

Doctrines

La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ?, par P. van Leynseele 877

Jurisprudence

■ Autorité de la chose jugée - Force probante - Présomption - Tiers - Absence de tierce opposition
Cass., 2 mars 2018 894

■ Appel différé des jugements avant dire droit - Appel d'un jugement mixte - Appel dirigé uniquement contre un volet avant dire droit
Bruxelles, 43^e ch.,
11 octobre 2018 894

■ Articles 92 et 98 du Code des sociétés - Présomptions simples - Nécessité d'un lien entre la faute et le dommage
Bruxelles, 9^e ch.,
28 septembre 2018 895

Chronique

Enquêtes et reportages - Colloques - Echos - Bibliographie - Parallèlement - Coups de règle.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031



Doctrines

La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ?

Parmi ses nombreux projets, le ministre de la Justice entend promouvoir les modes alternatifs de règlement des conflits. Avec la loi du 18 juin 2018, il veut bousculer certaines habitudes et forcer les acteurs de justice à collaborer à cette promotion. Dans le présent article, au-delà de certains changements « techniques » et terminologiques, on voit que le règlement amiable doit être préféré au recours judiciaire, que les juges ont dorénavant le pouvoir d'imposer une médiation, que les avocats sont tenus d'envisager des solutions amiables avec leurs clients et de « pousser » celles-ci lorsque cela est possible. La médiation devient une profession à part entière, qui ne pourra plus être pratiquée (sauf pour les conflits interentreprises) que par des professionnels agréés. Enfin, à l'occasion de la nouvelle loi, l'auteur pose certaines questions et évoque certains problèmes qui risquent de surgir dans la pratique et que la loi ne résout pas.

La 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 », même si elle a été qualifiée de « Loi Waterzooi »¹, s'inscrit bien dans la lignée de la législation « pot-pourri ». Outre les modifications apportées en matière de modes alternatifs de résolution des conflits (ci-après : les « Marcs »), il y est question de modernisation de l'état civil, du régime juridique du nom, de nationalité, d'adoption, de copropriété, de saisies et de gage.

En matière de Marcs, la loi, qui est pour la plupart de ses dispositions entrée en vigueur le 12 juillet 2018, contient d'importantes modifications. D'une part, elle vise à augmenter le recours à la médiation. D'autre part, elle donne un statut légal au droit collaboratif² (entrée en vigueur : le 1^{er} janvier 2019³). Enfin, elle modifie et renforce le pouvoir des juges en matière de conciliation. Le présent article porte exclusivement sur les nouvelles dispositions de la loi qui touchent à la médiation, laissant de côté notamment l'ajout au Code judiciaire du droit collaboratif, et ne touchant que brièvement à la conciliation par les juges.

Pour l'essentiel, les modifications apportées par la loi du 18 juin 2018 en matière de médiation portent sur les questions suivantes :

- la loi donne une définition légale de la médiation et remplace le concept de médiation « volontaire », par le terme « médiation extrajudiciaire » ;
- elle prévoit certaines interventions obligatoires de la part des acteurs de justice que sont les juges, les avocats et les huissiers de justice ;
- elle réorganise de manière fondamentale la Commission fédérale de médiation (ci-après la « C.F.M. ») ;
- elle précise les conditions pour être agréé comme médiateur et supprime les trois catégories d'agrément ;

(1) Expression utilisée par la députée Ozlem Özen (PS) lors de la discussion en séance plénière qui a eu lieu au parlement le 7 juin 2018 (CRIV 54 PLEN 232, 09.03).

(2) La nouvelle partie VIII du Code (articles 1740-1747). À noter que la suggestion formulée par Avocats.be et par le C.S.J. (point 20 de son avis du 5 mars 2018) de changer l'intitulé de la partie VII (« Médiation ») en « Modes amiables de résolution des conflits », pour y regrouper la médiation, le droit collaboratif et éventuellement d'autres méthodes dans le futur, n'a pas été retenue. C'est dommage car cela aurait donné plus de cohérence au Code.

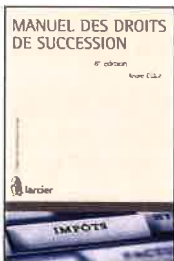
(3) Le *J.T.* consacrera bien entendu un article au droit collaboratif comme à la conciliation.



MANUEL DES DROITS D'ENREGISTREMENT

André Culot

> Cahiers de fiscalité pratique
336 p. • 118,00 € • 8^e édition 2018



MANUEL DES DROITS DE SUCCESSION

André Culot

> Cahiers de fiscalité pratique
335 p. • 115,00 € • 8^e édition 2018

Les 2 volumes vendus ensemble au prix avantageux de 190 € au lieu de 233 € !

 **larcier group** www.larciergroup.com

commande@larciergroup.com

ELS Belgium s.a.

Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve

Tél. 0800/39 067 - Fax 0800/39 068

- elle protège le titre de « médiateur agréé » et interdit, dans une certaine mesure, la pratique de la médiation par des personnes non agréées ;
- elle prévoit (enfin !) que les personnes morales de droit public peuvent être parties à un processus de médiation ;
- elle contient certaines précisions en matière de confidentialité liée à la médiation.

1 Changement du paradigme

A. Le choix et les initiatives précédentes du gouvernement

Le ministre de la Justice a, très clairement, indiqué que le recours aux Marcs doit être favorisé. Cette volonté était déjà inscrite dans l'accord du gouvernement du 9 octobre 2014⁴.

En 2015 le cabinet a élaboré un avant-projet de loi contenant des propositions de réforme de certains aspects des procédures judiciaires. Cet avant-projet a été soumis aux commentaires de l'OVV, d'Avocats.be et de la C.F.M. Au regard des critiques formulées, il n'a pas été poursuivi.

En 2016, dans un nouveau projet de loi visant à la réforme de la procédure devant les tribunaux de commerce (dans l'avant-projet de loi « Pot-Pourri IV »), le ministre s'exprimait comme suit : « D'abord, tout le monde est d'accord sur le fait qu'il n'est pas nécessaire qu'un juge tranche un différend, s'il est possible que les parties trouvent une solution amiable, d'où il s'ensuit que leur conciliation doit davantage être favorisée ». Ce projet, critiqué également pour certains de ses aspects par les mêmes instances, n'a pas plus été poursuivi.

Enfin, en 2017, le cabinet du ministre a proposé le texte de l'avant-projet de ce qui deviendra la loi, en demandant les commentaires du Conseil d'État, du Conseil supérieur de la justice, de l'OVV, d'Avocats.be et de la C.F.M. Le rapport du ministre figurant dans ce texte est également édifiant : « Premièrement, le règlement d'un litige par les cours et tribunaux doit servir de filet de sécurité lorsque toutes les autres solutions (amicales) ne sont pas possibles ou ne sont pas recommandées dans les circonstances données ».

Comme l'ont fait remarquer les différentes instances consultées, le ministre entendait ainsi reléguer les procédures judiciaires à une sorte de « plan B » auquel il n'y a lieu d'avoir recours que lorsque les tentatives pour résoudre le litige à l'amiable ont échoué⁵.

B. La critique du Conseil d'État

Dans son avis, le Conseil d'État s'est montré particulièrement critique à l'égard de cette idée, estimant que l'avant-projet « restreint le droit de tout citoyen à ce qu'un tribunal indépendant et impartial (...) connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil, garantie par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »⁶.

Les Marcs — modes dits alternatifs (au recours judiciaire), visant notamment la négociation, la conciliation, la médiation, et tous autres

modes basés sur la recherche d'un accord amiable — sont ainsi érigés en moyens préférés, ou en tout cas préférables, pour résoudre les conflits. Philosophiquement, c'est plus ambitieux que ce qui est enseigné généralement, à savoir que tous les modes de résolution des conflits (dont l'arbitrage et la procédure judiciaire) sont mis sur un pied d'égalité, les parties en conflit devant opérer un choix parmi ceux-ci pour déterminer lequel (leur) convient le mieux.

Le C.S.J. de son côté « salue le projet d'encourager le recours à une solution négociée en cas de conflit » tout en assortissant son avis de certaines réserves. Il estime notamment *préférable de ne pas donner au juge la possibilité de forcer l'entrée en médiation*. Sur cette question, la critique est reprise de manière quasiment unanime par les instances consultées. J'y reviendrai. Le C.S.J. a bien perçu ce changement de paradigme voulu par le gouvernement, constatant que « l'accès aux prétoires perdrait donc symboliquement de son importance et, avec lui, la solution juridique pouvant être apportée au conflit opposant les justiciables ». Il considère « qu'une telle évolution n'est pas critiquable en soi et apparaît même positive dans son principe », tout en soulignant qu'il convient « 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 »⁷.

Je ne partage pas la critique du Conseil d'État. Si, assurément, un recours judiciaire doit toujours être possible, il ne me paraît pas en soi inconvenant que le législateur impose aux parties en conflit de faire un effort particulier pour rechercher une solution amiable avant d'entamer ou de poursuivre des procédures judiciaires, souvent « lourdes » et coûteuses. Je pense que la solution finalement retenue par le législateur a beaucoup de mérites, même si elle vient bousculer des habitudes et des réflexes bien établis au sein des professions judiciaires. Il est raisonnable que les juges reçoivent certains moyens pour vérifier que des tentatives ont réellement été entreprises en ce sens⁸, voire pour forcer les parties à tenter une médiation à moins que toutes les parties ne s'y opposent⁹, dès lors que l'on considère — à juste titre — que la recherche d'un accord amiable doit être favorisée. Je reviendrai sur cet aspect tout à fait fondamental de la loi.

C. Le cadre européen

Cette position est d'ailleurs, quoi qu'en pense le Conseil d'État, conforme aux enseignements de la Cour européenne de justice qui, dans deux arrêts prononcés en matière de conflits de consommation, a considéré comme ne contrevenant pas aux principes du droit européen et notamment de la directive 52/EU/2008 du 18 mai 2008, une loi italienne qui impose un recours à la médiation préalablement à l'introduction d'une affaire en justice. La condition édictée par la cour est que les législateurs nationaux veillent, notamment, à ce que ce recours obligatoire :

- n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système juridictionnel¹⁰ ;
- n'aboutisse pas à une décision contraignante pour les parties (telle une sentence arbitrale ou une tierce décision obligatoire) ;
- n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel ;
- suspende la prescription des droits concernés ;

(4) « Le gouvernement encouragera dans la mesure du possible les modes alternatifs de règlement des conflits, comme par exemple la médiation, afin de décharger les tribunaux ».

(5) Il faisait ainsi écho à une conviction énoncée il y a des années déjà par le Mme Sandra Day O'Connor, ancienne juge de la cour suprême des États-Unis, souvent citée : « The courts of this country should not be the place where the resolution of disputes begin. They should be the places where disputes end after alternative methods of resolving disputes have been considered and tried ».

(6) Voy. notamment les développements du Conseil d'État sous forme d'« observations générales » (Doc.

54 2019/001, pp. 547 e.s.) concluant par « La possibilité reconnue au juge d'ordonner aux parties (...) une mesure de médiation ou une obligation de "tenter de résoudre leur litige par une médiation" doit être omise du dispositif en projet ».

(7) Avis relatif au titre 9 du projet de loi 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, point 2, disponible sur www.csj.be.

(8) Le juge doit dorénavant favoriser « en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges » (article 730/1, § 2, C. jud.). Il peut également « interroger les par-

ties 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 ». Ou encore, il peut « à l'audience d'introduction ou à une audience fixée à date approchée, remettre la cause à une date fixe, qui ne peut excéder un mois (...) 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 à la matière » (article 730/1, § 2, C. jud.).

(9) « 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 approchée 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 » (article 1734, 1^o, § 1, alinéa 2, C. jud.).

(10) C.J.U.E., 14 juin 2017, *Menini c. Banco Popolare*, ECLI:EU:C:2017:457.

— ne cause pas de frais, ou des frais peu importants, pour les parties, pour autant toutefois que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès à ladite procédure de conciliation ;

— que des mesures provisoires soient envisageables dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose¹¹.

La cour européenne des droits de l'homme a, elle aussi, prononcé un arrêt¹² allant dans le même sens. Elle a jugé qu'une réglementation croate imposant une tentative de règlement amiable préalable à l'introduction d'une procédure en justice, dans un litige avec les autorités étatiques, ne contrevient pas à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Commission européenne pour l'efficacité de la justice (« C.E.P.E.J. »), organisme créé au sein du Conseil de l'Europe, qui rédige tous les deux ans un rapport sur l'efficacité de la justice dans tous les pays membres du conseil de l'Europe, souligne dans ses derniers rapports que l'efficacité et la qualité de la justice était susceptible d'être améliorée par l'application des méthodes alternatives de résolution des conflits¹³.

Enfin, rappelons que différentes initiatives en vue de favoriser le recours aux Marcs ont été déployées dans certains pays européens¹⁴.

2 Le rôle des acteurs de justice

Le rapport du ministre dans l'avant-projet de loi indique clairement qu'il entend que les acteurs de justice participent au mouvement de promotion des Marcs¹⁵ :

« Le rôle traditionnel des *acteurs de la justice* est adapté de manière à rappeler aux parties l'existence de voies alternatives de règlement des conflits.

» *L'avocat* peut notamment constituer un relais important dans le guidage du règlement de conflits vers de telles voies alternatives, et ce, en informant adéquatement ses clients avant le procès et à chacun de ces stades.

» *L'avocat* peut également jouer un rôle important afin de rétablir un dialogue entre les parties, de les amener à la conclusion d'un accord et de veiller au caractère équilibré des accords conclus. L'essentiel est que la solution envisagée soit à la mesure du litige et que les solutions amiables soient proposées aux intéressés le plus tôt possible.

» *Le juge* favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges. Sauf en référé, il a la possibilité d'interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause. Il peut à cet effet exiger la comparaison personnelle des parties et il peut même leur accorder d'office le temps nécessaire pour prendre connaissance de ces solutions alternatives ».

Ceci résume la philosophie qui sous-tend tout le projet : il faut « forcer » les juges et les avocats à évoluer dans leur manière d'appréhender la gestion de la solution des conflits que leur profession les amène à connaître. Le changement de mentalité requis pour que cela

arrive ne s'est malheureusement pas fait tout seul. En 1999, dans l'un des premiers articles consacrés à la médiation publiés dans le *J.T.*¹⁶, nous indiquions déjà qu'il appartenait au monde judiciaire, soutenu par les autorités étatiques, de promouvoir et d'intégrer la médiation comme mode de règlement des conflits, et au barreau de s'adapter en comprenant l'utilité et le fonctionnement de la médiation. Depuis lors, les choses ont évolué, notamment grâce à la loi du 21 décembre 2005 qui a donné un cadre légal à la médiation¹⁷. Reconnaissons toutefois que l'évolution ne se fait que lentement et que le changement de mentalité auquel la loi de 2005 engageait¹⁸, tarde à se concrétiser¹⁹.

De là l'idée du ministre de la Justice de faire évoluer les choses plus vite qu'en attendant le changement graduel des habitudes du monde judiciaire. La « carotte » a été donnée avec la loi de 2005 (la confidentialité légale, le caractère exécutoire des accords, la suspension de la prescription, etc.) ; comme cela n'a pas suffi, le gouvernement donne maintenant le « bâton » (la possibilité pour les juges de la médiation, voire de sanctionner les parties qui refusent d'envisager un mode de règlement amiable). L'intitulé de la loi du 18 juin est tout à fait clair quant aux intentions puisqu'il indique qu'elle contient « des dispositions en vue de promouvoir²⁰ des formes alternatives de résolution des litiges ».

Quels sont les changements apportés ?

3 Définition légale de la médiation

Jusqu'à présent, la médiation n'était pas définie dans le Code judiciaire²¹.

Compte tenu des nombreuses acceptions et de son utilisation « à toutes les sauces » dans la pratique législative et réglementaire, il n'est pas illogique que le législateur ait souhaité intégrer une définition de ce qui doit être entendu par la « médiation » dans le Code, d'autant qu'il autorise dorénavant les juges à l'ordonner sans le consentement de toutes les parties en cause.

L'article 1723/1 du Code judiciaire définit le concept comme :

« Un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties en conflit qui se déroule avec le concours d'un tiers indépendant, neutre et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes une solution ».

Par rapport au projet de loi déposé par le gouvernement, seule la référence à la neutralité du médiateur a été ajoutée à l'occasion des débats parlementaires. Rien de très étonnant que le médiateur doive être à la fois indépendant, neutre et impartial²². D'autres²³ ont commentés le contenu de ces concepts, qui ne sont pas différents de ceux utilisés notamment en matière d'arbitrage²⁴.

Le C.S.J. dans son avis invitait les parlementaires à ne retenir qu'une définition minimaliste de la médiation, mettant en exergue les seuls éléments spécifiques nécessaires à une distinction avec les autres modes de règlement des conflits et au régime processuel. Une sage re-

(11) C.J.U.E., 18 mars 2010, *Alasini c. Telecom Italia*, ELCI:EU:146.

(12) *Momcilovic c. Croatie*, 26 mars 2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-152990"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

(13) Rapport de systèmes judiciaires européens, édition 2016, <https://rm.coe.int/systemes-judiciaires-europeens-efficacite-et-qualite-de-la-justice-etu/16807882c0>.

(14) Voy. notamment : P. VAN LEYNSELE, « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016, p. 202, ad. p. 205.

(15) Les termes utilisés l'étaient déjà dans le projet de réforme de la procédure devant le tribunal de commerce qui avait été élaboré par le cabinet du ministre en 2016 : voy. *loc. cit.*, p. 205.

(16) F. VAN DE PUTTE et P. VAN LEYNSELE, « Mode d'emploi de la médiation », *J.T.*, 1999, p. 234 ; voy.

le dernier paragraphe, p. 239.

(17) Voy., P. VAN LEYNSELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 297.

(18) *Ibidem*, p. 308.

(19) Voy. mes « Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016, p. 202. Voy. aussi l'analyse approfondie des causes des freins au développement de la médiation dans W. Hensen, « Gerechtelijke bemiddeling : knelpunten en mogelijkheden », Bruges, die Keure, 2018 et la vision de l'avocat du XXI^e siècle de M. WARSON : « De advocaat als performante viertrapsraket in vijf dimensies », *R.W.*, 2015-2016, p. 1574.

(20) Je souligne.

(21) Nous évoquions déjà dans « La médiation dans le Code judiciaire » (*op. cit.*, pp. 302-303) la question des limites de ce qu'est une médiation et

des difficultés qui peuvent naître, en particulier au regard des règles de confidentialité qui s'y attachent. Elles ne sont pas résolues par la définition légale qui nous est donnée et restent donc potentiellement une source de problèmes. Tenant compte de l'encaissement légal des médiations judiciaires et extrajudiciaires (anciennement dites « volontaires ») la question « quand faut-il considérer qu'il y a médiation ? » ne se pose que dans des situations qui ne sont ni l'une, ni l'autre. Autrement dit, il ne peut y avoir de doutes que lorsqu'il y a médiation « libre ». Dans ce cas, au-delà de la définition légale, qui ne règle pas la question, les critères que nous avons proposés pour savoir s'il y a médiation (l'intention des parties et la personne du tiers) restent pertinents. Voy. également : J. CRUYPLANTS, M. GONDA et

M. WAGEMANS : *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 73-74.

(22) La référence à la neutralité requise a également été ajoutée, dans l'article 1726, § 1, 3^o, aux garanties que doit présenter une personne qui demande son agrément comme médiateur.

(23) Voy. notamment : J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *loc. cit.*, p. 8.

(24) Un petit bémol en ce qui concerne l'impartialité. À ce terme, en matière de médiation, je préfère celui de « multi-partialité ». Mais il s'agit là plus d'un concept d'intervention et d'attitude efficace du médiateur qu'une notion à contenu juridique. Voy. les mêmes auteurs à ce sujet, *loc. cit.*, pp. 250-257.

commandation, tant il est certain que le concept même de la médiation implique que le processus ne soit pas réglementé à outrance. Il doit rester « la propriété » des parties. Elles doivent pouvoir, avec l'aide et sous la guidance du médiateur, organiser librement leurs entretiens et la portée qu'elles y attachent. L'un des objectifs poursuivis par le législateur en 2005 était de n'avoir qu'une réglementation minimale de la médiation²⁵. La définition légale nouvelle ne va pas à l'encontre de cet objectif.

Dans la droite ligne de cette réflexion, Avocats.be a proposé de supprimer la précision visant à ce que les parties élaborent « elles-mêmes » une solution. Le but de cette proposition était de ne pas restreindre la médiation au seul modèle dit « facilitatif », dans lequel le médiateur ne fait pas de suggestions ou de propositions. L'Ordre expliquait à juste titre que la médiation se conçoit tout aussi bien dans un modèle où le médiateur assiste les parties, par des avis éclairés, non seulement dans l'organisation du processus, mais aussi dans l'élaboration de la solution (le modèle dit « évaluatif »)²⁶.

La suppression proposée n'a pas été retenue par le législateur, sans, semble-t-il, qu'il n'y ait eu de discussion à ce sujet. Il me paraît certain qu'il ne faut toutefois pas en déduire une volonté du parlement d'exclure le modèle de médiation « évaluative ». Au contraire, tout l'exposé introductif du projet de loi déposé par le ministre fait référence à la promotion des modes de résolution amiable des conflits²⁷, sans restriction. En témoignent : la nouvelle partie du Code judiciaire consacrée au droit collaboratif, « l'ouverture » plus large du champ de la médiation en matière commerciale là où il n'est plus requis dans le nouveau modèle légal que le médiateur soit un médiateur agréé. En outre, aucune des interventions des institutions dont l'avis a été demandé ni des parlementaires ne témoigne d'une quelconque opposition à ce principe d'ouverture à toutes formes de mode de règlement amiables, dès lors que le sacro-saint recours à l'institution judiciaire est préservé.

Enfin, la nouvelle définition légale ne résoudra pas tous les problèmes qui peuvent se poser autour de la question « Quand y a-t-il médiation ? » ou encore « Où commence et où finit la médiation ? ». Je renvoie quant à ce aux développements consacrés aux limites de la confidentialité ci-après.

4 La médiation « volontaire » devient « extrajudiciaire »

Dans le même ordre d'idée de clarification terminologique, le terme « médiation volontaire », introduit par la loi du 21 février 2005, disparaît du Code pour être remplacé par celui de « médiation extrajudiciaire ». En dehors de ce nom, le concept ne change pas : le Code connaît la médiation judiciaire — celle qui est « ordonnée » par un juge dans le cadre d'un procès déjà entamé (articles 1734-1737 C. jud.) — et celle qui est organisée par les parties elles-mêmes avant, au cours de ou après un procès, mais sans intervention d'un magistrat pour ce qui est de son organisation (articles 1730-1733 C. jud.) ; celle-là s'appelle dorénavant la médiation extrajudiciaire.

Le but poursuivi est d'écartier ce qui pouvait apparaître comme une incohérence sémantique dans la mesure où toute médiation, même la médiation judiciaire, est basée sur le caractère volontaire de celle-ci. Il fallait donc supprimer ce qui pouvait être perçu comme une incohérence en suscitant l'impression que seule la médiation organisée par les parties sans le concours des juges serait « volontaire ».

Remarquons au passage que d'aucuns pourraient considérer à raison que ce caractère volontaire de la médiation judiciaire est quelque peu mis à mal dès lors qu'une partie à un procès pourra se voir imposer, contre son gré, de participer à une médiation. Le caractère « volontaire » de la participation « forcée » à la médiation ordonnée sur cette base peut donc être mis en doute ; pas la suite du processus :

positions, propositions et somme toute tout le déroulement de la médiation, qui requièrent que la partie « récalcitrante » dépasse son attitude de refus et accepte de « jouer le jeu ».

Reconnaissons toutefois que l'utilisation des termes « médiation judiciaire » et « médiation extrajudiciaire » est plus cohérente et compréhensible que les termes « médiation judiciaire » et « médiation volontaire » que Florence Van De Putte et moi avions utilisés en 1999²⁸ et que le législateur avait repris en 2005. Notons aussi que ce que nous avons proposé²⁹ de qualifier de « médiation libre », celle qui est mise en œuvre en dehors du cadre légal — et qui ne bénéficie donc pas de (tous) ses avantages légaux — reste en principe possible, sous réserve des questions de protection du titre de médiateur agréé évoquées ci-dessous.

5 Le « médiateur agréé » et protection de la profession

Autre évolution terminologique : l'article 1726, § 1^{er}, appliquant le principe de « relecture », prévoit que « Pour l'application du présent Code, on entend par médiateur le médiateur agréé »³⁰.

Nous savons que, depuis la loi du 21 février 2005, la C.F.M. a le pouvoir d'agréer des médiateurs et que la liste des médiateurs agréés est disponible sur son site web. L'agrément a pour but de s'assurer d'un minimum de compétence des médiateurs, avec deux corollaires : d'une part, jusqu'à présent les tribunaux ne pouvaient, sauf rares exceptions, nommer que des médiateurs agréés ; d'autre part, pour que les accords conclus dans le cadre de médiation soient homologables, il faut qu'il s'agisse de médiations menées par des médiateurs agréés.

La loi de 2005 n'a toutefois pas protégé le titre de médiateur ou de médiateur agréé, tant et si bien que n'importe quelle personne pouvait se présenter comme tel et exercer librement, et habituellement, des fonctions de médiateur.

La loi du 18 juin 2018 apporte, là aussi, un certain nombre de changements par l'insertion d'un article 227^{quater} dans le Code pénal (peines prévues : amendes de 200 EUR à 20.000 EUR) punissant le port illégal du titre de médiateur agréé et l'exercice de manière habituelle de la médiation sans être médiateur agréé, ainsi que la compli- cation à ces comportements.

A. Protection du titre

Il est dorénavant interdit de s'attribuer publiquement le titre professionnel de « médiateur agréé » ou de porter un titre ou d'ajouter à celui que l'on utilise une mention pouvant prêter à confusion avec le titre professionnel de « médiateur agréé ».

Tenant compte de la confusion terminologique qui existe en raison du fait que les termes « médiation » et « médiateurs » sont utilisés largement pour toutes sortes d'autres types d'interventions qui se déroulent avec la participation d'un tiers, cette nouvelle règle pourrait créer des difficultés³¹.

L'on songe notamment aux médiateurs fédéraux, des régions, des communes, à tous les « médiateurs » qui exercent en réalité des fonctions de conciliateur ou d'ombudsman dans des entreprises publiques ou privées, à toutes les formes de médiations organisées dans le cadre du livre XVI du Code de droit économique (consacré au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation), etc. Sans avoir procédé à un relevé systématique, il est plus que probable que ces « médiateurs » ne soient pas tous agréés par la C.F.M. Faudra-t-il pour cela qu'ils changent de titre ?

Assurément non : sous le vocable « médiateur », bon nombre de ceux-ci exercent en réalité des fonctions qui sont différentes de celles du « médiateur agréé » visées par le Code judiciaire.

(25) Voy. « La médiation dans le Code judiciaire », *op. cit.*, p. 298.

(26) Voy. à ce sujet : P. VAN LEYNSEELE : « Médiation "facilitative" ou "évaluative" : devons-nous changer de point de vue ? », *J.T.*, 2014,

p. 609.

(27) Doc. 54 2919/001, p. 55 : « (...) le gouvernement encouragera dans la mesure du possible les modes alternatifs de règlement des conflits, comme par exemple la médiation

(...) ».

(28) « Mode d'emploi de la médiation », *J.T.*, 1999, p. 234.

(29) La médiation dans le Code judiciaire », *op. cit.*, p. 298.

(30) Accessoirement, la disposition

visant les « collèges de médiateurs » remplace ceux-ci par le vocable « co-médiation » (dans l'article 1726, § 3, C. jud.). (31) Le C.S.J. l'a également relevé : voy. Doc. 2919/006, p. 133.

Il ne peut y avoir de doute à ce sujet lorsqu'il s'agit de systèmes d'ombudsman, c'est-à-dire ceux dans lesquels le « tiers » dépend en réalité de l'institution ou de la société qui est partie au conflit ou d'une fédération professionnelle dont elle fait partie. Dans ces cas, le « médiateur » n'est pas un « tiers indépendant, neutre et impartial » dans la définition de l'article 1723/1 commentée ci-dessus. Il est un organe de l'institution pour laquelle il travaille tout en bénéficiant d'un statut spécial qui lui assure une indépendance de jugement et une liberté dans son mode de fonctionnement. La confusion terminologique peut ainsi vite être écartée.

Il faut à mes yeux considérer qu'il en va de même pour les médiateurs qui sont nommés par des institutions publiques telles les villes et les communes, pour aider les citoyens à régler des problèmes dans lesquelles ces institutions n'interviennent pas comme parties mais se bornent à mettre des services de facilitateurs neutres à la disposition des citoyens. Certes, ils agissent comme « tiers indépendants neutres et impartiaux », mais ils le font dans un cadre institutionnel organisé par une réglementation spécifique. En outre, ils ne s'attribuent pas le titre de « médiateur agréé » mais opèrent comme « médiateurs de [ville/commune] » ou autres institutions. Les accords que leur intervention peut engendrer ne sont pas homologables conformément aux dispositions de la médiation extrajudiciaire, à moins que ces médiateurs ne soient également agréés par la C.F.M., auquel cas il n'y a de toute façon aucun problème d'usurpation du titre.

Je reviens ci-dessous sur les conditions à remplir pour pouvoir porter le titre de médiateur agréé.

B. Protection de la profession

Dans le but de veiller à ce que la médiation soit exercée par des professionnels compétents ayant suivi une formation adéquate, et par analogie avec l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé, il est dorénavant interdit d'exercer habituellement la médiation dans certaines matières sans être repris sur la liste des médiateurs agréés ou sans être dispensé d'agrément. Il s'agit, explique le ministre dans l'exposé des motifs, « de sanctionner les gens qui exercent la profession de médiateurs en n'étant pas un professionnel formé à cette fin »³².

Ainsi, il est dorénavant interdit d'agir « professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire, sans figurer sur la liste des médiateurs agréés (...) et sans être dispensé de l'agrément » (article 227^{quater} du Code pénal).

L'utilisation du terme « professionnellement » implique que rien n'empêche une personne qui n'est pas agréée comme médiateur d'agir en tant que tiers neutre pour aider deux parties à régler un conflit. Elle ne pourra toutefois le faire qu'occasionnellement, certainement pas de manière systématique et répétée et ne pourra pas afficher ni faire de la publicité autour du fait qu'elle est disponible pour ce genre de mission. Dans ces situations occasionnelles, ce type d'intervention ne sera pas entièrement interdit et relèvera encore toujours de la « médiation libre ».

Les limites de ce que le terme « professionnellement » implique sont évidemment difficiles à tracer. Interprétant la réglementation relative à la protection des professions de soins de santé, la Cour de cassation nous fournit quelques indications qui sont probablement transposables au métier de médiateur agréé :

- pour être punissables, les pratiques incriminées doivent avoir été accomplies de manière habituelle et répétées³³ ;
- le but de lucre n'est pas une condition³⁴ ;

— le fait de faire de la publicité même si les pratiques incriminées n'ont pas été accomplies de manière habituelle et répétée, est punissable³⁵.

Une exception, de taille, toutefois à cette interdiction de principe, concerne le « B2B » : l'interdiction ne s'applique pas à ceux qui agissent « professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire dans les litiges entre entreprises ».

Le ministre justifie cette exception en indiquant que « dans les relations entre professionnels en matière commerciale, l'absence de formalisme est la règle. Dès lors il est nécessaire d'avoir plus de flexibilité dans ce type de relation et de ne pas empêcher par des mesures strictes le secteur de développer des pratiques innovantes, ni d'empêcher par des conditions trop rigides la conclusion de médiations internationales en matière commerciale ».

Cela répond indéniablement au vœu des entreprises, exprimé depuis longtemps notamment par la voie du Cepani³⁶, de ne pas interférer dans la dynamique des relations interentreprises. Comme le relève également le ministre, « cadenciser » la médiation en posant des exigences réglementaires qui n'existent pas dans d'autres pays³⁷, constituerait un obstacle majeur pour la réalisation de ce qui constitue l'un des objectifs du gouvernement, à savoir de positionner la Belgique comme centre international de règlement des conflits commerciaux internationaux³⁸.

À cette fin, il faut que la Belgique soit perçue comme un pays où les services de médiation interentreprises sont de grande qualité (grâce à la garantie de qualité que devrait offrir le système d'agrément des médiateurs et au caractère pluriculturel de notre société), où la médiation peut se faire sans contraintes réglementaires (c'est le but de l'exception « B2B »), où l'exercice de la profession de médiateur interentreprises n'est pas réservé qu'aux médiateurs approuvés par notre pays, où les accords conclus avec l'accord d'un médiateur agréé peuvent être revêtus de la formule exécutoire par un jugement d'homologation et, ainsi, faire l'objet de reconnaissance et d'exequatur conformément aux traités internationaux, etc.

En d'autres termes : la médiation en matière de conflits entre entreprises est débarrassée de certaines contraintes réglementaires.

Ainsi, en cas de médiation judiciaire (donc : ordonnée par un juge dans le cadre d'un procès déjà entamé), les parties peuvent « demander conjointement au juge de désigner le médiateur ou les médiateurs qu'elles présentent. Le juge accède à cette demande, sauf si le médiateur ou les médiateurs proposés par les parties ne satisfont pas aux conditions visées à l'article 1726 »³⁹. Il n'est plus requis que le médiateur que les parties souhaitent soit agréé⁴⁰, sans que cela n'empêche par la suite le pouvoir du juge d'homologuer l'accord conclu au terme de la médiation.

Observons toutefois que les accords conclus au terme d'une médiation extrajudiciaire en « B2B » qui n'est pas menée par un médiateur agréé, si elles peuvent être menées sans contraintes, ne peuvent néanmoins pas faire l'objet de l'homologation par le tribunal prévue par l'article 1733 du Code : celui-ci prévoit toujours comme condition à l'homologation que le « médiateur qui a mené la médiation [extrajudiciaire] [soit] agréé par la commission visée à l'article 1727 ». Dans mon expérience, il est toutefois relativement rare que des accords conclus au terme d'une médiation en « B2B » fassent l'objet d'une demande d'homologation. De manière très générale, les accords sont exécutés sans qu'il ne soit encore nécessaire de « repasser par la case justice ».

Relevons, enfin, que cette exception est strictement limitée aux litiges « business-to-business » mais ne s'applique pas aux litiges entre une entreprise et ses clients consommateurs.

(32) Exposé des motifs, Doc. 54 2919/001, p. 264.

(33) Cass., 24 novembre 1958, *Pas.*, 1959, I, 308.

(34) Cass., 9 novembre 1959, *Pas.*, 1960, I, 287.

(35) Cass., 26 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, 847.

(36) Voy. « La médiation dans le Code judiciaire », *op. cit.*, note 20, p. 299.

(37) Suivant les travaux de la 63^e session du groupe de travail de la CNUDCI, cité par le ministre, la Belgique fait partie des rares états à imposer des conditions strictes pour conclure un accord de médiation ou pour homologuer un accord.

(38) Objectif illustré notamment par l'alignement récent de la partie « Arbitrage » du Code judiciaire sur la loi uniforme CNUDCI, par le pro-

jet de création de la « Brussels International Court », etc.

(39) Article 1734, § 1/1, alinéa 1, du Code judiciaire.

(40) La référence à l'article 1726 du Code dans son ensemble (qui règle les questions relatives à l'agrément des médiateurs) pourrait faire douter de l'exactitude de cette affirmation. Toutefois, tel est bien l'intention du législateur : dans son exposé des mo-

tifs, le ministre s'est exprimé comme suit : « La troisième modification permet aux parties de se mettre d'accord sur le nom du médiateur qu'elles souhaitent voir désigner même si ce dernier n'est pas agréé sauf si le juge estime que ce médiateur ne répond pas aux conditions visées à l'article 1726 » (Doc. 54 2919/001, p. 257).

6 Interventions/informations obligatoires des « acteurs de la justice »

Mettant en œuvre le projet de promotion et d'encouragement de la médiation, des modifications importantes sont apportées au Code judiciaire. Les « acteurs de la justice » que sont les juges, les avocats et les huissiers de justice se voient attribués de nouvelles tâches et imposés de nouveaux devoirs. Partant du « principe de la plus-value d'une solution négociée plutôt qu'imposée », le ministre explique que « le rôle traditionnel des acteurs de la justice est adapté (...) afin de rappeler aux parties l'existence de voies alternatives de règlement des conflits »⁽⁴¹⁾.

Ainsi, dans l'ordre des articles modifiés de la quatrième partie du Code judiciaire (« La procédure civile ») :

- article 444 : pour les avocats : devoir d'information et devoir de tenter de résoudre les litiges à l'amiable (voy. ci-dessous) ;
- article 519 : pour les huissiers de justice : devoir d'information ;
- le chapitre « La conciliation » devient « Les modes amiables de résolution des litiges » ;
- article 731 : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties » ;
- article 730/1, § 1 : « Le juge favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges ».

7 Pouvoirs du juge : concilier et ordonner une médiation

A. Conciliation par les juges

Le pouvoir de conciliation des juges existe depuis longtemps. Comprenez qu'il n'est pas utilisé autant qu'il pourrait l'être, le législateur entend le renforcer en indiquant qu'il entre dans la mission du juge de concilier les parties. Ceci implique qu'il peut prendre l'initiative de proposer d'intervenir comme conciliateur, sans nécessairement devoir attendre l'initiative des parties par le dépôt d'une requête en ce sens. Comme auparavant, il ne peut toutefois pas l'imposer (article 731, alinéa 3).

Ce texte est bienvenu dans la mesure où il clarifie le rôle du magistrat. Il ne fait dorénavant plus aucun doute qu'il n'est pas là uniquement pour « trancher » un litige. Les praticiens savent que certains juges, dans des mesures diverses et variées qui dépendent essentiellement de leur personnalité, n'hésitent pas à suggérer, parfois de manière « appuyée », à (tenter de) s'imposer comme conciliateur. Ceux-là seront maintenant renforcés dans leur conviction que les juges sont bien dans leur rôle lorsqu'ils proposent aux parties de « penser solution amiable » ou d'avoir recours aux Marcs avant de poursuivre le procès. Il faut espérer que les autres se départiront de leur tiédeur à cet égard puisqu'il n'y a plus aucune raison de craindre de se voir reprocher une (tentative de) déni de justice s'ils « poussent » les parties vers un mode de règlement amiable.

La requête en conciliation, unilatérale ou émanant des deux parties, demeure possible (article 731, alinéa 2). Les dispositions des articles 732 à 734 concernant la mise en œuvre d'un processus de conciliation (et notamment la conciliation préalable obligatoire devant le tribunal du travail) demeurent inchangées.

B. En matière familiale

En matière familiale, les dispositions antérieures de l'article 731, qui avaient été introduites par les lois du 30 juillet 2013 et 8 mai 2014, sont déplacées vers et légèrement amendées dans l'article 1375ter/1

du Code judiciaire. Ce nouveau texte est introduit par la loi du 15 juin 2018 « modifiant l'article 375bis du Code civil et les articles 1253ter/1, 1253ter/3 et 1253quater du Code judiciaire »⁽⁴²⁾. En bref, il est prévu :

- à l'audience d'introduction, le juge entend les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause et afin de déterminer si une résolution à l'amiable est envisageable ;
- à la demande des parties ou s'il l'estime utile, le juge peut remettre l'affaire à maximum un mois (ou à tout autre délai sur lequel les parties s'accordent) afin de permettre à celles-ci de vérifier si un accord amiable est possible. Cette disposition est très semblable au nouvel article 730/1, auquel il est du reste renvoyé ;
- les tentatives de conciliation devant la chambre de règlement à l'amiable du tribunal de la famille ou des chambres famille de la cour d'appel (les « C.R.A. ») sont maintenues ainsi que la possibilité pour le juge d'ordonner le renvoi devant les C.R.A. ;
- les aspects « procéduraux » et la confidentialité de tout ce qui se dit ou s'écrit au cours des audiences de règlement à l'amiable sont confirmés.

C. Envoi en médiation

Ici, indéniablement, intervient une des modifications les plus importantes introduite par la loi du 18 juin. Au-delà du pouvoir renforcé qu'il leur donne d'intervenir comme conciliateur, le législateur invite les magistrats à se montrer proactifs dans l'examen des autres possibilités de résoudre à l'amiable les litiges dont ils sont saisis. Plusieurs « outils » leur sont donnés.

1. Article 730/1, § 2, alinéa 1

« Sauf en référé, 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. À cette fin, le juge peut *ordonner la comparution personnelle* des parties ».

Ce texte, rappelé en quelque sorte dans le nouvel article 1253ter/1, § 2, en matière familiale, illustre le changement de paradigme souligné par le C.S.J. : 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, dans les termes du ministre, ne devrait pas se dérouler si une possibilité de règlement amiable existe. Le juge est dorénavant chargé de le vérifier. Comme observé par le C.S.J. dans son avis au ministre, ce texte souligne aussi qu'à côté de la tâche essentielle du juge de trancher les litiges, celui-ci endosse dorénavant également un rôle de pacificateur⁽⁴³⁾. Un beau retour vers la vision initiale du juge « de paix », élargi maintenant à (presque tous) les magistrats⁽⁴⁴⁾...

Cet « outil » doit être vu comme une invitation aux magistrats de vérifier que les parties en litige ont été informées pleinement et correctement des possibilités de règlement amiable, notamment par l'huissier de justice qui serait intervenu en vue de la mise au rôle de l'affaire et, surtout, par les avocats qui interviennent dans le dossier⁽⁴⁵⁾. À n'en pas douter, la possibilité donnée au juge d'ordonner la comparution personnelle des parties sera interprétée par certains comme une marque de défiance à l'égard des avocats qui, la pratique le démontre malheureusement, n'agissent pas toujours dans le sens de la recherche d'un terrain d'entente avant d'entamer une procédure lorsque les circonstances devraient le permettre.

Jusqu'à présent certains juges, actifs en matière de médiation, prenaient déjà l'initiative d'ordonner la comparution personnelle, se fondant en cela sur l'article 992 du Code judiciaire. À ma connaissance, ces initiatives sont restées relativement limitées, les juges préférant inviter les parties à venir les rencontrer plutôt que d'aller jusqu'à ordonner des comparutions personnelles. Espérons que, grâce à ce nouveau

(41) Doc. 54 2919/001, p. 55.

(42) M.B. du 2 juillet 2018, dont la version française du titre parle erronément des articles 1253ter et s. comme étant ceux du Code civil.

(43) Avis du 5 mars 2018, p. 6.

(44) Voy. P. VAN LEYNSELE :

« Réflexions sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation », *J.T.*, 2016, p. 202, note 2.

(45) Rappelons au passage que, en France, l'acte introductif d'instance

doit faire état des tentatives de règlement amiable qui ont été entreprises auparavant : Décret du 11 mars 2015 : « Sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier

lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ».

texte et aux pouvoirs qui leur sont donnés d'ordonner une médiation, les juges se montreront moins frileux pour veiller à pouvoir dire aux parties elles-mêmes, sans que leurs propos ne soient « filtrés » par les avocats, comment ils envisagent les choses au vu des éléments du dossier qui sont en leur possession. L'OVV, qui dans sa note au ministre soulignait l'utilité de la possibilité d'ordonner la comparution personnelle, indiquait que cette mesure devrait être un incitant suffisant pour qu'une « invitation » à comparaître personnellement soit dorénavant prise plus au sérieux. La pratique a malheureusement démontré que la portée de ces invitations a été déjouée trop facilement par certains avocats, qui conseillent à leurs clients de ne pas se présenter à l'audience ou qui s'y présentent eux-mêmes, ou par un collaborateur qui n'est pas complètement au fait du dossier, en indiquant au tribunal que leurs clients ne souhaitent pas comparaître (ce qui, il est vrai, peut être parfaitement exact et justifié...)⁴⁶.

Les avis et notes des institutions consultées émettent, d'une manière ou d'une autre, des critiques ou des doutes à propos du pouvoir des juges de vérifier si des efforts raisonnables ont déjà été consentis en vue de la recherche d'un arrangement amiable.

Une telle vérification peut être simple, par exemple si les parties ont tenté une médiation préalable. Dans ce 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 souhaitent 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 faudrait 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.

Il ne s'agit pas d'apprécier la légitimité de l'échec des négociations ou d'un refus de négocier mais uniquement de s'assurer que des tentatives raisonnables ont été entreprises à cette fin. Le pouvoir d'investigation du juge à ce sujet ne peut être que « marginal ». Les parties n'ont pas à s'expliquer quant aux motifs qui leur paraissent légitimes pour refuser une solution amiable et préférer avoir recours à la justice étatique. Dans l'exposé des motifs qui accompagne le projet de loi, le ministre rappelle d'ailleurs que les parties ont toujours le droit de ne divulguer à personne (y compris le juge) le contenu de leurs négociations⁴⁷.

Seuls l'existence de pourparlers et le constat de l'absence d'accord est pertinent⁴⁸.

Enfin, petite remarque de texte : tel que libellés les termes « Sauf en référé » qui introduisent l'article 730/1, § 2, peuvent donner à penser que le magistrat de l'urgence ne peut pas interroger les parties sur ce qu'elles ont tenté de faire avant d'introduire le dossier en justice. Il est fort peu probable que telle soit la portée de cette disposition. Il faut sans doute considérer que l'exception des référés ne vise que la possibilité pour le juge de remettre l'affaire pour permettre aux parties de réfléchir à l'opportunité d'avoir recours aux Marcs avant de poursuivre leur procès. Remettre une affaire urgente sous prétexte de vérifier si une possibilité d'arrangement pourrait exister, ne se justifie pas en référé compte tenu de l'urgence. Par contre, cela n'empêche pas le juge de suggérer, à l'audience, le recours aux Marcs, voire même de l'imposer si les conditions exposées ci-dessous sont réunies.

2. Article 730/1, § 2, alinéa 2

« 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, 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 visée à l'alinéa 2 ne peut être ordonnée si elle l'a déjà été dans le cadre du même litige ».

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, notamment auprès des « permanences » de médiateurs et autres centres de médiation qui existent. Nous savons que, dans plusieurs tribunaux, des systèmes d'information donnée par des médiateurs ont été institués et se tiennent à la disposition des parties pour fournir de l'information, voire pour entamer une médiation immédiatement.

Les hésitations que d'aucuns pourraient avoir quant à la légitimité des jugements du type de ceux publiés dans le *J.T.* de 2016 consacrés à la médiation⁴⁹, qui démontrent l'inventivité des juges pour amener les parties à la médiation, sont ainsi balayées par le législateur.

À n'en pas douter, certains verront dans cette possibilité donnée au juge une mesure qui n'aura que des effets dilatoires et qui sera, pour cette raison, souvent mal perçue. Il est certain que si les magistrats recourent systématiquement à ce nouveau moyen — et j'entends malheureusement dire qu'en matière familiale en particulier, cela arrive déjà trop souvent — ils se heurteront à la résistance systématique des plaideurs ; la mesure n'aura dans ce cas d'autres effets que d'être perçue comme une perte de temps par les uns et comme un effet dilatoire bénéfique par les autres.

Je renvoie par ailleurs à mes observations critiques quant au « timing » dans lequel cette mesure peut être ordonnée (chapitre 8 ci-après).

3. Article 1734, § 1, du Code judiciaire

« Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure 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 l'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 »

Le premier paragraphe correspond au texte ancien. Un juge peut toujours « ordonner » une médiation si les parties le lui demandent ou s'il le juge utile et qu'il obtient l'accord des parties.

Ce qui est nouveau, et qui a fait déjà fait couler de l'encre, est la possibilité donnée au juge d'ordonner une médiation dès lors qu'il le juge utile et qu'au moins une des parties au procès le lui demande ou l'approuve, même si la ou les autres parties s'y opposent. Il peut donc forcer les autres parties de participer à ce mode de résolution des conflits contre leur gré s'il considère qu'un rapprochement entre les parties devrait être possible. Il ne lui est pas permis de le faire si toutes les parties s'y opposent.

Rendre la médiation « obligatoire » est certes contraire au concept même, qui veut que toute médiation se décide et se déroule sur base volontaire. La pratique de la médiation m'a toutefois enseigné que même lorsque les parties entament une médiation parce qu'elles y sont obligées (par l'effet de l'insistance d'un juge ou d'une clause de médiation insérée dans un contrat) les choses se passent souvent bien et la médiation peut déboucher sur un accord librement consenti. Aussi

(46) Voy. à ce sujet mes « Réflexions... », *op. cit.*, p. 204.

(47) Voy. à ce sujet l'article, cité dans l'exposé des motifs : B. ALLEMEERSCH, « Bemiddeling en verzoening in het burgerlijk proces », *T.P.R.*, 2003, nr. 2, p. 409.

(48) Dans le même ordre d'idées, la Cour de justice européenne, dans l'arrêt *Menini* du 16 février 2017 déjà cité, considère qu'une législation nationale viole la directive 2013/11 en matière de consommation si elle sanctionne le retrait sans juste motif

d'une procédure de règlement extrajudiciaire, telle qu'une procédure de médiation, des litiges relevant du champ d'application de la directive, en attachant à un tel retrait des conséquences défavorables dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure

au détriment de la partie qui s'est retirée.

(49) *J.T.*, 2016, p. 201 et mes « Réflexions », *op. cit.*

surprenant que cela puisse paraître aux yeux des personnes qui n'ont pas d'expérience en matière de médiation, cela tient sans doute à la dynamique propre d'un processus de médiation.

Beaucoup de choses sont à dire, et ont déjà été dites, à propos des médiations « obligatoires »⁵⁰. Le débat quant à ses bienfaits et ses inconvénients reste certes ouvert, mais le parlement belge a opté pour l'introduction de la mesure. À mon avis la formule retenue est relativement « soft ».

C'est le Conseil d'État qui a émis les critiques les plus virulentes à l'égard de cette nouvelle possibilité, estimant notamment⁵¹ :

— qu'il s'agissait là d'une restriction au droit de tout citoyen à ce qu'un tribunal indépendant et impartial établi par la loi connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil, tel que garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

— que la mesure, étant contraire au caractère volontaire qui doit guider la démarche des parties dans une médiation, devait être omise du projet ;

— que la mesure, par les délais supplémentaires qu'elle engendre, contreviendrait au droit des justiciables de voir leur litige tranché dans un délai raisonnable.

L'OVV s'est également déclaré opposé à la « médiation obligatoire »⁵². Avocats.be et le C.S.J. en ont par contre, avec des réserves, approuvé le principe⁵³.

Il faut remarquer que l'exposé des motifs du projet de loi contient un véritable plaidoyer⁵⁴ en faveur de cette nouvelle mesure. Les critiques du Conseil d'État sont adroitement rencontrées (faisant référence notamment à la jurisprudence européenne évoquée ci-dessus).

Observons, en faveur de la mesure :

— il ne s'agit pas d'un préalable à l'introduction d'une affaire en justice. Ce n'est pas une condition de recevabilité d'une action en justice (comme cela existe dans d'autres pays dans certaines matières) ;

— elle n'empêche en rien la possibilité pour tout justiciable de faire trancher son litige par le tribunal si la médiation ne débouche pas sur un accord ;

— la seule obligation que le juge peut imposer aux parties qui ne souhaitent pas d'une médiation est de participer, au cours d'une période limitée à maximum 6 mois, à une tentative de médiation, sans préjuger de la durée ou de l'issue de celle-ci ;

— les modalités qui encadrent l'ordonnance d'envoi en médiation permettent d'éviter des retards inacceptables dans le traitement judiciaire des demandes : (i) la mesure ne peut être ordonnée qu'à l'audience d'introduction ou à une audience de remise à une date fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le dépôt des premières conclusions du défendeur⁵⁵ ; (ii) la mesure de médiation ne peut être imposée par le juge qu'après avoir entendu les parties⁵⁶ ; (iii) la possibilité est donnée aux parties de se mettre d'accord sur le nom du médiateur qu'elles souhaitent voir désigné, même si ce dernier n'est pas agréé par la C.F.M.⁵⁷ ;

— une demande de prolongation de la période réservée à la médiation doit émaner de toutes les parties⁵⁸ (afin de marquer leur volonté commune de poursuivre le processus alors même que celui-ci peut avoir été initié sans l'accord de l'une d'elles ; autrement dit : le juge peut forcer les parties à commencer une médiation, mais pas de la poursuivre si l'une d'elles « n'y croit plus » ;

— chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice⁵⁹ ;

— les mesures ordonnées en application des dispositions concernant la médiation judiciaire ne sont susceptibles d'aucun recours⁶⁰, ce qui évite des manœuvres dilatoires ;

— le juge peut ne pas suspendre automatiquement la mise en état judiciaire si les parties ne le souhaitent pas, ce qui devrait être de nature à rassurer les parties qui peuvent s'assurer ainsi que la médiation ne retardera pas leur procès si celui-ci doit malgré tout être poursuivi en raison de l'échec de la médiation ;

— lorsqu'il ordonne la médiation, le juge fixe la durée de la mission sans qu'elle puisse excéder 6 mois et fixe la cause à la première date utile suivant l'expiration du délai⁶¹.

8 Aspects pratiques et critique du « timing »

L'article 730/1 du Code qui permet aux juges d'interroger les parties et de renvoyer l'affaire à un mois pour les forcer à réfléchir aux possibilités de mettre en œuvre des modes de résolution amiable, ne peut être appliqué qu'à l'audience d'introduction ou à une audience de remise à date rapprochée. Cette restriction dans le temps a été introduite dans le projet de loi à la suite des critiques du Conseil d'État qui était d'avis que permettre ce genre de mesures à tout stade de la procédure pourrait poser problème au regard de l'obligation de statuer dans un délai raisonnable. Dans l'avant-projet de loi, cette mesure pouvait être ordonnée à tout stade de la procédure.

Dans le même ordre d'idées, l'article 1734, § 1, alinéa 2, ne permet au juge d'imposer une médiation qu'en début de procédure.

Dans l'esprit de favoriser le recours à la médiation, ces restrictions dans le temps sont regrettables. Elles risquent de rendre ces « outils » inefficaces. Est-il réaliste de penser que les magistrats seront toujours en mesure de détecter dans ces courts laps de temps les dossiers et situations dans lesquels une médiation pourrait être bénéfique ?

Dans un certain nombre de cas, assurément. L'on songe notamment aux situations où, par exemple devant les juges de paix, les parties sont présentes en personne. *Idem* pour les audiences de « brefs débats ».

Dans des tas d'autres situations, et notamment dans tous les dossiers réellement « contentieux » il y a lieu d'en douter.

Ainsi, aux audiences d'introduction, lorsque la demande est contestée, le juge ne dispose pour ainsi dire d'aucune information autre que celles figurant dans la citation. Difficile donc pour lui de connaître ou comprendre ce qui anime les parties, *a fortiori* si celles-ci ne comparaissent que par des avocats qui ont pour seules instructions de faire acter un calendrier d'échange de conclusions. L'on pourrait évidemment songer à ce que les magistrats interrogent les parties ou leurs avocats à ce moment-là mais, dans la pratique, ils n'obtiendront la plupart du temps que des réponses négatives en raison de l'absence d'instructions reçues sur l'éventualité d'une médiation. Ordonner alors une remise à huit ou quinze jours pour débattre de la question est théoriquement possible mais pratiquement peu probable. Les audiences sont ainsi conçues que les juges n'ont tout simplement pas le temps nécessaire pour discuter sérieusement de ce genre de questions avec les parties.

Quant à détecter les dossiers susceptibles de justifier des ordonnances de suspension d'un mois afin de recueillir de l'information ou d'envoi en médiation, à une audience fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit celui du dépôt des premières conclusions du défendeur : là aussi, il s'agit d'une mesure qui est théoriquement excellente — chacune des parties a déjà fait connaître son point de vue (par la citation et par les premières conclusions du défendeur) — mais irréaliste. Un tribunal n'est pas en mesure de détecter, parmi les centaines de jeux de premières conclusions des défendeurs qu'il reçoit tous les mois, celles qui sont déposées dans des dossiers où une médiation pourrait

(50) Voy. notamment le numéro du *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement*, 2018 (22), 2 qui y est en grande partie consacré : E. LANCKSWERDT, « De Belgische evenwichtsoefening inzake verplichte ADR poging in het raam van een gerechtelijke procedure », p. 5 ; C. JASPERS, « Verplichte bemiddeling : logische verdere bouwsteen van alternatieve geschillenregeling in België », p. 48 ; et

T. WIJNANTS, « Verplichte doorverwijzing naar bemiddeling : we can lead a horse to the water but can we make it drink ? », p. 63 ; voy. aussi : E. VAN BEUKERING-ROSMULLER et P. VAN LEYNSELE, « Enforceability of mediation clauses in Belgium and in the Netherlands - Leading a horse to the water and making it drink ? », *T.M.D.*, 2017 (21), 3.

(51) Doc. 54 2919/001, pp. 547 et s. (52) Intervention de M. Alex Tallon à

la commission de la Justice au nom de l'OVV : Doc. 54 2919/006, p. 136.

(53) *Ibidem*, pp. 132 et 134.

(54) Doc. 54 2919/001, pp. 255-

257.

(55) Article 1734, § 1, alinéa 2 : à ce moment, le juge sera en possession de la citation et des premières conclusions du défendeur, ce qui devrait lui permettre d'avoir une meilleure appréciation des enjeux et de la

position de chacune des parties.

(56) *Ibidem*.

(57) Article 1734, § 1/1 ; jusqu'à présent les juges ne pouvaient, sauf exceptions limitées, nommer comme médiateur que des personnes agréées par la C.F.M.

(58) Article 1734, § 3.

(59) Article 1729, inchangé.

(60) Article 1735, § 6.

(61) Article 1734, § 2.

être appropriée. La réalité est que les tribunaux ne « suivent » par les dossiers à ce stade et qu'ils seraient incapables de le faire. Tout au plus pourront-ils intervenir en fixant une audience dans le mois du dépôt de ces premières conclusions si une demande en ce sens est formulée par l'une des parties.

Les mesures, pour intéressantes qu'elles soient en ce qu'elles donnent un pouvoir aux juges d'orienter un dossier vers la médiation *motu proprio*, manqueront donc bien souvent d'efficacité si l'initiative ne vient pas de l'une des parties.

Pour être tout à fait efficace, il eût fallu ne pas limiter le pouvoir des juges d'ordonner ce type de mesures à la période du début de la procédure. Il eût fallu pour cela avoir confiance dans le discernement des magistrats qui ne les ordonneront que lorsqu'ils perçoivent suffisamment d'indices pour qu'elles soient opportunes. L'exposé des motifs du projet de loi nous apprend que ces restrictions ont été introduites dans le projet de loi à la suite des avis du Conseil d'État, afin d'éviter tout retard excessif qui porterait atteinte à l'essence même du droit à l'obtention d'une solution juridictionnelle⁶². Ce but, pour louable qu'il soit, privera les nouvelles mesures de l'efficacité qu'on est en droit d'en attendre. L'objection semble être plutôt inspirée par une certaine méfiance à l'égard des juges qui pourraient être tentés d'ordonner trop systématiquement des renvois des dossiers en vue d'obtention de renseignements ou en vue de tenter une médiation.

9 Qu'est-ce que « participer » à une médiation judiciaire ?

Que doit, et que peut faire une partie qui, contre son gré, se voit contrainte de participer à une médiation judiciaire ? Comment cela se concilie-t-il avec le droit (fondamental) d'une partie de mettre fin à la médiation ?

Il paraît certain que les chances d'aboutir à une solution acceptée par une partie récalcitrante, sont moindres que dans les cas où la médiation est initiée volontairement par tous les participants. L'argument majeur invoqué par tous ceux qui plaident contre le principe de la médiation obligatoire est qu'il est illusoire de croire à l'efficacité de la mesure dès lors qu'elle n'est pas basée sur une participation volontaire de toutes les parties. J'ai déjà dit que la pratique démontre le contraire⁶³.

Que peut espérer le juge qui ordonne une médiation malgré l'opposition qu'une partie lui aura manifestée lorsqu'il l'a entendue s'exprimer sur la mesure qu'il envisageait ? Il ne s'agit plus, à ce stade, de forcer une partie à simplement recueillir de l'information à propos du processus pour qu'elle puisse y réfléchir et éventuellement y adhérer. Cette possibilité est dépassée ; elle aura éventuellement déjà été utilisée (avec une remise de l'affaire à maximum un mois)⁶⁴ avant l'ordonnance d'envoi en médiation sans qu'elle n'ait abouti à un changement d'attitude de la partie récalcitrante.

L'hypothèse visée est donc que le juge, quoi qu'en pense la partie récalcitrante, est d'avis qu'une tentative de règlement amiable avec l'aide d'un médiateur serait plus bénéfique pour les parties, et peut-être plus conforme à leurs intérêts bien compris, qu'une solution judiciaire qu'il leur imposerait. Il compte indéniablement sur les compétences du médiateur et sur la dynamique du processus pour amener la partie récalcitrante à se départir de son attitude de refus.

Dans cette logique, il paraît certain, sous peine de rendre de telles ordonnances totalement inutiles, qu'il ne peut être permis aux parties d'ignorer ce que le juge leur impose et de simplement attendre la date

à laquelle l'affaire aura été remise en refusant toute participation active au processus de médiation. Si tel est leur attitude, elles s'exposent aux sanctions décrites ci-après.

À mon avis, l'obligation qu'une ordonnance d'envoi en médiation implique comporte, au minimum, les devoirs suivants avant, le cas échéant, de pouvoir exercer son droit de mettre fin à la médiation :

- coopérer avec le médiateur désigné pour organiser une première réunion ;
- rencontrer le médiateur désigné, de préférence en « séance plénière » avec la ou les autres parties ou séparément, en fonction des modalités qui seront discutées avec ce médiateur ;
- signer un protocole de médiation suivant un modèle « habituel » utilisé par les médiateurs⁶⁵. Notons qu'une des clauses importantes qui figure généralement dans les protocoles, est l'engagement des parties de participer de bonne foi au processus de médiation. Il faut considérer qu'elle traduit en termes contractuels l'obligation que le juge impose aux parties en ordonnant la médiation. Si la partie « récalcitrante » ne l'accepte pas et que le protocole ne peut être signé pour cette raison, elle se rendrait responsable du fait que la médiation ordonnée par le juge ne sera pas entamée ;
- participer à la « phase d'installation » organisée par le médiateur⁶⁶ ;
- participer à la « phase de narration »⁶⁷.

La participation « volontaire » et « de bonne foi » à un processus dont on n'a pas voulu peut être difficile à concevoir. Le risque, important, est que les parties qui ne souhaitent pas tenter de résoudre le litige à l'amiable par la voie d'une médiation « fassent semblant » d'y participer en étant présentes à la première réunion sans réelle volonté d'y participer constructivement et en invoquant après un certain temps leur droit, indéniable, de mettre fin à la médiation (article 1729 C. jud.).

C'est pourtant ce que le législateur entend imposer aux parties comme condition pour poursuivre le procès lorsque que le juge l'estime opportun et qu'au moins une partie le souhaite.

Je laisse de côté ici les problèmes de preuve du non-respect de ces engagements par la partie « récalcitrante, qui sont notamment liés à la confidentialité qui s'attache au processus de médiation (voy. ci-après).

10 Quid des honoraires du médiateur ?

Une difficulté pourrait surgir à propos des honoraires des médiateurs. La partie « récalcitrante » qui sera invitée à en supporter sa part proportionnelle, pourrait ne pas les accepter et refuser de signer le protocole pour cette raison. Sachant que le mode de rémunération du médiateur doit y figurer, serait-ce là un motif valable pour refuser le processus ?

Je pense que non. Les honoraires du médiateur dont l'intervention est imposée par une ordonnance, doivent évidemment être « raisonnables ». Pour juger s'ils le sont, une référence aux critères de ceux des experts ou des avocats paraît envisageable. En définitive, le dernier mot reviendra au juge puisque les honoraires de la médiation font partie des dépenses.

Au stade de la mise au point du protocole toutefois, comment faire ? D'un côté, le droit de la partie « récalcitrante » de refuser d'avoir à payer (la moitié) des honoraires si ceux-ci sont calculés sur une base exagérée est incontestable. De l'autre, il y a lieu de préserver le droit de la partie qui souhaite que la médiation ait lieu de démontrer, le cas

(62) Doc. 54 2919/001, pp. 243 et 256.

(63) Mon expérience personnelle est renforcée par l'expérience qui m'est rapportée par M^e Martina Dolealová, présidente de la commission « ADR » du barreau Tchèque, pays dans lequel il est de pratique courante pour les tribunaux de forcer les parties à se rencontrer dans le cadre d'une médiation : 80 % des parties « récalcitrantes » accepteraient de

participer effectivement à une première réunion de médiation et dans 80 % de celles-ci la médiation aboutirait à une solution acceptée par les parties. Il semble toutefois qu'il n'existe pas de statistiques publiées en la matière.

(64) Par la mise en œuvre de la mesure prévue par l'article 730/1, § 2, alinéa 2, commenté ci-dessus.

(65) Les modèles que les médiateurs proposent habituellement sont tous

très semblables. Hormis quelques clauses importantes (celles imposées par le Code judiciaire, article 1731) ainsi que celles relatives au sort des procédures en cours pendant le déroulement de la médiation elles ont en grande partie une valeur « éducative » plutôt que réellement contraignante.

(66) La « première étape : validation du processus », décrite dans l'article « Mode d'emploi de la médiation »,

J.T., 1999, 234, p. 237 ; P. VAN LEYNSSEELE, « Le processus de médiation : un exemple d'exposé d'entame du médiateur », in *Tribunaux, barreaux et révisorat d'entreprise : actualité de leur collaboration et actualité en droit des affaires*, Maklu, 2012, p. 69.

(67) La « deuxième étape : recherche des faits » ; voy. J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *op. cit.*, pp. 190 et s.

échéant, que si elle n'a pas pu se dérouler c'est en raison d'un refus déraisonnable de la part de l'autre partie.

Une solution pourrait consister en ce que le médiateur désigné fournisse aux parties son modèle de protocole de médiation contenant le mode de calcul des honoraires, ainsi que le montant de la provision qu'il souhaite recevoir. Les parties, et plus particulièrement la partie « récalcitrante » sont alors placées devant le choix suivant : soit, elles refusent de signer le protocole ou de payer leur part de la provision parce qu'elles jugent le mode de calcul ou la provision exagérés, prenant ainsi le risque que le tribunal ne les suive pas et leur impute la responsabilité de l'absence de mise en place de la médiation ; soit elles signent ce protocole, paient la provision demandée en émettant des réserves au sujet de ces questions d'honoraires en se réservant le droit de les contester devant le juge qui leur a imposé de participer à la médiation, mais elles participent à la médiation. Si l'affaire revient alors devant le juge en raison de l'échec du processus, il appartiendra au juge de déterminer si la contestation des honoraires était justifiée ou si, parce qu'ils étaient exagérés, les honoraires du médiateur ne seront inclus que partiellement dans les frais judiciaires. Les parties qui auront émis des réserves auront ainsi une base pour réclamer le remboursement des montants exagérés qu'elles ont dû payer.

11 Quelle application sera-t-il fait de ces « outils » ?

Les « outils » décrits ci-dessus, pour souhaitables qu'ils soient, ne peuvent avoir une chance de démontrer leur efficacité que pour autant que tous les acteurs du procès en comprennent et en acceptent la portée et, surtout, les appliquent correctement :

— *les juges* devront faire preuve de circonspection et n'utiliser ces « outils » que dans les cas où ils décèlent de réelles possibilités d'accord amiable. Cela peut être en raison de la nature du différend qui leur est soumis, des effets éventuellement négatifs ou non souhaités d'une décision, des démarches déjà entreprises auparavant et/ou de la personnalité des parties ou de leurs représentants et avocats. Il faudra, surtout, qu'ils n'en abusent pas !⁶⁸ À titre d'exemple, et le tout sauf circonstance exceptionnelle, il me paraîtrait inconvenant qu'une médiation soit ordonnée par défaut à l'audience d'introduction ; *idem* pour des dossiers de « recouvrement de créances » non contestés ou des demandes de paiement d'arriérés de loyers ou autres types de paiement dont l'accumulation dans le temps ne fera qu'empirer la situation, etc. ;

— *les avocats* devront se conformer à leurs obligations décrites ci-après et accepter que si les juges envisagent d'imposer une médiation, un réel débat sur la question de l'opportunité de désigner un médiateur peut avoir lieu. Le législateur précise que les parties doivent être entendues — une demande formulée par Avocats.be. Pour qu'elles le soient, il faut qu'elles soient présentes et que les avocats qui les représentent soient préparés à cette audience. Il ne suffira pas, comme cela se voit trop souvent, d'envoyer à l'audience un collaborateur qui n'a pas d'autres instructions que de dire que le client s'oppose à la médiation. Si la possibilité offerte de débattre de la question devait être prise avec une telle désinvolture, au-delà du manquement probable au devoir de l'avocat de tenter d'amener les parties à un règlement amiable (article 444 C. jud.) et au-delà des conséquences déontologiques d'une telle attitude, les juges seraient à mes yeux parfaitement en droit de ne pas tenir compte de l'opposition affirmée et d'ordonner la médiation, voire si l'opposition persiste, d'imposer des sanctions.

*Wishful thinking*⁶⁹ ? Les parties, ou leurs avocats, ne risquent-ils pas trop de « torpiller » le système en faisant de l'opposition systématique ? Après tout, il peut y avoir des raisons parfaitement légitimes pour s'opposer à la médiation ; ou un avocat peut ne pas avoir réussi à vaincre l'obstination de son client à vouloir plaider « à tout prix ». Beaucoup dépendra sans doute de l'autorité dont les magistrats feront preuve, de la personnalité de ceux-ci et de leur connaissance et compréhension de la dynamique des divers modes amiables de résolution des conflits. Dans ce domaine, l'effort de formation des acteurs de justice devra assurément être poursuivi.

12 Sanctions ?

Il est certain que, bien souvent, l'efficacité d'une mesure dépendra notamment des sanctions qui l'accompagnent. En l'espèce, la loi n'en prévoit pas. Le texte de l'avant-projet de loi visait à octroyer au juge le pouvoir de réserver « toutes les suites appropriées » au défaut des parties de répondre de manière satisfaisante à sa demande de vérification de la réalité des tentatives préalables de résolution amiable. Tant le caractère jugé par trop contraignant en ce qu'il constituerait quasiment une obligation de tenter une médiation avant d'introduire une affaire en justice que, surtout, son côté vague, susceptible de donner lieu à des décisions arbitraires, ont été critiqués. Cette « menace » de sanctions laissées à l'appréciation des juges a dès lors été retirée⁷⁰.

Cela veut-il dire qu'il n'existe aucune possibilité de sanctionner une partie qui ferait de l'opposition systématique à toute tentative de règlement amiable (par exemple, en refusant toute idée de négociation, de conciliation ou de médiation, en ne participant pas au moins à une première réunion avec le médiateur désigné, etc.) ? Certainement pas !

Une idée qui a été émise, mais qui n'a pas été transcrite dans les textes, est de prévoir la possibilité pour les tribunaux de répartir les frais judiciaires autrement que sur la base « gagnant/perdant ». Suivant le modèle anglais, il me semble possible qu'un juge considère que le refus déraisonnable d'une partie de participer à une médiation puisse être sanctionné par une répartition des frais judiciaires qui tienne compte de l'attitude des plaideurs.

Nous savons que les articles 1017, 1018 et 1022 du Code judiciaire prévoient un régime qui peut être résumé de la manière suivante⁷¹ :

— à moins que les parties n'en soient convenues autrement ou si la loi prévoit un autre système, les frais judiciaires sont supportés par la partie qui succombe ;

— toutefois, les frais inutiles, y compris l'indemnité de procédure, sont mis à charge, même d'office, de « la partie qui les a causés fautivement » ;

— les dépens peuvent être compensés dans la mesure appréciée par le juge, soit si les parties succombent respectivement sur quelque chef, soit (...) (dispositions spécifiques aux conflits familiaux) ;

— le juge peut, par décision spécialement motivée, soit réduire l'indemnité soit l'augmenter, sans pour autant dépasser les montants maxima et minima prévus par le roi. Dans son appréciation, le juge tient compte notamment du caractère « manifestement déraisonnable » de la situation ;

— les dépens comprennent les honoraires, les émoluments et les frais du médiateur désigné conformément à l'article 1734.

Ces dispositions ne prévoient pas expressément la possibilité pour le juge d'imposer à la partie qui « gagne » son procès le paiement des frais judiciaires ou d'une (partie de) l'indemnité de procédure au motif

(68) C'est d'ailleurs dans ce but qu'il faut comprendre la dernière phrase de l'article 730/1, § 2, qui interdit aux juges de remettre l'affaire en vue de permettre aux parties de réfléchir aux Mars si cela s'est déjà fait auparavant dans le cadre de ce procès.

(69) Voy. P. VAN LEYNSSELE : « Reichters en mediation in België : eindelijk een sterke push ? », T.M.D., Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement

2016 (20), 2.

(70) Exposé des motifs, Doc. 54 2919/001, p. 242 : « En conséquence, la faculté pour le juge qui existait dans l'avant-projet de prévoir des sanctions lorsque les parties ne répondent pas à sa demande portant sur ce qu'elles ont mis en place avant d'introduire la procédure est supprimée. L'existence de cette possibilité pouvait faire penser qu'il existait tout de même une nécessité pour les par-

ties de recourir aux modes de règlements alternatifs des conflits avant toute saisine du juge sous peine de voir infliger de possibles sanctions. Il est rappelé que le règlement amiable du litige ne constitue pas un préalable obligatoire à l'introduction d'une procédure judiciaire ».

(71) Je laisse de côté ici les considérations relatives aux demandes d'indemnisation pour procès téméraire et vexatoire ou encore à l'amende civile

qui peut être infligée à toute partie qui utilise la procédure à des fins manifestement dilatoires ou abusives (article 780bis C. jud.) (voy. à ce sujet : M. STASSIN, « L'amende civile », J.T., 2017, p. 165). Dans certains cas, sans doute extrêmes, il pourrait être soutenu que des procès menés sans qu'une médiation n'ait été tentée au préalable est abusif et justifie l'application de ces dispositions.

qu'elle aurait, de manière déraisonnable, refusé de participer aux tentatives de règlement amiable. Une telle possibilité existe par exemple en Angleterre suivant la doctrine « *Dunnett v. Railtrack* »⁷². La cour constitutionnelle, dans un arrêt du 28 juin 2018⁷³, a validé l'article 1017, alinéa 1^{er} (introduit par la loi « Pot-pourri » IV du 25 décembre 2016, en indiquant notamment que « le droit d'accès au juge ne fait pas obstacle à des règles qui autorisent le juge, dans des circonstances particulières, à mettre les frais totalement ou partiellement à charge de la partie qui obtient gain de cause. » La sanction consistant à être condamné à payer les frais judiciaires ou une partie de ceux-ci s'ils ont été causés fautivement, est vue comme le corollaire du devoir de loyauté entre parties au procès et ne limite pas de manière disproportionnée le droit d'accès au juge de la partie ayant obtenu gain de cause.

Une telle « sanction » devrait donc être jugée compatible avec les termes « frais inutiles (...) mis à charge, même d'office, de la partie qui les a causés fautivement » et « caractère manifestement déraisonnable » utilisés dans le Code. En leur qualité d'évaluateurs neutres, il appartient aux tribunaux de statuer non seulement sur la position au fond des parties, mais aussi sur leur attitude dans le traitement de leurs différends. De même que les tribunaux peuvent déjà refuser d'accorder des frais judiciaires exposés fautivement, il me semble qu'il est possible de répartir les frais judiciaires différemment si le procès, où une partie de celui-ci, aurait pu être évité si les parties n'avaient pas agi de manière déraisonnable⁷⁴.

Il appartiendra au cours et tribunaux d'élaborer une jurisprudence en la matière. Celle-ci s'inspirera notamment des enseignements de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 2017⁷⁵, qui sanctionne une décision d'un juge du fond qui a délaissé les frais judiciaires à charge d'un créancier qui avait choisi d'introduire sa demande de recouvrement d'une dette d'argent par la voie judiciaire ordinaire plutôt que par la procédure de recouvrement de dettes d'argent non contesté régie par les articles 1394/20 et suivants du Code judiciaire. La Cour souligne que le choix de recourir à la procédure judiciaire ordinaire n'est pas en soi constitutive de faute et que ce choix ne témoigne pas davantage d'un abus de procédure qui justifierait la sanction qui avait été retenue par le juge du fond.

Cet arrêt s'explique par le fait qu'il existe deux procédures parallèles dont le choix pour l'une plutôt que de l'autre, parce qu'elles sont mises sur un pied d'égalité par le législateur, ne peut être sanctionné. La comparaison avec le choix entre un processus de médiation et la procédure judiciaire est délicate : les deux options n'ont pas le même but et ne visent pas nécessairement le même résultat. En outre, dans l'hypothèse de la médiation judiciaire, le choix n'est pas nécessairement aussi libre qu'en matière de recouvrement de créances puisque ce « choix » peut être imposé par le tribunal et que l'on comprendrait sans doute plus facilement une sanction par le biais des frais judiciaires si ce « choix » a été frustré par l'attitude d'une partie « récalcitrante ».

13 Devoir des avocats et huissiers de justice d'informer et de favoriser les accords

La nouvelle loi impose de nouveaux devoirs aux huissiers de justice et aux avocats, dans des termes très similaires :

Article 519 du Code judiciaire (huissiers de justice)

« § 4. Les huissiers de justice tentent, dans la mesure du possible, de favoriser une résolution amiable des litiges notamment en informant le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges ».

Article 444 du Code judiciaire (avocats) :

« [Les avocats] informent le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges. S'ils estiment qu'une résolution amiable du litige est envisageable, ils tentent dans la mesure du possible de la favoriser ».

Les deux professions se voient ainsi imposer à la fois un devoir d'information et une obligation légale de favoriser les résolutions amiables des conflits.

D'autre que moi sont mieux placés pour commenter l'obligation des huissiers de justice et les implications que cette modification aura sur leur manière d'appréhender leur mission. Outre leur rôle de « bras armé » de la justice, voilà qu'ils sont requis, eux aussi, de collaborer aux efforts de pacification des relations sociales.

Observons par ailleurs qu'ils font leur « entrée » dans la matière de la médiation par le biais de cet article mais aussi par la place que, de manière étonnante⁷⁶, le législateur leur donne au sein de la C.F.M. (voy. chapitre 14 ci-après).

Pour ce qui est des avocats, ce qui auparavant ne correspondait qu'à une recommandation déontologique non contraignante⁷⁷ est maintenant érigé en obligation légale.

Les diverses institutions consultées n'ont pas manqué de faire valoir leurs doutes quant à l'opportunité pour le législateur de s'aventurer sur un terrain qu'elles considèrent comme relevant essentiellement de la déontologie, dont les ordres sont garants. Ainsi, l'OVV a fait remarquer que l'obligation de rechercher une solution amiable revient à imposer une obligation déontologique, ce qui est contraire au principe de l'indépendance et de l'autorégulation du barreau⁷⁸.

Plus incisif encore, le Conseil d'État a fait valoir que le texte « porte atteinte au principe essentiel qui doit guider l'accomplissement par l'avocat de sa mission de défense des intérêts de ses clients, à savoir qu'il exerce librement son ministère pour la défense de justice et de la vérité. Il appartient ainsi à l'avocat d'apprécier, librement, si le recours à un mode alternatif de résolution des litiges correspond à l'intérêt bien compris de son client et, le cas échéant, de lui suggérer d'y recourir ».

(72) Dans ce jugement souvent cité (*Dunnett v. Railtrack Plc* [2002], EWA Civ. 303), la Court of Appeal a refusé d'allouer à la partie qui a gagné son procès le remboursement des frais judiciaires (qui sont substantiels en Grande Bretagne...) en admonestant cette partie (et son avocat) dans les termes suivants : « It is to be hoped that any publicity given to this part of the judgment of the court will draw the attention of lawyers to their duties to further the overriding objective in the way that is set out in part One of the rules [i.e. : de favoriser les arrangements amiables chaque fois que cela est possible] and to the possibility that, if they turned down out of hand the chance of alternative dispute resolution when suggested by the court, as happened on this occasion, they may have to face uncomfortable costs consequences ». Les avocats anglais ont dû avoir « les

oreilles qui tintent » ; mais ils se sont depuis largement adaptés à l'obligation — contenue dans le Code de procédure civile depuis 1999 — de tenter de résoudre les affaires à l'amiable d'abord.

(73) *J.T.*, 2018, p. 622 et la note J.-S. L.

(74) Dans un même ordre d'idées, le décret législatif italien 28/2006 prévoit qu'un juge peut ordonner à une partie de participer à une séance d'information avec un médiateur, le but étant de persuader cette partie de tenter une médiation. Le décret permet au tribunal d'imposer des sanctions financières à la partie qui ne s'y soumettrait pas (voy. Rapport Giuseppe De Palo e.a. à la Commission européenne : « Reboot of the Mediation Directive, assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU »,

pp. 39 et s.). Aux Pays-Bas, où l'on connaît un système de répartition des frais judiciaires similaires au nôtre, l'article 237 du Code de procédure civile prévoit que les frais peuvent être délaissés à la charge de la partie qui les a supportés ou qui les a causés de manière inutile (« Ook kan de rechter de kosten die nodeloos werden aangewend of veroorzaakt, voor rekening laten van de partij die deze kosten aanwendde of veroorzaakte »). En l'état actuel de la jurisprudence, il n'est pas certain que cette disposition pourrait être appliquée en cas de refus d'entamer une médiation. Voy. M. BRINK, « Verplichtstelling van mediation ? », *Nederlands Juristen Blad*, 2011/1998.

(75) *J.T.*, 2018, p. 327 et la note J.-S. LENAERTS : « Recouvrer sa créance, même non contestée, devant les cours et tribunaux ne constitue pas

un comportement fautif ».

(76) Étonnante dans la mesure où ils ne sont que très peu nombreux à être agréés comme médiateurs (10 sur 1.620 selon les indications du président de la C.F.M. À la commission de la chambre - Doc. 54 2919/006, p. 140).

(77) Article 2.12 Code de déontologie de l'avocat, M.B., 17 janvier 2013 : « Il est recommandé à l'avocat 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 ».

(78) Voy. notamment l'intervention de M^e Alex Tallon au nom de l'OVV à la commission Justice du parlement (Doc. 54 2919/006, p. 137)

Le ministre et le parlement n'ont pas été sensibles à ces critiques. Le nouveau devoir, voulu par le ministre, est donc érigé en obligation légale.

Les conséquences sont évidemment, au moins potentiellement, importantes.

Ainsi, les avocats sont dorénavant tenus de considérer que le recours judiciaire doit être vu comme un mode « résiduaire » de résolution des conflits ; un mode auquel ils ne peuvent conseiller à leurs clients de recourir que lorsque la recherche d'une solution amiable, aura été tentée au préalable « dans la mesure du possible ». Cette dernière périphrase risque évidemment fort de réduire la portée, et l'efficacité, de l'obligation légale en ce qu'elle laisse une très large marge d'appréciation, tant à l'avocat (qui devra toujours être guidé par l'intérêt de son client qu'il est le plus à même de comprendre, d'apprécier et d'expliquer), qu'au juge qui n'aura qu'un pouvoir marginal de vérifier s'il a été satisfait à cette obligation. Mal appliquée ou tournée en dérision par des clauses de style dans les lettres de mise en demeure, des actes introductifs d'instance, ou des jugements⁷⁹, la mesure manquera son objectif.

Autre conséquence : là où il est relativement difficile de baser un recours en responsabilité professionnelle contre un avocat au motif qu'il n'a pas satisfait à une recommandation déontologique — à ma connaissance aucune sanction n'a d'ailleurs jamais été imposée à un avocat qui n'aurait pas suivi la recommandation de l'article 2.12 du code de déontologie — cette possibilité me semble fortement accrue par le fait qu'elle est érigée en obligation légale. D'un côté, il y a une obligation (de résultat) d'informer son client. De l'autre il n'y a certes qu'une obligation de moyens (« tenter de résoudre dans la mesure du possible »). Toutefois, il appartiendra à l'avocat, soit parce qu'il est interrogé par le juge, soit en cas de recours en responsabilité de son client contre lui, de démontrer qu'il a satisfait à ces deux obligations, sans toutefois enfreindre le secret professionnel ni le caractère confidentiel de sa correspondance avec son adversaire.

Ainsi, un client pourrait légitimement se plaindre du fait que, non informé par son avocat quant aux modes dits alternatifs de résolution des conflits, celui-ci l'a « embarqué » dans un procès qui lui aura coûté cher, par exemple s'il apparaît — par la suite — que le différend aurait pu être réglé à l'amiable si les protagonistes s'étaient donnés la peine de tenter de le faire.

Cette réflexion, qui doit inciter les avocats à la prudence et au respect de leurs nouvelles obligations, est renforcée par les devoirs qui leur sont déjà imposés, comme à tous entrepreneurs soumis au respect des dispositions du Code de droit économique. Nous savons que les avocats doivent satisfaire à un certain nombre d'obligations à l'égard des « consommateurs ». Je songe notamment aux articles suivants de ce Code :

« Article III.74 § 1^{er} : Sans préjudice des exigences légales et réglementaires particulières, toute entreprise met à disposition, de l'une des manières visées à l'article III.75, les informations suivantes :

» (...)

» 13^o les principales caractéristiques de l'activité économique ».

Parmi ces « caractéristiques », il faut maintenant à mes yeux inclure le fait que des modes de résolution des litiges autres que le recours judiciaire existent et qu'ils doivent être tentés dans la mesure du possible avant d'entamer un procès.

« Article III.78 : Chaque entreprise est tenue de prouver le respect des exigences prévues aux articles III.74 à III.77 et l'exactitude des informations fournies.

» Article XIV.36 (contrats avec consommateurs) : Il incombe à la personne exerçant une profession libérale de fournir la preuve qu'elle a satisfait aux obligations concernant l'information du consommateur, le respect des délais, le consentement du consommateur à la conclusion du contrat et (...) ».

La charge de la preuve repose donc sur l'avocat !

Un conseil : les avocats prendront soin d'insérer une clause détaillée décrivant l'existence et peut-être une description sommaire des possi-

bilités dites alternatives de règlement des conflits dans leurs conditions générales ou dans les lettres de mission qu'ils feront signer par leurs clients. Cela devrait permettre, au moins *a priori*, de démontrer qu'ils ont satisfait à leur obligation d'information. Cela ne devrait pas suffire. D'une manière ou d'une autre, l'avocat devra envisager avec son client lesquels parmi les Marcs, le recours judiciaire ou l'arbitrage est le moyen le plus susceptible de rencontrer ses intérêts (et ses droits). Il devra donc bien comprendre ceux de son client.

Dans un autre ordre d'idées, un regret : Avocats.be a proposé⁸⁰ que les accords de médiation qui auraient été rédigés par un non juriste (comme le seraient l'avocat médiateur ou les avocats des parties) soient soumis d'office à un juriste avant la demande de leur homologation. Il faut rappeler que ces accords sont homologables quasiment automatiquement dès lors que la médiation s'est déroulée sous l'égide d'un médiateur agréé, qui peut ne pas être juriste. Le but de cette proposition était d'éviter que des accords juridiquement inadéquats soient soumis aux tribunaux en vue de leur homologation. Il semble, en effet, qu'en particulier dans la pratique familiale, des accords difficilement exécutoires, voire contraires à certains principes juridiques, soient soumis à l'homologation des tribunaux qui, en principe, doivent pourtant l'accorder (sauf contrariété à l'ordre public). La proposition d'Avocats.be était d'éviter ce genre d'écueils en imposant une rédaction revue par un juriste lorsque la médiation se fait sans intervention de l'un d'eux.

Cette proposition n'a malheureusement pas été retenue. Dommage pour le barreau, qui aurait pu jouer un rôle de soutien utile aux médiateurs non juristes, en faveur de la qualité des accords ; dommage aussi pour la médiation, dont l'image risque de souffrir si trop d'accords inadéquats sont refoulés par les tribunaux.

14 Structure et missions de la C.F.M.

A. Rappel de la situation actuelle

En termes de nombre de pages du *Moniteur belge*, ce sont les modifications de la C.F.M. qui prennent, et de loin, le plus de place ! Je ne les commenterai ici que brièvement. Rappelons toutefois que, dans sa configuration actuelle — qui reste inchangée jusqu'au 31 décembre de cette année — elle est composée d'une commission générale et de trois commissions « spécialisées » (couvrant les matières civiles et commerciales, sociales et familiales), chacune de ces commissions étant composée de six membres : deux notaires, deux avocats et deux « tiers » (c'est-à-dire des représentants de toutes les autres professions).

Depuis que la C.F.M. existe, elle a dû faire face à des difficultés de fonctionnement liées semble-t-il en grande partie aux divergences de vues entre les représentants des deux professions juridiques d'une part, et les « tiers », qui se sentent « minorisés », d'autre part. Ces derniers sont issus en grande partie des professions de psychologues et assistants sociaux. Ils ont, en général, suivi des formations de plusieurs années dans lesquelles les dimensions relevant de la psychologie, de la communication et des relations sociales sont fortement mises en avant. Il semble qu'ils ont eu tendance à considérer que les formations organisées, et en général suivies, par les représentants des professions du barreau et du notariat, sont insuffisantes sur ces plans-là. Quant aux modes d'intervention, des visions différentes sont souvent également apparues.

B. Nouvelle organisation

La C.F.M. sera fondamentalement réformée dès le 1^{er} janvier 2019 par application des nouveaux articles 1727 à 1727/5 du Code judiciaire. Sans entrer dans les détails, les caractéristiques fondamentales de la nouvelle C.F.M. sont les suivantes :

(i) Les commissions existantes disparaissent. Elles sont remplacées par un bureau⁸¹, qui fait office d'organe de direction, une « commission

(79) L'on songe notamment aux phrases types imprimées dans les modèles de jugement du tribunal de travail indiquant « qu'une conciliation

préalable n'a pas été possible » pour satisfaire, formellement, au prescrit de l'article 734 du Code judiciaire... (80) Voy. l'intervention de

M^{re} Nathalie Uyttendaele à la commission justice : Doc. 54 2919/006, p. 135. (81) Voy. articles 1727, § 1, 1727/2

et 1727/3 du Code judiciaire.

pour l'agrément des médiateurs belges et étrangers », une « commission pour l'agrément des formations et le suivi de la formation continue », et une « commission disciplinaire et de traitement des plaintes ». Des commissions spéciales peuvent être instaurées et supprimées, moyennant l'accord du ministre.

La disparition des commissions spécialisées antérieures (et ce qui a été appelé la « désécialisation ») a été combattue par plusieurs des institutions consultées. C'est tout particulièrement la disparition de la commission « familiale » qui a été regrettée⁸². Cette disparition va de pair avec le fait que, dorénavant, les agréments des médiateurs ne se feront plus par matières mais seront « globales » (voy. ci-après).

En commission, le ministre de la Justice a indiqué que son projet compte sur l'efficacité des règles déontologiques en la matière, celles-ci devant veiller à ce que les médiateurs approchés dans le cadre d'un dossier donné renvoient éventuellement les personnes qui s'adressent à lui vers un autre médiateur mieux à même de les aider. Il n'a pas voulu créer, au sein du groupe des médiateurs agréés — qui jouissent d'un monopole en matière de médiation — des sous-groupes qui jouiraient à leur tour d'un monopole pour les missions de médiation relatives à certaines catégories de différends⁸³. En séance plénière du parlement du 7 juin 2018⁸⁴, le ministre a également indiqué qu'il considère qu'une division du travail au sein des commissions créées, par spécialisation de fonctions, devrait permettre un meilleur traitement des dossiers, sans qu'il ne soit nécessaire de maintenir des commissions spécialisées pour ce faire.

(ii) Je renvoie à la lecture de l'article 1727, § 2, pour ce qui concerne les 14 missions dévolues à la C.F.M. Ses tâches essentielles consisteront à agréer tant les organes de formation que les médiateurs, à établir un code de déontologie, à établir et appliquer une procédure pour le traitement des plaintes et de sanction à l'égard des médiateurs, et à promouvoir la médiation.

En ce qui concerne ce dernier point en particulier, je n'ai malheureusement pas connaissance du fait qu'un budget spécifique ait été alloué à la C.F.M. pour lui donner les moyens de ces nobles ambitions, ce qui fait craindre que l'œuvre de promotion risque de ne guère pouvoir être accomplie par le déploiement des efforts nécessaires... La nécessité d'en prévoir un a été relevée à plusieurs reprises à l'occasion des travaux parlementaires⁸⁵.

De manière étonnante, parmi ses missions de promotion il est prévu que la C.F.M., dont le nom indique qu'elle doit s'occuper de la médiation, devra examiner et soutenir de nouvelles méthodes et pratiques de médiation mais aussi « d'autres modes de résolution des litiges »⁸⁶. La C.F.M. est ainsi invitée à s'intéresser à des modes de résolution des litiges qui sortent de son « objet social ». Pour louable qu'elle soit, cette intention est quelque peu incohérente. Pour aller au bout de cette logique, l'on eût pu songer à élargir le champ d'action de la C.F.M. en la transformant en « Commission fédérale des règlements amiables ». Ainsi, alors que la loi introduit dans l'arsenal législatif la matière du droit collaboratif, autre mode de résolution des litiges, aucune mission n'est dévolue à la C.F.M. pour l'encadrer, voire l'organiser. Cela s'explique sans doute par la considération qu'il vaut mieux que le droit collaboratif, qui par sa nature sera toujours l'apanage de la profession d'avocat, soit organisé, réglementé et le cas échéant sanctionné par les ordres régionaux d'avocats. Soit, mais alors, que vise-t-on au juste... ?

(iii) La C.F.M. fonctionnera avec une assemblée générale, composée de tous les membres effectifs et suppléants du bureau et des commissions permanentes, au sein desquels il y aura parité linguistique. Au total, cela fera au maximum⁸⁷ :

- 16 membres du bureau (8 effectifs et 8 suppléants) ;
- 5 membres de la commission « agrément des médiateurs » ;
- 5 membres de la commission « agrément des formations » ;
- 5 membres de la commission disciplinaire.

(iv) L'assemblée générale approuve, à la majorité de ses membres au sein de chaque groupe linguistique, toutes les décisions avis et autres mesures prises dans le cadre des missions qui sont confiées à la C.F.M. À l'exception de celles que la loi réserve au bureau ou aux commissions (parmi lesquelles figurent les décisions de la commission disciplinaire et les agréments des médiateurs et des organes de formation). Elle approuve notamment les règlements d'ordre intérieur du bureau, de chacune des commissions et le règlement de procédure que la commission disciplinaire est chargée d'établir pour son propre fonctionnement⁸⁸.

(v) Le bureau est chargé de la gestion journalière, de la coordination des activités de la commission, de veiller à l'exécution des décisions prises par ses organes, de soumettre des propositions à l'assemblée générale dans un certain nombre de matières et de préparer le rapport annuel, lequel devra être approuvé par l'assemblée générale. Enfin, c'est le bureau qui approuve les décisions ou avis émis par les commissions d'agrément des médiateurs et des centres de formation. Ces deux dernières ne sont donc que chargées de préparer les dossiers et de donner un avis au bureau.

(vi) La commission disciplinaire se compose d'un collège francophone et d'un collège néerlandophone. Elle est présidée par un membre du bureau qui ne pourra siéger dans aucune autre commission, et qui présidera chacun des deux collèges.

Elle est chargée du traitement des plaintes contre les médiateurs et contre les organismes de formation et de donner des avis en cas de contestation des honoraires des médiateurs. Il faut sans doute déduire de cette dernière mission que les ordres professionnels dont les médiateurs sont membres et les procédures disciplinaires qui existent en leur sein, ne disposent pas de pouvoirs d'intervention lorsque les circonstances qui donnent lieu aux plaintes et poursuites relèvent de l'activité de médiation menées par leurs membres, ceci évidemment sous réserve de leurs pouvoirs disciplinaires généraux à l'égard d'un médiateur qui serait par ailleurs membre de leur ordre.

Les sanctions que la commission disciplinaire peut imposer sont l'avertissement, la réprimande, l'obligation d'accomplir un stage pendant la durée et selon les modalités fixées par la commission, l'obligation d'exercer sa profession exclusivement en co-médiation pendant la durée fixée par la commission, la suspension pour une période qui ne peut excéder un an et le retrait de l'agrément.

Enfin, la commission disciplinaire est aussi chargée d'établir un rapport annuel, qui sera communiqué au ministre.

(vii) Ajout également, cette fois par une loi séparée du 11 juillet 2018⁸⁹, d'un article 1727/6 dans le Code judiciaire prévoyant que la section du contentieux administratif du Conseil d'État, saisie par voie de requête, statue sur les recours en suspension et annulation de décisions faisant grief qui sont rendues par la C.F.M. en matière de sanctions disciplinaires. Le délai pour introduire la requête visée à l'alinéa 1^{er} est d'un mois à dater de la notification de la décision.

15 Conditions pour être agréé comme médiateur

A. Changements en matière de formation des médiateurs

La loi du 18 juin apporte des modifications substantielles au régime de l'agrément des médiateurs. Rappelons que, jusqu'à présent, les médiateurs pouvaient être agréés dans trois catégories différentes : en matière civile et commerciale, sociale ou familiale. Un accord conclu au

(82) Voy. notamment l'intervention de M^e Damien d'Ursel à la commission justice de la chambre (Doc. 54, 2919/006, p. 147).

(83) Doc. 54 2919/006, p. 76.

(84) CRIV 54 PLEN 232, p. 32.

(85) Voy. notamment l'intervention du président de la C.F.M. et de M^e Christine Jacobs, Doc. 54 2919/006, pp. 140 et 152.

(86) Article 1717, § 2, 12^o.

(87) Désignés (pour quatre ans, renouvelable une fois) parmi les candidats présentés par : l'O.B.F.G. (2), l'OVV (2), le Fédération royale du notariat (4), les instances représentatives des « tiers » (4), le C.S.J. (2 magistrats, magistrats émérites ou honoraires) et la chambre nationale des huissiers de justice (2). La prési-

dence sera assurée en alternance, pour deux ans, par des représentants de chacune de ces professions. Le président du bureau sera le aussi le président de la C.F.M. À noter que les « tiers », qui représenteraient plus de la moitié des médiateurs agréés, se plaignent d'être sous-représentés dans les instances de la C.F.M. et ont indiqué que les nouvelles règles ac-

croitraient leur sous-représentation considérée comme une injustice (intervention de Madame Hélène Van Steen à la commission de la Justice du 9 mai 2018 - Doc. 54 2919/006, p. 146).

(88) Articles 1727/2, § 6, 1727/4, § 4, et 1727/5, § 3.

(89) M.B. du 25 juillet 2018.

terme d'une médiation ne pouvait faire l'objet d'une homologation par un tribunal que pour autant que cette médiation ait été menée par un médiateur agréé dans la catégorie dont le litige relevait.

À partir du 1^{er} janvier 2019, ces trois catégories seront supprimées. Un médiateur agréé par la C.F.M. pourra intervenir dans tout type de dossier et les accords conclus au terme de son intervention seront toujours homologables (sous réserve de contrariété à l'ordre public — article 1733, alinéa 2, C. jud.). Cette suppression résulte de la suppression des commissions spécialisées de la C.F.M. décrite ci-dessus.

Au demeurant, cette disparition de la catégorie « médiateur agréé en matière familiale » entraîne une inquiétude, déjà évoquée par les institutions consultées et relayée au Parlement. Elle concerne l'exemption de la T.V.A. sur les honoraires du médiateur en matière familiale. Sera-t-elle maintenue sachant qu'il n'y aura plus de médiateurs agréés spécifiquement en matière familiale ? Cela devrait être le cas puisque c'est l'activité de médiation en matière familiale qui n'est pas assujettie, ce qui ne dépend pas de l'agrément du médiateur, mais bien du type de dossier.

Selon la volonté du ministre exprimée dans l'exposé des motifs⁹⁰ : « Afin de faire en sorte que tous les médiateurs soient formés de la même manière et suivent un même programme, la commission fédérale se voit confier une mission supplémentaire dans le cadre de la formation au sens large des médiateurs. Elle devra établir des programmes de la formation théorique et pratique, de l'examen d'aptitude et des épreuves d'aptitude pour l'agrément des médiateurs. Cette nouvelle compétence permet de garantir une uniformité dans la formation des médiateurs et ainsi assurer un même critère de qualité attaché à la profession de médiateur agréé. »

Là où, jusqu'à présent, c'étaient les instances de formation des médiateurs qui déterminaient les programmes de formation, lesquelles devaient respecter un schéma minimum imposé par la C.F.M.⁹¹, il faut s'attendre à ce que la nouvelle « commission permanente pour l'agrément de formation et le suivi de la formation permanente » impose de nouveaux critères de formation, sans doute plus stricts et plus contraignants que les précédents, et, surtout, des examens d'aptitude. La nouvelle « commission permanente pour l'agrément des médiateurs belges et étrangers » sera quant à elle chargée de vérifier pour chaque candidat à l'agrément le respect des conditions de formation et de réussite de ces examens d'aptitude⁹².

Comme souligné par le C.S.J., ces exigences sont destinées à rencontrer 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 judiciaire⁹³. Il faut espérer que ces tests permettront effectivement de vérifier la réalité et le sérieux des compétences acquises et, surtout, la capacité d'intervention efficace des candidats. Un véritable « challenge » lorsque l'on sait que, outre la personnalité des médiateurs, c'est en partie l'expérience acquise qui lui permet d'intervenir de manière efficace...

B. Critères d'agrément

Le législateur a instauré l'interdiction pour les magistrats d'intervenir comme médiateur rémunéré, en mettant cette interdiction sur le même pied que celle concernant l'arbitrage (article 298 C. jud.). Cette interdiction a été largement expliquée par le ministre dans l'exposé des motifs⁹⁴ : la médiation est trop chronophage au vu de la charge de travail existante ; le juge revêt, par trop, une fonction d'autorité ; le besoin de garantie de confidentialité ; l'importance pour le justiciable de pouvoir opérer clairement la distinction entre le médiateur et un magistrat.

À la demande insistante des institutions consultées, et particulièrement des Ordres d'avocats qui attiraient l'attention sur le risque de démission massive des avocats de leurs fonctions de magistrat suppléant s'ils ne pouvaient dorénavant pas ou plus exercer les fonctions de média-

teur, les magistrats émérites et honoraires, les magistrats suppléants, sociaux et consulaires peuvent accepter des fonctions de médiation pour autant qu'il ne s'agisse pas de dossiers dont ils ont eu connaissance en leur qualité de magistrat.

Les critères d'agrément sont quant à eux inscrits dans l'article 1726 du Code judiciaire.

(i) La nouvelle loi supprime le paragraphe 1^o de l'article 1726 qui exigeait que le candidat « possède par l'exercice présent au passé d'une activité, la qualification requise eu égard à la nature du différend ». Cette exigence était pour le moins curieuse dès lors qu'il s'agissait d'une demande d'agrément d'un candidat médiateur, démarche qui se situe « en amont » en dehors de tout « différend » spécifique.

(ii) Le paragraphe 2^o de l'article est modifié et contient l'exigence d'un suivi de la formation théorique et pratique ainsi que la réussite des épreuves d'évaluations qui sont attachées.

(iii) Le paragraphe 3^o ajoute l'exigence d'une garantie de neutralité à celles d'indépendance et d'impartialité.

(iv) Les paragraphes 4^o (absence de casier judiciaire) et 5^o (absence de sanctions disciplinaires ou administratives incompatibles avec l'exercice de la fonction de médiateur agréé) restent inchangés. L'ajoute toutefois qu'une personne qui aurait fait l'objet d'un retrait d'agrément ne pourra introduire une nouvelle demande d'agrément qu'après une période de 10 ans à dater de la notification de la décision de retrait⁹⁵.

(v) Un paragraphe 6^o est ajouté exigeant un engagement écrit du candidat d'adhérer au et de respecter le code de déontologie établi par la C.F.M. Dans l'exposé des motifs, le ministre ajoutait « qu'il est évident que les dispositions déontologiques élaborées par la commission fédérale de médiation doivent être respectées par chaque médiateur agréé et ceci, indépendamment de règles déontologiques spécifiques auxquels le médiateur agréé serait soumis conformément à son autre profession ». Il est donc tout à fait clair que l'intervention des médiateurs sort du cadre de la profession qu'ils exercent par ailleurs. Les ordres professionnels (notaires, avocats, psychologues, etc.) ne sont donc pas amenés à intervenir en cas de plainte qui serait dirigée contre un de leurs membres à propos de faits ou de comportements en qualité de médiateur, à nouveau sous réserve de leurs pouvoirs disciplinaires généraux à l'égard d'un médiateur qui serait par ailleurs membre de leur ordre.

16 Champ d'application de la médiation - Personnes morales de droit public

L'article 1724 du Code judiciaire, qui décrit le champ d'application des différends susceptibles de faire l'objet d'une médiation, est étendu et adapté pour correspondre à celui de l'arbitrage (article 1676, § 1). Là où la version précédente de l'article visait tous les différends susceptibles de faire l'objet d'une transaction et contenait en outre une énumération relevant essentiellement de la matière familiale, il est dorénavant prévu, plus simplement, que peuvent faire l'objet d'une médiation :

— tous différends de nature patrimoniale, transfrontalier ou non, y compris les différends impliquant une personne morale de droit public ;

— tous différends de nature non patrimoniale susceptible d'être réglés par transaction ainsi que les différends visés à l'article 572bis, 3^o, 4^o, 6^o à 10^o et 12^o à 15^o (i.e. la majorité des différends en matière familiale) et les différends découlant de la cohabitation de fait.

L'ajout de la précision « transfrontalier ou non » fait écho à la directive européenne 52/2008 en matière de médiation qui ne s'applique qu'aux litiges transfrontaliers impliquant des personnes résidant dans

(90) Doc. 54 2919/001, p. 248.

(91) « Décision du 1^{er} février 2007 modifiée par la décision du 11 mars 2010 et la décision du 23 septembre 2010 déterminant les conditions et procédures d'agrément des instances de formation et des programmes de formation pour médiateurs agréés » et « Directive concernant la décision

du 1^{er} février 2007 modifiée par la décision du 11 mars 2010 et la décision du 23 septembre 2010 », disponible sur le site web de la C.F.M.

(92) Notons que, en vertu des dispositions transitoires de la loi, les médiateurs agréés au jour de son entrée en vigueur (le 12 juillet 2018) conservent leur agrément, lequel sera

en quelque sorte « étendu » à tous les domaines d'intervention alors même qu'ils pourraient n'avoir été agréés sous le régime de la loi de 2005 que pour une matière spécifique. Ils devront bien entendu satisfaire aux conditions de formation continue telles qu'elles existent actuellement et telles qu'elles seront vraisemblablement

adaptées après le 1^{er} janvier 2019.

(93) Avis C.S.J., *op. cit.*, p. 10.

(94) Doc. 54 2919/001, p. 240.

(95) Nouvel article 1726, § 1/1, du Code judiciaire.

différents pays membres de l'union. Il marque le fait que, en Belgique, il n'est fait aucune distinction en la matière entre les litiges « nationaux » et « internationaux », comme cela existe dans d'autres pays (par exemple, les Pays-Bas qui n'ont légiféré en matière de médiation que dans la stricte mesure imposée par la directive européenne et où la médiation purement « nationale » n'est pas (encore ?) réglée par voie législative).

L'aspect plus nouveau est celui de l'autorisation qui est enfin donnée aux personnes morales de droit public de participer à une médiation. Dans le régime de la loi de 2005, cette possibilité n'avait été envisagée que pour les types de litiges qui feraient l'objet d'un arrêté royal. Comme celui-ci n'a jamais vu le jour, en principe les autorités publiques ne pouvaient pas participer en tant que partie à une médiation. Cette limitation avait été prévue pour éviter que des litiges en matière fiscale notamment puissent être réglés par un effet « donnant-donnant » entre l'administration et les contribuables mais elle excluait d'office tous les litiges que les autorités publiques peuvent régler par voie de transaction (toutes matières contractuelles et quasi délictuelles, par exemple), ce qui était regrettable⁹⁶. Maintes fois dénoncée, cette anomalie est ainsi corrigée.

Observons que l'OVB avait proposé trois dispositions complémentaires : l'une qui aurait permis aux personnes morales de droit public d'inviter des tiers intéressés à participer à une médiation sous l'égide d'un médiateur agréé. La seconde, visant à garantir l'indépendance du médiateur, faisant interdiction à ce que celui-ci soit une personne qui fait organiquement partie d'une instance de droit public qui est elle-même partie à la médiation. La troisième, qui aurait imposé à la personne morale de droit public qui refuse une demande de médiation d'en communiquer les raisons au citoyen qui le lui demande. Ces propositions, pourtant intéressantes, n'ont pas été retenues par le législateur.

17 La confidentialité

A. Les nouvelles dispositions

L'article 1728 consacré à la confidentialité fait l'objet de quelques précisions. Inutile de rappeler qu'elle est de l'essence même de la médiation et que son respect est crucial pour asseoir la crédibilité et le développement de ce mode de règlement des conflits.

Sans aborder les modifications prévues dans l'avant-projet, qui ont été critiquées par les institutions consultées et qui n'ont pas été reprises dans le projet de loi, quelles sont les modifications apportées ? Il s'agit essentiellement de règles qui n'étaient pas inscrites dans la version précédente de l'article 1728 du Code mais qui étaient déjà préconisées⁹⁷, enseignées et, à ma connaissance, appliquées dans la pratique. Il n'y a donc rien de très nouveau. Ainsi :

(i) Il est précisé (§ 1, alinéa 2) que, sauf volonté contraire des parties exprimées par écrit, la confidentialité ne s'étend pas au protocole de médiation, aux accords signés au terme du processus ni à l'éventuel document établi par le médiateur qui constate l'échec de la médiation⁹⁸. C'est de bon sens : il s'agit de documents qui doivent permettre, le cas échéant, soit de prouver qu'une médiation a eu lieu et qu'elle a pris fin⁹⁹, soit de demander l'exécution forcée de l'accord conclu qui, par hypothèse, ne serait pas exécuté convenablement, soit

encore de poursuivre un procès entamé qui a été suspendu le temps de la médiation.

(ii) Il est précisé (§ 1, alinéa 3) que, d'un commun accord constaté par écrit, les parties peuvent renoncer à la confidentialité de principe dans les limites qu'elles déterminent. S'il n'était pas vraiment indispensable de l'écrire puisque la confidentialité protège des intérêts privés auxquels les parties peuvent de toute façon renoncer, cette précision lève tout doute qui aurait pu exister. L'hypothèse se présente régulièrement dans la pratique, typiquement lorsque, dans le cadre d'une médiation, il est fait appel à un expert. Il peut être intéressant, afin d'éviter qu'une nouvelle expertise judiciaire doive être demandée en cas d'échec de la médiation, que la confidentialité qui s'attache au rapport de l'expert nommé pendant la médiation¹⁰⁰, soit levée.

(iii) À l'inverse, les parties peuvent, de commun accord et par écrit, rendre confidentiels des documents ou communications antérieurs à la médiation (§ 1, alinéa 3). Là aussi, il était inutile de le dire. L'attention a été attirée, par les commentaires de l'OVB et de l'O.B.F.G. notamment, sur le caractère potentiellement dangereux de tels abus en ce qu'ils permettraient « d'enterrer » des documents qui existaient préalablement à la médiation s'ils ont été montrés pendant la médiation, empêchant ainsi une partie d'y faire référence ou de les invoquer par la suite en cas de procédure judiciaire. Il pourrait être abusé de cette possibilité qui, pour les parties mal conseillées, est de nature à constituer un réel « piège »¹⁰¹.

(iv) Notons que la précision du texte antérieur qui prévoyait la possibilité de lever la confidentialité « pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation » qui figurait dans la version précédente de l'article 1728 a été supprimée. Elle est remplacée par le texte, plus adéquat, indiquant que la levée de la confidentialité peut se faire dans les limites fixées par les parties elles-mêmes. Cela peut évidemment (aussi) porter sur les difficultés qui peuvent se poser à l'occasion d'une demande d'homologation des accords. La confidentialité en est renforcée dans la mesure où le risque qu'elle ne puisse pas être invoquée dès qu'il y a un litige portant sur l'homologation des accords, n'existe plus.

Est-ce totalement conforme à la directive 52/2008 ? Je pense que oui :

— l'article 7(1) de celle-ci prévoit que les États membres veillent à ce que la confidentialité soit préservée, « excepté (...) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord ». Autrement dit, il faut, pour l'hypothèse de conflit portant sur l'exécution de l'accord intervenu, que la confidentialité puisse être levée. Tel n'est pas le sens du texte de la loi belge, ni celle de 2005, ni celle de 2018 puisque, dans tous les cas, l'obligation de confidentialité ne peut être levée qu'avec le consentement écrit des parties.

— La loi belge n'est toutefois pas contraire à la directive dans la mesure où l'article 7(2) de celle-ci autorise les États membres « d'appliquer des mesures plus strictes en vue de préserver la confidentialité de la médiation ». C'est le choix pour lequel le législateur belge a opté dans le but, socialement bénéfique, de préserver le plus largement possible le caractère confidentiel des médiations et, ainsi, la crédibilité dans ce mode de résolution des conflits.

(v) Enfin, le contenu obligatoire du protocole de médiation est légèrement amendé. Dorénavant ce n'est plus un « rappel du principe de la confidentialité des communications » qui doit être inscrit dans le protocole, mais bien un engagement de respecter la « confidentialité qui s'attache aux documents et aux communications dans le cadre de la médiation » (article 1731, § 2, 5^o, C. jud.). L'obligation des parties de ne rien révéler est ainsi exprimée plus clairement.

(96) Voy. P. VAN LEYNESELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, 297, p. 305.

(97) Voy. P. VAN LEYNESELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *J.T.*, 2005, 254, p. 256.

(98) Au sujet de celui-ci, il faut rappeler qu'il n'appartient pas au médiateur de « faire rapport » au juge qui l'a nommé, ni de faire état de ce qu'il perçoit comme les raisons de l'échec

de la médiation ou encore du comportement des parties. Il ne peut que dire au tribunal : « La médiation n'a pas abouti à un accord » ou encore « La médiation n'a pas pu se tenir ». En disant plus, il ne respecterait pas le secret professionnel auquel il est soumis. Cette précision est à rattacher aux difficultés de preuve qui peuvent surgir lorsqu'une partie « fait de la résistance » (voy. les commentaires ci-dessus).

(99) Exemples : pour répondre aux

questions du juge qui cherche à savoir si les tentatives de résolution amiable ont été entreprises avant d'entamer le procès, comme il a maintenant le pouvoir de le faire ; pour démontrer pendant quelle période le cours de la prescription a été suspendu (application des articles 1730, § 3, et 1731, §§ 3 et 4, qui demeurent inchangés) ; ou encore pour démontrer qu'il y a eu des négociations de nature à interrompre le cours du « bref délai » en matière

de vices rédhibitoires, etc.

(100) Le caractère confidentiel de sa mission (et donc de son rapport) est expressément prévu dans l'article 1728, § 3, du Code judiciaire.

(101) Voy., dans le même sens, l'intervention de Mme Christine Jacobs à la commission Justice du Parlement, Doc. 54 2919/006, p. 152.

B. À partir de quand la confidentialité existe-t-elle ?

La nouvelle loi n'a pas résolu toutes les questions qui peuvent se poser à propos des limites de la confidentialité. Si, depuis 2005, « les documents établis et les communications faites au cours du processus de médiation et pour les besoins de celle-ci » sont confidentiels, encore faut-il savoir de quoi on parle. Quand commence et quand se termine une médiation ? Le Code judiciaire ne contient pas, à l'instar de l'article 1702 en matière d'arbitrage, de disposition indiquant quand exactement un processus de médiation commence. La définition légale de la médiation n'indique pas — et c'est une bonne chose — que la médiation serait engagée à partir du moment où le juge l'ordonne, ou qu'elle ne commencerait qu'au moment de la signature du protocole de médiation (dont la signature est imposée par la loi dans les modèles de médiation judiciaire ou extrajudiciaire). Mais alors, quand commence-t-elle et quand peut-on parler de « communications faites pour les besoins du processus de médiation » lorsque ces communications précèdent la signature du protocole ?

Songeons à quelques situations qui se présentent dans la pratique (et je laisse de côté ici les aspects liés à la confidentialité de la correspondance entre avocats qui, indéniablement, apporte certaines réponses et solutions aux questions posées) :

(i) La lettre par laquelle une partie propose à l'autre de tenter une médiation n'est certainement pas confidentielle. Pour les mêmes raisons que celles évoquées à la note (98), elle doit même pouvoir servir à prouver qu'une proposition en ce sens a été faite ;

(ii) La réponse à cette proposition, positive ou négative, ne l'est à mes yeux pas non plus ; pas plus que ne le sont les discussions qui peuvent avoir lieu entre les parties elles-mêmes en vue de choisir leur médiateur ;

(iii) Plus délicat : que dire des communications qui ont lieu entre les parties et le médiateur en vue de la mise au point du protocole de médiation ? Rappelons que celui-ci n'est pas confidentiel à moins que les parties n'en décident autrement. Voici quelques lignes directrices que je propose de retenir :

a. Si des communications directes ont encore lieu entre les parties avant la signature du protocole, il ne me semble pas *a priori* qu'elles soient couvertes par les règles de la confidentialité de la médiation, à moins que les parties ne précisent le contraire (ou que ces communications revêtent un caractère confidentiel par leur nature, telle la correspondance entre avocats).

b. Cela vaut-il aussi des communications entre le médiateur et les parties individuellement ? Certaines parmi celles-ci peuvent porter sur des informations confidentielles ; ce sera d'ailleurs souvent le cas. *A priori*, il ne me paraît ni opportun ni pratique, sous prétexte que la médiation ne serait pas encore véritablement entamée tant que le protocole n'est pas signé, de demander au médiateur de « faire le tri » entre ce qui serait confidentiel et ce qui ne serait pas. Il vaut mieux considérer que toutes les communications ou et au médiateur sont couvertes par la confidentialité de la médiation, quel que soit le moment où elles ont lieu. En effet, précisément parce elles se font avec un médiateur, cela ne peut-être que « pour les besoins du processus de médiation ».

c. Toutefois, cette règle ne risque-t-elle pas de rendre impossible la preuve qu'une partie, à laquelle la médiation a été imposée (par un juge ou par une clause de médiation) et qui ne veut pas y participer, « fait de l'opposition » et empêche sa mise en place sous différents prétextes (par exemple : refus de rencontrer le médiateur, de participer à la mise au point d'un protocole, contestations soulevées quant au contenu de celui-ci, refus de communiquer des dates possibles pour une réunion, etc.) ? Ce serait assurément, *de facto*, rendre beaucoup plus difficile, voire impossible, la preuve de la réalité d'une telle attitude contraire aux obligations qui pèsent sur la partie récalcitrante.

Par hypothèse, dans de tels cas, la médiation n'aura pas lieu et la partie qui souhaitait qu'elle se tienne voudra démontrer au juge que l'autre partie a empêché sa mise en place. Je persiste pourtant à croire qu'il ne faut pas, dans ce cas, impliquer le médiateur pour tenter de prouver la réalité de l'opposition de cette autre partie. L'article 1728, § 2, interdit que celui-ci soit appelé comme témoin dans une procédure civile « relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation ». Ces termes (qui ne répondent pas non plus à la question du moment auquel une médiation est initiée) reflètent par contre ce qui constitue la pierre angulaire de la confidentialité qui s'attache à la médiation, à savoir qu'il est interdit au médiateur de parler à quiconque, « en ce compris au juge ou à l'arbitre saisi d'un différend entre les parties médiées »¹⁰² de ce dont il a eu connaissance en sa qualité de médiateur. Cela vaut aussi pour les communications qu'il a reçues en vue de la mise en place du processus.

d. Il appartiendra, dans ce genre de situation, à la partie qui souhaite que la médiation se tienne de réfléchir aux moyens de preuve de l'opposition de l'autre qu'elle peut se ménager. Cela doit rester possible, notamment grâce au fait que, suivant ce que je propose au paragraphe (iii)(a) ci-dessus, les communications entre les parties qui précèdent la signature du protocole de médiation ne sont pas, *a priori*, couvertes par la confidentialité prévue à l'article 1728 du Code.

(iv) À l'issue du processus, la médiation prend évidemment fin lorsque l'une des parties ou le médiateur y mettent fin¹⁰³ et lorsqu'un « accord de médiation » est signé à l'issue d'un processus de médiation par les parties (et par le médiateur si cet accord doit être homologué par le tribunal)¹⁰⁴.

Quid si à l'issue des réunions de médiation un accord de principe est trouvé sur tous les points qui ont fait l'objet des discussions mais que de nouvelles difficultés apparaissent au moment de la rédaction d'un accord plus complet sous forme d'un contrat en bonne et due forme ? En bonne pratique, le médiateur aura résumé tous les points de l'accord qui a été élaboré pendant la médiation et aura recueilli l'accord au moins verbal des parties à ce sujet, renvoyant les (avocats des) parties à leur travail de rédaction du contrat complet s'il ne peut pas être rédigé tout de suite. Faut-il considérer que la médiation a pris fin dès la mise au point de ce résumé, et sa transcription (par exemple dans un courriel ou sur un tableau « flip chart » comme les médiateurs en utilisent souvent) et l'accord donné par les parties sur ce résumé ?

L'article 1728, § 1, alinéa 2, (nouveau) extrait du champ d'application de la confidentialité « les accords de médiation signés par les parties ». Cela fait implicitement référence au texte de l'article 1732 qui prévoit : « Lorsque les parties parviennent à un accord de médiation, celui-ci fait l'objet d'un écrit daté et signé par elles et le médiateur... Cet écrit contient les engagements précis pris par chacune d'elles ».

À mon avis, il faut considérer, par la combinaison de ces deux textes, que la médiation prend fin dès qu'un document suffisamment élaboré (« précis ») pour refléter l'intention commune des parties de souscrire à l'accord résumé par le médiateur est établi et signé par les parties, quelle qu'en soit la forme. Il pourra donc être produit en justice comme tel. Il me semble difficile de considérer que le contrat plus complet que les parties, en bonne pratique, souhaiteraient signer par la suite, et à l'occasion de la rédaction duquel des nouvelles des difficultés surgissent, puisse remettre en cause un échange de volonté déjà exprimé par écrit. Il s'agit là, somme toute, d'appliquer les règles classiques en matière de formation des contrats¹⁰⁵.

Le paradoxe de cette approche est qu'il est fort probable dans la pratique que, confrontées aux difficultés nouvelles et inattendues qui surgissent lors de la rédaction de l'accord en bonne et due forme, les parties ou l'une d'elles souhaiteront demander au médiateur d'intervenir à nouveau pour tenter d'aider à régler ces difficultés. S'agit-il alors d'une sorte de « service après-vente » sous prétexte que la médiation a pris fin dès la confirmation de l'intention commune donnée par écrit

(102) Article 1728, § 2, du Code judiciaire.

(103) Application de l'article 1731, § 4, et 1735, § 3, du Code judiciaire. Incidemment : il fut proposé d'ajouter de l'article 1729 (qui consacre le droit des parties de mettre fin à la médiation à tout moment) d'ajouter que le médiateur dispose du même droit. Il faut effectivement qu'il l'ait afin d'éviter aux parties la poursuite d'un

processus auquel il ne croit plus lui-même, voire de lui permettre de ne pas participer à l'élaboration d'accords qui seraient, par exemple, contraires à l'ordre public — voire totalement déséquilibrés, mais cela pose d'autres questions que je n'aborde pas ici. Sur la base de l'avis du C.S.J., cette proposition n'a pas été retenue en ce qu'elle serait inutile puisque l'intervention du médiateur

est déjà réglée par les dispositions du Code civil en matière de contrats d'entreprise qui permettent toujours à « l'entrepreneur » de mettre fin à son intervention à certaines conditions. Personnellement, j'ai préféré voir cet ajout figurer dans le texte de la loi car elle contribuerait à asseoir la crédibilité du processus en permettant au médiateur d'y mettre fin lorsqu'il le juge utile, sans pour autant le

pénaliser comme il pourrait l'être par application des règles du Code civil en matière de contrats d'entreprise si c'est lui qui met fin à la médiation.

(104) Article 1732 du Code judiciaire.

(105) P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, II ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Leuven, die Keure, 2005, I.

sur l'accord de principe ? Ou s'agit-il plutôt d'une poursuite de la médiation, celle-ci n'ayant en réalité pas pris fin ?

Ces interrogations relèvent évidemment des cas d'espèce, mais elles illustrent les difficultés qui peuvent se poser dans la pratique. En tout état de cause, même si l'on considère que la médiation a pris fin par la signature de l'accord de principe résumé par le médiateur, ce dernier ne pourra être appelé à témoigner de la manière dont les choses se sont déroulées « en fin de parcours » de sa médiation. Il s'agira toujours là de faits ou de situations dont il n'aura pu prendre connaissance qu'en sa qualité de médiateur, dont il ne peut pas témoigner (article 1728, § 1, alinéa 3, C. jud.).

(v) Enfin, et accessoirement, rappelons que l'obligation de confidentialité peut toujours être levée avec le consentement écrit des parties, dans les limites qu'elles déterminent (article 1728, § 1, alinéa 3, C. jud.). Il est toutefois fort probable que ce consentement écrit ne sera pas donné par la partie qui entendrait plaider que l'accord de principe conclu au terme de la médiation ne peut être considéré comme l'accord final, car incomplet... La disposition ne s'appliquera probablement pas souvent !

Conclusions

La loi du 18 juin 2018 va indéniablement bousculer les habitudes. Le pouvoir donné aux juges de « forcer » une partie à faire quelque chose de « volontaire » peut paraître anathème. Obliger les avocats à « pousser » leurs clients vers des accords amiables pour n'avoir recours aux tribunaux qu'en cas d'échec des tentatives en ce sens, peut apparaître comme une ingérence dans un domaine qui doit rester l'apanage du client et de son conseil. Certes.

Toutefois ce n'est somme toute qu'ériger en obligation légale (de moyens, « dans la mesure du possible ») ce qui constitue, depuis tou-

jours, une norme de comportement du métier d'avocat : dans la trilogie « conseiller, concilier, plaider », le terme médian est trop souvent oublié. La loi le remet à l'honneur pour ce qui me semble être d'excellentes raisons : la paix sociale vaut mieux que la guerre judiciaire ! Bien souvent, l'intérêt supérieur du client y trouvera son compte ; celui de l'avocat qui aura conseillé la médiation ou qui aura participé à son issue favorable aussi, dans la mesure où, parce que le procès lui aura été évité, il aura un client satisfait, c'est-à-dire un client qui reviendra ou qui le recommandera auprès de ses relations.

Sachant que la Belgique, après la Roumanie, se classe en deuxième position dans l'Union européenne en termes de nombre d'affaires introduites devant les tribunaux par habitant⁽¹⁰⁶⁾, il paraît clair qu'il est nécessaire de prendre des mesures pour éviter que les affaires qui se retrouvent « inutilement » ou « abusivement » devant les tribunaux en soient écartées pour être traitées comme elles devraient l'être lorsque c'est possible, c'est-à-dire à l'amiable.

Nul doute que dans l'application de son obligation de conseiller et de tenter de générer des accords amiables, l'avocat devra toujours être guidé par l'intérêt de son client et que parfois cet intérêt sera de plaider et non de transiger.

Nul doute non plus que, dans l'application des mesures de « médiation obligatoire », les magistrats devront faire preuve de circonspection et éviter à tout prix que la médiation judiciaire qu'ils imposent ne soit perçue que comme une étape obligée et inutile avant de pouvoir poursuivre le procès. Un abus des ordonnances de médiation risque de créer l'effet contraire de ce que la mesure vise. Il faut à tout prix éviter de créer une aversion des avocats, voire de leurs clients, à une mesure qui est pourtant destinée à générer des accords librement consentis plutôt que des « solutions » imposées par un jugement.

Il y a là des nouveaux réflexes à acquérir, et, surtout, une dynamique de la médiation à comprendre pour qu'elle soit utilisée à bon escient.

Patrick VAN LEYNSEELE
Avocat, arbitre et médiateur

(106) Voy. le « 2018 European Justice Scoreboard » publié par la Commission européenne, disponible via <https://ec.europa.eu/info/sites/info/>

files/
justice_scoreboard_2018_en.pdf.
Notons qu'en Belgique, il y a en moyenne 7 affaires par 100 habitants,

ce qui est largement plus que chez nos voisins immédiats : 2,8 en France, 1,8 en Allemagne, une seule affaire aux Pays Bas et 0,8 au

Luxembourg !

COLLOQUE LA RÉGIONALISATION DU BAIL

Mardi 18 décembre 2018
Louvain-la-Neuve

Colloque organisé par le Centre de droit privé et le Master de spécialisation en notariat de l'UCLouvain

Sous la présidence de Patrick Wéry, Professeur ordinaire à l'UCLouvain

La régionalisation du bail est bel et bien en marche.

Ce colloque, organisé conjointement par le Centre de droit privé et le Master de spécialisation en notariat de l'UCLouvain, est l'occasion de présenter de manière détaillée les deux décrets adoptés le 15 mars 2018 par la Région wallonne, décrets respectivement entrés en vigueur le 1^{er} mai 2018 et le 1^{er} septembre 2018 : tout d'abord, le décret relatif au bail commercial de courte durée et, ensuite, le décret relatif au bail d'habitation

Découvrez le programme complet sur le site de l'UCLouvain.

INFORMATIONS PRATIQUES

■ Date

Mardi 18 décembre 2018, de 13h30 à 18h00

■ Lieu

Auditoire Montesquieu 11
Place Montesquieu, 1
B-1348 Louvain-la-Neuve

■ Droits d'inscription

Le prix d'inscription au colloque comprend l'ouvrage et la pause-café. Il est fixé à :
- 150 € (inscription avec ouvrage)

- 110 € (inscription sans ouvrage)

- Tarif IFJ 125 € (inscription avec ouvrage)

■ Inscriptions

Uniquement via le site de l'UCLouvain : <https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cpri/colloque-la-regionalisation-du-bail.html>

■ Paiement

À faire sur le numéro de compte IBAN: BE94 3701 2883 7814 (BIC BBRUBEBB) avec la communication " Nom, Prénom du participant + Coll. Bail 2018".

La facture vous sera remise avec l'attestation de présence le jour du colloque. Elle ne vous sera délivrée qu'après réception du paiement (facture pour acquit).

■ Renseignements complémentaires

Mme Marjorie DRAPPIER
Marjorie.Drappier@uclouvain.be - 010/47.47.35

 **UCLouvain**