

Rapport

accompagnant l'avant-projet de loi sur la médiation



Condensé

1. LA MEDIATION

Notre société, en constante évolution, génère passions et richesses, mais également chômage, violences et **conflits**. Or, face au conflit, l'homme se trouve fréquemment démuné et laisse finalement place au rapport de force, au conflit judiciaire, souvent très coûteux.

La médiation, qui connaît un renouveau depuis une dizaine d'année, apporte une solution pour éviter l'escalade des conflits. Cette démarche permet en effet, par l'intervention d'un **tiers impartial**, de résoudre les conflits en **restaurant le dialogue et le respect mutuel** entre les acteurs. Le cadre neutre dans lequel elle se réalise, sa totale confidentialité et le libre engagement des parties favorisent l'expression des faits et des émotions. Ce faisant, des solutions sont trouvées plus **rapidement** (et donc à moindres coûts), de surcroît construites ensemble et donc gage de durée. Selon les statistiques suisses, plus de deux médiations sur trois ont abouti à un accord écrit en 2008.

La médiation peut s'exercer partout où la communication est rompue, soit dans le domaine familial, commercial, scolaire, professionnel, environnemental... Il ne faut toutefois pas se leurrer, la médiation n'a nullement vocation à remplacer la Justice. Médiation et Justice sont deux méthodes alternatives de résolution des conflits, et la médiation n'est pas appropriée à toutes les situations (p. ex. en cas d'infraction d'une importante gravité).

2. UN AVANT-PROJET DE LOI SUR LA MEDIATION

Ces dernières années, la Confédération a attribué un rôle toujours plus important à la médiation dans ses lois de procédures (codes de procédure civile, de procédure pénale des mineurs, de procédure administrative fédérale). Le 27 octobre 2010, suivant cette tendance et bien conscient de l'essor de la médiation (cf. réponse du 19 janvier 2009 au postulat no 1.291 [anc.2.142] des députés Bénédicte Dubuis et cosignataires), le Conseil d'Etat valaisan a décidé de nommer une commission d'experts, chargée d'élaborer un avant-projet de loi sur la médiation. L'activité de cette commission a abouti à l'avant-projet de loi annexé.

3. OBJECTIF

Le but de l'avant-projet de loi sur la médiation est de :

- **compléter** les dispositions fédérales existantes en matière de médiation;
- **faciliter** la mise en œuvre de la médiation en énonçant des définitions, des principes, des règles de base;
- **légitimer** le processus de médiation et **informer** les justiciables et les autorités de l'existence de ce mode de règlement des conflits;
- **décharger** les autorités administratives et judiciaires. En effet, un des multiples avantages de la médiation est sans conteste que celle-ci, lorsqu'elle est appropriée, peut soulager l'appareil judiciaire (et administratif) en offrant une voie plus rapide (les 2/3 des médiations se terminent dans un délai de 3 mois), moins onéreuse, moins formelle et, dans certains cas, moins pénible que les recours juridictionnels;
- arrêter un dispositif légal garantissant une **maîtrise** des coûts de la médiation pour la collectivité publique.

4. CARACTERISTIQUES

Les principales caractéristiques de l'avant-projet de loi sont les suivantes :

- Sous réserve du droit fédéral, il concerne la **médiation qui se tient dans le cadre d'un procès** (ou d'une procédure administrative) c'est-à-dire que les parties "mettent de côté" le procès pour entamer une médiation. L'avant-projet de loi explique entre autres comment s'articulent le procès et la médiation (p. ex. suspension du procès pendant le processus de médiation);
- L'avant-projet traite tant de la **médiation administrative** (p. ex. entre l'auteur d'un projet de construction mis à l'enquête publique et les opposants au projet), de la **médiation civile** (p. ex. entre des héritiers) que de la **médiation pénale** (p. ex. entre l'auteur de l'infraction et la victime) : l'avant-projet règle sous une même loi ces trois domaines et est en ce sens novateur;
- L'avant-projet ne confie les démarches de médiation qu'à **des médiateurs qualifiés** : dans un but de protection du public, seuls les médiateurs disposant d'un diplôme universitaire ou d'une formation jugée équivalente, d'une formation spécifique attestée par une association reconnue en Suisse dans le domaine de la médiation et qui justifient d'une expérience pratique suffisante sont reconnus. Ces médiateurs figurent sur une liste officielle : "le Tableau";
- L'avant-projet institue **une commission de médiation**, composée de 3 à 5 membres (médiateurs, magistrats et avocats) désignés par le Conseil d'Etat. Cette commission décide si les médiateurs remplissent les exigences pour figurer sur le tableau, les sanctionne s'ils violent la loi, informe les autorités à propos de la médiation, édicte des directives, etc.;
- L'avant-projet prévoit **une assistance financière de l'Etat** du Valais pour que les plus démunis puissent accéder à la médiation. Lorsque la partie est indigente, que l'autorité compétente pour la procédure principale recommande le recours à la médiation et que celle-ci est réalisée dans certaines limites financières et temporelles, les coûts de la médiation sont supportés par l'Etat. Il ne s'agit toutefois que d'une avance de frais qui devra être remboursée en cas de retour à meilleure fortune;
- L'avant-projet prévoit la création d'**un bureau de médiation pénale des mineurs** : avec l'introduction de la nouvelle procédure pénale des mineurs au début de cette année, le nombre de médiations pour mineurs a sensiblement augmenté. Sur cette base et constatant que le modèle de bureau fribourgeois de la médiation avait largement fait ses preuves, la commission d'experts a décidé de proposer un bureau de médiation étatisé dans le domaine très sensible de la justice pour mineurs. Cette solution, soutenue notamment par le juge des mineurs Xavier Lavanchy, a l'avantage d'accentuer la reconnaissance, la visibilité et la crédibilité des médiateurs, de faciliter leur collaboration avec les juges et de leur permettre de se vouer entièrement à leur tâche, hors de toute considération financière. Renforcer le système prévu pour la médiation pénale des mineurs va dans le sens des visées éducatives, préventives, curatives, sociales et protectrices du droit pénal des mineurs;
- La mise en œuvre de l'avant-projet de loi est prévue dans **un règlement du Conseil d'Etat**.

5. ASPECT FINANCIER

Les économies résultant du succès de la médiation et les coûts liés à l'échec de ce processus devraient se compenser. Créer un bureau de la médiation pénale des mineurs et instituer une commission de médiation entraînera toutefois inévitablement des frais supplémentaires. Ceux-ci sont estimés annuellement à 200'000 francs.

6. CONCLUSION

L'avant-projet répond à un besoin de reconnaissance, sur le plan cantonal, de la médiation et à un besoin de réglementation claire et cohérente de ce précieux outil de résolution des conflits. En mettant l'accent sur cette méthode, le législateur suivrait la tendance actuelle des autres cantons suisses et proposerait de soutenir une solution réparatrice et conciliante, qui présente l'avantage d'entraîner une décharge non négligeable des autorités.

A. Introduction générale à la médiation

1. La médiation

a. Généralités

On trouve une multitude de définitions de la médiation, notamment dans les statuts ou règlements d'associations privées¹. Dans le présent contexte, on peut définir la médiation ainsi :

La médiation est un mode amiable de résolution des conflits par lequel deux ou plusieurs parties demandent à un tiers, le médiateur, de les aider à trouver un accord pour mettre un terme à leur différend, voire de prévenir un conflit futur.

La médiation est un *processus extrajudiciaire*, fondamentalement différent d'une procédure. Elle tend à amener les individus à quitter une position de compétition, telle qu'on la retrouve souvent en justice, pour se fonder sur une attitude d'intercompréhension.

Un recours à la médiation s'avère particulièrement judicieux dans toutes les situations où les personnes en conflit sont amenées à entretenir des relations de longue durée, soit par exemple lors de conflit entre des héritiers, entre des locataires ou entre des collègues de travail. Dans les procès pénaux, lorsqu'une infraction a été commise, la médiation permet de plus de régler des aspects humains souvent négligés en cours de procédure, comme de formuler des excuses, ou d'aboutir à un accord sur le mode de réparation de l'infraction. La médiation peut enfin être instituée dans la vie publique, à l'école notamment.

b. Historique

La médiation est longtemps restée ignorée des différents domaines du droit². Depuis une dizaine d'années, cette conception a toutefois changé³. En Suisse, seuls quelques rares codes cantonaux de procédure civile ou pénale traitaient de la médiation auparavant (art. 89a CPC-ZH, 162 CPC-GL, Loi genevoise sur la médiation civile entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005). Ces dernières années, cette institution s'est cependant progressivement insérée dans le droit fédéral.

La médiation a d'abord été introduite dans la loi fédérale du 20 juin 2003 sur le droit pénal des mineurs (DPMIn), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, puis confirmée dans la loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)⁴. La médiation a également été prévue dans le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (CPC)⁵ et dans la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative dès le 1^{er} janvier 2007 (PA)⁶. Ces avancées remarquables ont notamment été influencées par les recommandations sur la médiation⁷, émises depuis une dizaine d'années par le Conseil de l'Europe, et les lignes directrices destinées à favoriser leur mise en œuvre⁸.

Malgré l'adoption de diverses réglementations, tant sur le plan européen que suisse, les magistrats, les avocats et les parties se montrent encore particulièrement réticents face à la médiation. Cela peut entre autres s'expliquer par la peur de la nouveauté, celle de perdre son pouvoir et celle de perdre ses ressources⁹. Grâce à des mesures d'information, de sensibilisation et de formation, dispensée par exemple à l'occasion de l'introduction du CPC, au 1^{er} janvier 2011, ces peurs devraient vraisemblablement se dissiper¹⁰.

c. Distinctions

La médiation est souvent confondue avec la négociation, la conciliation et l'arbitrage, dont elle se distingue pourtant.

¹ Voir par exemple à ce sujet www.mediation-valais.ch, le règlement suisse de médiation commerciale des chambres de commerce (Swiss Rules), celui de la Chambre suisse de médiation commerciale ou l'art. 4 des statuts du Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation du 8.10.2004 (Gemme-suisse);

² Christine Guy-Ecabert, La médiation dans les lois fédérales de procédure civile, pénale et administrative : petite histoire d'un pari sur l'indépendance, in PJA 1/2009, p. 47

³ Thomas Pfisterer, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, in PJA 2008, p. 4

⁴ Art. 17 PPMIn

⁵ Art. 213-218 CPC et FF 2006 6841

⁶ Art. 33b PA, RO 2006 2197

⁷ Recommandation sur la médiation familiale [R (98) 1], sur la médiation en matière pénale [R (99) 19], sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées [Rec(2001)9] et sur la médiation en matière civile [R(2002)10]

⁸ Lignes directrices du Conseil de l'Europe et Commission Européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) : CEPEJ(2007)13, CEPEJ(2007)14 et CEPEJ(2007) 15

⁹ Jean A. Mirimanoff, Une nouvelle culture : La gestion des conflits, in PJA 2009 p. 158

¹⁰ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, p. 8

La **négociation** est un processus informel par lequel les parties, le plus souvent sans l'aide d'un tiers, tentent de parvenir à un accord pour construire leurs relations ou mettre fin à un conflit.

La **conciliation** consiste en un mode informel de résolution des litiges conduit par un conciliateur désigné - magistrat indépendant, neutre et impartial -, au cours duquel celui-ci peut suggérer ou proposer une solution aux parties si elles n'y sont pas parvenues par elles-mêmes¹¹. A la différence de la médiation, où la solution est normalement recherchée et créée par celles-ci, elle suppose une participation moins active des parties¹². En effet, le fait que, souvent, le conciliateur propose lui-même un règlement du conflit, sans toutefois l'imposer, suppose une moindre prise en charge du conflit par les protagonistes. Souvent obligatoire, la conciliation constitue par ailleurs un préalable à la procédure judiciaire et entraîne des conséquences sur le plan procédural.

La médiation se distingue enfin de l'**arbitrage**. L'arbitrage constitue un processus formel, comme la médiation, par lequel les parties acceptent de soumettre leur conflit à un tiers impartial, l'arbitre, qu'elles choisissent. Celui-ci aura toutefois, comme le juge et contrairement au médiateur, mission de rendre une décision basée sur le droit après avoir entendu et étudié leurs arguments respectifs.

On différencie la "*médiation conventionnelle*" de la "*médiation (méta)judiciaire*". La première, forme privée et indépendante d'un litige, a été pratiquée en premier en Suisse. Il s'agit d'un mandat ou d'un contrat *sui generis* (par lequel les parties conviennent de régler avec l'aide d'un tiers leur différend selon un processus de leur choix ou découlant d'un texte préexistant). La seconde est un processus qui se situe après le dépôt d'une demande en justice, à la requête commune des parties ou sur proposition du magistrat (médiation déléguée), à tous les stades de la procédure.

La médiation, telle qu'on l'entend dans ce projet, concerne la médiation qui intervient au cours d'une procédure judiciaire ou administrative. Insérer un processus de médiation dans le cours d'une procédure, c'est permettre aux autorités d'assumer leur rôle de « dire le droit » tout en permettant aux protagonistes d'aborder, dans un espace séparé, des éléments qui ne relèvent pas nécessairement du rapport juridique mais qui néanmoins influencent l'issue du litige¹³.

d. Avantages et limites

La médiation présente divers avantages pour la Justice du 21^{ème} siècle, qui expliquent notamment pourquoi cette institution connaît aujourd'hui un développement dans tous les champs interpersonnels et sociaux.

La médiation a tout d'abord pour objectif et comme résultat escompté de permettre aux personnes et aux entreprises de résoudre leur conflit de manière plus rapide¹⁴ (donc moins coûteuse)¹⁵, plus constructive et plus humaine que le combat judiciaire et, si possible, "*sur mesure*"¹⁶. Elle a en outre pour conséquence d'engendrer pour l'Etat des économies de coûts par un effet de décharge des autorités administratives ou judiciaires¹⁷.

La médiation donne enfin une réponse aux dimensions émotionnelles et sociales du conflit, ne se limitant pas, comme le règlement juridictionnel, aux aspects juridiques et permet de prévenir les conflits ultérieurs en intervenant tout au long du processus de décision¹⁸.

Bien évidemment, la médiation ne saurait remplacer les procédures judiciaires ou l'arbitrage. Il existe en effet des situations dans lesquelles elle s'avère peu appropriée notamment lorsqu'une partie veut une décision judiciaire pour créer un précédent, en cas de déséquilibre net du rapport de force entre les parties, lorsque l'une d'elles est malhonnête ou n'agit pas de bonne foi, lorsque l'on peut pronostiquer une procédure rapide ou encore, en procédure pénale, lorsque l'infraction est d'une importante gravité¹⁹.

e. En chiffres

La première enquête nationale réalisée durant l'été 2009 sur la médiation en Suisse par la Fédération Suisse des Associations de Médiation²⁰ a révélé que les médiations connaissaient un taux de réussite de 70,6% en 2008. En d'autres termes, plus de deux médiations sur trois aboutissent à un accord écrit librement souscrit par les participants à la médiation. La proportion de solutions à l'amiable est la plus fréquente dans les conflits relevant du domaine pénal (74.8% de taux de réussite), du domaine public/autorités (74.1%) et du domaine du travail (73.6%).

¹¹ Art. 4 des statuts de Gemme-Suisse du 8.10.2004

¹² Christine Guy-Ecabert, La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral, in LEGES 2005/2, p. 101

¹³ Isabelle Bieri/Jean A. Mirimanoff, Justice et médiation : autonomie ou complémentarité ?, in Présentation à l'occasion de l'AG de l'Association suisse des magistrats, Fribourg 2003, p. 11

¹⁴ Enquête Médiation Suisse 2008 de la Fédération Suisse des Associations de Médiation – Rapport détaillé, octobre 2009, p. 7 : ¼ environ des médiations durent moins d'un mois

¹⁵ Catherine Fallier, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse : de son introduction à sa suppression, in ZStrR 126 2008, p. 33-34

¹⁶ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, p. 5-7

¹⁷ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, p. 7

¹⁸ Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, in LEGES 2005/2, p. 98

¹⁹ Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, p. 164

²⁰ Enquête Médiation Suisse 2008 de la Fédération Suisse des Associations de Médiation – Rapport détaillé, octobre 2009

La plupart des médiations se déroulent dans le domaine de la famille (32.5%, avec un taux de réussite dans les cas de divorce/séparation/enfants de 69% et dans les cas d'héritage/règlement des successions de 72%), du travail (20.0%) et de l'école (9.1%). La grande majorité des médiations (79.5%) s'étend en outre sur 1 à 5 séances et les deux tiers des médiations (67.4%) se terminent dans un délai de trois mois. Il ressort enfin des questions posées à plusieurs médiateurs que les médiations échouent souvent lorsqu'on utilise cette institution en dernier recours. Il est alors souvent trop tard pour régler la situation tant le conflit a duré. Les médiations échouent également par manque de formation ou d'information de l'autorité ou du médiateur.

2. Le médiateur

a. Définition

Le médiateur est un tiers neutre, indépendant et impartial, dont le rôle est d'amener les personnes concernées, à l'aide de techniques spécifiques, à trouver elles-mêmes les bases d'un accord durable et mutuellement acceptable.

Le médiateur aide les parties à entreprendre une négociation constructive, facilite la communication entre elles et la discussion des éléments du conflit qui les oppose. Il n'est ni juge, ni arbitre et n'a aucun pouvoir de décision.

b. Devoirs²¹

Le médiateur a un devoir d'impartialité, de neutralité et d'indépendance. Tel que nous le verrons ci-dessous, il est encore soumis au respect de la confidentialité (cf chiffre 4.a).

L'impartialité du médiateur consiste à traiter - positivement - les parties de manière égale, ce qui implique un temps d'écoute équilibré et la même qualité d'attention à chacun.

La neutralité consiste pour le médiateur à ne pas donner son opinion et à se garder de juger les points de vue exprimés par les parties.

L'indépendance c'est l'absence de liens envers les tiers et les parties, liens qui pourraient favoriser ou défavoriser l'une des parties.

c. Choix du médiateur

Le choix du médiateur revient en principe aux parties. Le droit cantonal d'exécution peut toutefois restreindre leur libre choix, en leur demandant par exemple de recourir à des médiateurs formés et expérimentés, répertoriés sur une liste officielle. Cette restriction à la liberté contractuelle des justiciables s'explique par des motifs bien compréhensibles de protection du public. Dès lors que la médiation se déroule dans un contexte judiciaire ou administratif, il est légitime d'exiger du médiateur une formation et une expérience qui maximisent les chances de succès de la médiation et garantissent la qualité – en particulier juridique – des accords passés²².

d. Formation en médiation

La médiation est une véritable discipline exigeant un large éventail de compétences spécifiques. Des formations sont proposées notamment dans les universités (Institut universitaire Kurt Bösch par ex.) et sont sanctionnées par des diplômes ou des certificats reconnus par l'organisation professionnelle structurée au niveau suisse (par ex. "*médiateur FSA*", dont le titre est délivré par la fédération suisse des avocats ou "*médiateur FSM-SDM*", délivré par la fédération suisse des associations de médiations ou "*médiateur SKWM*" délivré par la Chambre suisse de médiation commerciale²³). Les médiateurs sont en outre astreints par la suite à suivre des formations continues et à être supervisés.

Les organisations de médiation édictent en principe des règles déontologiques que les médiateurs affiliés s'engagent à respecter. En cas de graves manquements, ceux-ci peuvent se voir retirer leur autorisation de porter leur titre, voire même être immédiatement suspendus²⁴.

²¹ Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, p. 163

²² Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, in PJA 1/2009, p. 53

²³ FF 2006 6943

²⁴ Règles déontologiques pour les médiatrices et médiateurs de la SDM-FSM

3. Recommandation et information de l'autorité concernant la médiation, autonomie des parties

Qu'une autorité contraigne les parties à l'accord amiable serait une contradiction en soi. Les textes de lois qui prévoient la médiation autorisent par conséquent les autorités, par des formulations potestatives²⁵, à recommander la médiation, à en préconiser le chemin et à requérir le consentement des parties s'agissant de se soumettre à un processus²⁶.

La volonté des parties est primordiale dans ce domaine. Ce sont elles qui choisissent le médiateur, la façon de procéder et de conclure un contrat de médiation approprié, de même que de "*sortir*" du processus de médiation si elles le souhaitent. Dans ce dernier cas, la procédure est alors poursuivie normalement selon les règles juridiques applicables²⁷.

Outre conseiller aux parties de recourir à une médiation, les autorités sont également habilitées, voire tenues, de leur donner des renseignements utiles à son sujet. Une bonne information s'avère capitale. Pour informer, les autorités disposent de divers moyens, comme inviter les parties à une séance d'information (audience de proposition de médiation par exemple) ou leur transmettre par écrit les informations de base concernant la médiation à l'aide d'une brochure, d'une lettre d'information, voire d'un questionnaire que les parties remplissent²⁸. Dans tous les cas, les autorités doivent être capables de fournir les informations adéquates aux parties, ce que recommandent du reste les lignes directrices du Conseil de l'Europe.

4. Processus de médiation

D'une manière générale, le processus de médiation, précédé d'une phase de préparation et suivi d'une phase de bouclage de l'accord final, comporte quatre étapes tendant respectivement à déterminer les problèmes en jeu, à faciliter l'expression des points de vue et à clarifier le conflit, à faire rechercher des options créatives par les parties et à imaginer sans restriction des solutions sans engagement à ce stade, et enfin à progresser vers la sélection d'une solution concrète qui soit mutuellement avantageuse²⁹.

a. Confidentialité

Le processus de médiation doit être confidentiel. La confidentialité constitue la condition *sine qua non* du succès de la médiation, voire de son existence³⁰. C'est elle qui permet aux parties et aux tiers de s'exprimer librement en toute confiance devant le médiateur, de reconnaître les faits, de faire des propositions d'arrangement, des concessions, sans craindre qu'en cas d'échec de la médiation, leurs déclarations ou les documents produits au cours de celle-ci leur soient opposés à titre de preuve.

Pour garantir la confidentialité de la médiation, le dossier du médiateur doit également être protégé des réquisitions du juge. Il y a dès lors lieu de dispenser le médiateur de l'obligation de le produire.

b. Convention de médiation et accord final³¹

L'expérience montre qu'il est important, pour le déroulement du processus de médiation et la sécurité des rapports juridiques, que les parties et les médiateurs fixent certaines règles de base concernant l'organisation et l'exécution de la médiation et ce, par le biais d'une convention écrite de médiation. Ainsi, le but du processus de même que son calendrier, la confidentialité, l'utilisation du résultat des discussions, les voies de droit (clause de renonciation), le modèle de financement (répartition des frais entre les parties, dispense de frais) et les questions de responsabilité devraient être définis³². D'autres règles, relatives à la collaboration des parties par exemple, peuvent encore être envisagées.

La convention de médiation se distingue de l'accord final de médiation, signé par les parties³³. Celui-ci constitue le but du processus, comme constat du résultat d'une médiation, et pourra être le fondement d'un contrat en procédure civile, d'une décision en procédure administrative³⁴, d'un jugement en procédure pénale. Il ne saurait dès lors être contraire au droit³⁵.

²⁵ Art. 33b al. 1 PA, art. 8 al. 1 DPMIn

²⁶ Art. 33b al. 1 PA

²⁷ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, p. 12

²⁸ Pratique de la Deuxième Chambre civile de la Cour d'appel de Grenoble, par exemple

²⁹ Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, p. 163

³⁰ Ibidem

³¹ pour plus de précision, Thomas Pfisterer, *op. cit.*, p. 6

³² Karine Siegwart, VwVG-Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, A33b-I-V p. 767 n. 48 ss

³³ Karine Siegwart, *op. cit.*, p. 766 n. 47

³⁴ Karine Siegwart, *op. cit.*, p. 772 n. 64

³⁵ Karine Siegwart, Ibidem

c. Rôle du conseil juridique dans le cadre de la médiation

Dans la plupart des modèles de médiation, les conseils juridiques ne sont pas présents en tant qu'avocats pour plaider la cause de leurs clients, ni pour se comporter comme dans le système contradictoire en débattant avec la partie adverse.

Le rôle de l'avocat dans le cadre d'une médiation consiste essentiellement à:

- fournir des conseils préalablement à la médiation et pour préparer celle-ci [établir une liste des besoins et intérêts futurs du client, et de ceux de l'autre partie; analyser les alternatives; répartir les rôles et tâches en médiation (client et avocat)];
- conseiller et assister ses clients dans le courant de la médiation, en y participant lui-même l'esprit ouvert;
- préparer les termes de la convention de règlement destinée à être signée par les parties à la fin du processus de médiation et protéger les intérêts de son client dans le cadre de l'homologation et de l'exécution de cet accord^{36,37}.

d. Rémunération du médiateur et assistance de l'Etat

Les frais d'une médiation se composent des débours éventuels du médiateur et de ses honoraires. La fixation du taux horaire de ces derniers tiendra notamment compte de la situation économique des parties, de la valeur litigieuse, du nombre de parties, etc. Le plus souvent la tarification est connue d'avance parce que fixée dans le règlement des institutions de médiation. Il est toutefois souhaitable que les parties se mettent d'accord, dans la convention de médiation notamment, sur le tarif horaire applicable. Selon le rapport détaillé 2009 de la FSM, la moyenne générale était de 169 francs de l'heure.

Afin de rendre la médiation accessible à tout un chacun, les lignes directrices des recommandations européennes préconisent le recours à l'aide judiciaire³⁸. Par soucis d'égalité devant la loi et d'accès au droit, il est en effet inadmissible que certaines catégories sociales ne puissent bénéficier des services de la médiation faute de moyens financiers.

5. Processus de médiation et procédures

a. Processus de médiation et procédure civile

Tel que vu ci-dessus (ch. 1 let. b), la médiation civile a été intégrée dans le CPC. Le législateur a toutefois renoncé à une réglementation complète car le processus de médiation, ainsi que les exigences techniques et personnelles relatives aux médiateurs ne pouvaient pas être traités dans une loi de procédure civile³⁹. La loi fédérale ne règle ainsi, aux articles 213 ss CPC, que les problèmes d'articulation entre la procédure civile et le processus de médiation (de la proposition par le magistrat à l'homologation de l'accord final, avec une garantie de confidentialité aux articles 216 et 166 alinéa 1 lettre d CPC)⁴⁰.

L'article 215 CPC précise par ailleurs que les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la procédure de médiation. Le législateur fédéral enjoint donc au législateur cantonal de ne pas légiférer sur le processus. L'article 218 traite enfin du sort des frais de la médiation et énonce que ceux-ci sont en principe à la charge des parties. Comme corollaire de l'autonomie d'organisation de celles-ci, il n'existe en effet pas de droit général à une médiation gratuite. Il y a cependant des exceptions particulières dans les affaires non patrimoniales concernant le droit des enfants (art. 218 al. 2). Selon l'article 218 alinéa 3 CPC, les cantons peuvent en outre prévoir des dépenses de frais supplémentaires.

b. Processus de médiation et procédure pénale

En Valais, l'intérêt pour la médiation pénale est apparu dans les années 1990⁴¹. Actuellement, elle est une institution à part entière en Belgique, en France et en Allemagne⁴².

La médiation pénale permet à la victime ou au plaignant d'entrer en relation directe avec l'auteur de l'infraction, grâce à la présence d'un tiers neutre et bienveillant, et d'exprimer sa souffrance et son vécu liés au délit subi.

³⁶ François Blum, L'avocat et la médiation, Travaux CETEL, N° 49 - Septembre 1997, p. 9 ss

³⁷ Christophe Imhoos et Birgit Sambeth Glasner, La place et le rôle de l'avocat en médiation, CEDIDAC

³⁸ CEPEJ(2007)13 n. 34, CEPEJ(2007)14 n. 34, CEPEJ(2007)15 n. 42

³⁹ FF 2006 p. 6943

⁴⁰ Concernant les compétences résiduelles des cantons en procédure civile, voir Journée d'information du 3 mars 2008 de l'OFJ p. 1

⁴¹ Letizia Vezzoni, *op. cit.*, p. 2

⁴² Catherine Faller, *op. cit.*, p. 20

Quant à la participation volontaire du délinquant au processus de médiation, elle lui permet de s'engager dans une stratégie de conciliation, de reconnaître ses torts, puis de chercher une solution commune et acceptable au conflit. La médiation pénale permet ainsi de responsabiliser les délinquants⁴³, favorisant par conséquent le processus de réinsertion sociale et limitant les risques de récidives. Elle tend également à soulager les tribunaux surchargés d'affaires mineures comme par exemple les injures ou les affaires de voisinage.

- i) En janvier 2007, sont entrées en vigueur la nouvelle partie générale du code pénal suisse (CP) et le DPMIn, ce dernier constituant désormais une loi formellement indépendante. Si le code pénal n'a pas expressément prévu la médiation pénale, le nouveau droit pénal des mineurs l'a expressément introduite aux articles 8 et 21⁴⁴.

En mars 2009, la PPMIn a été adoptée. Son article 17 traite également de la médiation pénale. Il reprend pour l'essentiel les articles 8 et 21 alinéa 3 DPMIn qu'il a abrogés et remplacés au 1^{er} janvier 2011. Selon la PPMIn, la médiation est possible à tous les stades de la procédure et son aboutissement entraîne le classement de la procédure. La médiation pénale des mineurs, sous réserve des lettres a et b de l'article 17 PPMIn, intervient pour toutes les infractions.

La mise en œuvre de l'article 17 PPMIn est prévue aux articles 11 et 12 de la loi d'application valaisanne adoptée par le Grand Conseil le 12 novembre 2009 (LAPPMIn). L'article 12 LAPPMIn donne les règles de base de la procédure de médiation en droit pénal des mineurs. Il contient des dispositions tant sur le processus de médiation que sur l'articulation entre la procédure pénale des mineurs et le processus. L'article 11 LAPPMIn traite du médiateur et des frais liés à la procédure de médiation. Ceux-ci suivent le sort des frais de procédure. Ainsi, si la médiation aboutit, les frais resteront en principe à la charge de l'Etat. En cas d'échec, ils devraient par contre être à la charge du mineur.

- ii) La médiation pénale pour adulte n'a pas été inscrite dans le CPP⁴⁵. Selon la doctrine, le silence de la loi n'exclut toutefois pas la médiation pénale et celle-ci reste envisageable pour les cantons^{46,47} sur la base de l'article 316 CPP⁴⁸, en tant que médiation déléguée, associée à la procédure de conciliation, ou encore en tant que médiation privée.

La médiation sera tout d'abord applicable pour les délits poursuivis sur plainte (art. 30 CP), à l'initiative des parties, éventuellement sur les conseils du ministère public (art. 316 al. 1 CPP⁴⁹), une suspension de procédure par le ministère public étant envisageable (art. 314 CPP)⁵⁰. Il s'agira de mener des discussions en vue d'un arrangement amiable pour obtenir un retrait de la plainte pénale.

Les parties pourront encore s'engager dans une médiation pénale sur la base de l'article 53 CP (réparation/renonciation à une sanction)⁵¹, qui concerne tant les délits sur plainte que d'office. Le commentaire de cette disposition indique en effet qu'il convient de prendre en compte "*non seulement les efforts que l'auteur a accomplis de son plein chef, mais aussi ceux qu'il a entrepris à l'instigation d'une autre personne, par exemple de la victime, d'un médiateur, d'un avocat ou de la police*"⁵². Rien ne s'oppose dès lors à ce que le ministère public propose aux parties, dans le cadre de l'article 316 alinéa 2 CPP⁵³, d'entamer un processus de médiation, et suspende la procédure dans l'intervalle.

c. Processus de médiation et procédure administrative

Dans la mesure où l'autorité administrative exerce son pouvoir d'office ou dispose d'un pouvoir d'appréciation, le conflit administratif, opposant l'administration à un administré, peut trouver son règlement par une médiation administrative⁵⁴. Le but de cette dernière est alors de trouver un accord amiable sur le contenu de la décision⁵⁵. Le litige peut parfois se régler très simplement par l'entremise du médiateur, ce qui entraîne une décharge non négligeable pour les autorités administratives cantonales, à tous les niveaux d'instances (départements de l'administration, Conseil d'Etat et Tribunal administratif)⁵⁶. La médiation permet en outre d'instaurer une relation de proximité avec les instances étatiques dont les structures et l'activité sont de plus en plus complexes et difficilement compréhensibles pour les administrés.

⁴³ Letizia Vezzoni, *op. cit.*, p. 7

⁴⁴ Letizia Vezzoni, *op. cit.*, p. 3

⁴⁵ Concernant l'historique du refus de la médiation dans le CPP, cf Catherine Faller, *op. cit.*, p. 18 ss

⁴⁶ Birgit Sambeth Glasner/Florence Pastore, La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié, in PJA 6/2010, p. 751

⁴⁷ Voir également le projet de loi du 14 avril 2009 de loi sur l'organisation judiciaire genevoise (E 2 05), PL 10462 (adopté le 8 octobre 2009 et soumis à votation populaire), p. 72

⁴⁸ Art. 316 : ¹ Lorsque la procédure préliminaire porte exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte, le ministère public peut citer le plaignant et le prévenu à une audience dans le but d'aboutir à un arrangement à l'amiable. Si le plaignant fait défaut, la plainte est considérée comme retirée.

² Si une exemption de peine au titre de réparation selon l'art. 53 CP entre en ligne de compte, le ministère public cite le lésé et le prévenu à une audience dans le but d'aboutir à une réparation.

⁴⁹ Voir note 48

⁵⁰ Catherine Faller, *op. cit.*, p. 38

⁵¹ Art. 53 Réparation

Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine:

a. si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies (art. 42) et

b. si l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur pénalement sont peu importants.

⁵² FF 1999 1872

⁵³ Voir note 48

⁵⁴ Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, in LEGES 2005/2, p. 99

⁵⁵ Karine Siegwart, *op. cit.*, p. 762 n. 36

⁵⁶ Christine Guy-Ecabert, Procédure administrative et médiation, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 209

On trouve la médiation administrative dans des domaines très divers, tels qu'en droit fiscal, d'aménagement du territoire, de la protection de l'environnement, d'expropriation ou des marchés publics. Elle intervient en procédure contentieuse et non contentieuse⁵⁷ et à tous les stades de la procédure^{58,59}. Actuellement, elle est prévue dans plusieurs cantons (ainsi: Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Zoug, Vaud et Zurich) de même que dans la procédure administrative fédérale (notamment art. 33b PA). L'article 33b PA donne un certain nombre de lignes directrices concernant la médiation à l'autorité et aux parties. Il peut servir de source d'inspiration dans l'éventualité d'une législation consacrant la médiation administrative sur le plan cantonal.

6. Nécessité d'une loi cantonale sur la médiation

Les lois fédérales qui consacrent la médiation, soit le CPC et la PPMIn, assurent une articulation légère et satisfaisante entre le processus de médiation et la procédure. Les cantons sont toutefois compétents pour légiférer et compléter ces dispositions⁶⁰. Ils sont en outre compétents pour édicter des règles sur la médiation en procédure administrative ainsi qu'en procédure pénale des adultes. Légiférer sur la médiation en droit cantonal n'est cependant nullement obligatoire en l'état. Tel que le démontre le chiffre 7 ci-dessous, il s'agit pourtant d'une réelle tendance actuellement.

Prévoir le règlement amiable par la médiation dans une loi cantonale présente en outre bien des avantages. Celle-ci légitime tout d'abord le processus de médiation et informe les justiciables et les autorités de l'existence de ce mode de règlement des conflits, qui tend à s'imposer de plus en plus, générant la confiance des privés, des autorités, du public et des médias⁶¹. Elle tend ensuite, lorsque cela n'est pas déjà prévu par des dispositions spéciales, à faciliter le passage de la procédure au processus, notamment en autorisant la suspension de cette première, en réglant le sort des frais ou en maintenant la litispendance. L'existence d'une loi sur la médiation peut enfin renforcer la position du médiateur en lui garantissant diverses compétences procédurales, comme le droit d'administrer des moyens de preuve par exemple.

7. Droit comparé

En raison de l'unification des procédures civiles et pénales, la loi d'organisation judiciaire **genevoise** (LOJ-Ge) (RS GE E 2 05) a connu une refonte complète, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011, qui comprend un titre IX concernant la médiation (art. 66 à 74 LOJ-Ge). Ce titre prévoit entre autres la subordination de l'exercice de la fonction de médiateur assermenté à une autorisation du Conseil d'Etat (art. 66 LOJ-Ge) et la tenue d'un tableau des médiateurs. L'exigence d'indépendance, de neutralité et d'impartialité fait l'objet d'une disposition (art. 70 LOJ-Ge), de même que l'obligation de secret auquel le médiateur est astreint (art. 71 LOJ-Ge). La violation de ces dispositions, de même que des règles déontologiques applicables au médiateur, est par ailleurs passible de sanctions allant jusqu'à la radiation définitive (art. 72 LOJ-Ge). Un projet de constitution genevoise, qui prévoit un article 114 traitant de la médiation, a en outre été récemment soumis à consultation (terminée le 25 mars 2011). Cet article énonce : « *L'Etat encourage la médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaires des litiges* ».

Le canton de **Fribourg** a, pour sa part, adopté une loi sur la justice, le 31 mai 2010. Celle-ci comprend trois articles qui traitent de la médiation, soit les articles 125, 126 et 127. En application de ceux-ci, le Conseil d'Etat fribourgeois a établi une ordonnance sur la médiation civile, pénale et pénale pour les mineurs, le 6 décembre 2010 (ROF 2010_154), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Cette ordonnance, qui comporte 43 dispositions, règle la mise en œuvre, dans le cadre d'une procédure judiciaire, de la médiation civile, pénale et pénale pour les mineurs. Plus précisément, elle fixe, dans ces domaines, la surveillance et la discipline - en prévoyant notamment l'instauration d'une commission qui s'occupe du tableau des médiateurs assermentés (autorisation, inscriptions, radiations, mises à jour...), surveille leur activité, exerce le pouvoir disciplinaire sur eux et édicte les directives nécessaires -, les droits et obligations des médiateurs (indépendance, impartialité et neutralité, confidentialité, diligence etc.), le processus de médiation, les règles spécifiques à la médiation en procédure pénale des mineurs, des adultes et en procédure civile.

Le canton de **Vaud** a adopté, le 22 juin 2010, un règlement sur les médiateurs civils agréés (RS VD 211.01.4), lequel fixe le cadre de la procédure d'agrément et les conditions d'exercice de l'activité de médiateur agréé. Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Il prévoit notamment une liste des médiateurs civils agréés, une procédure d'inscription au tableau, laquelle requiert le préavis d'une commission spécialement nommée, ainsi que des sanctions disciplinaires. Aux mêmes dates, le canton de Vaud a également adopté un règlement sur la médiation dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs (RMPPM - RS VD 312.05.5).

Enfin, selon les renseignements communiqués, le canton de **Neuchâtel** examine actuellement un avant-projet de loi sur la médiation civile.

⁵⁷ Karine Siegwart, *op. cit.*, p. 759 n. 28

⁵⁸ Christine Guy-Ecabert, *op. cit.*, p. 211

⁵⁹ La médiation peut également s'avérer utile dans la phase d'établissement des faits et de leur évaluation lorsque les affaires sont complexes, Christine Guy-Ecabert, *Procédure administrative et médiation*, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 209

⁶⁰ Art. art. 218 al. 3 CPC par exemple; Thomas Pfisterer, *op. cit.*, p. 7

⁶¹ Thomas Pfisterer, *op. cit.*, p. 12

I. Contenu et structure

Le présent projet est novateur en ce sens qu'il traite à la fois de la médiation civile, de la médiation pénale et de la médiation administrative. Il s'agit d'un projet de loi-cadre qui comporte 6 chapitres. Y sont d'abord fixées les modalités de la mise en œuvre de la médiation (dispositions générales, organisation, surveillance et règles relatives au processus), puis les droits et obligations du médiateur ainsi que l'articulation entre le processus de médiation et les différentes procédures (civile, pénale, administrative). Des dispositions finales sont enfin énoncées.

Ce projet prend en considération les codes de procédure civile et pénale fédérales (CPC, CPP, PPMIn) ainsi que les lois cantonales édictées en application desdits codes. Il constitue une loi d'application en matière civile et pénale des mineurs et une loi cantonale en matière administrative et pénale des adultes.

II. Commentaire des dispositions

Art. 1 et 2 Champ d'application et But

Le projet de loi concerne uniquement la mise en œuvre de la médiation, intervenant dans le cadre (temporel) d'une procédure administrative ou judiciaire.

Il ne s'applique en outre que pour autant que des dispositions spéciales ne soient pas prévues (par ex. art. 213 ss CPC réglementant l'articulation entre le processus de médiation civile et la procédure, art. 36 et 42 ss de l'ordonnance du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance - RS VS 811.100 - ou art. 56 de la loi en faveur de la jeunesse du 11 mai 2000 et 34 ss de son règlement du 9 mai 2001 - RS VS 850.4 et 402).

Art. 3 Médiation

L'article 3 énonce une définition positive de la médiation. Celle-ci est largement tirée de l'introduction du règlement suisse de médiation commerciale des chambres de commerce suisses (Swiss Rules). Contrairement au domaine juridique où l'on parle de *litige*, on utilise, en médiation, le terme de *conflit*. Pour recourir à une image, le litige représente la pointe de l'iceberg qu'est le conflit⁶². Ce dernier est en effet composé d'éléments qui n'apparaissent pas dans le litige, comme les émotions ou les sentiments des parties.

Art. 4 Médiateur

Cette disposition donne une définition du médiateur et rappelle les devoirs fondamentaux auxquels il est soumis, soit l'indépendance, l'impartialité et la neutralité (cf chiffre 2.b ci-dessus).

L'alinéa second précise en outre que, contrairement au conciliateur, le médiateur ne doit pas proposer de solution et, contrairement à l'arbitre ou au juge, il ne doit pas trancher le litige.

Art. 5 Information de l'autorité

L'article 5 consacre le devoir pour l'autorité, lorsque les conditions semblent s'y prêter, d'informer les parties qu'un processus de médiation peut être engagé. L'information par l'autorité apparaît ainsi comme le point de départ d'un éventuel passage au processus de médiation.

En sus de cette information toute générale, les autorités sont tenues de fournir d'autres renseignements essentiels à la médiation, énumérés de manière non exhaustive à l'alinéa second. Ces renseignements aident les parties à se décider si elles souhaitent recourir au processus de médiation ou non.

⁶² Jean A. Mirimanoff, *op. cit.*, p. 158 et les références citées
01RA1202010310731

Pour informer les parties, l'autorité peut, par exemple, les convoquer en séance et leur donner les explications oralement ou simplement leur remettre une circulaire sur la médiation. A cette occasion, un exemplaire du tableau des médiateurs (art. 7) leur sera également communiqué.

Art. 6 et 7 Médiateurs qualifiés et tableau

L'article 6 confie les démarches de médiation à des médiateurs *qualifiés*, soit ceux qui sont au bénéfice d'un diplôme universitaire ou d'une formation jugée équivalente, qui disposent d'une formation spécifique attestée par une association reconnue en Suisse dans le domaine de la médiation et qui justifient d'une expérience pratique suffisante (alinéa 2).

La condition consistant à être au bénéfice d'une formation de médiation attestée par une association reconnue en Suisse dans le domaine de la médiation, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 3 alinéa 1 let b du Règlement vaudois sur les médiateurs civils agréés et à l'article 7 lettre d de l'Ordonnance fribourgeoise sur la médiation, limite certes la liberté économique et la liberté d'association. Elle est toutefois justifiée par un but d'intérêt public, soit la protection du public. Dès lors que la médiation se déroule dans un contexte judiciaire, le public est en effet en droit d'attendre du médiateur agréé qu'il soit au bénéfice d'une formation et d'une expérience qui maximisent les chances de succès de la médiation et garantissent la qualité des accords passés. Il en va d'ailleurs du crédit que l'on peut porter à la médiation. Sont considérées comme des associations reconnues en Suisse dans le domaine de la médiation, la Chambre suisse de médiation commerciale, la Fédération suisse des associations de médiation, la Fédération suisse des avocats et l'Association suisse pour la médiation. Cette précision figurera dans le règlement du Conseil d'Etat qui mettra en œuvre la loi.

Le projet propose ensuite, pour être reconnu comme médiateur qualifié et en sus des conditions indiquées ci-dessus, que le médiateur n'ait pas fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits incompatibles avec l'exercice ou la dignité de la profession dont l'inscription n'est pas radiée du casier judiciaire. On retrouve cette condition dans la loi valaisanne sur le notariat du 15 décembre 2004 (RS VS 178.1), notamment.

La procédure de reconnaissance des médiateurs qualifiés (dépôt d'une requête, décision de reconnaissance de la commission de médiation etc) doit être définie par le Conseil d'Etat. Il est au demeurant précisé, qu'est seule reconnue, l'activité de médiateur qualifié et non pas le titre de médiateur. Ce dernier n'est en effet pas protégé et l'exercice de cette profession ne saurait de manière générale être subordonnée à l'octroi d'une autorisation cantonale.

Il est enfin prévu que les médiateurs qualifiés soient recensés sur une liste officielle que l'on appelle "*le tableau*". Celui-ci est disponible sur le site Internet du canton du Valais, notamment sur la page relative aux autorités judiciaires. Il doit être régulièrement mis à jour.

Il n'a pas été jugé nécessaire de prévoir l'assermentation des médiateurs qualifiés, comme c'est le cas à Genève par exemple. Cette exigence n'est en effet pas requise des avocats valaisans et ne saurait l'être des médiateurs qualifiés. Les avocats genevois, contrairement aux valaisans, doivent du reste être assermentés.

Art. 8 Commission de médiation

Afin de gérer le tableau et d'examiner qui peut y figurer, le Conseil d'Etat est chargé de mettre sur pied une commission de médiation, laquelle comprendra entre 3 et 5 membres, choisis parmi les médiateurs, les magistrats et les avocats. Celle-ci aura aussi pour attribution de sanctionner les éventuels manquements des médiateurs qualifiés, à la présente loi. Il n'est pas prévu de sanctionner les manquements aux règles déontologiques, lesquels sont déjà examinés par les Fédération de médiateurs. La commission est en revanche libre d'informer les fédérations des manquements commis par les médiateurs qualifiés.

Par référence aux dispositions fribourgeoises et genevoises en la matière, le montant maximal de l'amende a été fixé à Fr. 10'000.-. A titre informatif, l'amende maximale prévue par la loi sur le notariat s'élève à Fr. 10'000.-. La loi sur la libre circulation des avocats fixe l'amende à Fr. 20'000.- au maximum.

La commission veillera également à offrir, aux autorités compétentes, les informations nécessaires pour que les parties puissent être renseignées sur la médiation. A cette fin, elle pourra, par exemple, préparer une circulaire sur la médiation que les autorités remettront aux parties, comme c'est le cas dans le canton de Genève.

L'organisation de la commission et ses compétences, la procédure de reconnaissance et la procédure disciplinaire seront définies dans un règlement du Conseil d'Etat. La loi sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (LPJA) est applicable pour le surplus. La voie du recours administratif au Conseil d'Etat contre les décisions de la Commission de médiation est donc en principe ouverte.

Art. 9 et 10 Indépendance, impartialité et neutralité

Les articles 9 et 10 rappellent les devoirs d'indépendance, de neutralité et d'impartialité qui s'imposent au médiateur. Comme corollaire de ces devoirs, la récusation du médiateur doit être possible. Les dispositions sur la récusation du médiateur figurent dans la procédure correspondante, soit aux articles 47 alinéa 1 CPC, 10 LPJA, 3 PPMIn et 56 CPP.

Art. 11 Confidentialité

Conformément aux lignes directrices européennes, l'article 11 traite du principe de confidentialité de la médiation, principe essentiel pour instaurer la confiance des parties dans le processus de médiation et ses résultats. Ce principe s'impose au médiateur à toutes les étapes du processus de médiation et au-delà de sa conclusion.

Contrairement au secret professionnel des avocats, par exemple, le secret du médiateur n'est pas protégé par le Code pénal (art. 321 CP a contrario). Afin d'assurer la confidentialité de la médiation, il convient en principe d'inscrire, dans les lois de procédure, des règles qui dispensent le médiateur de l'obligation de collaborer à la procédure incombant par principe à tous les témoins. Un tel droit est déjà prévu en procédure administrative fédérale (art. 16 al. 1bis PA) et en procédure civile (art. 166 al. 1 let. d CPC). La procédure pénale dispose également de dispositions spécifiques. En effet, l'article 12 alinéa 4 LAPPMin énonce que le médiateur est tenu au secret professionnel. L'article 173 alinéa 2 CPP (applicable également aux mineurs par le biais de l'art. 3 PPMIn) prévoit par ailleurs que les détenteurs *d'autres secrets protégés par la loi* sont tenus de déposer. La direction de la procédure peut néanmoins les libérer de l'obligation de témoigner lorsqu'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. A l'inverse de ce qui prévaut pour la procédure civile, le médiateur doit donc témoigner s'il n'en est pas dispensé par la direction de la procédure. S'agissant enfin de la procédure administrative cantonale, le renvoi de l'article 28 du projet, aux règles de la procédure civile, permet au médiateur de refuser de collaborer lorsqu'il serait amené à révéler des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Au vu de ces règles, il n'a pas été jugé nécessaire d'introduire en sus, à l'article 11, de disposition spécifique sur la dispense du médiateur de témoigner.

Pour garantir la confidentialité de la médiation, le dossier du médiateur ne doit pas pouvoir être saisi. En ce sens, l'alinéa 3 reprend ce qui est actuellement énoncé à l'article 12 alinéa 4 LAPPMin. Les procédures civile et administrative fédérale prévoient déjà ce principe (art. 160 al. 1 let. a et b CPC et 16 PA).

L'alinéa 4 réserve d'éventuelles dispositions contraires au principe de confidentialité comme, par exemple, le devoir de signalement prévu à l'article 54 de la loi en faveur de la jeunesse du 11 mai 2000⁶³, l'obligation de témoigner prévue par la procédure pénale, sauf dispense accordée, ou l'obligation d'aviser de l'article 364 CP⁶⁴.

Art. 12 Diligence

Pour éviter que la médiation ne devienne un procédé dilatoire, le médiateur veillera à ce que le processus de médiation respecte le délai fixé par le juge ou, en l'absence de délai, que ce processus se réalise dans un laps de temps raisonnable.

Art. 14 Convention

Afin d'assurer le bon déroulement du processus de médiation et la sécurité des rapports juridiques, l'article 14 préconise l'établissement d'une convention, comportant divers points à fixer. Ces points sont repris de l'article 8 des directives FSA pour la médiation.

Préservant la liberté contractuelle des parties, cette convention n'est nullement imposée mais uniquement suggérée. Elle est en principe signée par les parties et le médiateur.

⁶³ Art. 54 Devoir de signalement

¹ Toute personne qui, dans le cadre de l'exercice d'une profession, d'une charge ou d'une fonction en relation avec des enfants, qu'elle soit exercée à titre principal, accessoire ou auxiliaire, a connaissance d'une situation de mise en danger du développement d'un enfant, et qui ne peut y remédier par son action, doit aviser son supérieur ou, à défaut, l'autorité tutélaire.

² En cas d'avis au supérieur, ce dernier est tenu d'agir dans les meilleurs délais, notamment pour faire cesser la situation de mise en danger, pour prendre toutes mesures utiles à l'intérêt de l'enfant et pour sauvegarder les preuves.

³ Les infractions poursuivies d'office doivent être dénoncées au juge d'instruction pénale. S'il y a doute sur l'opportunité de la démarche, il est possible de consulter le Département.

⁶⁴ Art. 364 CP :

Lorsqu'il y a de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité tutélaire des infractions commises à l'encontre de ceux-ci.

Art. 16 Conseil juridique

Les termes de « conseil juridique » ou de « conseil juridique commis d'office », désignant pour l'essentiel, en Valais, les avocats inscrits au registre cantonal, respectivement les avocats commis d'office ou défenseurs d'office, sont les termes utilisés par le CPP (art. 56 par exemple), le CPC (art. 118 ou 122 par exemple) et leurs messages. Ils sont par conséquent repris dans le présent projet par souci d'uniformité avec les procédures fédérales. On retrouve en outre ces notions dans la loi sur l'assistance judiciaire du 11 février 2009 (LAJ) et la loi fixant le tarif des frais et dépens dans les procédures judiciaires et administratives du 11 février 2009 (LTar).

Lors de l'élaboration de la LAPPMin, le rôle de l'avocat dans la médiation a largement été discuté et l'interdiction faite aux avocats de participer au processus de médiation a été levée. Il a en effet été reconnu que leur présence pouvait contribuer à la liquidation globale du litige. Une éventuelle convention de médiation allant dans un sens contraire, reste bien évidemment réservée.

Lorsque le conseil juridique est commis d'office, qu'il participe au processus de médiation et que cette dernière a été recommandée par l'autorité, il est rémunéré sur la base de l'assistance judiciaire (art. 30 LTar par renvoi de l'art. 9 LAJ). Ce procédé facilite l'accès à la médiation.

Art. 17 Assistance

La médiation doit également être accessible aux personnes qui n'ont pas les ressources pour en supporter les frais.

En procédure civile, le législateur fédéral a décidé que les frais d'une médiation seraient en principe à la charge des seules parties⁶⁵. L'article 218 alinéa 2 CPC prévoit cependant un droit à la gratuité de la médiation dans les affaires concernant le droit des enfants qui ne sont pas de nature patrimoniale, si les parties ne disposent pas des moyens nécessaires, et si le tribunal recommande le recours à la médiation. L'alinéa 3 permet en outre au droit cantonal d'instaurer des dispenses de frais supplémentaires et donc d'étendre la gratuité à d'autres cas. En procédure administrative et en procédure pénale, les cantons restent compétents pour légiférer sur la médiation et sont donc libres d'instaurer un recours à l'aide financière de l'Etat.

Faisant usage des compétences accordées au législateur valaisan, le présent projet prévoit l'assistance financière de l'Etat en cas de médiation aux conditions cumulatives suivantes : la partie est indigente, l'autorité saisie a recommandé le recours à la médiation (soit lorsqu'elle a conclu que la médiation était propre à amener une solution durable dans le cas d'espèce) et la médiation est réalisée dans les limites financières et temporelles fixées par l'autorité. Ces trois critères tendent à limiter les coûts à supporter par l'Etat en cas d'assistance. A relever que ce système est un système autonome, différent de l'assistance judiciaire, mais qu'au même titre que cette dernière, il ne s'agira que d'une avance de frais de la part de l'Etat. Dès retour à meilleure fortune, la partie assistée sera soumise à remboursement.

Le dernier critère (fixation de limites financières et temporelles par l'autorité) s'inspire du système appliqué par les protections juridiques. Afin de maîtriser leurs coûts, celles-ci ont en effet pour habitude de fixer d'avance ce qu'elles entendent couvrir (nombre de séances, procédure, montant maximal pris en charge etc). De manière similaire, l'autorité fixera d'avance le nombre de séances de médiation qui seront couvertes par l'Etat, un montant maximum pris en charge ou/et la date jusqu'à laquelle les frais de la médiation seront avancés par l'Etat. Cette solution a été préférée par la commission d'experts qui a travaillé sur le projet, à celle initialement prévue consistant à soumettre l'assistance de l'Etat à la conclusion d'un accord. Cette solution soulevait en effet trop nombreuses questions (par exemple, que se passerait-il en cas d'accord partiel ?) et mettait de surcroît une pression inutile sur les parties indigentes, contraintes de conclure un accord de médiation pour que l'Etat les aide financièrement.

Pour illustrer le système de l'assistance financière de l'Etat, on peut envisager le cas de figure suivant : les parties déposent, sur la base de l'article 213 CPC, une requête de conciliation auprès du juge de commune, dans laquelle elles indiquent qu'elles souhaitent faire une médiation. Dans cette requête, une des parties peut par exemple indiquer qu'elle souhaite obtenir l'assistance financière de l'Etat, soit l'avance des frais de la médiation par l'Etat, ainsi que l'assistance judiciaire, soit notamment l'avance des frais d'un conseil juridique commis d'office. Le juge de commune sera ainsi chargé d'examiner si les conditions pour obtenir ces assistances sont réunies : soit 1) indigence et cause sur le fond non dépourvue de chance de succès, pour l'assistance judiciaire, et 2) indigence, recommandation par l'autorité de recourir à la médiation, pour l'assistance financière puis, comme condition supplémentaire pour l'avance des frais, l'intervention de la médiation dans les limites financières et temporelles fixées par l'autorité. A signaler au demeurant que si l'assistance judiciaire a été octroyée dans la procédure au fond, l'indigence de la partie n'a en principe pas à être réexaminée dans le cadre de l'assistance financière.

Les dispositions nécessaires à l'exécution de l'assistance seront réglementées par le Conseil d'Etat. Seront entre autres mentionnés, l'autorité qui statue sur l'assistance financière ainsi que le tarif des honoraires et débours du médiateur en cas d'assistance.

A relever comparativement que le canton de Fribourg a prévu, dans sa loi sur la Justice (art. 128 LJ) de reconnaître, en sus de l'article 218 alinéa 2 CPC, la gratuité de la médiation dans les autres cas (civils et pénaux)⁶⁶, si, en outre, les conditions de l'assistance judiciaire sont remplies. Le canton de Genève a prévu l'assistance juridique extrajudiciaire en cas de médiation intervenant en dehors d'une procédure administrative ou judiciaire (art. 63 ss LOJ, L10462). Le canton du Jura a enfin choisi, dans sa loi d'introduction du code de procédure civile du 16 juin 2010, de mettre en principe les frais à charge de l'Etat lorsque le tribunal recommande le recours à la médiation et la possibilité pour le gouvernement de passer des conventions prévoyant une prise en charge partielle des frais de médiation par l'Etat avec des médiateurs privés ou des associations (art. 11 LiCPC).

Art. 18 Médiation et procédure civile

L'articulation entre la médiation et la procédure civile est prévue par le CPC. L'article 18 du présent projet y renvoie par conséquent. Les cantons n'ont plus aucune compétence en la matière. Il est pour le reste rappelé, à l'alinéa second, que le canton a fait usage de la compétence accordée à l'article 218 alinéa 3 CPC en prévoyant l'assistance financière de l'Etat.

Art. 19 Médiation et procédure pénale des mineurs

L'article 19 alinéa premier prévoit, sur le modèle fribourgeois⁶⁷, de confier les médiations intervenant dans le cadre de la procédure pénale des mineurs à un bureau de la médiation « étatisé », rattaché administrativement au Département dont relève la sécurité.

Cette solution a été adoptée par la commission d'experts après un examen approfondi de la question et notamment après avoir entendu le juge des mineurs valaisan Xavier Lavanchy, à deux reprises, ainsi que M. Gérard Demierre, médiateur depuis 2006 au bureau de la médiation pénale pour mineurs à Fribourg.

Choissant un bureau de la médiation étatisé, la commission d'experts a décidé d'écarter la solution du mandat de prestations, variante que l'on retrouve dans le canton du Jura, par exemple (art. 20 al. 4 de la loi jurassienne sur la juridiction pénale des mineurs - LJPM, RS JU 182.51). Cette solution tend à confier les médiations, par le biais de mandats de prestations, à un ou plusieurs médiateurs qualifiés, voire à une organisation faisant appel à de tels médiateurs. Le mandat de prestations, tel qu'on l'entend en droit cantonal valaisan, doit définir les objectifs à atteindre, les priorités, les critères de qualité et de performance permettant d'évaluer la réalisation des objectifs et les ressources financières et humaines nécessaires, en fonction des objectifs, priorités et indicateurs fixés (cf art. 15quater LGCAF).

De nombreux arguments concourent à retenir la solution du bureau de la médiation. Ceux-ci ressortent entre autres de la détermination du juge Lavanchy du 4 mai 2011, reproduite partiellement ci-dessous :

" 1. reconnaissance/visibilité/crédibilité

1. La médiation pénale appartient à l'action pénale en général sur laquelle l'Etat dispose d'un monopole. L'Etat organise cette action par la loi et confie sa mise en œuvre à des autorités qui lui appartiennent (police, justice, service de protection de la jeunesse) ou dont les relations avec lui sont réglées par des mandats officiels de prestation (foyers pour jeunes). Le médiateur pénal qui intervient sur délégation du juge des mineurs doit disposer également de cette reconnaissance étatique par l'adoption d'une base légale arrêtant son statut, ses relations avec les tribunaux et avec les parties.
2. Privilégier la solution de la création d'un bureau de la médiation au sein du personnel de l'Etat permet d'accentuer la reconnaissance, la visibilité et la crédibilité des médiateurs dans un domaine aussi sensible que la justice pour mineurs. Cette mise en évidence paraît importante que ce soit vis-à-vis du prévenu, de ses parents, du public en général, mais encore plus de la partie plaignante. Il est facilement imaginable que cette dernière accordera une confiance renforcée (capitale dans les cas de médiation) à un organisme public qu'à un tiers difficilement identifiable (un médiateur anonyme parmi les douze agréés à ce jour).
3. Le juge des mineurs doit également travailler dans un climat de confiance avec la personne ou l'organisme à qui il attribue des mandats importants. En effet, pour rappel, une médiation s'achevant par un accord conduit au classement automatique de la procédure, même dans les cas poursuivis d'office. L'identification claire d'un partenaire unique permettra sans conteste également de simplifier les rapports entre eux et de renforcer les liens de collaboration et de confiance.

⁶⁶ MESSAGE No 175 du Conseil d'Etat fribourgeois au Grand Conseil accompagnant le projet de loi du 14 décembre 2009 sur la justice (LJ), p. 36

⁶⁷ Art. 30 al. 1 de l'Ordonnance fribourgeoise sur la médiation

4. Enfin, la nomination d'une personne (par région linguistique) appelée à consacrer la totalité de son énergie professionnelle à la recherche d'une solution entre les parties dans le domaine de la justice pénale juvénile permettra à ce médiateur de bénéficier d'un nombre suffisant de dossier. Il pourra se consacrer à cette tâche, se spécialiser dans le domaine et acquérir une expertise ce qui renforcera de toute évidence son efficacité sur le terrain. Son engagement lui offrira également la possibilité d'offrir une importante disponibilité à la justice pénale et permettra une célérité accentuée du traitement des dossiers envoyés en médiation.

2. utilisation renforcée de l'instrument de la médiation en droit pénal des mineurs

La médiation pénale a été introduite dans le droit pénal des mineurs par l'entrée en vigueur de la DPMin le 1er janvier 2007. Dès cette date, en Valais, cet instrument est confié à des médiateurs privés agréés. Il faut reconnaître que jusqu'au 31 décembre 2010 le processus de médiation est utilisé avec parcimonie par la justice des mineurs valaisanne (8 médiations en 2007, 17 médiations en 2008, 14 médiations en 2009 et 9 médiations en 2010).

Or, depuis le 1er janvier 2011, la PPMIn prévoit la reconnaissance de la partie plaignante comme partie à la procédure avec une grande partie des droits qui lui sont attribués par le CPP. Cela constitue une évolution importante pour le Valais qui ne connaissait pas cette constitution dans les procédures ouvertes à l'encontre de mineurs. Cette affirmation des droits de la partie plaignante va certainement induire, comme ce fut le cas dans le canton de Fribourg, les juges des mineurs à confier plus de procédure en la médiation afin de permettre et d'assurer la discussion entre les parties concernant la résolution des conflits pénal (infraction proprement dite) et civil (dommages et intérêts). C'est ainsi qu'au 30 avril 2011, 18 processus de médiation ont déjà été introduits dans le canton, ce qui, projeté sur une année, pourrait donner 54 affaires confiées.

Par ailleurs, ce mouvement sera certainement renforcé par la modification du mode de financement des processus de médiation. Alors que dans le système actuel de la médiation privée, vu le prix moyen d'une médiation de 1'500 francs (avec un prix horaire forfaitaire fixé à 140 francs auquel s'ajoute les frais), le juge introduit naturellement l'idée de proportionnalité financière de la mesure en rapport avec l'importance de la procédure à traiter, dans un système étatisé, la question ne se posera plus et permettra à l'esprit de la médiation (discussion sereine entre parties à un conflit) de se développer hors toute considération financière. Le système étatisé permettra de plus d'instaurer un meilleur contrôle du travail des médiateurs et des coûts du processus.

Enfin, et c'est l'enjeu de toute discussion sur la médiation, la mise en place d'un système souple, crédible, visible, digne de confiance de médiation pénale en matière de justice juvénile doit permettre d'instaurer un climat de promotion de ce processus aujourd'hui éprouvé. Investir dans cette matière qui permet de la manière la plus éducative qui soit de mettre le jeune contrevenant en face de ses responsabilités (reconnaissance du délit et recherche d'une réparation morale et matérielle), permet, comme dans tous les domaines touchant la jeunesse en difficulté, d'investir de manière constructive dans un processus de réinsertion sociale, de limiter les risques de récidive et des coûts sociaux futurs. "

Allant dans le même sens, le rapport sur l'administration de la justice pour l'année 2010 indique, en page 32, que le fait que la médiation pénale des mineurs ne soit pas étatisée en Valais, et que les montants prévus au budget pour la médiation soient insuffisants, empêchent son essor.

S'agissant de l'organisation projetée pour le bureau de la médiation, le Juge Lavanchy relève enfin qu'une occupation EPT (emploi à plein temps) de 70 à 80 % serait nécessaire, soit un poste à 60 % de langue française et un poste à 10 ou 20 % de langue allemande. Le bureau de la médiation serait basé à Sion et disposerait d'un bureau, avec un espace convivial à disposition, dans le service auquel il serait rattaché ou éventuellement dans un autre service selon les moyens à disposition. L'activité des médiateurs du bureau nécessiterait enfin des déplacements dans les différentes régions du Valais.

Bien que faisant partie d'une même matière juridique, le droit pénal des adultes et le droit pénal des mineurs apparaissent comme deux domaines bien distincts, notamment quant à leurs objectifs. Les buts visés par le droit des délinquants mineurs s'écartent en effet des notions de souffrance, de répression et de rétribution, que l'on trouve en droit pénal des adultes, et privilégient des visées éducatives, préventives, curatives, sociales et protectrices. Pour ces motifs, le droit des mineurs a été codifié dans des lois fédérales séparées des adultes. De même, il a été décidé de ne pas intégrer dans le présent projet les dispositions existantes en matière de médiation pénale des mineurs (art. 11 et 12 LAPPMin) mais de les laisser dans la LAPPMin. L'alinéa second y renvoie par conséquent. Dans un souci d'harmonisation avec la présente loi, les articles 11 et 12 LAPPMin seront néanmoins quelque peu modifiés (cf dispositions finales ci-dessous).

Art. 20-23 Médiation et procédure pénale des adultes

Tel que vu ci-dessus (ch. 5b let. ii), les cantons peuvent choisir de pratiquer la médiation en matière pénale. En effet, le cadre, et les conséquences d'un processus de médiation en matière pénale se lisent, en creux, dans le CP (art. 53) et le CPP (art. 314 suspension, 316 al. 1 et 2 médiation et 319 classement). La médiation pénale présentant de nombreux avantages (ch. 5b), cette solution a été choisie en l'espèce.

Dans un souci de clarification, la doctrine recommande cependant de regrouper ces règles dans des réglementations cantonales idoines⁶⁸ et relève qu'il serait judicieux de prévoir les éléments suivants :

- pour les infractions poursuivies sur plainte comme d'office, la liberté pour les parties de recourir, de leur propre initiative, à un processus de médiation ;
- pour les infractions poursuivies sur plainte comme d'office, la possibilité pour le Ministère public de proposer aux parties de prendre part à un processus de médiation (médiation déléguée) ou d'associer un médiateur à l'audience de conciliation (médiation associée) ;
- la suspension de la procédure pénale durant le processus de médiation, en application de l'article 314 alinéa 1 CPP ;
- en cas d'aboutissement du processus de médiation, le classement de la procédure pénale dans les limites des articles 319 CPP et 8 CPP en relation avec l'article 53 CP⁶⁹.

Le présent projet suit pour l'essentiel la solution préconisée.

L'article 20 expose les cas dans lesquels la médiation pénale peut intervenir. Il reprend l'article 41 de l'Ordonnance sur la médiation fribourgeoise. L'article 21 traite ensuite de la suspension et de la reprise de la procédure pénale en cas de médiation. Comme pour la médiation pénale des mineurs⁷⁰, l'article 22 alinéa 1 rend les médiateurs attentifs à la nécessité de régler, dans l'accord écrit que les parties ont signé, entre autres les prétentions civiles et le renoncement aux voies de recours. Il importe en effet d'éviter qu'une fois l'accord signé et l'affaire pénale classée, une partie puisse encore aller devant les tribunaux civils pour obtenir réparation ou change d'avis après signature et recoure contre l'ordonnance de classement. Il faut bien sûr subordonner le renoncement à la voie civile ou aux voies de recours à la réalisation de l'accord. L'alinéa 4 prévoit ensuite qu'en cas d'assistance de l'Etat, l'accord portant sur la répartition des frais sera soumis à la ratification de l'autorité (art. 22 al. 4). Il est en effet indispensable que cette dernière ait un droit de regard sur l'accord pour éviter des abus. Dans le cas contraire, les parties pourraient par exemple décider de mettre tous les frais à la charge de la personne indigente uniquement pour que ceux-ci soient supportés par l'Etat. L'article 23 présente enfin les conséquences d'une médiation menée avec succès sur la procédure pénale.

Art. 24 - 28 Médiation et procédure administrative

La médiation administrative peut intervenir en cas de conflit opposant un ou plusieurs administrés à l'administration valaisanne (Département, services, offices, communes, personnes physiques et morales auxquelles l'Etat confie des tâches publiques etc). Le Grand Conseil, ainsi que ses organes, dont l'activité ne se prête pas à la médiation puisqu'elle est essentiellement d'ordre législatif, sont exclus du champ d'application de la loi.

La médiation administrative n'est possible que lorsque l'autorité dispose d'une liberté d'appréciation suffisante (c.-à-d. d'un choix possible entre diverses solutions) ou d'une latitude de jugement (c.-à-d. de la possibilité d'interpréter la loi ou en présence d'une notion juridique indéterminée, comme par exemple la notion d'esthétique en droit des constructions) (art. 24 al. 1), et sous réserve du principe de légalité. L'accord auquel parviennent les parties et le médiateur constitue en effet le contenu de la décision que prendra l'autorité. Il ne saurait donc être contraire au droit. Il doit par ailleurs être conforme à la volonté des parties librement exprimée (art. 27) et conforme aux intérêts publics. Dès lors qu'elle facilite la communication entre les différents intervenants, la médiation administrative apparaît particulièrement appropriée pour résoudre des problèmes de droit de l'environnement, d'aménagement du territoire ou de droit des constructions.

La médiation apparaissant comme une dérivation de la procédure ordinaire, cette dernière est suspendue dans l'attente de l'accord entre les parties. La reprise de la procédure est laissée en tout temps à leur libre disposition (art. 25 al. 1 et 2). Si la procédure administrative est certes suspendue, les délais (de recours, de prescription etc) ainsi que les effets d'une décision rendue par l'autorité courent toujours. Il faut donc veiller à entreprendre les actes nécessaires et ce malgré le processus de médiation en cours (art. 25 al. 3).

De manière identique à la médiation pénale, lorsque les frais de la médiation sont avancés par l'Etat, l'autorité doit encore examiner si l'accord n'est pas abusif, s'agissant de la répartition des frais, et le ratifier (art. 27 al. 2).

⁶⁸ Birgit Sambeth Glasner/Florence Pastore, *op. cit.*, p. 753

⁶⁹ Ibidem

⁷⁰ Message du P.LAPPMin du 29 avril 2009 in BSGC de novembre 2009, p. 419

Le présent projet prévoit enfin que les dispositions du CPC sur la médiation s'appliquent à titre supplétif. Eu égard à la proximité entre le droit administratif et le droit civil, la doctrine préconise en effet le recours aux prescriptions du CPC en cas de lacune ou lorsque les dispositions administratives sont incomplètes⁷¹. Sont toutefois réservées les dispositions spéciales de textes légaux cantonaux qui prévoient la médiation. Ceux-ci prévalent en effet sur les présentes dispositions qui sont d'ordre plus général (comme par exemple art. 56 de la loi en faveur de la jeunesse du 11 mai 2000 et 34 ss de son règlement du 9 mai 2001).

Art. 29 – 31 Dispositions finales

L'article 29 rappelle que les parties et le médiateur sont avant tout liés par un contrat de mandat. Les règles prévues par les articles 404 ss CO s'appliquent par conséquent également.

Les articles 11 et 12 LAPPMin sont adaptés au présent projet, plus précisément à la notion de médiateur qualifié, telle qu'on l'entend à l'article 6, et à l'introduction du bureau de la médiation pénale des mineurs.

L'application du présent projet est enfin immédiate.

C. Aspects financiers

Tel que mentionné précédemment, les médiations connaissent habituellement un taux de réussite d'environ 70 %. Dans la mesure où la médiation atteint ses objectifs, le présent projet entraîne une économie de frais. En effet, d'une part, les juges et l'administration se trouvent déchargés de procès ou de recours qui les mobilisent et, d'autre part, dès lors que la procédure au fond n'est pas menée jusqu'au bout, les frais supplémentaires d'un éventuel avocat d'office sont évités.

En cas d'échec de la médiation, par contre, les frais d'assistance supportés par l'Etat s'ajoutent à ceux supportés d'ordinaire. Tenant toutefois compte du fait que l'assistance de l'Etat n'intervient que lorsque le processus de médiation a été approuvé par l'autorité saisie et dans les limites financières et temporelles fixées par celle-ci, les 30 % d'échec habituellement retenus peuvent être réduits de moitié et donc représenter 15 %. A relever au demeurant que ce montant n'est que provisoirement à charge de l'Etat puisqu'il ne s'agit que d'une avance de la part de celui-ci.

En conclusion, dans les procédures civile, administrative et pénale des adultes, les économies résultant du succès de la médiation et les coûts liés à l'échec de ce processus devraient se compenser.

Il en va différemment s'agissant de la médiation pénale des mineurs. En effet, le fait de créer un bureau de la médiation, dont les avantages ont été avancés ci-dessus, entraînera inévitablement des frais supplémentaires. Selon l'organisation projetée par le Juge des mineurs Xavier Lavanchy (cf commentaire art. 19), c'est un montant annuel de Fr. 122'000.- de frais de fonctionnement (13^{ème} salaire compris) qui peut être estimé pour ce bureau.

A cela s'ajoute encore les charges liées à la commission de médiation. Partant de l'idée que ses membres (3 à 5) se réuniront environ 6 journées par année, c'est un montant annuel de fonctionnement oscillant entre Fr. 10'000.- et Fr. 15'000.- ($250 \times 6 + 230 \times 4 \times 6 = \text{Fr. } 7020 + \text{frais de déplacement, repas et divers}$) qui peut être retenu. Le secrétariat permanent de la commission de médiation sera enfin assuré par le service administratif et juridique du DSSI, à raison de 0.5 EPT (emploi à plein temps), soit une charge évaluée annuellement (13^{ème} salaire compris) à Fr. 63'000.-.

Sion, le 9 septembre 2011

⁷¹ Arnold Marti, Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrechts und das öffentliche Recht, in ZBL 2007 p. 271
01RA1202010310731