

## Avis

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.

Chambre, 54-2919/001



Avis

**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 (Chambre, 54-2919/001)**

Approuvé par l'Assemblée générale du Conseil supérieur de la Justice  
le 5 mars 2018

Il existe aussi une version néerlandaise du présent avis.  
*Er bestaat ook een Nederlandse versie van dit advies.*

Vous pouvez consulter ou télécharger cet avis sur le site Internet du Conseil supérieur de la Justice.

**Conseil supérieur de la Justice**  
Rue de la Croix de Fer, 67  
B-1000 Bruxelles

Tel: +32 (0)2 535 16 16

[www.csj.be](http://www.csj.be)

# Table des matières

<b>LIGNES DE FORCE .....</b>	<b>1</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>3</b>
<b>I. LA MÉDIATION .....</b>	<b>4</b>
I.1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.....	4
I.2. OBSERVATIONS RELATIVES AUX DISPOSITIONS PROPOSÉES .....	5
I.3. OBSERVATIONS QUANT AUX DISPOSITIONS QUI NE SONT PAS MODIFIÉES PAR L'ACTUEL PROJET DE LOI .....	18
<b>II. LE DROIT COLLABORATIF .....</b>	<b>19</b>
II.1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES.....	19
II.2. OBSERVATIONS RELATIVES AUX DISPOSITIONS PROPOSÉES .....	20



## Lignes de force

- Le C.S.J. salue le projet d'encourager le recours à une solution négociée en cas de conflit. Il entend toutefois souligner la nécessité impérieuse d'accompagner ce souhait de garanties suffisantes afin que les citoyens gardent effectivement un accès à un juge impartial et, dans le cadre de procédures judiciaires, puissent poser le choix de recourir à un mode amiable de règlement librement et en pleine connaissance de cause. Le C.S.J. estime dès lors préférable de ne pas donner au juge la possibilité de forcer l'entrée en médiation ou dans un processus de droit collaboratif. En ce qui concerne le droit collaboratif, cette faculté d'ordonner l'entrée dans le processus porterait atteinte au droit d'accès à la justice (points 1, 3, 4, 8, 16, 21 et 23 du présent avis) ;
- Le C.S.J. rappelle que la promotion et l'incitation à régler amiablement les différends peuvent également être réalisées par d'autres mesures incitatives que celles actuellement envisagées, et il estime que ces incitants mériteraient d'accompagner dès aujourd'hui la réforme en cours (point 3 du présent avis) ;
- Le C.S.J. invite le législateur à saisir l'occasion de la réforme pour assurer une transposition complète de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (point 5 du présent avis) ;
- Le C.S.J. est favorable à la possibilité d'ordonner d'office une information sur la médiation ; Il partage l'opinion selon laquelle le moment le plus adéquat pour imposer une séance d'information peut, dans certains cas, se situer après le dépôt des premières conclusions du défendeur et estime qu'il serait dès lors judicieux de consacrer cette possibilité en permettant au juge de convoquer, à ce moment, les parties pour, le cas échéant, ordonner une telle séance (points 8 et 16 du présent avis) ;
- Le C.S.J. entend souligner le 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. (point 9 du présent avis) ;
- Le C.S.J. invite à retenir une définition minimaliste de la médiation (point 10 du présent avis) et du droit collaboratif (point 22 du présent avis), mettant en exergue les seuls éléments spécifiques nécessaires à une distinction avec les autres modes de règlement des conflits et au régime processuel de ces modes de règlement des conflits ;
- Le C.S.J. entend souligner l'importance de la formation – et partant des conditions d'agrément et de la détermination des compétences de la Commission fédérale de médiation en matière de programmes de formation et d'évaluation des connaissances et compétences – des médiateurs, leur professionnalisme et leurs compétences étant le gage de la crédibilité et de l'efficacité de la médiation, et donc également de son déploiement (points 12 et 13 du présent avis) ;
- Le C.S.J. est d'avis qu'il convient, par principe, et sous réserve de volonté contraire des parties, de lever la confidentialité des accords de médiation afin de permettre notamment leur homologation. Il préconise, par ailleurs, de distinguer plus clairement l'obligation de confidentialité du secret professionnel (point 14 du présent avis) ;

- *En matière de médiation, le C.S.J. suggère par ailleurs de préciser le contenu de certaines dispositions afin d'en clarifier la portée (points 6<sup>1</sup>, 12<sup>2</sup>, 16<sup>3</sup> et 17<sup>4</sup> du présent avis), d'en supprimer d'autres (points 7<sup>5</sup> et 15<sup>6</sup> du présent avis) et de rencontrer certaines hésitations de la pratique que le projet n'aborde actuellement pas (points 18<sup>7</sup> et 19<sup>8</sup> du présent avis) ;*
- *Le C.S.J. considère qu'il est plus cohérent de renommer la septième partie du Code judiciaire « Modes amiables de règlement des conflits » et d'intégrer dans cette partie la médiation et le droit collaboratif plutôt que d'insérer une nouvelle huitième partie dédiée au droit collaboratif (point 20 du présent avis) ;*
- *En matière de droit collaboratif, le C.S.J. plaide, pour d'évidentes raisons de conflits d'intérêts, en faveur d'une interdiction d'intervention élargie à tous les avocats exerçant ou donnant l'apparence d'exercer leurs activités en commun avec l'avocat étant intervenu dans le processus de droit collaboratif (point 24 du présent avis) ;*
- *Le C.S.J. préconise enfin que les accords de droit collaboratif puissent être homologués selon les mêmes modalités que celles prévues concernant les accords de médiation extrajudiciaire (point 25 du présent avis).*

---

<sup>1</sup> Incompatibilités.

<sup>2</sup> Conditions de l'agrément des médiateurs.

<sup>3</sup> Désignation du médiateur par le juge.

<sup>4</sup> Sanction de l'usurpation du titre de médiateur agréé.

<sup>5</sup> Obligation légale des avocats.

<sup>6</sup> Possibilité pour le médiateur de mettre anticipativement fin à son intervention.

<sup>7</sup> Clause de médiation.

<sup>8</sup> Délais suspendus durant le cours de la médiation.

## INTRODUCTION

Cet avis ne concerne que le titre 9 « Modifications diverses au Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges » du projet de loi.

1. Sur le plan des principes, **le C.S.J se réjouit du souhait avancé par le projet d'encourager et de promouvoir, dans la mesure du possible, les modes amiables de règlement des conflits.** Ces processus peuvent, en effet, présenter des avantages certains pour les parties (en termes d'appropriation de la gestion de leur conflit et d'engagement à respecter leur accord, mais aussi de coût et de temps dans l'éventualité d'une issue favorable<sup>9</sup>) et pour la Justice (par un allègement de la charge des cours et tribunaux). Il convient cependant de ne pas sous-estimer pour autant les inconvénients que ces modes amiables peuvent présenter si aucun accord ne peut être obtenu à leur issue, leur coût financier venant alors s'ajouter à ceux d'une procédure judiciaire et la durée de celle-ci se voyant allongée d'autant. C'est en gardant à l'esprit ces avantages et ces risques qu'il convient d'élaborer un cadre législatif équilibré et qui respecte l'exigence fondamentale du droit d'accès à la justice.
2. **Le C.S.J. souhaite constater le changement de paradigme que porterait le Code judiciaire si le projet devait être adopté en l'état,** en ce qu'il autoriserait le juge à surseoir à la procédure ou à remettre la cause à date fixe pour « *permettre [aux parties] de vérifier si leur litige peut être totalement ou partiellement résolu à l'amiable* »<sup>10</sup>, voire même à imposer d'office le recours à la médiation<sup>11</sup>, et semble-t-il au droit collaboratif<sup>12</sup>. Ce faisant, 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* »<sup>13</sup>. 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. Il en est d'autant plus ainsi lorsque l'on constate que les mesures incitatives préconisées ne sont prévues que dans le cadre des procédures judiciaires, non de l'arbitrage : c'est bien la voie judiciaire qui deviendrait ainsi, elle-même, la voie alternative à toutes les formes de justice privée (médiation, droit collaboratif et arbitrage, qui seraient régies par le Code judiciaire), alors que, quant à lui, « *Sauf dans les cas prévus par la loi, le préliminaire de conciliation ne peut être imposé* »<sup>14</sup>.

Au vu des avantages qu'offre une solution négociée, sur les plans individuel et collectif, une telle évolution n'est pas critiquable en soi et apparaît même positive dans son principe. Il reste qu'il convient, ce faisant, de préserver tant un accès effectif des citoyens à la justice que l'impartialité du juge qui serait amené à trancher un litige à défaut pour les parties d'avoir réussi à le résoudre à l'amiable.

<sup>9</sup> Pour ce qui concerne la médiation, voy. à ce propos Parlement européen, *Quantification du coût du non-recours à la médiation—analyse des données*, 2011, 23 p., disponible à l'adresse [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453180/IPOL-JURI\\_NT\(2011\)453180\\_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453180/IPOL-JURI_NT(2011)453180_FR.pdf) (consultée le 27/12/2017).

<sup>10</sup> Article 730/1 en projet du Code judiciaire (article 188 du projet de loi).

<sup>11</sup> Article 1734 en projet du Code judiciaire (article 206 du projet de loi). Pour un commentaire de cette disposition, voy. ci-après n° 16

<sup>12</sup> Pour un commentaire de cette disposition, voy. ci-après n° 20

<sup>13</sup> Exposé des motifs, p. 55.

<sup>14</sup> Article 189 du projet ; modification de l'article 731 (alinéa 2).

## I. LA MÉDIATION

### I.1. Observations générales

3. Le C.S.J. propose ci-après (point I.2) un commentaire des principales dispositions du projet qui lui paraissent devoir être précisées, complétées ou aménagées. Suivront des suggestions relatives à des dispositions actuelles que le projet de loi ne prétend pas modifier (point I.3).

Le principal élément sur lequel le C.S.J. entend attirer l'attention, et qui modifie de façon la plus substantielle l'actuel régime dont est dotée la médiation, concerne la possibilité pour le juge d'obliger les parties à y recourir. Même si, comme le souligne l'auteur du projet, l'imposition d'une médiation préalable à la saisine du juge ne prive pas en soi le citoyen de son accès à la justice<sup>15</sup>, **le C.S.J. estime préférable de ne pas donner au juge la possibilité de forcer l'entrée en médiation en l'ordonnant d'office. Il est d'avis que le rôle du juge doit plus modestement, mais probablement de façon tout aussi efficace, être de veiller, de façon effective, à une (meilleure) connaissance par les parties (et leurs conseils) du processus, de ses avantages et de ses inconvénients, afin que l'éventuelle entrée en médiation se fasse en pleine connaissance de cause**<sup>16</sup>. Une telle mesure apparaît mieux proportionnée aux objectifs poursuivis par l'auteur du projet, en ne portant aucune limitation au droit à un procès équitable (article 6 de la CEDH) ni au principe volontaire qui caractérise le processus de médiation<sup>17</sup>. Une telle mesure contribuerait, par ailleurs, à réduire le risque qu'en imposant le recours à la médiation, davantage d'échecs soient constatés, alors qu'il est une évidence que l'échec d'une médiation représente un coût, d'un point de vue financier mais aussi en terme d'allongement du traitement judiciaire du différend<sup>18</sup>.

Concernant une telle information, le C.S.J. estimerait, par ailleurs, **plus cohérent d'énoncer des dispositions générales applicables aux deux modes de résolution amiable régis par le Code judiciaire**, rien ne justifiant, sur le plan des principes généraux, que le droit collaboratif ne soit alors pas doté d'une place équivalente à celle qui est légalement reconnue à la médiation. En suivant une telle logique, le Code judiciaire devrait offrir la possibilité aux parties de préférer l'une ou l'autre de ces voies si le juge, habilité par la loi, pouvait estimer qu'il convient d'en imposer une.

Il convient, enfin, de souligner que la promotion et l'incitation à régler amiablement les différends peuvent également être réalisées par **d'autres mesures incitatives**, en s'inspirant de ce qui existe dans notre droit et des expériences étrangères<sup>19</sup>. Ces voies mériteraient d'être explorées si l'intention du législateur est d'œuvrer à une telle finalité, au bénéfice des citoyens et de la justice<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Obliger la médiation en préalable à une décision judiciaire ou arbitrale ne prive pas en soi d'un accès à la justice, ce qui constitue d'ailleurs une exigence essentielle à son admissibilité juridique en regard des articles 6 et 13 de la CEDH. Voy. à ce propos l'article 5 de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (*J.O.*, L 136, 24.5.2008, pp. 3-8. Voy. par ailleurs CJUE (1<sup>ère</sup> ch.), 14 juin 2017, *Menini, Rampanelli c. Banco Popolare Società Cooperativa*, aff. C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, rendu dans le cadre de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (*J.O.*, L 165, 18.6.2013, pp. 63-79).

<sup>16</sup> Une formulation comparable à celle proposée par l'article 189 du projet, concernant l'article 1253ter/1 du Code judiciaire, en matière familiale, pourrait être retenue. En ce cas, l'énoncé du principe pourrait plus judicieusement se situer dans une disposition d'application générale.

<sup>17</sup> Même si, de l'estime du C.S.J., ordonner d'office une médiation ne méconnaît effectivement pas, comme l'exprime l'auteur du projet, le caractère volontaire de la médiation, qui semble davantage attaché à la liberté dont doivent jouir les parties, en cours de processus, de se retirer, droit qui n'est en l'espèce effectivement pas entravé. Cons. ég. CJUE (1<sup>ère</sup> ch.), 14 juin 2017, *Menini*, aff. C-75/16, précité, point 50.

<sup>18</sup> Rappelons que, sous réserve d'une prise en charge par l'État (assistance judiciaire) ou par une compagnie d'assurance (dans le cadre d'une assurance protection juridique), les parties supportent par principe par moitié les frais et honoraires du médiateur (article 1731 du Code judiciaire).

<sup>19</sup> Voy., à cet égard, Parlement européen, *Quantification du coût du non-recours à la médiation – analyse des données*, 2011, 23 p., disponible à l'adresse [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453180/IPOL-JURI\\_NT\(2011\)453180\\_FR.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2011/453180/IPOL-JURI_NT(2011)453180_FR.pdf) (consultée le 27/12/2017). Songeons, spécialement, à l'exemption de la TVA sur les frais et honoraires des seuls médiateurs agréés en matière familiale. Une exemption de la TVA pourrait être un incitant et une mesure utile permettant de favoriser le recours à la médiation, quelle que soit la matière concernée. Un document très récent, qui repose sur une analyse de la pratique française au sein de trois Cours d'appel, apparaît également intéressant s'agissant des mesures pouvant être prise au sein des juridictions et plus largement du monde judiciaire : <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/01/14-33-La-prescription-de-la-médiation-Synthèse.pdf>.

<sup>20</sup> Avis du C.S.J. relatif à la médiation du 4 février 2004, p. 6.



4. Le C.S.J. estime également dangereux d'autoriser, par une disposition générale, le juge à vérifier « *si des efforts raisonnables ont déjà été consentis* » afin d'obtenir un accord amiable<sup>21</sup>. Un tel contrôle, à supposer qu'il puisse s'exercer dans le respect de la réalité (matérielle et relationnelle) d'un conflit, limite en soi le droit à un juge, et à un juge impartial, et peut porter atteinte au principe de la confidentialité que consacre l'article 1728 du Code judiciaire. Selon le C.S.J., un citoyen n'a pas à expliciter les motifs qui lui paraissent légitimes pour refuser une solution amiable, et en appeler à la justice étatique. En effet, d'un point de vue juridique et juridictionnel, et sur le plan des principes généraux<sup>22</sup>, doit demeurer seul pertinent le constat de l'absence d'accord<sup>23</sup>. Permettre au juge d'apprécier la légitimité de l'échec des négociations, ou d'un refus de négocier dans le chef d'un litigant, part erronément du postulat qu'un tel échec pourrait être imputable à une seule des parties à la relation et autorise surtout la sanction du comportement de celui qui verrait dans la justice la seule voie « crédible », ou « acceptable » par lui, de solution au litige qui l'oppose à un autre citoyen. C'est, du reste, un principe déjà confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de litiges de consommation<sup>24</sup>.
5. Le C.S.J. invite, enfin, le législateur à saisir l'occasion de cette réforme pour assurer une transposition complète de la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, notamment en ce qui concerne l'objet du contrôle juridictionnel exercé au moment de statuer sur la demande d'homologation<sup>25</sup> et la mise en œuvre d'un contrôle qualité tel que préconisé par son article 4<sup>26</sup>.

## I.2. Observations relatives aux dispositions proposées

6. **Les incompatibilités (article 181 du projet : modification de l'article 298 du Code judiciaire).** Selon le C.S.J., un magistrat ne peut être médiateur<sup>27</sup> et il ne peut y avoir de médiation par le juge<sup>28</sup>.

La formulation actuelle du texte proposé – en ce qu'il prétend interdire au magistrat d'« être rémunéré comme médiateur visé dans la septième partie » - peut laisser penser que celui-ci pourrait intervenir comme médiateur non rémunéré, ce qui ne semble pas être l'intention de l'auteur du projet<sup>29</sup>. Dès lors, il convient d'exclure purement et simplement la médiation, qu'elle soit rémunérée ou pas.

Enfin, le texte prétend ajouter à l'alinéa 2 de l'article 298 la précision selon laquelle « *Par dérogation à l'alinéa 1<sup>er</sup>, les magistrats émérites, les juges sociaux et conseillers sociaux ainsi que les juges consulaires et juges suppléants peuvent intervenir en tant que médiateur visé dans la septième partie dans une affaire dans laquelle aucune des parties n'a son domicile ou son siège dans le ressort dans lequel ils sont nommés* ». En visant le « siège », l'intention de l'auteur du projet est-elle de viser le siège social ou également, le cas échéant, un siège secondaire ? Il semble nécessaire de le préciser.

<sup>21</sup> Exposé des motifs, commentaire de l'article 187, p.243.

<sup>22</sup> Autre pourrait, en effet, être la question de la réalité de tels efforts dans la situation particulière, qui n'est pas ici seule envisagée, où les parties ont conclu une clause de médiation au sens de l'article 1725 du Code judiciaire, clause dont l'une n'assurerait pas une exécution de bonne foi.

<sup>23</sup> Ce d'autant qu'une solution négociée est censée avoir été recherchée lorsque les parties sont assistées d'un avocat, celui-ci étant déontologiquement tenu d'envisager cette voie amiable.

<sup>24</sup> CJUE (1<sup>ère</sup> ch.), 14 juin 2017, *Menini*, aff. C-75/16, précité (points 66 et 69).

<sup>25</sup> Lequel ne doit pas uniquement porter sur le respect de l'ordre public, mais aussi des lois impératives.

<sup>26</sup> Dans ce sens, voy. aussi P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », in O. Caprasse (coord.), *Modes alternatifs de règlement des conflits. Réformes et actualités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 29, n°47.

<sup>27</sup> Avis du C.S.J. relatif à la médiation du 4 février 2004, p. 15.

<sup>28</sup> Avis du C.S.J. relatif à la médiation du 4 février 2004, p. 8. Voy. aussi l'avis du C.S.J. relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code Judiciaire en ce qui concerne la procédure approuvée en A.G. le 9 octobre 2002.

<sup>29</sup> L'exposé des motifs énonce qu'« *Il n'est toutefois pas souhaitable qu'ils interviennent en qualité de médiateur* » (Commentaire de l'article 181, Exposé des motifs, p. 240).

7. **Les obligations légales imposées aux avocats (article 182 du projet de loi ; modification de l'article 444 du Code judiciaire<sup>30</sup>).** Les nouvelles dispositions entendent consacrer légalement l'obligation pour les avocats d'informer leurs clients sur les possibilités de résolution amiable des différends<sup>31</sup>.

Le C.S.J. n'est pas convaincu de l'opportunité de muer l'obligation déontologique existante<sup>32</sup> en une obligation légale, ceci d'autant plus qu'une telle exigence doit harmonieusement coexister avec le monopole dévolu aux avocats en matière de défense en justice<sup>33</sup>.

8. **Information quant aux modes amiables de règlement des conflits (article 188 du projet de loi ; insertion d'un nouvel article 730/1 dans le Code judiciaire).** L'article 188 du projet prétend introduire un nouvel article 730/1 dans le Code judiciaire, lequel serait libellé suit :

*« Art. 730/1. § 1<sup>er</sup>. Le juge favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges. § 2. Sauf en référé, il 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. À cette fin, le juge peut ordonner la comparution personnelle des parties. 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 une date rapprochée, ordonner la surséance à la procédure ou 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. La mesure prévue à l'alinéa 2 ne peut être ordonnée si elle l'a déjà été dans le cadre du même litige »*

De l'avis du Ministre, l'article 730/1 « vise à promouvoir autant que possible le recours à des modes alternatifs de règlements des conflits (...) »<sup>34</sup>. Dans ce cadre, deux mesures importantes sont préconisées : (i) légalement reconnaître « à côté de la tâche essentielle du juge de trancher les litiges, un rôle pacificateur » et (ii) permettre à ce dernier « d'encourager le recours à des modes alternatifs de résolution des conflits »<sup>35</sup>.

Il convient toutefois de garder à l'esprit qu'en ce qui concerne plus spécifiquement la médiation, l'article 730/1 en projet doit nécessairement être articulé avec le § 1<sup>er</sup> de l'article 1734 (nouveau) du Code judiciaire<sup>36</sup>, lequel porte que :

*§ 1<sup>er</sup>. Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure et ainsi qu'en référé, le juge saisi d'un litige peut, à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré. 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 »*

<sup>30</sup> Une même règle est imposée s'agissant des huissiers de justice, par une modification de l'article 519 du même Code (article 183 du projet).

<sup>31</sup> L'exposé des motifs énonce, à cet égard, que les avocats « tentent, dans la mesure possible, de favoriser une résolution amiable des litiges ». Il ajoute que « Les avocats informent le justiciable et insistent sur l'utilité d'une résolution amiable du litige. En concertation avec le justiciable, ils s'efforcent raisonnablement de résoudre le litige à l'amiable et ce, en tout état de cause » (Exposé des motifs, p. 241).

<sup>32</sup> Article 2.12 du Code de déontologie de l'avocat, *Mon.b.*, 17 janvier 2013.

<sup>33</sup> L'exposé des motifs (p. 241) précise à cet égard que « Le rôle traditionnel de l'avocat (monopole de la plaidoirie) est maintenu pour le règlement des litiges où la médiation et les autres solutions amiables ne peuvent raisonnablement pas être mises en œuvre ».

<sup>34</sup> Exposé des motifs, p. 242.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> C'est vrai, du reste, également en ce qui concerne le droit collaboratif dès lors que l'article 1740 en projet (article 211 du projet de loi) déclare l'article 1734 § 1<sup>er</sup>, alinéas 1 et 2 applicables par analogie au droit collaboratif : voy. le commentaire *infra* n° 23

L'articulation entre ces deux dispositions est précisée en ces termes dans l'exposé des motifs :

*« Conformément à l'avis du Conseil d'État qui suggérait de revoir l'articulation entre l'article 730/1 et l'article 1734 du Code judiciaire, la possibilité pour le juge d'ordonner aux parties de s'informer sur les possibilités de médiation a été supprimée à l'article 1734. (...) Cet article doit être réservé à la possibilité pour le juge d'ordonner une médiation. 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 par le biais de l'article 730/1 du Code judiciaire au début de la procédure »<sup>37</sup>.*

Le texte de l'article 730/1 appelle les observations suivantes :

- (a) L'article 730/01, § 2, alinéa 2 n'exprime pas la possibilité pour le juge qui estime qu'un rapprochement entre les parties est envisageable, d'imposer une séance d'information sur la médiation. Le C.S.J. estime, ainsi qu'il a déjà été exposé, qu'il est **pourtant préférable de prévoir clairement la possibilité pour le juge d'imposer une séance d'information sur les modes alternatifs de résolution des différends, dont la médiation** – et ce en lieu et place de la possibilité qu'offrirait l'article 1734 du Code judiciaire en projet d'ordonner l'entrée en médiation elle-même, ce que le C.S.J. ne préconise pas de prévoir<sup>38</sup> -.
- (b) En ce qui concerne le moment idoine pour proposer ou imposer une telle séance d'information, le texte en projet envisage uniquement celui de l'audience introductive d'instance ou « *lors d'une audience fixée à une date rapprochée* ». La pratique démontre toutefois que, pour disposer d'une incitation efficiente aux modes alternatifs, ce moment peut parfois se situer après le dépôt des premières conclusions du défendeur, chaque partie étant alors pleinement informée de l'essentiel de la position juridique de l'adversaire et étant, dès lors aussi, davantage en mesure de relativiser sa propre position. Le Code judiciaire devrait donc prévoir que le juge puisse, dans les jours qui suivent le dépôt de ces conclusions, apprécier si le dossier lui semble susceptible d'être résolu à l'amiable et, dans l'affirmative, puisse convoquer les parties et, au moment de cette audience, ordonner la participation à une séance d'information tout en mettant en place les mesures permettant (i) d'éviter qu'une tentative de médiation qui n'évolue pas favorablement entraîne un retard important dans la procédure et (ii) de fixer à nouveau le dossier rapidement<sup>39</sup>.

L'observation paraît d'autant plus pertinente que l'article 730/1, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, précise que « *Le juge favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges* ». Il serait déroutant que le Code judiciaire ne lui offre par ailleurs aucune base légale pertinente pour ce faire au-delà de l'audience d'introduction ou d'une date qui lui est proche...

9. **La conciliation préalable (article 189 du projet ; modification de l'article 731 du Code judiciaire).** L'article 731 en projet confirme la possibilité pour les parties en conflit de solliciter, en première instance, une conciliation judiciaire préalable. Depuis son origine, cette disposition ajoute, par ailleurs, et ceci est maintenu dans le projet, que « *Sauf dans les cas prévus par la loi, le préliminaire de la conciliation ne peut être imposé* ».

Le C.S.J. entend souligner le 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 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.

<sup>37</sup> Exposé des motifs, commentaire de l'article 206, p. 257.

<sup>38</sup> À propos de cette possibilité, voy. le commentaire de l'article 1734 repris *infra* p. 16

<sup>39</sup> A cet égard, l'expérience des juridictions qui encouragent aujourd'hui déjà le processus de médiation pourra utilement être mise à profit afin d'organiser pratiquement lesdites mesures.

10. **Définition de la médiation (article 193 du projet ; insertion d'un nouvel article 1723/1 dans le Code judiciaire).**

L'article 193 du projet de loi propose de définir, dans un nouvel article 1723/1 du Code judiciaire, la médiation comme « un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties en conflit qui se déroule avec le concours actif d'un tiers indépendant et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes une solution. ».

Dans un avis rendu en 2004, le C.S.J. s'est dit favorable à une définition légale de la médiation, notamment afin de ne pas la confondre avec la conciliation<sup>40</sup>. Il salue donc le choix retenu dans le projet tout en rappelant ses recommandations, qui demeurent pertinentes.

Sur le principe, le C.S.J. estime préférable de retenir une définition minimaliste, mettant en exergue les seuls éléments spécifiques nécessaires à une distinction avec les autres modes de règlement des conflits (spécialement la conciliation et le droit collaboratif) et au régime processuel de la médiation<sup>41</sup>. Il convient, en effet, de ne pas ajouter des qualificatifs qui peuvent susciter des hésitations dans la détermination du futur domaine d'application des dispositions du Code judiciaire, ce spécialement en considération du fait que ce domaine ne fait pas aujourd'hui l'objet de discussion, en l'absence d'une telle définition légale.

À cette fin, le C.S.J. propose de supprimer l'adjectif « actif », pourtant proposé par lui en 2004<sup>42</sup>, qui, outre qu'il est à même de soulever des discussions<sup>43</sup> n'apporte aucun élément utile juridiquement et sur le plan processuel. Il suggère, par contre, d'ajouter l'exigence de neutralité, qui peut être conçue comme étant distincte de l'impartialité<sup>44</sup>.

Le C.S.J. observe, enfin, que le Code judiciaire continuera à exclure du champ des médiations régies par le Code judiciaire et, dès lors, des possibilités d'homologation, les accords obtenus dans le cadre de médiations dites « libres », c'est-à-dire de médiations menées en dehors du cadre légal qu'il énonce (hors médiations civile, commerciale, sociale et familiale). La définition légale maintient donc une frontière entre différentes formes de médiations, spécialement entre les médiations régies par le Code judiciaire et les médiations dites institutionnelles (ombudsman, médiation hospitalière et en soins de santé, médiation locale, médiation scolaire, etc.).

11. **La « médiabilité »<sup>45</sup> objective (article 194 du projet ; modification de l'article 1724 du Code judiciaire<sup>46</sup>).** Dans son avis relatif à la médiation rendu le 4 février 2004, le C.S.J. recommandait une généralisation de la médiation à toutes les matières dans lesquelles les parties sont admises à transiger, en incluant également cette possibilité pour les personnes morales de droit public<sup>47</sup>.

La formulation retenue dans le projet de loi rejoint cette recommandation et le C.S.J. s'en réjouit. Elle est, par ailleurs, désormais conforme au prescrit de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

<sup>40</sup> Avis du C.S.J. relatif à la médiation du 4 février 2004, pp. 3-4.

<sup>41</sup> Dans ce sens, voy. aussi P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », O. CAPRASSE (coord.), *Modes alternatifs de règlement des conflits. Réformes et actualités*, Limal, Anthemis, 2017, p.14.

<sup>42</sup> Avis du C.S.J. relatif à la médiation du 4 février 2004, p. 4.

<sup>43</sup> Les approches du traitement du conflit peuvent, en effet, selon les pratiques individuelles et les orientations méthodologiques, être plus ou moins « actives ».

<sup>44</sup> P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », in O. Caprasse (coord.), *Modes alternatifs de règlement des conflits. Réformes et actualités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 25, n°38.

<sup>45</sup> Le terme de « médiabilité » est parfois utilisé en doctrine pour viser les conflits susceptibles de faire l'objet d'une médiation.

<sup>46</sup> Dans le prolongement, il semble utile de modifier l'article 2045 du Code civil qui limite les possibilités de transiger dans le chef des communes.

<sup>47</sup> Avis du C.S.J. relatif à la médiation du 4 février 2004, Recommandation, p. 15.

12. **Les conditions de l'agrément des médiateurs (article 195 du projet de loi ; modification de l'article 1726 du Code judiciaire).**

Le tableau suivant permet de comparer les versions antérieure et nouvelle de l'article 1726 du Code judiciaire :

<b>Article 1726 du Code judiciaire (version actuellement en vigueur)</b>	<b>Article 1726 du Code judiciaire (nouvelle version selon le projet)</b>
<p><b>§ 1<sup>er</sup>.</b> Peuvent être agréés par la commission visée à l'article 1727 les médiateurs qui répondent au moins aux conditions suivantes :</p> <p>1° posséder, par l'exercice présent ou passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend;</p> <p>2° justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation;</p> <p>3° présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation;</p> <p>4° ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire et incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé;</p> <p>5° ne pas avoir encouru de sanction disciplinaire ou administrative, incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé, ni avoir fait l'objet de retrait d'agrément.</p> <p><b>§ 2.</b> Les médiateurs agréés se soumettent à une formation continue dont le programme est agréé par la commission visée à l'article 1727.</p> <p><b>§ 3.</b> Cet article s'applique également lorsqu'il est fait appel à un collège de médiateurs.</p>	<p><b>§ 1<sup>er</sup>.</b> Peuvent être agréés par la commission visée à l'article 1727 les médiateurs qui répondent au moins aux conditions suivantes :</p> <p>1° [<i>abrogé</i>]</p> <p>2° avoir suivi une formation théorique et pratique et avoir réussi l'examen d'aptitude et les épreuves d'aptitude dont les programmes sont établis par la commission fédérale de médiation. La formation ainsi que l'examen et les épreuves comportent à chaque fois un volet juridique et un volet relatif à l'aptitude à la médiation. Les avocats, les huissiers de justice titulaires d'un diplôme de docteur, licencié ou master en droit, les notaires et les magistrats visés à l'article 298, alinéa 2, sont dispensés des volets juridiques;</p> <p>3° présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation;</p> <p>4° ne pas avoir fait l'objet d'une condamnation inscrite au casier judiciaire et incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé;</p> <p>5° ne pas avoir encouru de sanction disciplinaire ou administrative, incompatible avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé, ni avoir fait l'objet de retrait d'agrément.</p> <p><b>§ 1/1.</b> Pour l'application du présent Code, il faut entendre par médiateur, médiateur agréé.</p> <p><b>§ 1/2.</b> Un médiateur dont l'agrément a été retiré en application de l'article 1727/5, § 4, ne peut introduire une nouvelle demande d'agrément qu'après une période de dix ans.</p> <p><b>§ 2.</b> Les médiateurs agréés se soumettent à une formation continue dont le programme est agréé par la commission visée à l'article 1727.</p> <p><b>§ 3.</b> Cet article s'applique également lorsqu'il est fait appel à un collège de médiateurs.</p> <p><b>§ 4.</b> Nul ne peut utiliser le titre de « médiateur agréé », seul ou en combinaison avec d'autres termes, sans figurer sur la liste des médiateurs agréés visée à l'article 1727.</p>

**Le C.S.J. souligne l'importance déterminante qui doit être accordée à la formation des médiateurs. Leur professionnalisme et leurs compétences sont une garantie essentielle de la crédibilité de la médiation – vis-à-vis des justiciables, mais également des magistrats qui en sont les principaux prescripteurs – et, dès lors, de l'efficacité du dispositif vers lequel on tend<sup>48</sup>.**

Pour ce qui concerne le contenu du texte, plusieurs observations méritent l'attention :

- (a) le § 1<sup>er</sup>, 2° énoncerait de nouvelles exigences en terme d'agrément puisque les candidats à l'agrément devront désormais établir avoir réussi « *l'examen d'aptitude et [d]es épreuves d'aptitude dont les programmes sont établis par commission fédérale de médiation* », ce que l'actuel texte ne prévoit pas.

L'exigence ainsi posée rencontre le souci d'un plus grand professionnalisme, ce qui est essentiel pour permettre le développement de la médiation et assurer sa crédibilité auprès du public et du monde judiciaire. Le libellé de la nouvelle disposition maintient toutefois certaines incertitudes qu'il convient de lever :

- quelle distinction entend-on faire entre « *l'examen d'aptitude* » et « *les épreuves d'aptitudes* » (qui, en l'état, pourraient être lues comme étant seule relatives au programme de formation suivi) ? *L'examen* vise-t-il les connaissances théoriques là où les *épreuves* viseraient les compétences pratiques ? La formulation actuelle est susceptible de plusieurs interprétations et il convient de clarifier le texte légal, ou sa portée à travers les travaux préparatoires.

On notera utilement que, pour ce qui concerne les experts judiciaires, en vue de leur inscription sur le registre national, l'article 991<sup>quater</sup> du Code judiciaire énonce uniquement que ceux-ci « *fournissent la preuve qu'[ils] disposent de l'aptitude professionnelle et des connaissances juridiques requises* ». L'article 991<sup>octies</sup> poursuit en affirmant que « *La preuve visée à l'article 991<sup>quater</sup>, 6°, est fournie en présentant au ministre de la Justice :*

*1° en ce qui concerne l'aptitude professionnelle, un diplôme obtenu dans le domaine d'expertise dans lequel le candidat se fait enregistrer en qualité d'expert judiciaire et un justificatif attestant d'une expérience pertinente d'au moins cinq ans au cours des huit années précédant la demande d'enregistrement ou, à défaut de diplôme, la preuve d'une expérience pertinente d'au moins quinze ans pendant les vingt ans précédents la demande d'enregistrement. Les experts judiciaires domiciliés dans un autre pays de l'Union européenne peuvent justifier de leur aptitude professionnelle par une inscription dans le registre similaire de leur pays, dont ils apportent la preuve;*

*2° en ce qui concerne les connaissances juridiques, une attestation délivrée après avoir suivi une formation qui remplit les conditions fixées par le Roi. ».*

- Le texte impose le suivi d'une « *formation théorique et pratique* » et la réussite d'épreuves ou examens « *comport[ant] à chaque fois un volet juridique et un volet relatif à l'aptitude à la médiation* » : doit-on en déduire que l'évaluation ne doit pas nécessairement porter sur toutes les matières *théoriques*, mais uniquement celles qui ont une dimension *juridique*, ce qui n'apparaît pas judicieux ? La formulation devrait être clarifiée.
- Les compétences dévolues à la Commission fédérale de médiation dans le cadre de la détermination des programmes et exigences d'agrément des centres de formation doivent être légalement circonscrites et demeurer dans les limites raisonnables de la finalité poursuivie par la loi. Ainsi, s'il est légitime, et nécessaire, que, comme c'est le cas actuellement, ladite Commission trace les principales directives des connaissances et aptitudes composant *a minima* la formation que doit avoir suivie tout médiateur agréé, encore convient-il de sauvegarder une marge de liberté dans le chef des instances de

<sup>48</sup> À cet égard, une récente étude menée en France auprès des Cours d'appel de Paris, Pau et Lyon conclut que le renforcement des exigences de formation constitue un levier important dans l'augmentation de la prescription de la médiation par les juges. Les auteurs de cette étude estiment falloir, à cet égard, œuvrer sur plusieurs plans : (i) favoriser la professionnalisation des médiateurs intervenant sur prescription judiciaire, (ii) créer un diplôme national et/ou un référentiel professionnel du médiateur judiciaire, (iii) harmoniser la formation professionnelle des médiateurs et (iv) favoriser le regroupement des associations de médiateurs. Voy. Ph. CHARRIER, A. BASCOULERGUE, J.-P. BONAFE-SCHMITT, et G. FOLIOT, *La prescription de la médiation judiciaire, analyse socio-juridique des dispositifs de médiation dans trois Cours d'appel : de la prescription à l'accord de médiation*, Mission de recherche Droit et justice, 2018 (document disponible à l'adresse <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2018/01/14-33-La-prescription-de-la-médiation-Synthèse.pdf>), p. 9.



formation, spécialement s'agissant des formations universitaires, où le principe de la liberté académique se doit d'être respecté<sup>49</sup>.

De même, la Commission ne devrait pas être habilitée à fixer les qualités dont doivent disposer les formateurs intervenant dans le cadre des programmes pouvant être agréés dès lors que ces conditions ne sont pas strictement nécessaires à la finalité poursuivie.

- Si l'on conçoit logiquement d'accorder une dispense pour les matières juridiques faisant l'objet des programmes de bachelier/master en droit, encore semble-t-il excessif de prévoir une dispense portant sur les « *volets juridiques* », sans autre précision. C'est oublier qu'une approche juridique du processus de médiation lui-même et de la posture du médiateur (étude du Code judiciaire, principes de la responsabilité du médiateur, etc.) ne fait pas toujours l'objet des enseignements de bachelier et de master en droit et mériterait d'être suivie en ce compris par les juristes. Par ailleurs, dès lors que l'approche des conflits et de leur traitement est nécessairement interdisciplinaire, la question se pose de l'équité d'une mesure qui ne dispense que les juristes, et non les titulaires d'autres diplômes équivalents en sciences humaines (psychologie, communication, sociologie, etc.). Afin de rencontrer ces situations, et permettre une décision adaptée, le Code judiciaire gagnerait à se limiter à prévoir une possibilité, pour les instances de formation, d'accorder des dispenses relativement aux matières théoriques qui ne sont pas directement en lien avec le processus de médiation et la posture du médiateur (ceci, par ailleurs, sans pour autant nécessairement dispenser de la partie évaluative).
- (b) Le § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> énonce que le médiateur doit « *présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation* » : il serait préférable d'écrire « *présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la profession de médiateur agréé* » dès lors qu'il existe, notamment en vertu de lois particulières, des médiations (libres) reconnues où le professionnel n'est pas indépendant, mais est néanmoins un médiateur et doit pouvoir continuer à se présenter comme tel;
- (c) le § 1/2 devrait être complété, et formulé comme suit : « *Sous réserve de la situation d'une réhabilitation par la Commission pour le régime disciplinaire et l'examen des plaintes, un médiateur dont l'agrément a été retiré en application de l'article 1727/4, § 4, ne peut introduire une nouvelle demande d'agrément qu'après une période de dix ans à dater de la notification de la décision de retrait* » (les passages ajoutés ne sont pas en italique).
- (d) § 3 : il convient de remplacer « *Cet article s'applique également lorsqu'il est fait appel à un collègue de médiateurs* » par « *Cet article s'applique également en cas de co-médiation* », cette terminologie étant celle qui est retenue dans la pratique.

S'agissant des conditions de l'agrément, **le C.S.J. est également d'avis qu'il serait utile de prévoir légalement**, en outre, comme c'est le cas pour ce qui concerne les experts en vertu de l'article 991<sup>quater</sup> du Code judiciaire, **une attestation d'adhésion au code de déontologie établi par la Commission fédérale de médiation et l'engagement de le respecter pendant toute la durée de l'agrément**. Donner à cette exigence, aujourd'hui réglementaire, force de loi contribue à crédibiliser le processus, en témoignant de l'importance du cadre éthique de la médiation. Il n'est d'ailleurs pas judicieux que la Commission fédérale de médiation ajoute, par ses règlements, des conditions que la loi ne prévoit pas, sauf si elle y est expressément habilitée.

Le C.S.J. estime, en outre, qu'il convient de ne pas supprimer la possibilité qu'un agrément soit octroyé à des praticiens de la médiation n'ayant pas suivi le programme de formation élaboré par la Commission fédérale de médiation mais qui, par leur parcours et leur expérience professionnelle, rencontrent ces exigences de formation. Il en sera par exemple ainsi s'agissant de médiateurs formés à l'étranger. C'est, du reste, un principe qui est largement acquis aujourd'hui en matière d'enseignement supérieur, dans le cadre de ce que l'on nomme la « valorisation des acquis de l'expérience ». Rien ne justifie que le Code judiciaire devienne, sur ce point, plus rigoureux qu'auparavant.

Il convient, enfin, de prévoir des dispositions transitoires dès lors que les agréments spécialisés seront supprimés au bénéfice d'un agrément général. Il semble pertinent de disposer que les médiateurs actuellement agréés dans

<sup>49</sup> Voy. l'article 8 du décret du 7 novembre 2013 définissant le paysage de l'enseignement supérieur et l'organisation académique des études, dit décret « paysage ».

un domaine de spécialisation bénéficieront d'office, sans nouvelle demande, d'un agrément général au moment de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales.

13. **La composition et le fonctionnement de la Commission fédérale de médiation (articles 196, 197, 198, 199 et 201 du projet ; modification de l'article 1727 et insertion des articles 1727/1 à 1727/5 dans le Code judiciaire).**

Quant à l'article 1727 du Code judiciaire<sup>50</sup> :

- § 1<sup>er</sup>, alinéa 4<sup>r</sup> : il conviendrait de prévoir, afin de valablement prendre des décisions, la présence d'une majorité des membres, mais aussi au sein de chaque groupe linguistique comme c'est le cas au C.S.J. ;
- § 2, point 2° : comme il a déjà été précisé, la Commission fédérale de médiation ne devrait être habilitée qu'à prévoir un programme *minimal* de formation, non *le* programme, sous peine de porter atteinte à la liberté dont doivent jouir les instances de formation, spécialement les établissements d'enseignement supérieur ;
- § 2, point 9° : pourquoi exclure les pouvoirs locaux de la diffusion des listes de médiateurs agréés par la Commission fédérale de médiation ?
- § 2 : l'actuel point 10°, qui concerne l'établissement d'un code de déontologie, mériterait d'être cité avant l'actuel point 5°, qui est notamment relatif aux sanctions frappant la méconnaissance desdites règles déontologiques ;
- § 2 : il serait judicieux d'ajouter un nouveau point imposant la publication d'un rapport annuel d'activité sur le site internet accessible au public : « 13° rédiger et publier, sur son site internet, un rapport annuel portant sur l'exécution de ses missions légales comme prévu à l'article 1727/1, alinéa 5<sup>51</sup> »;

Quant au nouvel article 1727/1 du Code judiciaire<sup>52</sup> :

- il ne paraît pas opportun de prévoir, comme le préciserait l'alinéa 1<sup>er</sup> *in fine*, qu'« Un représentant du Ministre de la Justice peut suivre les travaux de l'assemblée générale » ; Cette instance devant rester pleinement indépendante, le C.S.J. demande de supprimer ce passage.
- L'alinéa 2 prévoit que « L'assemblée générale approuve toutes les décisions, avis et autres mesures prises en exécution de l'article 1727, §2, à l'exception des matières relevant, selon une disposition expresse de la Septième partie, exclusivement du bureau et des missions relevant de la commission disciplinaire et de traitement des plaintes » : Tel que libellé, le texte semble faire de l'Assemblée générale une instance d'entérinement, alors qu'elle doit avoir la possibilité de ne pas approuver. La formulation mériterait simplement d'être modifiée.
- L'alinéa 3 prévoit que « Le Ministre de la Justice désigne sur présentation de l'Assemblée générale les membres effectifs et suppléants des commissions spéciales » : le C.S.J. s'interroge sur la raison qui justifie d'imposer le recours à une décision ministérielle, mesure qui lui semble *a priori* inutile. Il propose de retenir la même formulation que celle retenue pour ce qui concerne les commissions composant le C.S.J. (article 259bis4 du Code judiciaire).

<sup>50</sup> Article 196 du projet de loi.

<sup>51</sup> Voy. l'article 197 du projet.

<sup>52</sup> Article 197 du projet.



Quant au nouvel article 1727/2<sup>53</sup> :

- quant au § 1<sup>er</sup>, la formulation retenue, selon laquelle « *Le bureau est composé de huit membres effectifs et de [huit<sup>54</sup>] membres suppléants qui justifient d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation* » peut apparaître trop limitative, en ce qu'elle ne permettrait par exemple pas à une personne uniquement formatrice d'en faire partie. Certes, la formulation ne l'exclut pas, mais elle ne l'admet pas clairement non plus. Le C.S.J. se demande s'il ne conviendrait pas de préférer la formulation suivante : « *Le bureau est composé de huit membres effectifs et de huit membres suppléants qui justifient de compétences pertinentes dans le domaine de la médiation [ou dans la pratique ou la formation à la médiation]* » ;  
Le § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 prévoit les modes de désignation des membres effectifs et suppléants, sans toutefois préciser leur rôle linguistique ; Par ailleurs, il ne s'aperçoit pas en quoi la présence des huissiers se justifierait. Actuellement, seulement quatre<sup>55</sup> huissiers de justice sont agréés par la Commission fédérale de médiation<sup>56</sup>.  
Enfin, pourrait être pertinente la présence de membres du personnel enseignant œuvrant au sein des établissements d'enseignement supérieur belge, en lien avec les modes de résolution des conflits (lesquels pourraient être présentés par l'ARES).
- Au § 2, au moment d'envisager un éventuel remplacement en cours de mandat, ne conviendrait-il pas d'ajouter, *in fine*, que « *S'il s'agit d'un premier mandat, ce membre garde son droit à un double renouvellement* » ;
- Le § 6 porte que « *Le bureau établit un règlement d'ordre intérieur qui est soumis à l'assemblée générale pour approbation* ». Il semble pertinent d'ajouter que « *Une fois approuvé par l'Assemblée générale, ce règlement est publié sur le site internet de la Commission* ».

Quant à l'article 1727/4<sup>57</sup> :

- § 1, alinéa 1<sup>er</sup> : ne conviendrait-il pas de prévoir 3 membres effectifs et 3 membres suppléants, de prévoir aussi que les suppléants ne siègent qu'en cas d'indisponibilité des effectifs ? Et quid si c'est le président qui est indisponible ?
- § 1, alinéa 4 : cette disposition prévoit l'établissement d'une liste motivée, classée par ordre de préférence, de 25 personnes qui serait soumise au Ministre. Une telle mesure n'apparaît pas réaliste dans la pratique, ou extrêmement difficile à mettre en œuvre.
- § 2 : prévoir que les experts ont uniquement une voix consultative ?
- § 4 : prévoir une publication du règlement d'ordre intérieur sur le site internet de la Commission fédérale de médiation ?

Quant à l'article 1727/5<sup>58</sup> :

- § 1<sup>er</sup> : prévoir 3 membres effectifs et 3 membres suppléants ?
- § 1<sup>er</sup>, dernier alinéa : prévoir que « *Les membres de la commission disciplinaire et de traitement des plaintes doivent être agréés en qualité de médiateurs et ne peuvent pas être membres d'une autre commission permanente. Ils sont présentés par le Bureau et nommés par le ministre de la Justice par décision motivée. Ils sont désignés sur la base de leur expertise en droit disciplinaire et en résolution de litiges. Les modalités de la publication des vacances, du dépôt des candidatures et de la présentation des membres sont fixées par arrêté royal* »
- § 3 : prévoir une publication du règlement de procédure sur le site internet de la Commission fédérale de médiation

<sup>53</sup> Article 198 du projet.

<sup>54</sup> Mentionner deux fois en lettres, non un chiffre.

<sup>55</sup> Trois francophones et un néerlandophone.

<sup>56</sup> Voy. [www.cfm-fbc.be](http://www.cfm-fbc.be)

<sup>57</sup> Article 200 du projet.

<sup>58</sup> Article 201 du projet.

- § 4, qui concerne les sanctions susceptibles d'être infligées : quant à la 4<sup>e</sup> sanction prévue, il semble requis de la limiter dans le temps. Le texte proposé prévoit « [l']avertissement, [la] réprimande<sup>59</sup>, [l']obligation d'accomplir un stage pendant la durée et selon les modalités fixées par la commission disciplinaire et de traitement des plaintes; l'obligation d'exercer exclusivement en co-médiation ; [la] suspension pour une période qui ne peut excéder un an ; [le] retrait de l'agrément ». Concernant la 4<sup>e</sup> sanction, il semble préférable de préciser « l'obligation d'exercer sa profession exclusivement en co-médiation pendant la durée et selon les modalités fixées par la commission disciplinaire et de traitement des plaintes »<sup>60</sup>

Quant à l'article 1727/6<sup>61</sup> :

- la disposition énonce que « Selon le cas, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles ou le tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles (...) statue sur les recours en suspension et annulation de décisions faisant grief rendues par la commission fédérale de médiation visées aux articles 1727/5, § 4. Ce jugement n'est pas susceptible d'appel ou d'opposition ». Une telle compétence ressort plus naturellement du Conseil d'État vu le statut d'autorité administrative dont jouit la Commission fédérale de médiation<sup>62</sup>.

#### 14. **La confidentialité et le secret professionnel (article 203 du projet de loi ; modification de l'article 1728 du Code judiciaire).**

Le projet de loi apporte plusieurs modifications à cette disposition fondamentale dans le processus de médiation. Les passages que ce projet modifie apparaissent en gras :

Article 1728 du Code judiciaire (version actuelle)	Article 1728 du Code judiciaire (nouvelle version selon le projet de loi)
<p>§ 1er. Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation.</p> <p>En cas de violation de cette obligation de secret <del>par une des parties</del>, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats.</p> <p>Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile ou</p>	<p>§ 1er. Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. <del>L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation.</del> <b>Elle peut également être levée pour permettre au juge d'homologuer les accord de médiation.</b></p> <p>En cas de violation de cette obligation de secret <del>par une des parties</del> <b>par le médiateur, une des parties ou leur avocat</b>, le juge ou l'arbitre se prononce sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts. Les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de secret sont d'office écartés des débats.</p> <p>Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les</p>

<sup>59</sup> Notons qu'en vertu de la décision du 25/09/2008 relative à la procédure de retrait d'agrément, à la détermination des sanctions qui découlent du code de bonne conduite et à la procédure d'application de ces sanctions, la Commission fédérale de médiation envisage quant à elle le blâme.

<sup>60</sup> Dans le même sens, P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », in O. Caprasse (coord.), *Modes alternatifs de règlement des conflits. Réformes et actualités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 27, n°42.

<sup>61</sup> Article 202 du projet.

<sup>62</sup> Voy. CE, arrêt n°237.241 du 31 janvier 2017, cité par P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », in O. Caprasse (coord.), *Modes alternatifs de règlement des conflits. Réformes et actualités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 32.

<p>administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur.</p> <p>§ 2. Dans le cadre de sa mission et pour les besoins de celle-ci, le médiateur peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, recourir aux services d'un expert, spécialiste du domaine traité. Ceux-ci sont tenus à l'obligation de secret visée au § 1er, alinéa 1er. Le § 1er, alinéa 3, s'applique à l'expert.</p>	<p>faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile ou administrative relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. L'article 458 du Code pénal s'applique au médiateur.</p> <p>§ 2. Dans le cadre de sa mission et pour les besoins de celle-ci, le médiateur peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, recourir aux services d'un expert, spécialiste du domaine traité. Ceux-ci sont tenus à l'obligation de secret visée au § 1er, alinéa 1er. Le § 1er, alinéa 3, s'applique à l'expert.</p>
--	--

Plusieurs observations méritent d'être formulées au moment d'envisager une réforme de **l'article 1728 du Code judiciaire**, dès lors qu'il **établit une garantie essentielle du processus de médiation**, qui peut susciter des questions délicates dans sa mise en œuvre.

Premièrement, dès lors que parmi les objectifs poursuivis depuis la loi du 21 février 2005, figure notamment celui de permettre aux parties de faire homologuer l'accord (le cas échéant partiel) obtenu à l'issue du processus, ceci afin de lui donner force exécutoire conformément à l'article 6 de la directive 2008/52/CE, **le C.S.J. est d'avis que, contrairement à la formulation proposée, la logique impose de lever par principe la confidentialité des accords de médiation en cas d'issue favorable de la médiation, à moins que les parties en décident ensemble autrement.**

Deuxièmement, **le C.S.J. préconise de privilégier une formulation qui distingue plus clairement (i) l'obligation de confidentialité** qui incombe aux parties (et leurs conseils) et aux tiers intervenant dans le processus **du (ii) secret professionnel**, qui s'impose au médiateur agréé et aux experts éventuellement sollicités dans le cadre d'une médiation.

En considération de ce qui précède, le C.S.J. propose la formulation suivante :

*§ 1<sup>er</sup>. Les documents établis et les communications faites au cours du processus de médiation et pour les besoins de celui-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans aucune procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure de résolution des conflits et ne sont jamais admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire.*

*Sauf volonté contraire des parties exprimée par écrit, ne sont pas visés par la présente obligation de confidentialité le protocole de médiation et le ou les accords de médiation signés par les parties, ainsi que l'éventuel document établi par le médiateur qui constate le fait de l'échec de la médiation.*

*L'obligation de confidentialité peut par ailleurs, avec le consentement écrit des parties, et dans les limites qu'elles déterminent, être levée. À l'inverse, les parties peuvent, de commun accord et par écrit, rendre confidentiels des documents ou communications antérieurs à l'entame du processus de médiation.*

*§ 2. Sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre publics les faits dont il prend connaissance du fait de sa fonction. Il ne peut être appelé comme témoin par les parties dans une procédure civile, administrative ou arbitrale relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation. Il ne peut davantage révéler, en ce compris au juge ou à l'arbitre saisi d'un différend entre les parties médiées, le motif de l'échec de ce mode amiable de règlement des conflits. L'article 458 du Code pénal lui est applicable.*

*§ 3. Dans le cadre de sa mission et pour les besoins de celle-ci, le médiateur peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, recourir aux services d'un expert, spécialiste du domaine traité. Ceux-ci sont tenus à l'obligation de confidentialité visée au § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>. Le § 2 s'applique à l'expert.*

*§ 4. En cas de violation de l'obligation de confidentialité ou de secret par les personnes qui y sont tenues en vertu de la présente disposition, le juge ou l'arbitre se prononce en équité sur l'octroi éventuel de dommages-intérêts, et sur la hauteur de ceux-ci.*

*Les documents et communications confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de confidentialité sont d'office écartés des débats.*

Enfin, quelle que soit celle qui sera retenue, le C.S.J. estime préférable d'adopter une formulation unique au moment d'énoncer les principes de la confidentialité dans le cadre de la médiation (article 1728 du Code judiciaire) et dans le cadre de la conciliation devant la chambre de règlement amiable du tribunal de la famille (article 1253ter/1 du Code judiciaire<sup>63</sup>) – mais aussi dans le cadre du droit collaboratif (*quod non* en l'état) –.

15. **Principe volontaire (article 204 du projet ; modification de l'article 1729 du Code judiciaire).** Le projet prévoit la possibilité pour le médiateur, de façon comparable à ce qui est prévu pour ce qui concerne les parties, de « *mettre fin à la médiation* » « *à tout moment* ».

L'article 1729 du Code judiciaire établit le principe volontaire de la médiation. Il ne vise actuellement que la situation des parties, confirmant que celles-ci sont libres de se retirer à tout moment de la négociation, et ce sans avoir à justifier d'un quelconque motif.

L'article 204 du projet entend prévoir un même principe pour ce qui concerne le médiateur. La situation du médiateur est toutefois, à cet égard, nécessairement différente. La possible cessation de sa mission n'a aucun lien avec le principe volontaire et ne saurait avoir lieu sans motif particulier. Le C.S.J. estime que cet ajout, qui n'apporte rien<sup>64</sup>, mériterait d'être supprimé ou, à tout le moins, d'être placé dans un second paragraphe qui pourrait alors reproduire une formulation que l'on retrouve fréquemment dans la pratique :

*Article 1729. § 1<sup>er</sup>. Chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice.*

*§ 2. S'il est d'avis que la poursuite du processus de médiation risque de causer un préjudice grave à l'une des parties ou de créer une situation de déséquilibre manifeste au détriment d'une partie, le médiateur invite ces dernières à prendre les mesures nécessaires pour remédier à la situation ou peut décider de suspendre le processus de médiation ou d'y mettre fin.*

<sup>63</sup> Article 190 du projet de loi.

<sup>64</sup> L'intervention du médiateur intègre le domaine d'application du contrat d'entreprise régi par le Code civil, lequel organise déjà les principes de la cessation des missions de celui qu'il nomme l'entrepreneur.

16. **L'imposition de la médiation (article 206 du projet ; modification de l'article 1734 du Code judiciaire).**

Commentaire du § 1<sup>er</sup> de l'article 1734 en projet

L'article 1734, § 1<sup>er</sup> du Code judiciaire, tel qu'il est en vigueur aujourd'hui, permet au juge d'ordonner la médiation uniquement « à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci ». L'entrée en médiation requiert donc nécessairement un accord de toutes les parties.

Selon la formulation proposée par l'actuel projet de loi, si le principe énoncé ci-avant est effectivement maintenu à la lecture de l'alinéa 1<sup>er</sup> du § 1<sup>er</sup>, le 2<sup>e</sup> alinéa le nuance immédiatement en autorisant néanmoins le juge qui « estime qu'un rapprochement entre les parties est possible », et « après avoir entendu les parties », à ordonner la médiation « d'office ou à la demande de l'une des parties », en précisant que cette obligation peut être ordonnée « 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 ». Pareille combinaison est curieuse. Premièrement, il convient de rappeler<sup>65</sup> que l'article 730/1 en projet ne prévoit pas expressément la possibilité pour le juge d'ordonner l'assistance à une séance d'information sur la médiation, et plus généralement sur les modes alternatifs de règlement des conflits. Il est dès lors étonnant que le juge puisse par contre imposer une médiation. Ensuite, et surtout, l'articulation entre les deux premiers alinéas du § 1<sup>er</sup> est rendue peu claire, le second alinéa pouvant, selon la logique du projet, se suffire à lui-même.

**Le présent avis a déjà fait état des réticences du C.S.J. face à une faculté d'ordonner d'office la médiation<sup>66</sup> et de sa préférence pour ne retenir qu'une obligation d'assistance à une séance d'information.**

Par ailleurs, quant à l'information sur la médiation, elle pourrait être dispensée par le magistrat<sup>67</sup> ou être réalisée, comme cela se fait déjà actuellement au sein de certaines juridictions, grâce à l'organisation de permanences en collaboration avec les barreaux ou des médiateurs agréés par la Commission fédérale de médiation. Il serait également judicieux que la Commission fédérale de médiation élabore, comme le lui permettra le Code judiciaire, une brochure d'information.

Commentaire du § 1/1 de l'article 1734 en projet

L'alinéa 2 du § 1/1 précise qu'à défaut pour les parties de s'accorder quant à la personne du médiateur, « le juge désigne un médiateur agréé selon l'article 1727 sur la base d'une liste de tous les médiateurs qui sont établis dans l'arrondissement judiciaire et à tour de rôle ».

**Il importe effectivement de prévoir une alternative dans l'éventualité où les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la personne du médiateur.** Si cette prérogative revient au juge, l'idée que la désignation se fera à tour de rôle, sur la base de la liste des médiateurs agréés, est équitable, mais risque de ne pas rencontrer les besoins de la cause, qui peut requérir une expérience ou des connaissances spécifiques. À défaut pour ladite liste de mentionner les domaines de spécialisation des médiateurs – vu la suppression, voulue par le projet, des agréments spécifiques<sup>68</sup> –, le C.S.J. propose de supprimer ce passage et de laisser le magistrat souverainement choisir la personne du médiateur.

Le texte ne vise qu'un médiateur, au singulier. En tout état de cause, **le C.S.J. estime que le Code judiciaire ne peut, dans sa formulation, exclure la possibilité d'une co-médiation.** Cette éventualité mériterait d'être reprise dans le § 1/1. Dans ce cas, une adaptation du reste de la disposition s'indiquera, de même que les autres dispositions liées.

<sup>65</sup> Voy. *supra* p. 8

<sup>66</sup> Voy. *supra* les points 3 et 8

<sup>67</sup> De façon comparable à ce qu'organise l'article 731, alinéa 3 du Code judiciaire concernant le Tribunal de la famille et de la jeunesse. P.P. Renson est notamment favorable à ce qu'une telle information soit réalisée par le magistrat : voy. P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », in O. Caprasse (coord.), *Modes alternatifs de règlement des conflits. Réformes et actualités*, Limal, Anthemis, 2017, p. 43, n°77.

<sup>68</sup> Lesquels existent actuellement en matière familiale, en matière civile et commerciale et en matière sociale.

### Commentaire du § 5 de l'article 1734 en projet

L'article 1734, § 5, alinéa 1<sup>er</sup> dispose actuellement que « *Lorsque les parties sollicitent conjointement qu'une médiation soit ordonnée, les délais de procédure qui leur sont impartis sont suspendus à dater du jour où elles formulent cette demande* ». Le projet entend compléter cet alinéa en ajoutant, *in fine*, « *à moins que les parties sollicitent de commun accord que la mise en état soit poursuivie* ».

Si l'objectif d'un tel ajout paraît louable (à savoir éviter le retard dans la procédure en cas d'échec de la médiation), le C.S.J. estime préférable de ne pas permettre aux parties de poursuivre la mise en état judiciaire du dossier parallèlement à l'entame d'un processus de médiation, une telle option pouvant contrarier la recherche sereine d'un accord amiable.

17. **La sanction de l'usurpation du titre de médiateur (article 219 du projet de loi ; Insertion d'un article 227 quater dans le Code pénal).** L'article 219 du projet de loi préconise l'insertion d'un nouvel article 227<sup>quater</sup> dans le Code pénal, lequel serait libellé comme suit :

*« Est puni d'une amende de deux cents euros à vingt mille euros :*  
 1° *celui qui agit professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire, sans figurer sur la liste des médiateurs agréés visée à l'article 1727 et sans être dispensé de l'agrément à l'exception de celui qui agit professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire dans des litiges entre entreprises.*  
 2° *celui qui, sans y être autorisé, s'attribue publiquement le titre professionnel de médiateur agréé et celui qui porte un titre ou ajoute à celui qu'il porte une mention pouvant prêter à confusion avec le titre professionnel de médiateur agréé.*  
*Est puni des mêmes peines quiconque apporte sa collaboration à un tiers ou lui prête son nom dans le but de le soustraire aux peines qui sanctionnent la médiation illégale »*

Il convient, tout d'abord, de modifier le texte *in fine* : « *Est puni ~~des mêmes peines~~ [de la même peine] quiconque apporte sa collaboration à un tiers ou lui prête son nom dans le but de le soustraire aux peines qui sanctionnent ~~la médiation illégale~~ [le port illégal du titre de médiateur agréé ou l'exercice illégal de la profession de médiateur agréé]* ». En effet, la sanction pénale prévue étant unique, le texte doit être adapté en conséquence.

En outre, au point 1°, le texte sanctionne « *celui qui agit professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire, sans figurer sur la liste des médiateurs agréés visée à l'article 1727 et sans être dispensé de l'agrément à l'exception de celui qui agit professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire dans des litiges entre entreprises* ». Il convient d'être attentif à ne pas sanctionner des médiateurs qui œuvrent dans des champs non couverts par le Code judiciaire, mais bien par d'autres lois particulières (médiation hospitalière, locale, scolaire, etc.). Afin que la loi pénale soit claire, il semble judicieux de sanctionner uniquement le fait d'agir en qualité de médiateur *agréé* et non simplement de médiateur.

Dès lors que l'on prévoit une sanction pénale, et alors même que, dans les dispositions qui précèdent, le Code énonce que la notion de « *médiateur* » s'entend du seul « *médiateur agréé* », la précision pourrait ici être utile.

### 1.3. Observations quant aux dispositions qui ne sont pas modifiées par l'actuel projet de loi

18. **La clause de médiation (article 1725 du Code judiciaire).** Le projet ne touche pas à l'article 1725 du Code judiciaire qui pose le principe de la validité des clauses de médiation et assure leur efficacité processuelle. La pratique montre qu'il peut être délicat de savoir quand l'échec de la médiation peut être constaté de sorte que le juge ou l'arbitre est valablement saisi. Par ailleurs, se pose la question de savoir si le fait de désigner le médiateur et d'assister à la séance d'introduction au processus suffit à donner effet à la clause et à ensuite valablement saisir un juge ou un arbitre en arguant l'échec du processus auquel on n'a pas participé. Une réponse légale à ces questions serait sans doute la bienvenue.

19. **La médiation volontaire (devenue, dans le projet, la médiation extrajudiciaire) et la suspension des délais de prescription.** En l'état, l'article 1731, en ses §§ 3 et 4 du Code judiciaire dispose, en ce qui concerne la médiation extrajudiciaire, que la signature du protocole de médiation « *suspend le cours de la prescription durant la médiation* » et que « *Sauf accord exprès des parties, la suspension de la prescription prend fin un mois après la notification faite par l'une des parties ou par le médiateur à l'autre ou aux autres parties de leur volonté de mettre fin à la médiation. Cette notification a lieu par lettre recommandée* » ;

Ne sont, en l'état, visés que les délais de prescription, ce que ne sont pas les délais préfix<sup>69</sup> pouvant être applicables dans les matières faisant l'objet du différend. Il conviendrait d'assurer expressément leur suspension.

## II. LE DROIT COLLABORATIF

### II.1. Observations générales

20. À titre liminaire, le C.S.J. n'aperçoit pas la raison pour laquelle le projet propose l'insertion, dans le Code judiciaire, d'une nouvelle VIII<sup>e</sup> partie intitulée « *Droit collaboratif* »<sup>70</sup>. Le droit collaboratif n'est en effet pas autre chose qu'un mode amiable de résolution des litiges, au même titre que la médiation, et **il serait, partant, plus correct et cohérent de renommer la septième partie du Code judiciaire « Modes amiables de règlement des conflits » de la déclinier en différents livres** – avec, le cas échéant, un livre consacré aux dispositions communes – qui pourront, au demeurant, être aisément complétés au fil des évolutions relatives à cette matière – la médiation et le droit collaboratif ne sont d'ailleurs déjà pas, à l'heure actuelle, les seules voies amiables de résolution des conflits –<sup>71</sup>.
21. Ainsi qu'il a déjà été exposé, **le C.S.J. estime préférable de ne pas donner au juge la possibilité de forcer l'entrée dans un processus amiable de règlement des conflits**, mais uniquement de veiller, de façon effective, à une (meilleure) connaissance du processus, de ses avantages et de ses inconvénients afin que l'entrée dans un tel processus se fasse en pleine connaissance de cause. **En ce qui concerne le droit collaboratif, cette faculté d'ordonner l'entrée dans le processus porterait, par ailleurs, en soi atteinte au droit d'accès à la justice**<sup>72</sup>.
22. L'article 1738 en projet<sup>73</sup> prétend notamment définir le droit collaboratif. À cette fin, il reprend partiellement les termes de l'article 2 de la Charte de participation au droit collaboratif, sans toutefois opérer un tri entre les éléments qui sont essentiels pour circonscrire le domaine d'application des dispositions du code et ceux qui ne le sont pas<sup>74</sup>. **Le C.S.J. est d'avis que si l'on prétend définir ce mode amiable, il est préférable de le faire de façon parallèle et comparable à la définition donnée à la médiation, en ne retenant, par ailleurs, que les éléments caractéristiques du processus et qui le différencient des autres modes amiables régis (la médiation) ou non (la « simple » négociation) par le code.** En conséquence, et en partant des éléments retenus par le projet de loi, le C.S.J. suggère de définir le droit collaboratif comme « *un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels*

<sup>69</sup> Par exemple, la garantie décennale de l'architecte et de l'entrepreneur (art. 1792 C.c.)

<sup>70</sup> Article 208 du projet.

<sup>71</sup> Le C.S.J. n'aperçoit en revanche pas la raison pour laquelle il conviendrait alors de regrouper dans une seule partie l'ensemble des modes *alternatifs* et non pas seulement *amicales* de règlements des litiges (Exposé des motifs, p. 259).

<sup>72</sup> Exiger l'assistance d'un avocat a déjà été jugé problématique par la Cour de justice de l'Union européenne s'agissant des conflits de consommation régis par la directive 2013/11, voy. CJUE (1<sup>ère</sup> ch.), 14 juin 2017, *Menini, Rampanelli c. Banco Popolare Societa Cooperativa*, aff. C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, rendu dans le cadre de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (J.O., L 165, 18.6.2013, pp. 63-79).

<sup>73</sup> Article 209 du projet.

<sup>74</sup> Ainsi, par exemple, la précision selon laquelle « *Les ententes dégagées peuvent être partielles, totales, définitives ou provisoires et doivent être en concordance avec l'ordre public et les intérêts des enfants mineurs (...)* ». De même, quelle nécessité, en droit de la procédure, de préciser que les accords obtenus sont « *des ententes satisfaisantes, équilibrées et durables répondant aux besoins et aux intérêts de chacune des parties et en matière familiale, aux intérêts de leurs enfants* » ? Comme c'est le cas concernant la médiation, ces éventuelles précisions mériteraient d'être déplacées dans une autre disposition. Certains éléments cités se retrouvent d'ailleurs dans d'autres dispositions (par ex. le nouvel article 1746). On sera, en outre, attentif à traiter parallèlement, et en cohérence, la médiation et le droit collaboratif.



agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable ». Afin de limiter le domaine d'application des dispositions qui suivent, il convient, en outre, d'ajouter certaines exigences plus précises, comme celle du respect, par ledit processus de négociation, des principes de la Charte de droit collaboratif et la présence d'avocats officiellement reconnus en ce domaine conformément à l'article 1739 (en projet).

## **II.2. Observations relatives aux dispositions proposées**

23. ***L'imposition de la négociation collaborative (article 211 du projet ; insertion d'un article 1740 du Code judiciaire)***. Dans sa dernière mouture, la disposition prévoit que « *Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure, ainsi qu'en référé, le juge saisi du litige peut, à la demande conjointe des parties et après avoir entendu celles-ci quant à la mesure envisagée, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré, leur ordonner de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif. L'article 1734, § 1, alinéa 1<sup>er</sup> et 2 est d'application par analogie* ». Cette disposition appelle plusieurs commentaires.

Premièrement, contrairement à une version antérieure du texte, l'actuel article 1740 ne prévoit plus que « *le juge saisi du litige peut (...) ordonner [aux parties] d'essayer de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif* », mais bien qu'il peut « *leur ordonner de résoudre leur litige* » par un tel recours. La suppression du terme « *essayer* »<sup>75</sup> est problématique et il convient, à tout le moins, de le réintroduire.

De manière plus fondamentale encore, si l'article 1740 en projet ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'ordonner d'office la résolution du litige par un processus de droit collaboratif - il ne peut, en effet, le faire qu'à « *la demande conjointe des parties* », nous dit ce texte -, force est pourtant de constater qu'une telle possibilité est en réalité réintégrée par la référence qui est faite à l'article 1734, § 1<sup>er</sup>, (alinéa 1<sup>er</sup> et) 2, déclaré d'application par analogie<sup>76</sup>. En effet, le second alinéa de l'article 1734, § 1<sup>er</sup> du Code judiciaire prévoit que « *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 [lire par analogie : de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif], 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* ». Ainsi qu'il a déjà été relevé, le C.S.J. n'est pas favorable à une telle possibilité. Elle pose d'ailleurs encore davantage question en matière de négociation collaborative, une telle imposition lui étant incompatible (assistance obligatoire d'un avocat, obligation pour les avocats de se décharger de la défense de leurs clients en cas d'échec du processus, ...)

Il convient, enfin, dans le § 3, d'éviter la formule « *autre accord contraire* » (à deux reprises) ; l'emploi de l'un des deux adjectifs suffit.

<sup>75</sup> L'exposé des motifs (p. 261), en son commentaire de l'article 211 du projet fait cependant toujours état de ce que « *le juge peut, (...) leur ordonner d'essayer de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif* ».

<sup>76</sup> Et ce, nonobstant le fait que l'exposé des motifs (p. 261) précise que « *Conformément à l'avis du Conseil d'Etat, les particularités du droit collaboratif semblent peu conciliables avec la possibilité pour le juge d'ordonner d'office ou à la demande d'une seule partie de tenter de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif. En revanche, les parties peuvent de commun accord demander au juge d'ordonner le recours à un processus de droit collaboratif* ».



24. **Interdiction d'intervention élargie (article 214 du projet ; insertion d'un article 1743, § 3 dans le Code judiciaire).** Le § 3 de l'article 1743 en projet prévoit que « *Si l'une des parties se retire du processus de droit collaboratif ou si le processus de droit collaboratif se termine, avec ou sans accord, les avocats collaboratifs sont tenus de mettre fin à leur intervention et ne peuvent plus intervenir dans une procédure contentieuse opposant les mêmes parties dans le contexte du litige ayant fait l'objet du droit collaboratif* ». Pour d'évidentes raisons de conflits d'intérêts, il convient d'étendre cette interdiction d'intervention à tous les avocats exerçant leurs activités en commun ou donnant, à travers leur communication vers le public, l'apparence d'exercer leurs activités en commun<sup>77</sup>.
25. **Homologation des accords de droit collaboratif.** L'article 217 du projet de loi prétend, par l'insertion d'un nouvel article 1746 dans le Code judiciaire, fixer le contenu minimal que doit présenter l'accord, total ou partiel, obtenu dans le cadre d'un processus de droit collaboratif, mais ne dit rien d'une possible homologation – pas davantage qu'un quelconque autre texte du projet d'ailleurs –.

Premièrement, tout comme le législateur régit l'accord de médiation, qui jouit ainsi d'une appellation légale, il lui revient de dénommer l'accord obtenu à l'issue d'un processus de droit collaboratif. En l'état, le législateur use de plusieurs termes (accord collaboration négocié (*sic*) au § 1<sup>er</sup> de l'article 1746 et accord de droit collaboratif au § 2. Le C.S.J. manifeste une préférence pour le terme « *accord de droit collaboratif* ».

Enfin, et surtout, le C.S.J. est d'avis qu'il **convient de prévoir la possibilité d'homologuer les accords de droit collaboratif par l'insertion, dans le Code, d'une disposition comparable à l'article 1733 du Code judiciaire**<sup>78</sup>.

\* \* \*

<sup>77</sup> Libellé par référence à l'article 5.48 du Code de déontologie de l'avocat en matière de conflits d'intérêts.

<sup>78</sup> L'exposé des motifs (p. 264) précise à cet égard que « *Comme il ne s'agit pas ici d'une convention réalisée à l'intervention d'un médiateur impartial, il n'y a pas lieu de prévoir une faculté d'homologation conformément à l'article 1043 du Code judiciaire* ». L'argument ne convainc pas le C.S.J., en ce qu'il revient à ajouter une condition que ne renferme pas l'article 1043 du Code judiciaire.