

CHAPITRE 2

LA MÉDIATION JUDICIAIRE : QUELS REGARDS CROISÉS ENTRE LE JUGE ET L'AVOCAT ?

Alice DEJOLLIER

Assistante et doctorante à l'UCLouvain

et

Bénédicte INGHELS

*Conseiller à la cour d'appel de Mons, Maître de conférence à l'UCLouvain et
membre de la rédaction du Journal des Tribunaux*

Introduction

1. – À l'heure où les conflits entre personnes, entre groupements, entre mondes différents ont tendance à s'exacerber, s'interroger sur la justice est un devoir moral.

2. S'il est certain que nos sociétés ne répondent plus à la configuration existant au temps de Montesquieu, notre démocratie repose encore pourtant sur la confiance exprimée envers trois pouvoirs distincts, forts et indépendants les uns des autres. Parmi ceux-ci, le pouvoir judiciaire est chargé de vérifier la correcte application de la loi, d'en sanctionner la violation et de résoudre les litiges – voire, dans l'idéal, le conflit sous-jacent¹ – qui en résultent, le juge étant avant tout chargé de préserver et (r)établir la paix sociale.

Ce pilier n'existe toutefois pas si tout justiciable ne dispose pas d'un accès libre et égal à la justice. Au XXI^e siècle pourtant, cet accès s'avère encore onéreux, complexe et parfois inefficace : l'augmentation des frais de justice, la création ou l'aggravation d'un arriéré, la difficulté à comprendre les mécanismes et rouages procéduraux, etc. ont fait de la question de l'accès à la justice une réelle préoccupation.

¹ Nous souhaitons insister sur la distinction qui oppose selon nous le *litige*, par nature procédural et auquel une solution *a priori* juridictionnelle entend être apportée, au *conflit* latent et plus profond dont ce litige découle et dans lequel il s'inscrit. Si cette distinction et l'utilisation d'un terme plutôt que l'autre trouvera **donc**, le cas échéant, toute sa pertinence, nous ferons également parfois usage du terme « différend » afin de désigner l'opposition globale entre parties, formée par le litige et le conflit.

Chaque acteur de terrain – et les avocats en premier – y est aujourd’hui confronté, face aux incompréhensions et interrogations des justiciables ainsi qu’au désarroi de ne pouvoir leur offrir de réponse satisfaisante.

Or, « accéder à son juge », c’est recevoir une information complète sur l’étendue de ses droits et sur les aléas d’un procès ; c’est comprendre les actes d’une procédure ; c’est pouvoir s’offrir les conseils d’un avocat ou être en droit d’en bénéficier ; c’est se défendre ou se faire entendre par un juge attentif qui comprend les tenants et les aboutissants du différend et s’attache à y apporter une solution.

3. – L’attente de justice est celle d’une solution rapide, car rendue dans un délai raisonnable. Elle est aussi celle d’une solution efficace qui apporte, d’une part, une réponse concrète au différend et qui puisse, d’autre part, faire l’objet d’une exécution volontaire ou contrainte. Elle est enfin celle d’une solution durable, car l’heure n’est plus à la surconsommation judiciaire, mais bien à la conscience de la nécessité d’un véritable équilibre social.

Les obligations légales et déontologiques incombant aux avocats et magistrats entendent faire écho à cette attente. Main dans la main, ces acteurs de la justice² œuvrent à la recherche et la préservation de cet équilibre, plus encore aujourd’hui à travers la loi du 18 juin 2018 modifiant le Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges³.

4. – L’avocat a l’avantage de disposer d’une image complète du problème de son client et en principe fidèle à son ressenti. Il dispose aussi de temps et d’espace pour en approfondir sa connaissance : de la première consultation jusqu’à l’exécution d’une décision de justice, il en maîtrise tous les arguments, toutes les étapes, vicissitudes et contraintes pratiques ou financières. Il connaît tout des passions, des désespoirs, des faiblesses, de la pauvreté. Il touche à l’irrationnel niché en tout conflit.

5. – Le juge, lui, intervient à un moment clé dans la résolution du litige. Ce devrait être l’ultime, celui qui apporte l’apaisement. Il n’en sait toutefois que ce qui est dit ou écrit sous le prisme du droit et des demandes. Il ne connaît qu’un moment, sans recul, sans lendemain. Le juge « a le privilège, que les parties n’ont

² Qui ne sont pas les seuls à être concernés : huissiers de justice, greffiers, etc. ont eux aussi un rôle important à jouer dans le règlement des différends soumis à la justice dite étatique. La présente contribution ne s’attachera toutefois pas à l’analyse de leur rôle, puisqu’elle se concentre uniquement sur l’interaction des juges et avocats à cet égard.

³ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, p. 53455 (ci-après, « la loi nouvelle », « la nouvelle loi » ou encore « la loi-waterzooï » (baptisée comme telle en raison de la diversité des matières qu’elle embrasse)).

pas, de voir les problèmes et les dossiers d'un œil dépassionné. Il n'a par contre ni le temps ni nécessairement les « outils » ou compétences pour aider les parties à construire un accord entre elles. D'où l'utilité de renvoyer celles-ci vers un médiateur, professionnel de l'assistance des parties dans la construction de solutions qui rencontrent les besoins de chacun »⁴. Des solutions non plus seulement apportées au *litige* soumis par les parties à l'office de la justice, mais ~~également~~ élargies au dénouement du *conflit* sous-jacent.

6. – C'est dans ce contexte général et sous ce double regard que nous envisageons la réforme législative récemment intervenue.

En préambule de son avis, le Conseil supérieur de la justice (~~ci après, le « CSJ »~~) s'était ému du changement de paradigme que cette réforme sous-tend : « la loi ferait de la voie amiable la voie naturelle, première, de résolution des différends, le recours aux juges (et aux arbitres) devenant, quant à lui, le « filet de sécurité » lorsque toutes les autres solutions (amicales) ne sont pas possibles »⁵.

D'après le ~~CSJ~~, la modification législative énoncerait ainsi une sorte de « clause générale de médiation, allant au-delà des différends contractuels – pour lesquels une clause peut déjà être souscrite par les parties et se voir reconnaître une efficacité processuelle sur le fondement de l'article 1725 (inchangé dans le projet) du Code judiciaire –, entraînant une certaine privatisation de la justice. L'accès aux prétoires perdrait donc symboliquement de son importance et, avec lui, la solution juridique pouvant être apportée aux conflits opposant les justiciables »⁶.

Il apparaît toutefois que le législateur souhaite, en réalité, « éviter de donner l'impression que le projet semble vouloir *privilegier* et pas simplement *encourager* le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits »⁷. Aussi l'exposé des motifs de la loi révèle-t-il sa volonté de « prendre des mesures afin d'aménager *une place équivalente* dans le droit judiciaire à des formes alternatives de résolution de litiges comme la médiation »⁸, celui-ci s'appuyant sur la « plus-value d'une solution négociée plutôt qu'imposée »⁹.

⁴ P. VAN LEYNSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016/13, n° 6641, p. 203.

⁵ Avis relatif au titre 9 du projet de loi du 5 février 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges (*Doc. parl.*, Ch. repr., n° 54-2919/001), approuvé par l'assemblée générale du Conseil supérieur de la justice le 5 mars 2018 (ci-après, l'« Avis du CSJ »), nos 12 et 13, et les réf. cit.

⁶ *Ibid.*

⁷ Projet de loi du 5 février 2018 portant des dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2919/001 (ci-après, « *Doc. parl.*, n° 54-2919/001 »), p. 242.

⁸ C'est nous qui soulignons.

⁹ *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, ~~exposé~~ des motifs, p. 55.

Les formes amiables de résolution des litiges – dont fait partie la médiation – et l’instance judiciaire classique, constituent donc les deux axes autour desquels la procédure civile s’articule à présent. Ces modes ne sont pas antinomiques, ils sont selon nous complémentaires : ceci confirme et renforce notre conviction d’une nécessaire interaction entre l’avocat, conseil des parties, et le juge.

7. – Dans le cadre de la présente contribution, nous croiserons donc nos regards, issus de pratiques et d’expériences différentes. Tantôt sous l’angle de l’avocat, tantôt sous celui du juge, nous tenterons de cerner et d’exposer les différents degrés d’implication de chacun – ~~allant~~ du plus léger au plus contraignant – dans le cadre de la résolution amiable d’un différend.

Cette implication se vérifiera à différents moments de la procédure : en amont, au stade de l’information ou de l’incitation ; de manière plus engagée, par le biais d’invitation ou de prescription ; en corrigeant l’absence de tentative amiable préalable ou encore à travers l’encadrement du processus de médiation ; au stade de l’homologation d’un accord de médiation s’il en a émergé un accord ou, enfin et au contraire, par l’éventuelle reprise de la voie judiciaire en cas d’échec du processus...

Chacune de ces phases de la procédure judiciaire, qui n’est autre que le théâtre où se jouent les multiples interactions dont question, soulèvera diverses questions que nous n’hésiterons pas à débattre et à propos desquelles nous formulerons, le cas échéant, quelques avis ou suggestions.

SECTION 1

LES DIFFÉRENTS DEGRÉS D’IMPLICATION DE L’AVOCAT DANS LE CADRE DE LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDS¹⁰

8. – Depuis l’entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2018, les avocats se voient tenus de respecter deux nouvelles obligations en vertu du nouveau second alinéa de l’article 444 du Code judiciaire.

Outre *informer* « le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et tout autre mode de résolution amiable des litiges »¹¹, les avocats devront désormais

¹⁰ La présente section sera consacrée à la seule analyse de la nouvelle obligation légale qui incombe expressément à l’avocat dans le cadre de la résolution amiable des différends. Nous aurons toutefois l’occasion de pointer, dans la prochaine section consacrée aux différents rôles du magistrat dans ce même cadre, les divers autres niveaux auxquels l’avocat est également amené à intervenir, en dialogue et concertation avec le juge.

¹¹ ~~C’est nous qui soulignons.~~

tenter de favoriser le recours à l'un de ces modes « *dans toute la mesure du possible* », si celui-ci leur paraît envisageable.

Le devoir d'information qui incombe aujourd'hui légalement à l'avocat fait évidemment écho à la recommandation déontologique (*par ailleurs* non contraignante) qui lui était déjà faite, spécifiquement en ce qui concerne la médiation, « d'examiner avec ses clients, préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, la possibilité de résoudre leurs différends par le recours à la médiation, et de leur fournir, à cette occasion, toutes les informations qui leur permettront de bien apprécier l'intérêt de ce processus »¹².

L'exposé des motifs de la loi ajoute que l'avocat et son client s'efforceront raisonnablement, « en concertation, [...] de résoudre le litige à l'amiable et ce, *en tout état de cause* »¹³. En d'autres termes, l'avocat sera tenu de respecter ces deux nouvelles obligations légales non seulement avant l'entame d'une éventuelle procédure judiciaire, mais également à tout stade de la « vie » du litige.

9. – L'avocat n'est toutefois pas dépourvu d'un certain pouvoir d'appréciation. En effet, ce n'est que « dans la mesure du possible » et « si le recours à l'un de ces modes leur paraît envisageable », que le nouveau second alinéa de l'article 444 lui impose de tenter de *la* favoriser. De telles précisions étaient indispensables à la préservation de la liberté d'exercice dont jouit l'avocat en vertu du premier alinéa de cette même disposition¹⁴.

L'usage des termes « dans la mesure du possible » signifie également que l'obligation qui repose à cet égard sur l'avocat, n'est autre que de moyens. Concrètement, l'avocat devrait pouvoir démontrer qu'il a fait tout ce qu'il était en mesure de faire pour informer correctement son client, non seulement sur les modes alternatifs et amiables (procédure, coût, enjeux, etc.) mais également sur les avantages qu'entraîne un tel mode de *solution*. L'accomplissement de cette obligation pourra prendre diverses formes, à apprécier *in concreto* suivant l'état d'avancement de la procédure engagée : il est ainsi évident que cette obligation ne se traduira pas de manière identique lors de la première consultation entre l'avocat et son client, ou lorsque la partie adverse a déjà formulé une proposition de médiation.

10. – Le législateur n'a par ailleurs prévu aucun mécanisme de contrôle ni de sanction de ces nouvelles obligations à charge de l'avocat. Un dialogue permanent

¹² Art. 2.12 du Code de déontologie de l'avocat, rendu obligatoire par le Règlement du 12 novembre 2012 publié au *M.B.* le 17 janvier 2013, entré en vigueur le 17 janvier 2013 et dans sa version du 4 mai 2018.

¹³ *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, *exposé des motifs*, p. 241. C'est nous qui soulignons.

¹⁴ Pour rappel, l'alinéa premier de l'article 444 du Code judiciaire précise en effet que « Les avocats exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité ».

entre le juge et ~~les avocats~~, de même bien entendu qu'avec les parties, constitue sans nul doute un premier moyen de sauvegarde de leur respect dans cette nouvelle manière d'envisager le procès civil. Nous verrons en outre que, dans les lignes qui suivent, d'autres mesures prises par le législateur impliquant l'intervention seule du magistrat, pourraient servir de correctif ou de « garde-fou » à l'éventuel non-respect de ces obligations par l'avocat¹⁵.

SECTION 2

LES DIFFÉRENTS DEGRÉS D'IMPLICATION DU JUGE DANS LE CADRE DE LA RÉOLUTION AMIABLE DES DIFFÉRENDIS

11. – La loi nouvelle bouleverse de manière fondamentale le rôle du magistrat. Ce dernier se voit en effet investir d'une mission complémentaire : outre sa fonction traditionnelle de juger, il se pose désormais comme un acteur essentiel dans les (nouveaux) modes de résolution amiable des différends, dont fait évidemment partie la médiation.

Contrairement à ce qui existait jusqu'alors, ce rôle ne dépendra plus de certaines juridictions, telles les chambres de règlement amiable du tribunal de la famille, ou de certaines pratiques généralement inspirées par la bonne volonté d'un ou plusieurs magistrats. Désormais, tout juge, quel qu'il soit¹⁶, est tenu d'intégrer les formes amiables de résolution au sein même de sa pratique. En d'autres termes, il doit les connaître, être en mesure de les expliquer et maîtriser la procédure destinée à leur application.

Dans les lignes qui suivent, nous aurons l'occasion d'épingler et d'analyser, dans un premier temps, les différents degrés d'implication du juge lorsque la médiation « s'invite » au cours de l'instance judiciaire, et de nous interroger, dans un second, sur les conséquences d'une implication irrégulière de celui-ci dans ce cadre.

§ 1. Les différents degrés d'implication du juge en droit belge

12. – L'implication du juge dans le cadre de la résolution amiable des différends est susceptible de différents degrés, dont l'intensité varie selon le moment auquel

¹⁵ Voy. *infra*, not. n^{os} 19, 28 *in fine* et 66.

¹⁶ Et quel que soit le contentieux concerné, sauf dérogation légale expresse. Voy. à cet égard, A. DEJOLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », in J. SOSSON (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 232 et 233, n^{os} 13 et s.

le magistrat est amené à intervenir dans le processus de résolution, selon la marge de manœuvre dont il dispose dans ce cadre, ou encore en fonction de ce qu'il jouit seulement d'un outil offert par la loi ou que celle-ci le contraint, au contraire, à agir dans un sens donné.

Nous verrons que la loi du 18 juin 2018 a considérablement élargi le champ d'action des magistrats qui, en tout état de la procédure, pourront désormais œuvrer en faveur de la médiation.

13. – Dans ce cadre, le législateur a entendu accorder au juge un nouveau rôle transversal, outre celui classiquement reconnu de trancher¹⁷ les litiges : aujourd'hui, le juge est aussi investi d'une œuvre *pacificatrice*¹⁸. À cet égard, P. Van Leynseele écrivait déjà en 2016 que « le juge doit aussi endosser un rôle de pacificateur social. Il doit favoriser l'émergence d'accords amiables lorsque cela lui semble possible à la lumière de tous les éléments dont il dispose »¹⁹.

Les lignes qui suivent sont consacrées à l'analyse plus concrète de la mise en œuvre de cette nouvelle mission qui incombe au magistrat. Nous avons réparti, selon une gradation croissante de leur intensité²⁰, les divers outils et moyens d'action dont jouit aujourd'hui le juge belge au regard des nouveautés insérées dans le Code judiciaire par la récente loi du 18 juin 2018.

A. L'information

14. – Accroître la visibilité et la lisibilité des divers modes amiables de résolution des différends constitue un réel enjeu et la condition de leur recours par les justiciables. Leur efficacité en dépend également. La sensibilisation des justiciables à ces divers modes ne sera possible que s'ils sont correctement informés de leur existence et de leurs bienfaits. L'information est donc la première étape nécessaire à garantir un meilleur accès des citoyens à la justice, dans toutes ses composantes.

¹⁷ Qui est, certes, un outil de communication à part entière, mais qui connaît toutefois les limites et difficultés qu'on lui connaît : désappropriation du litige, dépenses et aléas (temps, argent, énergie), compréhension et/ou acceptation parfois difficile(s) de la décision prononcée, dont l'efficacité et l'exécution sont dès lors mises à mal, etc.

¹⁸ *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, exposé des motifs, p. 242.

¹⁹ P. VAN LEYNSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *op. cit.*, p. 203.

²⁰ Pour établir cette classification des divers moyens d'action dont dispose le magistrat en droit belge, nous nous sommes inspirés du résultat (non encore publié) des recherches menées au sein du 11^e chantier (consacré à la thématique « *Les praticiens et les modes privés de prévention et règlement des différends* ») initié dans le cadre du projet « *Accès au droit et à la justice* » (A.D.A.J.) en cours d'élaboration au sein de l'Université de Montréal (voy. <http://adaj.ca>).

Le législateur belge l'a bien compris.

Jusqu'alors, seul le greffier se voyait légalement tenu, dès l'introduction de la demande en justice, d'informer les parties « de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des conflits ». Cette obligation du greffier ne lui incombait toutefois que « *dans toutes les causes relevant du tribunal de la famille* »²¹.

Aujourd'hui, tout magistrat pourra désormais se voir impliqué dans l'information des parties quant aux divers modes de résolution à l'amiable, dont fait partie la médiation.

1. L'article 730/1, § 2, alinéa premier, du Code judiciaire

15. – En effet, le premier alinéa du tout nouvel article 730/1, § 2, du Code judiciaire dispose que, sauf en référé²² et à l'audience d'introduction ou lors d'une audience fixée à date rapprochée, le juge peut « *informer* [les parties] des possibilités d'encore résoudre le litige à l'amiable »²³ après les avoir interrogées sur la manière dont elles ont tenté de le régler avant son introduction en justice (sur ce point, voy. *infra*, n° 28).

Si l'article 730/1 du Code judiciaire – qui vise tout magistrat quel qu'il soit²⁴ – offre donc au juge la possibilité (et non l'obligation) d'informer le justiciable de l'éventualité d'une résolution amiable de son litige (et non de dispenser une information générale sur le règlement amiable des différends comme y est contraint le greffier en matière familiale), on se réjouira que le législateur l'ait davantage impliqué dans l'information des parties, si fondamentale soit-elle.

On imagine ainsi que le magistrat, dans le cadre de la mise en œuvre de ce premier alinéa du second paragraphe de l'article 730/1, pourrait par exemple avertir les parties de l'existence même des modes amiables et, le cas échéant et conformément au deuxième alinéa de cette même disposition, remettre la cause à une date fixe afin de permettre aux parties de suivre une séance d'information à cet égard.

²¹ Art. 1253ter/1, § 1^{er}, du Code judiciaire.

²² Cette exclusion fera l'objet d'un commentaire distinct, aux n°s 20 et s.

²³ C'est nous qui soulignons.

²⁴ Sur la place de l'article 730/1 dans le Code judiciaire et les juridictions qu'il concerne, voy. A. DEJOLLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », *op. cit.*, pp. 225 à 326.

2. L'article 730/1, § 2, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire

16. – Cette dernière disposition prévoit en effet que, « à la demande de l'une des parties ou s'il l'estime utile, le juge, s'il constate qu'un rapprochement est possible, *peut*, à cette même audience d'introduction ou à une audience fixée à date rapprochée, *remettre la cause à une date fixe*, qui ne peut excéder un mois sauf accord des parties, *afin de leur permettre* de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et *de recueillir toutes les informations utiles* en la matière »²⁵.

En d'autres termes, « le renvoi des parties pour qu'elles puissent s'informer sur les modes alternatifs de résolution des conflits peut être ordonné par le juge en amont, (...) [c'est-à-dire] au début de la procédure »²⁶. Le législateur a entendu conférer au juge un plus grand pouvoir dans l'information des parties, en lui offrant la possibilité de les inviter à réfléchir et s'informer sur l'existence et l'utilité des méthodes amiables existantes.

Selon P. Van Leynseele, « cet "outil" correspond à la mise en œuvre procédurale du pouvoir donné au juge de tenter d'amener les parties à réfléchir sérieusement aux possibilités éventuelles d'un règlement amiable, en particulier à la lumière des réflexions que le magistrat aura pu faire valoir à ce sujet suite à son appréhension du dossier avant et à l'audience d'introduction ou de remise. Il donne également une base légale pour amener les parties à se renseigner quant à l'existence et au fonctionnement des modes alternatifs de résolution des conflits et de la médiation en particulier »²⁷.

17. – Certes, il pourra s'avérer difficile, pour le juge, d'apercevoir l'opportunité d'un processus de résolution amiable, surtout lorsqu'il ne disposera, à l'audience d'introduction, que de la seule citation. Nous ne pensons toutefois pas que cela soit rédhibitoire : l'expérience révèle que certains contentieux se prêtent plus facilement à cette solution²⁸. Le magistrat en charge de l'audience introductive d'instance y portera son attention.

Par ailleurs, sa parfaite préparation des dossiers lui permettra de réagir de manière efficace et opportune si un premier débat se noue à cette audience introductive,

²⁵ C'est nous qui soulignons.

²⁶ *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, exposé des motifs, p. 257.

²⁷ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : "L'appel" à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *J.T.*, 2018/39, n° 6751, p. 883.

²⁸ Tels que, devant les juridictions entrepreneuriales, les conflits entre associés ou, devant les justices de paix, le contentieux locatif ou des troubles de voisinage. D'une manière générale, tous les litiges dont la dimension relationnelle est importante, seront prioritaires.

fut-ce au sujet de la mise en état de la cause ou concernant des mesures provisoires au sens de l'article 19 du Code judiciaire.

18. – En outre, le magistrat sera attentif au fait que le dernier alinéa du paragraphe 2 de l'article 730/1 du Code judiciaire, l'empêche d'ordonner une telle mesure de renvoi « si elle l'a déjà été dans le cadre du même litige ». Deux remarques méritent ~~à notre sens~~ d'être formulée à cet égard.

Premièrement, dans la mesure où « les règles relatives à l'instance sont applicables aux voies de recours »²⁹, tant le juge siégeant à l'audience d'introduction sur opposition, là où elle reste admise, que celui qui préside la chambre d'introduction de la juridiction d'appel, se voient offrir les mêmes possibilités d'intervention en vertu de l'article 730/1 qui, pour rappel, s'adresse à tout magistrat quel qu'il soit, en quel que contentieux que ce soit³⁰. Toutefois, ces possibilités d'intervention risquent de s'amenuiser puisqu'il suffira que la mesure de renvoi (seule visée au dernier alinéa du second paragraphe de l'article 730/1) ait déjà ordonné en première instance, pour que le juge d'appel ne puisse en disposer.

Deuxièmement, s'il constate la possibilité d'un rapprochement et décide, sur cette base, de renvoyer l'affaire à une date ultérieure, le magistrat veillera à le faire acter de manière expresse au procès-verbal de l'audience de sorte que, à tous les stades ultérieurs de la procédure, il soit possible de vérifier si le renvoi de la cause a déjà été ordonné *pour ce motif*.

19. – Enfin, la possibilité de renvoi de la cause à une date fixe sur la base de l'article 730/1 pourrait faire office, selon nous³¹, de correctif à l'éventuel non-respect de son devoir d'information par l'avocat³². En effet, cette remise a pour but de permettre aux parties de prendre connaissance des informations et renseignements utiles à la résolution amiable de leur différend (que l'avocat serait donc resté en défaut de leur communiquer) et d'en vérifier, partant, l'opportunité.

²⁹ Art. 1042 du Code judiciaire.

³⁰ Sauf dérogation légale expresse. Voy. à cet égard, A. DEJOLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », *op. cit.*, pp. 232 et 233, n^{os} 13 et s.

³¹ Sur cette question, voy. not. A. DEJOLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », *op. cit.*, p. 230.

³² À cet égard, voy. *supra*, n^{os} 8 et s.

3. Exception : la procédure en référé

20. – Le législateur n'a pas autorisé le juge des référés à interroger spécifiquement les parties sur leurs tentatives préalables, à les informer des possibilités d'encre résoudre amiablement leur litige, à ordonner leur comparution personnelle à ces fins ou encore à renvoyer l'affaire pour leur permettre de mieux s'informer sur les modes amiables, conformément au second paragraphe de l'article 730/1.

Cette restriction se justifie à l'évidence par les limites du référé, dont l'urgence ne peut pas être retardée par des aléas de procédures inutiles.

21. – Nous la regrettons cependant : en effet, la procédure en référé est un terrain privilégié pour ce type de solution. Il s'agit souvent de litiges passionnés, à vif, où la solution négociée dans l'urgence et sous le regard du juge permettrait au contraire d'apaiser très rapidement les braises et d'éviter l'aggravation du conflit et de ses conséquences dommageables.

L'exception est d'ailleurs un peu incohérente si on met en parallèle les articles 730/1 et 1734 du Code judiciaire.

Nous ne pensons par ailleurs pas que la restriction était si nécessaire. D'une part, nous savons que dans l'appréciation de l'urgence, le juge peut tenir compte des discussions ou tentatives de solutions amiables³³. D'autre part, le risque de retarder la procédure au détriment des parties est strictement limité puisque l'article 730/1 n'impose rien au juge mais lui offre de simples *possibilités*, dont il usera généralement – on l'espère – avec modération.

22. – Est-ce à dire que le juge des référés se voit interdire tout report pour ce motif à ce stade ? Nous ne le pensons pas. S'agissant d'une exception au principe du rôle pacificateur du juge, nous croyons qu'elle doit s'interpréter de manière stricte.

Si les *parties* demandent une remise à bref délai, celles-ci et le juge veilleront à ce qu'il soit acté au procès-verbal de l'audience que ce report est ordonné de l'accord exprès des parties et sans préjudice de l'appréciation de l'urgence, afin de leur permettre de vérifier si le litige qui les oppose peut-être totalement ou partiellement résolu à l'amiable. En effet, il nous semble que rien n'interdit un accord procédural explicite des parties sur ce point. Dans ce cas, le juge veillera à ce que la remise se fasse dans des délais compatibles avec l'urgence caractéristique de la procédure en référé.

³³ Sur l'urgence et l'inertie des parties, voy. J. ENGLEBERT, « Inédits de droit judiciaire, Référés », *J.L.M.B.*, 2005/4, pp. 140-187, n^{os} 5 et 6.

23. – Enfin, la restriction prévue à l'article 730/1, § 2, du Code judiciaire s'applique uniquement aux procédures « en référé » : une interprétation stricte de cette disposition nous amène à considérer qu'elle ne vaut pas pour les procédures dites « comme en référé » qui, même si elles sont traitées dans les formes de l'urgence qui y est par ailleurs présumée, restent des procédures au fond dans lesquelles les modes amiables peuvent aussi être envisagés.

B. *La promotion, l'encouragement, l'incitation*

24. – La réforme intervenue à l'occasion de la loi du 18 juin 2018 tendait initialement à satisfaire l'une des principales ambitions du ministre de la Justice contenues dans l'Accord de gouvernement du 9 octobre 2014, à savoir *encourager* « dans la mesure du possible (...) les modes alternatifs de règlement des conflits (...) afin de décharger les tribunaux »³⁴. Si l'objectif premier poursuivi par le législateur peut être critiquable³⁵, on saluera toutefois son désir de promouvoir les formes alternatives³⁶ de résolution des litiges, tel qu'en témoigne l'intitulé de la loi finalement prise.

25. – Cet encouragement se traduit d'abord par l'introduction, dans notre Code judiciaire, d'une nouvelle obligation incombant désormais à tout magistrat³⁷ : celle de *favoriser*, en tout état de la procédure, un mode de résolution amiable des litiges. Cette nouvelle mission du juge, consacrée au paragraphe premier de l'article 730/1, n'est autre qu'une première, sinon la principale, manifestation du rôle de pacificateur qu'endosse aujourd'hui le magistrat dans l'exercice de ses fonctions.

26. – Le même article 730/1 du Code judiciaire prévoit ensuite, en son second paragraphe, divers moyens d'action dont dispose le juge dans le cadre de la mise en œuvre de cette nouvelle mission de pacification des litiges.

On l'a vu, l'un de ces moyens consiste pour le juge à renvoyer la cause à une date fixe afin de permettre aux parties « de *vérifier* si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable et de recueillir toutes les informations utiles en

³⁴ Accord de gouvernement, 9 octobre 2014, p. 109, disponible sur <http://www.premier.be/fr/accord-de-gouvernement>.

³⁵ On aurait en effet souhaité qu'une autre motivation, plus consciente et au fait de la réelle nécessité d'une ouverture aux modes amiables de résolution des différends, ait déterminé le législateur.

³⁶ On aurait néanmoins pu souhaiter que le législateur parle de formes « amiables » plutôt qu'« alternatives », dans la mesure où tous les modes extrajudiciaires (et donc alternatifs) ne sont pas nécessairement amiables (on pense, par exemple, à l'arbitrage).

³⁷ Quel qu'il soit, en quel que contentieux que ce soit (sauf dérogation légale expresse).

la matière »³⁸. Par cette mesure, le juge entendra confier aux parties le soin de repenser le mode (par hypothèse initialement judiciaire) choisi par elles afin de résoudre leur litige, avec une attention toute particulière portée sur l'information relative aux formes amiables.

Selon nous, il ne s'agit là rien d'autre que d'une mesure incitative que pourra prendre le magistrat afin de « pousser » les parties à recourir aux voies amiables de résolution des différends et de les convaincre que l'une d'entre elles pourrait servir leur cause, considérant lui-même par hypothèse qu'un rapprochement des parties est possible³⁹.

C. *Le contrôle*

27. – Nous avons vu que l'avocat est le premier garant, parmi les acteurs de la justice, de l'information des parties quant aux diverses méthodes de résolution amiable des *conflits* (dont fait partie la médiation) et de la tentative, dans toute la mesure du possible, d'une telle méthode si celle-ci paraît du moins envisageable⁴⁰.

28. – L'article 730/1, au premier alinéa de son second paragraphe, dispose que « sauf en référé⁴¹, le juge peut, à l'audience d'introduction ou lors d'une audience fixée à date rapprochée, *interroger les parties* sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause et les informer des possibilités d'encore résoudre le litige à l'amiable ». Il précise en outre et *in fine* que, « à cette fin, le juge peut *ordonner la comparution personnelle* des parties »⁴².

Tel que l'indiquait le *CSJ* dans son avis *remis le* 5 mars 2018 et selon les mots de P. Van Leynseele à cet égard, « il appartient au juge de s'assurer que les possibilités d'évoluer vers un règlement amiable ont été explorées par les parties avant d'entamer le procès. Un procès (...) ne devrait pas se dérouler si une possibilité de règlement amiable existe. Le juge est dorénavant chargé de le vérifier »⁴³.

Par cette disposition, le législateur a donc souhaité confier au magistrat un véritable pouvoir de *contrôle* des tentatives (y compris en matière de médiation) opportunément menées par les parties, notamment à l'initiative de leurs conseils.

³⁸ Art. 730/1, § 2, al. 2, du Code judiciaire.

³⁹ Cf. conditions de mise en œuvre d'une telle remise au sens de l'article 730/1 du Code judiciaire.

⁴⁰ Art. 444, § 2, nouveau du Code judiciaire.

⁴¹ Sur cette exclusion *du juge des référés*, voy. *supra*, n^{os} 20 et s.

⁴² C'est nous qui soulignons.

⁴³ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : « L'appel » à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 382.

Ce pouvoir de vérification sera aussi l'occasion pour le juge de s'assurer de l'accomplissement de ses obligations légales d'information par l'avocat, et ce notamment par le biais de la comparution personnelle des parties qu'il pourra désormais ordonner à cette fin, ce que d'aucuns considèrent comme une marque de défiance du magistrat à l'égard des avocats⁴⁴.

29. – Jusqu'alors, certains magistrats souhaitant inciter les parties à réfléchir à l'opportunité d'une médiation, recourraient à la possibilité offerte par l'article 922 du Code judiciaire de convoquer les parties à l'audience⁴⁵.

La nouvelle mesure prévue par le législateur facilitera cette tâche à ces magistrats.

Attention toutefois que, conformément à l'avis du Conseil d'État sur ce point, si le commentaire du nouvel article 730/1 du Code judiciaire prévoyait que cette faculté du juge s'exerce « sans porter atteinte au contenu confidentiel de la correspondance entre avocats », il convient toutefois de garder à l'esprit qu'« en cas de négociations entre les parties, la confidentialité de ces négociations dépasse largement la confidentialité [d'une telle] correspondance (...), les parties n'acceptant en général de négocier que si tout le processus [est] couvert par la confidentialité qui, le cas échéant, pourra même porter sur le principe même des négociations »⁴⁶.

Tel que l'indique P. Van Leynseele à cet égard, « une telle vérification peut être simple, par exemple si les parties ont tenté une médiation préalable. Dans le cas, il leur suffira de montrer le protocole de médiation ou une correspondance émanant du médiateur constatant l'échec de la médiation. Ce sera par contre, et bien souvent, plus compliqué dans la mesure où des négociations préalables seront généralement couvertes par la confidentialité que les parties souhaiteront attacher à leurs échanges, a fortiori s'ils ont lieu avec le concours d'avocats dont ce type de correspondance est par nature confidentielle (dans la déontologie belge en tout cas). En outre, il ne faudra pas que les juges s'autorisent à utiliser ce qui s'apparente à un « pouvoir d'investigation » pour tenter de s'immiscer dans le contenu des tractations qui auront eu lieu, voire pire, pour rechercher à qui l'échec des négociations serait imputable. (...) le pouvoir du juge ne peut être que "marginal" »⁴⁷.

Dans la mesure où le législateur a confié une mission pacificatrice au juge, celle-ci doit s'exercer dans un climat de confiance, et la loyauté des parties et des avocats s'impose. Dans cette mesure, nous croyons – peut-être naïvement – qu'il suffira

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *op. cit.*, p. 204.

⁴⁶ *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, Avis du Conseil d'État, p. 557.

⁴⁷ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : "L'appel" à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 883.

au juge d'interroger les parties et leurs avocats sur l'existence d'une recherche de solution amiable antérieure et d'acter la réponse formelle qui est ainsi donnée. Les parties ne devront pas expliquer les motifs de l'échec ni désigner qui d'elles est à l'origine de cet échec : « seuls l'existence de pourparlers et le constat de l'absence d'accord sont pertinents »⁴⁸ sur ce point.

D. *La proposition, la suggestion*

30. – Jusqu'à présent, nous avons vu que le rôle du magistrat est relativement souple et que ce dernier reste assez peu impliqué dans le processus de résolution amiable en tant que tel.

Le quatrième degré d'implication du magistrat dans la promotion des modes amiables de règlement des différends, emporte un engagement plus participatif et personnel de sa part.

31. – Nous verrons *infra* que le magistrat belge peut, moyennant le respect de certaines conditions, ordonner l'envoi des parties en médiation⁴⁹. Si ces conditions n'étaient pas remplies ou que, bien que rencontrées, l'esprit de la médiation ne saurait être garanti au cours du processus, rien ne nous paraîtrait empêcher le magistrat de pouvoir *proposer* uniquement aux parties le recours à la médiation : « le législateur a en effet laissé au magistrat la possibilité d'ordonner aux parties de recourir à la médiation, laissant à sa discrétion l'opportunité d'une telle mesure »⁵⁰.

Lors des discussions parlementaires précédant la loi nouvelle, d'aucuns considéraient d'ailleurs qu'« un magistrat ne doit pas pouvoir imposer la médiation, il doit juste pouvoir la *suggérer* »⁵¹.

32. – En outre, le magistrat peut également prendre l'initiative de proposer aux parties l'entame d'une conciliation à son intervention. Dans une telle hypothèse, le

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Sur ce point, voy. n^{os} 34 et s.

⁵⁰ Ce cinquième degré d'intervention du magistrat est encore plus coercitif, puisqu'il consiste pour le magistrat à jurer de la possibilité d'ordonner aux parties de recourir à la voie amiable pour résoudre leur litige.

A. DEJOLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », *op. cit.*, pp. 225 à 326.

⁵¹ Projet de loi du 9 mai 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, Rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n^o 54-2919/006, Propos de M. Brotcorne, p. 25. C'est nous qui soulignons.

magistrat suggère le recours au mode amiable lui paraissant alors approprié et/ou accompagne, le cas échéant, les parties dans cette voie.

Il va de soi que, sauf dans les cas prévus par la loi⁵², le préliminaire de conciliation ne peut être imposé. C'est donc des parties qu'émanera la demande de recourir à ce préalable, pouvant certes être formulée sous l'impulsion du juge. Sans préjudice des dispositions des articles 1724 à 1737, on sait que toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut en effet être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à des fins de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction. ~~S'agissant de la conciliation et de la médiation, plus particulièrement, il ne faut cependant pas confondre les deux modes~~ : la conciliation, dont la faculté⁵³ est offerte au juge, se distingue de la médiation à maints égards. Pour n'en citer que quelques-uns, nous rappellerons que la médiation est strictement confidentielle, ce que la conciliation n'est pas⁵⁴, sauf accord exprès des parties. La médiation est un processus encadré, structuré, confié à un tiers impartial et neutre qui ne peut, en droit belge, être le juge.

Si aborder la question de la conciliation par le juge dépasserait largement l'objet de la présente contribution, il nous importe toutefois de souligner que, à travers le nouvel alinéa premier de l'article 731 – qui, pour rappel, énonce qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties » – le législateur a traduit sa confiance dans la mission pacificatrice du juge en rappelant *expressis verbis* cet aspect de sa fonction.

Ce rappel a le mérite d'exister dans le nouvel arsenal législatif, bien que l'encouragement de ce mode reste encore assez timide. Comme le soulignait le Conseil supérieur de la justice dans son avis, il y a un « relatif paradoxe qui résulterait de l'adoption du projet en ce que le législateur inciterait la résolution amiable des litiges, voire même permettrait d'imposer le recours à la médiation alors qu'il n'en irait pas de même de la conciliation par l'entremise d'un juge ou du renvoi vers une chambre de règlement amiable. Tenter de concilier les parties doit pourtant, dans le prolongement du principe posé à l'article 730/1 en projet, tout autant demeurer

⁵² Nous pensons notamment aux litiges locatifs (art. 1344^{septies} du Code judiciaire) et ceux portés devant le tribunal du travail (art. 734 du Code judiciaire). Pour ce type de contentieux, la conciliation revêt un caractère ~~préalable~~ obligatoire.

⁵³ Tel qu'indiqué *supra*, la conciliation ~~préalable~~ peut ~~par le juge se muer en obligation légale~~.

⁵⁴ Diverses propositions avaient pourtant été soumises au Sénat afin de consacrer légalement la confidentialité de la conciliation. Ces propositions n'ont toutefois pas été, ~~à ce jour, accueillies favorablement~~. Voy. not. Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-903/1, p. 2 ; Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne un mode alternatif de règlement des litiges, *Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5 - 1457/1, p. 8.

une “tâche essentielle” du juge. On ne perçoit *a priori* pas ce qui justifierait un traitement différencié entre les modes amiables de résolution des différends que sont la médiation, le droit collaboratif et la conciliation »⁵⁵.

On veillera donc à ne pas se méprendre sur les expressions « médiation par le juge » ou « juge-médiateur », qui recouvrent une tout autre réalité dans d'autres États du globe. Nous y reviendrons⁵⁶.

E. La contrainte

33. – Ce cinquième degré d'intervention du magistrat est encore plus coercitif, puisqu'il consiste pour le magistrat à jouir de la possibilité d'ordonner aux parties de recourir à la voie amiable pour résoudre leur litige, d'une part, et de désigner le cas échéant le médiateur amené à les aider dans cette tâche, d'autre part.

1. Le pouvoir du juge d'ordonner la médiation

34. – ~~En ce qui concerne la médiation plus particulièrement, on connaît~~ la possibilité offerte au magistrat par l'article 1734, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, « sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure et ainsi qu'en référé, [...] à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, [d'] *ordonner une médiation*, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré »⁵⁷⁻⁵⁸.

Cette disposition a déjà fait l'objet de nombreux commentaires, auxquels nous nous permettons de renvoyer le lecteur⁵⁹.

⁵⁵ Avis du CSJ, p. 7, n° 9.

⁵⁶ Voy. *infra*, n°s 46 et s.

⁵⁷ C'est nous qui soulignons.

⁵⁸ Cette disposition nous permet, à titre d'illustration, de proposer une lecture parallèle avec certaines dispositions légales françaises libellées en ce sens : on pense, par exemple, à l'article 131/1 du Nouveau Code de procédure civile français (placé dans le Titre VI bis consacré à la médiation) qui dispose que « le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance », ou encore à l'article 22 de la loi française n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui énonce que « le juge peut désigner, avec l'accord des parties, un médiateur pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé. Cet accord est recueilli dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État ».

⁵⁹ Voy. not. N. UYTENDAELE, « La loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation (M.B., 22 mars 2005) », *J.J.P.-T.Vred.*, 2005/10, p. 582 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005/17, n° 6179, pp. 297-308 ; O. CAPRASSE, « La loi du 21 février 2005 sur la médiation », *C.J.*, 2006/2, p. 21 ; G. DE LEVAL, « La médiation », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2015, pp. 1431-1445 ; P. VAN LEYNSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *op. cit.*, pp. 202-205.

35. – À l’occasion de la loi du 18 juin 2018, le législateur a étendu cette faculté du juge d’ordonner une médiation à une nouvelle autre hypothèse, ~~en ajoutant un~~ second alinéa ~~au~~ paragraphe premier de l’article 1734 : « Lorsqu’il estime qu’un rapprochement entre les parties est possible, le juge *peut*, d’office ou à la demande de l’une des parties, *ordonner une médiation*, après avoir entendu les parties, à l’audience d’introduction, à une audience de remise à une date rapprochée ou à une audience fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit celui du dépôt des premières conclusions du défendeur. Si toutes les parties s’y opposent, le juge ne peut ordonner une médiation »⁶⁰.

Cette nouvelle disposition a déjà suscité nombre d’observations, critiques et interrogations⁶¹⁻⁶².

À l’origine, le projet de loi prévoyait en effet la possibilité pour le juge d’ordonner la médiation, même sans l’accord des parties. En l’état, elle avait alors suscité une levée de boucliers, des représentants du barreau notamment, qui estimaient excessif le pouvoir ainsi conféré au juge.

Dans la rigueur d’un système judiciaire reposant sur le principe dispositif, il nous semble en effet qu’un tel pouvoir aurait été exorbitant. Il aurait surtout eu pour effet de compromettre de manière radicale le caractère volontaire de la médiation.

Ne l’est-il pas déjà ? Nous sommes partagées sur la réponse à cette question. En dépend finalement l’acception retenue de cette caractéristique fondamentale du processus.

La juge ne la pense pas compromise, puisqu’au moins une des parties y aura souscrit et que le juge aura estimé que la possibilité d’un rapprochement est possible. L’opposition de *toutes* les parties au processus ~~nous~~ paraît en effet constituer un sérieux tempérament au pouvoir du juge et devrait exclure tout risque d’excès de pouvoir dans son chef. Il lui faudra donc l’habileté nécessaire pour recueillir l’accord d’une des parties et identifier les raisons lui permettant de penser qu’une solution amiable de ce type peut être envisagée.

⁶⁰ C’est nous qui soulignons.

⁶¹ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l’appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, pp. 877-893 ; A. DEJOLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », *op. cit.*, pp. 225 à 326.

⁶² Parmi les interrogations, nous nous demandons si l’article 1734, § 1^{er}, al. 1^{er}, du Code judiciaire, qui a une portée générale, s’articule aisément avec la procédure applicable aux actions en réparation collective. L’article XVIII.45 du Code de droit économique renvoie expressément à l’article 1734 du Code judiciaire, mais les aménagements récents de ce dernier nous paraissent susciter de nouvelles questions, qui dépassent toutefois le cadre de la présente contribution.

L'avocate s'interroge quant à elle sur l'efficacité d'un processus auquel l'une des parties, qui n'y était initialement pas ouverte ni favorable, se voit finalement contrainte de participer⁶³.

36. – Si le législateur n'a pas visé d'obligation pour le juge de motiver sa décision d'ordonner la médiation, nous pensons qu'elle s'impose toutefois. À la différence de l'article 730/1 du Code judiciaire, il nous paraît en effet que le juge devra quelque peu s'expliquer sur son appréciation, du moins si l'une des parties s'est opposée à la médiation.

Par ailleurs, les craintes d'un excès de pouvoir du juge sont encore contrebalancées par le rôle de pacificateur dont il est désormais investi. S'il estime être dans les conditions idoines, le juge ne pourra pas forcer la médiation, par la pression ou la conviction. Ce serait un travail inutile. C'est encore et toujours par l'information et la facilitation qu'il arrivera à convaincre au moins une partie – et on espère toutes – de recourir à la médiation.

Dans ce contexte, nous pensons que le dialogue entre l'avocat et le juge est essentiel. Nous l'identifions à deux niveaux.

D'une part, il peut être utile que le barreau et la magistrature se rencontrent et travaillent à intervalles réguliers pour identifier les critères favorisant le renvoi de certains dossiers en médiation. Certains litiges sont plus propices que d'autres, notamment car ils reposent sur un fond relationnel qui crée la tension et, bien souvent, le litige. C'est ce qu'a compris le législateur en matière familiale, mais ce n'est évidemment pas le seul domaine auquel la médiation se prête. D'autres litiges sont parfois plus complexes à résoudre par la voie judiciaire, en raison des longueurs, des complexités procédurales ou encore d'effets secondaires au procès qu'il peut être bon d'identifier ensemble.

Nous préconisons donc qu'une structure de concertation soit instaurée, idéalement par ressort ou, au moins, par arrondissement, pour envisager au mieux un processus d'identification des critères de renvoi en médiation. Cette structure peut également permettre d'organiser le fonctionnement des juridictions pour accueillir le processus de médiation, par la tenue d'une permanence, pour l'organisation d'audiences adaptées, etc.⁶⁴. L'existence d'une telle structure de concertation est

⁶³ Cette partie, bien que contrainte d'entamer le processus, pourrait en effet y mettre d'emblée fin, en vertu précisément de ce caractère volontaire. Le souhait du législateur, rappelé à maintes reprises, d'éviter tout retard dans le traitement de l'affaire par le juge, ne serait dès lors pas rencontré.

⁶⁴ Pour un exemple de structure de concertation au niveau du ressort de la cour d'appel de Mons, voy. B. INGHELS, « Comment promouvoir la médiation/la conciliation commerciale : un projet pilote », in P.-P. RENSON (dir.), *États généraux de la médiation*, Liège, Anthemis, 2015, pp. 83-92.

extrêmement utile : elle favorise la *confiance* entre les différents acteurs dans le processus de médiation et, *in fine*, dans la décision qui est prise par le juge.

D'autre part, le dialogue entre le juge et l'avocat doit se nouer au moment de l'audience. En effet, pour encourager la médiation et jouer pleinement son rôle de pacificateur, le juge devra bien maîtriser le processus de médiation⁶⁵ et les fondements juridiques du litige qui lui est soumis, pour en identifier et citer les écueils ou les risques, sans parti pris, et trouver les mots justes afin que les parties ne se sentent pas évincées de la voie judiciaire qu'elles avaient initialement choisie. Il s'agit d'une question de procédure, mais aussi de langage et de posture. Adopter la meilleure attitude à ce stade de la procédure demande du temps, de la précision, de l'expérience. Les écueils sont nombreux pour le juge, et seuls la pratique et l'usage lui permettront de grandir dans cette nouvelle mission, qui en vaut indéniablement la peine.

2. La désignation du médiateur par le juge

37. – ~~En outre,~~ dans le cadre de la mise en œuvre de sa faculté d'ordonner la médiation par le juge, les parties ont la possibilité de choisir, de commun accord, le médiateur⁶⁶ amené à tenter de les réconcilier.

À défaut d'une telle entente entre parties sur ce point, ~~l'article 1734, § 1/1, alinéa 2, du Code judiciaire,~~ prévoit que « le juge *désigne*, de préférence à tour de rôle, un médiateur ou des médiateurs agréés selon l'article 1727 sur la base d'une liste de tous les médiateurs établie par la Commission fédérale de médiation »⁶⁷. Dans cette tâche, le juge veillera, « dans la mesure du possible », à choisir « un médiateur établi à proximité du domicile des parties ».

38. – Cette mesure place le juge dans un autre rôle de contrainte. Pour éviter que la désignation d'un médiateur devienne arbitraire, le législateur a prévu qu'elle s'opérera désormais sur la base de ladite liste, « de préférence à tour de rôle ». Si l'objectif est louable, nous ne pensons pas que le principe de cette « tournante » soit pertinent⁶⁸.

⁶⁵ Depuis plusieurs années, l'Institut de formation de l'Ordre judiciaire organise des formations spécifiquement réservées aux magistrats.

⁶⁶ Qui devra nécessairement disposer du titre de médiateur agréé. Le processus ainsi ordonné intervenant dans le cadre judiciaire ~~(on parlera donc de processus de médiation judiciaire, impliquant nécessairement l'intervention d'un médiateur agréé).~~

⁶⁷ C'est nous qui soulignons.

⁶⁸ Cette critique avait d'ailleurs été formulée par le CSJ, dans son avis, ~~et pour le même motif~~ (Voy. Avis précité, p. 17).

Comme toute désignation d'un auxiliaire de justice, la mesure nous paraît devoir être réfléchie et adaptée au cas d'espèce : le juge doit pouvoir choisir le bon médiateur pour chaque dossier, et la liberté aurait dû être totale à cet effet. Bien sûr, un tel pouvoir dans le choix du médiateur suppose que le juge soit informé des médiateurs de son ressort ou arrondissement, originaires du barreau mais pas exclusivement, de leurs matières de prédilection, de leur domicile, voire de leurs tarifs le cas échéant. Nous croyons d'ailleurs que ces informations lui permettront d'éclairer utilement les parties qui, de manière optimale, pourraient ainsi s'accorder sur le choix du tiers amené à tenter de les réconcilier. L'objectif de la loi, qui est de faire du juge un partenaire favorisant la médiation, serait mieux rencontré.

Cette mesure ne facilite donc pas le travail du juge et renforce, selon nous, l'exigence d'un processus de concertation au niveau du ressort ou de l'arrondissement concerné. En effet, le processus de médiation est par hypothèse confidentiel et le juge n'a dès lors pas ou peu de retours sur le travail accompli : le médiateur, brillant dans un dossier, ne le sera peut-être pas dans un autre (~~notamment dans l'application et la maîtrise d'une matière autre que celle relevant de sa spécialisation, ou face à d'autres types de personnalité~~).

Il nous paraît utile qu'au sein de chaque juridiction, au moins un magistrat se spécialise dans la médiation et rencontre les médiateurs de manière régulière pour identifier, de manière strictement théorique, les avantages et les écueils du processus. Cet échange ne nous paraît pas devoir se limiter aux médiateurs : les échos des avocats, d'une manière générale, sont également essentiels. Nous redisons notre conviction : une structure de concertation nous paraît devoir être créée au niveau local pour faciliter le choix ou l'orientation du magistrat vers le « meilleur » médiateur pour chaque dossier.

39. – En vertu du nouveau sixième paragraphe de l'article 1735 du Code judiciaire, les mesures ordonnées par le juge, en vertu notamment de l'article 1734, ne sont susceptibles d'aucun recours⁶⁹.

Il en résulte que les parties ne disposent pas de la possibilité de contester la décision du magistrat portant sur la désignation du tiers amené à les médier. Ceci pourrait risquer, à notre sens, de mettre en péril le succès du processus si ce choix du juge ne convenait pas aux parties (personnalité incompatible, méthode de fonctionnement inadaptée, absence de confiance, mauvais feeling, etc.).

Un tempérament à cette hypothèse se retrouve cependant – et heureusement – à l'article 1735, § 4, du même Code qui énonce que « de l'accord des parties, le médiateur désigné peut, à tout moment de la procédure, être remplacé par un

⁶⁹ Nous reviendrons sur cette question *infra*, n^{os} 67 et s.

autre médiateur agréé. Cet accord est signé par les parties et versé au dossier de la procédure ».

D'aucuns souligneront qu'il faut encore l'accord des deux parties sur le nom du médiateur nouvellement choisi⁷⁰. Il s'agit toutefois d'un nouvel exemple de ce dialogue entre l'office du juge, d'une part, et la reprise en main du processus par les parties, d'autre part. Ce balancier permanent illustre la nouvelle dialectique voulue par le législateur entre les parties et le juge. Cette possibilité de remodeler le choix du juge par l'accord des parties rappelle et confirme par ailleurs le maintien du caractère volontaire du processus.

Le tempérament visé à l'article 1735 devrait cependant demeurer exceptionnel. Nous croyons en effet que, si une structure de concertation au niveau local existe, le travail du juge à l'audience consistera aussi à informer les parties sur les personnalités des médiateurs, leur(s) domaine(s) de prédilection, leur(s) méthode(s) suivie(s), voire éventuellement les tarifs qu'ils appliquent, et de tenter de dégager (en concertation) avec les parties, sur cette base, un accord sur le nom de celui qui sera élu à cette fin. Il s'agit certes d'un investissement considérable pour le juge, mais qui permettra qu'un rôle véritablement fédérateur puisse être joué.

F. *L'encadrement, la supervision par le juge*

40. – Le rôle du juge ne se limite pas à l'information préalable, à la promotion ou à la prescription du mode de résolution amiable du différend. Il consiste également à encadrer, voire à superviser la procédure jusqu'à son terme.

1. L'encadrement du processus de médiation par le magistrat belge

41. – Dans son jugement, prononçant le renvoi des parties en médiation, le juge est amené à prendre diverses dispositions encadrant, structurant le processus ainsi ordonné. Il pourra également, le cas échéant, prendre d'autres résolutions participant également à sa mission d'accompagnement.

a) Les dispositions du jugement ordonnant la médiation

42. – Dans le cadre de son jugement, le magistrat désignera « le médiateur ou les médiateurs » choisi(s) pour orchestrer le déroulement du processus, de l'accord des parties ou non.

⁷⁰ À défaut, est-il encore opportun d'insister ? Si le choix du médiateur n'est pas le bon, et que les parties n'ont alors pas réussi à s'accorder sur un nouveau nom, il faudra sans doute constater l'échec de la médiation (*cf. infra*).

Nous venons en effet de voir que la désignation de ce tiers n'est plus nécessairement du choix exclusif des parties⁷¹. Le juge ne peut par ailleurs s'écarter du choix des parties, sauf si le médiateur ou les médiateurs proposés par les parties ne satisfait(ont) pas aux conditions d'agrément visées à l'article 1726. ~~En d'autres termes, la médiation judiciaire ne peut être confiée qu'à un médiateur agréé par la Commission fédérale de médiation.~~ La corrélation entre la procédure judiciaire et l'agrément du médiateur est une nouveauté par rapport aux dispositions antérieures. Ce choix du législateur traduit, outre la confiance portée dans cet agrément, une réelle volonté d'encadrement du processus par le magistrat.

La pluralité de médiateurs est en outre expressément reconnue par le législateur en ce nouveau § 1/1 de l'article 1734 du Code ~~judiciaire~~. Selon les particularités du dossier, la co-médiation peut en effet constituer un réel atout.

43. – Le juge définit ~~par ailleurs~~ la mission confiée au médiateur dans le cadre de son jugement. L'article 1735, § 2, du Code judiciaire dispose à cet égard que la médiation peut porter sur tout ou partie du litige.

Généralement, celle-ci s'exprime en des termes larges, ce qui nous paraît de nature à donner au médiateur toute la souplesse nécessaire pour mener au mieux sa mission. Il n'est cependant pas interdit qu'il l'affine.

44. – Sur un plan formel, le second paragraphe de l'article 1734 du Code judiciaire énonce que « la décision ordonnant aux parties de tenter de résoudre le litige par une médiation [...] mentionne le nom et la qualité du médiateur agréé ou des médiateurs agréés, fixe la durée de la mission, sans que celle-ci puisse excéder six mois, et fixe la cause à la première date utile suivant l'expiration du délai ». Deux commentaires de cette disposition méritent à notre sens d'être formulés.

D'une part, il convient de noter que la fixation de la durée du processus à un maximum de six mois n'est pas neuve : elle résulte en effet d'une modification antérieure du Code judiciaire⁷². La version originale de ce texte prévoyait un délai maximal de trois mois, apparu trop court dans la pratique en ce qu'il avait pour effet de restreindre les chances d'aboutir à un accord. Le délai de six mois constitue cependant un maximum : le juge devra être attentif aux besoins des parties ou à l'urgence objective du dossier lorsqu'il apprécie la durée du processus qu'il ordonne et rédige en conséquence son jugement. Un dialogue interactif entre le magistrat et les conseils des parties (ou, à défaut d'être représentées, avec les parties elles-mêmes) se justifie donc une fois encore à notre estime.

⁷¹ Sur cette question, voy. *supra*, n^{os} 37 et s.

⁷² Article 49 de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015, p. 65084.

D'autre part, le législateur impose que le magistrat indique dans son jugement la date de l'audience à laquelle le dossier sera fixé à l'issue du processus de médiation, soit celle se situant « à la première date *utile* suivant l'expiration du délai » arrêté par le juge. Nous nous interrogeons sur la raison d'être du caractère « utile » de cette prochaine audience. Est-ce à dire que ce terme autorise le juge à fixer la cause aux calendes grecques, par exemple en raison d'un fort arriéré judiciaire dans la juridiction ? Nous ne le pensons pas, eu égard au caractère limité de l'objet de cette audience.

Selon le troisième paragraphe de l'article 1734, les parties informent le juge de l'issue de la médiation au plus tard lors de cette audience. Si elles sont parvenues à un accord, elles en informent le juge et, le cas échéant, sollicitent son homologation⁷³. À défaut d'une telle entente, la même disposition précise qu'« elles peuvent solliciter d'un commun accord un nouveau délai ou demander que la procédure soit poursuivie ». Cette audience n'est donc pas une audience à laquelle les débats sont repris au fond, et rien ne pourrait dès lors justifier qu'elle soit reportée à trop longue échéance, ce qui dénaturerait d'ailleurs l'efficacité du processus.

Le cas échéant, nous suggérons que la juridiction organise des audiences spécialement dédiées à la médiation, ce qui permettrait de gérer de manière efficace le flux de ces dossiers. S'ils ont été orientés vers la médiation dès l'audience d'introduction, c'est la chambre en charge de l'introduction des nouveaux dossiers qui pourra utilement encadrer les mesures et l'éventuelle mise en état du dossier, dans la mesure où l'organisation de la juridiction le permet bien entendu.

b) Autres possibilités d'accompagnement par le juge

45. – La mission d'encadrement, d'accompagnement du processus de médiation par le juge ne se limite pas aux dispositions relatives à son ordonnance ~~de médiation~~.

Ainsi, l'on peut tout d'abord s'interroger sur la question de savoir si le magistrat pourrait, le cas échéant, juger en partie le dossier qui lui est soumis et ordonner ensuite, pour les points de droit non réglés, un processus de médiation. Une telle possibilité n'est pas expressément prévue par le législateur mais ne nous paraît pour autant pas exclue : on rappellera utilement, à cet égard, l'article 1735, § 2, du Code judiciaire qui énonce que « la médiation peut porter sur tout ou partie du litige ». C'est en ce sens que cette disposition nous paraît devoir être interprétée. En tout état de cause, quels que soient la créativité et l'enthousiasme du juge pour favoriser le recours à la médiation dans une perspective de résolution « partielle »

⁷³ Sur la question de l'homologation de l'accord de médiation, voy. *infra*, n^{os} 48 et s.

du litige, il nous semble qu'il ne puisse prendre aucune initiative sans veiller au respect de l'article 1734 du Code judiciaire dans son ensemble, ainsi que des droits de la défense.

En outre, l'article 1735, § 3, du Code judiciaire précise que « *juge* reste saisi durant la médiation et peut, à tout moment, prendre *toute mesure* qui lui paraît nécessaire ». Les mesures que le juge est invité à prendre en vertu de cette disposition ne recouvrent, à notre avis, que celles destinées à *accompagner* le processus préalablement ordonné ; sans toutefois les exclure, cet article ne vise donc pas, selon nous, les mesures visées à l'article 19 du même code. Ces deux dispositions peuvent donc être lues en combinaison et même s'articuler, le cas échéant : il ne peut en effet être exclu que, pendant le temps de la procédure, et donc pendant le temps de la médiation judiciaire, des mesures provisoires soient requises. Le juge y veillera, avec la délicatesse requise par le processus de médiation en cours.

Enfin, le juge peut aussi, à la demande du médiateur ou de l'une des parties, mettre fin à la médiation avant l'expiration du délai fixé⁷⁴. Nous ne développerons pas davantage cette question qui, à notre estime, n'appelle pas de commentaire particulier.

2. La Conférence de règlement à l'amiable ou l'expérience québécoise du « juge-médiateur »

46. – D'autres systèmes étatiques vont plus loin dans *ce* rôle d'encadrement du processus de médiation intra-judiciaire confié au magistrat, puisqu'ils permettent à ce dernier de *superviser*, de diriger, de mener un tel processus.

C'est par exemple le cas du Québec, qui a instauré au sein de ses juridictions civiles⁷⁵, il y a une vingtaine d'années déjà, une « Conférence de règlement à l'amiable »⁷⁶ (« C.R.A. »⁷⁷) présidée par un juge, définie comme « un mode de résolution des litiges qui permet aux personnes intéressées de régler leur litige civil dans un cadre informel, sans la tenue d'un procès, tout en épargnant temps et

⁷⁴ Art. 1735, § 3, *in fine*, du Code judiciaire.

⁷⁵ Il s'agit plus précisément de la Cour du Québec, de la Cour supérieure du Québec et de la cour d'appel du Québec.

⁷⁶ Dont le fondement légal réside à l'article 4.3 du Code de procédure civile québécois, qui précise qu'« il entre dans la mission du juge de favoriser la conciliation des parties ». Cette disposition fait évidemment écho à, d'une part, le nouvel article 730/1 de notre Code judiciaire qui dispose que le juge *favorise* en tout état de cause la résolution amiable du litige qui lui est soumis et, d'autre part, le nouveau premier alinéa de l'article 731 du même code qui énonce qu'« il entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Pour le surplus, le législateur québécois a consigné les principes généraux relatifs à la Conférence de règlement à l'amiable aux articles 151.14 à 151.23 de son Code de procédure civile.

⁷⁷ Le parallèle avec les chambres de règlement à l'amiable que nous connaissons depuis peu en matière familiale, au sein de nos propres juridictions civiles, est tout à fait frappant.

argent »⁷⁸. Il s'agit, en d'autres termes, d'un « mode institutionnalisé de règlement des litiges qui permet aux juges d'agir comme médiateurs dans le cadre de programmes de médiation intégrés au système de justice traditionnel »⁷⁹.

Fondée sur l'expression de la volonté conjointe des parties d'y recourir, la conférence se déroule « dans une ambiance conviviale propice aux échanges et suivant des règles souples de nature à favoriser un règlement du litige »⁸⁰, en toutes confidentialité et gratuité. Menée dans environnement neutre, autre qu'une salle d'audience, cette conférence « a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes »⁸¹.

Le magistrat qui préside la conférence (et qui ne porte par ailleurs pas la toge) est désigné uniquement à cette fin, par le juge principalement en charge de l'affaire (aussi appelé, le « juge adjudicateur » ou « juge en chef »). Il doit dès lors pouvoir justifier d'une formation pertinente et adéquate en médiation, conçue pour « permettre aux juges de faire la transition entre le processus décisionnel et la médiation. Ce ne sont pas des juges décideurs qui facilitent la négociation des parties, mais bien des juges médiateurs chevronnés qui maîtrisent les habiletés de communication propres aux médiateurs professionnels »⁸².

Le juge-médiateur assure ainsi la qualité du processus mené à son intervention (impartialité, communication transparente et équitable, etc.) et assiste les parties dans les négociations, éventuellement aux côtés des avocats des parties. C'est donc ici aussi, dans le cadre d'un tel processus institutionnalisé – similaire, bien que pas totalement identique, à ce que l'on connaît en matière familiale au sein de nos chambres de règlement à l'amiable – que se nouent l'interaction et le croisement des regards entre juge et avocat.

Chacun des acteurs du mécanisme voit par ailleurs ses intérêts sauvegardés : le juge, d'une part, qui bénéficie de l'immunité judiciaire dans le cadre de cette conférence⁸³ et les parties, d'autre part, qui sont assurées que « si aucun règlement

⁷⁸ Voy. les Règles de fonctionnement de la Conférence de règlement à l'amiable, disponibles sur le site officiel des tribunaux du Québec : <http://www.tribunaux.qc.ca> (ci-après, « les Règles de fonctionnement de la Conférence »).

⁷⁹ L. OTIS (médiatrice et ancienne juge de la cour d'appel du Québec) et L. CASAUX-LABRUNÉE (professeur à l'université Toulouse Capitole), « Le juge médiateur. Pour un renouveau de l'office du juge français inspiré de l'expérience québécoise », 2015, p. 4, disponible sur www.louiseotis.com.

⁸⁰ Voy. les Règles de fonctionnement de la Conférence.

⁸¹ Art. 151.16 du Code de procédure civile québécois.

⁸² L. OTIS et L. CASAUX-LABRUNÉE, *op. cit.*, p. 6.

⁸³ Art. 151.14 du Code de procédure civile québécois.

n'intervient, le juge ne peut par la suite entendre aucune demande relative au litige »⁸⁴.

47. – Cette institution, dans laquelle le magistrat dépasse le litige pour observer le conflit et délaisse son rôle de décideur au profit de celui de médiateur, peut laisser subsister des inquiétudes et questionnements, notamment d'ordre éthique. Nous pensons néanmoins qu'il est le témoin positif et encourageant du passage qui s'opère progressivement, dans nos institutions et mentalités, d'une « culture du procès », jusqu'alors généralisée et traditionnellement ancrée, à la « culture de l'entente ».

La création des chambres de règlement à l'amiable au sein de nos juridictions belges, est sans nul doute un premier pas franchi en ce sens.

G. *La médiation aboutie et l'homologation de l'accord*

1. L'homologation en général

48. – À l'issue de sa mission, le médiateur informe le juge de ce que les parties sont parvenues à un accord. La loi ne précise pas la forme de cet avis : une simple lettre suffit.

Le médiateur se limite à indiquer qu'il y a un accord. Il ne peut en réserver le contenu au juge, à peine de violer la confidentialité.

Si la médiation n'a pas donné lieu à la conclusion d'un accord de médiation complet, l'article 1736 dispose que le juge a toujours la faculté, s'il l'estime opportun et moyennant l'accord de toutes les parties, de prolonger la mission du médiateur pour un délai qu'il détermine.

En d'autres termes, si l'accord n'est pas encore complètement finalisé, ou même en cas d'accord partiel sur le litige, le juge pourrait encore tenter d'inciter les parties à retourner vers le médiateur pour finaliser un accord global. Toute la souplesse a ainsi été allouée au juge pour favoriser la voie d'un accord. Cette disposition constitue une des multiples manifestations de l'articulation possible entre la voie judiciaire et la voie de la médiation.

49. – L'article 1736 du Code judiciaire énonce que si la médiation a donné lieu à la conclusion d'un accord de médiation, fût-il partiel, les parties ou l'une d'elles peuvent, conformément à l'article 1043, demander au juge de l'homologuer. Par application de l'article 1728 du Code judiciaire, la confidentialité peut être levée à cet effet.

⁸⁴ Art. 151.23 du Code de procédure civile québécois.

Au stade de l'homologation, les pouvoirs du juge sont restreints : il homologue ou refuse. Il ne peut modifier la convention des parties.

D'une manière générale, le juge ne peut s'exprimer sur le contenu et/ou le libellé de l'accord. C'est peut-être dommage, sur l'efficacité de celui-ci puisque, théoriquement, le juge est le mieux placé pour connaître les failles d'un dispositif. Qu'en est-il d'un libellé rendant les voies d'exécution forcées impossibles, de l'absence de garantie en cas de défaut de paiement ou de clause résolutoire pour des termes et délais non respectés, d'un intérêt de retard venant majorer les sommes dues en cas d'inexécution ? Comme dans un procès classique, le juge est tenu par le principe dispositif. Néanmoins, il a le souci de rendre la décision exécutoire et, *in fine*, l'objectif de tout accord de médiation tend à une solution durable et exécutable.

C'est pourquoi nous profitons de cette tribune pour rendre attentifs médiateurs et médiateurs sur l'extrême importance de la rédaction de l'accord : par l'effet de l'homologation, il sera revêtu de la force exécutoire. Il est donc essentiel d'avoir songé à cet aspect essentiel lors de sa rédaction⁸⁵.

50. – Si, à la lecture du contenu de l'accord, le juge s'interroge sur une éventuelle contrariété à l'ordre public ou à l'intérêt de l'enfant, le juge pourrait refuser l'homologation. Selon nous, en cas de doute, il interroge les parties et, le cas échéant, leur demande la production de certaines pièces. Si celles-ci sont couvertes par la confidentialité du processus de médiation, les parties peuvent la lever par application de l'article 1728, § 1^{er}, alinéa 3, du Code judiciaire, c'est-à-dire de commun accord et par écrit. Une autre mesure que pourrait adopter le juge en cas de doute lors de l'homologation consiste à communiquer l'accord au ministère public en vue de recueillir son avis sur la conformité à l'ordre public et/ou l'intérêt de l'enfant.

51. – Le jugement d'homologation n'est susceptible d'aucun recours de la part des parties litigantes, à moins que l'accord n'ait point été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 à 801/1, s'il y a lieu⁸⁶.

52. – Enfin, notons encore qu'il est possible qu'à l'audience fixée par le juge, les parties n'aient pas encore abouti à un accord. L'interaction entre le processus de médiation et la procédure est réglée par l'article 1735, § 3, du Code judiciaire. Au plus tard lors de cette audience, les parties peuvent solliciter d'un commun accord un nouveau délai. La prolongation est donc permise, et elle tend à favoriser

⁸⁵ C. DELFORGE et A. DEJOLLIER, « L'accord de médiation », à paraître.

⁸⁶ Art. 1043, al. 2, du Code judiciaire.

~~le processus, mais il faut rappeler qu'une telle prolongation requiert l'accord de toutes les parties.~~

~~En cas de prolongation de la mission, la décision n'est pas susceptible de recours⁸⁷.~~

~~Bien que l'article 1735, § 3, du Code judiciaire ne le précise pas, nous pensons qu'il incombe au juge de fixer un nouveau délai et fixer le dossier à la plus prochaine audience utile à l'issue de ce délai.~~

2. La question singulière de l'homologation des accords de réparation collective

53. – Dans la mesure où l'article XVII.45 du Code de droit économique précise que le juge peut désigner un médiateur dans le cadre de cette procédure particulière, nous devons nous interroger *in fine* sur le pouvoir du juge lors de l'homologation d'un accord de réparation collective s'il a été conclu à l'occasion d'une médiation.

Certains auteurs ont déjà écrit sur le sujet et il ne rentre pas dans notre propos d'approfondir cette question⁸⁸. Quelques mots cependant ~~doivent~~ figurer dans cette contribution.

54. – Dans le cadre de l'homologation, un soin tout à fait précis doit être apporté à la rédaction d'un accord de réparation collective, ce qui différencie encore cet accord du classique accord de médiation.

À l'inverse du rôle classique du juge dans l'homologation des accords, tel que repris à l'article 1735 du Code judiciaire, les dispositions du Code de droit économique confèrent au juge un rôle de gardien de l'intérêt collectif soutenu par cette procédure particulière.

En effet, selon l'article XVII.49 du Code de droit économique, le juge examine l'accord de réparation collective déposé au greffe, afin d'en vérifier la conformité à l'article XVII. 45, § 3, du même code, qui énonce les diverses mentions que celui-ci doit obligatoirement contenir⁸⁹. Dépassant le cadre strict de l'ordre public

⁸⁷ Art. 1737 du Code judiciaire.

⁸⁸ A. DE BANDT, « La négociation et la médiation dans le cadre de l'action en réparation collective », *R.D.C.*, 2014/6, pp. 591-605 ; J. LAFFINEUR et G. RENIER, « L'action en réparation collective : un premier état des lieux, deux ans après son introduction en droit belge », *D.C.C.R.*, 2016, p. 14 ; P. HOFSTRÖSSLER, « L'action en réparation collective, la procédure », in J. ENGLEBERT et J.-L. FAGNART (dir.), *L'action en réparation collective*, U.D.B.-U.L.B., Limal, Anthemis, 2015, p. 55.

⁸⁹ Pour rappel, cette disposition énonce que « l'accord de réparation collective contient, au moins, les éléments suivants :

1° une référence à la décision de recevabilité visée à l'article XVII. 43 ;

2° la description détaillée du préjudice collectif objet de l'accord ;

auquel il doit veiller, le juge se trouve ainsi le garant du respect des mentions obligatoires de l'accord.

Cette vérification pourrait ~~ne pas être que purement~~ formelle, puisqu'en cas de non-conformité à l'article XVII.45, § 3, le juge renvoie l'accord aux parties en les invitant à compléter, dans le délai qu'il fixe, les éléments qu'il indique à cet effet. Plus particulièrement, le second paragraphe de l'article XVII.49 autorise le juge à refuser un accord complet ou complété dans quatre hypothèses :

- si la réparation convenue pour le groupe ou pour une sous-catégorie est manifestement déraisonnable ;
- si le délai pendant lequel les membres du groupe peuvent s'adresser au greffe, afin d'obtenir individuellement réparation⁹⁰ est manifestement déraisonnable ;
- si les mesures de publicité additionnelles lorsque les mesures sont considérées comme insuffisantes sont manifestement déraisonnables ;
- si l'indemnité due par le défendeur au représentant du groupe excède les frais réellement supportés par le représentant du groupe.

Aucun de ces motifs ne touche à l'ordre public et l'on comprend combien le juge de l'action en réparation collective endosse un pouvoir exorbitant dans le cadre

3° la description du groupe et, le cas échéant, de ses différentes sous-catégories, ainsi que l'indication ou l'estimation aussi précise que possible du nombre de consommateurs concernés ;

4° la dénomination du représentant du groupe, son adresse, le cas échéant son numéro d'entreprise, et le nom et la qualité de la personne ou des personnes qui signent en son nom ;

5° la dénomination ou le nom et prénom du défendeur, son adresse et son numéro d'entreprise ;

6° les modalités et le contenu de la réparation ; lorsque la réparation a lieu par équivalent, le montant de l'indemnité peut être calculé sur une base individuelle ou globale, pour l'ensemble ou certaines catégories du groupe ;

7° lorsque la décision de recevabilité du juge, ou l'accord de réparation collective visé à l'article XVII.42, § 2, prévoit l'application d'un système d'option d'exclusion, le délai pendant lequel les membres du groupe peuvent s'adresser au greffe, afin d'obtenir individuellement réparation, ainsi que les modalités à suivre ;

8° le montant de l'indemnité due par le défendeur au représentant du groupe ; ce montant ne peut excéder les frais réels exposés par le représentant ;

9° la prise en charge par les parties des frais liés aux mesures de publicité visées aux articles XVII. 43, § 2, 9° et § 3, et XVII. 50 ;

10° le cas échéant, les garanties à fournir par le défendeur ;

11° le cas échéant, la procédure de révision de l'accord de réparation collective en cas d'apparition de dommages, prévisibles ou non, après son homologation ; si aucune procédure n'est déterminée, l'accord ne lie pas les membres du groupe pour tout dommage nouveau ou pour toute aggravation imprévisible du dommage survenant postérieurement à la conclusion de l'accord ;

12° lorsque les mesures visées à l'article XVII. 50 sont considérées comme insuffisantes, des mesures additionnelles de publicité de l'accord de réparation collective homologué ;

13° le cas échéant, le texte de l'accord qui sera publié en application de l'article XVII.50 ;

14° la date de l'accord et la signature des parties ».

⁹⁰ Visé à l'article XVII. 45, § 3, 7°, du Code de droit économique.

de l'homologation de ce type d'accord, même s'il est encadré par les limites d'une appréciation marginale⁹¹.

L'extraordinaire se retrouve aussi dans les possibilités offertes au juge, puisqu'il peut, lorsqu'il estime devoir refuser l'homologation de l'accord sur base d'un des motifs visés précédemment, inviter les parties à revoir leur accord sur ce point, dans un délai qu'il fixe. Cette solution, pour pacificatrice qu'elle soit, n'a pas été retenue dans le cadre de l'homologation d'un accord de médiation pur et simple.

55. – Enfin, l'ordonnance d'homologation de l'accord de réparation collective et le texte de cet accord sont adressés par le greffe aux services du *Moniteur belge* qui assurent sa publication intégrale. Copie est également transmise au SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, qui publie ces documents intégralement sur son site web. Ces formalités ~~en termes~~ de publication se justifient évidemment par l'essence même de l'action en réparation collective, qui doit assurer son efficacité la plus large.

Dans les termes, la notion de publication va évidemment à l'inverse de la confidentialité d'un processus, même si l'accord ~~de médiation~~ échappe à celle-ci par application de l'article 1728 du Code judiciaire.

H. *L'échec de la médiation et le retour au juge*

56. – L'absence de succès du processus peut être constatée à différents moments.

57. – L'article 1735, § 3, du Code judiciaire énonce que le juge peut, à la demande du médiateur ou de l'une des parties, mettre fin à la médiation avant l'expiration du délai fixé. Par ailleurs, ce peut-être à l'expiration de sa mission, en d'autres termes à l'issue du délai qui lui a été accordé, que le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties ne sont pas parvenues à trouver un accord.

En ce cas, la cause peut être ramenée devant le juge avant le jour fixé par simple déclaration écrite déposée ou adressée au greffe par les parties ou l'une d'elles. La cause est fixée dans les quinze jours de la demande. Le greffier convoque les parties par pli judiciaire, et, le cas échéant, leur conseil par simple pli. S'il s'agit d'une demande conjointe des parties, celles-ci et le cas échéant, leur conseil, sont convoqués par simple pli.

En cas d'échec de la médiation, le juge veillera à mettre officiellement fin à la mission du médiateur. Cette décision n'est pas susceptible de recours⁹².

⁹¹ Un refus ne se justifie qu'en cas de situation « manifestement déraisonnable » selon le texte.

⁹² Art. 1737 du Code judiciaire. Sur cette question de l'absence de recours, voy. *infra*, n^{os} 67 et s.

Il arrive que le médiateur n'ait pas (encore) été payé de la totalité de ses honoraires et frais. La pratique révèle qu'en ce cas, les médiateurs demandent au juge de taxer ses honoraires. Cette demande ne porte selon nous pas atteinte à la confidentialité de la médiation.

~~En principe, selon l'article 1735, les parties peuvent demander que la procédure soit poursuivie.~~

58. – Plus encore que dans le cas d'un litige où aucune tentative de médiation n'a été menée, la déontologie du juge sera déterminante en cas d'échec ~~de la médiation~~.

Il doit selon nous garder à l'esprit que les parties ont entamé un processus riche mais engageant, que son terme à défaut d'accord est nécessairement une déception, sans que les causes de cet échec puissent lui être communiquées. Son impartialité sera à cet égard déterminante.

Il nous paraît que trois garanties fondamentales doivent être soigneusement mises en œuvre :

59. – La célérité. Un processus de médiation ne peut en aucune manière ralentir le procès. En cas d'échec, l'organisation de la juridiction doit offrir les conditions d'une fixation rapide dès la demande des parties et le juge se doit de tout mettre en œuvre pour traiter l'affaire avec diligence.

Certes, cette exigence constitue un élément naturel de la fonction de juger ; il prend ici un relief tout particulier.

60. – L'impartialité. Quelles qu'en soient les causes, l'échec de la médiation est une déception, une blessure. Le juge veillera à mettre un soin tout particulier dans la rédaction de sa décision. Sa neutralité se dotera de bienveillance. Il ne sera jamais « piquant de constater que la thèse de X est contraire aux pièces du dossier », il sera simplement constaté que « les éléments vantés par X ne sont pas prouvés par le dossier ».

Certes, cette impartialité du juge s'impose mais l'expérience démontre qu'une rédaction malheureuse lui échappe parfois. La vigilance accrue dans les dossiers post-médiation constitue un simple rappel de ce qui doit être.

61. – La confidentialité. Celle-ci constitue un des piliers de la médiation. Elle s'impose aux parties et au médiateur. Elle s'applique aussi au juge, qui doit se garder d'inviter les parties à lever un voile sur ce qui s'est noué lors de ces entretiens singuliers ou communs. La tentation est d'autant plus grande que les parties présentes ou, parfois, leurs avocats, ne répriment pas toujours leur envie d'éclairer le juge sur ce moment fort de la procédure. Il suffit à cet égard de rappeler de manière courtoise mais ferme que les parties se sont

engagées dans un processus confidentiel, et qu'il leur appartient de respecter leur engagement.

Toute autre est la question des pièces et documents échangés dans le cadre du processus de médiation. En principe, ils sont couverts par la confidentialité et le juge doit, même d'office, veiller à faire respecter cette règle. Nous rappelons que l'article 1728 du Code judiciaire permet aux parties de lever la confidentialité « avec [leur] consentement écrit [...], et dans les limites qu'elles déterminent ».

I. *La sanction*

62. – ~~L'on~~ peut également s'interroger sur l'éventuel rôle punitif que le magistrat serait éventuellement amené à jouer dans le cadre de l'interaction entre ~~le~~ procès civil et ~~la~~ médiation.

Un tel rôle, s'exprimant sous diverses variantes, est déjà reconnu dans le chef des juges français, italiens ou allemands. L'expérience ~~française~~ a ~~toutefois~~ particulièrement retenu notre attention.

1. L'expérience française

63. – Le législateur français a ~~en effet~~ récemment instauré le recours obligatoire au processus de médiation préalablement à l'introduction en justice de certains types de contentieux. Il en est ainsi des litiges relatifs à la fonction publique et du contentieux social⁹³, ainsi que des demandes tendant à faire modifier une précédente décision du juge aux affaires familiales ou une disposition insérée dans une convention homologuée par ce dernier⁹⁴. Avant d'engager une procédure civile en ces domaines, tout justiciable doit donc désormais tenter de résoudre amiablement son ~~litige~~, faute de quoi son action sera tout simplement déclarée irrecevable par le magistrat saisi. En matières familiales, ce n'est toutefois que « si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime », que les parties pourront

⁹³ Décret n° 2018-101 du 16 février 2018 portant expérimentation d'une procédure de médiation préalable obligatoire en matière de litiges de la fonction publique et de litiges sociaux, disponible sur www.legifrance.gouv.fr. Ce décret, pris dans le sillon de la Loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, prévoit une période d'expérimentation de 2 ans (qui a débuté le 1^{er} avril 2018 pour prendre fin le 18 novembre 2020) destinée à pouvoir apprécier les effets du recours aux modes ~~alternatifs~~ sur l'engorgement des cours et tribunaux.

⁹⁴ Article 7 de la Loi française n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, disponible sur www.legifrance.gouv.fr. Le recours préalable obligatoire introduit par cette disposition est actuellement applicable dans 11 tribunaux de grande instance et vise notamment les demandes relatives au lieu de résidence habituelle du ou des enfants, le droit de visite et d'hébergement, ou encore la contribution à l'éducation et à l'entretien des enfants mineurs.

échapper à la sanction d'irrecevabilité. Le juge dispose donc ici d'un véritable ~~cer-~~
~~tain~~ pouvoir d'appréciation de la légitimité des raisons invoquées par les parties dans la justification de l'absence de médiation préalable.

La Cour de justice de l'Union européenne⁹⁵, de même que la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁶, ont par ailleurs validé un tel système de recours préalable obligatoire à la médiation comme condition d'accès à un juge.

De telles législations et décisions jurisprudentielles devraient emporter selon nous, au regard de la vision de la médiation qui est aujourd'hui partagée en Belgique, une véritable remise en question et interprétation du caractère volontaire de ce processus.

64. – En outre, ce même pouvoir d'appréciation et, *in fine*, de sanction, trouve également consécration dans la possibilité pour le juge français, sur la base de l'article 700 de son Code de procédure civil⁹⁷, de refuser l'octroi de frais et dépens de l'instance dans le chef de l'une et/ou l'autre des parties, compte tenu de l'absence de participation au processus de médiation préalable à sa saisine. Dans le même sens, le montant de l'indemnité de procédure mise à la charge de la partie succombant⁹⁸, pourrait se voir augmenté si cette partie a participé de mauvaise foi au processus et dès lors conduit à son échec, dans le seul but d'assurer la recevabilité de son action.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 septembre 2013 offre une illustration de ce pouvoir. Le magistrat avait, à l'occasion de cet arrêt, rejeté certaines demandes des parties, « notamment relatives aux frais irrépétibles et procédure abusive, observant que ces demandes sont d'autant plus inopportunes que chacune des parties succombent⁹⁹ partiellement, que chacune a fait traîner en longueur la procédure à souhait, et que *les deux ont refusé toute médiation dans cette affaire*, médiation qui pourtant allait dans le sens des souhaits [de l'une d'elles] »⁹⁷.

⁹⁵ En matière de litiges de consommation, voy. C.J., 14 juin 2017, *arrêt Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli contre Banco Popolare Società Cooperativa*, C-75/16, EU:C:2017:457, p. 14 : la Cour indique l'exigence du recours à une procédure de médiation comme condition de recevabilité de la demande en justice n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système juridictionnel ; en matière de litiges relatifs à la Directive 2002/22/CE (dite « directive service universel »), voy. C.J., 18 mars 2010, *arrêt Alassini e.a. contre Telecom Italia SpA et Multiservice Srl contre Telecom Italia SpA*, C-317/08, EU:C:2010:146, p. 12 : la Cour considère qu'une procédure obligatoire de règlement des litiges, préalable à l'introduction d'une procédure juridictionnelle, ne constitue pas en principe une atteinte disproportionnée au droit à une protection juridictionnelle effective.

⁹⁶ C.E.D.H., 26 juin 2015, n° 11239/11, *arrêt Momčilo v. Croatia* : la Cour reconnaît que l'obligation de passer par une procédure de règlement amiable des litiges avant l'engagement d'une action juridictionnelle, ne porte pas préjudice à l'essence même du droit des parties d'accéder à un tribunal.

⁹⁷ Paris, 5 septembre 2013, arrêt n° 11/22362. C'est nous qui soulignons.

65. – D'autres auteurs français sont encore d'avis que, sur la base des principes directeurs de la bonne foi, la responsabilité de l'une partie pourrait être engagée par l'autre, si la première a accepté l'entame d'un processus de médiation et/ou y a participé de mauvaise foi ou de manière déloyale : « Si les parties sont en principe libres de s'engager ou de ne pas s'engager dans [le processus de médiation], libres d'y mettre fin quand bon leur semble sans jamais être contraintes de parvenir à un accord amiable [...], en revanche, leur responsabilité devrait pouvoir être retenue chaque fois qu'elles *abuseront de cette liberté*, autrement dit, chaque fois qu'elles l'exerceront *de mauvaise foi, de manière déloyale* »⁹⁸.

Plus concrètement et à titre d'illustration, il pourrait s'agir du fait de s'engager dans un tel processus et de laisser l'autre partie s'investir – financièrement et psychologiquement – ~~dans ce cadre~~, sans avoir nulle intention de le mener à son terme : soit à des fins dilatoires, soit en vue d'obtenir des informations ou secrets, soit encore pour trouver le moyen d'empêcher la production de certaines pièces dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure⁹⁹. En ce sens, il pourrait également y avoir « faute pour rupture abusive si l'une des parties met brutalement fin [au processus], alors qu'une solution amiable était sur le point d'être dégagée – autrement dit, alors que les pourparlers étaient particulièrement avancés et que l'autre partie pouvait légitimement compter sur leur issue favorable (...). La rupture brutale de pourparlers aux fins (...) de médiation judiciaire est donc susceptible de causer un dommage : soit en ne permettant par le règlement amiable escompté ; soit en portant préjudice à l'autre partie »¹⁰⁰.

Ceci étant, nous sommes perplexes quant à ces possibilités de sanctionner l'abus *dans* la médiation ou *de* la médiation, puisque le processus est par essence confidentiel.

2. Le point de vue belge

66. – Le législateur belge n'est ~~toutefois~~ pas allé si loin que nos voisins français : aucun système imposant le recours préalable obligatoire à la médiation n'a, à ce jour, été proposé ni instauré. On ne connaît par ailleurs pas non plus de

⁹⁸ J. JOLY-HURARD (maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas), *Conciliation et médiation judiciaires*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, n° 533.

⁹⁹ Certaines parties et/ou avocats n'hésitent en effet pas à produire, au cours du processus de médiation et sous couvert de la confidentialité, certaines pièces dont ils sauront d'avance qu'ils ne pourront ~~des lors~~ pas être produits en justice à l'issue de la médiation, tenue en échec. Il s'agit d'un effet pervers de la confidentialité du processus, que nous dénonçons not. in A. DEJOLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges : des hauts et débats », *op. cit.*, p. 267, n° 69.

¹⁰⁰ J. JOLY-HURARD (maître de conférences à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas), *Conciliation et médiation judiciaires*, ~~Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003~~, n° 533.

mécanisme sanctionnant l'absence de médiation ou la participation de mauvaise foi au processus, par le rejet ou l'aménagement des demandes relatives aux dépens de l'instance.

La seule sanction connue à ce jour au sein de notre système judiciaire, consiste en la surséance de la procédure en cas d'action judiciaire introduite au mépris du respect d'une clause de médiation liant les parties au différend. Cette fin de non-procéder est prévue au second paragraphe de l'article 1725 de notre Code judiciaire, qui énonce que « Le juge ou l'arbitre saisi d'un différend *faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause* à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin [...] ». La procédure sera donc suspendue (et aucune décision ~~ne sera donc~~ prise par le juge) tant que les parties ou l'une d'entre elles n'auront(– a) pas notifié au greffe et, le cas échéant, à l'autre partie, la fin de la médiation devant ~~done~~ être menée.

~~Par ailleurs,~~ la remise de la cause à une date fixe (sur pied, pour rappel, de l'article 730/1, § 2, C. jud.) par le juge constatant que les parties n'ont pas tenté de résoudre amiablement leur litige avant l'introduction de l'action en justice, pourrait s'apparenter à une sanction – ou du moins correctif, comme on l'a indiqué ¹⁰¹ ~~supra~~ – de l'absence de tentative amiable préalable. Cette sanction n'est pas, à proprement parler, de nature coercitive, mais elle dissuadera certainement certains avocats et parties d'éluder le préalable de la résolution amiable, ~~dès lors~~ exposé à de vaines et futiles pertes de temps ¹⁰².

Enfin, par le biais d'indemnité pour procédure téméraire et vexatoire, il ne peut être exclu qu'un magistrat puisse sanctionner le recours au processus de médiation à des fins purement dilatoires et/ou en contrariété avec les principes gouverneurs de la bonne foi, pour autant que ces fins puissent être démontrées.

§ 2. L'implication irrégulière du juge : une absence de recours ?

67. – L'article 1735, § 6 nouveau, du Code judiciaire, dispose que « Les mesures ordonnées en application des articles 1734 et 1735 ne sont susceptibles d'aucun recours ». Cette disposition nouvelle ne semble pas avoir retenu l'intérêt des parlementaires si l'on se réfère aux travaux préparatoires. Ceux-ci justifient ~~simplement~~ l'absence de recours ~~pour~~ éviter le ralentissement du traitement judiciaire des litiges et que « le début d'une médiation judiciaire ne puisse pas être retardé » ¹⁰³.

¹⁰¹ Voy. *supra*, n° 19.

¹⁰² Et, par conséquent, d'argent et d'énergie.

¹⁰³ *Doc. parl.*, n° 54-2919/001, ~~exposé~~ des motifs, p. 258.

Par ailleurs, l'article 1737 du même code énonce que « La décision ordonnant, prolongeant ou mettant fin à la médiation n'est pas susceptible de recours »¹⁰⁴.

Bien comprise, elle exprime une confiance – presque totale ? – ~~apportée au juge dans le cadre~~ du processus de médiation judiciaire. Nous ne partageons peut-être pas cet optimisme : il nous paraît en effet qu'à plusieurs moments, le juge pourrait méconnaître les termes des articles 1734 et 1735, voire excéder ses pouvoirs.

68. – Pour illustrer notre propos, voici quelques exemples.

Alors que toutes les parties s'y opposent, un juge ordonne la médiation. Un juge désigne un autre médiateur que celui choisi par les parties ou ~~encore~~ désigne un médiateur non agréé. Un juge fixe la durée de la mission du médiateur au-delà des six mois légaux et/ou fixe la cause à une date très éloignée, confinant au déni de justice. Un juge remplace d'office le médiateur nommé, hors l'accord des parties. Un juge met fin d'initiative à la mission du médiateur alors que le processus est en cours.

Certes, ces hypothèses peuvent sembler caricaturales, ~~surtout dans un article où~~ nous avons loué les vertus du dialogue entre le juge, les avocats et les parties. Elles ne sont pas pour autant exclues dans la pratique. Dans ces cas, les parties sont-elles démunies ?

69. – Nous soutenons l'idée qu'en cas d'excès de pouvoir du juge, et même si « aucun recours » n'est spécialement organisé dans le Code judiciaire, les parties devraient pouvoir former un appel-nullité si les conditions en sont réunies¹⁰⁵. Outre cette seule possibilité toutefois, c'est à regret que nous ne pouvons que constater la clarté du texte des dispositions légales précitées¹⁰⁶ et nous en remettre au vœu malheureux du législateur sur ce point.

Conclusion

70. – Au terme de ce parcours commun, nous observons que la notion même de *justice* et d'*accès* à la justice est en cours d'évolution.

Juges et avocats entament une nécessaire réflexion commune sur la manière dont ils collaboreront, demain, à l'œuvre de justice. Chacun doit s'impliquer, avec détermination, avec loyauté.

¹⁰⁴ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁵ Voy. not. A. Hoc, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *J.T.*, 2016/14, n° 6642, pp. 218-222 ; A. Hoc, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *J.T.*, 2014/32, n° 6576, pp. 613-617 ; A. Hoc, « L'appel restauré et ses fondements : droit naturel ou droits fondamentaux ? », in *Human Rights as a Basis for reevaluating and reconstructing the law*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 245-263.

¹⁰⁶ Qui excluent donc tout recours, y compris la tierce-opposition et le pourvoi en cassation.

Dans notre perception, au-delà des actes de procédure et de la plaidoirie, leur dialogue supposera nécessairement des espaces de rencontres où, sans tabous et préservant sa spécificité, chacun abordera sa manière de concevoir et d'organiser les nouvelles dispositions législatives analysées, pour intégrer les modes alternatifs au procès civil de manière harmonieuse et adaptée au contentieux de chaque juridiction. Une fois ces principes dégagés ensemble, il restera à chacun, juge et avocat, d'endosser ses responsabilités dans le cadre du dossier individuel présenté. La concertation antérieure aura nourri une confiance mutuelle. L'avocat aura préalablement informé son client, de manière complète, objective, nuancée. Le juge veillera à mener la comparution des parties avec délicatesse. Les bases d'un dialogue plutôt que d'une guérilla seront soigneusement définies et, *in fine*, leur respect sera l'œuvre du juge et de l'avocat.

71. – Plus qu'un changement de paradigme dans l'accès à la justice, qui tendrait à évincer le pouvoir judiciaire au profit d'autres modes de règlement des différends, nous croyons à un changement de la figure du juge. En effet, nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle le choix du législateur tendrait à écarter le recours au judiciaire, au profit d'une justice alternative et amiable, privatisée et *a priori* moins rigoureuse quant aux droits fondamentaux. S'il s'agit de cette option, la parade existe.

Avec une pointe de naïveté, un brin d'audace et beaucoup de conviction, nous suggérons au contraire que l'option retenue offre une nouvelle dimension au procès civil en permettant au juge d'informer, d'inciter, de prescrire un mode amiable tel que la médiation. Il agira avec le concours intelligent des avocats des parties qui, formés à ces méthodes, identifieront mieux que quiconque quel différend bénéficierait idéalement de la médiation et prépareront leur client à cette voie, le cas échéant. En parfait dialogue avec ces derniers, le juge pourra mener un débat utile et serein à l'audience pour amorcer le mode de résolution le plus pertinent.

72. – Nous espérons avoir démontré que, bien plus qu'un effacement, c'est au contraire à un renforcement du rôle du juge et de l'avocat que le législateur a songé.

La complexité des conflits, la complexification des lois et des procédures, l'existence d'arriérés judiciaires, le rejet massif des formes d'autorité, l'hostilité croissante au sein de la population, voire d'autres pouvoirs... tout concourt à fragiliser le pouvoir judiciaire dans nos sociétés actuelles.

En imposant à l'avocat d'envisager un mode amiable de règlement du différend dès l'entame d'une procédure judiciaire, le législateur force ce dernier à intégrer ces solutions concrètes à sa pratique. L'avocat de demain sera formé aux modes

alternatifs et amiables de règlement des ~~conflits~~, et en particulier à la médiation¹⁰⁷. Quittant une posture guerrière ou la position défendue avec rigidité, il l'ouvre à la solution *médiée*, lui offrant de nouvelles techniques de communication avec son client et ~~avec~~ ses confrères. La figure de l'avocat conseiller pourrait en sortir renforcée.

En contraignant le juge à suggérer de nouvelles méthodes, il lui offre un tremplin extraordinaire pour s'adapter aux nouvelles exigences d'une société en pleine mutation : célérité, efficacité, durabilité.

Il convient cependant que les hommes et femmes qui exercent ces fonctions acceptent de sortir de leur « zone de confort » et rejettent la figure tutélaire du juge impassible, muette, technicienne, voire technocrate.

Le juge de demain sera non seulement un très bon juriste, mais il aura un œil sur les nouvelles technologies et l'autre sur la diversité sociale, économique, culturelle du monde qui l'entoure. Lui aussi formé aux modes alternatifs et amiables ~~de règlement des différends~~, il comprendra son rôle comme celui d'un fédérateur : homme ou femme d'écoute, de sagesse et de communication, il se mettra au niveau des parties pour bien comprendre leur différend et rechercher avec elles la meilleure méthode pour y apporter une solution durable et acceptée de tous. Si celle-ci passe par la réappropriation du litige par les parties, il cadrera le processus et restera garant du respect de l'ordre public. Si la voie du dialogue est compromise, il jugera, sans désespérer, avec un souci de justesse et de communication écrite plus adaptée aux parties qu'il aura rencontrées.

Pour le juge traditionnel, cette conception semble risquée. Elle nous paraît cependant indispensable pour légitimer le rôle du juge de demain, à l'heure où les solutions désincarnées permettront une résolution mathématique du conflit. Avec les parties, avec leur avocat, le juge restera à ce prix l'artisan d'une paix sociale¹⁰⁸, le visage humain de la Justice.

En modifiant en profondeur la médiation judiciaire, la procédure civile quitte désormais le passé simple. Alors qu'une décision de justice répond à un moment donné à un problème passé, la médiation prend le temps de la prospective et de la perspective, pour aboutir à une solution axée sur le présent et le futur : « changer le mode de pensée du processus décisionnel constitue [donc, en vérité,] la clé du succès »¹⁰⁹.

¹⁰⁷ À l'occasion de la loi du 18 juin 2018, le législateur a également consacré le processus de droit collaboratif, dont la pratique – qui n'implique l'intervention que d'avocats formés à ce mode – reste encore timide à ce jour.

¹⁰⁸ P. VAN LEYNSEELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *op. cit.*, p. 203.

¹⁰⁹ L. OTIS, « Un phénomène de justice transcendant : La médiation judiciaire au Québec », p. 6, disponible sur www.louiseotis.com