

27 juin 2018

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

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

### **Guide du renvoi judiciaire à la médiation**

Le tribunal communique souvent aux parties des informations sur la médiation par écrit, en joignant un formulaire à la lettre d'invitation qui leur est adressée. Les expériences tirées des dispositifs de médiation conduite ou renvoyée par le tribunal dans les États membres montrent toutefois qu'un facteur clé de la réussite de ces dispositifs est l'encouragement apporté par le juge.

Les juges et le personnel non-judiciaire du tribunal doivent évaluer la possibilité d'une médiation dans l'affaire dont ils sont saisis en examinant le dossier avec attention, dès la phase préparatoire. De plus, la grande majorité des parties à un litige, et de nombreux professionnels du droit – même s'ils connaissent le terme « médiation » – ne sont probablement guère au fait des possibilités qu'elle offre en matière de règlement des litiges. Il existe donc clairement un besoin d'informations pertinentes sur la médiation – à la fois sur son essence même et sur son potentiel pour la résolution de certaines affaires. Ces informations devraient, dès que possible, être mises à la disposition des parties elles-mêmes. Le juge devrait être en mesure de :

- décider si l'affaire se prête à la médiation,
- répondre aux questions des parties sur le processus,
- évoquer les avantages qu'il pourrait apporter aux parties au litige,
- réfuter toute objection à la médiation formulée par les parties ou leurs avocats.

Les responsables politiques et les présidents de cour devraient établir des incitations pour que les juges renvoient les affaires en médiation ; par exemple, l'évaluation des juges ne devrait pas être révisée à la baisse s'ils renvoient une affaire en médiation et qu'un règlement est conclu.

Ces procédures et indicateurs spécifiques peuvent être adaptés pour être utilisés par d'autres professions et personnes recourant à la médiation.

Cet outil a été développé en référence au point 1. Disponibilité des Lignes directrices de la CEPEJ sur la médiation.

## 1. Le moment opportun de l'encouragement à la médiation

Bien que le moment opportun puisse varier selon le type d'affaire concerné et les besoins correspondants, en principe, le renvoi en médiation devrait intervenir dès que les parties sont en mesure de faire un choix éclairé quant à leur participation à la médiation.

Dans les limites fixées par la loi et par le Code de procédure civile applicable, il sera parfois préférable d'attendre que les parties se soient défaites de leur hostilité avant de leur proposer de se lancer dans un processus de médiation ; cela peut même, à un stade ultérieur (y compris dans des procédures de recouvrement et d'insolvabilité), les rendre plus promptes à parvenir à un règlement. Par conséquent, si les parties ne consentent pas à la médiation pendant la phase préparatoire, il serait bon que le tribunal offre constamment aux parties comme au juge la possibilité de décider du moment opportun d'un renvoi en médiation à un stade ultérieur du litige.

## 2. Quels types d'affaires remplissent les conditions requises pour un renvoi en médiation ?

Le juge qui enverra l'affaire en médiation devrait s'assurer que l'affaire concernée remplit les conditions requises pour la médiation. La médiation n'est pas autorisée par la loi dans quelques rares cas de figure. Quand le litige ou une partie du litige concerne l'ordre public (droit impératif) ou des droits inaliénables, la médiation peut avoir du sens en fonction du contexte. Toutefois, l'accord de règlement doit respecter le droit impératif ou les droits inaliénables. Outre le critère de l'ordre public, les litiges auxquels seule une décision de justice fondée sur des moyens de droit peut apporter une solution ou qui exigent, en vertu de la loi, une

procédure judiciaire spécifique pour résoudre certains problèmes juridiques sont également exclus.

D'autres facteurs concourent à la réussite d'une médiation. Bien qu'il n'existe pas de critères uniformes pour les renvois en médiation, certains peuvent être d'une manière générale qualifiés d'« indicateurs de renvoi ». Les médiateurs expérimentés s'accordent à dire que ce n'est pas le type d'affaire qui détermine les chances de réussite de la médiation, mais l'attitude et les analyses des parties elles-mêmes. Elles doivent être préparées et aptes à réfléchir à une solution à leurs conflits tout en étant capables de mesurer leurs intérêts mutuels. Néanmoins, les bons médiateurs peuvent souvent vaincre les réticences des parties pour les aider à résoudre leurs problèmes et à évaluer les risques inhérents à leur affaire, même si elles sont initialement peu enclines à s'asseoir autour d'une table.

Les indicateurs suivants peuvent être pertinents pour les renvois en médiation :

- les intérêts des parties sont plus larges que ceux du cadre juridique du litige
- les relations à long terme (voisins, vie professionnelle, famille...)
- d'autres parties que celles engagées dans la procédure sont impliquées dans le conflit
- d'autres procédures en instance impliquent les mêmes parties
- une résolution rapide du litige est souhaitable
- le coût du litige est disproportionné par rapport à la valeur du litige
- une des parties n'a que peu de ressources à consacrer à la procédure judiciaire
- lassitude à l'égard des procédures judiciaires
- forte probabilité qu'il soit compliqué de statuer sur l'affaire
- probabilité que le jugement sera difficile à faire respecter
- issue incertaine de l'instance
- intérêts futurs mutuels
- affaire à fort contenu émotionnel
- besoin d'intimité et de confidentialité des parties (huis clos)
- importance du contrôle du calendrier et de l'organisation du processus

Les contre-indicateurs ci-dessous montrent qu'une procédure judiciaire pourrait être plus appropriée :

- échec d'une tentative de médiation récente
- souhait d'établir un précédent
- souhait d'établir une décision publique
- profond déséquilibre des forces, pression excessive ou usage antérieur de la violence entre les parties ne pouvant être géré par le médiateur et/ou pouvant aboutir à une absence notable de consentement libre et éclairé de la part d'une des parties
- probabilité que la décision soit inéquitable pour une des parties impliquées au moins
- absence de pouvoir de négociation plein et général des parties et des avocats
- aliénation parentale avérée

### 3. Éléments d'un entretien de renvoi en médiation

#### Diagnostic du conflit

*Objectif* : Le juge qui enverra l'affaire en médiation devrait ouvrir le dialogue sur le mode de résolution des litiges qui convient.

## **Plan d'intervention**

En posant des questions, le juge devrait être en mesure de présenter diverses méthodes de résolution des litiges. Ce faisant, il devrait aussi préciser si une décision du tribunal pourrait satisfaire tous les intérêts des parties.

## **Comment évaluer la volonté de négocier et la conforter**

*Objectif* : le juge qui enverra l'affaire en médiation devrait vérifier certains aspects de la volonté des parties de négocier :

- le niveau d'escalade
- la volonté de négocier

## **Le niveau d'escalade**

Le juge devrait poser des questions pour évaluer le niveau d'escalade entre les parties et rester attentif à tout signe d'une escalade grave, comme une menace d'employer la force ou des pressions constantes et personnelles à l'encontre de l'autre partie. La médiation ne peut plus être utilisée lorsque le conflit a atteint un stade où les parties n'ont plus la volonté ou la capacité de travailler à une solution commune.

## **Volonté de négocier**

Les questions visant à établir les différentes motivations ci-dessous pourraient indiquer une volonté de négocier :

- une solution rapide
- le contrôle de l'organisation et du calendrier du processus de décision
- une solution personnalisée sortant du cadre juridique du litige
- une solution économique
- la préservation ou le rétablissement des relations

## **Informations sur la médiation**

Il est important que les parties sachent ce qu'implique la médiation et ce qu'elle représente pour eux. Le juge devrait susciter des attentes réalistes de la part des parties. Les informations devraient être communiquées dans la mesure qui est nécessaire dans une affaire donnée ; il est donc souhaitable d'engager le processus en demandant aux parties ce qu'elles savent déjà sur la médiation. De plus, le juge devrait être capable de réfuter toute objection soulevée par les parties ou leurs avocats, non en argumentant avec eux mais en s'intéressant à l'origine de leur résistance.

En principe, les thèmes suivants devraient être abordés :

- participation volontaire et égalité des parties
- confidentialité du processus
- non-admissibilité, au cours de la procédure judiciaire, des déclarations et des preuves recueillies
- devoir de vigilance et impartialité du médiateur
- rôle du médiateur
- rôle des avocats
- report de la procédure judiciaire
- honoraires du médiateur
- accord des parties
- marche à suivre pour enclencher la médiation

#### 4. Marche à suivre – Ce qu'il faut faire et ne pas faire lors d'un renvoi en médiation par le juge

Orienter les parties vers le processus de médiation implique de préserver un équilibre délicat. D'une part, la « pression » exercée par le juge sous la forme d'un renvoi en médiation peut être un soulagement, aucune des parties ne souhaitant proposer une médiation par crainte de perdre la face. D'autre part, cette pression peut susciter la réticence des parties. Tout l'art consiste à mener le processus de façon à maximiser la motivation des parties pour résoudre le litige grâce à la médiation. Il convient de noter que les mêmes principes s'appliquent lorsque les parties sont tenues, en vertu des règles du Code de procédure civile applicable, de participer à une réunion obligatoire sur le renvoi en médiation avant d'être entendues en justice. Enfin, une collaboration active entre les juges et les avocats peut contribuer à l'efficacité du renvoi en médiation.

Chaque juge devrait s'en tenir à son propre style, mais certaines compétences peuvent s'avérer utiles. Le juge devrait choisir sa méthode, à savoir « la persuasion ou l'incitation »<sup>1</sup>. Dans le premier cas, il recommande la médiation, voire persuade les parties qu'il s'agit de la meilleure option dans une affaire donnée. Dans le deuxième cas, il se contente de suggérer la médiation. Nonobstant le style choisi par le juge, il faut garder à l'esprit que les parties ont un droit d'accès à la justice, ce qui implique également une décision de justice. Par conséquent, le juge ne devrait pas donner l'impression qu'il souhaite se débarrasser d'une affaire.

---

<sup>1</sup> Machteld Pel, *Referral to mediation: A practical guide for an effective mediation proposal*, La Haye 2008, p. 181.

### Ce qu'il faut faire et ne pas faire à des fins de « persuasion » :

|  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>✓ Bien préparer l'audience de renvoi en médiation et étudier le dossier et les arguments des deux parties.</li><li>✓ Expliquer ce qu'implique la médiation.</li><li>✓ Expliquer les avantages de la médiation.</li><li>✓ Expliquer pourquoi, à son avis, la médiation est la meilleure méthode dans une affaire donnée.</li><li>✓ Écouter.</li><li>✓ S'efforcer de comprendre les besoins profonds des parties.</li><li>✓ Se montrer intéressé par les intérêts, les besoins et les problèmes des parties.</li><li>✓ Faire comprendre aux parties qu'elles ont le mot de la fin quant à savoir si la médiation est la méthode indiquée pour résoudre leur conflit.</li><li>✓ Bien préciser que le rejet de la proposition de médiation n'aura aucune incidence sur l'argumentation juridique des parties au cours de la procédure.</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>✓ Ne pas communiquer trop d'informations à la fois.</li><li>✓ Ne pas menacer.</li><li>✓ Ne pas faire la leçon.</li><li>✓ Ne pas dire aux parties ce qu'elles doivent faire.</li><li>✓ Ne pas prendre parti.</li><li>✓ Ne pas tenter de rejeter la faute sur quelqu'un.</li></ul> |
|--|--|

### Ce qu'il faut faire et ne pas faire à des fins d'« incitation » :

|   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>✓ Bien préparer l'audience de renvoi en médiation et étudier le dossier et les arguments des deux parties.</li><li>✓ Expliquer ce qu'implique la médiation.</li><li>✓ Expliquer les avantages de la médiation.</li><li>✓ Écouter.</li><li>✓ Se montrer intéressé par les intérêts, les besoins et les problèmes des parties.</li><li>✓ S'efforcer de comprendre les besoins profonds des parties.</li><li>✓ Poser des questions pour découvrir les intérêts et les motivations des parties.</li><li>✓ Préserver un équilibre dans l'examen des intérêts de chaque partie.</li><li>✓ Demander à chaque partie ce qu'elle ressent.</li><li>✓ Poser des questions ouvertes si possible.</li><li>✓ Poser des questions hypothétiques et de réflexion (et si..., que pensez-vous de...).</li><li>✓ Bien préciser que le rejet de la proposition de médiation n'aura aucune incidence sur l'argumentation juridique des parties au cours de la procédure.</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>✓ Ne pas communiquer trop d'informations à la fois.</li><li>✓ Ne pas poser trop de questions ciblées (qui, quoi, où, quand...).</li><li>✓ Ne pas prendre parti.</li><li>✓ Ne pas tenter de rejeter la faute sur quelqu'un.</li><li>✓ Ne pas demander : « Pourquoi l'avez-vous fait ? »</li></ul> |
|---|--|

