au profit du justiciable qui en est victime, par une action en indemnisation que celui-ci peut exercer contre l'Etat, garant du fonctionnement de l'institution judiciaire, en application de l'Article L 781-1 du Code de l'organisation judiciaire. Il convient toutefois de préciser qu'indépendamment de la réparation des dommages subis, le moyen tiré de la durée excessive de la procédure n'est pas susceptible d'entraîner la nullité de la procédure ou de la décision rendue par le juge. Il en est ainsi même si la Cour Européenne des Droits de l'Homme a constaté au préalable la violation par l'Etat de son obligation de faire rendre la justice dans un délai raisonnable : ce constat de violation est sans incidence sur la validité des procédures relevant du droit interne.

En France, la recherche de l'efficacité de la justice a conduit le législateur à prendre diverses mesures pour améliorer l'instruction et le jugement des affaires :

- obligation pour les parties de préciser les moyens justifiant leurs prétentions ;
- renforcement des pouvoirs du juge chargé de l'instruction des affaires ;

- encadrement strict des mesures d'expertise ;
- possibilité offerte au juge de résumer sommairement les prétentions et moyens des parties afin de consacrer l'essentiel du jugement à la motivation de sa décision ;
- recherche d'un traitement simplifié des affaires en première instance et en appel;
- procédure de non admission pour les pourvois en cassation manifestement dépourvus de fondement sérieux.

Mais le symbole de la justice de l'urgence en droit français reste **la procédure de référé.**

La décision de référé est une décision provisoire, rendue à l'issue d'une procédure contradictoire, qui permet à une partie d'obtenir les mesures qui lui sont immédiatement nécessaires. Les principales caractéristiques de la procédure de référé sont les suivantes :

1. Caractère provisoire

Le caractère provisoire des décisions de référé signifie que le juge des référés ne tranche pas le fond du litige opposant les parties mais prend seulement des dispositions propres à préserver leurs intérêts. On ne peut demander ainsi à un juge des référés de statuer sur la responsabilité d'un accident, de trancher un litige relatif au droit de propriété, d'annuler ou de résilier un contrat. Il peut en revanche par exemple :

- ordonner une expertise pour élucider les causes d'un accident ou en préciser les conséquences, avant l'engagement par la victime d'un procès en responsabilité et indemnisation ;
- confier un bien mobilier dont la propriété est contestée sérieusement à un séquestre qui aura pour mission de le garder et conserver jusqu'à ce que le litige sur la propriété soit tranché par les juges du fond compétents ;
- suspendre les effets d'un contrat dont la validité est douteuse jusqu'à ce que cette question ait été résolue par le tribunal.

2. Procédure contradictoire

La décision de référé est rendue à l'issue d'une procédure contradictoire, qui suppose que l'adversaire ait été assigné à comparaître. La loi autorise néanmoins le demandeur à assigner le défendeur à bref délai, et même "d'heure à heure" si le cas requiert une célérité particulière. Il appartient en toute hypothèse au juge de s'assurer que le défendeur a disposé d'un temps suffisant pour se défendre, ce temps pouvant bien entendu être variable selon la nature de l'affaire.

3. Les pouvoirs du juge des référés

Les différents textes du code de procédure civile français relatifs au référé indiquent que le juge des référés a le pouvoir de prendre des "mesures" (Mesures d'instruction ; mesures conservatoires ; mesures de remises en état). Si les conditions d'adoption de ces mesures sont différentes selon les cas, le terme de "mesures",

particulièrement vague, montre que le juge des référés, dont le but doit être l'efficacité, doit rechercher toutes les solutions susceptibles d'apaiser le conflit qui lui est soumis, en choisissant à cette fin la mesure qui lui paraît la plus adéquate à la situation de fait constatée ou ménageant au mieux les intérêts des parties. Cette particularité l'autorise à prendre une mesure autre que celle demandée, à condition de respecter le principe de la contradiction et de ne pas aggraver la situation de la partie défenderesse. Par exemple, saisi d'une demande de restitution d'un bien mobilier détenu par un tiers et constatant une difficulté sérieuse sur la propriété de ce bien, le juge des référés peut de sa propre autorité décider de le confier à un séquestre jusqu'à la décision des juges du fond sur le droit de propriété. De même, saisi d'une demande retrait de la vente d'un livre diffamatoire ou attentatoire à la vie privée du demandeur, le juge des référés peut décider d'ordonner une simple mesure de publication d'un communiqué faisant état des protestations du demandeur. En revanche, s'il était saisi d'une demande de diffusion d'un tel communiqué, il ne pourrait aller au-delà de la demande pour interdire la vente de l'ouvrage.

Dans le même esprit, le juge des référés peut limiter dans le temps l'application de sa décision, pour ne pas affecter de manière irréversible les droits des parties. Ainsi, s'il interdit provisoirement la divulgation d'un ouvrage diffamatoire, il peut impartir un délai à la personne diffamée pour saisir les juges du fond, en subordonnant le maintien de la mesure d'interdiction à la saisine du tribunal dans le délai fixé. Il peut également organiser un suivi de sa décision, notamment en définissant les modalités de son exécution et en prévoyant la comparution des parties à une audience ultérieure pour vérification du respect de ses injonctions.

4. *L'exécution immédiate*

L'efficacité de l'intervention du juge des référés est accrue par le caractère immédiatement exécutoire de ses décisions : le délai d'appel et même l'exercice effectif de cette voie de recours n'ont aucun effet suspensif. En outre, en cas d'appel, le premier président de la cour d'appel n'a pas le pouvoir d'arrêter l'exécution provisoire de la décision de référé (sauf, depuis une loi du 15 juin 2000, lorsqu'il s'agit d'une décision de référé portant atteinte à la liberté de l'information).

5. *Les liens avec l'instance au fond*

Les cas d'intervention du juge des référés sont particulièrement nombreux et variés. Ils ont souvent un lien avec un litige opposant les parties, soumis ou susceptible d'être soumis aux juges du fond. Il en est ainsi notamment lorsqu'il est demandé au juge des référés :

- d'ordonner une expertise afin de réunir les éléments de preuve qui permettront à une partie d'engager un procès contre son adversaire devant la juridiction du fond ;
- d'ordonner aux mêmes fins une communication de documents détenus par un tiers ;
- de placer sous scellés ou sous séquestre des biens jusqu'au jugement de l'affaire par les juges du fond ;

- de désigner un administrateur provisoire pour une entreprise ou un groupement quelconque jusqu'à ce que le conflit opposant ses dirigeants soit tranché par le tribunal ;
- de suspendre les effets de la délibération d'une assemblée jusqu'à ce que la question de la légalité de cette délibération ait été résolue par les juges du fond.

Le juge des référés a même le pouvoir, depuis un texte du 28 décembre 1998, de saisir directement les juges du fond du litige opposant les parties, à condition que l'une d'elles en ait fait la demande et qu'il y ait urgence.

Mais le référé a une autonomie telle qu'elle permet au juge d'intervenir en dehors du contexte d'une procédure au fond et lui permet même dans certains cas de mettre fin au litige, en privant de toute utilité cette procédure au fond. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il est demandé au juge des référés de faire cesser un trouble manifestement illicite, c'est-à-dire sanctionner la violation évidente d'une règle de droit :

- expulser de squatters occupant irrégulièrement un immeuble appartenant à autrui ;
- ordonner la démolition d'une construction entreprise irrégulièrement ;
- ordonner la reprise de relations contractuelles irrégulièrement rompues.

Tel est également le cas lorsque le juge des référés alloue au créancier une provision sur sa créance, la condition de cette allocation étant que l'existence de l'obligation ne soit pas sérieusement contestable.

La Cour de cassation ayant précisé que la "provision" pouvait correspondre à la totalité de la créance, le "référé-provision" est devenu dans la pratique juridictionnelle, notamment en matière commerciale, le mode de droit commun du recouvrement des créances, lorsque le débiteur n'est pas en mesure d'opposer une critique sérieuse à la demande formée contre lui.

6. *L'absence d'autorité de chose jugée*

Quelle que soit l'importance des prérogatives appartenant au juge des référés, il convient de préciser que ses décisions n'ont pas autorité de chose jugée au principal. Ce principe a une double signification : une demande rejetée en référé peut être ultérieurement présentée à un juge du fond ; et une décision du juge des référés ne s'impose jamais au juge du fond, quelle que soit la nature de la décision de référé ou sa motivation.

Protection des intérêts des parties et des preuves, délais, procédures accélérées et sommaires et jugements interlocutoires

présenté par

Raffaele SABATO
Juge, Tribunal de Naples, Italie
Membre du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE)

1. Introduction

Bien qu'apparemment fort divers, les thèmes abordés dans ce rapport prennent tous en compte la nécessité de faire en sorte que, dans une procédure civile, la durée de l'instance ne puisse pas porter préjudice aux parties, et encore moins à la partie gagnante.

En fait, de longues procédures peuvent mettre en péril la possibilité de prouver le bien-fondé de la cause; même en cas de victoire, les chances d'une partie d'obtenir un résultat pratique peuvent être menacées par des événements liés au temps qui passe. Il est donc nécessaire que chaque système mette au point des mesures conservatoires¹ des intérêts des parties et des preuves.

Si, par le biais de mesures conservatoires, généralement déterminées sur la base d'une évaluation sommaire de l'affaire, il est considéré comme allant de soi que la procédure sera longue, il n'en convient pas moins d'examiner la façon de raccourcir les délais injustifiés. Les mesures visant à réduire la durée d'un procès comprennent la fixation de délais aux actions des parties à une procédure ordinaire, ainsi que des

¹ Les mesures conservatoires regroupent celles accordées par le biais de jugements ou ordonnances «interlocutoires». Il peut être utile de souligner ici que dans ce texte le concept de décision «interlocutoire» désigne les ordonnances ou dispositions provisoires qui ne tranchent pas le litige ne statuant pas sur les moyens invoqués. Une autre signification de l'expression «décision interlocutoire» comprend la détermination de certains points litigieux de l'affaire, alors qu'une autre décision est nécessaire pour la résolution des problèmes restants.

procédures accélérées et sommaires² en remplacement de la procédure civile ordinaire.

Certains des sujets mentionnés ci-dessus sont étroitement liés au "*case management*", c'est-à-dire au processus d'examen des avantages et inconvénients du mode "adversarial" de conduite des procédures civiles dans certains pays.³ Ce sujet sera traité séparément dans d'autres rapports.

La portée limitée de ce rapport ne permet pas de se référer précisément aux différents systèmes européens. Cependant, certains exemples pertinents seront cités.

Dans la mesure où ce rapport est destiné à faire évoluer les actions dans le cadre du Conseil de l'Europe, il sera largement fait référence à un texte pertinent du CdE. Certains renvois à des textes de l'Union européenne seront également nécessaires.

2. Mesures conservatoires

Le concept de «mesure conservatoire» n'est pas homogène en Europe, bien que la notion de «juridiction conservatoire» soit sans conteste l'un des éléments clés de la protection des droits par l'intermédiaire de l'application de la loi.⁴ Cependant, même dans le contexte plus large du projet d'harmonisation entamé sous les auspices de l'Union Européenne, ayant jusqu'à présent abouti à des projets portant sur certains domaines spécifiques de la procédure civile,⁵ il faut souligner que *«il serait illusoire de projeter une unification formelle des mesures conservatoires et provisoires, et des procédures de les obtenir»*.⁶

Il est toutefois possible de distinguer:

a) les mesures conservatoires destinées à protéger la faisabilité de l'exécution, ou à

² Les procédures sommaires, par conséquent, sont également utilisées en-dehors du domaine de la protection des intérêts et des preuves des parties au cours d'un procès ordinaire; un procès sommaire devient donc une alternative au procès ordinaire, et pas uniquement une parenthèse au cours de celui-ci destiné à déterminer une mesure conservatoire.

³ Le terme anglais «*case management*» décrit les processus impliquant le contrôle de l'évolution des affaires par l'entremise d'une cour ou d'un tribunal (gestion du flux des affaires) ou le contrôle de la charge de travail total d'une cour ou d'un tribunal (gestion de la charge des affaires). Les rapports de Lord Woolf sur le système judiciaire civil en Angleterre et au Pays de Galles se concentrent sur le rôle de la gestion des affaires en encourageant le règlement des litiges le plus rapidement possible; en cas d'impossibilité à atteindre une solution, les affaires doivent être jugées aussi rapidement que possible et au moindre coût.

⁴ Voir, pour l'U.E. la décision CJE C-213/89.

⁵ Il est fait référence au rapport du groupe de travail pour le Rapprochement du droit sur la procédure civile en Europe, présidé par M. Storme, professeur et *advocaat* de Gand, Le rapprochement du droit judiciaire dans l'Union européenne, Dordrecht/Boston/London, 1994. La partie concernant les mesures provisoires était sous la responsabilité du professeur milanais G. Tarzia.

⁶ Ibidem, p. 106.

l'anticiper;⁷

b) les mesures conservatoires destinées à «geler» une certaine situation de fait en attendant le procès, par exemple par le biais de la nomination d'un administrateur judiciaire;

c) les mesures ne pouvant être indiquées comme conservatoires, sinon dans un sens très large, dans la mesure où elles sont destinées à anticiper la décision sur le fond.

Dans la première catégorie, il est possible d'intégrer la «saisie conservatoire», le «Arrest», le «sequestro conservativo», l'injonction Mareva,⁸ etc., mais également le «einstweilige Verfüegung» (dans le sens du «Sicherungsverfüegung»).

Dans la deuxième catégorie, il est permis de regrouper les «référé»/ «kort Geding» dans certaines de leurs applications, le «einstweilige Verfüegung» dans le sens du «Regelungsverfüegung»), ainsi que le «sequestro giudiziario».

La troisième catégorie englobe le «Befriedigungsverfüegung», le «référé-provision» ainsi que la «ordinanza interinale».

Un point à souligner concerne le fait que, en plus des ordonnances légalement disponibles conçues pour protéger une situation spécifique, (par exemple, la garde et la préservation de la propriété, la mise sous séquestre, l'injonction pour empêcher des travaux sur la propriété adjacente à celle du plaignant), le juge devrait être habilité par la loi nationale à formuler tout recours provisoire en fonction des circonstances de l'affaire, tels que les procédures de «référé», d'«interim injunctions», de «provvedimenti d'urgenza», etc.⁹

Les conditions d'octroi des recours provisoires sont assez variables selon les systèmes. Il semble particulièrement intéressant de mentionner que l'urgence (ou

⁷ Les relations entre les dispositions conservatoires et les dispositions sur les saisies (faisant également partie des mesures d'exécution forcée) sont assez pertinentes. Le tableau suivant tente de résumer cette relation.

	a) mesures conservatoires autres que la saisie;	MESURES CONSERVATOIRES
MESURES DE SAISIE	b) mesures conservatoires par saisie;	
	c) mesures d'exécution forcée par saisie;	MESURES D'EXECUTION FORCEE
	d) mesures d'exécution forcée autres que la saisie	

⁸ L'injonction Mareva ou "freezing order" a été élaborée par le biais d'un cas de jurisprudence anglaise afin d'empêcher une partie de céder ou de distribuer des actifs, même si les sommes d'argent sont détenues par des tiers. Ce recours s'est développé, le plus souvent sous la forme d'une procédure «ex parte», avant le procès. Il peut également être utilisé après le procès pour faire appliquer une décision.

⁹ La nécessité d'investir le tribunal d'un tel pouvoir de protection atypique a constitué l'objet essentiel du rapport Storme dans ce contexte.

«periculum in mora») ne constitue pas toujours un critère, et que l'évidence du droit revendiqué suffit parfois.

Même si généralement les recours ne sont accordés qu'après avoir entendu les deux parties, («inter partes»), des circonstances exceptionnelles peuvent exiger qu'ils soient octroyés «ex parte», c'est-à-dire sur requête; mais ce recours sur demande d'une partie doit alors être confirmé, modifié ou retiré lors d'une audience «inter partes» ultérieure.

A cet égard, il convient de mentionner que le besoin, ressenti traditionnellement par plusieurs systèmes, d'établir des mesures conservatoires pour le recueil de preuves (audition préalable de témoins, rapports d'experts, examens des lieux, prélèvements d'échantillons) s'est maintenant étendu à des mesures plus sophistiquées améliorant la possibilité pour le plaignant de réunir des informations en vue du procès. Il en va ainsi, par exemple, du concept anglais d'ordonnance «Anton Piller», une injonction impérative élaborée par le droit jurisprudentiel afin de sauvegarder les éléments et documents qui forment le fondement de l'action judiciaire, évitant ainsi les risques liés à l'injonction traditionnelle qui ne peut être produite que «inter partes». Par le biais d'une ordonnance «Anton Piller», sur la base d'une procédure «ex parte», le défendeur peut être obligé de communiquer des éléments préjudiciables à son affaire mais favorables au demandeur. La CEDH a estimé que cette procédure satisfaisait à l'art. 8 de la Convention sur les droits de l'Homme.¹⁰

Une mesure assez intéressante de certains systèmes conservatoires (par exemple le référé) est la possibilité que le jugement interlocutoire ne soit pas suivi d'une procédure aboutissant à une décision en dernier ressort, si aucune partie ne le demande. D'autres systèmes imposent aux parties d'entamer la procédure en première instance dans un délai fixe strictement limité, à défaut de quoi le recours conservatoire perd tout effet. Les différents systèmes se distinguent également en termes de procédures d'appel à l'encontre de la mesure provisoire, ainsi que par rapport à la possibilité que le juge ayant accordé la mesure conservatoire puisse également se prononcer sur le fond de l'affaire.

Il convient de souligner que, de façon plutôt surprenante, la question des mesures conservatoires ne fait l'objet d'aucune attention particulière dans le cadre de la Recommandation n° R (84) 5, «*Principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice*» adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 28 février 1984.¹¹

Dans le paragraphe 38 des Conclusions de la Présidence, le Conseil Européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 a invité le Conseil et la Commission de l'Union européenne à élaborer de nouvelles dispositions de droit procédural dans les affaires transfrontières concernant, en particulier, les éléments qui contribuent à faciliter la

¹⁰ Décision CEDH du 30 mars 1989.

¹¹ On ne peut que souligner que le Principe 8 recommande d'introduire des règles particulières afin d'accélérer les jugements pour lesquels, en tenant compte de la nature du litige, une décision rapide est exigée. Ce concept, bien sûr, est sensiblement différent de celui d'une mesure conservatoire.

coopération judiciaire et à améliorer l'accès au droit. Les mesures provisoires ont été mentionnées à cet égard.

Le droit procédural international (il est possible de faire référence à l'Art. 24 de la Convention de Bruxelles comme exemple type) établit que les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être demandées aux autorités judiciaires de l'État qui les prévoit dans son droit, même si, selon les règles d'attribution de juridiction, un autre tribunal est compétent pour connaître du fond de l'affaire.

3. Délais des procédures ordinaires

L'objectif d'un procès rapide peut être atteint en imposant des limites aux actions que les parties étaient habituellement libres d'entreprendre, à condition qu'aucune restriction déraisonnable ne soit imposée au droit de la défense. Des limites arbitraires représenteraient un déni fondamental d'équité.

Les critères de législation moderne et/ou de «*case management*» définissent, par exemple, le nombre des témoins, la longueur des soumissions écrites ou orales, les moyens de recours, etc.

Un point particulièrement important est la détermination du délai des procès, de sorte que les parties complètent leur dossier respectif dans les délais impartis. Alors que certains de ces délais peuvent être laissés à l'appréciation du juge (par exemple, le délai accordé à l'examen et au contre-interrogatoire des témoins au procès), d'autres limites peuvent être établies lors d'audiences préalables au procès et/ou fixées par des dispositions réglementaires.

Le Principe 1 de la Recommandation n° R (84) 5, «*Principes de la procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice*», après avoir établi que normalement les procédures ne doivent pas compter plus de deux audiences, prévoit des sanctions lorsqu'une partie n'a pas accompli un acte de procédure dans les délais fixés par la loi ou par le juge. Selon les cas, ces sanctions pourraient consister notamment dans la déchéance de l'acte, le paiement de dommages et intérêts, des frais ou d'une amende ainsi que dans la radiation de l'affaire du rôle. L'exposé des motifs souligne que le manquement des parties à respecter les délais tend à retarder les procédures et à en accroître le coût, et doit être sanctionné à ce titre; les sanctions peuvent également comprendre la possibilité de reconnaître les droits du demandeur lorsque le défendeur est défaillant.

Certains systèmes ont adopté la solution de la «forclusion», qui stipule conformément à la loi que certaines actions soient obligatoirement effectuées avant ou lors de la première audience, pendant que d'autres le seront dans un délai strictement imposé par le juge, au-delà duquel l'acte est déchu.¹² Il est important de souligner que, afin de garantir le caractère efficace de la déchéance des actes de la procédure, celle-ci doit être déclarée «*motu proprio*» par le tribunal.

¹² Le Principe 5 de la Recommandation établit que, sauf si la loi en dispose autrement, les prétentions des parties, les prescriptions, les exceptions et, en principe, les moyens de preuve, doivent être présentés aussitôt que possible au début de la procédure et, en tout cas, avant la fin de la phase préliminaire du procès, le cas échéant.

Le paragraphe 38 des Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tampere des 15-16 octobre 1999 a mentionné le problème des délais comme étant l'un des sujets pour lesquels le Conseil et la Commission de l'U.E. devaient élaborer des règles de procédure dans les affaires transfrontières.

4. Procédures accélérées et sommaires

Alors que le concept de procédure accélérée se réfère à une instance dont les différents actes de procédure sont organisés de façon à ce qu'elle soit rapide, une procédure est dite sommaire lorsque l'examen de l'affaire par le juge ne s'effectue que sur la base de ce qui est évident, sans procédure complète pour le prélèvement de preuves; les décisions sommaires n'ont la force de «chose jugée» que dans certains systèmes.

En se référant aux procédures sommaires comme aux procédures accélérées, l'exposé des motifs du Principe 8 de la Recommandation n° R (84) 5 rappelle que la procédure ne doit pas nécessairement être uniforme dans toutes les affaires et qu'il devrait être possible, dans des conditions appropriées, de l'adapter à l'instance, au montant en cause, aux caractéristiques personnelles des parties et au type d'intérêts impliqués. A cette fin, de nombreux Etats ont introduit des règles de procédure particulières, et leur utilisation est essentiellement déterminée par:

- a. la nature de la plainte: litiges pour lesquels une décision rapide est requise (procédure réservée aux affaires urgentes) et recouvrement de certaines créances certifiées, non contestées;
- b. la valeur impliquée: prétentions d'un faible montant;
- c. les caractéristiques personnelles des parties et le type d'intérêts en jeu: les relations employeur-employé, propriétaire-locataire, familiales (divorce, garde des enfants, aliments) et les litiges impliquant les consommateurs;
- d. la fréquence de certaines affaires présentant des caractéristiques communes: litiges relatifs aux accidents de la circulation routière.

Le Principe 8 de la Recommandation mentionne un certain nombre d'exemples de simplification de la procédure:

- formes simplifiées d'introduction de l'instance;
- suppression d'audiences ou tenue d'une seule audience, et, éventuellement, d'une audience préliminaire préparatoire;
- procédures exclusivement écrites ou orales, selon les cas;
- prohibition ou limitation de soulever certaines exceptions ou défenses;
- administration libre des preuves;
- prohibition de concéder des remises ou bien limitations à des remises à bref délai;
- expertise judiciaire, d'office ou à la requête des parties, si possible dès le début des procédures;
- rôle actif du juge dans la conduite de la cause et dans la recherche et l'administration des preuves.

En toutes hypothèses, une simplification des procédures ne doit pas affaiblir les garanties fondamentales offertes aux parties pour plaider leur cause correctement ou pour utiliser les moyens légaux adaptés pour contrer les arguments adverses.

Le Principe 2 de la Recommandation indique comme domaine d'application supplémentaire des procédures sommaires celui des réclamations manifestement non fondées. De même, lorsqu'une partie, en violation de la loyauté à laquelle elle est tenue dans le déroulement du procès, utilise les moyens et actes de la procédure dans le but principal et manifeste de la retarder, le juge devrait avoir le pouvoir soit de décider immédiatement sur le fond, soit d'appliquer des sanctions telles que la déchéance, le paiement d'amendes ou de dommages et intérêts.

Le paragraphe 30 des conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 contient une invitation des organes de l'U.E. à mettre au point des règles de procédure communes pour simplifier et accélérer les litiges transfrontières. Les domaines de la loi mentionnés pour de telles procédures sont les créances de consommation et les créances commerciales de faible valeur, ainsi que les créances alimentaires et les créances incontestées. Le paragraphe 38 mentionne les injonctions de payer. Une proposition de Réglementation portant sur un titre exécutoire européen sur les créances incontestées, sur la base d'une procédure accélérée, est actuellement en cours d'élaboration.

Quant aux procédures accélérées, il est possible de mentionner ici les exemples fournis:

- par la France concernant une procédure accélérée au fond appliquée aux affaires simples ou par défaut du défendeur: dans le cas de la «procédure de renvoi à l'audience» (art. 760 et 761 NCPC) si, selon l'opinion du Président de la chambre la cause n'a pas besoin d'être examinée et peut être jugée, elle peut être transférée directement en audience pour être plaidée et décidée;
- par l'Allemagne, par le biais du «Urkunden- und Wechselprozess» (§§ 592-605a ZPO), une procédure destinée à accélérer le paiement en cas de réclamation de sommes d'argent, de biens ou de titres sur la base de preuves littérales fournies par des actes.

Concernant les procédures sommaires, il convient de mentionner les exemples fournis par un certain nombre de pays:

- en Angleterre et au Pays de Galles, la possibilité pour les parties ou le tribunal "ex officio" d'avoir recours à une procédure sommaire, dans certaines conditions (CPR 24);
- en France, la procédure de «référé» (arts. 808-810 du NCPC pour le Tribunal de GI), dans la mesure où le caractère d'urgence n'est pas requis pour certaines affaires, permet un jugement sommaire aboutissant à une décision provisoire (ordonnance), ne revêtant pas l'autorité de la chose jugée mais néanmoins exécutoire; il est possible d'interjeter appel auprès de la Cour d'Appel.

Des ordonnances par injonction sont prévues dans de nombreux systèmes: les ordonnances judiciaires de paiement (*injonction de payer*) ou, parfois, d'exécuter des obligations contractuelles (*injonction de faire*) peuvent être délivrées après une procédure simple sur requête d'une partie, sur la base de documents, sans être limitées aux créances de faible montant. Pendant un temps déterminé, un débiteur peut demander l'annulation de la décision. La procédure du «Mahnverfahren» auprès du «Amtsgericht» allemand se caractérise en outre par le fait qu'aucun document n'est nécessaire et que la demande est adressée au «Rechtspfleger» du domicile du demandeur. La «Mahnbescheid» contient une ordonnance de payer dans un délai de deux semaines ou de présenter une défense (§692 ZPO); si le défendeur produit un moyen de défense, la procédure adverse se poursuit dans la juridiction compétente; sinon, l'exécution est effective, mais la révision est possible («Einspruch»).

Les procédures pour les créances d'un faible montant prévoient des simplifications supplémentaires:

- en Angleterre et au Pays de Galles, les affaires liées à la consommation pour lesquelles les montants impliqués sont de faible valeur sont tranchées par le Greffier du tribunal de première instance en référé, les parties apparaissant en personne sans représentant légal; les règles d'administration des preuves sont souples;
- en Allemagne, la procédure pour les créances de faible valeur (§495a ZPO) aboutit à un jugement qui n'établit ni les faits ni les motifs de la décision judiciaire; aucune voie de recours n'est possible;
- en Italie, les créances d'un faible montant sont tranchées par le juge de paix par le biais d'un jugement en accord avec les principes de l'équité et à l'encontre duquel aucun appel n'est possible.

Protection des intérêts des parties et des preuves, délais, procédures accélérées et sommaires et jugements interlocutoires - le point de vue de la Norvège

présenté par

Lars OFTEDAL BROCH
Juge, Cour Suprême, Norvège
Membre du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE)

1. Introduction

La loi norvégienne sur la procédure civile actuellement en vigueur, qui régit la procédure dans toutes les affaires civiles, date de 1915. Bien qu'elle ait été régulièrement modifiée, il est évident qu'il existe un besoin urgent d'une réforme approfondie des dispositions réglementant la procédure civile en Norvège.

Un code de procédure a deux objectifs principaux: premièrement, veiller à ce que les droits des individus et la primauté du droit soient respectés, et deuxièmement, veiller à l'application des règles de fond du droit. Pour atteindre ces objectifs, il faut connaître le mieux possible à la fois les circonstances factuelles de l'affaire et la législation applicable. Il faut aussi rendre les jugements le plus rapidement possible. Une procédure longue représente souvent pour les parties une épreuve financière et psychologique. Enfin, la procédure ne doit pas être trop coûteuse, ni pour les parties impliquées ni pour l'Etat.

Mais dans une certaine mesure, ces exigences sont contradictoires. Un système dans lequel on ne va négliger aucune hypothèse dans la recherche de la bonne solution coûte nécessairement de l'argent et du temps. Un code de procédure satisfaisant doit trouver un juste équilibre entre toutes ces exigences.

Un nouveau projet de loi sur la résolution des litiges est actuellement en préparation en Norvège. Une commission de réforme de la loi sur la procédure civile a été constituée en avril 1999 pour entreprendre un examen approfondi des dispositions réglementant la procédure dans les affaires civiles portées devant les tribunaux. La commission a rendu son rapport le 20 décembre 2001. Celui-ci comporte un examen détaillé de la procédure civile en vigueur, des avis concernant des améliorations à apporter au système et un projet de nouvelle loi.

Les principaux éléments du projet de loi portent sur des dispositions concernant la participation active des magistrats à la gestion des litiges, des dispositions visant à assurer un traitement efficace des affaires et d'autres pour garantir la proportionnalité entre l'importance relative d'un litige et les ressources consacrées à sa résolution. L'objectif premier du projet de loi est de contribuer à limiter, ou plutôt réduire les ressources consacrées tant par les parties que par l'Etat aux litiges civils portés devant les tribunaux. Il faut pour cela que l'accent soit mis sur les principaux enjeux d'un litige et que l'on évite de présenter des preuves inutiles sur

des points ne présentant qu'un intérêt mineur pour la résolution de l'affaire. Pour cela, le juge chargé d'une affaire doit prendre une part active à la préparation de l'affaire et doit tenir dûment compte du besoin de concentrer la procédure et du principe de proportionnalité. Au cœur du projet de loi, il y a l'idée que la préparation de l'affaire et le procès doivent être plus concentrés qu'aujourd'hui.

Par ailleurs, même si une affaire est portée devant les tribunaux, la meilleure manière de la résoudre n'est pas nécessairement de prononcer un jugement. Pour beaucoup de raisons, on peut préférer un règlement entre les parties à un jugement d'un tribunal.

Le projet de loi sur la résolution des litiges prépare la voie à un développement de la médiation judiciaire et non judiciaire. Il propose en outre une méthode de préparation des affaires visant à préciser la position juridique des parties le plus tôt possible, leur offrant ainsi la meilleure base possible pour évaluer à l'avance l'issue probable de l'affaire et voir s'il faut ou non régler le litige en dehors du tribunal.

En même temps, il faut souligner qu'il peut y avoir des raisons pour lesquelles un litige ne doit pas être réglé en dehors d'un tribunal. Par exemple, une affaire peut impliquer des questions de principe dans un domaine où il est nécessaire de préciser la position de la loi. En outre, il y a un risque que des règlements résultant de médiations soient injustes ou inéquitables lorsque les parties ne sont pas à égalité pour ce qui est du pouvoir de négociation. Dans une certaine mesure, on peut diminuer ce risque en mettant en place une procédure de médiation officielle, ce que prévoit le projet de loi sur la résolution de litiges.

2. Les phases préliminaires d'une affaire

Selon la loi actuellement en vigueur, il n'est pas possible de rejeter une requête au motif qu'elle est de toute évidence vouée à l'échec. Le projet de loi ne permet pas non plus de le faire. Cependant, il comporte plusieurs dispositions selon lesquelles de nombreuses affaires à l'évidence vouées à l'échec ne seront pas en fait portées devant les tribunaux.

2.1. Notification

Tout d'abord, un demandeur est tenu de notifier le défendeur éventuel avant d'engager une action en justice. Cette notification doit se faire par écrit et contenir les détails de la plainte et les raisons de cette plainte. En outre, les deux parties sont tenues de fournir des informations concernant les documents et autres preuves liés à la plainte. Ces dispositions devraient permettre une certaine clarification de la situation avant le dépôt d'une ordonnance d'assignation.

2.2. Médiation

Les parties sont invitées à chercher une médiation non judiciaire et/ou judiciaire avant d'engager une action en justice. On devrait ainsi parvenir à un règlement à l'amiable dans un certain nombre d'affaires. Un projet de médiation judiciaire pilote mis au point par la Commission de la réforme de la loi sur la procédure civile a permis

de résoudre à l'amiable plus de 80 % des litiges pour lesquels une médiation a été tentée. Cependant, il s'agissait de médiations volontaires, et l'on peut raisonnablement supposer que le taux de réussite sera moindre si la médiation est imposée à des parties qui ne la souhaitent pas. (La contribution de la Norvège à la conférence comporte une présentation plus détaillée de ce projet.)

3. Préparation de l'affaire

Selon la loi sur la procédure civile actuellement en vigueur, une ordonnance d'assignation doit remplir plusieurs conditions. Toutefois, dans la pratique, une ordonnance d'assignation mentionne rarement la totalité des faits qui sont plaidés lors du procès. Actuellement, aucune règle n'exige que l'ordonnance d'assignation indique le fondement juridique de la plainte.

3.1. Conditions concernant l'ordonnance d'assignation

Le but de l'ordonnance d'assignation est de fixer le cadre de l'affaire. Selon le projet de loi, l'ordonnance d'assignation doit préciser les motifs factuels et les raisons de droit de la plainte et fournir un bon point de départ aux parties et au tribunal pour un règlement de l'affaire. Par conséquent, l'ordonnance doit préciser la manière dont, selon le demandeur, l'affaire doit évoluer. Les mêmes conditions s'appliquent plus ou moins à la réponse du défendeur. L'intention qui sous-tend les règles proposées est que, sur la base de l'ordonnance d'assignation et de la réponse du défendeur, le tribunal sera en mesure de diriger la préparation de l'affaire rapidement de manière rentable et satisfaisante. En même temps, on peut espérer qu'une ordonnance d'assignation et une réponse du défendeur plus détaillées donneront aux parties une bonne base pour estimer la force de leur position et facilitera un règlement dans un certain nombre de cas.

3.2. Préparation

La préparation d'une affaire doit assurer que cette affaire sera traitée rapidement et de manière rentable et satisfaisante. A l'heure actuelle, la préparation des affaires est trop lente et désordonnée. Le projet de loi oblige le tribunal à gérer la préparation d'une affaire activement et de manière systématique et le président du tribunal veillera à ce que cette obligation soit respectée dans les cas individuels. Aujourd'hui, des audiences préparatoires aux procès ne sont organisées que dans des cas exceptionnels. Selon le projet de loi, ces audiences deviendront la règle générale, et permettront de fixer un calendrier pour la suite de la procédure et de préciser d'autres questions. Une date sera fixée pour la conclusion des préparatifs et pour l'audience principale. En règle générale, il ne faudra pas plus de six mois entre la présentation de l'ordonnance d'assignation et le jugement de l'affaire.

4. L'audience principale

En vertu de la loi actuelle, une audience plénière doit être organisée normalement dans tous les cas, indépendamment de l'importance de la plainte ou du fait qu'elle est évidemment vouée à l'échec. Le projet de loi propose une procédure simplifiée dans un certain nombre de cas.

4.1. Jugement sans procès

Le projet de loi comporte des règles pour une procédure de jugement simplifiée. Chaque étape de la procédure, y compris immédiatement après le dépôt de l'ordonnance d'assignation et de la réponse du défendeur, le tribunal peut prononcer un jugement sur la base des informations dont il dispose. Il ne peut prononcer de jugement en vertu de cette procédure simplifiée que lorsqu'il est évident que la plainte ne tient pas, ou que les objections à la plainte ne valent rien. L'objectif de cette règle est évidemment de régler rapidement et efficacement les litiges qui sont visiblement voués à l'échec et ceux pour lesquels l'issue est parfaitement claire. La procédure de jugement simplifiée ne peut être invoquée qu'à la demande d'une des parties. C'est donc aux parties de décider si le tribunal peut prononcer un jugement de cette façon. Il est possible de faire appel du jugement selon la procédure habituelle.

4.2. Procédure des petits litiges

Des conditions particulières s'appliquent aux litiges portant sur des sommes peu importantes. Comme il a déjà été mentionné, les principaux objectifs d'un code de procédure civile sont de garantir le respect des droits des personnes et de la primauté du droit, et de veiller à ce que les règles de fond du droit soient appliquées. Dans le cas des petits litiges, il faut procéder à des adaptations de la procédure pour atteindre ces objectifs. Tout d'abord, les coûts doivent rester relativement faibles et aussi être prévisibles. En même temps, la procédure doit être suffisamment approfondie pour garantir un résultat correct et bien fondé. Toutefois, dans de nombreux cas, il peut être plus important de résoudre le litige que de garantir une solution juridiquement correcte.

La Commission de réforme de la loi sur la procédure civile a proposé une procédure simplifiée pour les petits litiges, permettant un traitement plus simple, plus rapide et plus rentable que pour les autres litiges. Comme pour tous les autres litiges, la procédure peut être entamée au moyen d'une ordonnance d'assignation complétée par la réponse du défendeur. Le tribunal peut aider à rédiger les exposés des faits. Le tribunal est spécialement chargé de diriger la préparation de l'affaire en contactant les parties et en les guidant dans cette préparation. Dans la mesure du possible, une seule audience suffit pour juger une affaire, et l'audience est limitée à une journée. Les décisions concernant de petits litiges peuvent être plus courtes que pour d'autres litiges, et le tribunal peut également rendre sa décision oralement à la fin de l'audience. La procédure des petits litiges doit respecter certains délais. L'audience finale doit avoir lieu dans les quatre mois suivant la présentation de l'ordonnance d'assignation, et la décision est rendue par écrit dans un délai d'une semaine après la clôture de l'audience. Des règles très complètes fixent les montants qui peuvent être réclamés et l'assistance judiciaire est limitée à 25 % du montant faisant l'objet du litige.

4.3. Présentation des preuves

Selon la procédure actuelle, le pouvoir des tribunaux de refuser la présentation de preuves dans les affaires civiles est extrêmement limité. En outre, le droit de présenter des témoignages écrits en tant que preuves est très restreint. Si bien

que la présentation des preuves est souvent très longue, même sur des questions d'importance mineure et qui ne sont pas essentielles au litige.

Il faut espérer que les règles proposées sur la préparation des litiges conduiront à mieux concentrer l'attention sur les faits véritablement pertinents. Par ailleurs, la Commission de réforme de la loi sur la procédure civile a proposé plusieurs règles destinées à restreindre et simplifier la présentation des preuves dans certains cas. Notamment, les tribunaux ont le pouvoir de refuser la présentation de témoignages lorsque l'importance des témoignages n'est pas proportionnelle à l'importance du litige. Le projet prévoit également d'élargir le droit de présenter comme preuves des déclarations écrites et propose d'utiliser plus souvent qu'aujourd'hui l'examen des preuves à distance. Cela sera à la fois plus pratique pour les témoins et moins coûteux pour le recueil des preuves.

4.4. Importance de l'audience principale

Un des problèmes de la procédure civile actuelle est que l'audience principale est souvent mal préparée, trop lente et prend trop de temps. La commission propose que le tribunal demande aux parties de présenter un résumé écrit de leurs arguments ou une argumentation finale. En outre, elle propose que la préparation du procès soit considérée comme terminée au moins deux semaines avant l'audience principale. Après cette date, les parties ne seront plus normalement autorisées à présenter un nouveau grief ou de nouveaux griefs ou à chercher à obtenir une réparation plus importante.

Le tribunal établira un programme pour l'audience principale, au sujet duquel les parties pourront présenter des suggestions. Le tribunal pourra fixer une durée maximale pour les diverses phases de l'audience principale.

5. Résumé

Le projet de loi sur la résolution des litiges vise à assurer une procédure rapide, efficace et équitable qui permettra de résoudre les litiges de manière correcte pour le fond. Ce but sera atteint grâce à un certain nombre de dispositions, dont quelques-unes seulement sont mentionnées ici. Le projet définit avec précision l'obligation du tribunal de diriger la procédure, tout en posant des exigences plus strictes concernant la préparation du procès par les parties.

Le rapport de la Commission de la réforme de la loi sur la procédure civile est examiné actuellement par le ministère de la Justice, qui devrait présenter ses propositions au Parlement norvégien au cours de la première moitié de 2005.

Incitations législatives et judiciaires au règlement (amiable) précoce

présenté par

Aleš ZALAR,

Président de la Cour de District de Ljubljana, Slovénie
Membre du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE)

1. Introduction

Les questions relatives aux incitations législatives et judiciaires au règlement précoce sont si complexes qu'on ne peut naturellement pas toutes les aborder. Après avoir étudié différents systèmes et traditions juridiques, nous avons voulu examiner dans ce rapport certaines mesures qui ont été prises dans diverses juridictions et, parmi elles, celles qui conviennent le mieux au regard de la prééminence du droit. Notons toutefois que même si une incitation législative ou/et judiciaire au règlement précoce donne de bons résultats dans un pays, elle n'est jamais entièrement transposable dans un autre pays. Il n'existe ni solutions instantanées, ni solutions miracles, pas plus que des modèles uniques universels.

Les conclusions de la Première Commission d'étude de l'Union internationale des magistrats, portant sur les diverses mesures spécifiques mises en place dans différents pays pour gérer le nombre croissant d'affaires déferées aux tribunaux, soulignaient deux problèmes importants qui sont particulièrement pertinents pour le règlement précoce des litiges. Le premier concerne la durée trop longue de préparation du dossier par les parties, le second la durée trop longue de l'instruction de l'affaire par le tribunal. Le rapport indique que dans de nombreux pays, il est d'usage de laisser aux parties le contrôle du déroulement de la procédure, jusqu'à ce qu'elles soient prêtes à porter l'affaire devant le juge. Cependant, de plus en plus de changements s'opèrent pour retirer aux parties ce contrôle, pour le remplacer par une gestion interventionniste du pouvoir judiciaire, soit à la demande des parties, soit par l'imposition d'un cadre de travail procédural plus rigoureux.¹

2. Une justice thérapeutique

Puisque le règlement amiable précoce d'un différend judiciaire suppose au préalable une intervention précoce du tribunal, les juges devraient détenir et exercer leur compétence de *dominus litis*. Cela peut parfois constituer un véritable défi, car les juges ne pourront jamais régler autant d'affaires en une journée que les parties et leurs mandataires n'en déposent quotidiennement devant le tribunal. Ainsi, les principes et les techniques de réduction des délais, appelés gestion des affaires, jouent un rôle décisif dans la promotion des règlements précoces. Certaines compétences en gestion des affaires nécessitent un cadre réglementaire ou une autre cause de droit, et d'autres

¹ Conclusions de la Première Commission d'étude, Porto (Portugal) 7 – 10 septembre 1998; The Voice of the Judicial Power, 42^e Assemblée annuelle de l'UIM, Taipei, Taiwan, 1999.

compétences devraient être élaborées au moyen de meilleures pratiques judiciaires plus pertinentes. Mais ce qui paraît capital pour parvenir à des changements dans la rapidité de traitement de la procédure, c'est de requérir nécessairement des changements dans l'attitude et dans l'exercice du droit de tous les membres de la communauté juridique, et notamment des magistrats. L'élément déterminant est la prise de conscience des juges, assortie d'un contrôle judiciaire précoce et d'une intervention judiciaire en vue d'aider les parties à trancher leur litige. Pour ce qui est de la tradition juridique existant dans certaines juridictions, cela signifie que le rôle d'un juge pourrait être modifié.² Un(e) juge qui est engagé(e) dans des activités de règlement ne fait pas que trancher une affaire. Il ou elle se charge de résoudre les problèmes et de dispenser une justice thérapeutique.

3. Problèmes des parties en présence

Un autre aspect important du règlement précoce des litiges tient au comportement des parties. En effet, d'une manière générale, les gens n'intentent pas un procès en vue de régler un litige, mais pour avoir gain de cause. Or, au cours du litige, la manière personnelle d'aborder la gestion des conflits peut jouer un rôle décisif dans le règlement précoce. L'évitement (je perds, tu perds), la concession (je perds, tu gagnes), le compromis (les deux parties gagnent quelque chose et perdent quelque chose), la compétition (je gagne, tu perds) ou la coopération (je gagne, tu gagnes) sont cinq manières différentes de gérer un conflit qui peuvent amener les parties à adopter une position différente à l'égard des activités de règlement.

Il est d'autant plus difficile pour un tribunal de tenter de régler précocement un litige que trois tensions accompagnent toute relation litigieuse: une tension entre la création et la distribution de la valeur dans un litige³, une tension entre l'empathie et la confiance en soi exacerbée⁴ et une tension entre les intérêts du représenté et ceux de son agent⁵. Le juge qui est chargé de résoudre le problème ne peut pas ignorer ces

² C'était une pratique courante en Angleterre que les juges ne s'engagent pas dans le règlement des litiges, bien que les tribunaux aient toujours été disposés à accorder aux parties du temps afin de discuter du règlement dans les cas pertinents (Gatenby (J.) 2002, *ADR and the English Courts; Current Issues and Future Trends*, Londres). La réforme des règles de procédure civile (CPR) de Woolf a institué un changement profond (Genn H, 2002, *Court-based ADR Initiatives for Non-Family Civil Disputes*, Le tribunal commercial et la Cour d'appel, Londres).

³ Le désir d'acquisition distributive signifie qu'une partie veut une plus grosse part du gâteau que celle que la partie adverse lui a attribuée. D'un autre côté, la valeur créative signifie la possibilité d'augmenter la taille de tout le gâteau, et par là même les parts appartenant aux parties, mais uniquement si cela provient d'efforts conjoints des deux parties.

⁴ L'empathie signifie une compréhension des intérêts de l'autre partie dans le litige, tandis que la confiance en soi exacerbée désigne le fait de s'assurer que ses propres intérêts sont garantis. La revendication déterminée de ses propres intérêts sans comprendre les intérêts de la partie adverse peut mener à un sérieux différend entre les parties. Mais l'empathie sans la reconnaissance de ses propres intérêts met en péril ces intérêts.

⁵ Il est rare que les intérêts des parties s'accordent complètement avec ceux de leurs avocats. Un avocat peut aider ses clients à comprendre leur situation juridique, ou il peut les manipuler en occultant une partie des informations en sa possession, ou encore en favorisant des réactions émotionnelles intenses ayant pour effet de compliquer la résolution du litige. D'un autre côté, un client qui formule des exigences démesurées ou qui cache certaines informations peut amener son avocat à douter de lui. Les honoraires de l'avocat ne peuvent surmonter cette contradiction (Mnookin, R. H., 2000, *Beyond Winning*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts).

tensions, quelque soit son degré de compétence. Le mieux qu'il puisse faire est de tenter de les gérer efficacement.

4. Le règlement comme valeur juridique

Dans de nombreux pays européens, la plupart des litiges ne sont pas réglés avant le début de l'action en justice, ni d'ailleurs au cours de l'instance extra-judiciaire. Toutefois, certains pays ont toujours eu pour habitude de se préparer à un procès, ce dernier n'ayant jamais lieu puisque l'action en justice est simplement utilisée comme menace pour amener une partie peu disposée jusqu'à la table des négociations. Les deux parties ont pleinement conscience de cet état de fait. Cela ressemble à une course aux armements. Chaque partie monte un arsenal, tout en espérant qu'elle n'y aura jamais recours. L'arsenal est nécessaire pour faire savoir son empressement à se battre. Mais toutes deux seraient aussi gagnantes si elles acceptaient de réduire leurs stocks d'armes (Mnookin 2000: 115-116). Le problème est qu'aucune des parties ne veut procéder en premier au désarmement. Aucune partie ne veut être la première à faire des concessions. Dans ces conditions, l'incitation juridique ou la suggestion du tribunal soutenue par des mécanismes de pression sélectifs pourrait en fait être bien accueillie par les parties, et pourrait apporter un stimulus intéressant pour le règlement.

La théorie juridique souligne plusieurs avantages d'un règlement comme valeur juridique :

- l'accord entre les parties pourrait couvrir d'autres aspects ou tous les aspects d'une relation personnelle ou d'une relation d'affaire différents de ceux sur lesquels porte le litige (règlements constructifs);
- la solution gagnant/perdant ne garantit pas l'exécution de l'obligation par les parties qui ne peuvent pas payer (moins de problèmes d'exécution);
- le règlement permettrait d'arranger et d'entretenir des relations à long terme (relations familiales, de voisinage ou d'affaires);
- le règlement pourrait épargner des frais liés à la durée, et éviter aux parties des frustrations psychologiques;
- puisqu'il se base sur le principe d'autodétermination des parties, elles pourraient examiner *de novo* leurs droits et obligations.⁶

Les statistiques comparatives des tribunaux peuvent révéler des données intéressantes concernant les taux de règlements judiciaires, et notamment lors de comparaisons effectuées entre des pays ayant un système juridique similaire.⁷ Il est évident que ce n'est pas uniquement le schéma du comportement des parties dans un litige qui entrave la réussite d'un règlement précoce, et il faut également que des programmes convenables de formation pour les juges engagés dans des activités de règlement soient dispensés afin de faciliter le travail de ces juges. Il ne faudrait cependant pas

⁶ Galic A, 2002, The role of a judge in facilitating settlements, The Collection of science discussions, Ljubljana.

⁷ La Slovénie et l'Allemagne sont des pays ayant un règlement juridique en matière civile de forme et de fond similaire; toutefois, en Slovénie, cinq à dix pourcent de toutes les affaires tranchées sont arrivées à un règlement, tandis qu'en Allemagne, le taux de règlement varie de vingt à trente pourcent (Dykoff N. 2002, Theoretical and practical problems of court settlements, Legal practice, N° 1 - 2, Ljubljana).

perdre de vue que la manière dont un pays aborde la question du litige peut avoir une incidence significative sur les taux de règlement judiciaire⁸.

5. Les incitations judiciaires aux règlements précoces

5.1. Conférence préalable au procès

Quant aux incitations judiciaires aux règlements précoces, les codes de procédure civile (CPC) des Etats membres du Conseil de l'Europe offrent la possibilité de saisir un juge qui s'occupe principalement de conciliation⁹, en faisant de la conciliation une étape obligatoire dans la procédure,¹⁰ ou en encourageant de manière explicite les juges à intervenir activement dans la recherche d'un accord entre les parties¹¹.

Pour permettre à la cour de vérifier la bonne volonté des parties quant à un règlement et à ses options, le droit procédural de divers pays prescrit au tribunal le devoir ou une option afin de programmer un procès préparatoire ou une conférence de règlement¹². Pour rendre ces manifestations efficaces, les règles devraient établir qu'au moins un des avocats de chaque partie ait compétence pour contracter des dispositions et des autorisations et pour participer pleinement à tous les débats de règlement ; de plus, à moins d'être excusé par le juge pour un motif valable avéré, toutes les parties doivent être présentes. En outre, toute personne qui n'est pas partie, et dont la compétence est requise pour régler le litige, doit assister à la conférence en personne ou être joignable par téléphone. Des peines doivent être infligées lorsqu'une partie ne se conforme pas aux règles de procédure ou à la décision judiciaire. Selon les cas, de telles peines peuvent comporter le fait d'attribuer des dommages-intérêts, de condamner aux dépens ou d'infliger une amende, en vertu de l'Annexe de la Recommandation N° R (84) 5 du Conseil de l'Europe¹³.

5.2. Participation de bonne foi

Parfois, les parties font un emploi abusif des conférences de règlement, dans le seul but de découvrir les forces et les faiblesses de la partie adverse du litige ; c'est pourquoi la règle d'exigence d'une participation de bonne foi peut s'avérer efficace. L'incitation législative à la participation de bonne foi dans les débats sur le règlement peut constituer en une règle de procédure stipulant que dans le cas d'une tentative de

⁸ L'auteur a toujours du mal à cerner quelles furent, en ex-Union soviétique, les incidences pratiques de la loi dont l'objet était d'interdire toute incitation concernant les règlements judiciaires.

⁹ Article 322 du CPC italien, article 209 du CPC grec et article 371 du Code judiciaire belge.

¹⁰ En Finlande par exemple, le juge doit parvenir au préalable à un accord entre les parties pour toute action civile.

¹¹ En Allemagne, dans le cadre de l'article 279 du ZPO (CPC), le tribunal doit privilégier la recherche d'une solution amiable au cours de la procédure. En France, l'article 21 du CPC stipule qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties (Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial), Commission des Communautés européennes, Bruxelles 2002). En Slovénie, l'article 306 du CPC statue sur le devoir d'un juge à informer les parties sur la possibilité de régler le litige, et à les aider dans la procédure de règlement. On trouve une disposition semblable à l'article 258 du ZPO (CPC) autrichien.

¹² Paragraphes 2 - 6 de l'article 278 du CPC allemand (Gütungsverfahren), article 305a à 305c du CPC slovène, article 185 du CPC italien.

¹³ Recommandation sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice, N° R (84) 5, Conseil de l'Europe, Strasbourg.

règlement avortée, un juge pourrait immédiatement poursuivre l'affaire par l'audition du procès.

Certaines juridictions n'exigent pas seulement une participation de bonne foi lors de la conférence de règlement, mais également de la bonne volonté pour négocier un règlement de l'action en justice. Les parties et/ou leurs avocats devraient consacrer suffisamment de temps pour débattre équitablement de l'affaire, et devraient s'efforcer de parvenir à un accord avant la conférence préalable au procès ou le procès.¹⁴

5.3. Propositions de règlement

Il est intéressant de voir jusqu'où certaines règles de procédure peuvent aboutir dès lors qu'il est question du rôle des juges dans les activités de règlement. En Slovénie et en Allemagne, par exemple, non seulement on encourage un juge à débattre ouvertement avec les parties des caractéristiques factuelles et juridiques du litige, mais il est aussi habilité à faire ses propres propositions en vue d'un règlement.¹⁵ Les juges slovènes sont toujours réticents à utiliser cette compétence puisque dans le cas d'une tentative infructueuse de règlement, c'est la même personne qui fait office de juge de première instance, et que par conséquent, son impartialité peut être remise en question par les parties. Afin d'éviter la situation dans laquelle le juge du règlement aurait à défendre sa propre proposition de règlement, il est conseillé d'exiger que de telles propositions soient présentées sous forme de projets de versions. Il est également indispensable de dispenser aux juges une formation approfondie sur les méthodes et les techniques visant à équilibrer l'apparente impartialité et les propositions de règlement.¹⁶

5.4. Modes alternatifs de règlement des litiges

De nombreux systèmes juridiques intègrent les modes alternatifs de règlement des litiges (ADR) dans le système d'instruction des actions en matière civile. L'ADR, confié par le tribunal à une tierce partie, fait l'objet de dispositions générales ou de projets de dispositions dans la plupart des pays européens. Ils varient de la possibilité du recours à l'ADR (par exemple en Belgique¹⁷ et en France¹⁸), à l'incitation (en Espagne¹⁹, en Italie²⁰, en Suède²¹, en Angleterre et au Pays de Galles²²), voire même à l'obligation préalable de recourir à l'ADR en vertu de la loi et sur décision du juge (par exemple en Allemagne, en Belgique et en Grèce²³). Des projets pilotes²⁴ visant à

¹⁴Voir par exemple la Règle 16 (c), (c) 7 D. C. C. les protocoles préalables à l'action en Angleterre et au Pays de Galles ont une valeur semblable (Getting the Deal through Dispute Resolution in 30 Jurisdictions Worldwide, 2003, Law Business Research).

¹⁵Article 307, paragraphe 4 du CPC slovène, Article 278 du CPC allemand.

¹⁶Hausnan H. 2003, Settlement in case law – document non publié.

¹⁷Article 665 du Code judiciaire.

¹⁸Articles 131 – 1 to 131 – 15 du CPC.

¹⁹Articles 414 et 415 de la Loi N° 1/2000.

²⁰Articles 183, 185 et 350 du CPC.

²¹Chapitre 42, article 17 du CPC.

²²Règle 26.4, 44.5 du CPR.

²³Livre vert ... p. 15.

encourager un recours très répandu à l'ADR et comprenant des essais pratiques ont été réalisés à l'initiative même des tribunaux²⁵ ou à l'initiative des ministères compétents.

En règle générale, les tribunaux dispensent la médiation obligatoire ou librement consentie sous deux formes : comme mode alternatif de règlement des litiges annexé à la procédure judiciaire au sein du tribunal, ou comme procédure réalisée par un intervenant privé sur décision judiciaire ou en référé. Par exemple, les tribunaux du Royaume-Uni proposent la médiation aux parties engagées dans un litige judiciaire, en les invitant à recourir aux services de médiation d'un conseiller privé. De cette manière, la médiation, indépendante de l'action civile, représente une alternative à ladite action. Les parties sont dirigées vers la médiation, laquelle ne fait pas partie des activités menées par un tribunal. A l'inverse, les tribunaux en Slovénie dispensent la médiation au titre d'un service judiciaire. La médiation fait partie intégrante du tribunal qui la finance et qui recrute son personnel. Les médiateurs (juges, juges à la retraite, avocats en exercice, travailleurs sociaux) sont des professionnels qui sont formés, encadrés et agréés par le tribunal.²⁷

5.5. Incitations financières

En dehors des incitations financières spécifiques comme en Angleterre ou au Pays de Galles (propositions de règlement et paiements à la charge du tribunal²⁸), l'appareil judiciaire et les honoraires des avocats peuvent constituer une incitation efficace à une résolution rapide de l'affaire. Lorsque les frais de justice pour intenter un procès, pour la procédure d'examen de la preuve et pour la décision judiciaire sont distincts, ce système peut encourager les parties à parvenir à un règlement dès le début de la procédure, et ainsi à économiser des dépenses d'honoraires.²⁹

En ce qui concerne les honoraires des avocats, les systèmes juridiques européens divergent de façon significative. L'éventail couvre diverses formes allant des pactes de *quota litis*, une échelle dégressive assujettie à la valeur des prétentions du litige, aux honoraires payés à l'heure. Quant aux incitations au règlement, le système qui consiste à payer les avocats à chaque étape de la procédure du litige, sans restrictions, paraît moins propice.³⁰ Les honoraires majorés des avocats pour le règlement devant le tribunal ou le règlement extra-judiciaire peuvent considérablement favoriser la

²⁴ Des projets expérimentaux sont actuellement menés aux Pays-Bas et au Danemark (Commission européenne pour l'efficacité de la justice, Médiation, Strasbourg (2003) 25 CD1) Conseil de l'Europe).

²⁵ Une expérience est en cours en France dans un conseil des prud'hommes, et en Slovénie dans les tribunaux de première instance de Ljubljana, Koper et Nova Gorica.

²⁷ Sur le modèle slovène de la médiation annexée au tribunal, les parties signent, en cas d'accord, une décision judiciaire de règlement ayant force exécutoire.

²⁸ Voir The Right Honourable Lord Justice Mance, Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges, CCJE, Conférence européenne des juges, Strasbourg 2003.

²⁹ L'Allemagne dispose d'une mesure d'application de la loi identique à celle décrite ci-dessus. En Slovénie, l'article 12 du Code des frais de procédure (Court Fees Code) stipule qu'une partie n'est pas obligée de payer de droits de procédure dans les cas où le grief est apaisé ou que les parties sont parvenues à un règlement.

³⁰ L'ancien système slovène des honoraires des avocats encourageait ces derniers à tirer profit de procédures longues et complexes.

promotion du règlement amiable du litige. On ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce que les avocats adoptent un système encourageant le règlement précoce si leurs revenus s'en trouvent diminués.³¹

Les programmes de médiation librement consentie nous enseignent que la médiation gratuite annexée au tribunal pourrait favoriser grandement la volonté et l'empressement des parties à régler le litige.³² D'un autre côté, l'expérience du Royaume-Uni a révélé que les efforts consentis par une partie au règlement d'un litige par l'ADR peut être pris en considération lors de l'adjudication des dépens et par la même constituer un élément sélectif de pression infligé aux parties.

5.6. Autres incitations juridiques

Le dépôt et la notification des pièces, l'attribution des causes aux calendriers individuels, un délai de traitement raisonnable de la procédure, les procédures ou les décisions de simple police, les mesures provisoires, les plaidoiries et observations écrites restreintes, les décisions verbales *ex tempore*, l'examen du dossier et autres actions formelles, peuvent avoir une incidence importante sur les règlements précoces dans divers pays.³³

6. Incitations judiciaires au règlement précoce

6.1. Intervention précoce du tribunal

L'intervention précoce du tribunal dans le déroulement de l'instance, par la gestion de la charge des affaires, nécessite le recueil des pièces du dossier au début de l'affaire, la programmation des dates d'audiences ou de conférences et la délivrance d'ordonnances de gestion des affaires régissant le déroulement de l'instance jusqu'à l'accord, sans avoir recours au procès.³⁴ L'intervention précoce du tribunal signifie également que le dépôt du dossier déclenche une procédure de contrôle. Pour être efficace, le contrôle nécessite un système automatisé de gestion des affaires.

6.2. Gestion différenciée des affaires (DCM)

Pour le contrôle en cours exercé par le tribunal sur le déroulement de l'affaire, il existe la gestion différenciée des affaires (DCM) : sous ce terme, le tribunal fait une distinction parmi les affaires individuelles en terme du degré d'attention qu'elles nécessitent de la part des juges et des avocats, et en terme du rythme sur lequel l'affaire se poursuit raisonnablement jusqu'à sa conclusion. Par le biais d'un processus de contrôle précoce nécessitant une communication tribunal/avocat après le dépôt du dossier, les affaires peuvent être divisées en différentes catégories : accélérées, courantes et complexes. Le tribunal peut établir différentes prévisions

³¹ Les avocats considèrent souvent que l'ADR engendre une diminution alarmante de leurs revenus.

³² Zalar A, 2003, Management of Change in the Judiciary Case Study of Court – Annexed Mediation in the Ljubljana District Court; Five Challenges for the Slovenian and German Judiciary, Ljubljana.)

³³ Première commission d'étude, Union internationale des magistrats, Rapports des associations nationales membres, San Juan, Puerto Rico, 1997 et Porto, Portugal 1998.

³⁴ Steelman D. C., 2000, Case-flow Management : The Heart of Court Management in the New Millennium, National Centre for State Courts, Williamsburgh.

globales de délai à l'intérieur de chaque catégorie.³⁵ Pour chaque norme de délai, le terme « précoce » prend un sens différent. Chaque catégorie peut disposer de ses propres normes de délai et de son propre déroulement intermédiaire, ainsi que de son processus de gestion.

6.3. Préparation des évènements juridictionnels

Pour une résolution précoce du litige par un règlement, le tribunal doit promouvoir la préparation par les parties et les avocats des évènements juridictionnels. Ce sont les avocats et les parties qui règlent les litiges, et non les juges. Les avocats règlent les litiges lorsqu'ils sont prêts, et se préparent eux-mêmes uniquement pour les évènements juridictionnels substantiels et déterminants.

6.4. Évènements déterminants préalables au procès

Les évènements juridictionnels n'ont souvent pas lieu à la date prévue, soit à cause de la remise de l'affaire accordée par le tribunal à la demande d'une partie, soit par nécessité car le tribunal n'arrivait pas à intégrer l'affaire dans son calendrier. C'est pourquoi il est capital d'établir des dates fermes pour la tenue du procès, ainsi qu'une politique de prolongation restreinte. Les prolongations devraient être minimales et accordées pour un motif valable avéré. Les parties et leurs représentants doivent s'attendre à ce que les demandes de prolongation soient plus souvent refusées qu'accordées. Les évènements juridictionnels programmés doivent être « gravés dans la pierre » (traduction).³⁶

6.5. Techniques de règlement

Lors des débats sur le règlement, les juges doivent expliquer à toutes les parties le rôle du magistrat au tout début de la discussion. Ils doivent les informer si le magistrat est le juge du règlement ou s'il doit présider au tribunal ou à un procès avec jury, si l'affaire n'aboutit pas à un règlement. Un juge doit utiliser des techniques de règlement qui soient à la fois efficaces et équitables et il doit être conscient de la nécessité de rester impartial, en apparence et dans les faits.³⁷

On attend d'un juge qu'il soulève lui-même la question du règlement, qu'il oriente le débat vers des domaines qui ont le plus grand potentiel de règlement, qu'il désigne les points faibles de l'affaire fondés sur les faits ou les points de droit, en renseignant les parties en présence sur la manière dont des affaires semblables ont été réglées, et qu'il s'engage à analyser les risques liés au litige de la présente affaire, y compris les aspects financiers d'une action en justice.

Au cours des débats de règlement, les justiciables questionnent souvent les juges : mon affaire est-elle assez solide? A combien l'estimez-vous? Quelles sont les chances d'arriver à un règlement? Ces questions constituent parfois un simple prétexte pour

³⁵ En Slovénie, la Cour du District de Ljubljana instaure des délais en vue du règlement de six, dix-huit et vingt-quatre mois pour chaque catégorie.

³⁶ Shuker N. R. 2003, Civil Delay reduction, Washington D. C.; Steelman D. C. 2000... p. 3-14, chapitre 1.

³⁷ Goldschmidt J, Milord L. Judicial Settlement Ethics Judges Guide, 1996, Conseil américain de la magistrature.

quelque chose qu'une partie a du mal à accepter et qu'il faut évaluer, surtout lorsque les attentes de la partie sont utopiques et que son avocat ne parvient pas à lui faire entendre raison. Toutefois, la nature relative de la méthode de l'évaluation repose sur le fait que les gens écoutent toujours ce qu'ils ont envie d'entendre et que les parties souhaitent une évaluation de leur situation uniquement jusqu'à ce qu'elles en prennent connaissance.

Néanmoins, un juge de règlement doit toujours être conscient de son rôle consistant à établir un climat de confiance, à distinguer les intérêts des situations, à se concentrer sur le futur et non le passé, et à être à l'écoute. Dans les débats sur le règlement, il ne doit pas sacrifier la justice au profit de l'opportunisme.

Modes alternatifs de règlement des litiges: la médiation judiciaire

présenté par

**Louise OTIS
Juge, Cour d'Appel, Québec, Canada**

Introduction

La crise que traverse le système classique de justice civile trouve son origine dans de multiples facteurs qui tiennent tantôt à la lourdeur du débat contradictoire, devenu à certains égards dépassé, tantôt aux défaillances institutionnelles du système lui-même. Une autre voie de résolution des litiges, plus simple, moins coûteuse et souhaitée par les justiciables se dessine, lentement, dans l'enceinte judiciaire.

Pour rendre compte du mouvement des sociétés occidentales qui désirent participer à leur destinée judiciaire, des tribunaux, dont la Cour d'appel du Québec, ont accepté d'introduire, au sein du système traditionnel, un mode de justice conciliationnelle qui réinvestit les parties de leur pouvoir décisionnel.

Le système classique de justice civile.

L'évolution des sociétés occidentales a mené à l'expression et à la résolution institutionnelles du conflit judiciaire. Pendant des décennies, seul le mode processuel — encadrant la judiciarisation du conflit — a permis de résoudre les litiges au terme d'une procédure accusatoire et contradictoire. En somme, un système de justice étatique dont la finalité absolue et essentielle réside dans l'acte de juger qui consiste à trancher l'opposition des droits subjectifs par une décision judiciaire.

Plusieurs facteurs contributoires ont assuré la pérennité du système de justice contradictoire qui demeure toujours la voie royale de résolution des conflits. Mentionnons, notamment, l'indépendance et l'impartialité du décideur, l'application d'un code procédural uniforme et neutre, l'assurance que la décision judiciaire émanera essentiellement de la preuve administrée par les parties, la résolution du litige dans le respect de la règle de droit et la stabilité juridique assurée par les précédents judiciaires. Phénomène significatif, le judiciaire est devenu une fonction de régulation sociale qui définit ponctuellement le rapport ordinaire à la société et rend compte de son évolution (avortement, suicide assisté, droits à l'égalité, bio-droits...). La décision judiciaire traduit la relativité de la norme juridique et témoigne du degré de risque que la société occidentale pluraliste consent à prendre en regard des valeurs communes qui la façonnent.

Par essence, l'acte de juger procède d'une analyse réflexive et d'une maturation de la pensée juridique que nourrissent le droit positif, le débat et l'argumentation. Il est inévitable que le cheminement d'un litige judiciaire qui trouve son point

d'aboutissement ultime dans la décision, soit assujetti à des contraintes procédurales et, par implication nécessaire, temporelles. L'effectivité du système judiciaire et la gestion moderne de l'instance peuvent certes réduire l'action dilatoire mais ces mesures ne pourront jamais contraindre l'acte de juger, par nature introspectif, à une précipitation incompatible avec ses attributs: le discernement, la cogitation et la sagesse. Une autre forme de justice, de nature conciliatoire, est en voie de se joindre au système classique de justice civile afin d'en distraire les litiges qui ne lui conviennent plus, de les régler avec célérité et, à tous égards, de meilleure manière. Car, si le fondement de la mission d'adjudication ou de l'acte de juger demeure inébranlable, il faut toutefois constater que dans une grande proportion des litiges civils, le débat contradictoire, complexe et procédurier, s'accommode difficilement à la réalité juridique moderne et à l'intérêt prépondérant des justiciables.

En effet, l'ordre juridique d'autorité que représente le système classique repose sur la *polarisation* des rôles (demandeur-défendeur; appelant-intimé), l'*opposition* des représentants légaux et l'exacerbation de l'*antagonisme* qui est à l'origine même du conflit.⁽¹⁾ Ces considérations entraînent la lourdeur du débat contradictoire qui ploie sous la charge procédurale (interrogatoires, incidents et moyens préliminaires, rapports d'experts...).

La détermination judiciaire des droits des parties constitue la pierre angulaire de la justice contradictoire. La cause et la résolution du conflit qui fonde le litige judiciaire ne constituent pas, nommément, l'objet du contrat judiciaire et peuvent être ignorées dans le traitement du litige.⁽²⁾

Les carences du système traditionnel⁽³⁾ — maintes fois énoncées — ont créé une véritable crise de l'ordre judiciaire d'autorité et ont présidé à l'émergence de nouveaux moyens de résolution des conflits plus fonctionnels et mieux adaptés au règlement d'une grande partie des litiges civils.

Parmi les déficiences répertoriées, mentionnons les délais (administratifs et procéduraux),⁽⁴⁾ les frais judiciaires et extrajudiciaires⁽⁵⁾ reliés au débat contradictoire,

¹ WENDEL, W. B., «Value Pluralism in Legal Ethics» (2000) 78 *Washington University Law Quarterly* 113, à la p. 212.

² RISKIN, L.L., «Mediation and Lawyers» (1982) 14 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 59; voir aussi: BLACK, A. J., «Separated by a Common Law: American and Scottish Legal Education» (1993) 4 *Indiana International and Comparative Law Review* 15, à la p. 31; RIGBY, K.J., «Alternate Dispute Resolution» (1984) 44 *Louisiana Law Review* 1725, à la p. 1727.

³ STINZING, H., *Mediation - A Necessary Element in Family Dispute Resolution?: A Comparative Study of the Australian Model of Alternative Dispute Resolution for Family Disputes and the Situation in German Law*, Frankfurt, Peter Lang ed., 1994, aux p. 28-35.

⁴ CONROD, M., «Case Management Wins Plaudits» *The Lawyers' Weekly* 18:38 (19 février 1999) 13.

À titre d'exemple, les délais procéduraux (inscription en appel, comparution, préparation des mémoires, incidents, etc.) inhérents au cheminement d'une affaire civile ordinaire, varient de huit à dix mois. Ce n'est que lors de l'expiration des délais procéduraux que l'appel est réputé en état et peut être mis au rôle de l'audience. Il faudra compter encore dix-huit mois, en moyenne, pour que l'appel soit entendu.

⁵ LEVIN, A.L. et COLLIERS, D.D., «Containing the Cost of Litigation» (1985) 37 *Rutgers Law Review* 219.

Une étude réalisée par la Commission de révision de la justice civile en Ontario a établi à plus de 38 000 \$ les honoraires reliés à une cause civile type. 75% du montant obtenu a été consacré aux honoraires et aux frais juridiques. Voir: *Rapport du groupe de travail sur les systèmes de justice civils*, l'Association du Barreau canadien, août 1996, p. 16.

les *agency costs*⁽⁶⁾ résultant, parfois, du chevauchement des intérêts, les traumatismes physiques et psychologiques associés, plus particulièrement, aux longs conflits judiciaires,⁽⁷⁾ les limites inhérentes au débat contradictoire dans la recherche, notamment, de la meilleure solution susceptible d'éteindre véritablement le litige.⁽⁸⁾

La justice conciliatoire: une autre manière de rendre justice.

Parallèlement aux défaillances subjectives inhérentes au débat contradictoire, des modèles consensuels de règlement des conflits se sont développés au sein même de la justice étatique. En même temps, sont apparus des modèles consensuels de production normative c'est-à-dire des modèles de réglementation où les sujets de droit visés par la norme participent activement à leur énonciation. Ces modèles qui existent principalement dans le droit réglementaire (environnement, régulation sociale, finance...) concordent, à certains égards, avec ce que *Habermas*⁽⁹⁾ et *Van de Kerchove*⁽¹⁰⁾ perçoivent comme une perte de légitimité de la norme résultant d'un déficit démocratique dans les sociétés post-industrielles. Qu'il s'agisse de normes scientifiques ou de régulation sociale, la *désétatisation*, comme la nomme *Lucie Lamarche*,⁽¹¹⁾ résulte d'un déplacement de la fonction de l'état.

Toutefois, ni la crise d'effectivité du système judiciaire classique ni la crise de légitimité que traverse la société postmoderne ne peuvent expliquer, à elles seules, l'essor des pratiques de conciliation par les instances judiciaires. Il faut y voir, de manière prééminente, le désir de la communauté des justiciables de s'affranchir — dans les cas qui s'y prêtent — de la justice imposée afin de rechercher, par l'émergence d'une maturité collective, une solution judiciaire négociée et acceptée par tous.⁽¹²⁾ Pour rendre compte du mouvement de la société vers le contrôle de sa destinée judiciaire, des tribunaux ont accepté d'introduire, au sein même du système

⁶ McKEOWN, W. P., «Expert and Survey Evidence in Patent and Trademark Cases: Proposed Federal Court Case Management Procedures» (1997) 14 C.I.P.R. 1 et 2; TEPLITSKY, M. et LOW, W., «Arbitration: An Alternative» (1983) 4 *Advocates' Quarterly* 233.

⁷ CHRISTIANSEN, V.J., «Ritual and Resolution: The Role of Reconciliation in the Mediation Process» (1997) 52 *Dispute Resolution Journal* 66; voir également: APPLEBEY, G., «An Overview of Alternative Dispute Resolution», dans SAMSON, C. et McBRIDE, J. (éd.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, à la p. 25.

Pendant le cours des sessions de conciliation judiciaire en appel, les parties témoignent avec constance et spontanéité des séquelles physiques et psychologiques qui découlent des litiges qui perdurent. Des épisodes de dépression situationnelle et des pathologies liées au stress du litige judiciaire sont fréquemment rapportées par les parties et leurs avocats.

⁸ Dans les matières reliées au droit de propriété (bornage, servitude, mitoyenneté, copropriété, etc.) la fonction adjudicative, limitée au contrat judiciaire des parties et à l'application rigide de la norme, parvient difficilement à résoudre les différends. On remarque une récurrence judiciaire dans les litiges relatifs à ces matières.

⁹ HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, Fayard, 1987; voir aussi du même auteur: *La technique et la science comme idéologie*, Paris, Gallimard, 1990; voir également: VAN DE KERCHOVE, M. et OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

¹⁰ VAN DE KERCHOVE, M. et OST, F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

¹¹ LAMARCHE, L., «L'État désétatisé et ses fonctions sociales: éléments de réflexion», dans CRÉPEAU, F. (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruxelles, éd. Bruylant, 1997, 235-258.

¹² RISKIN, L. L., «The Represented Client in a Settlement Conference: The Lessons of *G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Oat Corp.*» (1991) 69 *Washington University Law Quarterly* 1059.

étatique, un ordre juridique de participation se substituant, selon la volonté expresse des parties, à un ordre juridique d'autorité qui impose une solution judiciaire mais parvient rarement à réconcilier les différences.⁽¹³⁾ Cette solution judiciaire s'insère dans un processus souple, efficace et peu coûteux. En un mot, une justice accessible et humaine.

Les modes alternatifs de règlement des conflits, propres à l'ère postmoderne, ont connu la première phase de leur développement au cours des années 1970.⁽¹⁴⁾ Puis ils ont littéralement explosé pour pénétrer de nombreuses sphères de l'activité privée et publique. Tour à tour critiquée⁽¹⁵⁾ et louangée,⁽¹⁶⁾ l'existence des modes alternatifs de règlement des conflits contribue à ranimer une mésentente idéologique quant à la conception même de la justice: dirigisme/libéralisme; antagonisme/interdépendance; procédure/substance, etc.

La dichotomie de ces concepts apparemment opposés a été résolue, à la Cour d'appel du Québec, par l'intégration de la justice conciliationnelle au sein même du système judiciaire classique fondé sur l'adjudication. Ainsi, la justice processuelle et la justice conciliationnelle cohabitent dans la même enceinte et participent, selon leur vocation respective, à la réalisation de la mission première impartie aux tribunaux: rendre justice.

L'expérience de la Cour d'appel du Québec

Le programme de conciliation judiciaire introduit à la Cour d'appel du Québec en 1998 a été conçu, d'abord, pour atténuer les déficiences du système classique de justice civile et, aussi, pour rendre compte de l'évolution de la société intéressée à participer à sa destinée judiciaire.

La conciliation judiciaire offre aux parties déjà engagées dans le débat contradictoire une voie additionnelle de résolution du conflit judiciaire. Alors que les modes alternatifs de règlement des conflits tendent, généralement, à éviter la justice processuelle et à favoriser la conclusion d'une entente extrajudiciaire, la conciliation judiciaire offre, dans le cadre même du système de justice étatique, une voie de

¹³ MACFARLANE, J., «An alternative to what?» dans MACFARLANE, J. (éd.), *Rethinking disputes: The Mediation alternative*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 1997, aux p. 4-8.

¹⁴ Pour connaître l'origine de ces mesures de résolution des conflits et de leur développement voir: GOLDBERG, S. B., SANDER, F. E. A. et ROGERS, N. H., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 3e éd., Boston, Little, Brown and Company, 1996, chap. 1.

¹⁵ FISS, O. M., «Against Settlement» (1984) 93 *Yale Law Journal*, 1073; FISS, O. M., «Out of Eden» (1985) 94 *Yale Law Journal*, 1669; RESNICK, J., «Managerial Judges» (1982) 96 *Harvard Law Review* 376; RESNICK, J., «Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline» (1986) 53 *University of Chicago Law Review* 494.

¹⁶ Voir notamment: THIBAUT, J., *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, 311p; PARÉ, J., «Solution de rechange pour le règlement des litiges: la médiation», dans BAUDOIN, J. -L. (dir.), *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits: aspects nationaux et internationaux*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1997, 193; WELLINGTON, A., «Taking Codes of Ethics Seriously: Alternative Dispute Resolution and Reconstitutive Liberalism», (1999) 12 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 297; NÉLISSE, C., «Le règlement déjudiciarisé: entre la flexibilité technique et la pluralité juridique», (1992), 23 *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 269; MARSTON, D. L., «Project-based Dispute Resolution: ADR Momentum Increases Into the Millennium», (2000) 48 *Canadian Law Review* (2d), 221.

règlement négocié destiné à mettre un terme au litige. Dans l'éventualité où la négociation échoue, les parties poursuivent leur cheminement à l'intérieur du système formel en recherchant la voie de l'adjudication judiciaire. La Cour d'appel a intégré les deux voies de solution judiciaire dans une structure de résolution des conflits unique, harmonieuse et fonctionnelle. Environ 350 causes ont été déférées, par demande conjointe, à la conciliation judiciaire. De ce nombre, 80% ont fait l'objet d'un règlement final entre janvier 1998 et juin 2001.

Le processus de conciliation repose sur le *consentement* exprimé de toutes les parties au litige et est caractérisé par la *souplesse*, la *confidentialité* et l'*amplitude* de l'intervention négociée avec l'aide du *juge*.

- *Le consentement*

La conciliation judiciaire est accessible à toutes les parties impliquées dans un litige civil, commercial ou familial au niveau de l'appel. Les litiges de droit public ou de droit pénal sont évidemment exclus de la procédure de conciliation.

Pour donner ouverture au processus de conciliation, les parties doivent signer une «*Demande conjointe de conciliation*». Cette demande est remise au greffier de la Cour, au plus tôt, après le dépôt de l'inscription en appel et, au plus tard, avant que le jugement ne soit rendu. Ainsi, il arrive qu'une affaire soit réglée quelques jours après le dépôt de l'inscription en appel ou, encore, pendant le délibéré d'une affaire. Ceci illustre que le conflit judiciaire évolue sans cesse et que des justiciables retranchés dans une attitude de ferme opposition peuvent, au gré des circonstances, souhaiter, à quelque moment du cheminement du litige dans l'instance, quitter la voie adjudicative — temporairement et volontairement — pour amorcer une démarche judiciaire de règlement négocié sous l'autorité d'un juge de la Cour d'appel.

Ainsi, la conciliation judiciaire trouve son fondement et sa justification dans la volonté exprimée des parties au litige qui demeurent entièrement libres de s'engager dans une démarche conciliatoire et de s'en retirer, à toute étape du processus, pour réintégrer le système formel.⁽¹⁷⁾

¹⁷ La Cour d'appel a adopté le système de la conciliation judiciaire volontaire plutôt que mandatoire puisqu'elle est une Cour de dernière instance dont la mission première est de dire le droit. Certains tribunaux de première instance (canadiens et américains) ont opté pour des modes de résolution judiciaire des litiges de nature mandatoire. Ce choix, souvent fructueux, s'explique par le fait que les modes alternatifs sont directement intégrés à la gestion de l'instance et que le débat contradictoire est à peine amorcé.

Sur l'incidence du consentement des parties en regard du résultat de la médiation voir, notamment, SMITH, G., «Unwilling Actors: Why Voluntary Mediation Works, Why Mandatory Mediation Might Not», (1998) 36 *Osgoode Hall Law Journal* 847.

- *La confidentialité*

La demande conjointe de conciliation contient un engagement qui marque les échanges des parties au sceau de la confidentialité.⁽¹⁸⁾ Cet engagement assure la fluidité de la communication et de la négociation et garantit l'impénétrabilité tant de la justice conciliatoire que de la justice formelle qui coexistent dans la plus parfaite indépendance.

L'engagement signé par les parties est de nature contractuelle et comporte une obligation déontologique pour les avocats.

Il paraissait antinomique d'assortir l'obligation de confidentialité de mesures coercitives alors que le système de conciliation repose sur l'adhésion des volontés, la bonne foi et la flexibilité de la procédure. D'ailleurs, l'expérience de quatre années de conciliation judiciaire est venue conforter cette proposition de principe.

Il faut également souligner que le dossier de conciliation est conservé dans le cabinet du juge conciliateur et non au greffe de la cour. La session de conciliation ne fait l'objet d'aucun enregistrement mécanique et les notes manuscrites du juge conciliateur sont détruites au terme de la conciliation.

- *La souplesse de la procédure*

La séance de conciliation en appel est précédée de l'envoi d'un dossier sommaire (inscription en appel et jugement de première instance) ainsi que de la preuve documentaire ou testimoniale estimée importante par les parties. En éliminant la nécessité de transcrire les notes sténographiques et de préparer un mémoire, la procédure de conciliation a été considérablement simplifiée et, conséquemment, les coûts ont été réduits à l'essentiel.

Les parties choisissent, avec l'aide du juge conciliateur, les règles susceptibles de gouverner la séance de conciliation en conjuguant la flexibilité du processus à l'optimisation des échanges (*caucusing*; plénière; rencontre avec les avocats; vidéo-conférence; appel conférence, etc.). Le but recherché par les parties est de trouver, par la voie du compromis, la meilleure solution possible à un problème commun sans abdiquer son bien-être personnel et matériel.

Il est intéressant de constater que les parties — au terme d'une séance de trois heures⁽¹⁹⁾ — peuvent non seulement exposer avec limpidité et concision la nature juridique du litige mais, également, amorcer un dialogue de dénouement se détachant de l'énonciation acrimonieuse du problème et ouvrant la voie à une solution

¹⁸ GRAY, O. V., «Protecting the Confidentiality of Communications in Mediation», (1998) 36 *Osgoode Hall Law Journal* 667. WATSON-HAMILTON, J., «Protecting Confidentiality in Mandatory Mediation: Lessons from Ontario and Saskatchewan», (1999) 24 *Queen's Law Journal* 561. MCCONOMY, R., «La portée et les limites de la confidentialité des séances en médiation», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en médiation*, Cowansville, Québec, éd. Yvon Blais, 1996, p. 111.

¹⁹ La séance de conciliation judiciaire en appel dure, en moyenne, trois heures. Une seule séance suffit, habituellement, à dénouer l'impasse ou à constater que le litige doit poursuivre sa voie vers l'adjudication.

participative qui préserve l'intérêt de chacun.⁽²⁰⁾ Parfois l'adjonction d'un expert (ingénieur, arpenteur, comptable...) permettra de mesurer immédiatement la faisabilité de la solution négociée par les parties et d'éteindre toute possibilité de conflit futur. Agissant comme un chef d'orchestre, le juge conciliateur conduit, de manière subtile, la négociation qui se déroule entre les parties. Il garde, avec habilité, les parties sur la voie du litige principal et tempère les discussions susceptibles d'entraîner la rupture de la communication. Par un contrôle sans ingérence, il conduit les parties à demeurer centrées, de manière constructive, sur le problème juridique qui les confronte.

- *L'amplitude du mandat*

Dès la saisine judiciaire complétée par le dépôt de l'inscription en appel, le juge conciliateur peut intervenir, comme amiable compositeur, non seulement dans le litige qui forme l'objet du pourvoi mais également dans tout litige connexe pendant devant la Cour d'appel ou même devant une autre instance. Il suffit, pour que ce mécanisme trouve application, que les parties en fassent la demande conjointe et que le juge conciliateur estime, après un examen sommaire, que les affaires en litige sont susceptibles de trouver leur dénouement par la voie de la conciliation judiciaire.

Cette particularité du système en fait un instrument de gestion globale des conflits qui a permis d'éteindre de nombreux litiges pendant, notamment, devant la Cour supérieure. L'expérience a révélé qu'une fois la procédure de conciliation mise en branle et les parties engagées sincèrement dans une dynamique de communication et de négociation, il était préférable d'associer les litiges connexes au litige en appel créant ainsi une économie de temps et de ressources pour tous les intervenants.

- *Le rôle du juge*

Chaque séance de conciliation est présidée par un juge régulier de la Cour d'appel.

Plusieurs raisons expliquent ce choix d'un juge plutôt que d'un conciliateur privé. Ces raisons tiennent tantôt à la perception des parties et des tribunaux de première instance, tantôt à l'autorité morale et judiciaire dont est investi le juge d'appel.

L'indépendance de l'institution judiciaire, l'impartialité de ses juges, leur connaissance approfondie du droit et des conflits, leur mission traditionnelle de disposer des litiges et de rendre justice expliquent pourquoi le juge conciliateur jouit, auprès des parties, d'une forte autorité morale.

Ces raisons valent autant pour les juges médiateurs de première instance que pour les juges conciliateurs en appel.

²⁰ MACFARLANE, J., «Why Do People Settle?», (2001) 46 *McGill Law Journal* 663; LICKSON, C., «The Use of Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property, Technology-Related or Innovation-based Disputes», (1995) 55 *American Jurisprudence Trials* 483.

Toutefois, dans le cas particulier du litige en appel, il paraissait essentiel que la session de conciliation soit présidée par un juge de la Cour afin que prévale la courtoisie judiciaire envers le juge de première instance dont la décision forme l'objet du pourvoi.

Dans l'exercice de son rôle conciliationnel, le juge évolue dans un couloir d'intervention plus étroit que le médiateur privé puisqu'il ne peut, d'aucune manière, lier la Cour par ses prises de position ni altérer le déroulement du débat contradictoire advenant l'échec de la conciliation. Sa connaissance approfondie du dossier judiciaire (procédures, preuve documentaire et jugement) lui permettra d'évaluer le bien-fondé des prétentions respectives des parties dans une perspective de compromis plutôt que d'adjudication.

Dans le cadre de son intervention, le juge conciliateur doit permettre aux parties d'examiner le litige sous tous ses aspects, de définir les questions essentielles de même que les intérêts sous-jacents à un règlement. Bref, le juge conciliateur doit créer un environnement sûr qui permet aux parties de s'engager spontanément et sincèrement dans le processus de négociation sans que le rapport de force ne soit altéré.

Le rôle privilégié du juge conciliateur, comme facilitateur neutre, lui permettra — au moment opportun — de présenter aux parties des options de solution. Il faut se rappeler que les parties qui ont choisi la voie judiciaire ont souvent aliéné leur perception objective du conflit. Par une vision large, le conciliateur les conduira à quitter le cadre étroit du litige judiciaire pour explorer les avenues susceptibles de constituer des options valables de règlement.

Le juge conciliateur est entièrement responsable du déroulement du processus de conciliation. Cependant, la responsabilité de la décision repose entièrement sur les parties. Il s'agit d'un véritable transfert judiciaire. S'il les encouragera à prendre les risques nécessaires pour éteindre le conflit qui les oppose, jamais il ne leur retirera leur pouvoir décisionnel.

Conclusion

L'émergence des modes alternatifs de règlement des conflits au sein même de la justice étatique témoigne d'un phénomène de responsabilisation de la société à l'égard du droit qui n'est plus perçu, désormais, comme un objet transcendant et immuable *contre* lequel on ne peut rien. À cause de la rareté des ressources, de la prise de conscience de la dynamique adverse du conflit, de la crise d'effectivité qui agite l'institution judiciaire, les personnes se réapproprient, dans les cas qui le permettent, la solution de leur litige. Cette relation au droit, loin d'être un signe de perte de légitimité de la norme préfigure, au contraire, un renouveau démocratique. Que les juges, gardiens de l'ordre sociétal et des valeurs démocratiques, participent avec la communauté des justiciables à cette transformation du système classique de justice civile témoigne que la distance entre le judiciaire et le social s'amenuise et que la société, en étant mieux comprise, sera mieux servie.

Gestion des affaires – un système judiciaire proactif et novateur mais impartial

présenté par

Peter LAMPE

**Président de la Cour régionale de Maastricht, Pays-Bas
Membre du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE)**

Gestion des affaires – un système judiciaire proactif et novateur mais impartial

Le présent document expose comment le système judiciaire des Pays-Bas gère les affaires civiles. L'évolution récente du système pourrait sans doute se révéler intéressante dans une perspective européenne et servir de point de départ à un débat approfondi.

La procédure civile aux Pays-Bas : évolution jusqu'en 1997

Le code de procédure civile actuellement en vigueur aux Pays-Bas date de 1838. Depuis cette date, les procès civils ont progressivement évolué, passant d'une procédure essentiellement orale à un processus judiciaire se déroulant en grande partie par écrit. Les parties au litige étaient traditionnellement considérées comme des « *domini litis* » qui déterminaient non seulement la portée mais également le rythme de la procédure judiciaire. Cette situation se traduisait par un rôle passif du juge, qui avait tendance à n'agir que si les parties, ou l'une d'elles, le lui demandaient. Les avocats étant habituellement accommodants pour s'accorder mutuellement des renvois, la procédure pouvait durer des années. La loi autorisait le juge à convoquer une conférence (*comparitie*) réunissant le juge et les parties au litige pour tenter d'en arriver à un règlement amiable ou réunir des informations, mais celui-ci ne le faisait habituellement qu'après deux séries de communications écrites (ou parfois plus) sur les prétentions, moyens de défense et demandes reconventionnelles. À ce moment, les attitudes des parties adverses s'étaient habituellement durcies et les enjeux avaient monté car beaucoup de temps et d'argent avait été dépensé. Par ailleurs, les juges étaient choisis essentiellement pour leurs compétences juridiques et non pour leur aptitude à gérer les affaires ou leur talent pour faciliter les négociations. De ce fait, très souvent, les conférences ne menaient pas à un règlement négocié ni à une accélération de la procédure. Enfin, la loi autorisait les parties à présenter leurs arguments par oral, même si plusieurs séries d'échanges écrits avaient eu lieu, ce qui entraînait de nouveaux retards. Il n'est donc pas surprenant que, lorsque les parties en arrivaient enfin à demander au juge de rendre son verdict, celui-ci – surchargé de travail comme à son habitude – ne ressentait pas suffisamment l'urgence de la demande et avait tendance à « prendre son temps ».

L'expérience du « régime *versneld* »

À la longue, la durée et le coût des procédures civiles créèrent un mécontentement croissant, ne serait-ce que chez les juges eux-mêmes. Ce qui entraîna une participation plus active des juges dans la gestion des affaires, une forte augmentation des procédures en référé courtes et efficaces (lesquelles avaient tendance non seulement à

précéder, mais aussi à remplacer les procès civils «normaux») et des expériences de nouvelles formes d'instances civiles, dont l'une fut appelée «régime accéléré» (régime *versneld*).

Cette expérience, menée par les juges eux-mêmes et introduite dans tous les tribunaux de première instance des Pays-Bas en 1997, permettait à l'avocat et à son client qui avait décidé d'engager un procès civil, soit de choisir la procédure habituelle, qui donne amplement l'occasion de communiquer par écrit, en prenant son temps, les prétentions, les moyens de défense et les demandes reconventionnelles, soit de choisir le régime accéléré. Si le demandeur choisissait cette deuxième option, il devait communiquer dans une seule déclaration écrite toutes ses prétentions, le fondement de fait ou de droit de ces prétentions, les arguments jusque-là avancés par le défendeur et leur réfutation. La partie adverse devait elle aussi «mettre toutes ses cartes sur table» dans une seule déclaration écrite, après quoi, automatiquement, le juge convoquait une conférence, ordonnant au besoin que soient présentés des témoins ou des preuves par écrit. Les parties n'avaient qu'un bref délai pour leurs déclarations (de trois à six semaines), le juge ordonnait que la conférence ait lieu dans le mois qui suivait l'exposé de la défense et, à la conférence elle-même, il jouait un rôle actif et tentait d'amener les parties à un règlement amiable. Si aucun règlement n'intervenait pendant la conférence, le juge pouvait (ce qu'il faisait souvent) décider immédiatement les faits dont la réalité devait être établie, à quelle partie incombait la charge de la preuve, à quelle date les témoins devaient être entendus, etc.

Cette expérience a connu un grand succès. Au bout de deux ans, plus d'un tiers de tous les nouveaux procès civils (à l'exception des procédures familiales) suivaient la procédure accélérée et, dans environ un tiers de ces affaires, un règlement était atteint pendant la conférence même, tandis que dans pratiquement toutes les autres affaires, la durée de la procédure était réduite de façon significative.

La « Brigade volante »

Pour que le «régime *versneld*» soit un succès, il fallait aussi que les juges accélèrent leur propre performance. Les gens choisissaient cette option de plein gré, et l'enthousiasme dont faisaient preuve avocats et clients à cet égard aurait rapidement diminué s'ils avaient dû, quant à eux, respecter des délais stricts alors que les juges se donnaient des mois pour prononcer un verdict. Certains tribunaux de première instance, aux prises avec un arriéré de travail et manquant de personnel, n'auraient pas pu faire face aux nouvelles exigences. En 2000, une «Brigade volante» fut créée pour apporter une aide temporaire à ces tribunaux. Ce groupe d'intervention était constitué de cinq juges chevronnés et d'environ vingt-huit stagiaires (pour la plupart de jeunes diplômés en droit) qui, après une formation de quelques mois, rendaient quantité de décisions provisoires et de verdicts définitifs au nom des tribunaux qui avaient besoin d'aide¹. Ces décisions concernaient en général des affaires banales² où le fait de déléguer le travail à des stagiaires compétents était mis à profit.

La Brigade volante a donné d'excellents résultats. En 2002, elle a rendu pas moins de 1 858 décisions et continuera de fonctionner jusqu'en 2006.

¹ Aux Pays-Bas, la loi autorise les juges d'un tribunal à agir comme juges dans un autre tribunal de même instance. Les juges détachés auprès de la Brigade volante conservent leur poste de juge dans leur propre tribunal et peuvent ainsi rendre des décisions en leur propre nom en tant que juges par intérim du tribunal qui a transmis les dossiers.

² Il est néanmoins arrivé que des tribunaux délèguent des dossiers sur lesquels ils avaient évité de se pencher.

Modification de la loi

L'expérience du « régime *versneld* » a contribué de manière significative à un amendement statutaire de grande portée. Depuis le 1^{er} janvier 2002, le code de procédure civile a plus ou moins rendu obligatoire le « régime *versneld* » pour toutes les nouvelles causes, à moins que les parties, ou l'une d'elles, n'arrive à convaincre le juge que des circonstances particulières appellent un autre mode de procédure. En d'autres termes, la procédure au cours de laquelle les parties doivent mettre toutes les cartes sur table dans une déclaration écrite, suivie d'une conférence à laquelle le juge participe activement, est actuellement la règle et non l'exception.

La nouvelle loi offre au juge plusieurs outils destinés à concentrer et à accélérer la procédure :

- À la première étape de la procédure («aux portes»), le juge chargé de superviser l'état d'avancement de toutes les affaires civiles pendantes non encore inscrites («*rolrechter*») prend une décision quant aux demandes du demandeur ou du défendeur qui souhaite que la cause soit jugée différemment du régime habituel, par exemple pour avoir plus de temps pour présenter des déclarations écrites ou une nouvelle série d'échanges de déclarations. Ces demandes doivent être déposées rapidement, par courrier postal ou courriel ; la partie adverse n'a que quelques jours pour faire connaître son opinion, après quoi le juge statue lui aussi en quelques jours. Aucun appel n'est possible.
- Pendant la procédure («en chemin»), le *rolrechter* prend une décision sur les demandes faites par les parties pour obtenir un délai en raison de circonstances imprévues. Cette décision n'est pas susceptible d'appel.
- Peu après la soumission des prétentions et des moyens de défense, un juge est nommé pour s'occuper de l'affaire. Celui-ci fixe la date de la *comparitie* et peut demander aux parties de présenter des informations, de soumettre des documents ou de répondre à certaines questions pendant la conférence. Si une partie ne répond pas à cette demande de manière satisfaisante, le juge peut tirer des conclusions sur les faits de la cause ou sur les possibilités qui doivent être accordées à une partie de fournir des preuves.
- S'il est d'avis que les deux parties ont eu suffisamment la possibilité d'exposer leur cause dans leurs déclarations écrites et à la conférence, le juge peut décider qu'il n'y aura pas de nouvel échange écrit ou oral d'arguments.
- Lors de la *comparitie* même, le juge peut rendre une décision préliminaire dans laquelle il décide, par exemple, quels faits doivent être prouvés, à quelle partie incombe la charge de la preuve et comment devront être présentés les éléments de preuve (par des témoins, grâce aux conclusions d'un expert nommé par le tribunal, par des déclarations écrites, etc.) Si des témoins doivent être entendus, le juge peut immédiatement fixer la date de l'audience.

- Le juge peut décider qu'il n'est pas possible de faire appel des décisions préliminaires avant le prononcé du verdict final.

Il est intéressant de signaler ici que les règles relatives au délai imparti aux parties au litige pour présenter leurs déclarations écrites et celles concernant les incidents de procédure « en chemin » ne sont pas prévues par la loi. Les juges ont eux-mêmes nommé une commission qui a réussi à élaborer un code acceptable pour les dix-neuf tribunaux de première instance du pays. Des délégués de ces tribunaux se rassemblent régulièrement pour mettre à jour et synchroniser ces règles, et un service d'assistance existe qui donne des conseils sur leur interprétation et leur application.

Réflexions de fond sur les principes de la procédure civile

La réforme juridique du 1^{er} janvier 2001 n'était pas conçue pour être plus qu'une réparation d'urgence. Elle réparait des failles évidentes du système, mais une nouvelle réflexion fondamentale sur les principes de la procédure civile aurait dû avoir lieu depuis longtemps.

C'est pourquoi un comité composé de trois juristes³ de renom fut nommé pour étudier la question. En août 2003, ce comité présentait ses constatations préliminaires dans un rapport d'étape⁴.

Les constatations, arguments et conclusions de ce rapport détaillé et d'une grande portée sont trop vastes pour être résumés, mais certaines opinions et d'idées du comité méritent d'être mentionnées ici :

- Le Comité a constaté que le public estime que la procédure civile est trop longue, trop chère et trop formaliste (non seulement aux Pays-Bas, mais dans tous les autres pays entrant dans le champ de cette recherche !).
- Pour remédier à ces défauts, tant les parties que le juge devraient considérer qu'il est de leur responsabilité commune de faire avancer rapidement la procédure judiciaire, d'une manière équitable pour les deux parties. Mais une fois la procédure lancée, c'est au juge et non aux parties au litige que revient le dernier mot pour décider du rythme de la procédure et de l'espace à accorder aux parties pour présenter leurs arguments, fournir des preuves, etc.
- La loi devrait être modifiée afin d'encourager les parties à échanger les informations pertinentes et à essayer de régler leur litige, soit par la médiation soit par une autre forme de négociation, avant d'être autorisés à aller en justice. À ce titre, les «Protocoles de mesures à prendre avant d'intenter une action», actuellement en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles, sont considérés comme un exemple à suivre.

³ Les professeurs Asser, Groen et Vranken.

⁴ *Een nieuwe balans – interimrapport fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, publié chez Boom Juridische uitgevers.

- Une fois les parties en justice, leur litige doit être orienté le plus tôt possible⁵ vers le circuit procédural le plus pratique. Celui des « petites créances », qui existe actuellement, devrait être rationalisé et adapté de façon à ressembler au *Mahnverfahren* en Allemagne ou à l'injonction de payer en France. La plupart des autres affaires devront être orientées vers le « circuit rapide » (plus ou moins sur le mode du « régime *Versneld* » déjà mentionné), et seules les affaires exceptionnellement complexes pourront être orientées vers un circuit sur mesure, comparable au « multi-track » anglais.
- Le juge devrait avoir une plus grande marge de manœuvre pour utiliser les information de sources extérieures et empêcher toute tentative inutile de fournir des preuves (si, tenant compte des documents déjà fournis, des déclarations et autres éléments, il considère que toute tentative de prouver certains faits relève de la mission impossible, il doit pouvoir refuser à une partie la possibilité de faire comparaître des témoins, etc.).
- Il ne faudrait pas limiter les procédures en référé. Dans le *Kort Geding* (recours en référé, descendant immédiat du jugement en référé français), le juge peut statuer si et quand (comme le dit la loi), « en tenant compte des intérêts des deux parties, une disposition immédiate est nécessaire ». À l'heure actuelle, bien que la Cour suprême souligne que, dans les procédures en référé, le critère de l'urgence continue de prévaloir, les tribunaux inférieurs admettent facilement que ce critère a été respecté. De ce fait, et aussi en raison de leur rapidité et de leur rapport coût-efficacité, les procédures en référé n'ont cessé de devenir plus populaires et représentent actuellement environ un quart de toutes les causes civiles dont le montant s'élève à 5000 € ou plus. Le comité reconnaît que la façon dont le système judiciaire néerlandais accepte les affaires dans les procédures en référé ne correspond pas à la plupart des autres pays européens, mais il est très peu enclin à en abandonner les avantages constatés.
- Il faudrait accorder davantage d'attention à la communication entre les parties et à celle entre les parties et le juge. Elle devrait commencer plus tôt – avant même que ne démarre la procédure judiciaire – et devrait être moins formelle. Il faudrait utiliser toutes les technologies de l'information et de la communication.

Conclusions

« Un système judiciaire proactif et novateur ». Le système judiciaire néerlandais a-t-il commencé à faire preuve de ces qualités ? Il reste bien entendu beaucoup à faire, mais l'évolution a commencé. Un aspect important du « régime *versneld* », à mon avis, c'est que cette expérience a été lancée et réalisée par le système judiciaire lui-même, dans le cadre du droit actuel. Ici, le système judiciaire a ouvert la voie, la loi a suivi. Cette façon de faire pourrait peut-être être adoptée dans d'autres pays.

⁵ Ici encore, les réformes Woolf ont montré le chemin.

Il en va plus ou moins de même pour la Brigade volante. Il s'agissait là aussi d'un phénomène nouveau. Les lois et la doctrine n'ont pas aidé à sa création, mais elles ne se sont pas non plus révélées des obstacles insurmontables.

Comme cela se produit ailleurs en Europe, aux Pays-Bas, le juge gère de plus en plus les affaires civiles. Il semble que d'après la tendance générale, une fois lancée la procédure judiciaire, c'est le juge et non les parties au litige qui détermine le mode procédural et la rapidité de l'affaire. Le futur débat sur cette question portera sans doute sur la façon dont les parties devraient être encouragées à négocier ou à tenter des modes alternatifs de résolution des conflits avant d'aller en justice, des meilleures façons d'orienter les affaires vers différents circuits une fois la procédure judiciaire entamée, de l'équilibre qui devrait être préservé entre l'autonomie des parties au litige et l'autorité du juge, et des outils qui devraient être fournis à ce dernier pour réussir sa gestion des affaires.

Le titre du présent document mentionne également l'impartialité du juge. Bien entendu, l'impartialité et l'indépendance totales du juge seront toujours une obligation absolue. Mais cela ne suffit pas. Les parties et leur conseil doivent aussi avoir foi dans le juge et son impartialité. Plus le juge assume la gestion des affaires et intervient directement, plus cette confiance en son impartialité est essentielle. Autrement, le juge constatera que les parties ne coopèrent pas et tentent d'entraver les efforts qu'il déploie pour accélérer et concentrer la procédure – allant jusqu'à le récuser – parce qu'elles craignent qu'une coopération ne nuise à leurs propres intérêts.

« Le juge ne doit pas seulement être impartial, il faut également avoir confiance en son impartialité. »

Il faut sans doute ici ajouter un avertissement. Le système judiciaire peut faire beaucoup pour accélérer les procédures judiciaires, en améliorer le rapport coût-efficacité et, en général, les rendre plus acceptables pour les parties au litige et le grand public, sans attendre l'aide du gouvernement. Mais à terme, les efforts de modernisation finiront par échouer si, comme cela semble être le cas dans certains pays, le système judiciaire continue d'être en sous-effectifs et insuffisamment financé.

CONTRIBUTIONS ECRITES

Court ordered mediation in England and Wales

by

**Tony ALLEN and Eileen CARROLL,
CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution),
London, United Kingdom**

1 Background

Court “ADR orders “ for mediation have been made by Commercial Court Judges (who are involved in case management throughout) for the last 8 or 9 years. Many practices which started in the Commercial Court have been acknowledged and adopted more generally. The Civil Procedure Rules 1998 (“the CPR”) were implemented in April 1999, and while the Commercial Court kept its practice largely separate, the new Rules gave a major push towards the wider use of mediation. Decided cases in the Court of Appeal since then have consolidated what the CPR initiated.

How far can parties properly and safely be required to mediate unless there are good reasons for not doing so, thus perhaps creating an opt-out regime? Mandatory, or at least opt-out, mediation is familiar in many other jurisdictions, and certainly in Ontario, where the independent research on its 2 year mandatory mediation project can be found at www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/manmed. The debate in England is beginning, with a recently announced pilot of an opt-out scheme at the Central London County Court.

CEDR’s own mediation statistics show that there was a huge 141% rise in its mediations in the year 1999-2000 following the introduction of the CPR, followed by a year with roughly the same number of mediations in 2000-01, followed by an actual fall in the total by 24% in 2001-02 – linked, we believe, to lack of direction by judges over ADR use. Not until an element of pressure was put on parties as a result of first *Cowl v Plymouth CC*⁶ and then particularly *Dunnett v Railtrack*⁷ and *Hurst v Leeming*⁸ has there been a further uplift in annual figures, which is now continuing into its second year. Perhaps parties found ways around having to mediate until compelled by court decision to adopt the process. There seems little appreciable drop in settlement rates since the Court’s new initiatives despite the fact that parties might be thought to be coming more reluctantly into mediation. Judicial intervention,

⁶ The Times 9 Jan 2002, in which the Lord Chief Justice castigated ignorance of ADR and threatened costs sanctions.

⁷ [2002] 2 All ER 850, in which a successful appellant was deprived of costs for refusing to mediate.

⁸ [2003] 1 Lloyds Reps 379, in which Lightman J said that a refusing party must show that mediation had no reasonable prospect of success to avoid costs sanctions

whether by use of recommendations, orders or case law, appears to be helping even reluctant parties actively to use mediation.

But there are still relatively small numbers of commercial mediations of all types per year here. It is impossible to estimate an accurate figure. CEDR Solve has always published its figures and two other providers have begun recently to do so, but these account for less than 1000 mediations per year. To these must be added mediations undertaken by self-employed mediators, counsel and providers all probably operating at lower numbers. Thus the figure may be about 1500-2000 per year at present at most. That is still a very low proportion of issued claims, even with the fall in cases issued, with less than 20,000 High Court claim forms issued and a 6% drop in County Court proceedings in the last reported year.

The overall strategy is still to shift the balance further from court to settlement, including encouragement of mediation, being the policy of the Government and the intention of the CPR, with trial litigation being the last resort. So the court's approach involves persuading or pressuring more parties to mediate at some point and ideally earlier, while seeking to identify which cases possess features that make mediation a waste of time and money. Such decisions will probably mean disagreeing with parties' assertions as to suitability more often than agreeing with them.

Judicial pressure to mediate, whether by orders or recommendations to mediate, deals with recalcitrant or uninformed parties (or advisers) who in the procedural judge's view have got their refusal to mediate wrong. Such parties should perhaps not merely be allowed unreasonably to occupy court time by having their unreasonableness exposed and punished at trial by indemnity costs orders, but should be required to give mediation a try. The mediator's skills can then seek to move participants through to a mutually acceptable solution, as happens even with the most stubborn of parties and advisers. At least the process can be expected to define and narrow differences significantly, so as to save court time.

In two cases since *Dunnett v Railtrack*, trial judges have declined to penalise a successful party for declining to mediate, thereby rejecting the *Dunnett* approach. Park J did so in *SITA v Watson Wyatt: Maxwell Batley* [Pt 20 Defendant], as did Judge Reid QC sitting as Deputy High Court Judge in *Corenso Ltd v The Burden Group plc*. Both decisions are frustrating to experienced mediators, as both clearly had potential for settlement through the mediation process. In *SITA*, the main action did settle through determined mediation spread over several months, and it was the Part 20 proceedings where the defendant declined on the basis that they had a good case (a position clearly in conflict with *Dunnett* and *Hurst*). An argument that mediation had no reasonable prospect of success because the Part 20 claimant closed its mind to the possibility of having to accept total failure just about sits with *Hurst v Leeming*.

No such argument arose in *Corenso*, where the parties actually did settle shortly before trial, after indulging in a familiar litigation dance for 2¾ years. The claim could have been mediated early, perhaps even before issue of proceedings. There was a stay under Part 26.4, but this led nowhere. The gap between claim and counterclaim in *SITA* and *Corenso*, buttressed by fierce cross assertions of position, is utterly familiar to mediators, who settle such cases daily. What each may well have

needed was a court order requiring mediation to be tried in accordance with a set timetable. In neither case was there a cost benefit argument. The cost of preparing for and attending mediation would have been trivial in contrast with the costs expended on the litigation.

The Queen's Bench Masters assigned to clinical negligence work, who often have two CMCs in complex cases, have designed model directions for the second CMC which require ADR to be tried within 6 weeks of the trial window opening, and for any party who does not comply to lodge written reasons with the court which can be considered by the Judge when dealing with costs at the end of the trial. This is a welcome innovation which retains discretion by giving the opportunity for opt-out to be justified, but which brings pressure to bear on parties when they should have all relevant evidence available for appraisal of their risk assessment.

The problem in the lower courts is that the opportunities for judicial intervention are limited. At allocation stage, questionnaires are not completed with consistent completeness, and to take up such points in each case would consume enormous amounts of time for judges and court staff. The portion dealing with stays for settlement under CPR Part 26.4 gives no real scope for assessing the quality of judgement exercised by the parties who complete it, and the rest of the form is of similarly limited use.

The most effective tool however is for District Judge to recommend mediation at hearings when the court or the parties initiate a case management conference. This gives a losing party disgruntled at the winning party's refusal to mediate the opportunity to initiate a *Dunnett* costs order.

It is noticeably easier for District Judges to refer parties to mediation where a court has its own mediation scheme, as exist in about 8 courts at present and in the Court of Appeal. More court schemes are required to make referral simple, and it is encouraging to hear that the DCA is taking steps along these lines.

CEDR Solve has always identified each of its mediations as either court-referred or voluntarily referred. In earlier years there were year on year increases in court-referred cases, regarded broadly as a measure of judicial support for the process and a good trend. In 2002-03 (year ending March 2003) CEDR Solve's statistics for the first time showed a 30% drop in court-referred cases, from 104 to 71, with a corresponding increase in cases voluntarily referred. With the 22% increase in cases overall, this meant a huge rise in voluntarily referred cases.

This of course makes perfect sense when it is recalled that *Cowl v Plymouth CC* was decided in November 2001, and in particular *Dunnett v Railtrack* in February 2002 and *Hurst v Leeming* in May 2002. CEDR Solve has found parties specifically referring to *Dunnett* in a substantial proportion of voluntarily referred cases since that decision, and this is all to the good. It means that, without specific orders in individual cases (which would require time at allocation hearings, case management conferences or application notice hearings), parties are increasingly anticipating the need to try mediation without being told to do so by the court.

In each of *Dunnett v Railtrack*, *Neal v Jones Motors* and *Virani v Manuel Revert*, the three leading Court of Appeal cases on costs sanctions, it was a single judge's recommendation, and **not** an actual order, which was the basis for the costs sanction imposed for refusing to mediate. In *Hurst v Leeming*, it was the pre-action protocol that was relied on as the basis for giving rise to a duty to mediate. In *Royal Bank of Scotland v MoD*, it was the Government Department's failure to observe its own pledge to use ADR. In *Leicester Circuits v Coats Industries*, the sanction was imposed because one party withdrew very late from an agreed mediation, making it hard to argue that mediation had no reasonable prospect of success.

None of these required an actual ADR Order to set up a default leading to consideration of a costs sanction. Thus ADR orders may come to be used in cases where there is no protocol obligation and no opportunity for a judge to make a recommendation. As to the former, while there is no specific pre-action protocol for commercial cases, the revised Practice Direction to the Protocols, to be found in the 30th edition onwards of the CPR, and in force since April 2003, appears to bite on such cases. The parties are enjoined to "follow a reasonable procedure" intended to avoid litigation, which is not to be predicated on the assumption that litigation is inevitable. This should normally include a letter from the claimant giving details of the claim, with copies of essential documents, requiring an acknowledgement and a detailed response within a stated period (normally a month), making it clear that court proceedings will follow in the absence of a full response and asking for copies of documents which the claimant wishes to see. It then adds to the list of requirements (set out in paragraph 4.3):

- (f) *state (if this is so) that the claimant wishes to enter **into mediation or another alternative method of dispute resolution**; and*
- (g) *draw attention to the court's powers to impose sanctions for failure to comply with this practice direction and, if the recipient is likely to be unrepresented, enclose a copy of this practice direction.*

Paragraph 4.7 contains reciprocal provisions relating to the defendant's response, including the requirement to:

- (e) *state whether the defendant is prepared to enter into **mediation or another alternative method of dispute resolution**.*

The effect of this practice direction will in due course emerge. On the face of it, its obligations apply to all commercial cases.

As to post-issue involvement, Commercial Court judges, with their case management role, are ideally placed to assess and recommend ADR to parties without necessarily ordering it. It would be a foolish party who ignored any such recommendation in the light of the authorities set by the Court of Appeal. At first sight it will only be in cases where the parties are apparently unable to co-operate even to the extent of agreeing to mediate at all, or over who the mediator should be, or as to when and where the mediation should take place, that specific orders may be needed. But cases like *Corenso v The Burnden group* serve as a reminder that parties may simply have to be chivvied into mediation even if they pay lip service to the process.

**Alternative dispute resolution: mediation in Italy.
Is it really moving?**

by

Francesco BENIGNI
Counsel Freshfields Bruckhaus Deringer, Roma, Italy

The private and voluntary mediation, both within and outside of courts, of civil disputes is certainly at the very beginning in Italy, as it is in many other European countries with the sole exception of England and Wales.

In Italy, the interest on mediation is also growing very fast in the legal community, including the in-house counsels and the judges.

I will concentrate on mediation-conciliation, which are taken as the same procedure, where the only difference is the less or more active role played by the third neutral (mediator-conciliator).

For now on I will use the term mediation which is more commonly used in the international arena, even if in Italy we use the term conciliation, which can be translated in our language, while the term mediation has a completely different meaning in the Italian language and cannot therefore be translated.

Mediation has been traditionally - even under the laws of the many states which existed in the Italian peninsula before the time Italy was unified under only but one state – a judicial mediation, where the mediator is the same adjudicating judge, who should attempt to conciliate the parties.

Therefore, not the mediation as is internationally known with its essential requisites of voluntariness and confidentiality, as well as the neutrality of the mediator.

The Italian drafter of the civil procedure code of 1865 and of its successor of 1942, intended to speed the civil proceeding, but Italy is still the last in the EU (the EU Commission has calculated that the average duration of the civil proceedings in Italy, throughout the three degrees, is 116 months, while the average duration in the EU is 69 months).

Some recent laws provide for mandatory mediation in some situations before starting litigation. I shall only mention: the mediation between supplier and customer in the public utilities sector (energy, gas and communication) by the authority, or delegated to the chamber of commerce; and the mediation of disputes arising out of industrial subcontracts, again administered by the chamber of commerce.

Also these mandatory mediations had very little success, a bit more the mediation by the authority in the communication sector, for the simple reason that they lack the essential requisites of the ADR: voluntariness and confidentiality.

I will now mention a very recent law and a draft law pending at the Parliament, which both promote optional, conventional and professional mediation of civil disputes: law n.5 of 17 January 2003, which will enter into force on 1 January 2004, which promotes the mediation of the (new) corporate law disputes; and draft law n.2463 of March 2002, pending at the justice commission of the Chamber of Deputies together with other draft laws, similar in scope, but less interesting.

Both the law and the draft law contain provisions designed to encourage the use of mediation before starting a litigation in court or an arbitration, especially in a country like Italy where the culture of ADR is not yet developed. I refer, in particular to: the enforceability of the mediation clause; the direct enforceability of the mediation agreement; the confidentiality of the mediation proceeding; the tax incentives; the suspension of the terms of the statute of limitations; the bar of the forfeiture of rights.

Unfortunately, both the law and the draft law contain also provisions which risk to jeopardize the development of the private and voluntary mediation.

Most probably because our culture is too litigation oriented

I shall start from law n.5 of 17 January 2003.

- If the parties do not reach an agreement, the mediator must present a settlement proposal (art.40.2): this provision is manifestly against the nature of the mediation, where the mediator only makes a proposal when requested by the parties, which really own the mediation procedure and are free to “leave” at any moment, before the conclusion of an agreement.
- If the mediation is not successful, the judge can take into account the behaviour and the positions of the parties, which the mediator must record in the minutes of the procedure, but to the sole purpose of assessing the expenses of the proceedings, or imposing cost sanctions provided by the code of civil procedure (art.40.6): this provision is very critical, even if the intention was good, e.g. discourage the mediation initiated to the sole purpose of losing time. But the “medicine” could be worse than the illness, risking to cause fatal effects!

The parties would be seriously discouraged to initiate a mediation and, even if they finally decide to start a mediation attempt, would certainly avoid to open “their boxes”. Simply because what they say during the proceeding can be disclosed to the judge who, in any event, could be influenced when deciding on the merit of the dispute not settled through mediation.

I shall now turn to draft law 2463 pending at the Chamber of Deputies.

- The draft law contains the same critical provision of Law n.5 of 17 January 2003, as regards the duty of the mediator, when the mediation

proceeding is administered by the public organizations envisaged by the draft law, to inform the judge of the positions of the parties only to the purpose of assessing the expenses of the process (art.11.8).

- The action in Court cannot be initiated – and this provision implies also a modification to the code of civil procedure - if the parties have not been informed by their counsel of the possibility to resolve the dispute by mediation, or have not stated in writing that they have decided not to go to mediation (art.14).

- The judge should always invite the parties to try the mediation – if not already done, or if the parties have decided that it is not the case – and not only when he determines that the mediation can be useful (art.15).

I should also mention that the government has very recently approved a draft law which, when approved by the Parliament will delegate the government to draft a new code of civil procedure, which will include the voluntary mediation delegated by the judge.

This very quick panorama shows that mediation in Italy is slowly finding the way through an effective alternative dispute resolution method.

However, as I have mentioned earlier, some provisions, both in the law and the draft law, do not respect the internationally known principles of ADR (and the most important is certainly the confidentiality) which have been developed by the practice and are reflected in the UNCITRAL model law, in the EU Green Book and, last but not least, in the Council of Europe recommendations on mediation and, therefore, could really jeopardize the use of the mediation by the parties in Italy.

At least that mediation regulated by the law!

Exemple de médiation judiciaire dans les conflits individuels pratiquée à Grenoble (France)

présenté par

**Béatrice BRENNEUR
Président de chambre
de la Cour d'Appel de Grenoble (France)**

En qualité de Présidente de la Chambre sociale de la Cour d'appel de GRENOBLE, j'ai mis en place à compter de 1997 un service de médiation judiciaire dans les conflits individuels du travail. 700 médiations ont été ordonnées avec un taux d'accords de 70%.

La médiation a été institutionnalisée à la Chambre sociale de Grenoble, avec la création d'audiences judiciaires de proposition de médiation (où le juge, après avoir préalablement trié les dossiers selon certains critères, explique ce qu'est cette mesure, et voit avec les parties si leur affaire en relève. Des médiateurs extérieurs assistent bénévolement à ces audiences et renseignent les parties qui en font la demande). La médiation revient à 530 € qui est répartie par le juge entre les deux parties (l'employeur ayant généralement la plus grosse part, selon l'importance de l'entreprise).

Le succès de cette mesure ordonnée par la Cour d'appel a fini par être reconnu par les conseils de Prud'hommes du ressort qui, depuis l'an dernier, ordonnent des médiations (une vingtaine, pour le Conseil de Prud'hommes de Grenoble, en 2002 et d'avantage en 2003)

Les médiateurs nommés par la Cour d'appel se sont regroupés en associations qui assurent une formation continue. (La formation des médiateurs est indispensable et est la garantie de la pérennité de la médiation).

Deux juges de la Cour d'appel (ayant suivi une formation à la technique de la médiation) concilient également les personnes et ne jugent pas l'affaire en cas d'échec de la conciliation.

Voici un bref aperçu de notre pratique à Grenoble.

**The present law concerning settlement
in procedure and the law proposal
about separate court mediation in Finland**

by

Teuri BRUNILA
Chief Judge, Turku District Court, Finland

CODE OF PROCEDURE

Chapter 5; 26 §

In a matter, in which a settlement is permitted, the court is obliged to lead the parties to reach a settlement.

THE LAW PROPOSAL OF COURT MEDIATION

In Finland the Government will within a few months give a legislative proposal for the approval of Parliament as follows.

Chapter 1; General regulations

1 §; Coverage

Civil matters handled in general courts can be mediated as enacted in this law (court mediation).

Court mediation is alternative to a trial. In mediation the case is attempted to be resolved by reconciliation or facilitate the procedure by conciliating.

2 §; Premises for court mediation

Precondition for court mediation is that the parties want mediation and that the court considers the case suitable for mediation and mediation appropriate.

Chapter 2; Regulations for commencing court mediation and for mediator

3 §; Commencement of court mediation

In a case which has not become pending in a court, mediation can be commenced by a written application of the parties. In a case that is pending in a court, mediation can be commenced on request or on consent of the parties.

The application is directed to a district court. The application should include the case in which mediation is requested and the grounds, why the case is suitable for mediation. Additionally the parties and their contact information have to be notified, conformed suitably to what is prescribed about an application of summons in Code of Procedure.

The court of law decides the commencement of court mediation in same composition that it decides the action connected to preparation.

4 §; *Mediator*

Mediator takes care of mediation. A judge of the court where the case is pending acts as a mediator.

On consent of the parties the mediator can use a person with expertise on issues concerning the case as a consultant.

5 §; *Disqualification of the mediator*

Things that have been prescribed about disqualification of a judge are valid on disqualification of a mediator.

The mediating judge is automatically barred from the bench that subsequently hears the appeal.

Chapter 3; Proceedings in mediation and assignment of a mediator

6 §; *Proceedings*

After negotiations with parties, the mediator decides on proceedings.

On consent of parties, persons can be heard informally and other establishment can be put forward in mediation.

Mediator may negotiate with parties without other parties present.

7 §; *Assignment of a mediator*

A mediator has to act impartially and objectively. A mediator must primarily help parties in their striving to mutual understanding and conciliatory resolution.

On request or on consent of parties mediator can make a proposal on a conciliatory resolution. When evaluating the case he has to base on his judicial and other expertise.

Settlement can be based on what is considered to be appropriate.

8 §; *Ratification of a settlement*

A settlement can be ratified on request of all parties. The settlement has to be written up as a document that includes the case and contents of the settlement. Mediating judge can ratify a settlement personally.

With ratification, complaint and enforcement of the settlement is complied what is enacted in the law about settlement in a pending case and about enforcement of settlement ratified by a court.

Chapter 4; Openness of mediation

9 §; *Confidentiality of proceedings*

Mediation is conducted without general public. On consent of parties, mediation can be conducted also according to regulations regarding openness of judicial proceedings.

Openness of a settlement ratified in court mediation is valid as is enacted about a judgment.

10 §; *Concealment*

A party may without opposing party's approval in later handling of the matter neither expose what he has in mediation expressed nor invoke these things.

Mediator or his assistant may not expose anything expressed in mediation.

Chapter 5; Regulations concerning the costs of mediation

11 §; *Compensation to mediator*

12 §; *Obligation to perform costs of mediation*

All parties account for their own legal costs due to the mediation and, per capita, other costs due to the mediation unless otherwise agreed.

The parties have no right to claim opposing party compensation for legal costs due to the mediation or mediation costs he has paid if the judicial proceedings continue or in an unrelated trial.

Chapter 6; Particular regulations

13 §; *Conclusion of court mediation*

Court mediation has to be concluded if

- 1) parties settle the case;
- 2) if the mediator decides there are no grounds left to continue the mediation;

- 3) if a party tells the mediator or another party that he wants the mediation to end.

14 §; *Appealing*

An appeal is not allowed to file for a decision concerning commencing mediation, a decision concerning dismissal of a request for mediation on a pending case or a decision concerning concluding of mediation.

A decision concerning dismissal of a request for mediation on a not pending case can be appealed by conformed suitably to what is prescribed in Code of Procedure.

15 §; *Relation to other regulations*

This act notwithstanding is complied what elsewhere in law has been enacted about conciliating and confirming a settlement.

About a court's jurisdiction and attorneys is complied what has been enacted in Code of Procedure.

16 §; *Implementing provision*

This law becomes effective on...

Procédure civile et processus de médiation: passer d'un mode à l'autre, sans en altérer la nature

présenté par

Jean A. MIRIMANOFF
Juge au Tribunal et Président de la Commission
de conciliation en matière et loyers, Genève, Suisse

1. Remarques générales

Comme d'autres pays d'Europe, la Suisse connaît divers ADR : la conciliation (étatique et privée), les bureaux d'ombudsmen (en matière bancaire et d'assurances) et la médiation.

Trois exemples illustrent l'importance de la médiation dans notre Histoire.

1. L'anachorète Nicolas de FLUE, par sa médiation dans le litige opposant les Cantons-ville aux Cantons-campagne, permit d'éviter la guerre civile par le "Convenant de Stans" (1481). On reconnaît déjà dans sa démarche les caractéristiques du processus : absence de pouvoir, indépendance, neutralité et impartialité du médiateur, confidentialité et caucus.
2. Le traité de Westphalie (1648), qui reconnaît l'indépendance des cantons suisses, est issu d'un long processus de médiation internationale suite à la guerre de 30 ans. Le diplomate vénitien CONTORINI (médiateur pendant près de cinq ans avec les représentants d'une vingtaine d'Etats), consigna par écrit les principes de la médiation européenne moderne.
3. L'acte de médiation (1802) imposé aux Cantons suisses par Napoléon Bonaparte a concilié les Fédéralistes et les Unitaires, sans toutefois que l'on sache si un véritable processus de médiation s'est déroulé.

Par ailleurs, sous l'influence des Eglises, la médiation a résolu de nombreux litiges entre personnes et communautés, jusqu'à la fin du XVIII^e siècle, dans nos cantons.

Et pourtant, malgré la renaissance de ce mode depuis les années 1990 avec l'éclosion de nombreuses Associations de médiation en matière familiale, puis en matière civile et commerciale (la chambre suisse de médiation commerciale) il n'existe encore aucune loi en vigueur, ni sur le plan fédéral, ni sur le plan cantonal, traitant de la médiation civile et commerciale.

2. Le Projet de loi du Pouvoir judiciaire genevois (PLMC)

Or, l'absence de législation pose des problèmes procéduraux aux magistrats civils qui encouragent l'entrée en médiation des plaideurs auprès d'un tiers : ils sont liés essentiellement à la relation entre la procédure civile et le processus de médiation, et inversément (on en retrouvera une liste non exhaustive en annexe I).

Après avoir consulté les associations de médiation et étudié les solutions en droit comparé, le pouvoir judiciaire genevois a retenu le concept de *médiation métajudiciaire* : le projet de loi tend à régler les problèmes découlant de l'articulation entre les deux modes tout en préservant la nature, la spécificité et les règles de chacun d'eux : le médiateur n'interviendra pas dans la procédure civile ni le juge dans le processus, mais tous deux faciliteront les passages de l'un à l'autre. Il n'y a entre eux ni dépendance, ni interférence, ni confusion.

3. L'articulation procédure civile / processus de médiation

3.1. "Trois itinéraires" (annexe II)

Dans la pratique, on rencontre trois "itinéraires" possibles entre la procédure et le processus, avec – pour chacun – des variantes :

- a) *Le processus de médiation précède la conciliation* (qu'elle soit facultative ou obligatoire)

Les parties qui sont parvenues à une convention finale de médiation en dehors de toute procédure auront désormais la faculté de la faire homologuer par le conciliateur : Chambre de conciliation pour le Tribunal de première instance ou Justice de paix en matière civile, commission paritaire en matière de baux et loyers, et conciliateur en matière prud'homale.

- b) *La médiation est initiée en conciliation*

Le conciliateur, respectivement le juge de paix, les conciliateurs paritaires en matière de baux et loyers et en matière prud'homales, peuvent, à ce stade déjà, proposer aux parties de recourir à la médiation.

En cas d'acceptation, les parties peuvent demander à être reconvoquées dans un délai n'excédant pas six mois, en règle générale.

- c) *La médiation est initiée en cours de procédure*

Cela peut être à tous les stades, y compris en appel.

En cas d'acceptation, la cause est suspendue.

Le PLMC examine, dans chacun des trois cas, les conséquences procédurales du succès de la médiation (retrait ou homologation), et celles de son échec.

L'information donnée par le juge, sur la médiation, le libre choix du médiateur ou de l'institution de médiation, le délai de réflexion de trente jours, qui s'appliquent aux trois "itinéraires" sauvegardent la liberté des futurs médiés et le caractère volontaire du processus.

3.2. *Les conséquences procédurales de la convention finale de médiation*

Le PLMC mentionne l'alternative suivante, en cas de succès: le retrait de l'action ou l'homologation de la convention.

Le choix offert aux parties entre le retrait et l'homologation, en cas de transaction, ne vaut que pour celle portant sur un objet dont les parties ont la libre disposition.

Etant donné qu'aujourd'hui, à Genève, le Tribunal de première instance enregistre, à son rôle, entre 60 et 70% d'affaires de famille, les cas d'homologation vont prendre une place importante en pratique.

Il faut à cet égard distinguer deux situations:

- a) Lorsque l'accord porte sur un objet dont les parties ont la libre disposition.

Le pouvoir du conciliateur, ou du juge, sera nécessairement limité. Encore qu'il ait, bien sûr, le devoir de refuser d'homologuer un accord dont le contenu serait illicite ou contraire aux mœurs (art. 19 al. 2 et 20 du Code des Obligations) ou, si son objet est impossible (art. 119 CO).

- b) Lorsque l'accord porte sur un objet dont les parties ne peuvent pas disposer.

Il est évident qu'une transaction portant sur un tel objet ne lie pas le juge. Comme le relèvent *B. Bertossa et.al.*, dans leur commentaire à la loi de procédure civile (LPC), "il conserve un libre pouvoir d'appréciation (SJ 1985 p. 531-532), dont il fera cependant usage en tenant compte de la transaction". Une telle transaction, de *lege lata*, ne peut être recueillie par le conciliateur, parce qu'il devrait assortir son refus par des motifs, "exigence qui est incompatible avec l'esprit de l'art. 66 LPC".

Le mécanisme prévu en cas de refus d'homologation suite à une médiation consiste à donner une nouvelle chance aux médiés/justiciables, à leur permettre de modifier leur accord (en déclenchant, éventuellement, un complément de médiation, le médiateur est informé de l'éventualité et des motifs du refus), et, si l'accord n'est pas modifié, la faculté leur est donnée de recourir contre le jugement de refus, ce qui n'est pas ou pas toujours le cas dans la législation étrangère.

En cas d'échec, l'instance est reprise.

Comme pour la conciliation, les parties ne pourront se prévaloir dans la suite du procès de ce qui a été déclaré devant le médiateur, et le témoignage du médiateur est exclu (confidentialité).

Conclusions

D'ici peu, le Parlement genevois examinera le PLMC pour la période où la procédure civile demeurera de la compétence des cantons suisses.

A son assemblée générale à Fribourg du 22.11.2003, **l'Association suisse des magistrats** a débattu du thème "Justice et Médiation : autonomie ou complémentarité?" La question a été posée dans la perspective de la future loi de procédure civile suisse, dont l'entrée en vigueur serait prévue pour 2008...

Il est sans doute non seulement intéressant, mais indispensable, pour les juges des pays qui n'ont pas encore légiféré en matière de médiation civile et commerciale, de connaître et confronter les expériences vécues par leurs collègues de ceux qui l'ont fait.

Il faut donc à la fois remercier le Conseil de l'Europe et le Conseil consultatif des juges d'Europe de nous donner l'occasion de cet échange sur la médiation civile et commerciale, et espérer qu'elle sera renouvelée et approfondie, par exemple à propos de **l'élaboration d'une loi-type** concernant l'articulation entre procédure civile et processus de médiation.

Annexe I : Liste des problèmes procéduraux découlant de l'articulation

Annexe II: 3 "itinéraires"

Annexe III: Schéma des sœurs jumelles

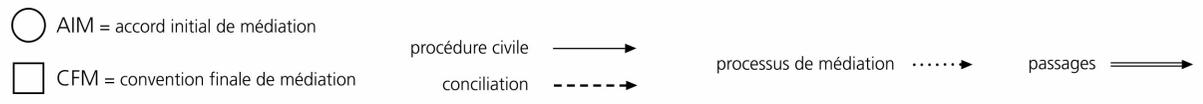
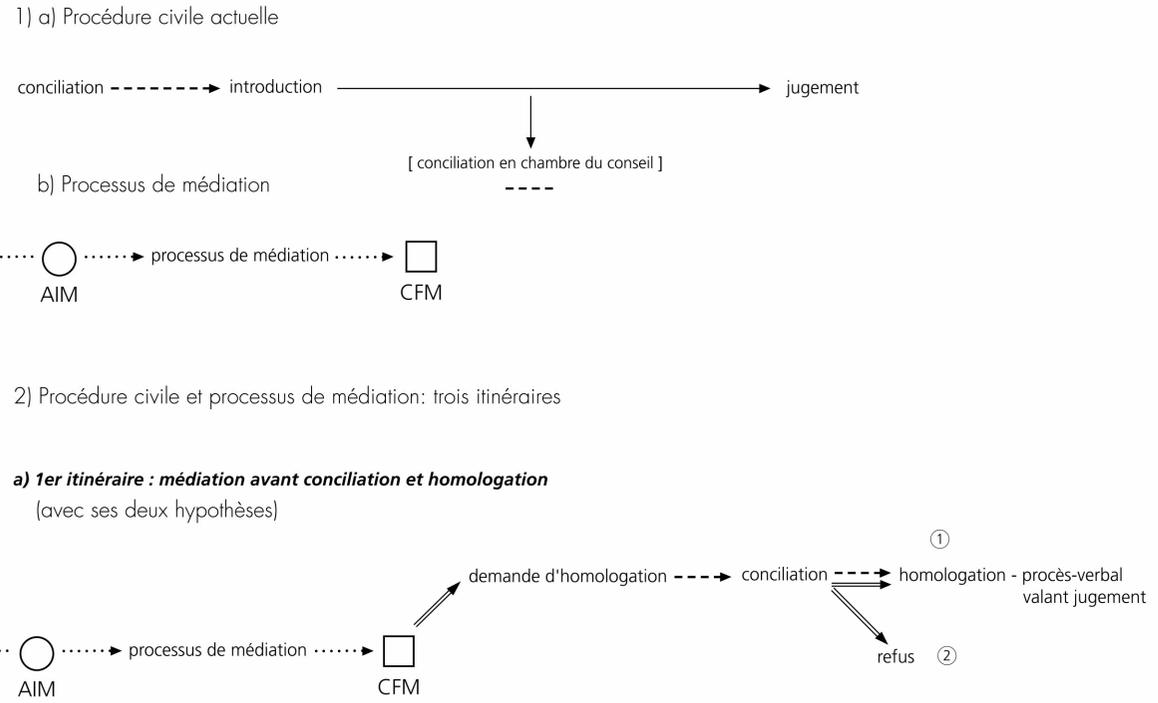
Annexe I :

Liste, non exhaustive, des principaux problèmes posés par l'articulation procédure civile / processus de médiation :

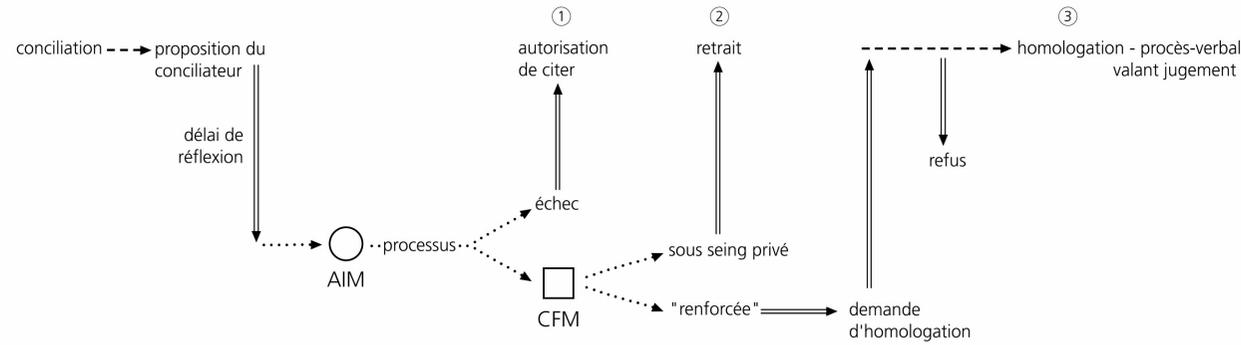
1. Comment, procéduralement, la médiation civile et commerciale est-elle initiée par le magistrat civil ?
(proposition de médiation, délégation de médiation, mandat quasi-impératif).
Cette première option – éthique – orientera, nécessairement les suivantes, techniques.
2. Quelles sont les conséquences procédurales de l'entrée en médiation ?
 - 2.1. au stade de la conciliation (durée des délais pour reconvoquer)
 - 2.2. au stade de la procédure (suspension de l'instruction, ou suspension de l'instance).
3. Quelles sont les conditions d'homologation de la transaction de médiation ?
 - 3.1. en vue de la conciliation ;
 - 3.2. au stade de la conciliation ;
 - 3.3. au stade de la procédure.
- 4.1. Quelles sont les modalités, et les conséquences, du refus d'homologuer du magistrat civil ?
 - 4.1.1. au stade de la conciliation ;
 - 4.1.2. au stade de la procédure.
- 4.2. Le retour en médiation en cas d'éventualité d'un refus est-il opportun, et quelles en sont les modalités procédurales ?
5. Comment, et par qui, le magistrat civil est-il prévenu de l'issue (favorable ou défavorable) de la médiation ?
 - 6.1. Quelle portée donner à la confidentialité ?
 - 6.2. Quelles sont les mesures adéquates (procédurales, administratives ou pénales), pour garantir la confidentialité ?
7. Comment peut-on faire intervenir l'assistance juridique ?

MÉDIATION CIVILE (MÉTA-JUDICIAIRE)
aiguillages et passages entre la procédure civile et le processus de médiation

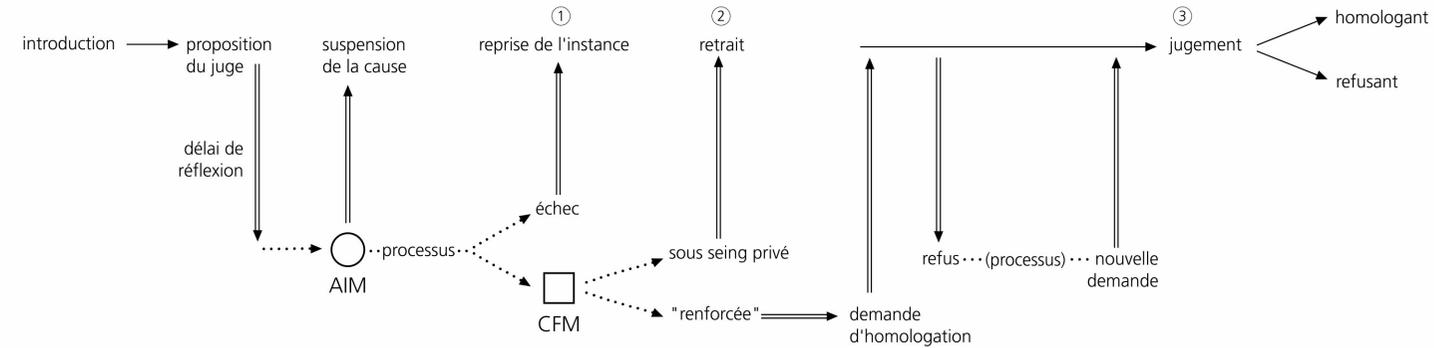
schéma n°1: les 3 itinéraires



b) 2ème itinéraire : médiation en cours de conciliation
(avec ses trois hypothèses)



c) 3ème itinéraire : médiation après introduction de la cause
(avec ses trois hypothèses)



○ AIM = accord initial de médiation

□ CFM = convention finale de médiation

procédure civile →
conciliation - - - - -

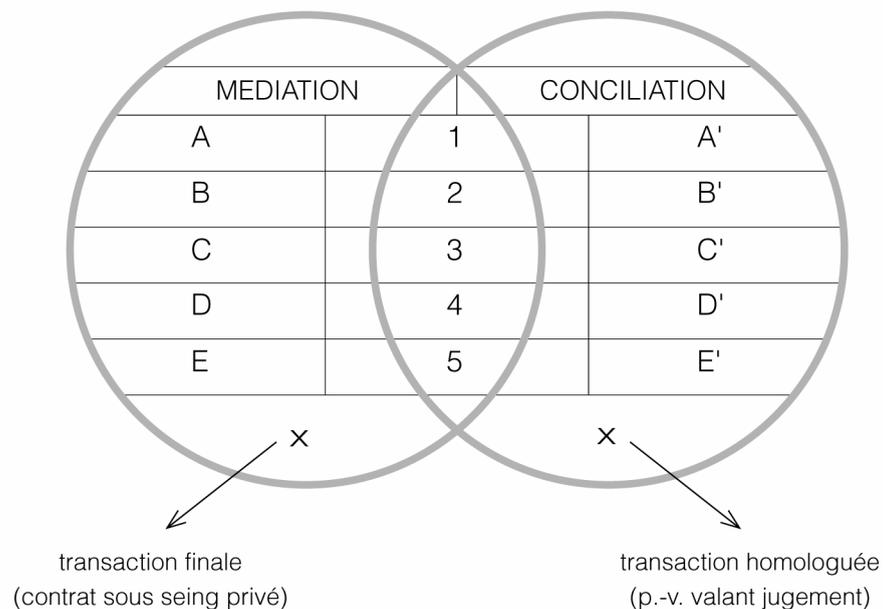
processus de médiation ······

passages ≡≡≡

MARL (ADR)

comparaison entre
la médiation (non judiciaire)
et
la conciliation (judiciaire)
ou

Schéma n° 2 : les "sœurs jumelles"



Zone de convergence :

1. Solution librement acceptée
2. Indépendance, neutralité, impartialité du tiers
3. Confidentialité
4. Efficacité, rapidité, réduction des coûts
5. Reprise du dialogue

Zone de divergence :

- | | |
|------------------------------------|--------------------------------------|
| A) Concentration sur les personnes | A') Concentration sur les faits |
| B) Cadre non juridique | B') Cadre juridique |
| C) Déroulement formel | C') Déroulement informel |
| D) Solution issue des médiés | D') Solution issue du conciliateur |
| E) Libre choix du médiateur | E') Absence de choix du conciliateur |

N.B. La confidentialité, pilier de la conciliation et de la médiation, interdit la pluralité des rôles. Ainsi à Genève notamment, le conciliateur, (lors de l'essai préalable), en matière prud'homale ou de baux et loyers ne statuera jamais sur le fond.

En revanche le juge du fond peut se muer en conciliateur (art. 54 LPC) ; le processus a lieu "en chambre du conseil", à huis clos, sans procès-verbal.

Dans les deux cas de figure, la confidentialité est prévue par la loi (art. 57 LPC).

Contribution

by

Stelios NATHANAEL,
President of the District Court, Nicosia, Cyprus
Member of the Consultative Council of European Judges (CCJE)

The following are certain preliminary comments on the matter drawing also from the Cyprus experience.

It is becoming increasingly more acceptable that Judges should be more actively involved in the early settlement of disputes by a variety of means, ranging from case-management to alternative dispute resolution. This is so even in countries following the Anglo-Saxon Common Law System (like Cyprus) where the traditional view deeply entrenched in the judicial system is that the Judge is an arbitrator of facts and does not enter the arena of the judicial battle unfolding in the court room, nor does he take an active role in the selection and kind of evidence to be presented.

The need for Judges to assist parties to reach an early settlement could be viewed as a corollative obligation imposed on the judiciary for a speedy, but effective and just trial, under the right to a fair hearing in accordance with Article 6 of the European Convention on Human Rights, which incidentally has been part of the statute law of Cyprus since 1962 (Law No. 39/62). The entitlement to a fair trial with its twin right of hearing the case within a reasonable time, are fundamental pillars of human rights and should be viewed as imposing on the states the corresponding obligation of providing a fair and speedy trial. The European Court of Human Rights case law is consistent in finding violations of Art. 6 for lengthy proceedings and finalization of the parties' rights. [**Bock v. Federal Republic of Germany (1989), H. v. France (1989), etc.**]. Therefore, due to the ever increasing workload of cases and the lengthening of proceedings, alternative judicial mechanisms for early dispute resolution are a welcome innovative step.

Such attempts for early dispute resolution should, however, never compromise the basic principles of judicial expression of impartiality, fairness and justice. In other words, early resolution of disputes should never become an alternative or parallel process, where parties should feel coerced into due to the relative inability of the judicial process proper, to produce a quick system of administering justice and handing down judgements.

Since the basic theme to be discussed has to do with the role of judges, we should confine ourselves to a discussion of settling disputes within the framework of the judicial process. Anything outside that framework involves the judge in an extra-judicial capacity not compatible with the role of the judge.

Encouragement of early settlement should most effectively be done at the very early stages of the judicial confrontation. There should be a pre-trial stage, where the parties having filed their pleadings and having disclosed all relative evidence – oral and documentary – should attend a meeting with a judge/mediator (other than the one who will try the case), who will assist them in trying to come to an amicable solution in the light of their alternative and conflicting allegations. Indeed such a pre-trial stage should be made a prerequisite and an absolute necessity before proceeding to the next procedural step. Cyprus is in the process of considerably amending the Civil Procedure Rules, emphasis given on a speedy and effective procedure. It is hoped that the new rules will include a time span of 12-24 months for the hearing of civil cases according to their complexity. Order 30, which deals with summons for directions, will be radically altered so as to enable the parties to air their views with the purpose of coming to an early amicable settlement. Such mediator should feel free to guide the parties and express his views on the adequacy and strength of the prospective evidence and the law applicable. Should this exercise fail, then during the trial process itself, the trial Judge could discreetly, but effectively, intervene pointing out certain weaknesses in the case of the one or the other of the litigants, giving them time to reflect on their relative positions, also helping with the understanding of the legal principles involved, especially in complicated cases, adjourning the case for “mention” where a re-assessment of the whole dispute could take place in the light of the evidence already given. This practice has proved very useful in the Cyprus jurisdiction and many cases are settled in this way at the earliest possible moment once the trial has started.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

RAPPORT DE SYNTHÈSE

présenté par

**The Right Honourable Lord Justice MANCE
Cour d'Appel d'Angleterre et du Pays de Galles, Royaume-Uni
Président de la Conférence, Président du Conseil Consultatif
de Juges Européens (CCJE)**

Il est clair que nous devons adapter nos systèmes judiciaires afin de traiter selon leur importance les litiges très différents dont sont saisis nos tribunaux. Nous ne devons pas non plus oublier que le monde serait un endroit plus agréable si de nombreux litiges ne venaient jamais devant les tribunaux ou pouvaient être résolus à l'amiable.

Quoi qu'il en soit, en tant que juges, nous faisons partie au premier chef du système judiciaire qui est l'un des trois piliers de la société. Dans son vibrant plaidoyer explicatif en faveur de la médiation, M^{me} la juge Otis n'a laissé entendre à aucun moment que nous serions sur le point de tourner la page du contentieux. En effet, de toute évidence, tel n'est pas le cas. Il sera toujours nécessaire d'avoir une forme de résolution des litiges qui soit imposée. Selon elle, cela restera la fonction essentielle du juge. Certains litiges ont tout simplement besoin d'être résolus de manière contradictoire. La valeur des décisions de justice en tant que futurs précédents ou en tant que lignes directrices établissant des normes est considérée dans un contexte anglais comme particulièrement importante. C'est cela qui a donné le ton du droit des contrats et du droit commercial en Angleterre. Mais je peux aussi penser à un litige en matière de garde entre des parents dont l'un ou l'autre a manifestement fait subir des sévices à son enfant. Il me semble qu'en pareil cas il n'y a guère de place pour la médiation, s'agissant de savoir à qui doit être confiée la garde de l'enfant.

L'article 6 de la Convention des Droits de l'Homme nous oblige à mettre en oeuvre dans nos différents Etats des systèmes de justice publique qui soient équitables, efficaces et rapides. Nous devons donc, en tant que juges, répondre à la nécessité d'une réforme et d'un changement de nos systèmes, en nous enrichissant mutuellement de notre expérience grâce à des conférences comme celle-ci. Les thèmes étudiés lors de la conférence résument ceux sur lesquels nous avons fait porter l'essentiel de nos efforts. Ils relèvent tous de la gestion des affaires, ou «case management», notion née aux Etats-Unis à laquelle les réformes Woolf ont donné un énorme essor dans les pays de *common law* et, je pense, ailleurs aussi. L'introduction de la gestion des affaires s'est accompagnée, dans une mesure considérable, d'une diminution du principe d'oralité. On a reconnu ainsi que le temps passé devant les tribunaux était du temps onéreux; cela occupe beaucoup de gens et cela occupe les tribunaux tout en faisant peser des pressions sur les Etats.

Les juges peuvent faire beaucoup isolément mais les Etats doivent aussi réagir. Nous avons entendu parler de mesures adoptées en Russie, où certaines propositions de réformes procédurales ont été acceptées et d'autres non. Nous avons aussi entendu

parler d'autres pays, tels que la Norvège, où l'on envisage une réforme permettant au juge de limiter les éléments de preuve produits. Il s'agit là d'une chose qui, dans le système de *common law*, n'a été possible que grâce à l'intervention de l'Etat. En dehors de l'exception limitée concernant certaines preuves à charge en matière pénale, il existait autrefois le droit de produire toutes les preuves pertinentes – et la notion de preuve pertinente était très vaste. Plus récemment, nous avons instauré (ce que la Norvège propose maintenant) un contrôle judiciaire plus étroit des éléments de preuve quoique, bien entendu, uniquement dans certaines limites.

Nous avons aussi discuté de la lutte contre les griefs ou moyens de défense manifestement mal fondés. Les mesures adoptées à cet égard diffèrent selon les pays. Nous venons d'entendre que le législateur russe a refusé d'instaurer l'obligation d'obtenir une autorisation pour interjeter appel, à la suite d'une expérience en ce sens. En conséquence, pour autant que je sache, l'Angleterre reste isolée à cet égard avec l'obligation quasi générale de montrer qu'une affaire a de réelles chances d'aboutir si l'on veut obtenir l'autorisation d'interjeter appel.

Cependant, ce n'est pas simplement aux juges et aux Etats qu'il incombe de prendre des mesures. Les avocats aussi ont besoin de changer leurs habitudes. Les nouvelles procédures de gestion des affaires ont pour but de convaincre les avocats de coopérer en jouant cartes sur table, ou de les y contraindre. Ces nouvelles procédures contiennent de nombreuses dispositions destinées à empêcher les coups fourrés. Alain Lacabarats parlait du «principe de loyauté», principe selon lequel les avocats doivent être francs, ce qui constitue un élément important du nouveau changement culturel recherché. Les experts doivent aussi se libérer des attitudes partisans. Là encore, cela risque fort de nécessiter l'instauration de nouvelles règles, par exemple l'obligation de prêter main-forte au tribunal. A défaut, les experts risquent d'être vulnérables aux plaintes de leurs clients qui estimerait qu'en faisant preuve de franchise au sujet des difficultés auxquelles ils se heurtent dans le cas de leurs clients, ils ne s'acquittent pas de leur devoir à l'égard de ces derniers.

Le changement culturel nécessaire pour que les affaires soient gérées comme il se doit concerne donc toutes les personnes qui jouent un rôle dans les actions en justice. Cela changera quelque peu l'image du juge qui, au lieu d'être une autorité située en hauteur (comme c'est l'usage en Angleterre), occupera une position peut-être plus conforme à celle dans laquelle je me trouve maintenant par rapport à vous.

Lorsque nous nous regardons les uns les autres, nous devons bien entendu nous souvenir des risques, mentionnés par l'un des intervenants, qui consisteraient à importer en bloc des institutions étrangères. Cela ne peut pas se faire à la légère. La Constitution européenne, qui aspire à l'harmonisation des lois, envisage sur plusieurs fronts une perspective future, que je soupçonne d'être assez éloignée. Mais cela souligne la nécessité de mettre en place des projets pilotes et d'introduire, ainsi que cela a été évoqué, des mesures de réforme avec prudence et après les avoir testées de façon pragmatique. L'expérience acquise en Angleterre grâce à des projets pilotes, notamment en matière de médiation, s'est révélée très précieuse.

Cela m'amène à la deuxième facette cruciale de l'activité d'un juge moderne. Nous ne devons pas nous contenter d'améliorer nos procédures contentieuses. Nous devons offrir et encourager la possibilité de recourir à la conciliation et à la médiation.

Je viens seulement d'apprendre que la Suisse avait pris naissance au traité de Westphalie grâce à l'énergie d'un doge vénitien (mais il se peut que je l'aie su à l'époque où j'étais étudiant en histoire et que je l'aie ensuite oublié). Je jeterai un coup d'œil à l'histoire de Venise de John Julius Norwich, lorsque je rentrerai chez moi, pour me la remémorer plus précisément. Je me rappelle cependant – et cela ne concerne pas la Suisse – que Grotius aurait dit qu'en inventant l'Etat nation le traité de Westphalie se serait rendu coupable de la plus grave erreur depuis la disgrâce au jardin d'Eden!

La personne qui représente la Bosnie a dit que tous les Etats devraient accepter dans leur législation la possibilité de recourir à la médiation. Je pense qu'il s'agit d'une idée importante. La médiation ne devrait certainement pas être considérée comme une mesure de la dernière chance pour éviter la congestion des tribunaux ainsi que les lenteurs et les coûts de la justice. Certes, tous ces éléments sont à l'origine du recours accru à la médiation. Cependant, si la justice devait devenir «privatisée» uniquement pour de telles raisons, ce serait triste pour nos systèmes judiciaires; et cela supposerait une méconnaissance de toutes les vertus de la médiation. Il me serait impossible d'améliorer la présentation qu'en a faite M^{me} la juge Otis. Elle a expliqué très clairement les avantages concrets de la médiation, ses aspects démocratiques, sa capacité à servir le droit de l'individu à façonner son destin plutôt qu'à se le voir imposer par une figure emblématique de l'autorité de l'Etat. Certes, il peut toujours y avoir des situations dans lesquelles la médiation conviendrait alors que l'une ou l'autre des parties refuse tout simplement de coopérer. Je dirai à cet égard que la Russie n'est certainement pas le seul pays où, d'après mon expérience d'avocat, on a tendance à préférer la résolution d'un litige par une autorité de l'Etat plutôt que par un règlement amiable.

Les juges et les Etats devraient prendre des mesures pour proposer et encourager le recours à la médiation avant le procès et pendant celui-ci. Le plus tôt sera le mieux. Lors des phases ultérieures du procès – et malgré la «success story» que nous avons entendue à ce sujet à propos de la Cour d'appel du Québec – les frais et les attitudes fortement enracinées peuvent nuire aux tentatives de médiation. Nous avons eu une discussion très intéressante concernant l'avantage que présente l'exercice de la fonction de médiateur par un juge plutôt que par un tiers. A l'évidence, cela peut être très utile. Quant à savoir si tous les pays adopteront une telle approche, c'est bien entendu une autre question. Nous ne l'avons pas fait en Angleterre. Cependant, quelle que soit l'approche adoptée, il est manifestement essentiel que les juges connaissent bien la médiation. Ils ont besoin de disposer d'informations à ce sujet. Ils ont besoin de participer à des séminaires et, s'ils doivent faire office de médiateurs, ils ont aussi besoin d'une formation. Je pense que nos conclusions devraient refléter ces éléments.

La médiation devrait être, bien entendu, une procédure volontaire. On peut inciter à y recourir notamment en invoquant des raisons de coûts, mais certainement pas en révélant au tribunal chargé de statuer au fond des détails sur le comportement des parties dans le cadre de la médiation. Le déroulement des discussions au cours d'une médiation doit impérativement rester confidentiel. M^{me} la juge Otis a souligné la nécessité d'une stricte séparation des fonctions et des dossiers entre un juge médiateur et tout autre juge chargé ultérieurement du fond de l'affaire. Un juge médiateur ne peut pas statuer au fond si la médiation échoue.

Vous avez sous les yeux quelques conclusions préliminaires qui sont très courtes et générales. J'espère que vous serez d'accord pour en faire le cadre général dans lequel s'inscriront de nouveaux progrès.

CONCLUSIONS

Conclusions

1. La première Conférence Européenne des Juges, tenue les 24 et 25 Novembre 2003 à Strasbourg sur le thème « Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges », a été organisée par le Conseil de l'Europe, sur proposition du Conseil Consultatif de Juges Européens, dans le cadre de la mise en œuvre du Programme cadre d'action global pour les juges en Europe.
2. Les participants se sont félicités de l'initiative de tenir cette Conférence qui a constitué le premier forum paneuropéen pour l'échange d'idées sur le rôle des juges dans le règlement précoce des litiges (RPL).
3. En réunissant des représentants du pouvoir judiciaire des Etats membres et des Etats observateurs, dont chacun a sa propre pratique nationale dans le domaine du règlement précoce des litiges, la Conférence a établi un premier échange de vues de cette envergure sur le cadre législatif et procédural visant l'accroissement du rôle des juges en ce qui concerne les possibilités de favoriser une résolution plus rapide et plus efficace des différends entre les parties.
4. A la suite des rapports des experts, des discussions détaillées ont eu lieu autour des thèmes suivants : procédures visant à éviter les litiges et voies et moyens d'assurer l'effectivité de telles procédures, y compris les mesures provisoires visant la protection des parties durant le litige ; production des intérêts des parties et des preuves, délais, procédures accélérées et sommaires et jugements interlocutoires ; incitations législatives et judiciaires au règlement précoce des litiges ; modes alternatifs de règlement des litiges et gestion des affaires – un système judiciaire proactif et innovateur mais impartial.
5. La Conférence a tenu compte des travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine de la médiation, qui ont abouti à l'adoption par le Comité des Ministres de quatre Recommandations prises en considération par la Conférence : la Recommandation N° R (98)¹ sur la médiation familiale, la Recommandation N° R (99)¹⁹ sur la médiation en matière pénale, la Recommandation N° R (2001) 9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées et la Recommandation N° R (2002)¹⁰ sur la médiation en matière civile.
6. Les participants ont reconnu qu'un système judiciaire efficace constitue la pierre angulaire de l'Etat démocratique moderne mais que les processus de règlement alternatif des litiges nécessitent également d'être développés et encouragés.
7. En conséquence, les juges et les Etats membres ont besoin, non seulement de prendre des mesures afin d'accélérer et de faciliter le règlement des litiges devant les tribunaux pour ce qui est des parties qui ne peuvent pas se mettre d'accord au sujet d'autres modes de règlement, mais aussi de promouvoir de tels autres modes de règlement des litiges tant avant le litige qu'au cours de celui-ci.

8. A cette fin, les juges ont besoin d'étudier les procédures utilisées par les uns et les autres en vue d'introduire des techniques améliorées de gestion des affaires et ils ont également besoin d'informations et (lorsque les juges entreprennent eux-mêmes la médiation) de formation concernant les avantages et les techniques de la médiation.

9. Les participants ont recommandé au Conseil de l'Europe d'entreprendre des travaux en vue de promouvoir le RPL dans les litiges et par la médiation, en particulier par le biais du Conseil Consultatif de Juges Européens (CCJE), de la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ), du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) et du Réseau européen d'échange d'informations entre les responsables et entités chargés de la formation des magistrats (Réseau de Lisbonne).

10. Les participants ont exprimé leurs remerciements à toutes les personnes ayant contribué au succès de la Conférence et ont invité le Conseil de l'Europe à tenir des Conférences européennes des juges à intervalles réguliers de façon à aider les juges dans leur rôle essentiel consistant à soutenir et à mettre en œuvre l'Etat de Droit dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

11. Les participants ont accueilli avec gratitude la proposition faite par la délégation polonaise d'accueillir la prochaine Conférence européenne des juges en mai 2005 en Pologne, lors de sa Présidence au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

LISTE DES PARTICIPANTS

List of participants / Liste des participants

Vlado ADAMOVIĆ, Judge of the Court of Bosnia and Herzegovina, SARAJEVO, BOSNIA AND HERZEGOVINA

Orlando AFONSO, Juge Conseiller à la Cour d'Appel d'EVORA, PORTUGAL

Tatsuya AIZAWA, Consul, Consulate General of JAPAN, STRASBOURG

Tony ALLEN, CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution), LONDON, UNITED KINGDOM

Manuel ALMENAR BELENGUER, Président de la Cour d'Appel de PONTEVEDRA, SPAIN

Tatiana ANDREEVA, Head of Legal Reforms Department of the Russian Federation, MOSCOW, RUSSIAN FEDERATION

Theodore APOSTOLOPOULOS, Judge of the Supreme Court, GREECE

John B. ATTANASIO, Dedman School of Law, Southern Methodist University, DALLAS, UNITED STATES OF AMERICA

Anna AVENBERG, Legal Adviser, Ministry of Justice, Division for Procedural Law and Court Issues, STOCKHOLM, SWEDEN

Francesco BENIGNI, Freshfields Bruckhaus Deringer, ROME, ITALY

Marianne BERG, Senior legal advisor, National Court Administration, NORWAY

Teuri BRUNILA, Chief Judge, District Court of TURKU, FINLAND

Gustav BYGGLIN, Justice, Supreme Court, FINLAND

Joseph D. CAMILLERI, Justice of the Court of Appeal and Constitutional Court, VALLETTA, MALTA

Miguel CARMONA RUANO, Vice-President of MEDEL (Magistrats Européens pour la démocratie et les libertés), President of the *Audiencia Provincial de SEVILLA*, ESPAGNE

Karen CHILINGARYAN, Judge of the Commercial Court of Armenia, YEREVAN, ARMENIA

José Francisco COBO SÁENZ, Magistrado Presidente de la Secc. 2ª, *Audiencia Provincial de Navarra*, PAMPLONA, SPAIN

Tarcisio CORREA DE BRITO, Juge du travail de première instance, Belo Horizonte Minas GERAIS, BRESIL

Børge DAHL, Justice of the Supreme Court, DENMARK

Meryem DEMIR, Conseiller adjoint, Service Public Fédéral Justice, BELGIQUE

Giuseppe DE PALO, ADR Center, ROME, ITALY

Federica DUSMAN, Deputy of the Attorney General, Office of the Attorney General, ZAGREB, CROATIA

Leonid EFREMOV, Head of International Legal Department, Supreme Commercial Court of the RUSSIAN FEDERATION

Craig ENOCH, President, Appellate Judges Education Institute, DALLAS, TEXAS, UNITED STATES OF AMERICA

Ketevan GABELIA, Judge, Supreme Court, GEORGIA

Joaquin GONZALEZ-CASANOVA, Head of the National and International Unity of the Federal Judicature Council, Judiciary of the Mexican Federation, MEXICO

Viktor GORODOVENKO, Head of the Melitopol district court of Zaporizhska, MELITOPOL, Zaporozhe Region, UKRAINE

Raimonds GRAVELSINŠ, Judge of the Supreme Court, LATVIA

Zdravka GREBO, Judge of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina, SARAJEVO, BOSNIA AND HERZEGOVINA

Oleksandr GRINENKO, Chairman of the Obolon district Court of the city of KYIV, UKRAINE

Omer HADŽIOMEROVIC, President of the Managing Board of Judges Association of Serbia, Judge of the District Court of Belgrade, Member of the High Judicial Council, Member of the Council for the reform of the judiciary, BEOGRAD, SERBIA AND MONTENEGRO

Lothar HAGEN, Judge, President of the Criminal Court, VADUZ, LIECHTENSTEIN

Hjördís HÁKONARDÓTTIR, Judge at the District Court of REYKJAVIK, ICELAND

Jean-Marie HENGEN, Juge de Paix Directeur, Justice de Paix, ESCH-SUR-ALZETTE, GRAND DUCHE DU LUXEMBOURG

Johan HIRSCHFELDT, President of Svea Court of Appeal, STOCKHOLM, SWEDEN

Károly HORECZKY, Justice of the Supreme Court, HUNGARY

Sanda HUIDUC, Judge of the Supreme Court, ROMANIA

Djavid HUSSEYNOV, Head of the Judicial Legal Secretariat, Ministry of Justice, BAKOU, AZERBAIJAN

Lyubka ILIEVA, Judge, Vice-President of the Supreme Court of Cassation, BULGARIA

Ulvi ISMAYILOV, Juge de la Cour de la Ville de NAKHITCHEVAN, AZERBAÏDJAN

Naoyuki IWAI, Consul (Attorney), Consulate General of JAPAN, STRASBOURG

Aldrich JEHLICKA, Juge, Cour Suprême, REPUBLIQUE TCHEQUE

Tetsuhiko KAI, Judge of Sapporo District Court, JAPAN

Milan KARABIN, President of the Supreme Court, SLOVAK REPUBLIC

Besa KRAJKU, President of the Municipal Court of PRIZREN, KOSOVO/UNMIK

Marketa KRÁLOVÁ, Juriste, Département de l'intégration européenne, Ministère de la Justice, PRAGUE, REPUBLIQUE TCHEQUE

Nelly KOUTZKOVA, Judge, President of the SOFIA District Court, BULGARIA

Karl LAAS, Analyst, Court Department, Ministry of Justice, TALLINN, ESTONIA

Alain LACABARATS, Président de chambre à la Cour d'Appel de Paris, PARIS, FRANCE (Chairman of the CCJE-GT/Président du CCJE-GT)

Peter P. LAMPE, Président du Tribunal de MAASTRICHT, PAYS-BAS

Iiro LIUKKONEN, Legislative Counsellor, Ministry of Justice, HELSINKI, FINLAND

Uno LÖHMUS, Chief Justice of the Supreme Court, ESTONIA

Lidia LOZOVANU, Head of the Directorate of Private Law, Legislative Department, Ministry of Justice, CHISINAU, MOLDOVA

Vasyl MALIARENKO, President of the Supreme Court, UKRAINE

Sir Jonathan MANCE, Lord Justice of Appeal, Royal Courts of Justice, Strand, LONDON, UNITED KINGDOM (Chairman of the CCJE / Président du CCJE)

Carsten MICHELSEN, Judge, District Court of AALBORG, DENMARK

Vytas MILIUS, Président de la Cour d'Appel de Lituanie, VILNIUS, LITUANIE

Jean A. MIRIMANOFF, Juge au Tribunal de Genève et Président de la Commission de conciliation, GENEVE, SUISSE

Etibar NABIYEV, President, Court City of SUMGAYIT, AZERBAÏDJAN

Gabor NAGY, Juge à la Cour Suprême, HONGRIE

Tamila NASTULLAYEVA, Judge of the NIZAMI district Court, AZERBAIJAN

Giusep NAY, Juge Fédéral, Vice-Président du Tribunal Fédéral, SUISSE

Stelios NATHANAEL, Judge, President of the NICOSIA District Court, CYPRUS

Tatiana NESHATAEVA, Head of International Private Law Department, Supreme Commercial Court, RUSSIAN FEDERATION

Henrik NIELSEN, Directorate General Justice and Home Affairs, Unit A3 : Judicial co-operation in civil matters, EUROPEAN COMMISSION

Etsuyo NISHIYAMA, Special Adviser, Consulate General of JAPAN, STRASBOURG

Lars OFTEDAL BROCH, Justice, Supreme Court of Justice, NORWAY

Louise OTIS, Juge à la Cour d'appel du Québec, MONTREAL (QUEBEC), CANADA

Ignazio PATRONE, President of MEDEL (Magistrats Européens pour la démocratie et les libertés), assistant judge at the Constitutional Court, ITALY

Vida PETROVIC-SKERO, Juge de la Cour Suprême de Serbie, BELGRADE, SERBIE-MONTENEGRO

Irena PIOTROWSKA, Judge, President of the Circuit Court in Katowice, Member of the National Council of Judiciary, KATOWICE, POLAND

Mihai POALELUNGI, Judge, Supreme Court of Justice, MOLDOVA

Boris POLONSKY, Head of the Secretariat, Supreme Commercial Court, RUSSIAN FEDERATION

Gerhard REISSNER, Vice-President of the Austrian Association of Judges, President of the District Court of Floridsdorf, VIENNA, AUSTRIA

Christian REUSCH, Attorney at law, Attorney General, Civil Affairs, OSLO, NORWAY

Eva RUPCOVA, Director of the Foreign Relations and Human Rights Division, Ministry of Justice, BRATISLAVA, SLOVAK REPUBLIC

Raffaele SABATO, Juge, Tribunal de NAPLES, ITALIE

Oleksandr SHAPULA, Supreme Court, UKRAINE

Srdan ŠIMAC, Judge at the Commercial Court in SPLIT, CROATIA

Jayne SINGER, CEDR (Centre for Effective Dispute Resolution), LONDON, UNITED KINGDOM

Ates Hasen SÖZEN, Juge, Directeur Général Adjoint du Droit International et des Relations Extérieures, Ministère de la Justice, ANKARA, TURQUIE

Greta SUETENS-BOURGEOIS, Conseillère à la Cour de Cassation, BELGIQUE

Németh SZABOLIS, Ministry of Justice, BUDAPEST, HUNGARY

Tanja TEMELKOSKA-MILENKOVIC, Executive director, Center for Continuing Education, SKOPJE, “THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA”

Will TONKENS-GERKEMA, President of the Netherlands Association for the Judiciary, Vice-President of the District Court of AMSTERDAM, NETHERLANDS

Vladimir TOUMANOV, Chef du Conseil de la Réforme judiciaire auprès du Président de la Fédération de Russie, Cour Constitutionnelle, FEDERATION DE RUSSIE

Maja TRATNIK, President of the European Association of Judges, Vice-president of the International Association of Judges, Senior High Court Judge, Court of Appeal, LJUBLJANA, SLOVENIA

Mariam TSIKADZE, Judge, Supreme Court, GEORGIA

Hiroyuki UEHARA, Judge of Matsuyama District Court, JAPAN

Robert WALTR, Judge, City Court in PRAGUE, CZECH REPUBLIC

Lars WENNERSTRÖM, Justice of the Supreme Administrative Court, STOCKHOLM, SWEDEN

Heinz WIETRZYK, President of the Superior Court of Appeal of GRAZ, AUSTRIA

Jean-Claude WIWINIUS, Premier Conseiller à la Cour d'Appel, Cour Supérieure de Justice, GRAND DUCHE DU LUXEMBOURG

Veniamin YAKOVLEV, President of the Supreme Economic Court, RUSSIAN FEDERATION

Michael YUKOV, First Deputy Chairman, Supreme Commercial Court, RUSSIAN FEDERATION

Perikli ZAHARIA, Judge of the Supreme Court, ALBANIA

Aleš ZALAR, Judge, President of the LJUBLJANA District Court, SLOVENIA

Robert ZEGADLO, Judge, Secretary to the Codification Commission for Civil Law, Ministry of Justice, WARSAW, POLAND

Secretariat/Secrétariat :

Directorate General I - Legal Affairs, Council of Europe /
Direction Générale I - Affaires Juridiques, Conseil de l'Europe

Guy DE VEL, Director General of Legal Affairs / Directeur Général des Affaires Juridiques

Margaret KILLERBY, Head of the Legal Advice Department and Treaty Office / Chef du Service du Conseil juridique et Bureau des Traités

Alexey KOJEMIAKOV, Head of Private Law Department / Chef de Service du droit privé

Danuta WISNIEWSKA-CAZALS, Administrative Officer, **Secretary of the CCJE**, / Administratrice, **Secrétaire du CCJE**

Jean CLAUS, Administrative Officer, Private Law Department, / Administrateur, Service du droit privé

Lucy ANCELIN, **Secretary of the Conference**, Private Law Department, / **Secrétaire de la Conférence**, Service du droit privé

Marie-Luce DAVIES, Assistant, Private Law Department, / Assistante, Service du droit privé

Severina SPASSOVA, Trainee / Stagiaire

Céline SCHWENK, Trainee / Stagiaire

INTERPRETES/INTERPRETERS

Mle Rebecca EDGINGTON

Mr Christopher TYCZKA

Mme Pascale MICHLIN

Mme Bettina LUDEWIG-QUAINE

Mr Youri BOBROV

Mr Vladislav GLASUNOV

ANNEXE

Recommandations du Conseil de l'Europe concernant la médiation

Recommandation n° R (98)1
du Comité des Ministres aux Etats membres
sur la médiation familiale

*(adoptée par le Comité des Ministres le 21 janvier 1998,
lors de la 616^e réunion des Délégués des Ministres)*

1. Le Comité des Ministres, vu l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,
2. Reconnaissant le nombre croissant de litiges familiaux, particulièrement ceux qui résultent d'une séparation ou d'un divorce, et notant les conséquences préjudiciables des conflits pour les familles et le coût social et économique élevé pour les Etats;
3. Considérant le besoin d'assurer la protection des intérêts supérieurs de l'enfant et de son bien-être, telle que consacrée dans les instruments internationaux, compte tenu, notamment, des problèmes qu'entraîne en matière de garde et de droit de visite une séparation ou un divorce;
4. Tenant compte du développement de voies de règlement amiable des litiges et de la reconnaissance de la nécessité qu'il y a à réduire les conflits dans l'intérêt de tous les membres de la famille;
5. Reconnaissant les caractéristiques spécifiques des litiges familiaux, à savoir:
 - le fait que les litiges familiaux impliquent des personnes qui, par définition, sont amenées à avoir des relations interdépendantes et qui vont se poursuivre dans le temps;
 - le fait que les litiges familiaux surgissent dans un contexte émotionnel pénible qui exacerbe ceux-ci;
 - le fait que la séparation et le divorce ont des impacts sur tous les membres de la famille, spécialement sur les enfants;
6. Se référant à la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, et en particulier à l'article 13 de cette Convention qui traite de la mise à disposition de la médiation ou d'autres méthodes de résolution des conflits concernant les enfants;
7. Tenant compte des résultats de la recherche en ce qui concerne l'usage de la médiation et des expériences menées dans ce domaine dans plusieurs pays, qui montrent que le recours à la médiation familiale peut le cas échéant:
 - améliorer la communication entre les membres de la famille;
 - réduire les conflits entre les parties au litige;

- donner lieu à des règlements amiables;
- assurer le maintien de relations personnelles entre les parents et les enfants;
- réduire les coûts économiques et sociaux de la séparation et du divorce pour les parties elles-mêmes et les Etats;
- réduire le temps autrement nécessaire pour le règlement des conflits;

8. Soulignant l'internationalisation croissante des relations familiales et les problèmes tout à fait spécifiques associés à ce phénomène;

9. Conscient du fait qu'un certain nombre d'Etats envisagent de mettre en place la médiation familiale;

10. Convaincu de la nécessité de recourir davantage à la médiation familiale, processus dans lequel un tiers, le médiateur, impartial et neutre, assiste les parties elles-mêmes dans la négociation sur les questions qui font l'objet du litige, en vue de l'obtention d'accords communs,

11. Recommande aux gouvernements des Etats membres:

- i. d'instituer ou de promouvoir la médiation familiale ou, le cas échéant, de renforcer la médiation familiale existante;
- ii. de prendre ou de renforcer toute mesure qu'ils jugent nécessaire en vue d'assurer la mise en œuvre des principes suivants pour la promotion et l'utilisation de la médiation familiale en tant que moyen approprié de résolution des litiges familiaux.

PRINCIPES SUR LA MÉDIATION FAMILIALE

I. Champ d'application de la médiation

a. La médiation familiale traite de l'ensemble des litiges qui peuvent survenir entre les membres d'une même famille, qu'ils soient liés par le sang ou le mariage, et entre les personnes qui ont ou ont eu des relations familiales, telles que définies par la législation nationale.

b. Toutefois, les Etats sont libres de déterminer quelles sont les questions ou les cas couverts par la médiation familiale.

II. Organisation de la médiation

a. La médiation ne devrait en principe pas être obligatoire.

b. Les Etats sont libres d'organiser et de mettre en place la médiation de la manière qu'ils estiment appropriée, que ce soit par le biais du secteur public ou du secteur privé.

c. Sans préjudice de la manière dont la médiation est organisée et mise en place, les Etats devraient veiller à ce qu'il y ait des mécanismes appropriés assurant l'existence:

- de procédures pour la sélection, la formation et la qualification des médiateurs;
- de normes de bonne pratique devant être élaborées et suivies par les médiateurs.

III. Processus de médiation

Les Etats devraient veiller à l'existence de mécanismes appropriés afin que le processus de médiation se déroule conformément aux principes suivants:

- i. le médiateur est impartial dans ses rapports avec les parties;
- ii. le médiateur est neutre quant à l'issue du processus de médiation;
- iii. le médiateur respecte les points de vue des parties et préserve leur égalité dans la négociation;
- iv. le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties;
- v. les conditions dans lesquelles se déroule la médiation familiale devraient garantir le respect de la vie privée;
- vi. les discussions qui ont lieu durant la médiation sont confidentielles et ne peuvent pas être ultérieurement utilisées, sauf avec l'accord des parties ou dans les cas permis par le droit national;
- vii. le médiateur devrait, dans les cas appropriés, informer les parties de la possibilité qu'elles ont de recourir au conseil conjugal ou à d'autres formes de conseil en tant que modes de règlement des problèmes conjugaux ou familiaux;
- viii. le médiateur devrait avoir plus particulièrement à l'esprit le bien-être et l'intérêt supérieur de l'enfant, devrait encourager les parents à se concentrer sur les besoins de l'enfant et devrait rappeler aux parents leur responsabilité primordiale s'agissant du bien-être de leurs enfants et la nécessité qu'ils ont d'informer et de consulter ceux-ci;
- ix. le médiateur devrait porter une attention particulière à la question de savoir si des violences entre les parties ont eu lieu ou sont susceptibles de se produire dans le futur et aux effets que celles-ci pourraient avoir sur la situation des parties dans la négociation, & examiner si, dans ces circonstances, le processus de médiation est approprié;
- x. le médiateur peut donner des informations juridiques, mais ne devrait pas dispenser de conseil juridique. Il devrait, dans les cas appropriés, informer les parties de la possibilité qu'elles ont de consulter un avocat ou tout autre professionnel compétent.

IV. Le statut des accords de médiation

Les Etats devraient faciliter l'approbation des accords de médiation par l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente lorsque les parties le demandent et fournir des mécanismes d'exécution de ces accords conformément à la législation nationale.

V. Relation entre la médiation et les procédures devant l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente

a. Les Etats devraient reconnaître l'autonomie de la médiation et la possibilité pour celle-ci d'avoir lieu avant, pendant ou après une procédure judiciaire.

b. Les Etats devraient établir des mécanismes en vue :

i. de permettre l'interruption de la procédure judiciaire pendante afin d'instaurer la médiation;

ii. d'assurer que dans ce cas l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente conserve le pouvoir de prendre des décisions urgentes relatives à la protection des parties ou de leurs enfants, ou de leur patrimoine;

iii. d'informer l'autorité judiciaire ou une autre autorité compétente de ce que les parties poursuivent ou non la médiation et de ce qu'elles sont ou non parvenues à un accord.

VI. Promotion de et accès à la médiation

a. Les Etats devraient promouvoir le développement de la médiation familiale, notamment par le biais de programmes d'information dispensés au public pour permettre une meilleure compréhension de ce mode de règlement amiable des litiges familiaux.

b. Les Etats sont libres d'établir des méthodes dans des cas particuliers pour fournir des informations pertinentes sur la médiation en tant que mode alternatif de règlement des litiges familiaux (par exemple en établissant l'obligation pour les parties de rencontrer un médiateur), en permettant ainsi aux parties d'examiner s'il est possible et approprié pour elles d'instaurer une médiation sur les questions faisant l'objet du litige.

c. Les Etats devraient également s'efforcer de prendre les mesures nécessaires pour permettre aux parties l'accès à la médiation familiale, y compris à la médiation internationale, afin de contribuer au développement de ce mode de règlement amiable des litiges familiaux.

VII. Autres modes de règlement des litiges

Les Etats peuvent examiner l'opportunité d'appliquer de façon appropriée aux autres modes de règlement des litiges les principes relatifs à la médiation tels que consacrés dans la présente Recommandation.

VIII. Questions internationales

a. Les Etats devraient, lorsque cela est approprié, envisager l'opportunité de mettre en place des mécanismes de médiation dans des cas présentant un élément d'extranéité, notamment pour toutes les questions concernant les enfants, et en particulier celles relatives à la garde et au droit de visite lorsque les parents vivent ou comptent vivre dans des Etats différents.

b. La médiation internationale devrait être considérée comme un processus approprié de nature à permettre aux parents d'organiser ou de réorganiser la garde et le droit de visite, ou de régler des différends consécutifs à des décisions visant ces questions. Cependant, dans le cas d'un déplacement sans droit ou de la rétention de l'enfant, la médiation internationale ne devrait pas être utilisée si elle risque de retarder le retour rapide de l'enfant.

c. Tous les principes susvisés sont applicables à la médiation internationale.

d. Les Etats devraient, dans toute la mesure du possible, promouvoir la coopération entre les services de médiation familiale existants afin de faciliter l'utilisation de la médiation internationale.

e. Compte tenu des spécificités de la médiation internationale, les médiateurs internationaux devraient être tenus de suivre une formation complémentaire spécifique.

Recommandation n° R (99) 19
du Comité des Ministres aux Etats membres
sur la médiation en matière pénale

*(adoptée par le Comité des Ministres le 15 septembre 1999,
lors de la 679e réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, en application de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Notant que les Etats membres tendent de plus en plus à recourir à la médiation en matière pénale, une option souple, axée sur le règlement du problème et l'implication des parties, en complément ou en tant qu'alternative à la procédure pénale traditionnelle ;

Considérant la nécessité de permettre une participation personnelle active à la procédure pénale de la victime, du délinquant et de tous ceux qui sont concernés en tant que parties, ainsi que d'y impliquer la communauté ;

Reconnaissant l'intérêt légitime des victimes à faire entendre davantage leur voix s'agissant des conséquences de leur victimisation, à communiquer avec le délinquant et à obtenir des excuses et une réparation ;

Considérant qu'il importe de renforcer chez les délinquants le sens de leurs responsabilités et leur offrir des occasions concrètes de s'amender ce qui facilitera réinsertion et réhabilitation ;

Reconnaissant que la médiation peut faire prendre conscience du rôle important de l'individu et de la communauté dans l'origine et le traitement des délits et la solution des conflits qui y sont associés, et contribuer ainsi à ce que la justice pénale ait des résultats plus constructifs et moins répressifs ;

Reconnaissant que la médiation exige des qualifications particulières et demande des codes de pratique et une formation agréée ;

Considérant l'importante contribution potentielle des organismes non-gouvernementaux et des communautés locales à la médiation en matière pénale et la nécessité de conjuguer les efforts des initiatives publiques et privées ;

Eu égard aux exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Ayant à l'esprit la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants ainsi que les Recommandations N° R (85) 11 sur la position de la victime dans le cadre du droit pénal et de la procédure pénale, N° R (87) 18 concernant la simplification de la justice pénale, N° R (87) 21 sur l'assistance aux victimes et à la prévention de la victimisation, N° R (87) 20 sur les réactions sociales à la délinquance juvénile, N° R (88) 6 sur les

réactions sociales au comportement délinquant des jeunes issus de familles migrantes, n° R (92) 16 relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté, n° R (95) 12 sur la gestion de la justice pénale et n° R (98) 1 sur la médiation familiale ;

Recommande aux gouvernements des Etats membres de prendre en considération les principes énoncés dans l'annexe à la présente Recommandation, lorsqu'ils développent la médiation en matière pénale, et de donner à ce texte la plus large diffusion possible.

Annexe à la Recommandation n° R (99) 19

I. Définition

Les présentes lignes directrices s'appliquent à tout processus permettant à la victime et au délinquant de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant du délit, avec l'aide d'un tiers indépendant (médiateur).

II. Principes généraux

1. La médiation en matière pénale ne devrait intervenir que si les parties y consentent librement. Ces dernières devraient, en outre, être en mesure de revenir sur ce consentement à tout moment au cours de la médiation.
2. Les discussions relevant de la médiation sont confidentielles et ne peuvent être utilisées ultérieurement, sauf avec l'accord des parties.
3. La médiation en matière pénale devrait être un service généralement disponible.
4. La médiation en matière pénale devrait être possible à toutes les phases de la procédure de justice pénale.
5. Les services de médiation devraient bénéficier d'une autonomie suffisante dans le cadre du système de justice pénale.

III. Fondement juridique

6. La législation devrait faciliter la médiation en matière pénale.
7. Il y aurait lieu d'établir des lignes directrices définissant le recours à la médiation en matière pénale. Elles devraient porter notamment sur les conditions du renvoi d'affaires aux services de médiation et sur le traitement des affaires après la médiation.
8. La procédure de médiation devrait être assortie de garanties fondamentales : en particulier, les parties devraient avoir le droit à l'aide judiciaire et, le cas échéant, à un

service de traduction/interprétation. Les mineurs devraient, de plus, avoir le droit à l'assistance parentale.

IV. Le fonctionnement de la justice pénale en liaison avec la médiation

9. La décision de renvoyer une affaire pénale aux services de médiation, ainsi que l'évaluation de l'issue d'une procédure de médiation, devraient être du ressort exclusif des autorités judiciaires.

10. Avant d'accepter la médiation, les parties devraient être pleinement informées de leurs droits, de la nature du processus de médiation et des conséquences possibles de leur décision.

11. Ni la victime ni le délinquant ne devraient être incités par des moyens indus à accepter la médiation.

12. La réglementation spéciale et les garanties juridiques régissant la participation des mineurs à la procédure pénale devraient également concerner leur participation à la médiation en matière pénale.

13. La médiation ne devrait pas être poursuivie si une des parties principales n'est pas capable de comprendre le sens de la procédure.

14. Le point de départ de la médiation devrait être en principe la reconnaissance par les deux parties des faits principaux de l'affaire. La participation à la médiation ne doit pas être utilisée comme preuve d'admission de culpabilité dans des procédures judiciaires ultérieures.

15. Les disparités évidentes concernant certains facteurs comme l'âge, la maturité ou la capacité intellectuelle des parties devraient être prises en considération avant de décider de recourir à la médiation.

16. La décision de traiter une affaire pénale dans le cadre d'une procédure de médiation devrait être assortie d'un délai raisonnable pendant lequel les autorités judiciaires seraient informées de l'état de la procédure de médiation.

17. Les décharges données en fonction des accords de médiation devraient avoir le même statut que les décisions judiciaires et devraient interdire les poursuites pour les mêmes faits (*ne bis in idem*).

18. Lorsqu'une affaire est renvoyée aux autorités judiciaires sans qu'un accord soit intervenu entre les parties ou si l'on n'est pas parvenu à mettre en œuvre l'accord, la décision sur la démarche à adopter ensuite devrait être prise sans délai.

V. Le fonctionnement des services de médiation

V.1. Normes

19. Les services de médiation devraient être régis par des normes reconnues.
20. Les services de médiation devraient bénéficier d'une autonomie suffisante pour remplir leurs fonctions. Des normes de compétence et des règles éthiques ainsi que des procédures de sélection et de formation et d'appréciation des médiateurs devraient être développées.
21. Les services de médiation devraient être placés sous la surveillance d'un organe compétent.

V.2. Qualification et formation des médiateurs

22. Les médiateurs devraient être recrutés dans toutes les catégories de la société, et posséder en général une bonne compréhension des cultures et communautés locales.
23. Les médiateurs devraient être capables de faire preuve d'un jugement sain et des qualités relationnelles nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.
24. Les médiateurs devraient recevoir une formation initiale avant de prendre leurs fonctions puis une formation en cours d'emploi. Leur formation devrait tendre à leur assurer un niveau de compétence élevé, tenant compte des aptitudes à régler les conflits, des exigences spécifiques qu'implique le travail avec les victimes et les délinquants et des connaissances de base du système judiciaire.

V.3 Traitement des affaires individuelles

25. Avant de commencer à s'occuper d'une affaire, le médiateur devrait être informé de tous les faits pertinents et recevoir des autorités judiciaires compétentes tous les documents nécessaires.
26. La médiation devrait se dérouler de manière impartiale, d'après les faits de la cause et en fonction des besoins et des souhaits des parties. Le médiateur devrait toujours respecter la dignité des parties et veiller à ce que les parties agissent avec respect l'une envers l'autre.
27. Le médiateur a la charge d'assurer un environnement sûr et confortable pour la médiation. Le médiateur devrait être sensible à la vulnérabilité des parties.
28. La médiation devrait être menée aussi efficacement, mais à un rythme gérable pour les parties.
29. La médiation devrait se faire à huis clos.
30. Nonobstant le principe de confidentialité, le médiateur devrait signaler aux autorités appropriées ou aux personnes concernées toute information concernant

l'imminence d'une infraction grave, dont il pourrait avoir connaissance au cours de la médiation.

V.4 Résultat de la médiation

31. Des accords devraient être conclus volontairement par les parties. Ils ne devraient contenir que des obligations raisonnables et proportionnées.

32. Le médiateur devrait faire rapport aux autorités judiciaires sur les mesures prises et sur le résultat de la médiation. Le rapport du médiateur ne devrait pas révéler la teneur des séances de médiation, ni exprimer de jugement sur le comportement des parties à cette occasion.

VI. Evolution de la médiation

33. Des consultations régulières devraient se tenir entre les autorités judiciaires et les services de médiation pour développer la compréhension mutuelle.

34. Les gouvernements des Etats membres devraient promouvoir la recherche sur la médiation en matière pénale et l'évaluation de cette dernière.

Recommandation Rec(2001)9
du Comité des Ministres aux Etats membres
sur les modes alternatifs de règlement des litiges
entre les autorités administratives et les personnes privées

*(adoptée par le Comité des Ministres
le 5 septembre 2001,
lors de la 762^e réunion des Délégués des Ministres)*

1. Le Comité des Ministres, conformément à l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,
2. Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres;
3. Rappelant sa Recommandation n° R (81) 7 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice, qui appelle dans son annexe à prendre des mesures pour faciliter le recours à la conciliation ou à la médiation;
4. Rappelant également sa Recommandation n° R (86) 12 relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux, qui appelle à encourager, dans les cas appropriés, le règlement amiable des différends, soit en dehors de l'ordre juridictionnel, soit avant ou pendant la procédure juridictionnelle;
5. Considérant, d'une part, que le grand nombre d'affaires portées devant les tribunaux compétents en matière administrative et, dans certains pays, son accroissement constant peuvent porter atteinte au droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6.1, de la Convention européenne des Droits de l'Homme;
6. Considérant, d'autre part, que les procédures juridictionnelles peuvent ne pas toujours être les plus appropriées en pratique à la solution des différends d'ordre administratif;
7. Considérant que la généralisation du recours à d'autres modes de règlement des différends administratifs peut permettre de remédier à ces inconvénients et de rapprocher l'administration du public;
8. Considérant que les principaux avantages des modes alternatifs de règlement des différends administratifs peuvent être, éventuellement et selon les cas, des procédures simplifiées et assouplies avec une plus grande célérité et un moindre coût, le règlement à l'amiable, le règlement par des spécialistes, le recours à l'équité et non pas seulement à la légalité stricte, et une plus grande discrétion;
9. Considérant donc que dans le cas s'y prêtant, il doit être possible de résoudre les litiges administratifs par des moyens autres que le recours aux tribunaux;

10. Considérant que le recours aux modes alternatifs ne doit pas être un moyen pour l'administration et les personnes privées de contourner leurs obligations et le principe de légalité;
11. Considérant que, dans tous les cas, les modes alternatifs doivent laisser possible un contrôle par les tribunaux, qui constitue la garantie ultime des droits des administrés et de l'administration;
12. Considérant que les modes alternatifs doivent se conformer aux principes d'égalité, d'impartialité et respecter les droits des parties ;
13. Recommande aux gouvernements des Etats membres de promouvoir le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées en se laissant guider, dans leur législation et leur pratique, par les principes de bonne pratique annexés à la présente recommandation.

Annexe à la Recommandation Rec(2001)9

I. Dispositions générales

1. Objet de la recommandation

- i. Cette recommandation porte sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées ;
- ii. Cette recommandation traite des modes alternatifs suivants : le recours à l'administration, la conciliation, la médiation, la transaction et l'arbitrage ;
- iii. Bien que la recommandation traite du règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, certains des modes qu'elle envisage peuvent servir également à les prévenir avant qu'ils n'apparaissent; c'est le cas notamment de la conciliation, de la médiation et de la transaction.

2. Champ d'application des modes alternatifs

- i. Les modes alternatifs devraient être admis à titre général ou pour certains types de litiges s'y prêtant concernant l'activité administrative, notamment ceux liés aux actes administratifs individuels, aux contrats, à la responsabilité civile et, de façon générale, les litiges ayant pour objet une somme d'argent ;
- ii. Le choix de modes alternatifs appropriés dépendra du différend en question.

3. Réglementation des modes alternatifs

- i. La réglementation des modes alternatifs devrait soit les institutionnaliser, soit permettre leur adoption, au cas par cas, selon la décision des parties ;

- ii. La réglementation des modes alternatifs devrait:
 - a. assurer aux parties l'information nécessaire sur la possibilité d'avoir recours aux modes alternatifs;
 - b. assurer l'indépendance et l'impartialité des conciliateurs, des médiateurs et des arbitres;
 - c. garantir une procédure équitable permettant notamment de respecter les droits des parties et le principe d'égalité;
 - d. garantir, dans la mesure du possible, la transparence dans l'utilisation des modes alternatifs et l'observation d'une certaine discrétion;
 - e. assurer l'exécution des solutions acquises à travers les modes alternatifs.
- iii. La réglementation devrait prévoir une durée raisonnable pour l'aboutissement des procédures alternatives par l'introduction de délais ou par d'autres moyens.
- iv. La réglementation peut prévoir que l'utilisation de certains modes alternatifs aboutisse dans certains cas à la suspension de l'exécution d'un acte, soit automatiquement, soit par décision de l'autorité compétente.

II. Rapports avec les tribunaux

- i. Certains modes alternatifs, tels que le recours à l'administration, la conciliation, la médiation et la recherche d'une transaction, peuvent intervenir préalablement au recours aux tribunaux. Le recours à ces modes peut être obligatoire et constituer un préalable à la saisine des tribunaux ;
- ii. Certains modes alternatifs, tels que la conciliation, la médiation et la transaction peuvent être utilisés au cours de la procédure devant les tribunaux, éventuellement sur recommandation du juge ;
- iii. Le recours à l'arbitrage doit exclure en principe le recours aux tribunaux ;
- iv. Dans tous les cas, le recours aux modes alternatifs doit laisser possible le contrôle approprié par les tribunaux, qui constitue la garantie ultime des droits des administrés et de l'administration. ;
- v. Le contrôle par les tribunaux dépendra du mode alternatif choisi. Les modalités et l'étendue de ce contrôle pourront porter, selon les cas, sur la procédure, notamment le respect des principes énoncés à la section I.3. ii. *a, b, c et d*, et/ou sur le fond ;
- vi. En principe et sous réserve de la législation applicable, le recours à un mode alternatif devrait avoir pour effet de suspendre ou d'interrompre les délais de recours aux tribunaux.

III. Dispositions spécifiques à chaque mode alternatif

1. *Recours à l'administration*

- i. En principe, les recours à l'administration doivent être possibles au sujet de tout acte. Ils peuvent porter sur l'opportunité et/ou la légalité d'un acte ;
- ii. Les recours à l'administration peuvent, dans certains cas, être obligatoires, en tant que préalables au recours aux tribunaux ;
- iii. Les recours à l'administration doivent faire l'objet d'un examen et aboutir à une décision par les autorités compétentes.

2. *Conciliation et médiation*

- i. La conciliation et la médiation peuvent être engagées à l'initiative des parties ou du juge ou être obligatoirement imposées par la loi ;
- ii. Les conciliateurs et les médiateurs devraient organiser des réunions séparées avec chaque partie ou simultanées afin d'aboutir à une solution ;
- iii. Le conciliateur et le médiateur peuvent inviter l'autorité administrative à abroger, retirer ou modifier un acte, pour des raisons d'opportunité ou de légalité.

3. *Transaction*

- i. Sauf disposition contraire de la loi, l'administration ne pourra pas, par une transaction, méconnaître une obligation lui incombant.
- ii. Conformément à la loi, les agents publics qui interviennent dans une procédure visant à une transaction doivent être munis de pouvoirs suffisants pour transiger.

4. *Arbitrage*

- i. Les parties devraient pouvoir choisir le droit et la procédure applicables dans les limites légales. Conformément à la loi et au choix des parties, la décision des arbitres pourra être fondée sur l'équité ;
- ii. Même si les arbitres ne sont pas autorisés à apprécier, à titre principal, la légalité d'un acte en vue de son annulation, ils devraient pouvoir le faire à titre préalable en vue de rendre leur décision au fond.

Recommandation Rec (2002)10
du Comité des Ministres aux Etats membres
sur la médiation en matière civile

*(adoptée par le Comité des Ministres le 18 septembre 2002
lors de la 808 réunion des Délégués des Ministres)*

Le Comité des Ministres, conformément aux dispositions de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,

Se félicitant du développement des modes de résolution des litiges alternatifs à des décisions judiciaires et convenant de l'opportunité de règles établissant des garanties lors de l'utilisation de tels modes;

Soulignant la nécessité de s'attacher en permanence à l'amélioration des méthodes de résolution des litiges tout en tenant compte des besoins propres à chaque juridiction ;

Convaincu de l'intérêt de définir des règles particulières de médiation, processus où un "médiateur" aide les parties à négocier sur les questions en litige et à parvenir à un accord qui leur est propre ;

Reconnaissant les avantages, dans des cas appropriés, de la médiation dans les litiges de droit civil ;

Conscient de la nécessité d'organiser la médiation dans d'autres branches du droit ;

Ayant à l'esprit la Recommandation N° R(98)1 sur la médiation familiale, la Recommandation N° R(99)19 sur la médiation en matière pénale et la Recommandation Rec(2001)9 sur les modes alternatifs de règlements des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées, ainsi que les résultats des autres activités et recherches menées par le Conseil de l'Europe et au plan national ;

Eu égard plus particulièrement à la Résolution N° 1 sur l'administration de la justice au 21e siècle, adoptée par les Ministres européens de la Justice à leur 23e Conférence les 8-9 juin 2000 à Londres, et en particulier, à l'invitation adressée par les Ministres européens de la Justice au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de rédiger, en collaboration avec l'Union européenne, un programme de travail destiné à encourager le recours, le cas échéant, aux procédures de résolution extrajudiciaire des litiges ;

Conscients du rôle important des tribunaux pour favoriser la médiation ;

Notant que, bien que la médiation puisse contribuer à réduire le nombre de litiges et la charge de travail des tribunaux, elle ne peut remplacer un bon système judiciaire juste, efficace et facilement accessible ;

- A. Recommande aux gouvernements des Etats membres :
- i. de faciliter, chaque fois que nécessaire, la médiation en matière civile ;
 - ii. de prendre et de renforcer, selon le cas, toutes les mesures qu'ils considèrent comme nécessaires à la mise en œuvre progressive des "Principes directeurs concernant la médiation en matière civile" exposés ci-après.

I. Définition de la médiation

1. Aux fins de la présente Recommandation, "médiation" désigne un processus par lequel les parties négocient les questions litigieuses afin de parvenir à un accord avec l'assistance de un ou plusieurs médiateurs.

II. Champ d'application

2. La présente Recommandation s'applique à la médiation en matière civile. Aux fins de la présente Recommandation, l'expression «en matière civile » signifie toute matière impliquant des droits et obligations de caractère civil, y compris ceux qui relèvent du droit commercial, du droit de la consommation et du droit du travail, mais exclut les matières de nature administrative ou pénale. Elle ne porte pas préjudice aux dispositions de la Recommandation n° R(98)¹ sur la médiation familiale.

III. Organisation de la médiation

3. Les Etats sont libres de créer et d'organiser la médiation en matière civile de la manière la plus appropriée, que ce soit par le biais du secteur public ou privé.
4. La médiation peut avoir lieu dans le cadre de la procédure judiciaire ou en dehors de celle-ci.
5. Même si les parties utilisent la médiation, l'accès au tribunal devrait être disponible car il constitue la garantie ultime de protection des droits des parties.
6. En organisant la médiation, les Etats devraient rechercher un équilibre entre les besoins et les effets des délais pour agir en justice et la promotion de procédures de médiation rapides et facilement accessibles.
7. En organisant la médiation, les Etats devraient veiller à éviter (i) les retards inutiles et (ii) le recours à la médiation à des fins dilatoires.
8. La médiation peut être particulièrement utile lorsque la procédure judiciaire ne convient pas à elle seule pour les parties, notamment en raison de son coût et de sa nature formelle ou de la nécessité de maintenir le dialogue ou des relations entre les parties.
9. Les Etats devraient prendre en compte l'opportunité de créer et de proposer la médiation dont les frais seraient pris totalement ou partiellement en charge ou de prévoir l'aide judiciaire pour la médiation, notamment si les intérêts de l'une des parties demandent une protection particulière.

10. Lorsque la médiation entraîne des frais, ces derniers devraient être raisonnables et en rapport avec l'importance de la question en jeu et prendre en compte la quantité de travail fournie par le médiateur.

IV. Processus de médiation

11. Les Etats devraient décider si et en quelle mesure les clauses relatives à la médiation peuvent restreindre le droit des parties d'agir en justice.

12. Le médiateur devrait agir de manière impartiale et indépendante et veiller au respect de l'égalité des armes pendant le processus de médiation. Le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties.

13. Les informations relatives au processus de médiation sont confidentielles et ne peuvent être ultérieurement utilisées, sauf avec l'accord des parties ou dans les cas permis par le droit national.

14. Le processus de médiation devrait laisser suffisamment de temps aux parties pour examiner les questions soulevées et pour rechercher une solution éventuelle au litige.

V. Formation et responsabilités des médiateurs

15. Les Etats devraient envisager de prendre des mesures pour promouvoir l'adoption de normes appropriées pour la sélection, la responsabilité, la formation et la qualification des médiateurs, y compris les médiateurs traitant de questions internationales.

VI. Accords issus de la médiation

16. Un document écrit devrait d'ordinaire être rédigé à la fin de chaque processus de médiation pour définir l'objet, l'étendue et l'issue de l'accord. Les parties devraient pouvoir bénéficier d'un délai de réflexion limité et agréé entre les parties entre le moment où il est rédigé et la date où il est signé.

17. Les médiateurs devraient informer les parties de l'effet des accords issus de la médiation et des démarches à faire si l'une ou les deux parties souhaitent exécuter leurs accords. De tels accords ne devraient pas aller à l'encontre de l'ordre public.

VII. Information sur la médiation

18. Les Etats devraient fournir au public et aux personnes impliquées dans des litiges civiles une information générale sur la médiation.

19. Les Etats devraient rassembler et distribuer des informations détaillées sur la médiation en matière civile, qui comprennent entre autres les coûts et l'efficacité de la médiation.

20. Des mesures devraient être prises conformément aux pratiques et au droit nationaux pour créer un réseau de centres régionaux et/ou locaux, où les particuliers

puissent obtenir un avis impartial et des renseignements sur la médiation, même par téléphone, par lettre ou par courrier électronique.

21. Les Etats devraient fournir une information sur la médiation en matière civile aux professionnels impliqués dans le fonctionnement de la justice.

VIII. Aspects internationaux

22. Les Etats devraient encourager la création de dispositifs permettant de promouvoir l'utilisation de la médiation pour résoudre des questions comportant un élément international.

23. Les Etats devraient promouvoir la collaboration entre les services intéressés par la médiation en matière civile afin de faciliter le recours à la médiation internationale.

B. Charge le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe de transmettre la présente Recommandation aux autorités compétentes de l'Union européenne afin :

- de promouvoir la coopération entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne dans le cadre de toute suite donnée à la présente Recommandation et, notamment, de diffuser par le biais d'un site Web des renseignements sur les lois et procédures des Etats dans les domaines cités par la présente recommandation ; et

- d'encourager l'Union européenne, lorsqu'elle élabore des règles au niveau de la Communauté européenne, à rédiger des dispositions destinées à compléter ou à renforcer les dispositions de la présente Recommandation ou à faciliter l'application des principes qu'elle consacre.