

[11/12 | 2020]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

CORINA BÖLSTERLI / CINTHIA LÉVY

Mediation SAV: Neue Ausbildung –
neues Konzept / Médiation FSA:
Nouvelle formation – nouveau concept SEITE / PAGE 438 / 439

CINTHIA LÉVY / MAYA KIEPE

Médiation judiciaire:
volontaire ou obligatoire? SEITE / PAGE 446

DANIEL KETTIGER

Das Anwaltsgeheimnis
im Coronavirus-
Contact-Tracing SEITE / PAGE 465



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	435
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Corina Bölsterli Mediation SAV: Neue Ausbildung – neues Konzept	438
Cinthia Lévy Médiation FSA: Nouvelle formation – nouveau concept	439
Urs Weber-Stecher/Katia Renner Wirtschaftsmediation – ideale Ergänzung zur Schiedsgerichtsbarkeit	440
Cinthia Lévy/Maya Kiepe Médiation judiciaire: volontaire ou obligatoire?	446
Jennifer Dürst/Julia Jung «Gerüchteküche» um die Mediation	454
Stéphanie Wietlisbach Mediation als Chance bei Trennung oder Scheidung	459
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Daniel Kettiger Das Anwaltsgeheimnis im Coronavirus-Contact-Tracing	465
Bruno Pasquier/Marilyne Pasquier États locatifs, outil statistique et protection des données	472
Julia Kalenberg Herausfordernde Zeiten – handlungsfähig und erfolgreich bleiben	481
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	486
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Tano Barth/Fabio Burgener Tensions entre avocats et magistrats: récusation du magistrat ou incapacité de postuler de l'avocat?	487
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	494

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
23. Jahrgang 2020 / 23^e année 2020
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)
Koehlgasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Färberstrasse 4, CH-8832 Wollerau
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33
patrick.sutter@klgp.ch

Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKu)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 233.-, EUR 271.- (Print und Online);
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)
Studenten/ Etudiants: CHF 123.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 28.-, EUR 28.-
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

MÉDIATION JUDICIAIRE: VOLONTAIRE OU OBLIGATOIRE?

LES ARTICLES 213, 214 ET 297 AL. 2 CPC, 307 ET 314 CC, 8 AL. 1 LF-EEA

CINTHIA LÉVY

LLM, Avocate et Médiatrice FSA; Médiatrice CSMC, FSM, OMPI, TAS;
Coordinatrice de la Permanence de médiation de l'Ordre judiciaire vaudois;
Chargée de cours à la Faculté de droit de l'UNIL et de l'UNIGE

MAYA KIEPE

MLaw, Assistante diplômée et Doctorante au Centre de droit notarial de
l'Université de Lausanne

Mots clés: médiation judiciaire, médiation volontaire, médiation obligatoire, médiation ordonnée

La médiation peut-elle être rendue obligatoire en Suisse? Que signifie pour les parties l'obligation d'aller en médiation si le processus demeure un processus volontaire? Dans le cadre de cette contribution, nous aborderons les bases légales qui permettent au juge civil d'envoyer les parties en médiation. Nous nous interrogerons sur le caractère contraignant de l'envoi en médiation, et nous comparerons le droit suisse avec le droit de plusieurs pays voisins.

I. Quelques notions: médiation judiciaire – médiation non judiciaire; médiation obligatoire – médiation ordonnée – médiation volontaire

La *médiation judiciaire* se distingue de la médiation non-judiciaire par l'introduction d'une procédure en justice par les parties et l'intervention d'un juge. En effet, il faut être en procédure, au stade de la conciliation ou de la procédure au fond, pour que le juge puisse envoyer les parties en médiation et que l'on parle de médiation judiciaire¹. L'initiative de proposer la médiation dans ce cadre peut venir des parties et de leurs avocats ou du magistrat.

La *médiation non judiciaire* se déroule en dehors de toute procédure judiciaire, sans l'intervention d'un juge, à l'initiative des parties. La médiation non judiciaire peut *précéder une procédure judiciaire*. Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'un couple séparé souhaite définir, dans le cadre d'une médiation, les termes de leur future convention sur les effets du divorce en sachant qu'ils déposeront ultérieurement leur convention au tribunal pour divorcer. La médiation non judiciaire aura dans ce cas permis de définir les termes de leur convention de divorce, totalement ou partiellement. La médiation non judiciaire peut également *intervenir après une procédure judiciaire*, lorsque la

mise en pratique d'un jugement pose des problèmes ou que les circonstances de la vie ont changé et que les parties souhaitent par exemple modifier les conditions de garde ou les contributions d'entretien dans un processus amiable, parfois des années plus tard, sans nécessairement avoir recours à la justice. Une médiation non judiciaire peut aussi, dans des circonstances particulières, intervenir *en parallèle d'une procédure judiciaire*, sans implication du juge saisi de l'affaire². La médiation et la procédure judiciaire suivent alors leurs cours en parallèle. Dans la pratique, c'est assez rare, car d'une part, l'art. 214 CPC prévoit expressément que la procédure reste

1 À noter que les dispositions du Code de procédure civile suisse du 19.12.2008 (CPC; RS 272) ne visent que la médiation judiciaire, c'est-à-dire l'interaction entre la procédure judiciaire et la médiation.

2 Si en cours de processus de médiation, le juge en est informé et en tient compte dans le cadre de la gestion de son dossier, cela devient une médiation judiciaire.

Médiation	Médiation	Médiation	Médiation	Médiation
Volontaire	Conseillée/recommandée	Exhortée	Ordonnée	Obligatoire

suspendue pendant la médiation³, et d'autre part, la logique judiciaire aura vite détruit l'esprit de collaboration, de dialogue ouvert et de recherche de solutions amiables nécessaires à la poursuite de la médiation.

La *médiation obligatoire* au sens strict se trouve dans des systèmes juridiques qui limitent l'accès à un juge en obligeant les personnes en conflit à entamer un processus de médiation préalablement à l'introduction de l'affaire en justice. C'est le système mis en place depuis plusieurs années par nos voisins italiens avec un certain succès (voir *infra* – III. 4.).

En droit suisse, nous n'avons pas de «médiation obligatoire» au sens strict. L'accès à la justice est garanti pour tous. Ce propos doit toutefois être nuancé s'agissant du domaine contractuel, lorsque les parties sont liées par un contrat dans le domaine commercial par exemple, et qu'elles se sont entendues volontairement sur une clause de médiation prévoyant qu'en cas de conflit, elles s'engagent à résoudre leur différend par la médiation. Cette clause prévoit généralement que si la médiation ne devait pas aboutir, les parties soumettront leur litige à un juge ou un arbitre. Selon l'arrêt du Tribunal fédéral du 16. 3. 2016⁴, rendu dans le domaine de l'arbitrage international, une telle clause impose aux parties de recourir à la médiation préalablement à la saisine d'un juge ou d'un arbitre. La sanction de l'inexécution d'une telle clause est l'incompétence *ratione temporis* du juge ou de l'arbitre saisi. On notera cependant que dans ce cas, les parties ont volontairement choisi en amont de recourir à la médiation avant de soumettre leur différend à un juge ou un arbitre, si bien que si l'on peut parler de «médiation obligatoire» dans ce cas, celle-ci fait suite à l'application de la liberté contractuelle, volontairement exercée par les parties.

On parlera de *médiation ordonnée* dans l'hypothèse où un juge décide de renvoyer les parties en médiation et que le juge dispose d'une base légale pour leur imposer ce choix. On relèvera que la médiation obligatoire et la médiation ordonnée se distinguent de façon fondamentale. La médiation obligatoire limite l'accès à la justice en amont. Les parties sont contraintes de passer par la médiation avant de saisir un juge. Dans le cadre de la médiation ordonnée, même si les parties peuvent se sentir contraintes d'aller en médiation suite à la décision du juge, elles ont malgré tout pu avoir accès au tribunal, et le renvoi ne sera pas automatique, mais soumis à l'appréciation du magistrat.

La question qui se pose actuellement est de savoir si en Suisse, un juge peut «ordonner une médiation» et *de facto* l'imposer aux parties, ou si le principe de la médiation volontaire prime. On assiste ces dernières années à une évolution de la pratique des magistrats à ce sujet. Il y a dix ans, lors de l'introduction des dispositions sur la médiation dans

le CPC, les juges étaient très réticents à proposer la médiation ou à insister pour envoyer les parties en médiation, en particulier lorsque les avocats des parties s'y opposaient. De nombreux magistrats attendaient que la proposition vienne des parties et, dans le cas contraire, n'abordaient pas la question de la médiation. Certains magistrats considéraient que parler de la médiation et conseiller ce processus incombait aux avocats et qu'ils n'avaient pas à s'immiscer dans la relation entre les avocats et leurs clients. Actuellement, on peut observer une pratique plus assertive des juges, qui informent les parties sur la médiation régulièrement à l'audience et renvoient en médiation plus souvent et parfois de façon plus «musclée».

Dans le cadre de cet article, nous détaillerons les dispositions légales permettant au juge de renvoyer les parties en médiation tout en examinant le contexte législatif d'autres pays comme l'Italie et la Belgique pour déterminer où se situe la Suisse.

Il est encore utile de préciser une notion fondamentale dans le cadre de la médiation qui serait imposée ou ordonnée par un juge. L'intervention du juge en médiation judiciaire ne concerne que la phase de démarrage du processus, ce que l'on peut appeler l'«OPT IN». Cette phase concerne le choix du processus de médiation, éventuellement la nomination du médiateur jusqu'à la présence à une première séance de médiation. Elle ne vise en aucun cas la poursuite du processus et certainement pas l'aboutissement du processus sous la forme d'un accord. En effet, le juge peut conseiller, recommander, exhorter, ordonner ou obliger les parties à aller en médiation, mais en

3 MIRIMANOFF J., Renvoi judiciaire en médiation dans le cadre des articles 213, 214 et 297 CPC et 307 CC et des instruments de la CEPEJ (Conseil de l'Europe), *in*: RSPC 6/2019 p. 539 ss, et en particulier les conseils permettant au juge de renvoyer efficacement en médiation en précisant les modalités de mise en œuvre du processus et éviter que les parties ne se trouvent dans un «*no man's land*» suite à la suspension de la procédure.

4 ATF 142 III 296 consid. 2.4.4.1; cf. LÉVY C., La sanction de l'inexécution d'une clause de conciliation et de médiation, *in*: RSPC 5/2016 p. 467 ss; BOOG C. et MENZ J., Failure to comply with mandatory pre-arbitral tier can result in stay of arbitration, https://www.swlegal.ch/media/filer_public/1a/9d/1a9d1cd5-2162-4ba1-8fae-6fa45b26aeb4/2016_christopher_boog_james_menz_failure_to_comply_with_mandatory_pre-arbitral_tier_can_result_in_stay_of_arbitration.pdf, publié le 12. 4. 2016; HIRSCH C., Le non-respect d'une méthode ADR avant la procédure d'arbitrage, <https://www.lawinside.ch/216/>, publié le 3. 4. 2016. On relèvera l'arrêt récent du Tribunal fédéral TF 4A_132/2019 du 5. 5. 2020 qui n'a pas imposé de sanction pour une clause de médiation préalable non respectée, en procédure civile, tout en relevant l'abus de droit du requérant dans le cas d'espèce et en insistant sur le caractère volontaire de la médiation. voir le commentaire de BASTONS, B., «La clause de médiation préalable dans une procédure civile: un engagement mais pas de sanction?», *in* Newsletter CPC Online 2020-N26, <https://www.zpo-cpc.ch/tf-4a-132-2019/>.

aucun cas et dans aucun système juridique, d'y rester. La phase dite «*OPT OUT*» reste toujours ouverte, et les parties sont libres de sortir du processus à tout moment⁵. Le médiateur peut également mettre fin au processus de médiation, s'il le juge opportun. En résumé, si la médiation est strictement volontaire, l'opt-in et l'opt-out sont un choix pour les parties. Si la médiation est ou peut être rendue obligatoire ou être ordonnée, l'opt-in n'est plus un choix mais peut être imposé par la loi ou par un juge, l'opt-out demeurant un choix pour les parties dans tous les cas de figure.

II. L'enjeu de la médiation volontaire ou obligatoire

La médiation est un processus de prévention, de gestion et de résolution des conflits par lequel une médiatrice ou un médiateur aide les parties à rétablir la communication et à trouver des solutions durables et satisfaisantes dans l'intérêt de toutes les parties⁶.

La médiatrice doit tout d'abord poser un cadre rassurant et constructif au milieu de la tempête qu'est un conflit, elle devra établir petit à petit la confiance dans le processus lui-même, puis dans la personne du tiers médiateur et enfin, si possible, rétablir la confiance entre les parties. Compte tenu des spécificités du processus de médiation et de la dynamique à mettre en œuvre avec les parties, on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité de rendre la médiation obligatoire ou de l'imposer. Dans un cadre où chaque mot, chaque regard, chaque geste compte – en particulier dans la phase de démarrage de la médiation – il paraît peu réaliste de penser que l'on peut forcer les personnes à se rencontrer, à se parler et s'écouter, s'asseoir autour d'une table pour entreprendre un dialogue constructif, même s'il est douloureux, pour avancer – le tout en présence d'un tiers qu'il faudra payer de surcroît⁷. Dans ce contexte, simplement obliger les personnes à aller en médiation si elles le refusent clairement peut faire plus de mal que de bien.

C'est ici que le rôle des avocats et des magistrats est essentiel pour informer clairement les personnes en conflit sur les particularités du processus de médiation et pourquoi l'avocat ou le magistrat le recommande⁸. Renvoyer un couple parental en médiation en leur disant qu'ils sont de mauvais parents et qu'ils doivent travailler sur leur coparentalité – quand bien même cela s'avérerait être la réalité à un moment donné – n'est pas suffisant. Si en plus le juge agite le glaive de la justice qui viendra sanctionner les parties et trancher si elles ne parviennent pas trouver une solution en médiation – on est à des années-lumières du contexte nécessaire pour travailler sereinement en médiation.

Les parties doivent comprendre pourquoi le juge considère que la médiation va les aider à surmonter les difficultés que personne ne conteste, même si chacun fait valoir sa propre réalité. Les parties doivent entendre que le juge fait confiance au processus de médiation, au médiateur et à la capacité des parties de parvenir à des solu-

tions. Si les parties arrivent en médiation en exprimant qu'elles sont là parce que le juge les y a obligées alors qu'elles n'en voulaient pas, il n'est pas impossible de conduire une médiation, mais le travail sera d'autant plus difficile pour inviter les parties à participer ouvertement et de manière constructive au processus⁹. En tout cas, cela prendra plus de temps. Certains magistrats ont développé une pratique pour renvoyer en médiation qui permet justement de pallier ces difficultés (voir *infra*) tout en mettant le processus de médiation en marche de façon efficace¹⁰.

Pourtant, les débats sur la médiation obligatoire ou volontaire ont agité les esprits depuis de nombreuses années¹¹. Certains médiateurs et législateurs sont favorables à la médiation obligatoire, estimant que les personnes en conflit perdent certaines de leurs facultés, ne raisonnent plus de façon rationnelle et ont besoin qu'on les aide à faire le bon choix, même par la contrainte. Selon les défenseurs de la médiation obligatoire, ce processus de résolution des conflits relève de l'intérêt public et il est donc naturel de pouvoir l'imposer aux parties aveuglées par leur conflit et leur rage ou simplement ignorantes de l'existence d'un tel processus. Ce serait comme la ceinture de sécurité dans les voitures ou l'alphabetisation, c'est bon pour la société, même si les personnes concernées n'en

⁵ MIRIMANOFF, op. cit., p. 549; DE PALO G., *Mediating Mediation: the easy opt-out model*, in: Tijdschrift conflicthandling, 2020/4, pp. 25–29, qui rappelle l'adage selon lequel on peut emmener un cheval vers un point d'eau mais on ne peut pas le forcer à boire, en y ajoutant que si l'eau est bonne et que le cheval a soif, il y a plus de chance que le cheval boive. Selon GIUSEPPE DE PALO, actuel ombudsman de l'Organisation des Nations Unies, c'est la même chose avec la médiation, il faut un premier élément contraignant et ensuite le processus suivra son cours; cf. également GELZER P./RUGGLE P., in: SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e édition, Bâle 2017, intro. art. 213–218 N 14; LIATOWITSCH P./MORDASINI C. M., in: SUTTER-SOMM T./HASENBÖHLER F./LEUENBERGER C. (édit.), *Zürcher Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 213 N 24a; PETER J., in: HAUSHEER H./WALTER H. (édit.), *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Volume II*, art. 150–352 et art. 400–406 CPC, Berne 2012, intro. art. 213–218 N 19.

⁶ Cf. notamment BOHNET F., in: BOHNET F./HALDY J./JEANDIN N./SCHWEIZER P./TAPPY D. (édit.), *Commentaire romand, Code de procédure civile*, 2^e édition, Bâle 2019, art. 213 N 4; ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 213 N 22; BK ZPO-PETER, intro. art. 213–218 N 4 ss et 35.

⁷ À moins que les parties ne soient au bénéfice de la gratuité de la médiation ou dans certains cantons, selon les dispositions et les conditions applicables à l'assistance judiciaire; cf. art. 218 CPC.

⁸ Sur le rôle de l'avocat en médiation, LÉVY C., *L'avocat et la médiation – entrez dans la danse!*, in *Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement*, *Ordre des avocats de Genève – Commission ADR*, Schulthess, 2018, p. 121 et s.

⁹ Le médiateur se retrouve alors vendeur du processus de médiation, ce qui n'est pas son rôle, car les parties sont libres de choisir si la médiation est un processus qui a du sens pour elles dans le contexte donné; si le médiateur doit les convaincre de cet intérêt, il risque de perdre sa neutralité.

¹⁰ MIRIMANOFF, op. cit., p. 544 ss.

¹¹ TELLIER N., *Médiation volontaire ou obligatoire dans les pays de l'Union européenne*, in *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, Gemme, Éd. l'Harmattan, 2015, p. 247 et s.

veulent pas ou considèrent pouvoir s'en passer. L'intérêt public, de même que le désengorgement des tribunaux, justifierait d'imposer la médiation de façon systématique avant l'ouverture d'une procédure judiciaire ou arbitrale¹².

Une autre approche, majoritaire et plus nuancée, consiste à considérer que, même si la médiation se développe lentement dans certaines juridictions¹³, il est essentiel de maintenir, à des degrés divers, le libre choix pour les parties¹⁴. La base du processus de médiation est de responsabiliser les personnes par rapport à leur conflit, leurs intérêts, la recherche et la mise en œuvre de solutions. Selon les défenseurs de la médiation volontaire, il y aurait une dissonance fondamentale à imposer la médiation aux parties, en les infantilisant et en considérant que le juge ou le législateur «sait mieux» pour ensuite expliquer aux mêmes parties qu'elles vont être responsabilisées et retrouver le contrôle sur les sujets qui les opposent dans le cadre de la médiation¹⁵.

Nous allons à présent nous pencher sur les dispositions légales en droit suisse qui permettent aux juges de renvoyer en médiation et leur mise en application dans la jurisprudence, en s'interrogeant systématiquement sur l'endroit «où se situe le curseur», à savoir s'il s'agit de médiation conseillée, recommandée, exhortée ou ordonnée dans notre cadre légal. À titre comparatif, nous examinerons ensuite quelques dispositions en droit italien et en droit belge.

III. Bases légales

Il existe plusieurs bases légales permettant au juge civil de renvoyer en médiation. Nous examinerons dans le cadre de cette partie les art. 213, 214 et 297 al. 2 CPC, les art. 314 al. 2 et 307 al. 3 CC¹⁶ ainsi que, très sommairement, l'art. 8 al. 1 LF-EEA¹⁷.

1. Cas dans lesquels le juge informe, conseille et veille à la mise en œuvre de la médiation

A) Selon l'art. 213 CPC – Médiation remplaçant la procédure de conciliation

- 1 Si toutes les parties en font la demande, la procédure de conciliation est remplacée par une médiation.
- 2 La demande est déposée dans la requête de conciliation ou à l'audience.
- 3 L'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder lorsqu'une partie lui communique l'échec de la médiation.

Au stade de la conciliation, le CPC prévoit que l'initiative de la médiation vient des parties, qui ensemble doivent faire la demande au juge pour que la procédure de conciliation soit remplacée par une médiation. Dans la pratique, on observe que la médiation est conseillée, voire recommandée, par le juge conciliateur également, suite à la demande d'une des parties ou de sa propre initiative¹⁸. Certains juges aident les parties en organisant la transition entre la conciliation et la médiation en nommant le médiateur dans la décision et en prévoyant un délai pour que les parties prennent contact avec lui/elle. Une partie de la

doctrine considère toutefois problématique la recommandation d'un seul médiateur spécifique¹⁹; dans le cas où les parties ne sont pas assistées, et également pour tenir compte des disponibilités du médiateur, il devrait être recommandé une liste de deux à trois médiateurs à choix²⁰.

B) Selon l'art. 214 CPC – Médiation pendant la procédure au fond

- 1 Le tribunal peut conseiller en tout temps aux parties de procéder à une médiation.
- 2 Les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à ouvrir une procédure de médiation.
- 3 La procédure judiciaire reste suspendue jusqu'à la révocation de la requête par une partie ou jusqu'à la communication de la fin de la médiation.

Au stade de la procédure au fond, le CPC prévoit expressément que le juge peut conseiller en tout temps aux parties de procéder à une médiation²¹. Les parties peuvent

-
- 12 Étude du Parlement européen: Rebooting the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, 2014, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf); DE PALO G., Voluntary mediation? Apparently, the false Prince Charming, <http://www.mediate.com/articles/PaloResponse.cfm>, publié le 23. 3. 2014.
 - 13 Alors que selon les statistiques italiennes, la médiation obligatoire permet un développement fulgurant de la médiation; DE PALO G., Mediating Mediation: the easy opt-out model, op. cit.
 - 14 Rapport de la Commission au Parlement européen du 26. 8. 2016, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-542-FR-F1-1.PDF>, citant plusieurs pays européens qui ont établi des règles pour encourager le recours à la médiation (séance d'information obligatoire, incitation financière, sanction en cas de non-respect d'une clause de médiation, règles sur la confidentialité de la médiation, formation des juges et des avocats et accréditation des médiateurs), sans pour autant rendre le recours à la médiation obligatoire. La Commission rappelle à juste titre que «la médiation obligatoire a une incidence sur l'exercice du droit à un recours effectif devant un tribunal, tel qu'il est consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», voir note 41 ci-dessous pour l'interprétation de la Cour de Justice de l'Union Européenne.
 - 15 Selon BILL MARSH: «The role of the mediator is not to have the parties reach a settlement, it is to allow the parties to make the best and informed decision about the way they want to resolve their dispute», intervention lors du congrès de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale, Lausanne, septembre 2015.
 - 16 Code civil suisse du 10. 12. 1907 (CC; RS 210).
 - 17 Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et des Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes du 21. 12. 2007 (LF-EEA; RS 211.222.32).
 - 18 Selon ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 213 N 36 et art. 214 N 17, il s'agirait même d'un devoir d'information pour le magistrat.
 - 19 CR CPC-BOHNET, art. 213 N 9; RUGGLE P., in: SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e édition, Bâle 2017, art. 214 N 10. Plus nuancé: BK ZPO-PETER, art. 214 N 8.
 - 20 CR CPC-BOHNET, art. 213 N 9; ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 214 N 10; BK ZPO-PETER, art. 214 N 8.
 - 21 L'information et l'encouragement à la médiation par le magistrat sont importants en raison du «paradoxe de médiation», soit le fait que seulement très peu de parties se décident spontanément et volontairement à entreprendre une médiation bien que celle-ci soit perçue *a posteriori* comme une expérience positive et utile, cf. ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 214 N 7.

aussi être à l'initiative de ce renvoi en médiation, en déposant une requête commune. Comme c'était le cas au stade de la conciliation, il arrive que la demande émane d'une partie à l'audience et que cette suggestion soit relayée et encouragée par le juge. Les parties doivent toutefois être d'accord pour entamer une médiation et cet accord est en général consigné par le juge dans sa décision renvoyant les parties en médiation et, selon les cas, en mandatant un-e médiateur-trice. En outre, le juge de la conciliation comme le juge du fond peuvent inviter les parties à se rendre à une séance d'information sur la médiation lorsqu'une permanence de médiation existe, comme c'est le cas dans certains cantons²².

Que ce soit dans le cadre des art. 213 ou 214 CPC, il s'agit d'un conseil ou d'une recommandation du juge²³ – il n'est pas question ici de médiation obligatoire, ni de médiation ordonnée.

2. Cas dans lesquels le juge exhorte les parties à entamer une médiation

A) Selon l'art. 297 al. 2 CPC – Audition des parents et médiation

Il [le tribunal] peut exhorter les parents à tenter une médiation.

Cette disposition est comprise dans le titre concernant la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille. Le juge peut exhorter les parties à recourir à la médiation. Le terme «exhorter» signifie encourager fortement, voire convaincre de l'utilité du processus, mais pas d'imposer²⁴. Comme pour la simple recommandation (cf. art. 213 et 214 CPC), il n'est pas envisageable d'infliger une sanction contre une partie qui refuserait de suivre cette exhortation et qui ferait ainsi obstacle à la mise en œuvre de la médiation²⁵.

B) Selon l'art. 314 al. 2 CC

L'autorité de protection de l'enfant peut, si elle l'estime utile, exhorter les parents de l'enfant à tenter une médiation.

Dans le cadre des dispositions relatives à la protection de l'enfant (art. 307 ss CC), on retrouve la même terminologie que celle utilisée à l'art. 297 al. 2 CPC. Ici aussi, le terme utilisé est celui d'«exhorter». Comme l'indique son titre marginal, l'art. 314 CC concerne la procédure applicable à la protection de l'enfant. Le juge peut dès lors exhorter les parents en cours d'instruction à tenter une médiation dans tous les litiges relevant de la protection de l'enfant.

3. Cas dans lequel le juge peut ordonner une médiation

A) Selon l'art. 307 CC

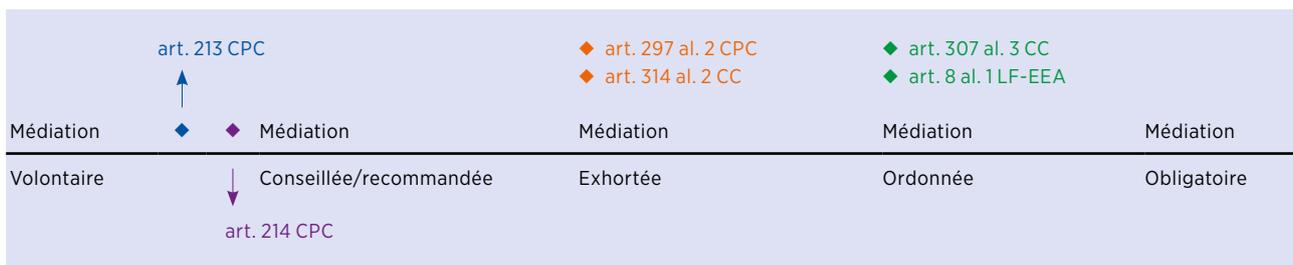
1 L'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou soient hors d'état de le faire.

3 Elle peut, en particulier, rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs, donner des indications ou instructions relatives au soin, à l'éducation et à la formation de

l'enfant, et désigner une personne ou un office qualifiés qui aura un droit de regard et d'information.

L'art. 307 CC représente l'«échelon inférieur, dans la gradation des mesures» protectrices de l'enfant (art. 307 ss CC)²⁶. Compte tenu de la grande liberté d'appréciation laissée au magistrat dans le choix de la mesure proportionnelle et adaptée au cas d'espèce (art. 4 CC)²⁷, il peut – en sa qualité d'autorité de protection de l'enfant – également renvoyer en médiation sur la base de l'art. 307 al. 3 CC selon une jurisprudence constante²⁸. On relèvera que l'art. 307 CC ne mentionne pas la médiation, mais qu'il s'agit d'une interprétation jurisprudentielle relayée par la doctrine. La médiation basée sur l'art. 307 al. 3 CC est ainsi

-
- 22** Dans le canton de Vaud, une Permanence de médiation a été mise en place depuis 2017 par l'Ordre judiciaire vaudois. La Permanence se situe au Tribunal d'arrondissement de Lausanne et est accessible à tous les justiciables du canton. Les magistrats de toutes les juridictions du canton peuvent renvoyer vers la Permanence de médiation. À l'avenir, plusieurs permanences devraient voir le jour dans les tribunaux d'arrondissement du canton. Plusieurs projets de permanence ont également été mis en place notamment dans le canton de Genève et le canton de Neuchâtel. Cf. également ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 214 N 10; GLOOR U./UMBRICHT LUKAS B., *in*: OBERHAMMER P./DOMEJ T./HAAS U. (édit.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2^e édition, Bâle 2013, *ad* art. 214 N 4.
- 23** CR CPC-BOHNET, art. 214 N 9; BSK ZPO-RUGGLE, art. 214 N 8; ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 214 N 10.
- 24** Cf. notamment JEANDIN N., *in*: BOHNET F./HALDY J./JEANDIN N./SCHWEIZER P./TAPPY D. (édit.), *Commentaire romand, Code de procédure civile*, 2^e édition, Bâle 2019, art. 297 N 10 s.; BSK ZPO-RUGGLE, art. 214 N 8 et MICHEL/STECK, art. 297 N 12; ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 214 N 11 et SCHWEIGHAUSER, art. 297 N 11. Cf. cependant MIRIMANOFF, *op. cit.*, p. 548; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, art. 214 N 2; MEIER P., *L'enfant et la nouvelle procédure civile*, *in*: FOUNTOULAKIS C./PICHONNAZ P./RUMO-JUNGO A. (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, 6^e Symposium en droit de la famille, Genève 2012, p. 37 ss et 58 ss, p. 59 s.
- 25** CR CPC-JEANDIN, art. 297 N 10a; BSK ZPO-GELZER/RUGGLE, *intro.* art. 213–218 N 14 et MICHEL/STECK, art. 297 N 17; SCHWEIGHAUSER J., *in*: SUTTER-SOMM T./HASENBÖHLER F./LEUENBERGER C. (édit.), *Zürcher Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e édition, Zurich/Bâle/Genève 2016, art. 297 N 11; SPYCHER A., *in*: HAUSHEER H./WALTER H. (édit.), *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Volume II, art. 150–352 et art. 400–406 CPC, Berne 2012, art. 297 N 13; *contra*: MEIER, *op. cit.*, p. 61.
- 26** MEIER P., *in*: PICHONNAZ P./FOËX B., *Commentaire romand, Code civil I*, Bâle 2010, art. 307 N 1; cf. COTTIER M., *in*: BÜCHLER A./JAKOB D. (édit.), *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2^e édition, Bâle 2017, art. 307 N 1.
- 27** TF 5A_723/2019 du 4. 5. 2020 consid. 6.3.2; 5A_887/2017 du 16. 2. 2018 consid. 5.1 et les références citées.
- 28** ATF 142 III 197 consid. 3.7; TF 5A_723/2019 du 4. 5. 2020 consid. 6.3.2; 5A_852/2011 du 20. 2. 2012 consid. 6; 5A_457/2009 du 9. 12. 2009 consid. 4.3; cf. CR CPC-JEANDIN, art. 297 N 10 et BOHNET, art. 214 N 8; MEIER P./STETTNER M., *Droit de la filiation*, 6^e édition, Zurich 2019, N 709; MICHEL M./STECK D., *in*: SPÜHLER K./TENCHIO L./INFANGER D. (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e édition, Bâle 2017, art. 297 N 19; BK ZPO-PETER, *intro.* art. 213–218 N 19; ZK ZPO-LIATOWITSCH/MORDASINI, art. 214 N 11a. Plus nuancé: BSK ZPO-GELZER/RUGGLE, *intro.* art. 213–218 N 14.



un cas de médiation ordonnée ou imposée par un juge²⁹. Le Tribunal fédéral a, la première fois dans un arrêt du 20. 2. 2012, indiqué que la mesure ordonnée sur la base de l'art. 307 al. 3 CC n'était pas une médiation à proprement parler, mais une «thérapie de communication» (*Gesprächstherapie*) visant à améliorer la communication entre les parents³⁰. Quoiqu'il en soit, les parties n'ont pas le choix et doivent en principe entamer le processus de médiation comme elles devraient le faire si le juge avait ordonné un suivi psychologique ou une thérapie³¹. Selon une partie de la doctrine, une médiation peut également être imposée sur la base de l'art. 307 al. 3 CC dans une procédure matrimoniale en application de l'art. 315a al. 1 CC, pour autant qu'une telle mesure soit exigée afin de protéger de l'enfant³².

L'art. 307 al. 3 CC est la seconde disposition légale relevant de la protection de l'enfant que nous évoquons dans cette contribution, la première ayant été l'art. 314 al. 2 CC. Ces dispositions visent deux choses différentes et ne sont donc pas librement interchangeables. En effet, l'art. 314 CC est une disposition qui traite de la procédure applicable à la protection de l'enfant, tandis que l'art. 307 al. 3 CC est la base légale générale permettant au juge d'ordonner des mesures de protection de l'enfant. Le magistrat peut ainsi exhorter les parties à tenter une médiation sur la base de l'art. 314 al. 2 CC en cours d'instruction dans tout litige relevant de la protection de l'enfant sans que la médiation soit une mesure protectrice ou ordonner une médiation à titre de mesure protectrice au sens de l'art. 307 al. 3 CC³³.

On observe différentes pratiques parmi les magistrats qui renvoient sur base de l'art. 307 al. 3 CC. Certains juges qui retrouvent des parties régulièrement pour les mêmes revendications dans des formats plus ou moins véhéments, expriment ouvertement leur exaspération et renvoient les parties en médiation sur base de l'art. 307 al. 3 CC, ce qui peut être perçu comme une punition par les parties. Les parties arrivent alors en médiation en expliquant qu'elles sont obligées d'être là, qu'elles n'ont pas le choix et que le juge les déteste. Il n'est pas impossible, mais il est difficile, d'entamer en médiation dans ces conditions. Les médiateurs commencent alors par expliquer aux parties que contrairement à ce qu'elles pensent, elles sont libres de quitter le processus à tout moment...

Par ailleurs, la jurisprudence a relativisé depuis de nombreuses années la possibilité d'imposer la médiation: celle-ci ne faisant du sens que si les parties ont un mini-

um de volonté de résoudre le conflit les opposant, un refus total d'entreprendre une médiation par l'un des parents doit amener le magistrat à renoncer à ordonner cette mesure³⁴.

D'autres juges ont en revanche développé une pratique différente sur la base de l'art. 307 al. 3 CC. Ils expliquent clairement aux parties les enjeux d'une communication apaisée pour les parents et pour les enfants. Ils développent les raisons pour lesquelles ils pensent que le processus de médiation serait adapté à la situation, même au moment où toute communication semble vouée à l'échec. Ils responsabilisent les parties face à leurs choix, leurs attitudes concernant leur conflit, la gestion commune de leurs enfants, leurs finances, leurs agissements et leurs attaques. Ils font en sorte que les parties se rangent derrière la mesure prise par le juge de renvoyer en médiation et actent cet accord au procès-verbal de l'audience³⁵. Cet accord sur le processus n'a pas qu'une valeur symbolique. Il permet aux parties de quitter la logique de la confrontation pour s'orienter petit à petit vers un dialogue,

²⁹ On peut faire une nuance entre ordonner et imposer la médiation. En effet, certains magistrats ordonnent la médiation après avoir recueilli l'accord des parties – dans ce cas, la médiation est ordonnée mais pas imposée.

³⁰ TF 5A_723/2019 du 4. 5. 2020 consid. 6.3.2; 5A_522/2017 du 22. 11. 2017 consid. 4.7.3.2; 5A_852/2011 du 20. 2. 2012 consid. 6; TC VD, CCUR du 17. 11. 2014/274 consid. 2; cf. KUKO ZGB-COTTIER, art. 307 N 6; BSK ZPO-GELZER/RUGGLE, intro. art. 213–218 N 14.

³¹ En cas de refus, la partie concernée s'expose à une sanction par l'art. 292 CP si le renvoi en médiation imposée a été assorti de cette menace. Cf. TF 5A_522/2017 du 22. 11. 2017 consid. 4.7.3.2; 5A_65/2017 du 24. 5. 2017 consid. 2.2; BSK ZPO-MICHEL/STECK, art. 297 N 19; MEIER, op. cit., p. 59 et les références citées.

³² MEIER/STETTLER, op. cit., N 709 nbp 1708; cf. ZK 114/2015 p. 65 consid. 5.3 et les références citées; TC VD, CACI du 25. 2. 2013/109 consid. 3b.

³³ TF 5A_522/2017 du 22. 11. 2017 consid. 4.7.3.2; KUKO ZGB-COTTIER, art. 307 N 6; AFFOLTER-FRINGELI K./VOGEL U., in: HAUSHEER H./WALTER H. (édit.), *Berner Kommentar, Die elterliche Sorge, der Kindesschutz und das Kindesvermögen* (art. 296–327c CC), Berne 2016, art. 307 N 51; cf. également MEIER/STETTLER, op. cit., N 1695 et 1786.

³⁴ TF 5A_577/2014 du 21. 8. 2014 consid. 2; 5A_535/2010 du 10. 10. 2010 consid. 3; 5A_154/2010 du 29. 4. 2010 consid. 3; TC FR, 106 2016 20 du 15. 7. 2016 consid. 3.

³⁵ JPx Lausanne du 28. 2. 2019 (non publié), renvoyant les parties en médiation sur base de l'art. 307 al. 3 CC et précisant «qu'à l'audience de ce jour, les parents de x ont donné leur accord à la mise en place d'une médiation».

avec l'aide du médiateur. Il est possible que les parties se sentent encore «forcées» d'aller en médiation mais qu'elles gardent en mémoire pourquoi le juge les a encouragées dans cette démarche et que ce dernier leur fait confiance pour trouver des solutions amiables plutôt que de revenir devant lui pour qu'il tranche. Si le juge n'avait aucune confiance dans les parties pour trouver elles-mêmes, avec l'aide du médiateur, des solutions à leur conflit, pourquoi les renverrait-il en médiation?

Certains juges qui renvoient en médiation sur base de l'art. 307 al. 3 CC utilisent comme ressources supplémentaires les permanences de médiation permettant aux parties de recevoir des informations sur la médiation et des noms de médiateurs³⁶.

On relèvera encore que, dans les litiges portant sur des enlèvements internationaux d'enfants, l'art. 8 al. 1 LF-EEA prévoit que *le tribunal engage une procédure de conciliation ou une médiation en vue d'obtenir la remise volontaire de l'enfant ou de faciliter une solution amiable, si l'autorité centrale ne l'a pas déjà fait* (cf. art. 4 al. 1 LF-EEA). Bien que cette disposition offre au tribunal la possibilité d'ordonner une médiation, le Tribunal fédéral a relativisé sa portée et a retenu que, la médiation ayant pour objet une coopération orientée vers une solution entre les parties, celle-ci n'a lieu d'être que s'il existe une volonté minimale de résoudre le conflit pour chacune des parties³⁷.

4. La médiation obligatoire en droit italien

L'Italie est le berceau européen de la médiation obligatoire³⁸. Cela ne s'est pas fait sans rebondissements. En effet, un décret du 4.3.2010³⁹ avait rendu obligatoire la médiation dans toute une série de domaines comme les successions, les droits réels, les pactes de famille, les assurances, les baux, la responsabilité civile, les contrats dans le domaine bancaire et financier, la responsabilité médicale, pour n'en citer que quelques exemples. C'était un véritable «pavé dans la mare» au sein de l'Union européenne, dont les membres défendaient pour la plupart la médiation strictement volontaire⁴⁰.

En mars 2011, l'entrée en vigueur de ce décret a suscité une grève nationale des avocats en Italie. En décembre 2012, le décret susmentionné a été déclaré contraire à la constitution italienne, en raison d'une violation de la séparation des pouvoirs, le gouvernement n'ayant pas expressément reçu du parlement le pouvoir d'introduire un système de médiation obligatoire préalable à la procédure judiciaire. Du jour au lendemain, la pratique de la médiation qui avait pris une ampleur fulgurante, a été mise à l'arrêt. Un nouveau décret⁴¹ a cependant vu le jour, en bonne et due forme cette fois, avec une série de changements par rapport au décret précédent. La liste des domaines concernés par la médiation obligatoire a été réduite et plusieurs modifications procédurales ont été faites pour permettre aux justiciables d'introduire une procédure judiciaire rapidement si la médiation n'avait pas de chances d'aboutir. Enfin, dans la nouvelle mouture, les parties doivent être assistées par un avocat lors de la médiation obligatoire⁴².

En Italie, il y a donc bien un système de médiation obligatoire mis en place qui fait obstacle à la saisine d'un juge avant d'avoir été en médiation (opt-in obligatoire) même si le système prévoit la possibilité de sortir facilement de la médiation (opt-out)⁴³.

5. La médiation ordonnée en droit belge

En droit belge, l'évolution a été différente. Le Code judiciaire a été modifié une première fois en 2001 pour y introduire des dispositions relatives à la médiation familiale⁴⁴, soit dix ans avant les dispositions sur la médiation du CPC suisse. La loi du 21.2.2005, modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation⁴⁵, a étendu les domaines d'application de la loi à la médiation civile et commerciale et à la médiation sociale (relations du travail). Cette loi vise à la fois la médiation non-judiciaire et la médiation judiciaire. Elle est basée sur le principe de la liberté des parties de choisir la médiation. Le nouvel article 1734 §1 du Code judiciaire prévoit que:

«Le juge déjà 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».

Bien que le Code judiciaire utilise les termes «le juge peut ordonner», il est bien clair que cela nécessite l'accord

³⁶ Sur les permanences de médiation instituées au sein des tribunaux, voir note 22 ci-dessus.

³⁷ TF 5A_577/2014 du 21.8.2014 consid. 2; 5A_535/2010 du 10.10.2010 consid. 3; 5A_154/2010 du 29.4.2010 consid. 3; cf. MEIER, op. cit., p. 60 s.; BK ZPO-SPYCHER, art. 297 N 13.

³⁸ MARINARI M., Médiation civile et commerciale en Italie. La transposition de la directive 2008/52/EU, p. 163 et s. et BRUNI A., La nouvelle loi sur la tentative obligatoire de la médiation en Italie, p. 255 et s., in *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, Gemme, Éd. l'Harmattan, 2015.

³⁹ Décret italien du 4.3.2010 (Décret n° 28 - 2010) qui avait pour objectif premier de désengorger les tribunaux et de permettre le développement de la médiation.

⁴⁰ Rapport de la Commission européenne, op. cit., note 14.

⁴¹ Décret italien 69/2013. On relèvera l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 14.6.2017, Livio Menini et Maria Antonia Rampanelli, n° C-75/16, qui admet qu'un État (l'Italie en l'espèce) puisse instaurer une médiation obligatoire comme préalable à tout recours juridictionnel, en précisant que ce mode de règlement n'est conforme au droit à l'accès au juge que si certaines conditions sont respectées. Il faut notamment que la procédure de médiation obligatoire n'aboutisse pas «à une décision contraignante pour les parties, n'entraîne pas de retard substantiel pour l'introduction d'un recours juridictionnel, suspende la prescription des droits concernés et ne génère pas de frais, ou des frais peu importants, pour les parties» <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=191706&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=214738>.

⁴² MOREK R., Mandatory Mediation in Italy - Reloaded, <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2013/10/09/mandatory-mediation-in-italy-reloaded/>, publié le 9.10.2013.

⁴³ DE PALO G., Mediating Mediation: the easy opt-out model, op. cit.

⁴⁴ Loi du 19.2.2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire.

⁴⁵ Loi du 21.2.2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, MB 22.3.2005, entrée en vigueur le 30.9.2005; VEROUSTRATE I., Belgique, in *La médiation, un chemin de paix pour la justice en Europe*, Gemme, Éd. l'Harmattan, 2015, p. 81 et s. et plus particulièrement p. 86.

exprès des parties. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 1734 §2 du Code judiciaire qui précise:

«La décision qui ordonne une médiation mentionne expressément l'accord des parties, le nom, la qualité et l'adresse du médiateur, fixe la durée initiale de sa mission, sans que celle-ci puisse excéder six mois, et indique la date à laquelle l'affaire est remise, qui est la première date utile après l'expiration de ce délai».

Jusqu'à-là, il s'agissait donc bien de médiation volontaire. Le juge pouvait ordonner d'un point de vue procédural, mais pas imposer.

Une nouvelle loi du 18.6.2018⁴⁶ est venue modifier le caractère strictement volontaire de la médiation en Belgique, pour étendre le pouvoir du juge. En effet, l'article 1734 §1 a été complété de la façon suivante:

«Lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, le juge peut d'office ou à la demande d'une des parties, ordonner une médiation, après avoir entendu les parties [...] Si toutes les parties s'y opposent le juge ne peut ordonner une médiation».

Il faut comprendre que la médiation en Belgique est volontaire et que si le juge considère que la médiation peut porter ses fruits, il peut l'imposer, sauf si toutes les parties s'y opposent. *A contrario*, le juge pourrait selon cette nouvelle disposition imposer une médiation dans un litige concernant plusieurs parties, quand bien même certaines parties s'y opposeraient. Il y a donc une évolution sensible de la volonté du législateur de favoriser le recours à la médiation dans tous les domaines, y compris dans des cas où toutes les parties ne seraient pas d'accord. On peut certainement parler de médiation ordonnée en Belgique et même de médiation imposée par le juge, dans les circonstances limitativement énumérées.

IV. Conclusion

Il n'existe pas de médiation obligatoire au sens strict en matière civile et commerciale en droit suisse. La médiation reste un processus volontaire, même si dans des circonstances spécifiques en droit de la famille, le juge peut ordonner, voire imposer la médiation aux parties. En droit italien, le choix du législateur a été différent: la médiation est obligatoire dans des domaines spécifiques, et les parties ne peuvent pas saisir un juge avant d'avoir tenté une médiation. En droit belge, la médiation est aussi un processus volontaire, mais il existe une possibilité pour le juge civil et commercial, tous domaines confondus, d'imposer la médiation, sauf si toutes les parties s'y opposent.

Maintenir le caractère volontaire du processus de médiation, même avec quelques aménagements, comme c'est le cas en droit suisse, permet de garantir les principes fondamentaux inhérents au processus de médiation tout en maintenant l'engagement des parties nécessaire au bon déroulement et au succès de la médiation.

⁴⁶ Loi du 18.6.2018, MB 2.7.2018; VAN LEYNSEELE P., La loi du 18.6.2018: l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire? *Journal des Tribunaux*, 12/2018. À noter que cette loi intègre également pour la première fois des dispositions sur le droit collaboratif dans le Code judiciaire belge – huitième partie intitulée «Droit collaboratif», articles 1738 et s.