ATF 147 I 241 | TF, 05.02.2021, 2C_283/2020*

Il est contraire à l’art. 215 CPC d’assujettir à autorisation préalable l’exercice de la fonction de médiateur ou médiatrice dans le cadre d’une procédure civile. En revanche, les cantons peuvent établir et publier une liste de personnes jouissant de certaines qualifications et expériences, cas échéant attestées par une procédure d’accréditation ou d’assermentation, y rendre les parties attentives et conditionner la gratuité de la médiation au choix d’une personne de la liste.

Faits

Une personne demande à la Commission de la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs du canton de Fribourg de reconnaître son droit de pratiquer la médiation familiale dans le cadre judiciaire, de faire valoir des honoraires pour cette activité auprès des autorités compétentes et d’être inscrite au tableau des médiateurs et médiatrices assermentés, sans être formellement autorisée comme médiatrice.

La Commission rejette cette demande : elle exclut d’admettre l’exercice de la fonction de médiateur sans octroi par ses soins d’une autorisation préalable. Cette décision est confirmée sur recours par le Tribunal cantonal. Le recourant débouté interjette alors un recours au Tribunal fédéral, qui doit examiner si la législation fribourgeoise, qui assujettit à autorisation préalable l’exercice de la fonction de médiateur notamment dans le cadre d’une procédure judiciaire civile, est compatible avec le droit fédéral, singulièrement avec les art. 213 ss CPC.

Droit

En préambule, le Tribunal fédéral présente la réglementation cantonale. La loi sur la justice fribourgeoise contient une délégation législative qui charge le Conseil d’État de fixer les conditions dans lesquelles des personnes peuvent être admises à pratiquer la fonction de médiateurs et médiatrices dans le cadre judiciaire, leurs devoirs, la surveillance exercée et les possibles sanctions (art. 125 al. 4 et 126 al. 4 LJ/FR). En substance, l’ordonnance cantonale sur la médiation civile, pénale et pénale pour les mineurs adoptée sur cette base

soumet l'exercice de la profession de médiateur ou médiatrice en marge d'une procédure judiciaire à une autorisation, dont la délivrance est subordonnée au respect d'un certain nombre de conditions (art. 6-8 OMed/FR). Les personnes qui remplissent ces conditions sont assermentées et apparaissent au tableau officiel des médiateurs et médiatrices (art. 9-10 OMed/FR). L'ordonnance prévoit ensuite des règles d'exercice de la profession et des sanctions en cas de non-respect de ces règles. Enfin, l'art. 40 OMed/FR, combiné avec les art. 52 ss du règlement cantonal sur la justice, prévoit que les frais de la médiation sont en principe à la charge des parties, mais que le canton les prend si nécessaire en charge lorsque l'autorité judiciaire recommande le recours à la médiation.

Le Tribunal fédéral expose ensuite que cette réglementation de l'activité de médiateur ou médiatrice amène à examiner abstraitement la question de savoir si les cantons peuvent soumettre la médiation civile dans le cadre judiciaire à autorisation préalable ou si le CPC exclut ce type de procédure. La doctrine est divisée à ce sujet.

Une première perspective insiste sur le fait que les cantons ont sur le principe la compétence de régler l'exercice de la médiation civile (art. 3 Cst.), car la Confédération ne jouit pas de compétence exclusive sur ce point, l'organisation et l'administration de la justice civile ressortissent aux cantons (art. 122 al. 2 Cst.) et la compétence fédérale en matière de procédure civile (art. 122 al. 1 Cst.) n'est pas directement affectée par une réglementation de la médiation.

Selon une seconde perspective, la réglementation de la médiation par les art. 213 ss CPC, bien que brève, consacre, à l'art. 215 CPC, le principe du libre choix du médiateur ou de la médiatrice par les parties. Or, la mise en place d'un régime d'autorisation limiterait ce libre choix et contredirait ainsi le droit fédéral.

Pour régler cette controverse, le Tribunal fédéral procède à une interprétation de l'art. 215 CPC selon les règles consacrées.

Sous l'angle *littéral* d'abord, il relève que l'art. 215 CPC prévoit que les parties se chargent de l'organisation et du déroulement de la procédure et qu'il en découle que les autorités ne peuvent leur imposer un médiateur. Cela étant, sans réserver une réglementation cantonale

sur les médiateurs et médiatrices, la disposition n'interdit pas non plus une telle réglementation.

Historiquement ensuite, il appert que le Conseil fédéral n'a pas voulu réglementer la procédure et les exigences applicables aux médiatrices et médiateurs. Il a indiqué qu'il ne s'agissait pas d'un titre protégé et que, si la notion de médiation se référait en premier lieu à des personnes qualifiées, rien n'excluait que d'autres personnes fassent office de médiatrices. L'Assemblée fédérale n'a pour sa part pas discuté de la question de savoir si les cantons pouvaient adopter une réglementation à ce sujet. On distingue quelques avis épars sur la question, mais, aux yeux du Tribunal fédéral, les débats ne remettent pas globalement en question l'avis du Conseil fédéral.

Quant à l'interprétation *systématique*, elle conduit le Tribunal fédéral à la conclusion que le législateur aurait adopté une disposition claire s'il avait voulu laisser une liberté de réglementation aux cantons. En effet, l'art. 17 PPMin contient par exemple une précision obligeant de confier les médiations relevant de ce domaine aux personnes disposant de compétences dans celui-ci. Le projet du CPP, qui contenait des dispositions expresses sur la médiation, contenait également une disposition de ce type.

Enfin, du point de vue *téléologique*, le Tribunal fédéral estime que limiter l'exercice de la médiation s'accorde mal avec l'objectif du CPC consistant à favoriser le plus possible le recours à ce mode alternatif de résolution des conflits.

Le Tribunal fédéral en conclut que les art. 213 ss CPC, singulièrement l'art. 215 CPC, ne permettent pas aux cantons d'instituer une forme de monopole dans ce domaine et de restreindre le choix des médiateurs et médiatrices possibles aux seules personnes jouissant d'une autorisation préalable.

Il en résulte que les art. 6 et 7 OMed/FR, en tant qu'ils font dépendre le droit d'exercer la fonction de médiateur ou médiatrice civile dans le cadre judiciaire de l'octroi d'une autorisation préalable, sont contraires au droit fédéral. Partant, le recours doit être admis s'agissant du droit du recourant de pratiquer l'activité de médiateur, y compris en matière familiale, sans autorisation préalable.

Autre est la question de savoir si le recourant peut apparaître au tableau des médiateurs et médiatrices du canton de Fribourg et s'il peut être rémunéré pour son activité au titre de l'assistance judiciaire.

Aux yeux du Tribunal fédéral, le droit fédéral n'empêche pas toute réglementation cantonale en matière de médiation civile. Ainsi, les cantons peuvent d'abord prévoir des règles minimales d'indépendance et de diligence. Ils peuvent ensuite orienter les parties sur le choix d'un médiateur ou d'une médiatrice dans les cas où le tribunal recommande ou exhorte à une médiation dont les frais seraient appelés à être pris en charge par l'État. Enfin, ils peuvent établir et publier une liste de personnes jouissant de certaines qualifications et expériences, cas échéant attestées par une procédure d'accréditation ou d'assermentation, y rendre les parties attentives et conditionner la gratuité de la médiation au choix d'une personne de la liste. De telles règles ne sont contraires ni aux art. 213 ss CPC, ni à la liberté économique (art. 27 Cst.), dès lors qu'il est possible de conduire une médiation même sans apparaître sur cette liste.

En l'espèce toutefois, le Tribunal fédéral relève que les instances précédentes se sont fondées sur un motif inexistant pour refuser au recourant l'inscription au tableau, puisqu'elles se contentées de motiver ce refus par son absence d'autorisation préalable, alors que l'exercice de la médiation civile ne peut être soumis à une telle autorisation. Pour déterminer si le recourant peut être inscrit, il faut examiner s'il remplit les conditions d'inscription au tableau fixées par l'art. 7 OMed/FR (cf. art. 10 OMed/FR), qui ne mentionne pas l'obtention d'une autorisation. Le Tribunal fédéral ne peut procéder lui-même à un tel examen, raison pour laquelle il renvoie la cause à la Commission de la médiation pour instruction et décision. Pour les mêmes motifs, il renvoie également la cause s'agissant de la question de savoir si le recourant peut faire valoir des honoraires au titre de l'assistance judiciaire auprès des autorités compétentes. Pour répondre à cette question, il est en effet nécessaire de déterminer (i) si le recourant peut apparaître au tableau des médiateurs et (ii) si le canton entend limiter la prise en charge des frais de médiation aux personnes qui apparaissent dans ce tableau.

En conclusion, le Tribunal fédéral admet le recours, constate que le recourant peut exercer

la médiation civile dans le cadre judiciaire sans devoir être au bénéfice d’une autorisation et renvoie pour le reste la cause à la Commission de la médiation.

Proposition de citation : Camilla Jacquemoud, L’assujettissement (inadmissible) à autorisation de l’exercice de la médiation civile dans le cadre judiciaire, in: https://lawinside.ch/1032/