



Schweizerische Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung
Groupement suisse des Magistrats pour la Médiation et la Conciliation
Gruppo svizzero di Magistrati per la Mediazione e la Conciliazione
Swiss Group of Magistrates for Mediation and Conciliation

LE REGLEMENT AMIABLE DES DIFFERENDS EN SUISSE

Actes de la conférence de Neuchâtel (juin 2008)

EINIGUNG DURCH SCHLICHTUNG UND MEDIATION IN DER SCHWEIZ

Akten der Konferenz von Neuenburg (Juni 2008)

Fribourg, septembre 2008

<http://www.gemme.ch>

TABLE DES MATIERES

Intervenants

[Préface](#) p. 4

[Rapport d'activités / Tätigkeitsbericht](#) p. 7

PREMIERE PARTIE / ERSTER TEIL : p. 17

L'HOMOLOGATION DES ACCORDS ISSUS DE LA NEGOCIATION
ET DE LA MEDIATION PAR LE MAGISTRAT CIVIL

DIE RICHTERLICHE GENEHMIGUNG VON KONFLIKTBEREINIGENDEN
VEREINBARUNGEN, WELCHE IN VERHANDLUNG ODER MEDIATION
ERZIEHEN WURDEN

[1.1. La situation en France, par Béatrice GORCHS](#) p. 18

[1.2. La situation en Belgique, par Eric BATTISTONI](#) p. 43

[1.3. Die Lage in der Schweiz, von Philipp GELZER](#) p. 73

DEUXIEME PARTIE / ZWEITER TEIL : p. 87

PROCEDURE CIVILE SUISSE UNIFIEE (CPC) : QUEL IMPACT
SUR LA GESTION DES CONFLITS DANS LA PERSPECTIVE DU JUGE ?

[2.1. La Conciliation, par Bastien SANDOZ](#) p. 88

[2.2. La Médiation, par Samuel MONBARON](#) p. 93

[Annexes :](#) p. 105

1. ADR selected Bibliography
2. Liens utiles
3. Notice sur Gemme

Intervenants

Eric BATTISTONI, magistrat belge, membre de Gemme-Belgique

Philipp GELZER, *Dr.iur.*, Mediator SKWM / CSMC, Gerichtsschreiber am Bundesgericht

Béatrice GORCHS, Maître de conférences à l'Université de Savoie, membre de Gemme-France

Samuel MONBARON, assistant doctorant, Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ), Université de Neuchâtel

Bastien SANDOZ, assistant doctorant, Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ), Université de Neuchâtel

Préface

Les années 2005 à 2011 représentent un tournant décisif dans l'histoire de la justice en Suisse et pour la pratique judiciaire au sein de nos cantons. L'avènement d'une nouvelle loi de procédure administrative fédérale¹ introduisant la médiation, l'unification des codes de procédure civile² renforçant la conciliation et légitimant la médiation, et de procédure pénale³ ouvrant la porte à la médiation pour les jeunes délinquants et leurs victimes sans complètement la fermer pour les adultes, constituent une avancée significative du règlement amiable des différends dans l'ensemble de notre pays.

Désormais le règlement à l'amiable a la priorité, comme le proclame très clairement le Conseil fédéral lui-même dans son message du 28 juin 2006⁴, reprenant le conseil de Platon qui recommandait déjà à ses concitoyens de consulter un tiers avant de saisir les tribunaux⁵, ce qui signifie au civil que la justice traditionnelle garde toute son utilité, mais comme *ultima ratio*.

Il serait cependant totalement illusoire de croire qu'à eux seuls ces nouveaux instruments juridiques, qui font suite aux recommandations émises depuis déjà une décennie par le Conseil de l'Europe sur le règlement amiable des différends en général et sur la médiation en particulier⁶, suffiront à faire évoluer la gestion des conflits en Suisse, tant s'avère colossale la force d'inertie privilégiant le vieux combat judiciaire, avec son cortège de souffrances humaines inutiles, de gaspillage social et de coûts pour l'Etat. On continuerait à négocier sur des positions et à recourir systématiquement et instinctivement- comme par un syndrome de Pavlov - à la justice traditionnelle sans de sérieuses mesures de mise en œuvre, tant sur le plan fédéral, que cantonal et juridictionnel :

a) mesures d'information du public sur les avantages et les limites du règlement amiable;

b) mesures de sensibilisation des praticiens : responsables du service du contentieux et de celui des RH au sein des entreprises et de l'Etat, responsables des assurances, en particulier de protection juridique; fiduciaires, etc. ;

c) et - *last but not least* - mesures de formation des futurs acteurs du monde judiciaire : les avocats stagiaires, avocats et juges en devenir.

¹ Modifiée le 17 juin 2005 par l'article 33b (RO 2006 2197

² Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841

³ Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057

⁴ Cf. note 2, p. 20

⁵ Les Lois, VI, 767

⁶ Recommandations du Comité des Ministres (Conseil de l'Europe) aux Etats membres n° R(98)1 sur la médiation familiale (21 janvier 1998); Rec(99)19 sur la médiation en matière pénale (15 septembre 1999); Rec(2001)9 sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (5 septembre 2001) et Rec(2002)10 sur la médiation en matière civile (18 septembre 2002).

Il est conforme à la vocation et à la responsabilité du Groupement européen des magistrats pour la médiation (GEMME) et de ses sections nationales⁷ d'apporter (en dépit de leurs moyens insignifiants) à de telles mesures leur contribution active, répétée et déterminée, de concert avec toutes les associations concernées : en Suisse celles se rattachant à la Chambre suisse de médiation commerciale (CSMC / SKWM), à la Fédération suisse de médiation (FSM / SDM), à la Fédération suisse des avocats (FSA / SAV), ainsi qu'avec les Universités, les Chambres de commerce et d'industrie, les syndicats et les associations patronales.

Bien entendu le soutien de l'Office fédéral de la Justice et des trois pouvoirs de l'Etat dans les cantons s'avère à son tour indispensable, tantôt pour donner des impulsions, tantôt pour assurer le démarrage matériel du règlement amiable, comme ne manquent pas de le souligner les récentes lignes directrices du Conseil de l'Europe⁸.

C'est ainsi qu'avec le précieux concours du Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits de Neuchâtel, le CEMAJ, animé par Mme la Professeure Christine GUY-ECABERT et MM. les Professeurs André KUHN et François BOHNET, tous membres associés de notre section, et qu'avec l'aide dévouée de nos collègues neuchâtelois Isabelle BIERI, Nicolas de Weck et Olivier BABAIANTZ, se sont tenues en 2006 et en 2008 deux conférences de sensibilisation pour les magistrats, consacrées la première à "la proposition de recourir à la médiation par le magistrat civil" et la seconde à "l'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation par le magistrat civil", avec un regard sur le droit comparé grâce à la participation de nos amis et collègues allemand, belge et français.

Dans l'intervalle notre section a conduit, avec le soutien officiel du Pouvoir judiciaire, de la Faculté de droit et de l'Ordre des avocats de Genève, et avec l'appui de la Fondation Wilsdorf une expérience pilote de formation des jeune avocats, dont le programme est destiné à s'inscrire dans celui d'une future Ecole d'Avocature à Genève.

Grâce à l'entremise de Niklaus THEILER c'est dans le canton de Lucerne, le *Conflict Center Resolution*⁹, animé par le M. le Professeur Daniel GIRSBERGER et par Me Lorenz DROESE, qui accueillera notre prochaine conférence suivant notre AG en juin 2009, ce qui permettra à la fois une participation plus forte de nos collègues alémaniques et la visite éventuelle de collègues d'Autriche et d'Allemagne. Son thème

⁷ A ce jour implanté dans 19 pays européens : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, Estonie, France, Grande-Bretagne, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Suisse.

⁸ Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) : Lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la Recommandation existante concernant la médiation en matière pénale CEPEJ(2007)13; lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la Recommandation existante concernant la médiation familiale et en matière civile CEPEJ(2007)14; lignes directrices visant à améliorer la mise en œuvre de la Recommandation sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées CEPEJ(2007)15.

⁹ www.unilu.ch/ccr

sera consacré à la mise en œuvre du règlement amiable en Suisse : *Umsetzung der Einigungsbestimmungen im Zivil-, Straf-, und Verwaltungsverfahren*¹⁰.

Jean A. MIRIMANOFF
Secrétaire général de Gemme-CH

¹⁰ Cf. PFISTERER Thomas, Einigung und Mediation - Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, Verwaltungs-, Jugendstraf-, Straf- und Zivilprozessrecht, AIP / PJA, I 2008, p. 1 à 15

RAPPORT D'ACTIVITES

(octobre 2006 – mai 2008)

pour l'Assemblée Générale du 6 juin 2008 à Neuchâtel

1. Sociétariat :

Les effectifs de notre Association ont passé de 11 membres fondateurs le 8.10.2004 à 28 membres le 21.10.2005, à 31 membres lors de la dernière Assemblée générale à Neuchâtel en 2006 et à 40 membres à ce jour, dont 9 membres associés (une proportion conforme aux statuts de Gemme-Europe).

Malgré les nombreuses relances du Comité, restées lettre morte, notre Association tarde à se développer dans certains cantons. Le Comité s'était déclaré prêt à y envoyer des délégations, MM. Niklaus Theiler et Jean Mirimanoff étant ainsi attendus à Lucerne en septembre prochain pour tenter d'y organiser notre prochaine Assemblée générale 2009.

2. Activités :

Notre Comité s'est réuni à l'Etude de notre ami Martin Zwahlen à Berne les 4 mai et 5 octobre 2007, le 7 décembre 2007 à Lausanne et à nouveau à Berne le 6 mars 2008, ayant traité par ailleurs par voie circulatoire en courriel divers points, notamment :

2.1. Unification du Code de procédure civile (CPC / ZPO)

Nous sommes restés en liaison constante avec Thomas Notter, qui a renforcé nos rangs en raison de son engagement que nous avons beaucoup apprécié, et qui s'est efforcé de convaincre les différents membres du Conseil des Etats appelé à se prononcer sur la médiation dans le CPP et dans le CPC cette année.

A l'intérieur du Conseil des Etats, M. Thomas Pfisterer, ancien juge au Tribunal fédéral, a joué un rôle décisif aux côtés de plusieurs autres de ses collègues.

C'est ainsi qu'aux dernières nouvelles, la médiation, sauvée de justesse par 16 voix contre 16 dans le texte du CPC l'année dernière devant le Conseil des Etats, a été également maintenue par la Commission des affaires juridiques (CAJ) du Conseil national (session de mai/juin 2008).

En ce qui concerne la conciliation obligatoire, un doute subsiste au sujet de la modification apportée par le Conseil des Etats pour l'étendre aux affaires contentieuses de divorce et de dissolution du pacte de solidarité, ce qui n'a pas remporté l'adhésion du Conseil national.

Après une navette entre les Chambres, le texte devrait être adopté cet automne, son entrée en vigueur étant maintenue au 1^{er} janvier 2010.

Dans ce contexte nous avons jugé plus prudent de ne pas maintenir les propositions d'amendements sur la médiation et l'arbitrage que nous avons élaborées et qui vous avaient été transmises à l'Assemblée générale de Neuchâtel en 2006.

2.2. Nos publications (site informatique)

Nous avons inséré dans notre site plusieurs publications émanant de nos membres, en espérant que d'autres nous enverront leurs textes.

On retrouvera également dans notre site la bibliographie sélective ADR, régulièrement tenue à jour, et dont nous souhaiterions que vous l'enrichissiez à votre tour.

2.3. Mediations Swiss Rules

Plusieurs d'entre nous avaient été consultés par les Chambres suisses de commerce et d'industrie qui ont adopté un règlement très élaboré le 1^{er} avril 2007 avec les divers types de médiation. Il est disponible dans 4 langues sur le site desdites Chambres.

2.4. Echanges et contacts

Nous sommes en contact régulier, directement ou par l'intermédiaire de Martin Zwahlen et Peter Rügge, avec les deux associations faîtières : la SMC/SKWM et la FSM/DMW.

Par ailleurs, sur le plan régional, les petits-déjeuners mensuels de la médiation rassemblant des membres de Gemme-Suisse, de la section romande de la SMC/SKWM et de plusieurs autres associations se sont poursuivis à Genève, Lausanne, Neuchâtel,

2.5. Formation CMAP (Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris)

A notre initiative, reprise par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève (CCIG), une formation réunissant des magistrats, avocats et dirigeants d'entreprises a été organisée en novembre 2006 au siège de ladite Chambre. Une autre se tiendra d'ici peu à Lausanne.

Sur le plan cantonal, diverses initiatives ont été prises. Elles peuvent être signalées à notre collègue Isabelle Bieri pour une éventuelle mise à jour de son rapport sur les pratiques cantonales.

Enfin, en cliquant sur le site de Gemme, vous pourrez constater le nombre de formations proposées.

2.6. Cotisations

Nous partons de l'idée que vous vous êtes mis à jour ou que vous le ferez à bref délai, car nous sommes redevables vis-à-vis de Gemme-Europe qui rencontre des difficultés de trésorerie car il doit financer les voyages et séjours au Conseil d'administration (Paris) des représentants des 19 sections ou représentations nationales en Europe une fois par an.

La cotisation 2009 devra être acquittée envers Gemme-Europe avant le 31 janvier 2009 et nous vous remercions d'ores et déjà de ne pas obliger notre trésorière dévouée à vous relancer.

3. Lignes directrices du Conseil de l'Europe

Nous attirons tout spécialement votre attention sur les lignes directrices CEPEJ(2007) n° 13, 14 et 15 relatives à la mise en œuvre de la médiation civile, pénale et administrative, adoptées le 7 décembre 2007 à Strasbourg. Il s'agit de documents clés, qui sont disponibles sur notre site, que **nous invitons chacun de nos membres à diffuser, faire connaître, et faire appliquer dans sa juridiction, respectivement dans son canton.**

Il s'agit, avec le CPC, d'un point d'ancrage essentiel pour notre action pour promouvoir le règlement amiable des différends.

Sur cette base le soussigné aura l'occasion de faire, à titre individuel ou avec l'aide d'associations alliées, des propositions d'expériences pilotes et de mise en œuvre de la médiation dans le canton de Genève.

4. Notre association faitière : Assemblée générale à Paris

L'Assemblée générale et celles du Conseil d'administration se sont tenues à Paris les 23 et 24 mai dernier. En Assemblée générale divers thèmes ont été abordés, et en Conseil d'administration il a été procédé au choix des membres du bureau :

4.1. Thèmes abordés

La Directive de l'UE a fait l'objet de plusieurs interventions, mais rien de concret n'en est ressorti. Plusieurs membres ont exposé l'état de la médiation pénale dans leur pays.

France et Allemagne poursuivent leur expériences de médiation transfrontalière en matière familiale avec d'autres pays.

Rimantas Simantis, Président du CEPEJ-GT-MED a présenté les travaux du Conseil de l'Europe, dont les 3 lignes directrices du 7 décembre 2007, manifestement méconnues chez maintes sections.

4.2. Election du Bureau

Président	Ivan Verougstraete (Belgique)
Secrétaire général	Hélène Gebhardt (France)
Vices-Présidents	Béatrice Blohorn-Brenneur (France) Jaime Cardoso Fereira (Portugal) Isabelle Thomas (Espagne) Marcello Marina (Italie)
Secrétaire adjointe	Sabine Koenig (Allemagne)
Trésoriers	François Sauvigny (France), dès le 1.9.08 et Albertina (Portugal)
Attaché à la Présidence	Carl Vrins (Belgique)
Délégué à la formation	Eric Battistoni (Belgique)

Comme il y avait à l'origine plus de candidats que de postes, le soussigné a proposé aux intéressés de recourir à la négociation et à la médiation. Sa proposition a abouti dans les faits, ce qui a permis de trouver une solution satisfaisante pour tous.

Isabelle Bieri et Jean A. Mirimanoff sont membres du Conseil d'administration.

5. Objectifs 2007-2008

Nous avons de grandes ambitions pour le prochain exercice qui sera, pour certains membres du Comité, le dernier.

Nous espérons qu'à un titre ou à un autre chacun d'entre vous y apportera sa contribution, étant précisé qu'ils se situent respectivement sur le plan européen, national ou cantonal.

1. Congrès de Gemme-Europe à Genève

Il aura lieu à Genève les 6 et 7 novembre 2008. Il a pour objectif de "réunir durant deux jours à Genève des acteurs-clé de la médiation dans les domaines politiques, sociaux et commerciaux, aux fins d'échange des meilleures pratiques actuelles pour dégager et établir de nouvelles approches de la médiation au service de la paix". Notre collègue Isabelle Dubois-Dognon vous en dira davantage dans quelques instants.

2. Norme constitutionnelle sur le règlement amiable

Vous avez appris par notre rapport sur les pratiques cantonales (AG de Neuchâtel en 2006) que le Canton de Fribourg a introduit dans sa Constitution une norme encourageant le règlement à l'amiable. Nous pensons qu'une telle norme dans la Constitution des autres cantons pourrait concourir fort utilement à l'évolution culturelle que nous avons pour vocation d'encourager.

Nous avons le plaisir de vous annoncer que l'initiative de Gemme de présenter un article sur le règlement amiable des différends dans la Constitution genevoise a reçu le plein appui de la CSMC/SKWM section romande, et du Groupement Pro-Médiation (GPM) dont les présidents respectifs, Me Jean Gay (membre associé de Gemme) et le Professeur Christian-Nils Robert cosigneront prochainement une lettre commune à tous les partis politiques genevois et aux principaux syndicats avec **un projet de texte commun**. Celui-ci sera disponible sur notre site.

Nous encourageons très vivement tous nos collègues à faire de même dans les cantons qui s'apprêtent, comme ce fut le cas à Fribourg et maintenant à Genève, à élire une Assemblée constituante.

3. Formation

Nous avons pris l'initiative d'une expérience pilote destinée à la future Ecole d'Avocature de Genève, estimant que **l'évolution de notre culture judiciaire passe nécessairement par la mise en place d'une formation adéquate et permanente des futurs acteurs : les avocats-stagiaires.**

Ce projet a reçu l'agrément de la Faculté de droit, du Pouvoir judiciaire et de l'Ordre des Avocats, ainsi que le soutien de la Fondation Wilsdorf.

Vous en trouverez le reflet dans les documents de cette Assemblée, les membres de l'ensemble de notre section suisse étant invités à prendre l'initiative de formations similaires dans leur canton ou région respective.

4. Permanences de la médiation

Parmi les autres mesures d'accompagnement la création de permanences de médiation au sein ou proches des Palais de justice est une solution qui a souvent été retenue en Europe et dans d'autres continents.

Nous tenterons de développer une expérience pilote avec les principales associations concernées, avec le Barreau et avec la magistrature à Genève, mais le projet en est encore au stade embryonnaire.

Chacun de nos membres est encouragé à réfléchir à la question pour son canton.

5. Charte des entreprises suisses sur la médiation

Le Comité va réfléchir de concert avec la CSMC/SKWM à des mesures en vue d'encourager les principales entreprises de notre pays à signer une charte nationale (ou éventuellement régionale) par laquelle elles envisageraient de recourir prioritairement au règlement amiable dans les litiges qui pourraient les opposer, à l'instar de la charte conclue par les plus grandes entreprises de France, il y a quelques années.

Neuchâtel, le 6 juin 2008

Jean A. MIRIMANOFF
Secrétaire général

TÄTIGKEITSBERICHT (Oktober 2006 - Mai 2008)

Kurzübersetzung von Niklaus Theiler

1. Vereinsleben

Unsere Vereinigung ist von 11 Gründermitgliedern am 08.10.2004 auf 28 Mitglieder am 21.10.2005 und auf 31 Mitglieder an der letzten Generalversammlung in Neuenburg im Jahr 2006 auf heute 40 Mitglieder angewachsen, davon 9 assoziierte Mitglieder (ein Verhältnis entsprechend den Statuten von GEMME Europa).

Trotz verschiedener vergeblicher Vorstösse des Vorstandes entwickelt sich unsere Vereinigung in einigen Kantonen nur mühsam. Wir werden darum Delegationen in verschiedene Kantone schicken. Jena Mirimanoff und Niklaus Theiler werden im September nach Luzern fahren, um dort die nächste Generalversammlung von 2009 zu organisieren.

2. Aktivitäten

Der Vorstand trat am 4. April und 5. Oktober 2007 sowie am 6. März 2008 zusammen, wobei verschiedene Geschäfte auf schriftlichem Weg behandelt wurden, so:

2.1 ZPO

Wir blieben in ständigem Kontakt mit Thomas Notter, der mit verdankenswertem Einsatz unsere Bemühungen unterstützte und sich einsetzte, Mitglieder des Ständerates über den Wert der Mediation in StPO und ZPO zu überzeugen. Mit andern Kollegen spielte altBundesrichter Thomas Pfisterer eine wichtige Rolle innerhalb des Ständerates.

Nach letzten Berichten hat die nationalrätliche Kommission den mit 16 : 16 Stimmen vom Ständerat in der ZPO belassenen Text über die Mediation übernommen.

In Bezug auf das Obligatorium der Schlichtung bleibt noch eine Frage offen zur Änderung des Ständerates, sie auf strittige Fälle von Ehescheidung und Auflösung von Partnerschaft auszudehnen, was keine Zustimmung des Nationalrates gefunden hat.

Nach einer Bereinigung zwischen den Kammern dürfte der Text in diesem Herbst angenommen und auf den 1.1.2010 in Kraft gesetzt werden.

Wir haben deshalb beschlossen, es sei klüger, unsere von der GV 2006 in Neuenburg beschlossenen Vorschläge nicht aufrecht zu erhalten.

2.2 Publikationen.

Wir haben in unsere Webseite verschiedene Publikationen unserer Mitglieder aufgenommen in der Hoffnung auch andere würden uns ihre Texte zustellen.

Dort finden sie auch eine aktuelle Bibliographie, die Sie gerne erweitern können.

2.3 Mediations Swiss Rules.

Verschiedene von uns wurden von den Schweiz. Kammern für Handel und Industrie begrüsst, die am 1. April 2007 ein gut ausgearbeitetes Reglement angenommen haben. Dieses ist in 4 Sprachen in der Webseite dieser Kammern zu finden.

2.4 Kontakte

Wir stehen in regelmässigem direktem oder über die Vermittlung von Martin Zwahlen und Peter Rügge mit den beiden Dach-Organisationen SCMS/SKWM und FSM/DWM.

Monatliche Treffen finden statt in der welschen Schweiz unter den Mitgliedern von GEMME und jenen der Mediationsvereinigungen.

2.5 Ausbildung CMAP (Zentrum für Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in Paris)

Im November fand auf unsere Initiative hin in jenem Zentrum eine Ausbildung statt für Richter, Anwälte und Direktoren.

Auf kantonaler Eben gibt es verschiedene Initiativen. Sie können Isabelle Bieri mitgeteilt werden, damit sie das aufnimmt in ihren Bericht über die kant. Tätigkeiten. Weiterbildungsmöglichkeiten werden auch auf unserer Webseite angeboten.

2.6 Beiträge

Wir bitten Sie, Ihren Beitrag bald zu zahlen, denn wir müssen vor Ende Januar 2009 unsere Beiträge an GEMME-Europe leisten, die der hohen Auslagen wegen in finanz. Engpässe geraten ist

3. Europarat

Der Europarat erliess Direktiven CEPEJ (2007) Nr. 13, 14 und 15 zu Zivil-, Straf- und Verwaltungsmediation, die am 7. Dezember 2007 in Strassburg angenommen wurden. Es handelt sich um Schlüsseldokumente, die auf unserer Webseite zu finden sind. Wir bitten Sie, diese Dokumente auch in Ihrem Kanton zu verbreiten und bekannt zu machen. Zusammen mit der ZPO sind das die Ankerpunkte unserer Bemühungen um die einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten. Auf dieser Basis wird Jean - allenfalls mit andern Personen - Vorschläge für Pilotprojekte und das Ingangsetzen der Mediation in Genf ausarbeiten.

4. GEMME Europa

Die Generalversammlung fand am 23./24. Mai statt.

4.1 Themen

Behandelt wurde die Direktive der EU und dargestellt die Situation von Straf-Mediation in versch. Ländern.

Frankreich und Deutschland versuchen sich in länderübergreifender Familien-Mediation

Rimantas Simantis, Präs. von CEPEJ-GT-MED, präsentierte die Arbeiten des Europarates, dessen kurze Direktiven vom 07.12.2007 vielen Sektionen unbekannt waren.

4.2. Büro

Siehe Bericht Jean

Weil es mehr Kandidaten als Stellen gab, fand man schliesslich eine alle befriedigende Lösung auf den Vorschlag von Jean hin, auch hier das Prinzip von Verhandlung und Mediation anzuwenden.

Isabelle Bieri und Jean sind Mitglieder des Verwaltungsrates.

5. Ziele

5.1 Kongress in Genf am 6./7. November 2008 mit dem Ziel, während 2 Tagen in Genf die Hauptakteure der Mediation in Politik, Gesellschaft und Handel zu vereinen um Erfahrungen auszutauschen und die Mediation vermehrt in den Dienst des Friedens zu stellen. Isabelle Dubois-Dognon wird darüber orientieren.

5.2 Verfassungsnorm

An der letzten GV orientierten wir, dass der Kanton Freiburg eine Verfassungsnorm zur Förderung einvernehmlicher Lösungen aufgenommen hat. Wir denken, das sollte auch in andern Kantonen erfolgen. Unser Vorschlag eine Bestimmung zur friedlichen Beilegung von

Streitigkeiten in die Genfer Verfassung aufzunehmen, hat die Zustimmung verschiedener ähnlicher Organisationen gefunden und nächstens wir ein gemeinsames Schreiben an die politischen Parteien und Gewerkschaften mit einem Textvorschlag ergehen, was auf unserer Webseite zu finden ist. Wir empfehlen dies zur Nachahmung in den andern Kantonen.

5.3 Ausbildung

Wir streben eine Schule für Anwälte in Genf an aus der Überlegung, dass eine Weiterentwicklung unserer Justizkultur über die künftigen Anwälte erfolgen soll. Dieses Projekt ist von der jur. Fakultät begrüsst worden, von den Gerichten, dem Anwaltsverband und der Stiftung Wilsdorf. Gestützt auf die Dokumente dieser GV werden unsere Mitglieder anderer Kantone eingeladen, auch in ihrer Regionen entsprechend Vorstösse zu unternehmen.

5.4 Beständigkeit der Mediation

Ständige Mediationseinrichtungen sind unter anderen Begleitmassnahmen eine Lösung, die in Europa und andern Kontinenten oft überlegt worden ist. Wir werden mit den wichtigsten beteiligten Vereinigungen, mit dem Gericht und dem Genfer Stadtpräsidium ein Pilotprojekt starten. Sie sind aufgerufen, auch darüber nachzudenken.

5.5 Mediationscharta schweizerischer Unternehmen

Der Vorstand überlegt Massnahmen, die wichtigen Schweizer Unternehmen dazu zu bringen, dass sie eine nationale (ev. regionale) Charta unterzeichnen, mögliche Auseinandersetzungen vorrangig einvernehmlich zu lösen, wie dies die grössten französischen Unternehmen vor einigen Jahren auch gemacht haben.

Neuenburg, 6. Juni 2008

Jean A. Mirimanoff, Generalsekretär

PREMIERE PARTIE / ERSTER TEIL :

**L'HOMOLOGATION DES ACCORDS ISSUS DE LA NEGOCIATION
ET DE LA MEDIATION PAR LE MAGISTRAT CIVIL**

**DIE RICHTERLICHE GENEHMIGUNG
VON KONFLIKTBEREINIGENDEN VEREINBARUNGEN,
WELCHE IN VERHANDLUNG ODER MEDIATION ERZIEHEN WURDEN**

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DES ACCORDS DE RÈGLEMENT AMIABLE*

par

Béatrice GORCHS

Maître de conférences à l'université de Savoie

RÉSUMÉ

Le Code de procédure civile contient aujourd'hui diverses procédures judiciaires à l'effet d'attribuer force exécutoire aux accords de règlement amiable. Le juge doit-il contrôler les accords qu'il revêt de la forme exécutoire ? Dans les matières où les droits sont indisponibles, la question du contrôle est résolue par le caractère obligatoire de l'homologation judiciaire de l'accord qui relève de la matière gracieuse. Le juge de l'homologation vérifie que l'accord répond aux exigences fixées par la loi. En revanche, dans les matières où les droits sont disponibles, l'objet de l'intervention judiciaire est de donner force exécutoire à un accord qui a déjà force obligatoire entre les parties, sans que les textes fournissent au juge des directives. Avec la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges, l'on est passé du simple constat de l'accord dans un acte judiciaire à une homologation judiciaire facultative. L'étude de la jurisprudence donne désormais à voir des différences de degré dans le contrôle exercé suivant le contexte dans lequel s'opère l'accord. C'est dire que la loi a plaqué la réglementation des modes alternatifs sur les dispositions existantes du Code de procédure civile sans rien repenser du modèle procédural qu'il contient.

SUMMARY

The Civil Procedure Code today contains various judicial provisions intended to allow the enforcement of amicable agreements. Must the courts verify the agreements to which they give enforceable effect ? In matters where rights are not available, the question of judicial control is resolved by the compulsory nature of judicial approval of the agreement reached on a gracious basis. The judge in charge of endorsing the agreement verifies that this complies with the requirements set down by law. In contrast, in matters where rights are available, the purpose of judicial intervention is to give enforceable effect to an agreement which is already compulsory as between the parties, and where the laws provide the courts with no directives. With the promotion of various modes of alternative dispute resolution, we have moved from a simple acknowledgement of the agreement by court order to an optional form of judicial approval. A review of the case law now illustrates different degrees of control exercised depending on the context within which the agreement intervenes. It appears that the law has adopted the current provisions of the Civil Procedure Code to the regulation of ADR, without rethinking the procedural model contained within the Code.

* A l'origine de cette étude, l'initiative de M. Jean A. Mirimanoff, juge au tribunal à Genève et secrétaire général de GEMME-Suisse, d'organiser la prochaine journée d'étude de GEMME-Suisse sur «l'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation».

1. En vue de renforcer l'attractivité et l'efficacité de la transaction, la conciliation et la médiation comme modes alternatifs de règlement des litiges, le législateur français a cru nécessaire d'ouvrir aux parties une procédure judiciaire spéciale à l'effet d'attribuer force exécutoire à leurs accords. Ce mode de solennisation des accords de règlement amiable n'apporte, a priori, rien de nouveau au Code de procédure civile : les parties à un procès pouvaient déjà faire constater leur accord par le juge dans un procès-verbal de conciliation ou un jugement de donné acte ayant force exécutoire. L'effet recherché à l'époque était de garantir aux parties que si l'accord, ayant force obligatoire d'une convention, n'était pas spontanément exécuté, munies d'un tel titre, elles pourraient procéder directement par voie d'exécution forcée¹. La délivrance du titre exécutoire répond-elle au seul souci d'assurer aux parties un droit à l'exécution de l'accord ?

2. La diversité de s procédures judiciaires mises en place pour revêtir l'accord de la forme exécutoire donne matière à discussion : le juge doit-il contrôler, et dans quelle mesure, les accords qu'il revêt de la forme exécutoire ? L'ambiguïté des qualifications usitées par le législateur ne facilite guère la tâche du juge. Lorsque l'accord est le fruit d'une négociation amiable opérée en dehors de tout procès, la «force exécutoire» est conférée à l'acte, qualifié transaction, sur la requête de l'une des parties (art. 1441-4 NCPC). Lorsque l'accord est le résultat d'une médiation ou d'une conciliation opérée par un conciliateur de justice au cours du procès, c'est son « homologation » qui est conjointement demandée par les parties au juge (art. 131-12, art. 832-8 NCPC). Ces nouveaux textes issus de la promotion des modes alternatifs de règlement des litiges s'ajoutent au dispositif existant. C'est ainsi que lorsque l'accord résulte d'une conciliation, les parties, toujours, demandent au juge conciliateur de le « constater » dans un procès-verbal ayant force exécutoire (art. 129, 130, 131 NCPC). Et si l'accord est conclu hors de la présence du juge saisi du litige, la force exécutoire est donnée à l'acte par un jugement de donné-acte (art. 384, al. 3 NCPC).

3. Le régime, a priori établi, de l'acte constatant l'accord des parties intervenu au cours de l'instance, aurait-il évolué, de sorte qu'il prêterait aujourd'hui à controverse ? De l'interprétation de la jurisprudence et des textes, la doctrine majoritaire conclut que le juge saisi de l'affaire se borne à constater l'existence de l'accord des parties auquel il confère force exécutoire². L'on distingue alors aisément le rôle de simple constatation du juge de celui du juge homologateur qui procède, dans le cadre de son activité gracieuse, à une vérification de nature juridictionnelle à laquelle la validité et les effets de l'accord sont subordonnés. Avec la promotion du conciliateur et du médiateur, on passe du simple constat au jugement d'homologation alors qu'il s'agit toujours d'un accord des parties sur le litige dont la soumission au juge reste facultative. Si la

¹ Le recours à une procédure au fond à l'effet d'obtenir un jugement de condamnation sur le fondement de l'accord intervenu devient ainsi inutile. Dans ce cas, le juge doit vérifier que l'acte a valeur de transaction et peut trancher la question de la validité de la transaction : Cass. civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, pourvoi n° G 98-12.819 ; Cass. civ. 3^e, 23 mai 2002, Bull. civ. III, n° 106. En effet, le juge rend ici une décision juridictionnelle puisqu'il sanctionne un contrat et en tire les conséquences (cf. A. Tissier, S., 1909.1.305).

² H. Solus, R. Perrot, Droit judiciaire privé, Procédure de première instance, Tome 3, Sirey, 1991, p. 991 et s. ; Y. Muller, Le contrat judiciaire en droit privé, Thèse Paris 1, 1995, p. 298 et s. ; A. Laude, La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, PU d'Aix-Marseille, 1992, p. 145 et s.

demande d'homologation a pour effet de donner force exécutoire à l'accord (Loi n° 95-125 8 février 1995, art. 25), l'emploi du terme homologation et la référence à la matière gracieuse n'en suggèrent pas moins l'exercice par le juge d'un contrôle plus approfondi du contenu de l'accord. Bien que dénoncé comme abusif³(3), le terme «homologation» est repris par le législateur pour décrire l'activité du juge de la mise en état auquel les parties soumettent leur accord, sans pour autant la rattacher à la matière gracieuse (art. 768, al. 2 NCPC). Est-ce à dire que le développement des modes alternatifs ferait éclore un nouveau «modèle de type procédural fait de liberté contrôlée et de solution négociée»⁴ ? Par le canal de la force exécutoire, le juge reprendrait-il la main sur un mode qualifié d'alternatif par l'exercice d'un contrôle sur l'accord⁵ ? L'interprétation n'est pas plus facile lorsque l'on se demande si la saisine par voie de requête du juge de l'accord conclu en dehors du procès implique l'application de la procédure sur requête et détermine la nature de l'intervention judiciaire.

4. A première vue, les nouveaux textes obscurcissent le rôle du juge. Il n'est pas plausible de tirer de ces dernières qualifications une logique procédurale de l'activité du juge. Il n'en demeure pas moins que les décisions rendues sur les accords des parties ne décrivent plus l'activité du juge dans les mêmes termes que le donné-acte, et qu'une étude comparative de celles-ci donne à voir des différences de degré suivant le contexte dans lequel s'opère l'accord.

5. En effet, en dehors des matières indisponibles, la loi ne ramasse plus les différentes hypothèses de résolution amiable d'un litige sous une même procédure judiciaire. Si les parties demeurent ou se placent hors de l'instance pour négocier un accord, l'instance est engagée ou reprise aux fins de donner force exécutoire à l'accord : le règlement amiable s'opère directement entre les parties en dehors des règles de l'instance. A l'inverse, là où la loi met en place des mécanismes de conciliation et de médiation, la négociation des parties reste conduite dans le cadre de l'instance relative au litige. La conciliation et la médiation sont traitées comme des procédures judiciaires qui débouchent sur une solution du litige⁶. Cette approche de la matière est à première vue surprenante car, dès lors que l'on qualifie l'accord des parties de transaction, l'on ne voit pas ce qui impose de traiter différemment ces hypothèses. Cependant si l'on analyse la conciliation et la médiation comme une méthode judiciaire de règlement des litiges, autre que légaliste, une distinction dans l'office du juge suivant que l'accord est négocié hors de l'instance (I) ou dans le cadre de l'instance (II) n'est pas infondée, mais demande à repenser le modèle procédural que les dispositions du Code de procédure civile véhiculent.

³ G. Wiederkher, «Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires», in Etudes A. Rieg, Bruxelles, 2000, p. 892-893.

⁴ X. Lagarde, «Transaction et ordre public», D., 2000.217

⁵ C. Jamin, RTD. civ., 1998.226.

⁶ Sur cette distinction, J.-P. Viennois, «L'amiable», Rev. gén. proc., 1999.471, spéc. n° 23, n° 30.

I. LA RÉALISATION DE L'ACCORD DE RÈGLEMENT AMIABLE EN DEHORS DU JUGE

6. Dans le droit fil du rapport Coulon, le décret du 28 décembre 1998 ouvre aux parties à une transaction hors procès une procédure spéciale sur requête devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir un titre exécutoire. Cette procédure est présentée comme une mesure concrète destinée à inciter les parties à négocier avant d'engager une instance⁷. L'intervention du président du tribunal de grande instance ne devrait pas être d'une nature différente de celle du juge saisi du litige auquel il est demandé de donner force exécutoire à une transaction conclue hors sa présence. Au regard des textes, cet accord de règlement amiable est une transaction qui, mettant fin au litige, a « autorité de chose jugée » (art. 2052 C. civ.). Et l'intervention du juge est ici recherchée pour conférer à la transaction ce qu'elle n'est pas, un titre exécutoire⁸. Néanmoins, l'interprétation des termes de l'article 1441-4 NCPC justifierait l'exercice d'un contrôle particulier sur le contenu de l'accord (A). Convient-il de transposer cette analyse à la transaction intervenue en marge du procès (B) ?

A) Le rapprochement des parties en dehors du procès : la procédure particulière de l'article 1441-4 NCPC⁹

7. L'article 1441-4 NCPC reprend les termes exacts de la proposition du rapport Coulon : «Le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté»¹⁰. En voici l'esprit : «une telle procédure de solennisation, inspirée de l'exequatur, aura le mérite de favoriser le développement de la transaction hors procès» ; «la voie de la procédure sur requête, justice provisoire, justifie un contrôle sommaire de la transaction n'excluant pas des contestations ultérieures sur le fondement de l'article 2053 du Code civil en cas de vice du consentement, et suffit à conférer à l'accord sa force

⁷ Même si le texte ne précise pas qu'il s'applique uniquement aux transactions hors procès, cette question ne devrait pas appeler discussion au vu du rapport Coulon : en ce sens, Paris, 28 janvier 2004, RG 2003/15282, Paris 22 septembre 1999, Procédures, 2000, n° 119, obs. R. Perrot ; dans un sens contraire : Reims, 2 mai 2006, RG 05/0290 ; Toulouse, 19 mai 2004, RG03/05030. En ce sens, C. Boillot, La transaction et le juge, LGDJ, PU d'Auvergne, 2003, p. 603 et s. Mais si les parties recourent aux services d'un conciliateur de justice en dehors de toute procédure judiciaire, c'est le juge d'instance qui devra donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord par application des dispositions de l'article 9 du décret du 20 mars 1978, rarement mises en œuvre.

⁸ D'ailleurs, la transaction exécutoire de l'article 1441-4 NCPC constitue depuis un titre exécutoire au même rang que les décisions de justice (loi du 22 novembre 1999, art. 3, 1° de la loi du 9 juillet 1991).

⁹ C'est cette voie qu'il convient d'emprunter pour rendre exécutoire un accord qui résulte de la mise en œuvre d'une procédure amiable de conciliation ou de médiation instituée par un contrat : sur la licéité et la portée de ces clauses de conciliation : Cass. Ch. mixte, 14 février 2003, Bull. civ., n° 1 ; D., 2003, p. 2480, re note P. Ancel, M. Cottin ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-13366.

¹⁰ Faute de dispositions spécifiques dans le texte pour déterminer le juge territorialement compétent, il conviendrait de se reporter au droit commun résultant de l'article 42 (celui où demeure le défendeur) et de l'article 46 (lieu d'exécution de la prestation de service ou de livraison effective de la chose) NCPC mais ces critères ne sont pas satisfaisants : Aix-en-Provence, 24 février 2005, D., 2005, p. 3068, note L. Weiller. A moins que l'on transpose désormais les règles applicables à la compétence territoriale du juge des requêtes, à savoir celui du lieu de l'exécution de la mesure : J. Héron, Droit judiciaire privé, 3^e éd. par T. Le Bars, Montchrestien, 2006, n° 407.

exécutoire»¹¹. Si la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 24 mai 2007, prend position sur la nature de l'ordonnance rendue en application de l'article 1441-4 en déclarant que c'est «une ordonnance sur requête au sens de l'article 812, er alinéa 1, soumise aux recours prévus par l'article 496 du même code»¹², la nature du contrôle est encore en discussion au stade des juridictions du fond. C'est ainsi que l'on peut lire que l'ordonnance «n'est pas un simple visa apposé automatiquement mais suppose un contrôle minimum du juge au moins sur la nature de la convention qui lui est soumise et sur sa conformité apparente avec l'ordre public»¹³; que la procédure est «limitée à la vérification des conditions posées par les articles 2044 et suivants du Code civil relatives à la validité des accords transactionnels conclus entre les parties» et que dès lors que «la convention ne fait pas apparaître de violation d'une règle d'ordre public, il convient de lui donner force exécutoire»¹⁴; et de dire que «donner force exécutoire à l'acte (...) ne peut relever que de l'imperium du juge étatique»¹⁵. Le juge entend bien exercer un contrôle qui paraît dépasser celui opéré dans le cadre de l'exequatur des sentences arbitrales¹⁶. Reste à savoir s'il est justifié.

8. Quelque indicative que soit la forme du texte, les présidents des tribunaux conviennent qu'ils ne sont pas tenus de délivrer la formule exécutoire. Et un auteur d'observer : «si un juge est sollicité, ce n'est tout de même pas pour avaliser les yeux fermés la requête qui lui est présentée»¹⁷. C'est que selon cet auteur, les présidents entrevoient dans la requête unilatérale un refus d'exécution spontanée de l'autre partie

¹¹ J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997, p. 60 et s.

¹² Cass. civ. 2, 24 mai 2007, JCP, 2007 II 10172, note H. Croze et O. Fradin; D., 2008.129, note J.-B. Racine et P. Julien; *Procédures*, 2007, com. 180, note R. Perrot; *Droit et Procédures*, nov.-déc. 2007.342, obs. Y. Desdevises. Sur les difficultés antérieures posées par la qualification incertaine de l'ordonnance dans la jurisprudence et la doctrine : H. Croze et O. Fradin, «Transaction et force exécutoire», in B. Mallet-Bricout et C. Nourissat (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Dalloz, 2006, p. 95. La Cour exclut donc tout rapprochement avec la procédure d'exequatur des sentences arbitrales où la requête n'est qu'un mode de transmission de la sentence. Contre la qualification d'ordonnance sur requête ainsi que l'existence de voies de recours : Ch. Jarrosson, *Rev. gén. proc.*, 1999.136 et s. En ce sens, qualifiant l'ordonnance d'acte judiciaire non juridictionnel : S. Guinchard, «L'ambition d'une justice civile renouvelée», D., 1999.67, n° 18; J.-B. Racine, «Les incertitudes de la transaction dite « homologuée » (à propos de l'article 1441-4 du NCPC)», in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, spéc. p. 156 et s. La qualification de l'ordonnance du Président d'ordonnance sur requête ne devrait pas remettre en cause la position de la Cour de cassation qui, dans un avis, estime que l'expulsion ne peut être poursuivie en vertu d'une transaction rendue exécutoire par ordonnance du Président du tribunal de grande instance puisque ce titre ne constitue ni une décision de justice ni un procès-verbal de conciliation exécutoire visés par l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991. En effet, selon M. le Professeur Perrot, c'est l'absence d'instance contradictoire permettant au juge de constater le libre consentement des parties et la régularité de l'accord qui explique l'exclusion de la transaction exécutoire (Cass., avis, 20 octobre 2000, RTD. civ., 2001.213, n° 9, obs. R. Perrot).

¹³ Versailles, 18 juin 2003, D., 2004.1332, note A. Merveille et R. Thominet.

¹⁴ Paris, 28 janvier 2004, inédit, RG N° 2003/15282.

¹⁵ Paris, 26 septembre 2003, D., 2004.1042, note H. Kenfack.

¹⁶ La sentence arbitrale reste un acte juridictionnel, aussi le rôle du juge de l'exequatur est-il limité : le juge, qui se borne à vérifier si l'acte qui lui est soumis est bien une sentence arbitrale et si ses dispositions ne sont pas manifestement contraires à l'ordre public, ne contrôle pas le contenu de la sentence. Il n'est pas certain qu'il en soit de même pour le contrôle de la qualification de l'acte de transaction quand on sait que l'existence de concessions réciproques est un élément de la définition de la transaction. Pour un avis plus nuancé comparant au contrôle exercé par le juge de l'exequatur : H. Croze et O. Fradin, cité supra, note 12, p. 102 n° 27.

¹⁷ R. Perrot, «L'homologation des transactions (NCPC, art. 1441-4)», *Procédures*, 1999, chron. 10, p. 4 n° 4.

à la transaction. Le juge saisi sur simple requête peut-il anticiper sur une éventuelle contestation de la transaction, en se livrant à un contrôle apparent de sa validité ? Les décisions précitées paraissent l'admettre lorsqu'elles reconnaissent aux présidents le pouvoir de vérifier, à travers un contrôle de la nature de la convention, la présence formelle de concessions réciproques (mais jusqu'à quel degré ?), ainsi que la conformité apparente de ses dispositions à l'ordre public. C'est là que la distinction délicate entre l'ordre public de direction et l'ordre public de protection pourrait entrer en jeu. En effet, si la règle méconnue relève de l'ordre public de protection, seule la partie protégée peut faire sanctionner sa violation. Elle peut tout aussi bien renoncer à son bénéfice. Encore faut-il qu'elle ait agi en connaissance de cause. Si l'examen des termes de la transaction ne permet pas au juge, saisi par la partie forte, de conclure que la partie faible, absente à la procédure, était informée de ces règles de protection, il peut rejeter la requête, à moins qu'il ne décide de la convoquer pour s'en assurer¹⁸. En déclarant que c'est la procédure sur requête qui s'applique, la Cour de cassation lui donne les moyens d'opérer un tel contrôle¹⁹ et accroît sa légitimité au regard de l'efficacité redoutable de l'ordonnance sur requête²⁰. Le président devra en conséquence motiver son ordonnance. La portée d'un tel contrôle n'en demeure pas moins limitée : justice rapide, le contrôle s'arrête à l'évidence ; justice provisoire, la vérification n'a pas autorité de la chose jugée au principal. Si le président pressent une difficulté sérieuse sur la validité de la transaction, il peut rejeter la requête ouvrant au requérant la voie de l'appel ; si elle lui échappe, libre au partenaire contractuel de lui en référer par l'exercice d'un recours en rétractation ou de saisir la juridiction compétente sur le fond pour statuer sur la validité de la transaction et remettre en cause sa force exécutoire²¹. Aussi ne peut-on affirmer que, dans le cadre de la procédure de l'article 1441-4 NCPC, la délivrance de la formule exécutoire relève de l'imperium merum, imperium à l'état pur, puisque le président exerce bien une *jurisdictio* provisoire qui ne lie pas le juge du principal. Conférer force exécutoire à la transaction hors procès ressortit plutôt à l'imperium mixtum car l'imperium est ici indissociable d'une forme de *jurisdictio*²². C'est ce qui justifie que le président du tribunal de grande

¹⁸ Le contraire obligerait les parties à se soumettre à la loi de protection alors que, d'un commun accord, elles ont décidé de ne pas l'appliquer. Cf. sur l'ordre public, P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 648 et s. ; X. Lagarde, «Office du juge et ordre public de protection», *JCP*, 2001 I 312 ; «Transaction et ordre public», *D.*, 2000.217, spéc. n° 12 et s., «Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges», *Rev. arb.*, 2001.423, n° 18 et s. ; Th. Revet, «L'ordre public dans les relations de travail», in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. *Thèmes et Commentaires*, 1996, spéc. p. 54 n° 18 et s.

¹⁹ Pour une application de la procédure gracieuse, qui alourdirait le contrôle : R. Perrot, cité supra, note 17, p. 4, n° 5. Mais le choix entre la procédure contentieuse et la procédure gracieuse n'est pas évident car si le caractère unilatéral de la requête implique l'absence d'adversaire, la charge contentieuse de la requête rend présente une partie adverse même si elle n'est pas appelée. Sur cette dualité de procédure : S. Guinchard, F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 28^e édition, 2006, n° 944 b).

²⁰ Comparer avec l'analyse du texte du Professeur Perrot qui semble suivie par la jurisprudence : R. Perrot, cité supra, note 17. En effet, puisque l'on applique le régime des ordonnances sur requête, l'ordonnance du Président du Tribunal de grande instance peut être exécutoire sur minute, sous réserve de la communication de l'ordonnance au débiteur : cf. TGI Paris (JEX), 20 mars 2000, *Procédures*, 2000, n° 145, obs. H. Croze.

²¹ En ce sens, Metz, 14 mars 2006, RG 03/02923, www.légifrance.gouv.fr.

²² Analyse confortée par Cass. civ. 2e, 24 mai 2007, cité supra, note 12 : cf. les notes citées sous cet arrêt, H. Croze et O. Fradin, Y. Desdevises. Voir sur ces différentes formes de l'imperium : Ch. Jarroson, «Réflexions sur l'imperium», in *Etudes P. Bellet*, Litec 1991, p. 245. Selon ce même auteur, la mission du président ressortit à l'imperium le plus pur, aussi son contrôle minimum devrait s'inspirer de celui du juge

instance soit le seul titulaire de l'imperium²³. Le caractère juridictionnel de l'ordonnance sur requête apposant sur la transaction la formule exécutoire ne devrait pas remettre en cause sa nature contractuelle ni la purger de ses vices : le juge ne tranche rien mais procède simplement à un contrôle de l'acte avant sa mise à exécution²⁴. Est-ce le caractère unilatéral de la requête qui justifie d'alourdir le contrôle de l'acte²⁵ ? Le juge qui donne force exécutoire à la transaction que lui présentent conjointement les parties au cours du procès paraît opérer un contrôle plus léger.

B) Le rapprochement des parties en marge du procès : la procédure commune de l'article 384, alinéa 2 NCPC

9. Après saisine au fond d'un juge²⁶, le texte pertinent pour apposer la formule exécutoire sur la transaction, serait-elle conclue durant une suspension conventionnelle de l'instance²⁷, est l'article 384, alinéa 3 NCPC selon lequel «il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence»²⁸. Le juge saisi de l'affaire qui donne force exécutoire à l'accord des parties qu'il constate au moyen d'un jugement de donné-acte opère-t-il un contrôle sur l'acte ? L'objet de ce donné-acte est moins de constater un accord des parties que de lui donner force exécutoire ; de là, l'utilisation de l'expression ambiguë «contrat judiciaire» pour désigner ce type d'accord et, ainsi, le distinguer du banal donné acte²⁹. Si le juge, après avoir vérifié les consentements, se borne à «enregistrer» une opération contractuelle «sans connaissance de cause»³⁰, c'est son intervention qui produit, en dehors de toute

qui est saisi d'une requête aux fins d'exequatur des sentences arbitrales : Ch. Jarrosson, *Rev. gén. proc.*, 1999.139. En ce sens, X. Lagarde, «Office du juge et ordre public de protection», cité supra, note 18, p. 748 n° 8-9, C. Boillot, *op. cit. supra*, note 7, n° 1221 et s., n° 1228 et s. Pour un contrôle minimum, J. Héron, *Rev. gén. proc.*, 1999, p. 73 et s., L. Cadiet, *JCP*, 1999 I 130, n° 18.

²³ Comparer pour une troisième voie : Y. Desdevises, «Les transactions homologuées : vers des contrats juridictionnalisables ?», *D.*, 2000.284, spéc. n° 14 et s.

²⁴ La demande en rétractation n'y change rien car elle provoque seulement devant le président qui a rendu l'ordonnance contestée un débat contradictoire qui permet à l'adversaire de faire valoir ses arguments pour faire échec à la mise en exécution de l'acte. Et c'est après débat contradictoire que le juge décide de réviser ou non sa position.

²⁵ Sur ce point, l'article 1441-4 NCPC n'est pas conforme à la directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, adoptée le 9 novembre 2007 par le Parlement européen et le Conseil de l'Europe (texte non encore publié), qui, dans sa version provisoire, prévoit à l'article 5.1 relatif au caractère exécutoire des accords issus de la médiation : «Les Etats membres veillent à ce que les parties, ou l'une d'entre elles avec le consentement exprès des autres, puissent demander que le contenu d'un accord écrit issu d'une médiation soit rendu exécutoire (...)». Une mise en conformité du texte pourrait avoir une incidence sur l'étendue du contrôle judiciaire.

²⁶ Mais les juges ayant le pouvoir de constater l'accord des parties sont plus nombreux : juge chargé de suivre la procédure, juge de la mise en état, juge des référés... Voir sur ce point, A. Laude, *op. cit. supra*, note 2, n° 229.

²⁷ Retrait du rôle demandé par les parties (art. 382 NCPC).

²⁸ L'article 281 NCPC, qui prévoit qu'en cas de conciliation au cours de l'expertise les parties «peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord», renvoie à l'article 384, al. 3 NCPC.

²⁹ Y. Muller, «Contrat judiciaire», *Rép. proc. civ. Dalloz*, 1996, n° 20.

³⁰ En ce sens, H. Solus, R. Perrot, *op. cit. supra*, note 2, n° 1184 ; Y. Desdevises, «Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de la procédure civile», *D.*, 1982.247 ; A. Laude, *op. cit. supra*, note 2, n° 217 et s. ; S. Guinchard, F. Ferrand, *op. cit. supra*, note 19, n° 242 et s. ; G. Wiederkehr, cité supra note 3,

manifestation de volonté de sa part, un titre exécutoire³¹. La difficulté est que si le juge opérait un quelconque contrôle de la légalité de l'accord, l'acte, de nature définitive, acquerrait une valeur juridictionnelle. Aussi déduit-on de la possibilité d'agir en nullité contre les contrats judiciaires et de l'exclusion de tout recours contre le jugement de donné-acte l'absence de tout contrôle. En outre, l'accord des parties qui a pour objet de résoudre le litige est une « transaction » qui a « autorité de chose jugée », voire, indépendamment de cette qualification procédurale, un « contrat » dont la « force obligatoire » et « l'effet extinctif » s'imposent au juge³².

10. Cette analyse n'est pas pleinement satisfaisante car l'effet propre du donné acte est de conférer force exécutoire à l'accord des parties, donc de mettre à exécution un acte. Parce que les parties soumettent conjointement l'acte au constat du juge, il n'a pas à se prononcer sur la validité de l'acte qui n'est pas contestée. Si, ensuite, l'une des parties entend contester l'accord, elle devra saisir par voie d'action la juridiction compétente pour se prononcer sur sa validité. Voilà pourquoi le juge qui dresse un donné-acte constate simplement l'existence de la transaction qui résulte d'un protocole d'accord rédigé par les parties ou d'une convergence de leurs conclusions. Autre chose est de lui conférer force exécutoire laquelle ne peut résulter de la simple constatation judiciaire de l'accord mais suppose la manifestation d'une volonté propre du juge. Aussi convient-il de distinguer entre la question de la validité de la transaction couverte par la « force obligatoire » et la question de l'exécution conditionnée par la « force exécutoire ». Il n'est alors pas insensé de penser que l'apposition de la formule exécutoire sur l'acte suppose un contrôle de sa conformité aux dispositions d'ordre public qui lui sont applicables³³. D'ailleurs, une lecture de la convention suffit à débusquer les stipulations contractuelles contraires à l'ordre public qu'elle contient (par exemple, celles par lesquelles les parties renonceraient à des droits d'ordre public non acquis ou contre viendraient à des règles impératives)³⁴, sans que le juge n'ait à se prononcer sur la façon dont le litige est résolu par la transaction, ou encore sur la valeur des concessions que les parties se consentent. C'est en ce sens qu'un tel contrôle n'empêche pas les parties d'attaquer ensuite la validité de l'acte et d'anéantir sa force exécutoire. Et l'on peut penser que refuser de donner force exécutoire à un

p. 891. Comp. Y. Muller, thèse citée supra, note 2, spéc. n° 135 et s., n° 274 et s., qui reconnaît au juge un pouvoir de contrôle mais qu'elle relie à la décision de dessaisissement : « il doit contrôler la réalité même de l'accord, en cerner l'objet et en définir la portée afin de mesurer l'étendue de son dessaisissement » (n° 135).

³¹ L'on en déduit que l'acte n'est pas un jugement mais s'apparente à un procès verbal (J. Héron, T. Le Bars, op. cit. supra, note 10, n° 307) ou à une mesure d'administration judiciaire (Ch. Jarroson, Rev. gén. proc., 1999.140). Cf. Cl. Brenner, « Les décisions dépourvues d'autorité de chose jugée », Procédures, 2007, Etudes 13, n° 7 et s.

³² P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD. civ., 1999.781.

³³ En ce sens, de la jurisprudence : Limoges, 22 janvier 2002, RG N° 99/1903 : « Au vu des deux protocoles d'accord transactionnel (...), il n'apparaît pas dans le contenu de cette transaction, de clauses prohibées par la loi ou contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » ; Y. Muller, thèse citée supra note 2, n° 142, mais la question n'est pas claire (n° 280-281), é.g. Y. Muller, « Contrat judiciaire », cité supra, note 29, n° 69. En ce sens, B. Faucher, La conciliation judiciaire, Thèse Paris II, p. 388-389.

³⁴ Encore que le contenu de cet ordre public renvoie à la distinction ordre public de direction et ordre public de protection, et invite le juge, en cas de méconnaissance d'une disposition d'ordre public de protection, à s'assurer auprès de la partie protégée qu'elle y a renoncé en connaissance de cause : Cf. supra, n° 8, note 18. Reste que, selon un auteur, la notion d'ordre public n'est pas toujours utilisée à bon escient : W. Dross, « Ordre public et transaction », in La transaction dans toutes ses dimensions, cité supra, note 12, p. 63.

acte contraire à l'ordre public ne procède pas d'une vérification juridictionnelle³⁵. Peut-on exécuter par la force un acte contraire à l'ordre public ? La décision du juge relève ici de l'imperium à l'état pur³⁶. La seule difficulté qui se pose est celle des conséquences d'un refus de conférer la force exécutoire à l'acte qui viole l'ordre public. Comme cette question rejaillit sur la validité de la transaction, l'exercice d'un recours contre la décision du juge paraît d'un intérêt limité. Dans cette hypothèse, les parties, qui persistent dans leur volonté, peuvent se passer du titre exécutoire et mettre à exécution spontanée leur transaction — puisqu'au fond elles sont libres de disposer de leurs droits litigieux —, tout en prenant soin de se désister de l'instance. Si l'une des parties, avisée du problème, regimbe à l'exécuter, l'autre pourra demander à la juridiction compétente d'en affirmer la validité et de la condamner à exécuter. Tant que la transaction n'est pas annulée, elle a «force obligatoire» et «autorité de la chose jugée». Le refus de donner force exécutoire à l'acte est sans effet sur sa validité.

11. Que penser dès lors du nouvel article 768, alinéa 2, NCPC³⁷ qui, tombant dans le piège des habitudes de langage, déclare que, dans l'hypothèse d'un accord conclu en cours d'instruction de l'affaire, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance « homologue » l'accord que lui soumettent les parties à cet effet ? Bien sûr que l'on ne devrait pas parler d'homologation dans ce cas-là car l'activité n'a rien de gracieux. Et le législateur se garde bien cette fois de faire référence à la matière gracieuse. Pussions-nous discerner dans l'emploi de cette expression, devenue floue, que le juge fait plus que dresser acte, il donne force exécutoire.

12. En somme, dans les matières disponibles, le juge n'est saisi que de l'exécution d'un accord a priori valable auquel il lui est demandé d'attribuer force exécutoire : il confère force exécutoire à l'accord dès lors qu'il ne viole pas l'ordre public. Dans le contrôle qu'il exerce, c'est l'imperium qui est en cause, non la jurisdictio . Aussi est-ce une erreur d'établir une différence de degré dans l'exercice du contrôle suivant que l'accord est conclu hors procès ou passé en marge du procès : dans le premier cas, le caractère unilatéral de la requête provoque un renforcement du contrôle qui relève davantage de l'imperium mixtum ; dans le deuxième cas, le caractère conjoint de la demande autorise à s'en tenir à un contrôle sommaire qui relève de l'imperium merum. La procédure sur requête n'a pas à s'appliquer dans le cadre de l'article 1441-4 NCPC car il n'est pas demandé au juge qui rend exécutoire un accord d'exercer une quelconque jurisdictio . Le juge doit-il appréhender différemment l'accord par lequel les parties mettent fin à leur litige à l'issue d'une conciliation ou d'une médiation ? Il existe, à première vue, une différence de nature dans le contrôle exercé sur ces accords. Dans les matières indisponibles, le juge est saisi de la validité de l'accord au regard des exigences légales et opère un contrôle de nature juridictionnelle : il ne donne effet qu'à un accord qu'au fond il approuve et, ainsi, rend exécutoire. Par contre, dans les matières disponibles, le juge n'est saisi que de l'exécution d'un accord a priori valable auquel il lui est demandé d'attribuer force exécutoire. Dans ce dernier

³⁵ Cf. I. Balensi, «L'homologation judiciaire des actes juridiques», RTD. civ., 1978.58, n° 29.

³⁶ Cf. Ch. Jarroson, «Réflexions sur l'imperium», cité supra, note 22, p. 268 n° 56 et s.

³⁷ Art. 768, al. 2, NCPC, issu du décret n° 2005-1678 du 25 décembre 2005 : «Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent.»

cas, rien légalement ne devrait autoriser à traiter différemment un accord issu d'une médiation-conciliation d'un accord né d'un rapprochement des parties. Pour autant, le contexte procédural n'est pas le même : la médiation-conciliation est intégrée à la procédure judiciaire alors que la transaction reste en dehors. C'est dire que la loi a plaqué la réglementation des modes alternatifs sur les dispositions existantes du Code de procédure civile sans rien repenser du modèle procédural qu'elles véhiculent.

II. LA RÉALISATION DE L'ACCORD DE RÈGLEMENT AMIABLE SOUS LA TUTELLE DU JUGE

13. La forme de l'acte rendant exécutoire l'accord des parties varie suivant que le magistrat participe à la réalisation de la conciliation ou supervise un rapprochement des parties facilité par un tiers qu'il désigne, «conciliateur de justice »³⁸ ou «médiateur». Lorsque le juge parvient à concilier les parties, il peut être invité par celles-ci à «constater» dans un procès verbal l'accord passé devant lui (art. 130 NCPC)³⁹. L'établissement d'un procès-verbal de conciliation ne constitue pas une décision juridictionnelle mais permet la délivrance d'un titre exécutoire (art. 131 NCPC). En revanche, lorsque l'accord est le résultat d'une médiation ou d'une conciliation effectuée par un conciliateur de justice, les parties peuvent demander au juge son «homologation» qui «relève de la matière gracieuse» (art. 131-12, 832-8 NCPC). A première vue, l'apposition de la formule exécutoire ne devrait pas impliquer du juge la même mission de contrôle suivant qu'elle fait suite à une «constatation» ou relève d'une «homologation». S'agissant de la conciliation devant le juge, la mission de contrôle s'exerce au cours des opérations de négociation avec les parties, de sorte que l'accord auquel parviennent les parties n'a qu'à être constaté (A). Aussi la question du contrôle au stade de l'apposition de la formule exécutoire ne se pose vraiment que dans le cas où les parties, après être parvenues à un arrangement devant le médiateur ou le conciliateur de justice, soumettent au juge leur accord pour qu'il le rende exécutoire. C'est là que l'emploi du terme «homologation» et, surtout, son rattachement à la matière gracieuse pour des accords passés dans des matières disponibles, prennent un sens équivoque (B).

³⁸ Le conciliateur de justice n'opère de conciliation des parties à la place du juge que devant le tribunal d'instance ou la juridiction de proximité.

³⁹ Le juge peut tout aussi bien constater la conciliation dans un jugement de donné-acte mais il semble que lorsque l'accord est passé devant le juge, l'article 384, al. 3, NCPC renvoie désormais aux dispositions des articles 127 à 131 NCPC relatifs à la conciliation. Pour preuve, l'article 768 NCPC, qui précise que si une conciliation intervient devant le juge de la mise en état durant l'instruction de l'affaire soumise au tribunal de grande instance, il «peut constater la conciliation, même partielle, des parties», ce qui renvoie à l'application des articles 127 à 131 NCPC, alors que si l'accord est trouvé hors sa présence, il «homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent».

A) La contribution du juge-conciliateur à l'accord (le procès-verbal de conciliation)

14. L'activité judiciaire de conciliation⁴⁰ est un mode non-juridictionnel de solution des litiges qui opère en cours d'instance⁴¹. Elle fait au mieux intervenir tous les acteurs du procès — juge, parties et, le cas échéant, leurs conseils⁴². Si le Code prescrit au juge de «s'efforcer» de concilier les parties, il ne dit pas quelle doit être son attitude au cours de la négociation. Toute tentative de définition est assez vaine, tant sont diverses les pratiques judiciaires. Les textes ne font pas moins de l'activité de conciliation une forme procédurale de réalisation de l'accord. L'activité de conciliation ouvre un «espace de discussion» dont le déroulement, les échanges d'arguments créent des «interactions de négociation» à laquelle chaque acteur est amené à participer⁴³. Le juge procède à des incursions dans la discussion qui s'établit entre les parties, oriente la suite des échanges, parfois même fait émerger les éléments d'une proposition de conciliation. Il paraît impensable qu'un juge laisse les parties aboutir à un accord auquel elles n'adhéreraient pas pleinement, ou encore qui serait contraire à leurs intérêts, à l'ordre public ou en fraude à la loi.

15. C'est bien à cette dynamique propre à l'activité de conciliation que fait référence la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation lorsqu'elle définit en termes étroits l'office du bureau de conciliation du conseil de prud'hommes : «la conciliation (...) est un acte judiciaire qui implique une participation active du bureau de conciliation à la recherche d'un accord des parties préservant les droits de chacune d'elles ; qu'en conséquence, cet acte, ne peut être valable que si le bureau a rempli son office en ayant, notamment, vérifié que les parties étaient informées de leurs droits respectifs»⁴⁴. La Chambre sociale invite les juges conciliateurs du conseil de prud'hommes à se placer dans une optique de protection du salarié et à se livrer à un contrôle poussé du contenu de l'accord : ainsi doivent-ils s'assurer que les parties ont bien été informées de leurs droits et que l'accord comporte des concessions réciproques. Et un auteur de remarquer : «pour exercer ce contrôle, le juge social rapproche la solution transactionnelle de la solution qu'il aurait donnée au litige» et vérifie qu'elle est favorable au salarié⁴⁵. Ce contrôle, que l'on ne retrouve pas dans

⁴⁰ Sur la distinction pertinente entre acte de règlement et activité de conciliation : Rapport de fin d'études : La conciliation et le traitement non-juridictionnel des conflits privés, Saint-Etienne, CERCRID, Université de Saint-Etienne, octobre 1985, p. 1 et s.

⁴¹ La conciliation constitue une tentative obligatoire préalable à l'instance devant le tribunal d'instance (art. 836 et s. NCPC), devant la juridiction de proximité (anc. art. L. 331-3 COJ), devant le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 887, 888 NCPC), devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes (art. R. 516-13 et s. C. trav.). Devant toutes les juridictions, elle est une tentative facultative pendant l'instance (art. 21 NCPC).

⁴² L'on imagine mal une conciliation sans une comparution personnelle de toutes les parties, qu'ordonne le juge lorsqu'elle n'est pas obligatoire.

⁴³ E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, Transactions et pratiques transactionnelles, Economica, 1987, spéc. sur l'étude des interactions de conciliation, p. 97 et s.

⁴⁴ Cass. soc., 28 mars 2000, pourvoi n° M 97-42.419. Dans le même sens, Cass. soc., 5 décembre 2007, pourvoi n° 06-40.634, Revue de droit du travail, n° 2-février 2008, p. 119, note E. Serverin. Démarche suivie par les juridictions du fond, statuant en matière sociale : Grenoble, Ch. soc., 21 juin 2002, RG N° 98/02526 ; Grenoble, Ch. soc., 5 juin 2000, RG N° 98/04002 ; Paris, Ch. com., 17 janvier 2002, RG N° S 01/34794 ; Paris, 6 mars 2002, RG N° S 00/32176 ; Riom, Ch. soc., 9 novembre 2004, RG N° 03/01653.

⁴⁵ L. Poulet, Transaction et protection des parties, LGDJ, 2005, p. 273 et s., spéc. n° 744. En effet, si le salarié, en contrepartie de la renonciation à son droit d'action, n'est pas rempli de ses droits ou ne reçoit que ce qui

d'autres matières imprégnées d'un ordre public de protection, est lié aux spécificités du droit social. Aussi ne peut-on pas se fonder sur cette jurisprudence sociale pour décrire le contrôle que doit opérer le juge dans le cadre de son activité de conciliation. Mais elle n'en demeure pas moins révélatrice de la contribution du juge-conciliateur, plus ou moins active, à la réalisation de l'accord de sorte que l'accord qu'il constate dans le procès-verbal qu'il dresse a déjà été contrôlé lors des opérations de négociation entre les parties. Reste qu'en règle générale, le juge-conciliateur n'a pas à contrôler la légalité de l'accord, sans quoi il orienterait l'accord vers la solution qu'il donnerait en légalité au litige à partir du récit des faits et des arguments des parties, mais sans avoir instruit le dossier.

16. S'il paraît souhaitable que, dans des matières teintées d'un ordre public destiné à protéger des parties dites faibles⁴⁶, le juge les informe préalablement sur leurs droits de façon à ce qu'elles en disposent en connaissance de cause, dans les autres contentieux ce rappel de la règle de droit pourrait nuire à la recherche d'une solution amiable et placer le juge conciliateur dans la posture du juge légaliste. Les parties, le cas échéant avec leurs conseils, doivent rester libres de négocier l'accord qui leur convient⁴⁷. Et le juge-conciliateur, qui les aide dans cette démarche, veille à ce que l'accord parvienne à un équilibre où chacun y trouve son intérêt (serait-il construit en marge des règles de droit ou des chefs de demande initiaux)⁴⁸. C'est si vrai que lorsque les séances de conciliation ne suffisent pas à accoucher d'un accord satisfaisant, certains juges-conciliateurs orientent les parties vers une médiation judiciaire pour poursuivre le travail de reprise de dialogue et d'accompagnement dans l'élaboration d'un accord que le temps des audiences de conciliation ne permet pas de réaliser⁴⁹. Si un accord est finalement conclu lors des séances de médiation, le juge-conciliateur aura à en connaître à nouveau si les parties lui demandent de l'homologuer pour lui donner force exécutoire. C'est dire que la question de l'ouverture d'un recours en justice contre le refus de dresser un procès-verbal de conciliation constatant l'accord ne devrait pas se poser en pratique car le juge-conciliateur estimera qu'à défaut de règlement par voie de conciliation, il y a lieu de renvoyer l'affaire en jugement. A l'inverse, si l'on voit dans la conciliation, concrétisée dans un procès-verbal d'accord, un «acte judiciaire» dans lequel le juge joue un rôle, un recours approprié doit être ouvert aux parties pour le contester. C'est en ce sens que se prononce la jurisprudence sociale lorsqu'elle déclare recevable un appel nullité des parties pour excès de pouvoir du juge-conciliateur qui n'a pas procédé aux vérifications qui lui incombent⁵⁰. Mais il ne faudrait pas en déduire que la remise en cause de l'accord passe nécessairement par la contestation de la validité du procès-verbal de conciliation, sinon ce serait donner au procès-verbal une portée quasi-juridictionnelle alors qu'il constate un accord qui puise

lui est dû, l'employeur n'a pas fait de concessions.

⁴⁶ Droit du travail, droit des assurances, droit de la consommation, droit du bail.

⁴⁷ En ce sens, J. Joly-Hurard, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUF, 2003, p. 316, n° 510.

⁴⁸ Cf. B. Gorchs, «La conciliation comme «enjeu» dans la transformation du système judiciaire», *Droit et Société*, 62/2006, p. 223.

⁴⁹ Pratique signalée par Mme Béatrice Blohorn-Brenneur, Présidente de Chambre à la Cour d'appel de Grenoble.

⁵⁰ Cass. soc., 24 mai 2006, Bull. civ. V, n° 189. L'appel réformation n'est pas possible puisque le juge-conciliateur ne tranche rien.

son fondement dans la volonté des parties⁵¹. Aussi les parties devront-elles agir en nullité de l'accord conformément aux principes du droit des obligations. Le procès-verbal n'ayant pas le caractère d'un jugement (art. 582 NCPC), les tiers ne peuvent attaquer la conciliation par la voie d'une tierce opposition, mais seulement l'accord par la voie de l'action paulienne (art. 1167 C. civ.)⁵². C'est dire que cette juxtaposition du procès-verbal, acte judiciaire, et de l'accord des parties, acte conventionnel, obscurcit la nature juridique de l'opération finale qu'est le procès-verbal d'accord. Tout aussi délicate est l'analyse de l'homologation d'un accord issu d'une médiation-conciliation effectuée par un tiers désigné par le juge.

B) La réception par le juge de l'accord issu d'une médiation-conciliation (l'homologation)

17. Le juge saisi d'un litige peut désormais, avec l'accord des parties, désigner un tiers pour rechercher à sa place une conciliation des parties. Selon la loi du 8 février 1995, dans les matières disponibles, cette mission de conciliation peut être déléguée au conciliateur de justice par le juge d'instance ou au médiateur judiciaire par tout juge. Cette délégation ouvre deux phases distinctes : le tiers mène la négociation et, s'il y a accord, l'affaire revient devant le juge pour qu'il constate l'accord des parties⁵³. Or cette constatation s'opère par la voie d'une homologation que le législateur rattache expressément à la matière gracieuse. Faut-il se résigner à ce que le juge exerce sur l'accord une juridiction gracieuse⁵⁴ ? Le juge y exercerait alors le même office que lorsqu'il rend en droit de la famille un jugement gracieux d'homologation de la convention des parties, le cas échéant obtenue dans le cadre d'une médiation familiale. En effet, les lois du 4 mars 2002 (autorité parentale) et du 26 mai 2004 (divorce) intègrent la médiation à la procédure judiciaire de règlement des conflits familiaux. Mais bien que procédant de la même philosophie, la médiation familiale n'est pas une médiation judiciaire au sens de la loi du 8 février 1995 et échappe à son régime de procédure car elle opère sur des droits indisponibles, de sorte que si les parties parviennent à un accord, l'efficacité de celui-ci est subordonnée à son homologation par le juge. Or, en dehors des matières où les droits sont indisponibles, il n'y a pas d'obligation légale de s'adresser au juge pour faire produire des effets de droit à l'accord des parties. Les textes relatifs à la médiation judiciaire et à la conciliation déléguée ne disent pas le contraire : l'accord de règlement amiable, même issu d'une médiation ou d'une conciliation déléguée, a force obligatoire dès sa conclusion puisque la faculté de demander son homologation par le juge, ouverte aux parties, n'a

⁵¹ Sur cette ambiguïté, voir les décisions rendues en matière sociale citées supra, note 44. Voir sur cette difficulté, les observations de B. Faucher, thèse citée supra, note 33, p. 390 et s.

⁵² Cass. soc., 1er février 1957, Gaz. Pal., 1957.2.403 (procès-verbal de conciliation) : les contrats judiciaires, qui ne constituent pas des décisions, ne sont pas susceptibles de tierce opposition. Contra : ouverture de la tierce opposition contre un jugement de donné-acte (sic), Cass. civ. 1ère, 12 avril 2005, pourvoi n° 02-12586 (l'emploi du terme « jugement d'homologation » est sans doute à l'origine de la méprise, c'est l'acte juridique — protocole d'accord — qu'il convenait d'attaquer, non le jugement lui-même).

⁵³ B. Blohorn-Brenneur, « La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation », D., 2001.254.

⁵⁴ En ce sens, L. Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges : de la contradiction à la conciliation », Mélanges Champaud, Dalloz, 1997, p. 133.

pour effet que de lui donner force exécutoire⁵⁵. Aussi n'a-t-on pas tort de dire que le législateur a créé là un cas de «fausse juridiction gracieuse»⁵⁶. Faut-il alors en conclure que le législateur n'a entendu emprunter à la juridiction gracieuse que sa procédure sans soumettre la décision d'homologation au régime des jugements gracieux⁵⁷ ? Or, comme l'énonce un auteur, la juridiction gracieuse est un tout : les pouvoirs particuliers du juge ne s'expliquent que par l'objet de son intervention, contrôler l'activité juridique des particuliers que la loi place sous son autorité⁵⁸. Dissocier la procédure de la nature de l'acte serait donner au juge des pouvoirs disproportionnés par rapport à l'objet réduit de son intervention⁵⁹. Si l'homologation ne caractérise pas une activité gracieuse, elle ne se réduit pas à une simple formalité procédurale, sans quoi le juge se bornerait à enregistrer un accord sans opérer aucun contrôle. Le législateur ne peut pas avoir placé l'activité du conciliateur et du médiateur sous la tutelle étroite du juge sans attendre de lui qu'il contrôle un minimum l'acte de règlement qui en est issu. Mais, en l'absence de critères légaux de contrôle, c'est à partir de l'objet de l'intervention du juge qu'il convient de les rechercher. Aussi convient-il de traiter différemment les deux types d'homologation judiciaire en vigueur : l'homologation imposée aux parties en cas d'accord par voie de médiation familiale (1) et l'homologation voulue par les parties en cas d'accord par voie de médiation judiciaire et de conciliation déléguée (2).

1) L'homologation judiciaire imposée aux parties (matières indisponibles)

18. Les textes spécifiques relatifs à la médiation familiale fixent l'objet de l'intervention du médiateur : faciliter la recherche d'un accord en vue d'un exercice consensuel de l'autorité parentale ou d'un règlement amiable des conséquences du divorce (art. 373-2-10, art. 255 C. civ.). Le législateur ne réserve pas un traitement particulier aux accords passés en médiation et les soumet au même contrôle que les accords conclus directement entre les parties, avec l'aide de leurs avocats. C'est que la médiation familiale, portant sur des droits indisponibles, n'est pas une alternative à la voie judiciaire mais un instrument du règlement des conflits qui reste judiciaire ; de là, l'obligation légale de soumettre à homologation judiciaire l'accord pour qu'il prenne effet. L'on est bien dans le domaine gracieux tel que défini par l'article 25 NCPC⁶⁰. Voilà pourquoi il faut se référer aux textes qui prévoient les conditions auxquelles l'homologation judiciaire de l'accord est subordonnée (art. 268, art. 373-2-7 C. civ.). La vérification du juge porte essentiellement sur deux points — intégrité et liberté du

⁵⁵ Loi du 8 février 1995, art. 25, art. 131-12 (médiation) et art. 832-2 (conciliation et juge d'instance) NCPC, art. L. 231-3 (conciliation et juge de proximité) COJ nouv.

⁵⁶ J. Héron, *Rev. gén. proc.*, 1999.74. En ce sens, Ch. Jarroson, *Rev. gén. proc.*, 1999.138 ; G. Wiederkehr, cité supra note 3, p. 892 ; S. Guinchard et F. Ferrand, *op. cit. supra*, note 19, n° 245 p. 292, J. Joly-Hurard, *op. cit. supra*, note 47, n° 671 et s. ; ces deux derniers auteurs qualifiant le jugement d'homologation d'acte judiciaire non juridictionnel (ni contentieux, ni gracieux), voire d'acte réceptif du juge.

⁵⁷ Cf. C. Hugon, «Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire? », *Petites affiches*, 11 décembre 2003, p. 4.

⁵⁸ D. Le Ninivin, *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec Droit, p. 87 n° 248 et s. Cf. J. Normand, *Le juge et le litige*, LGDJ, 1965, p. 7-8, n° 8.

⁵⁹ Comparer avec les implications de la qualification de l'ordonnance rendue par application de l'article 1441-4 NCPC d'ordonnance sur requête si l'on applique la procédure gracieuse.

⁶⁰ D. Le Ninivin, *op. cit. supra* note 58, p. 53 n° 153 ; J.-L. Bergel, «La juridiction gracieuse en droit français», *D.*, 1983.26.

consentement, préservation des intérêts des époux ou des enfants — qu'il est conduit à apprécier au cas par cas en légalité et en opportunité. Le juge procède à un contrôle de nature juridictionnelle du contenu même de l'accord⁶¹. Aussi tant qu'il n'est pas homologué, l'acte ne vaut rien et les parties peuvent revenir sur leur consentement ou leurs engagements. Mais après homologation, il n'est pas certain que le contrôle purge l'acte de ses vices et le rende incontestable sur le terrain du droit des obligations. L'on ne peut pas déduire de ce que le jugement par lequel le juge statue en matière gracieuse est susceptible d'un recours⁶² que l'accord ne peut pas être contesté par une autre voie. Or la jurisprudence en ce domaine semble relever de considérations d'opportunité : qu'elle ferme toute action en nullité contre la convention de divorce pour ne pas compromettre le divorce, ou qu'elle l'admette contre une convention homologuée de changement du régime matrimonial pour pallier les insuffisances du système des voies de recours⁶³. Et le système préconisé par Ivan Balensi qui consiste à voir dans l'homologation une juxtaposition de la décision du juge à un acte juridique préexistant de façon à n'exclure l'action en nullité que sur ce qui a fait dans l'accord l'objet d'une vérification juridictionnelle est d'un maniement délicat⁶⁴. Puisque au fond et par décision de la loi, l'acte n'accède à la vie juridique qu'avec l'homologation du juge, il ne paraît pas erroné de penser que le juge fait sien l'acte qu'il contrôle de sorte que l'acte homologué ne peut être attaqué que par l'exercice des voies de recours⁶⁵.

19. Faut-il s'attendre à ce que le juge appréhende différemment l'accord qui se réalise dans le cadre d'une médiation familiale ? Si l'on se place sur le terrain du droit, le contexte procédural de l'élaboration de l'accord des parties ne devrait pas assouplir le contrôle opéré a posteriori par le juge. Il n'a pas à se décharger de sa mission légale de protection des intérêts des parties sur le médiateur qui, a priori non juriste, n'est là que pour faciliter la réalisation d'un accord. Mais, en pratique, il n'est pas exclu qu'un travail du juge en étroite collaboration avec le médiateur familial et les avocats établisse un rapport de confiance qui rejaillisse sur son appréhension de l'accord⁶⁶. Le juge hésitera certainement plus à remettre en cause sur le fond un accord qu'il sait

⁶¹ Voir sur ce contrôle, J. Hauser, «Le juge homologateur en droit de la famille», in P. Ancel et M.-Cl. Rivier (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 114. Sur la nature juridictionnelle des décisions gracieuses qui paraît désormais acquise : I. Balensi, cité supra, note 35, p. 60 n° 31; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 5e éd., 2006, n° 99 ; Cl. Brenner, cité supra, note 31, n° 13 et s.

⁶² En particulier, par les requérants : appel de la décision de refus d'homologation ou pourvoi en cassation contre la décision d'homologation, recours en révision si on l'estime applicable aux jugements rendus en matière gracieuse (art. 593 NCPC).

⁶³ En matière de divorce, la Cour de cassation justifie le rejet de toute action en nullité par l'indivisibilité du divorce et de la convention (Cass. civ. 2e, 6 mai 1987, Bull. civ., II, n° 103), tandis qu'elle déclarait, dans un arrêt du 14 janvier 1997, que l'homologation laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial de sorte que la convention des parties peut être annulée pour des causes qui lui sont propres (Cass. civ. 1ère, 14 janvier 1997, Bull. civ., I, n° 20). Voir sur cette analyse, X. Lagarde, «Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges», cité supra, note 18, p. 433 n° 8 ; J. Hauser, «Le juge homologateur en droit de la famille», cité supra, note 61, p. 114.

⁶⁴ I. Balensi, cité supra, note 35, p. 66 et s. Cf. A. Engel-Créach, *Les contrats judiciairement formés*, Economica 2002, p. 143 n° 210 et s.

⁶⁵ En ce sens, X. Lagarde, cité supra, note 63. Et d'ailleurs, Y. Balensi relève que «le recours en révision fait double emploi avec l'action en nullité de la convention homologuée» (cité supra, note 35, n° 87 p. 249).

⁶⁶ En ce sens, Marc Juston, Président du Tribunal de grande instance de Tarascon.

élaboré en respect des principes du droit, et, de surcroît, rédigé par les avocats respectifs, dès lors qu'il est assuré du consentement des parties et a vérifié que les termes de l'accord sont juridiquement possibles et exécutoires⁶⁷.

20. Reste que la médiation, qui plus est familiale, opère dans un champ plus vaste que le juridique et le droit étatique : le médiateur travaille sur tous les aspects du conflit, juridiques et non-juridiques, dans l'espoir de rétablir un dialogue rompu entre les parties et de les amener, si possible, à une solution concertée du conflit (autrement dit une conciliation)⁶⁸. Voilà pourquoi l'accord qui se fait plus sur le conflit (dans tous ses aspects) que sur l'objet du litige peut comporter des éléments non-juridiques⁶⁹. Or la convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice⁷⁰, si bien qu'elle est, dans tous ses éléments, exécutoire par la force. Que faire des dispositions qui, sans portée juridique, n'en ont pas moins, comprises dans l'accord, une dimension symbolique ? Les juges, face à un tel accord en marge du juridique, ne peuvent refuser en bloc de l'homologuer au motif que certains éléments ne sont pas exécutoires par la force⁷¹. Ils pourraient user de la technique procédurale du donné-acte pour contourner la difficulté juridique. Le donné-acte est une notion plus vaste que le contrat judiciaire : c'est «le jugement qui fait état, à la demande d'une partie (ou des deux) et comme venant d'elle(s), d'une constatation, ou d'une déclaration». Dans ce cas, l'on s'accorde à dire «qu'il est une simple déclaration, un constat dépourvu de conséquences juridiques particulières, le juge se bornant à constater un acte ou un fait. Le donné-acte ne peut donc créer aucun droit ni constituer un titre au profit ou à l'encontre de l'une des parties»⁷². Aussi, quand le juge reprend les termes de l'accord dans sa décision gracieuse d'homologation, peut-il dans un paragraphe séparé de celui relatif à l'accord sur le litige donner acte des déclarations des parties qu'il aura préalablement isolées. Ces dernières, sans valeur juridique, ne seront pas couvertes par la formule exécutoire. Le problème, pouvant se poser dans les mêmes termes lorsqu'en dehors du domaine gracieux l'homologation est recherchée par les parties pour donner force exécutoire à l'accord, devrait recevoir la même solution.

⁶⁷ Par exemple, l'un des époux qui s'engagerait à payer à l'autre, plus fortuné, une prestation compensatoire ; ou encore, les parents qui s'accorderaient sur la résidence alternée des enfants alors que l'éloignement géographique rend difficile la réalisation de celle-ci dans le respect de l'équilibre des enfants. Mais, si les avocats sont présents à la médiation, ces situations contraires au droit et au bon sens ne devraient pas se réaliser.

⁶⁸ B. Gorchs, «La médiation dans le procès civil : sens et contresens (Essai de mise en perspective du conflit et du litige)», RTD. civ. , 2003.409.

⁶⁹ Le cas d'un accord relatif aux modalités de la résidence alternée d'un enfant par lequel il est convenu que si le parent qui héberge l'enfant doit s'absenter un soir, il téléphone à l'autre avant de faire appel à la baby-sitter ; par écho à un accord original : B. Blohorn-Brenneur, «La médiation judiciaire en France : bilan de dix ans de pratique (1995-2005)», Gaz. Pal ., mercredi 11 jeudi 12 mai 2005, p. 1556.

⁷⁰ Par extension de l'article 279 du Code civil propre au divorce par consentement mutuel, procédure totalement gracieuse

⁷¹ Question envisagée mais non résolue par la directive du 9 novembre 2007 sur certains aspects de la médiation, citée supra, note 25, qui déclare dans un considérant 17 (ex.10) qu'un Etat membre «ne devrait pouvoir refuser de rendre un accord exécutoire que (...) si son droit ne prévoit pas la possibilité de rendre le contenu de l'accord en question exécutoire. Tel pourrait être le cas si l'obligation énoncée dans l'accord ne peut, par nature, recevoir la force exécutoire.» Et de prévoir à l'article 5.1 que «le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire sauf si (...) le droit de cet Etat membre ne prévoit pas la possibilité de le rendre exécutoire».

⁷² Y. Muller, «Contrat judiciaire», cité supra, note 29, n° 20-21.

2) L'homologation judiciaire voulue par les parties (matières disponibles)

21. Dans le procès, l'articulation modes alternatifs de règlement des litiges et droit processuel s'opère par l'utilisation de la technique de l'homologation judiciaire alors que les parties ont la libre disposition de leurs droits⁷³. Si l'on estime que l'homologation judiciaire des accords issus des modes alternatifs n'est pas de la juridiction gracieuse, faut-il n'y voir qu'un «jugement de donné-acte» donnant lieu au contrôle attaché à l'imperium ? Tout dépend du sens que l'on entend donner à l'utilisation des modes alternatifs dans le cadre du procès. Si la médiation judiciaire et la conciliation déléguée sont utilisées pour promouvoir au cours de l'instance le règlement conventionnel des litiges, l'accord des parties, conformément à l'autonomie de la volonté, est un contrat qui, doté de la force obligatoire, est pleinement efficace et s'impose au juge. Le juge qui homologue l'acte à la demande des parties pour lui donner force exécutoire doit se borner à en donner acte sous réserve du respect de l'ordre public. Si, au contraire, les modes alternatifs sont envisagés comme une procédure judiciaire alternative pour sortir du conflit, l'homologation apparaît comme un parachèvement du processus judiciaire de règlement du litige. Le renvoi des parties en médiation ou en conciliation répond à la nécessité de résoudre le différend avec d'autres méthodes de travail que n'autorise pas le traitement juridictionnel, jugé inadapté à la situation. Le règlement amiable est alors articulé à la solution judiciaire du litige. Si le législateur, en légalisant les modes alternatifs, pousse les litigants à transiger pour désengorger les juridictions, les juges qui utilisent à bon escient ces nouvelles méthodes de résolution ont en vue un meilleur règlement des conflits. Et les textes de procédure, quoique écrits pour maintenir la marche du procès, leur donnent les moyens d'une telle politique puisqu'ils placent l'activité du médiateur ou du conciliateur sous leur contrôle étroit.

2. Le type de contrôle opéré par la chambre sociale de la Cour de cassation paraît participer de cette approche originale de l'accord : par un obiter dictum, la Cour précise «qu'en tout état de cause le juge n'est pas tenu d'homologuer l'accord qui lui est soumis par les parties mais doit vérifier qu'il préserve les droits de chacune d'elles»⁷⁴. Cette démarche est reprise par la Cour d'appel d'Agen dans un litige de droit immobilier, mais conduit à une conséquence procédurale inattendue : si la médiation n'est pas susceptible d'apporter une solution au litige, «le procès verbal de médiation (...) ne peut pas être homologué et il y a lieu de statuer à l'égard de toutes

⁷³ L'homologation a un champ d'application plus vaste que le domaine gracieux. En dehors des modes alternatifs, la jurisprudence emploie indifféremment les termes de «donné-acte» et d'«homologation» (Lyon, 24 février 2006, www.legifrance.gouv.fr ; Bordeaux, 18 novembre 2005, www.legifrance.gouv.fr ; Limoges, 22 janvier 2002, RG N° 99/1903 ; Cass. civ. 2^e, 27 mai 2004, Bull. civ., II, n° 253), et la loi parle d'homologation lorsqu'elle subordonne la production de certains effets par l'acte à la vérification de certaines conditions, sans que ce soit la marque d'une juridiction gracieuse : récemment, l'accord issu de la procédure de conciliation créée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, art. L. 611-8 C. com (cf. sur cet article, H. Croze et O. Fradin, «Transaction et force exécutoire», cité supra, note 12, p. 97-98). Voir sur l'homologation en général, L. Amiel-Cosme, «La fonction d'homologation judiciaire», *Justices*, 1997.135 ; A.-F. Zatarra, «L'homologation en droit privé», *RRJ*, 2004-1, p. 85 ; C. Fardet, «La notion d'homologation», *Droits*, 1999, 28, p. 181 ; I. Balensi, cité supra, note 35.

⁷⁴ Dans le cadre d'une médiation sociale : Cass. soc., 18 juillet 2001, Bull. civ., V, n° 279. Déjà en ce sens, sous la présidence de Béatrice Blohorn-Brenneur, Grenoble, 4 janvier 1999, RG N° 97/01608.

les parties au vu des éléments versés aux débats»⁷⁵. Autrement dit, quand les parties font le choix de présenter leur accord aux magistrats, ceux-ci, tenus de vérifier qu'il préserve leurs droits, sont conduits à regarder comment le litige a été résolu par voie conventionnelle au regard des règles de droit applicables. Et si l'accord n'apporte pas à leurs yeux une solution satisfaisante au conflit (reste à en définir les critères), ils ne l'homologuent pas et renvoient l'affaire en jugement. C'est convenir que l'accord n'a aucune valeur juridique et n'oblige personne tant qu'il n'est pas homologué, de sorte que s'il ne l'homologue pas, le juge fait comme s'il n'y avait pas eu de conciliation entre les parties. C'est aussi permettre aux parties de revenir sur l'accord jusqu'à l'homologation⁷⁶. C'est enfin reposer la question délicate du recours contre le refus d'homologation. Or une telle pratique processuelle est discutable au regard de la nature juridique et de l'accord des parties et de l'intervention du juge⁷⁷.

23. Cet accord que les parties soumettent à homologation prend en droit le nom de transaction⁷⁸ et se trouve doté sur le terrain de la procédure de l'autorité de chose jugée⁷⁹. L'autorité de chose jugée veut dire que «une fois la transaction conclue, il ne reste rien à juger»⁸⁰. Mais, au fond, la transaction sur procès est une convention⁸¹. Et l'autorité de chose jugée attachée à la transaction est sur le terrain de la procédure ce qu'est sur le terrain du droit civil la force obligatoire qui «s'impose aux parties, mais également au juge»⁸². L'application de l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil, aux termes duquel le contrat tient «lieu de loi» aux parties, conduit au même résultat : «les parties ont elles-mêmes convenu de la solution à donner à leur litige, elles sont liées

⁷⁵ Agen, 31 janvier 2006, www.legifrance.gouv.fr : en effet, les solutions apportées dans le procès-verbal d'accord partiel aux difficultés liées à l'écoulement des eaux qui s'effectue sur les fonds sont jugées indissociables du règlement du litige avec les parties qui n'ont pas adhéré à la proposition de médiation, de sorte que seule une solution judiciaire globale peut être apportée au litige entre toutes les parties.

⁷⁶ Même si l'on en comprend l'intérêt pratique, pour une démarche en ce sens : B. Blohorn-Brenneur, «La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation», D ., 2001.254 ; «La médiation judiciaire : quelle procédure pour les MARL ?», in Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, cité supra , note 12, spéc. p. 181.

⁷⁷ La référence malheureuse à la matière gracieuse légitime une telle démarche : cf. Agen, 31 janvier 2006, cité supra, note 75, qui rappelle dans sa décision que «l'article 131-2 dispose que l'homologation de l'accord des parties relève de la matière gracieuse».

⁷⁸ La transaction judiciaire est le contrat par lequel les parties mettent fin au procès (art. 2044 C. civ. : C. Cornu, J. Foyer, Procédure civile , Paris, PUF, 1996, p. 35). Certes, la jurisprudence ne qualifie transaction que l'accord réalisé au moyen de concessions réciproques : V. Ch. Jarrosson, «Les concessions réciproques dans la transaction», D ., 1997.267. L'accord qui, en l'absence de concessions réciproques, ne peut pas être qualifié de transaction, n'en a pas moins une valeur juridique et peut entrer dans une autre catégorie juridique (remise de dette, solde de tout compte, promesse unilatérale de vente, etc.) dès lors qu'il en présente les caractéristiques. Mais tant que la présence des concessions réciproques n'est pas contestée, l'accord reçoit la qualification de transaction.

⁷⁹ Dans l'esprit des codificateurs, la transaction doit avoir une force pareille au jugement : Exposé des motifs par Bigot-Préameneu, in Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome 15, 1827, Otto Zeller Osnabrück, éd. 1968, p. 103. Le régime spécial de la transaction est bâti sur l'idée d'irrévocabilité du contrat : en particulier, exclusion de l'annulation pour erreur de droit ou de la rescision pour lésion.

⁸⁰ Ch. Jarrosson, «La transaction comme modèle», in Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, cité supra note 61, pp. 68-69.

⁸¹ Encore que des décisions de justice tirent de l'autorité de la chose jugée une force supérieure de la transaction à la convention. L'effet de chose jugée retire aux parties des pouvoirs qu'elles ont en matière de contrat dès lors que l'exercice de ces pouvoirs remettrait en cause l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction, en l'espèce la faculté de résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée : Cass. civ. 1ère , 3 février 2004, RDC , 2004.1028, obs. X. Lagarde.

⁸² Ch. Jarrosson, «La transaction comme modèle», cité supra, note 80, p. 68.

par cet arrangement, par la norme qu'elles ont d'elles-mêmes posée à cet égard, et, en conséquence, elles ne peuvent demander à un juge de le trancher à nouveau»⁸³. Le fait que l'accord sur le litige ait été facilité par l'intercession d'un tiers médiateur ou conciliateur n'y change rien. Aussi, à l'audience d'homologation, l'une des parties ne peut-elle pas se raviser et reprendre le litige, ni d'ailleurs le juge prendre la liberté de juger le litige parce que la solution qu'y apportent les parties ne lui paraît pas pleinement satisfaisante. En se livrant à un examen du contenu de l'accord au vu des éléments du dossier, le juge, indirectement, trancherait le litige que la transaction a pour objet de clore, et, ainsi, heurterait l'autorité de chose jugée qui y est attachée, mais avant tout la force obligatoire inhérente à tout contrat. L'effet de chose jugée comme l'effet obligatoire prive le juge de son pouvoir de procéder à un examen au fond du litige, bref de l'exercice de son pouvoir de *jurisdictio*. C'est donc une erreur de penser que dès que les parties font le choix de soumettre à homologation leur accord, celui-ci n'a plus de valeur juridique. A l'audience d'homologation, le juge n'est pas saisi du litige mais de l'acte auquel on lui demande de donner force exécutoire. Voilà pourquoi l'homologation n'a aucun caractère obligatoire. C'est donc donner à l'acte du juge une portée qu'il n'a pas⁸⁴. Qu'advient-il de l'accord que les parties ne soumettraient pas au juge, se passant du titre exécutoire⁸⁵ ?

24. En réalité, la difficulté provient de ce que ces magistrats conçoivent la médiation judiciaire et la conciliation de justice comme une délégation à un auxiliaire de l'exercice de leur fonction de conciliation, et entendent contrôler son activité ainsi que l'acte de règlement jusqu'à son parfait achèvement qu'est l'homologation⁸⁶. En quoi ils n'ont pas tort si l'on intègre les modes alternatifs à la procédure judiciaire comme

⁸³ En ce sens, P. Ancel, «Force obligatoire et contenu obligationnel», RTD. civ., 1999.781 ; contra : Ch. Jarrosson, «la transaction comme modèle», cité supra, note 80, p. 68.

⁸⁴ Cf. pour une analyse en ce sens, Orléans, 17 décembre 2001, cassé partiellement par Cass. civ. 2, 15 janvier 2004, pourvoi n° Z 02-11.714 pour une question procédurale (l'arrêt qui déclare un appel irrecevable ne peut confirmer le jugement frappé d'appel) sans se prononcer sur la nature du protocole d'accord signé en médiation. En l'espèce, une mesure de médiation ordonnée dans le cadre d'un litige de copropriété s'était conclue par un protocole d'accord signé par toutes les parties. L'une des parties, revenant sur le protocole d'accord, reprend ses demandes initiales et remet en litige les questions réglées dans le protocole d'accord. C'est alors que l'autre partie demande par voie reconventionnelle l'homologation de l'accord. Le jugement attaqué déclare irrecevables les demandes et homologue le protocole d'accord sur demande de l'une des parties. Si la procédure d'homologation est irrégulière en ce que demandée par une seule partie, l'analyse juridique de l'accord signé par les parties en médiation par la Cour d'appel, rappelée dans le premier moyen au pourvoi, est exacte : «(...) si la procédure de médiation judiciaire fait l'objet, pour sa mise en œuvre, de dispositions spécifiques édictées par les art. 131-1 et s. NCPC, il n'en demeure pas moins que le protocole d'accord conclu au cours de cette procédure constitue un contrat, par lequel les parties décident de mettre fin au litige, ce qui est la définition même de la transaction, telle qu'elle résulte de l'art. 2044 du C. civ. ; que la validité de cet accord n'est nullement subordonnée à l'homologation du juge, celle-ci n'ayant pour objet que de conférer force exécutoire à la convention des parties ; que c'est par conséquent, à bon droit, que le premier Juge a estimé que H.M. ne pouvait plus revenir sur l'accord transactionnel qu'elle avait signé et qui s'imposait à elle (...)».

⁸⁵ Dans le sens de la pleine efficacité de l'accord de médiation non homologué tant que sa validité n'est pas contestée : Paris, 25 février 2003, RG n° 02/30357.

⁸⁶ Cf. B. Blohorn-Brenneur, «La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation», D., 2001.254. Dans l'exemplaire d'arrêt d'homologation d'un accord issu d'une médiation sociale, annexé à la chronique, il est rappelé que le juge a bien vérifié que les parties étaient parfaitement informées de leurs droits et qu'elles maintiennent les termes de leur accord devant le juge, donc leur consentement à son contenu. C'est reprendre la même démarche que le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes lors de l'établissement du procès-verbal de conciliation.

de nouvelles méthodes de règlement des conflits. Mais la confidentialité du déroulement de la médiation ou de la conciliation et l'absence fréquente des parties à l'audience d'homologation ne facilitent guère leur tâche : ils se contentent alors des termes de l'accord et des actes de procédure échangés⁸⁷. Il n'empêche que les textes de loi actuels n'autorisent pas une telle pratique processuelle : si le législateur se trompe sur la qualification gracieuse de l'acte, le juge se méprend sur la nature quasi-juridictionnelle de son intervention. Les textes de procédure relatifs à la médiation judiciaire portent en eux une contradiction interne que reflète assez bien la pratique judiciaire de l'homologation. Ils intègrent par les deux bouts la médiation à la procédure judiciaire (activité judiciaire du médiateur d'un côté et homologation judiciaire de l'accord de l'autre) mais créent une scission illogique entre les deux en ce que l'accord ne revient devant le juge que si les parties le veulent bien. La loi paraît coupée entre la promotion avortée d'une méthode alternative de règlement des conflits et le donné-acte modernisé d'un banal règlement conventionnel du litige. C'est pourquoi tant que les textes restent inchangés, le juge doit se borner au contrôle qu'il doit exercer dans le cadre d'un jugement de donné-acte puisque l'accord qui lui est présenté a déjà force obligatoire et, par l'homologation, il ne reçoit que force exécutoire.

25. L'homologation ne convertit donc pas la convention en un acte judiciaire mais la laisse subsister comme contrat civil. Aussi la convention ne peut-elle être attaquée qu'au moyen des actions qui sont ouvertes aux parties et aux tiers contre les contrats, sous réserve de l'application du régime particulier de la transaction⁸⁸. Le jugement d'homologation quant à lui ne peut être contesté que dans sa régularité par l'exercice des voies de recours⁸⁹. Si l'annulation de la convention prive d'objet le jugement d'homologation, la réformation du jugement d'homologation n'atteint pas la convention qui subsiste avec son effet obligatoire et extinctif. C'est dire que le jugement d'homologation et la convention ne sont pas inextricablement liés. Il ne faut pas s'étonner que les juges s'y emmêlent parfois en ouvrant aux tiers la voie de la tierce-opposition contre un jugement d'homologation pour contester la convention passée en fraude de leurs droits⁹⁰. Il y a lieu d'attaquer directement la convention qui porte atteinte aux droits des tiers par l'action appropriée, et non de réformer le jugement qui l'homologue puisqu'il a eu pour seul objet de donner force exécutoire à la convention, sans que soit opérée aucune vérification juridictionnelle. Il y a bien deux actes, judiciaire et contractuel, qui se superposent l'un à l'autre et non un seul acte à la nature mixte⁹¹.

⁸⁷ B. Blohorn-Brenneur, cité supra, note 86, p. 255.

⁸⁸ Action en nullité ou en rescision, action paulienne, etc.

⁸⁹ Incompétence, non respect des règles de forme ou de procédure.

⁹⁰ Ouverture de la tierce opposition contre un jugement de donné-acte (sic), Cass. civ. 1ère, 12 avril 2005, pourvoi n° 02-12586. Cf. les obs. de P.-Y. Gautier, RTD. civ., 1994.634 n° 4. Comparer : Cass. soc., 25 janvier 2006, Bull. civ., V, n° 22, où c'est bien l'accord transactionnel conclu en cours de procédure de médiation et homologué par le juge prud'homal qui est contesté par l'AGS comme passé en vue de frauder à ses droits.

⁹¹ Cf. I. Balensi, cité supra, note 35, p. 66, n° 33, n° 42.

26. Cette dualité des conventions homologuées engendre néanmoins une instabilité des situations puisque l'accord peut être remis en cause à tout moment par des actions en nullité. Peut-on admettre que des accords homologués à la suite d'une procédure judiciaire de médiation ou de conciliation présentent la même fragilité que s'ils n'avaient pas été homologués ? Dès lors que les modes alternatifs sont mis en œuvre au cours de l'instance, fût-ce dans des matières où les droits sont disponibles, il paraît discutable de placer l'accord de volonté des parties sous les seuls principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. L'on ne peut plus continuer à raisonner sur l'alternative transaction ou jugement comme voies parallèles de règlement du litige, sans quoi ce serait nier l'apport des modes alternatifs en tant que nouvelles méthodes de résolution intégrées à la procédure judiciaire. Cependant, la définition d'un cadre juridique pour la mise en œuvre de la médiation judiciaire ou de la conciliation déléguée n'en reste pas moins difficile. En réalité, deux conceptions opposées du recours aux modes alternatifs peuvent être envisagées : ou bien une conception institutionnelle, auquel cas le recours au mode alternatif fait partie intégrante de la résolution judiciaire du conflit ; ou bien une conception procédurale, auquel cas le recours au mode alternatif est autonome par rapport à la voie judiciaire mais reste encadré par la procédure.

27 . La consécration d'une conception institutionnelle conduit à s'écarter de la nature alternative des nouveaux modes de règlement des litiges. L'activité de médiation ou de conciliation ainsi que l'accord de règlement amiable sont étroitement encadrés par l'institution judiciaire. La mise en œuvre de la médiation ou de la conciliation ouvre une phase consensuelle, de dialogue et de négociation, entre les parties qui, au mieux, se termine par une proposition d'accord, laquelle est ensuite rediscutée en présence du juge au cours de la phase contentieuse. L'accord n'est pas scellé de manière définitive à l'issue du processus de médiation ou de conciliation. La règle de l'effet obligatoire ne s'applique pas à la proposition d'accord. La médiation et la conciliation apparaissent comme des méthodes de règlement associant les parties à la recherche d'une solution du litige en dehors du schéma binaire du procès classique. Mais c'est le juge qui, in fine, décide si la solution sur laquelle s'accordent les parties est pleinement satisfaisante. En opérant un contrôle sur la proposition d'accord, il exerce une activité juridictionnelle puisqu'il prend parti. Il reprend alors dans son jugement contentieux les termes de l'accord convenu avec les parties. Le jugement produit alors tous les effets des décisions contentieuses, en particulier l'autorité de la chose jugée.

La figure du «jugement convenu» convient mieux à la situation que celle de «l'homologation». En effet, l'homologation appartient au domaine gracieux alors que cette situation n'entre pas dans les conditions de l'article 25 NCPC. Surtout, l'homologation suppose la réalisation préalable d'un accord qui ne peut pas être dépourvu de valeur juridique dans des matières où prévaut la liberté contractuelle. Non plus peut-on rendre obligatoire une homologation dans une matière où les droits sont disponibles car ce serait en aligner le régime sur celui applicable aux matières dans lesquelles les droits sont indisponibles. C'est moins la technique du «jugement convenu» que l'on transpose ici — laquelle suppose des parties qu'après accord, elles simulent le contentieux — que l'image qu'elle véhicule : une solution convenue du

litige mais qui, entérinée par le juge dans sa décision, est juridictionnelle. L'avantage d'une telle figure juridique est que l'accord ne peut pas être attaqué par l'exercice d'une action en nullité puisqu'il ne peut pas être isolé de la décision qui l'entérine en ce que le juge a sa part de volonté dans la solution donnée au litige. La médiation ou la conciliation aboutirait à une solution quasi-judiciaire du conflit parce que donnée en dehors du tranché du droit.

La difficulté majeure d'une telle construction est de définir les critères du contrôle opéré par le juge sur la proposition de médiation ou de conciliation. Il ne faudrait pas que le juge cherche à rapprocher la solution conventionnelle de la solution juridictionnelle qu'il adopterait dans la situation qui lui est soumise au regard des règles de droit applicables⁹². Une telle approche serait excessive et priverait d'intérêt l'engagement des parties dans un processus de médiation ou de conciliation. C'est la recherche essentielle des intérêts des parties qui peut servir de guide à la construction en commun d'une solution en marge des règles de droit applicables. Et cette recherche peut conduire à écarter l'application de règles impératives dès lors que les parties en sont pleinement informées par le tiers intermédiaire ou le juge⁹³. Cependant, la réalisation d'un tel schéma processuel implique de revoir les principes qui président au déroulement de la médiation et de la conciliation déléguée, à savoir le principe de confidentialité. Comment le juge peut-il apprécier les éléments de l'accord proposé par les parties à l'issue de la médiation ou de la conciliation s'il n'a pas accès aux déclarations qui ont conduit les parties à sa conclusion ? Ces déclarations peuvent différer des éléments qui figurent dans le dossier. Il n'est pas exclu qu'une proposition avortée au cours des opérations de médiation ou de conciliation aboutisse en présence du juge, ou qu'à l'inverse, le juge renvoie les parties en médiation ou en conciliation pour rediscuter les éléments de l'accord à la suite de ses observations. Il y a d'ailleurs peu de chances que l'une des parties exerce un recours contre une décision dans laquelle elle trouve son intérêt. Mais ne prend-on pas le risque de réinjecter dans le processus toutes les contraintes procédurales du système judiciaire auxquelles le recours aux modes alternatifs permet d'échapper ? Il ne faut pas oublier que la consécration légale des modes alternatifs participe du souci d'alléger le rôle des juridictions. C'est peut-être pour cela que la loi française et les institutions européennes ont fait le choix d'une conception procédurale du recours aux modes alternatifs.

28. La consécration d'une conception procédurale a le mérite de préserver l'autonomie de la volonté et de renforcer la nature alternative de ces modes de règlement des litiges. Ce modèle procédural que proposent de suivre les institutions européennes⁹⁴ et,

⁹² C'est ce que le juge social a tendance à faire lorsqu'il contrôle l'accord passé entre l'employeur et le salarié après licenciement (v. supra, n° 15).

⁹³ V. X. Lagarde, «Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges», cité supra, note 18, p. 446.

⁹⁴ Directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale adoptée le 9 novembre 2007 par le Parlement européen et le Conseil de l'Europe, mais limitée aux litiges transfrontières [dans la suite de la proposition de directive du parlement européen et du conseil du 22 octobre 2004, COM (2004) 718 final – 2004/0251 (COD)], qui établit «une législation-cadre» en particulier sur «les aspects essentiels de la procédure civile» (cons. 7) ; Recommandation de la commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de la consommation (JO L 109 du 19 avril 2001).

dans une moindre mesure, le législateur français, consiste à soumettre le processus de médiation-conciliation à des principes de droit processuel. Dès lors, le recours à ces modes de résolution amiable apparaît comme une alternative au règlement contentieux-judictionnel. A partir du moment où il y a lieu de respecter des principes de droit processuel dans la mise en œuvre des modes alternatifs, un contrôle judiciaire du contenu de l'accord final devient discutable car il porterait atteinte à l'autonomie du processus. La nature para-judiciaire de la solution donnée au litige s'harmonise parfaitement avec le maintien du caractère facultatif de l'intervention du juge, cantonnée à l'apposition de la formule exécutoire sur le constat d'accord. Ni le médiateur ni le conciliateur de justice ne disposent de l'imperium, si bien qu'il est nécessaire de recourir au juge pour rendre exécutoire l'accord trouvé entre les parties. Et la loi peut entendre réserver au juge l'exercice de l'imperium, à plus forte raison lorsque le processus de médiation-conciliation intervient au cours de l'instance et peut aboutir au dessaisissement du juge. Or en conférant la force exécutoire à l'acte, le juge ne décide rien mais ordonne seulement que l'acte pourra être exécuté, au besoin, avec le concours de la force publique⁹⁵. Aussi doit-il seulement vérifier que l'acte pourra être exécuté par la force, donc que ses dispositions ne sont pas contraires à l'ordre public⁹⁶. L'intervention judiciaire laisse subsister la nature conventionnelle de l'accord qui ne peut être attaqué que par une action en nullité. Aussi conviendrait-il de ne plus qualifier cet acte judiciaire d'homologation et de réserver ce terme aux matières dans lesquelles les droits sont indisponibles.

Cet allègement du contrôle judiciaire pour préserver l'autonomie de la volonté dans la mise en œuvre des modes alternatifs suppose de renforcer le cadre processuel de la médiation-conciliation afin de garantir la qualité et l'efficacité du processus. Le Code de procédure civile régit les opérations de médiation et de conciliation⁹⁷, et exige du médiateur-conciliateur la confidentialité⁹⁸, l'indépendance⁹⁹ et la célérité¹⁰⁰. S'il énonce les qualités que doit remplir une personne physique pour exécuter une

⁹⁵ Ch. Jarrosson, «Réflexions sur l'imperium», cité supra, note 22, p. 269 n° 58.

⁹⁶ Comparer avec l'art. 5.1 de la directive du 9 novembre 2007 citée supra note 94 : «Le contenu d'un tel accord est rendu exécutoire sauf si (...) ce contenu est contraire au droit de l'Etat membre dans lequel la demande est formulée (...)» Il ne faudrait pas que la notion de «droit» renvoie aux règles de droit applicables, ce qui autoriserait un contrôle de légalité.

⁹⁷ Après introduction de l'instance, le juge désigne le médiateur, fixe la durée de sa mission, tout en indiquant la date à laquelle l'affaire sera appelée à l'audience, le cas échéant la renouvelle, peut mettre fin à tout moment à la médiation, est informé de l'issue de celle-ci, homologue l'accord des parties à leur demande (art. 131-1 et s. NCPC). La conciliation par un conciliateur de justice suit une réglementation similaire (art. 832-1 et s. NCPC). Sur ce régime procédural de la médiation adapté par la Cour d'appel de Paris : X. Tarabeux, «La pratique de la médiation judiciaire», *Droit et Patrimoine*, n° 77, 1999, p. 42.

⁹⁸ Art. 131-14 NCPC : «Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance» (dans les mêmes termes pour le conciliateur, art. 832-9 NCPC). En ce sens, l'article 6 de la directive du 9 novembre 2007 citée supra, note 94.

⁹⁹ Art. 131-5, 5° NCPC : «Présenter les garanties d'indépendance nécessaires à l'exercice de la médiation». Comparez pour le conciliateur de justice, moins explicite, avec l'article 2 du décret du 20 mars 1978.

¹⁰⁰ Médiation : art. 131-3 NC PC (trois mois renouvelables une fois) ; conciliation : article 832 NCPC (un mois renouvelable une fois). Sur ces principes, v. X. Lagarde, «Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges», cité supra, note 18, p. 434 et s. Sur la nécessité de garanties d'ordre processuel, L. Cadiet, «Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit», in *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, cité supra, note 12, spéc. p. 260 et s.

mission de médiation¹⁰¹, il n'impose pas à celle-ci de suivre une formation particulière donnant lieu à la délivrance d'un diplôme. Il n'y a pour l'heure de diplôme d'Etat que pour la médiation familiale, la formation assurée serait-elle générale. Et la loi n'oblige pas les juges à désigner des médiateurs diplômés. S'il paraît nécessaire de renforcer les exigences de formation des médiateurs et des conciliateurs de justice, d'établir un code de bonne conduite¹⁰², d'inciter fortement les parties à être assistées par leurs conseils pour veiller à leurs intérêts, il n'est pas certain qu'il faille transposer les principes fondamentaux du procès civil, comme le principe de la contradiction. Cela interdirait la pratique des caucus pour faire avancer la négociation et réactiverait une logique du procès à laquelle le mode alternatif doit rester étranger. Des auteurs proposent de substituer au principe de la contradiction l'exigence d'un déroulement transparent de la médiation-conciliation¹⁰³.

Est-il souhaitable de multiplier les principes auxquels devrait être soumise la mise en œuvre des modes alternatifs ? Les professionnels ne sont guère favorables à une définition trop étroite du régime procédural des modes alternatifs. Le processus doit rester flexible pour ne pas perdre en adaptabilité et souplesse¹⁰⁴. Il reste que le recours aux modes alternatifs dans les matières imprégnées d'un ordre public de protection pose le problème de l'application des règles impératives. Faut-il obliger le juge à vérifier que les parties sont bien informées des droits que leur reconnaissent des législations protectrices et auxquelles elles auraient renoncé dans leur accord ? La présence des avocats ne garantit rien. Or le juge n'intervient que sur demande des parties au stade de la mise à exécution de l'accord, à un moment où l'accord est déjà ficelé entre les parties. Ne conviendrait-il pas d'informer les parties de leurs droits en amont du processus de médiation-conciliation afin qu'elles y renoncent ou les aménagent en connaissance de cause ? Il va falloir que le médiateur-conciliateur s'en charge, sinon l'autonomie du processus sera mise à mal. Si l'on parvient à fabriquer un modèle procédural propre aux modes alternatifs et détachée de l'institution judiciaire, l'on peut espérer faire vivre ce processus indépendamment de toute action en justice. Dès lors que les parties, d'elles-mêmes, conviendront de recourir à une médiation extra-judiciaire, il y aura lieu d'appliquer le modèle procédural établi par la loi. C'est ce que suggère la directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 9 novembre 2007 en envisageant la procédure de la médiation autant judiciaire que conventionnelle. Certes, si la loi nationale réserve au juge l'imperium, les parties devront lui soumettre leur accord pour le rendre exécutoire, sous réserve d'un ultime contrôle du respect de l'ordre public¹⁰⁵. Point de nouveauté sous cette

¹⁰¹ Art. 131-5 NCPC. Il en va de même pour le conciliateur de justice (art. 6 du décret du 20 mars 1978).

¹⁰² En ce sens la directive du 9 novembre 2007 citée supra note 94, art. 2 bis relatif à la qualité de la médiation.

¹⁰³ X. Lagarde, «Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges», cité supra, note 18, p. 438 ; Ch. Jarrosson, «Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ?», Rev. gén. proc., 1999.764.

¹⁰⁴ C'est la raison pour laquelle le groupe de réflexion à l'origine de l'institutionnalisation dans le Code civil de la médiation familiale a veillé à ce que le politique n'assortisse la médiation familiale d'aucun régime de procédure, contrairement à la médiation judiciaire précédemment adoptée. Comparez avec la directive du 9 novembre 2007 (cité supra, note 94) qui évoque les principes de qualité, d'efficacité, d'impartialité de la médiation, de confidentialité ; auquel l'avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive, du 9 juin 2005 (cité infra, note 106), ajoute la fiabilité, l'équité, la compétence, le professionnalisme et l'indépendance des médiateurs.

¹⁰⁵ Avec la nuance sus-évoquée entre ordre public de protection et ordre public de direction.

apparente avancée : le décret du 20 mars 1978 s'y est déjà risqué pour la conciliation extrajudiciaire, mais sans grand succès.

29. Que l'on fasse prévaloir la conception institutionnelle ou la conception procédurale du recours aux modes alternatifs, le contrôle judiciaire, dans sa version complète ou allégée, paraît incontournable, à moins que l'on n'élargisse à «toute entité publique» le pouvoir de garantir la mise en œuvre de l'accord¹⁰⁶. L'avenir dira s'il y aura encore lieu de débattre du contrôle judiciaire...

¹⁰⁶ Avis du Comité économique et social européen sur la «proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale», INT/256, 9 juin 2005 ; suivi par la directive du 9 novembre 2007, citée supra , note 94, art. 5.1bis : «Le contenu de l'accord peut être rendu exécutoire par (...) une autre autorité compétente (...) par un acte authentique (...)».

1.2. La situation en Belgique

**L'HOMOLOGATION DES ACCORDS
ISSUS DE LA NEGOCIATION
ET DE LA MEDIATION**

NOTE

sur les démarches possibles des magistrats belges

*« Problématique - comparaison du droit en vigueur (GE, GL)
et selon le futur Code de procédure civile (CPC) suisse et le droit belge et français.*

Rappel : La médiation n'a pas pour objet de résoudre l'objet du litige »

par

Eric BATTISTONI

1. Introduction : LE DROIT EN VIGUEUR

1. En Belgique, les textes légaux qui règlent *l'homologation des accords* , se trouvent inscrits soit dans des dispositions générales (voir 2.) disséminées tout au long du Code judiciaire, soit dans des dispositions spéciales figurant dans plusieurs lois particulières (voir 3.).

2. D'une part, les *dispositions légales générales* qui instaurent l'homologation d'un accord, sont relativement peu nombreuses :

- article 733 du Code judiciaire : *«Il est dressé procès-verbal de la comparution en conciliation. Si un accord intervient, le procès-verbal en constate les termes et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire.»*

- article 825 du Code judiciaire : *«La validité du désistement d'instance est subordonnée à son acceptation par la partie à qui il est signifié, à moins qu'il n'intervienne avant que la partie adverse ait conclu sur l'objet de la demande à laquelle il est renoncé. En cas de contestation, le désistement est admis ou, cas échéant, refusé par une décision du juge.»*

- article 1043 du Code judiciaire : *«Les parties peuvent demander au juge d'acter l'accord qu'elles ont conclu sur la solution du litige dont il est régulièrement saisi. Ce jugement n'est susceptible d'aucun recours de la part des parties litigantes, à moins que l'accord n'ait point été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 et 801, s'il y a lieu.»*

- article 1733 du Code judiciaire : *«La médiation volontaire) « En cas d'accord, et si le médiateur qui a mené la médiation, est agréé par la commission visée à l'article 1727, les parties ou l'une d'elles peuvent soumettre l'accord de médiation obtenu conformément aux articles 1731 et 1732, pour homologation au juge compétent. Il est procédé conformément aux articles 1025 à 1034. La requête peut cependant être signée par les parties elles-mêmes si celle-ci émane de toutes les parties à la médiation. Le protocole de médiation est joint à la requête. Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs. L'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement au sens de l'article 1043.»*

- article 1736 du Code judiciaire : *«La médiation judiciaire) « La médiation se déroule conformément aux dispositions des articles 1731 et 1732. À l'expiration de sa mission, le médiateur informe par écrit le juge de ce que les parties sont ou non parvenues à trouver un accord. Si la médiation a donné lieu à la conclusion d'un accord de médiation, fût-il partiel, les parties ou l'une d'elles peuvent, conformément à l'article 1043, demander au juge de l'homologuer. Le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord que si celui-ci est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs.*

Si la médiation n'a pas donné lieu à la conclusion d'un accord de médiation complet, la procédure est poursuivie au jour fixé, sans préjudice de la faculté pour le juge, s'il estime opportun et moyennant l'accord de toutes les parties, de prolonger la mission du médiateur pour un délai qu'il détermine.»

3. D'autre part, plusieurs **dispositions légales particulières** comportent des mesures d'homologation ; la plupart sont énumérées ci-dessous. Plusieurs de ces règles légales s'appliquent à des pratiques négociationnelles ou transactionnelles. Par l'effet de ces normes légales, les contrats issus de ces négociations vont donc requérir une certaine forme d'activité de la part du juge. Quoique le législateur n'ait pas organisé leur classification systématique, toutes ces interventions du juge s'exercent sur des contrats conclus ou à conclure. Au travers de l'impact judiciaire sur les accords issus de la négociation, on peut observer les formes et les effets de cette activité particulière du juge. Toutes nos dispositions légales particulières conçoivent les activités d'homologation par le juge sous des jours fort différents, dont certaines facettes sont cependant communes.

On retrouve des procédures semblables ou des effets juridiques similaires.

Par exemple, on pourrait regrouper ces effets juridiques dans une catégorie commune d'hypothèses, en considérant que, directement ou indirectement, toutes ces mesures d'homologation répondent à un double objectif du législateur :

- soit établir une vigilance judiciaire sur les accords,
- soit aboutir à une consolidation judiciaire de ceux-ci.

a. Hypothèses où le contrat crée un risque de litige

*Le législateur belge a instauré une homologation judiciaire, chaque fois que le champ juridique ouvert par certains contrats, laisserait **redouter un litige latent ou un litige virtuel** . On pense immédiatement aux craintes inspirées à l'occasion de certains contrats judiciaires (contrats par lesquels il est renoncé à une action judiciaire), par exemple :*

- *lorsque les droits des tiers semblent préjudiciés par cet accord ;*
- *lorsque l'une des parties paraît abuser d'un droit ;*
- *lorsque l'une des parties semble faire preuve d'une violence inéquitable ;*
- *lorsque l'une des parties paraît abuser de sa position mieux informée ;*
- *lorsque l'une des parties paraît abuser de sa position économiquement plus forte.*

On pense ainsi à l'homologation des conventions préalables au divorce par consentement mutuel (article 1288 du Code judiciaire), ou des conventions conclues par un tuteur officieux (article 475 ter alinéa 2 du Code civil).

b. Hypothèses où le contrôle du juge doit interagir sur un contrat

*L'homologation apparaît en ce cas sous le visage d'une révision du contrat par le juge, lorsque la justice est amenée, **postérieurement à sa conclusion**, à censurer un accord (par exemple, s'il est léonin) ou à le rectifier, comme par exemple :*

- *en cas de cause pénale excessive, parce que l'article 1153 du Code civil le permet ;*
- *en cas de délai de grâce divisant ou reportant le paiement, parce que l'article 1244 du Code civil et les articles 1333 à 1337 octies du Code judiciaire le permettent.*

Mais la Cour belge de cassation ne voit pas d'un bon œil la révision judiciaire des contrats valablement conclus. Notre Cour de cassation refuse ainsi que le juge puisse prendre en compte « l'imprévision », « la rechtsverwerking » [renonciation présumée à un droit par suite d'un comportement inconciliable avec ce droit], ou encore, elle n'admet pas la caducité d'un contrat par disparition de sa cause-mobile déterminante.

c. Hypothèses d'une réception judiciaire validant un contrat

*L'homologation est proche également d'une surveillance judiciaire **au moment de** la formation de certains accords spécifiques. Cette surveillance judiciaire, instaurée par la loi, a paru préférable à une interdiction pure et simple. Ainsi, une réception judiciaire est prévue légalement alors même qu'il n'y aurait aucun litige, pour les accords de résiliation d'un bail commercial ou d'un bail à ferme (article 3, alinéa 24, de la loi du 30 avril 1951 relative aux baux commerciaux ; article 14, alinéa 2 de la loi du 4 novembre 1969 sur le bail à ferme).*

*L'homologation est proche enfin des hypothèses où, **préalablement**, le juge autorise la levée d'une incapacité d'exercice, permettant la conclusion d'une convention (par exemple, les articles 215, 220, 378, 410, 483, 484 du Code civil ; l'article 1186 du Code judiciaire).*

2. La requête en homologation

1. Conditions de recevabilité :

1) Même s'il ne le verbalise pas expressément et même s'il n'en inventorie pas formellement ou exhaustivement les hypothèses, notre Code judiciaire contingente l'admissibilité d'une action judiciaire. Par exemple, à défaut d'un texte autorisant soit l'introduction de son action soit ses modalités, le demandeur ne sera pas admis à venir devant le juge. Plus précisément, une requête en homologation judiciaire d'un contrat ne pourra être demandée au juge qu'à condition qu'une loi en ait prévu la possibilité.

Ces exigences légales constituent des « **fins de non-recevoir** » et il ne faut pas les confondre avec des irrégularités procédurales susceptibles d'être couvertes par la

théorie des nullités. Il ne faut pas les confondre non plus avec des «**fins de non procéder**», comme dans le cas d'une clause contractuelle imposant une procédure de conciliation en préalable obligatoire à la saisine du juge¹.

Voici les principales hypothèses dans lesquelles la loi belge² permet une requête en homologation:

- en droit familial :

o *homologation des conventions préalables au divorce par consentement mutuel (articles 1288, 1288 bis et 1290 du Code judiciaire) ;*

o *homologation des conventions modifiant un régime matrimonial (article 1319 du Code judiciaire) ;*

o *homologation d'une déclaration de tutelle acceptée (article 391 du Code civil) ;*

- en droit des successions :

o *homologation d'un partage, lorsque l'état liquidatif du notaire est contesté par une partie (articles 1219 et 1223 du Code judiciaire) ;*

- en droit de l'exécution :

o *homologation d'un plan amiable de règlement collectif de dettes, en cas de surendettement (article 1675/10 du Code judiciaire) ;*

- en droit judiciaire :

o *homologation d'un accord par « jugement d'accord et d'expédient » (1043 C.J.) ;*

o *homologation d'un accord de médiation (articles 1733 et 1736 du Code judiciaire).*

On trouve également des homologations judiciaires pour des actes juridiques non directement contractuels mais qui sont issus de «pratiques négociationnelles», comme par exemple :

- en droit commercial :

o *homologation d'une décision de l'assemblée générale des sociétés commerciales (articles 183, 297 et 574 du Code des sociétés) ;*

o *homologation de certaines transactions d'un curateur de faillite (article 58 de la loi du 8 août 1997) ;*

o *homologation du transfert d'une entreprise faillie encore en activité (article 75 § 4 de la loi du 8 août 1997) ;*

- en droit judiciaire :

o *homologation d'un désistement ou d'une transaction sur une instance en faux civil (article 906 du Code judiciaire).*

En dehors de ces hypothèses légales, aucune requête en homologation ne devrait être recevable.

¹ Cassation fr., 14 février 2003, JT, 2003, page 358

² MOREAU Pierre, « L'homologation judiciaire des conventions - Essai de théorie générale », Thèse de doctorat, Faculté de droit ULG, 11 mai 2007, pages 7 à 84. A paraître chez Larcier Éditeur, Bruxelles.

2) L'homologation d'un accord de médiation judiciaire par le juge s'opère dans le cadre d'une procédure introduite contradictoirement, c'est-à-dire qui, depuis son départ, met en présence les deux parties devant le juge. Une demande d'homologation devrait donc être cosignée. Ensuite, par sa référence à l'article 1043 du Code Judiciaire, l'environnement procédural demeurera contradictoire. Par exception, la requête est qualifiée d'unilatérale, lorsqu'elle ouvre une procédure ne comportant pas d'adversaire ou une procédure ne prévoyant pas la convocation de l'adversaire (articles 1025 à 1034 du Code judiciaire). À peine d'irrecevabilité, il faut que la loi ait autorisé cette requête unilatérale, comme par exemple l'article 1733 du Code judiciaire puisqu'il prévoit une procédure unilatérale d'homologation des accords issus d'une médiation conventionnelle.

2. Conditions de validité formelle ou de validité circonstancielle :

2.1 avant la conciliation

La requête en conciliation judiciaire est organisée par l'article 732 du Code judiciaire. Ce dernier texte est très libéral puisqu'il exige, en vue de saisir un juge conciliateur, seulement une «*demande, même verbale de l'une des parties*» auprès du juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction. Quant aux exigences portant sur la convocation, elles sont tout aussi déformalisées : «*les parties sont convoquées par simple lettre du greffier, à comparaître dans le délai ordinaire des citations, aux jours et heures fixés par le juge.*» Les parties seront aussi reçues, si elles se présentent de leur initiative à un moment agréant le juge.

Par conséquent, les seules exigences légales à prendre en considération, sont le respect de la compétence du juge et le respect du délai de huitaine (ordinaire pour toutes les citations). Toutefois, si les protagonistes ont décidé de se présenter volontairement devant le juge à l'heure du rendez-vous fixé, on pourrait même se passer de toute convocation formelle. Il faut observer que si un accord était conclu avant la requête en conciliation, le juge ne pourrait en principe plus recevoir celle-ci, pour les raisons expliquées en page 9.

2.2 en conciliation

La conciliation est à la fois une activité (un *negotium* : le processus de conciliation) et un acte (un *instrumentum* : le procès-verbal de conciliation)³. La conciliation judiciaire est ouverte aux protagonistes d'un litige, s'ils sont capables de transiger et si l'objet de leur conciliation est susceptible de se régler par transaction (article 731 du Code judiciaire).

Lorsque ces deux conditions sont remplies, le processus conciliatoire peut s'engager

³ de LEVAL Georges, « Éléments de procédure civile », deuxième édition 2005, Larcier, Bruxelles, page 77, note 6

devant le juge-conciliateur. Ce processus de conciliation dépend en principe toujours de l'initiative et de la démarche volontaire des deux protagonistes. L'expression «préalable de conciliation» signifie qu'en principe, une requête en conciliation ne générera aucun effet juridique semblable à ceux qui naissent de l'engagement d'une instance judiciaire : par exemple, la prescription ne sera pas interrompue (sauf dans les hypothèses où la loi le prévoirait spécialement : l'article 1345 al. 2 CJ ; l'article 30 de la loi sur les baux commerciaux), la partie défenderesse ne pourra pas introduire une action reconventionnelle, ...

La nature de l'activité du juge-conciliateur ne fut pas définie par le code judiciaire. Selon la jurisprudence de la Cour belge de cassation, le juge-conciliateur doit pouvoir donner un avis sur la manière la plus simple, la plus efficace et la moins agressive de régler le litige soumis à conciliation. Cet avis doit rester une information fournie à titre simplement consultatif⁴. Il ne pourrait pas s'agir d'un conseil professionnel, c'est-à-dire de la recommandation d'une action spécifique après évaluation des circonstances particulières de fait et de droit.

Si les parties aboutissent à un accord de conciliation, celui-ci fait l'objet d'un procès-verbal et ce dernier est revêtu de la formule exécutoire (article 733 du Code judiciaire). Si les parties n'ont abouti à aucun accord, la loi belge n'a pas prévu l'ouverture automatique de la procédure judiciaire contentieuse. Moyennant procès-verbal de comparution volontaire, il est possible de poursuivre la procédure conciliatoire en procédure contentieuse ; de même en cas de dérogation légale. En toute hypothèse, aucune disposition légale belge ne disqualifie le juge-conciliateur et ce dernier pourrait dès lors retrouver les protagonistes dans la phase judiciaire contentieuse, et même statuer. Par respect pour la confidentialité des négociations, il serait heureux cependant que le juge-conciliateur veille à « passer la main », lorsque cela lui est possible.

2.3 après la conclusion d'un accord de médiation

Lorsque la médiation est volontaire, la requête destinée au juge homologateur sera un acte en principe unilatéral puisque l'article 1733 C.J. se réfère aux articles 1025 à 1034 du même Code judiciaire (procédure instruite par le juge sans convocation et menée judiciairement sans contradiction entre les parties jugées). Une requête bilatérale (émanant conjointement des deux parties) en vue d'homologation restera recevable conformément à ce qu'indique l'article 1733 C.J.

Lorsque la médiation s'est déroulée durant une période de suspension d'une instance judiciaire en cours, la demande en vue de l'homologation par le juge s'effectue comme une demande ordinaire de fixation pour plaider.

2.4 pendant la procédure, en 1^{ère} et 2^{ème} instance

Après l'introduction d'une instance contentieuse, les deux parties conservent la faculté

⁴ Cassation, 24 juin 1993, Pas. I, page 615 4

d'opter pour une tentative de solution consensuelle à leur litige.

Elles peuvent solliciter la suspension de la procédure contentieuse, de deux manières :

- d'une part, dans le cadre de la médiation judiciaire, en postulant la désignation d'un médiateur par le juge (article 1725 § 2 CJ) ;
- d'autre part, en invitant le juge lui-même à tenter de réconcilier les protagonistes.

Parfois, c'est la loi elle-même qui empêche le démarrage de la procédure contentieuse, tant qu'une tentative de conciliation n'a pas été opérée par le juge⁵. Dans ce dernier cas, «la tentative de conciliation se situe, en règle, au tout début du procès (par exemple, l'article 734 C.J. stipule que : *Devant le tribunal du travail, tout débat relatif à une des demandes prévues à l'article 578 doit être précédé, à peine de nullité, d'une tentative de conciliation, actée à la feuille d'audience*»).

Lorsqu'elle n'est pas imposée par la loi, la conciliation par le juge dépend de l'opportunité suscitée par ce dernier ou par les protagonistes eux-mêmes. «*Mais rien n'empêche qu'elle ait lieu en cours d'instance, ce qui peut être plus efficace. En effet, une tentative de conciliation au début d'un procès, lorsque chacun arrive bardé de ses certitudes, est un moment mal choisi. Le succès d'une solution négociée ne peut être sérieusement envisagé que lorsque chacun des antagonistes commence à douter de son bon droit, singulièrement après avoir pris connaissance des conclusions de l'adversaire*»⁶

De lege lata, aucune disposition normative n'autorise expressément le juge à proposer son office conciliateur en cours d'instance. En revanche, aucune disposition légale ne lui interdit directement ou indirectement de tenter une telle conciliation en cours d'instance⁷.

Pour le Conseil Supérieur de la Justice, «*le rôle de conciliateur est inhérent à la fonction du juge en sorte que l'extension de la conciliation en cours de procédure doit être encouragée. Ceci est assurément un aspect important de la notion de juge actif.*»⁸

Quant à la médiation en cours de procédure contentieuse, rien n'empêche que le juge la suggère aux protagonistes. Cela lui a même conseillé par la proposition de Directive CE du 22 octobre 2004⁹, dont l'article 3 énonce : «*Un tribunal est saisi d'une affaire peut,*

⁵ Articles 678 et 680 CJ pour le cas d'une demande d'assistance judiciaire

Article 734 CJ pour le contentieux relatif à un contrat travail

Article 1344 septies CJ pour le contentieux locatif du logement (adaptation du loyer, expulsion, ...)

Articles 1345 CJ pour le contentieux relatif au bail à ferme

Article 1253 quater CJ (petit contentieux familial devant le juge de paix)

Article 319 § 3 al.3 du Code Civil (action en vue d'établir un lien de filiation ou une reconnaissance paternelle)

Article 319 § 3 al.3 du Code Civil (action alimentaire non déclarative de filiation)

Article 59 de la loi du 4 août 1992, relatif au crédit hypothécaire

⁶ de LEVAL Georges, « La nouvelle loi sur la médiation », Colloque du CEPANI - 21 avril 2005, Bruylant, p. 52

⁷ MEULDERS-KLEIN Marie-Thérèse, «La place des accords dans le règlement des conflits familiaux, du jugement au contrat», Liber amicorum Jacques van COMPERNOLLE, page 412

⁸ Avis du Conseil Supérieur de la Justice belge, relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure, approuvé lors de l'A.G. du 9 octobre 2002, page 35

⁹ COM (2004) 718 - 2004/0251 (CEDH)

le cas échéant et compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, inviter les parties à recourir à la médiation pour résoudre le litige. Le tribunal peut en tout état de cause inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation»

Enfin, l'article 9 de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale¹⁰, prévoit une «Information du public» : *Les États membres encouragent, par tout moyen qu'ils jugent approprié, la mise à la disposition du public, notamment sur internet, d'informations sur la manière de contacter les médiateurs et les organismes fournissant des services de médiation.*

3. La compétence du magistrat homologateur

3.1 en raison du lieu

La dévolution territoriale des compétences judiciaires belges d'homologation se calcule entièrement sur les règles de la procédure contentieuse :

- Suivant l'article 10 du C.J. : «La compétence territoriale est le pouvoir de juridiction appartenant au juge dans une circonscription, selon les règles déterminées par la loi.»¹¹

- Suivant l'article 622 du Code judiciaire : «*Le juge n'a de compétence que dans les limites du territoire qui lui est assigné par la loi, sauf les cas où la loi en a disposé autrement*». Ainsi, l'article 624 C.J. offre au demandeur le choix entre quatre juges géographiquement distincts (notamment le juge du domicile du défendeur, ou encore, le juge du lieu dans lequel les obligations [ou seulement l'une d'elles] sont nées ou sont exécutées).

Enfin, suivant l'article 630 du Code judiciaire : «*Est nulle de plein droit, toute convention contraire aux dispositions (sur une compétence ratione locis spécifique), si elle est antérieure à la naissance du litige.*» ... «*Le défendeur défaillant est présumé décliner la compétence du juge saisi*».

Il découle de ces principes que la compétence territoriale est une saisine conférée au juge dans une circonscription déterminée. Les règles régissant la compétence territoriale sont **le plus souvent supplétives**, ce qui signifie que les protagonistes peuvent conclure des accords dérogatoires à propos du juge à saisir. Parfois, les règles en matière de compétence territoriale sont impératives (ordre public de protection) ou d'ordre public (de disposition) :

- Lorsque les règles sont **de droit impératif**, un accord dérogatoire en matière de compétence peut néanmoins encore être conclu après la naissance de la contestation.

¹⁰ JOC 25 mai 2008, L 136/3

¹¹ Cette règle concernant la compétence territoriale du juge n'est ordinairement pas d'ordre public, sauf dérogations. (Cassation belge, 19 septembre 1974, Pas. 1975, page 74)

- Lorsque les règles sont **d'ordre public**, il ne peut absolument pas y être dérogé. Par exemple, en matière de déclaration de faillite, le tribunal compétent est celui du domicile du failli au moment de la cessation des paiements.

Le juge belge est donc tenu de vérifier sa compétence territoriale, si la contestation n'est pas née ou si la matière concernée est confiée par la loi, à un juge localement et exclusivement désigné.

En fonction de ces règles, sauf compétence territorialement exclusive, les parties disposent donc du libre choix géographique pour déterminer le juge qui devra aider leur conciliation, qui devra désigner leur médiateur ou qui devra homologuer les accords issus de leur médiation. Par principe, un tel choix sera postérieur à la naissance de leur litige et les protections légales resteront sauves.

3.2 en raison de la matière

La compétence d'attribution est réglée par les articles 556 à 615 du Code judiciaire. L'article 556 énonce : *«Les cours et tribunaux connaissent de toutes les demandes, sauf celles qui sont soustraites par la loi leur juridiction. Leur compétence respective est fixée par le présent titre, sans préjudice des dispositions légales particulières.»*

Pour la Cour belge de cassation¹², *«le juge doit d'office vérifier sa compétence ratione materiae. Porte atteinte à l'ordre public, le juge qui statue sur une cause échappant à sa compétence d'après les règles de la compétence ratione materiae.»*

À la différence des accords parfois permis sur la compétence géographique, aucun accord sur la compétence d'attribution ne pourrait désigner un juge matériellement incompétent.

Dans le cas contraire, le juge désigné devrait alors considérer pareille stipulation comme contraire à l'article 1108 du Code civil (à savoir *«quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : 1° ..., 2° ..., 3° ..., 4° une cause licite dans l'obligation»*) et refuser la conciliation qui lui est demandée, ou la désignation d'un médiateur, ou l'homologation d'un accord de médiation.

3.3 en raison d'une clause d'élection de for

L'immixtion d'un élément d'extranéité transforme un contrat en *«contrat international»* et il en va de même pour les pratiques «négociationnelles» et transactionnelles. En droit international privé, sous réserve d'un rattachement possible, **la règle d'autonomie contractuelle** permet alors le choix de la loi applicable (même avec un dépeçage), mais aussi le choix de la juridiction compétente. On parle alors d'une clause «d'élection de for».

¹² Cassation 13 octobre 1997, Pas. page 1014

Si cette clause est valable, le juge désigné devra se saisir du litige et le trancher, même si sa compétence est déclinée. Si cette clause n'est pas valable, le déclinatoire soulevé *in limine litis* obligera le juge désigné à examiner la compétence géographique prévue par les conventions internationales qui sont applicables au litige.

Dans le cas d'une demande conjointe en vue de conciliation/médiation ou en vue d'homologuer un accord issu d'une médiation internationale, le juge requis se trouve en face d'une réélection de for, évidente ; il lui faut répondre à la demande, même si ce nouvel accord des parties anéantit une autre élection de for antérieure, stipulée dans le contrat initial.

3.4 cas des contrats complexes et composés

La connexité ou l'indivisibilité est susceptible de paralyser l'élection de for opérée dans un contrat international, en incorporant au sein de relations juridiques considérées comme dominantes, ce contrat «accessoire» avec son destin judiciaire. Dans certains cas, l'inverse (autonomie nécessaire ou séparabilité souhaitable) serait cependant imaginable¹³.

Dans ces conditions, lorsqu'il est requis pour homologuer un accord de médiation internationale, le juge devrait donc être attentif au contexte, c'est-à-dire à s'informer sur tous les enjeux connexes ou indivisiblement liés à l'accord qui lui est soumis.

3.5 cas des litiges transfrontaliers visés par la directive européenne

Selon l'article 1.2) de la directive 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2008, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale :

«La présente directive s'applique, dans les litiges transfrontaliers, aux matières civiles et commerciales, à l'exception des droits et obligations dont les parties ne peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable. Elle ne s'applique notamment ni aux matières fiscale, douanière ou administrative, ni à la responsabilité de l'État pour des actes ou des omissions commis dans l'exercice de la puissance publique («acta jure imperii»). »

L'article 2. de cette même directive définit le champ des litiges transfrontaliers, comme suit :

«1 Aux fins de la présente directive, on entend par «litige transfrontalier», tout litige dans lequel une des parties au moins est domiciliée ou a sa résidence habituelle dans un État membre autre que l'État membre de toute autre partie à la date à laquelle:

- a) les parties conviennent de recourir à la médiation après la naissance du litige;*
- b) la médiation est ordonnée par une juridiction;*
- c) une obligation de recourir à la médiation prend naissance en vertu du droit national; ou*

¹³ MOREAU Pierre, « L'homologation judiciaire des conventions - Essai de théorie générale », Thèse de doctorat, Faculté de droit ULG, 11 mai 2007, page 115. À paraître chez Larcier Éditeur, Bruxelles.

d) *les parties sont invitées à recourir à la médiation aux fins de l'article 5.*

«2. Nonobstant le paragraphe 1, aux fins des articles 7 et 8, on entend également par «litige transfrontalier», tout litige dans lequel des procédures judiciaires ou d'arbitrage suivant une médiation entre les parties sont entamées dans un État membre autre que celui dans lequel les parties sont domiciliées ou ont leur résidence habituelle à la date visée au paragraphe 1, point a), b) ou c).

«3. Aux fins des paragraphes 1 et 2, le domicile est déterminé conformément aux articles 59 et 60 du règlement (CE) n° 44/2001 »

4. L'homologation en fonction du temps

4.1 accord conclu avant le dépôt de la requête en conciliation

Une requête en vue d'obtenir, après l'issue heureuse d'une négociation, l'homologation d'un accord déjà conclu, pose problème en Belgique. En effet, si l'accord est déjà conclu, le juge judiciaire se retrouve alors dépourvu de toute «compétence». En Belgique, un juge peut intervenir seulement s'il y a encore litige, puisque l'article 144 de la Constitution belge limite strictement l'attribution juridictionnelle : «*les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux*».

Par conséquent, lorsqu'un accord transactionnel a mis fin à un litige, le juge n'a plus le pouvoir de se saisir de cette transaction, fût-ce même pour lui conférer un titre exécutoire¹⁴.

Trois arguments sont souvent avancés pour soutenir cette thèse¹⁵ :

- l'interprétation a contrario de l'article 1043 du C.J. : «*Les parties peuvent demander au juge d'acter l'accord qu'elles ont conclu sur la solution **du litige dont il est régulièrement saisi***» ;
- le monopole légal des notaires : ce monopole prive d'autres acteurs de la compétence de «constater authentiquement les déclarations des parties»,
- l'absence de tout intérêt, s'il n'existe plus de litige et si la loi n'a pas prévu expressément la saisine d'un juge (17 C.J.). Par exemple, la dérogation légale de l'article 1733 C.J. autorise l'homologation d'accords de médiation volontaire, déjà conclus avant la requête au juge compétent.

Dès lors, tout accord négocié et conclu avant la saisine d'un juge belge, ne pourra plus faire l'objet d'une homologation, à l'exception des accords de médiation volontaire (article **1733** C.J.) pour lesquels la loi autorise expressément une dérogation. Quant au jugement d'homologation d'un tel accord de médiation volontaire, il revêt la valeur d'un

¹⁴ VANLEYNSEELE Patrick et VAN DE PUTTE Florence, «La médiation dans le Code judiciaire», J. T. 2005, page 301

¹⁵ MOREAU Pierre, «L'homologation judiciaire des conventions - Essai de théorie générale», Thèse de doctorat, Faculté de droit ULG, 11 mai 2007, pages 147 à 447. À paraître chez Larcier Éditeur, Bruxelles.

jugement au sens de l'article 1043 C.J. (c'est-à-dire un «jugement d'accord et d'expédient») ; il ne peut dès lors plus faire l'objet d'aucun appel de la part des protagonistes. Il reste ouvert à une éventuelle tierce opposition. Il demeure susceptible d'une action en annulation si l'accord n'était pas légalement formé. Le jugement d'homologation reste aussi susceptible d'une interprétation ou d'une rectification.

4.2 accord conclu au terme d'une procédure de conciliation

Par application de l'article **733** du Code judiciaire : *«il est dressé procès-verbal de la comparution en conciliation. Si un accord intervient, le procès-verbal en constate les termes et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire.»*

Selon le professeur Georges de LEVAL, cet acte authentique ne constitue pas un acte juridictionnel : aucun appel n'est possible et, à l'instar d'un acte notarié, il reste attaquant par la voie d'une action en nullité (pour vice de légalité : vice de consentement, de cause, ...). Aucun texte réglementaire belge n'écarte toutefois expressément la possibilité d'un recours juridictionnel ordinaire contre un procès-verbal de conciliation. Toutefois, par un arrêt du 24 avril 2004, la Cour du travail de Liège a considéré irrecevable, l'appel (en l'occurrence, du ministère public) formé contre un procès-verbal de conciliation¹⁶.

4.3 accord conclu pendant la procédure judiciaire civile

Par application de l'article **1043** du Code judiciaire : *«les parties peuvent demander au juge d'acter l'accord qu'elles ont conclu sur la solution du litige dont il est régulièrement saisi. Ce jugement n'est susceptible d'aucun recours de la part des parties litigantes, à moins que l'accord n'ait point été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification ..»* On revient ici dans la même hypothèse que celle qui fut évoquée dans le 4.1 ci-dessus.

5. L'homologation judiciaire peut-elle se refuser ?

5.1 l'homologation est en principe obligatoire

En Belgique, la démarche juridictionnelle de l'homologation d'un accord de médiation n'est pas libre : sauf s'il invoque l'ordre public, **le juge ne peut pas refuser d'homologuer un accord de médiation !** (articles 1733 al. 2 et 1736 al. 3 du C.J.). Et s'il invoque l'ordre public, il doit alors refuser son homologation, sans marge de manoeuvre. Son ordonnance se contentera d'expliquer le motif du refus d'homologation. Le texte légal belge n'est pas vraiment explicite ; il semble donc confiner le rôle du juge dans la seule alternative de ratifier l'accord, sauf exception.

Derrière l'apparente simplicité de la solution légale, les choses risquent de se passer autrement. Car concrètement, si l'on admet que les juges sont autorisés à demander aux

¹⁶ Cour du travail Liège 27 avril 2004, J.L. M.B. 2004 page 1075

parties de leur fournir des informations¹⁷, il paraîtrait alors logique d'admettre également que les juges homologateurs puissent inviter les parties à reprendre leurs négociations afin de rencontrer l'une ou l'autre exigence que ces magistrats considèrent comme étant d'ordre public. À l'issue des négociations ainsi reprises, une nouvelle demande d'homologation n'apparaît exclue par aucune disposition de la loi belge du 21 février 2005.

Quant au procès-verbal de conciliation, les articles 731 à 734 C.J. ne fournissent aucun guide à propos du rôle du juge dans l'accompagnement des parties ou dans la réception des accords de celles-ci. On peut donc imaginer que la contribution du juge soit dynamique durant le cours de la conciliation et que le juge aide activement les parties lors de la rédaction du procès-verbal de conciliation, au moins pour vérifier ce que prévoient les règles sur l'homologation des accords de médiation (à savoir les articles 1733 al. 2 ou 1734 al.3 C.J.)

5.2 le dilemme du juge homologateur dans les conflits du divorce

Les accords de médiation dans les conflits conjugaux présentent certaines particularités.

En premier lieu, l'article 1724 du Code judiciaire n'admet normalement au règlement «médiationnel» que des différends susceptibles d'être réglés par voie d'une transaction. Par dérogation, le législateur y ajouta cependant tous les litiges relevant de la médiation familiale, dont l'objet ne peut (en principe) pas se régler par transaction puisqu'il manipule l'ordre des familles et de l'état civil.

En second lieu, le juge dispose ici d'un deuxième motif pour s'opposer à l'homologation : il peut refuser d'homologuer lorsque l'accord issu d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs. (Articles 1733 al. 2 et 1736 al. 3 du C.J.). Une telle appréciation peut se révéler fort large : pareil concept a une géométrie très variable et ses oscillations sémantiques ondoient au gré de cas particulièrement individualisés, à la différence de l'ordre public dont nous examinerons les contours ci-après.

Concrètement, le juge des affaires familiales pourrait être amené, plus que tout autre juge homologateur, à influencer sur le contenu des accords de médiation lorsque l'intérêt des enfants mineurs est mis en jeu par ces accords. Mais sans doute, le juge familial est-il accoutumé à ces évaluations de l'intérêt des enfants, puisqu'en dehors de toute médiation, il le prenait déjà en considération dans le cadre des procédures de divorce par consentement mutuel, au moment de l'homologation des conventions préalables.

¹⁷ Interprétation extensive de l'article 1728 § 1er C. J. : «L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation». En outre, argument déduit de l'article 1028 C. J. relatif à l'instruction de la demande sur requête unilatérale : «Le juge vérifie la demande. Il peut à cet effet convoquer le requérants et les parties intervenantes en chambre du conseil...»

6. L'homologation judiciaire : quelle est la nature de l'activité du juge ?

6.1 une activité de contrôle

1) Puisque la loi belge n'explique pas la nature de l'activité du juge dans le cadre de son homologation des accords de médiation (ni non plus lorsqu'il rédige un procès-verbal de conciliation), il appartient, semblerait-il, aux protagonistes eux-mêmes de déterminer ce qu'ils attendent du juge et ce qu'ils lui demandent exactement.

En fonction de l'ampleur de cette demande de contrôle, le juge de l'homologation précisera (dans le procès-verbal de conciliation ou dans le jugement d'homologation) quelle était la mission que lui ont confiée exactement les parties et comment il s'en est acquitté. Il explicitera quelles tâches il a opérées et quelles vérifications il a menées.

2) De la sorte, on peut imaginer le cas où un juge-homologateur reçoit des protagonistes, une mission minimaliste (apposer uniquement un **titre exécutoire**) dont l'étendue sera explicitée dans notre 4) ci-après. Dans cette optique, le juge-homologateur limite son rôle à la seule activité de contrôle du respect de l'ordre public par l'accord. C'est pourquoi un juge ultérieurement saisi d'une action en nullité du contrat ou d'une tierce-opposition, pourrait constater sans hésitation, un éventuel dépassement des frontières d'une protection légale impérative, ou encore, constater une carence de légalité des accords issus de la négociation. Dans le même sens, tout juge ultérieurement saisi en vue d'une annulation, pourrait constater que, parce que cela ne lui fut pas demandé, le juge-homologateur des accords de médiation (ou rédacteur du procès-verbal de conciliation) n'avait pas pu sanctionner un manque inadmissible de respect à l'encontre des bonnes mœurs, ou plus largement, à l'encontre des bornes éthiques.

3) Inversement, si le juge-homologateur s'était vu confier par les protagonistes, une mission moins minimaliste, le jugement d'homologation le précisera, signifiant par exemple qu'*erga omnes*, il sera dorénavant revêtu de la **force probante**, et qu'il emportera à l'égard des parties l'**autorité de la chose jugée**. L'étendue de cette mission plus large du juge-homologateur sera explicitée dans notre 5) ci-après.

4) **La force exécutoire** d'un accord homologué ou d'un procès-verbal de conciliation n'est pas dépourvue d'exigences ni de limites. Ainsi, et notamment dans le cas d'une ordonnance homologuant un accord de médiation judiciaire (ou pareillement, un accord de médiation volontaire menée avec l'aide d'un médiateur agréé), « *le titre exécutoire est constitué par la réunion de l'accord est du jugement qui l'homologue. Afin de prévenir toute difficulté, il importe que le juge homologateur se soucie de l'aptitude du titre à sa concrétisation et qu'il soit précisé que le titre est exécutoire pour toutes les obligations qu'il constate.*»¹⁸

Certes, l'accord mis à exécution ne doit pas nécessairement comporter une condamnation formelle, pour s'exécuter par la contrainte. Mais il faudra qu'en toute

¹⁸ de LEVAL Georges, «La nouvelle loi sur la médiation», Colloque du CEPANI - 21 avril 2005, Bruylant, p. 61

hypothèse, les mesures de contrainte trouvent une suffisante consistance dans l'explicitation des obligations qui seront forcées¹⁹.

Lorsqu'il a été homologué, l'accord de médiation peut faire alors l'objet d'une exécution forcée, par la contrainte d'un huissier. Faudra-t-il une signification préalable du jugement d'homologation ? Ce n'est pas certain vu que toutes les parties ont signé l'accord de médiation, rendant par là logiquement superflue une seconde prise de connaissance par notification.

Quatre questions liées à la force exécutoire en Belgique, demeurent à notre sens irrésolues²⁰ :

- Après l'homologation d'un accord de médiation ou de conciliation, des délais de grâce peuvent-ils encore faire l'objet d'une demande auprès d'un juge de l'exécution ?
- L'homologation d'un accord de médiation ou de conciliation pourrait-elle aller jusqu'à valider une astreinte conventionnelle ?
- Un accord de médiation est-il exécutoire par provision ? Les parties peuvent-elles le prévoir dans leur accord ? L'article 1029 du Code judiciaire est-il applicable aux homologations ?
- Comment obtenir l'exequatur d'une ordonnance d'homologation, par un juge étranger ?

5) *L'autorité de chose jugée et sa force probante* s'accouplent-elles aux accords homologués ou aux procès-verbaux de conciliation ?

Tout jugement d'homologation incorpore dans le contrat, certaines qualités juridictionnelles. Cela signifie que le contrat homologué absorbe une partie de la puissance d'un jugement mais que la partie absorbée dépend évidemment de l'ampleur du travail que le juge a exercé sur ce contrat.

- Si l'homologation par le juge est une condition de validation, de reconnaissance, d'existence du contrat, il est certain qu'on est plus proche d'un jugement que d'un contrat.
- Si l'homologation fut accordée par le juge après un contrôle scrupuleux de légalité et d'opportunité, l'autorité tutélaire et protectrice que le juge a exercée, serait plutôt une condition de confirmation du contrat. En ce cas, elle imprégnerait le contrat avec la plupart des qualités d'un jugement.
- En revanche, lorsque le contrat a déjà une existence pleine et entière de transaction sans qu'il ait pour cela besoin du travail du juge, le jugement ordinaire d'accord et d'expédient (en réalité, l'homologation minimaliste de l'accord) n'agrègerait qu'une moindre partie des qualités ordinaires d'un jugement.

¹⁹ de LEVAL Georges, «A propos de la lisibilité du titre exécutoire», CUP 1998, Vol 21, page 199

²⁰ MOREAU Pierre, «L'homologation judiciaire des conventions - Essai de théorie générale», Thèse de doctorat, Faculté de droit ULG, 11 mai 2007, pages 548 à 567. À paraître chez Larcier Éditeur, Bruxelles.

Voici quelques réflexions prospectives à propos de la gradation dans l'activité de contrôle du juge, ainsi qu'à propos de la progression des effets juridiques potentiels dans ces stades successifs.

L'article 2052 du Code civil affirme que « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ». Or les accords issus des négociations et de la médiation constituent des transactions parfaitement valables, sous réserve que soient remplies les quatre conditions exigées par l'article 1108 du Code civil (capacité, consentement, objet et cause). Quelle est l'étendue de la faveur légale, sans même besoin que la transaction soit homologuée ? Il s'agit d'une autorité réduite au rôle d'une exception ; elle se limite aux aspects négatifs de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire qu'elle se limite à empêcher la réitération de la réclamation par voie judiciaire. En principe, cette prohibition à réitérer une réclamation civile n'est même pas d'ordre public pour la Cour belge de cassation²¹.

Deux bénéfices supplémentaires liés à l'autorité de chose jugée pourraient couvrir les accords de médiation ou les procès-verbaux de conciliation, alors que les transactions n'en profitent pas.

En premier lieu, il s'agirait de la force probante (la ***présomption de vérité légale***) qui s'attache aux vérifications juridictionnelles. Après l'homologation, il est devenu beaucoup plus difficile de remettre en cause les accords et de contester judiciairement leur contenu. Ainsi, tous les examens auxquels a recouru le juge homologateur et qui sont explicités dans son ordonnance, feront barrage aux actions en annulation que l'un des « médiés » fonderait sur des vices qu'écartent précisément les vérifications faites par le juge lors de l'homologation. La difficulté sera de reconstituer ce que le juge homologateur avait vérifié effectivement. À cet égard, la précision de l'ordonnance d'homologation se révélera extrêmement importante.

Ce barrage est d'autant plus élevé que l'article 1043 du Code judiciaire (jugements d'accord et d'expédient) et les articles 1733 et 1736 du Code judiciaire (jugements d'homologation d'une médiation volontaire et d'une médiation judiciaire) prohibent les voies de recours ordinaires, ne laissant subsister que les recours en annulation ou en interprétation des accords issus de négociations et de médiations.

Dans l'esprit de cette ***présomption de vérité légale***, on pense spontanément à l'effet préventif d'un contrôle judiciaire vérifiant que, contrairement aux exigences de l'ordre public, l'accord négocié ne préjudice pas aux droits manifestes des tiers. Concrètement, on songe ici aux droits de l'administration fiscale, aux droits de l'administration gérant le financement de la sécurité sociale, aux droits des riverains et autres « stakeholders » subissant les effets d'un accord. Si l'ordonnance d'homologation explique le souci qui fut manifesté en faveur de tous ces tiers intéressés, au besoin en disposant d'un avis explicite de leur part, une purge non négligeable se réalise : le risque s'éloigne que l'accord de médiation soit encore ultérieurement attaqué par un recours en tierce-opposition, par une action paulienne ou par une action en simulation.

²¹ Cassation belge, 8 décembre 1971, Pas. 1972, page 344

La nature de *l'autorité particulière* d'un contrat homologué, demeure largement irrésolue : que se passerait-il si en cours d'exécution de l'accord de médiation, de nouveaux problèmes se posaient et si, à ce moment, l'une des parties saisissait un nouveau juge ? Sachant qu'une homologation ne censure pas le contenu obligationnel d'un accord de médiation, l'ordonnance d'homologation ne sera donc jamais, fonctionnellement, un jugement ordinaire. C'est pourquoi, en cas de contestation ultérieure, un autre juge devrait alors statuer, non sur le fond d'un litige, mais seulement sur l'entérinement d'un contrat (lequel contrat remodelait une situation juridique antérieure). En effet, la primauté contractuelle veut que, lors de l'homologation d'un accord de médiation, le premier juge n'avait pas dit «Je condamne» mais avait plutôt dit : «Je constate que les parties sont liées par leur contrat (c'est-à-dire par leur accord de médiation ou de conciliation)». L'accord de médiation homologué conserverait les avantages et les faiblesses d'un contrat. Dès lors, en cas de litige ultérieur, la conception contractuelle touche à la marge de manœuvre du nouveau juge saisi. Certes, dans l'application de la norme contractuelle, ce dernier disposerait d'un espace discrétionnaire plus large que dans l'application de la norme légale. En l'occurrence, cet espace serait déjà encombré et compliqué par l'enchevêtrement des obligations initiales, dans lesquelles infèrent les obligations remodelées par l'accord de médiation mais dans lesquelles infère aussi la force obligatoire donnée par l'homologation judiciaire. Sans aucun doute, un éventuel procès ultérieur donnerait lieu à des discussions juridiques embrouillées et incommodes.

Ainsi donc la question que pose *«l'autorité de chose jugée»* dans l'ordonnance d'homologation, est de savoir si par après, on peut encore déroger aux obligations homologuées ou s'il faut les traiter comme si elles étaient revêtues de l'effet novatoire qu'emporte une décision judiciaire ordinaire ? Par l'effet novatoire d'un jugement ordinaire, le litige est purgé de toutes les objections ou exceptions antérieures à la décision judiciaire (prescription libératoire, compensation, exception d'inexécution, par exemple). Puisqu'une décision judiciaire d'homologation pourrait être privée d'une partie de l'autorité de chose jugée, et notamment de cet effet novatoire, toutes les scories contractuelles pourraient-elles encore remonter à la surface, revenir en justice et peut-être même justifier la nullité de l'accord de médiation ?^{22 23}

C'est pourquoi il est donc très important que le jugement d'homologation ou le procès-verbal de conciliation soient explicites sur deux niveaux de réalité :

- à propos de la mission confiée au juge-homologateur ou au juge-conciliateur par les parties,
- quant à la matérialité des tâches exactes qui furent accomplies par le juge, en réponse.

²² Ce problème est évoqué par la Circulaire du 6 février 1995 « Relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits » - Services du Premier Ministre Français, n° 1. 4. 3.

²³ Hormis l'erreur de droit ou la lésion car celles-ci ne peuvent pas être des causes d'annulation d'un accord transactionnel en vertu de l'article 2052 du Code civil

6.2 une activité demeurant judiciaire

Il n'est pas certain que nos législations ont adéquatement²⁴ anticipé la réception et les conséquences des nouveaux mécanismes de résolution des conflits qu'elles généraient.

Notre société contemporaine est imprégnée de droit, de règles et l'activité judiciaire traditionnelle est devenue totalement «juridicisée» ! Et il est probablement illusoire d'imaginer que l'activité d'entérinement d'accords négociés (sans plus aucune référence à la règle de droit), serait à ce point simple que le juge ne devrait plus continuer à garantir une justice distributive c'est-à-dire « le vivre ensemble » ...

La conciliation/médiation risquerait sans cette garantie, de devenir une justice inadaptée à notre société actuelle. Comment maintenir **la figure d'autorité du juge** lorsqu'elle reste nécessaire, même dans une justice alternative, pour garantir la légitimité des accords négociés qui sont devenus de véritables substituts des jugements ?

À notre avis, le juge-conciliateur, le médiateur et le juge-homologateur ne seront crédibles que s'ils ont veillé à un respect minimal de l'équité dans le cadre de la justice consensuelle. **Il ne faudrait pas que le compromis négocié, substitut d'un procès équitable, devienne l'alternative au juste et à l'équitable, récompensant le violent, le rusé, le riche ou le mieux informé, au détriment de la partie la plus faible.**

En d'autres mots, l'homologation ne peut pas cesser d'être une activité judiciaire car, par sa nature, celle -ci doit veiller à l'articulation entre «**le vivre à deux**» (le contrat) et «**le vivre ensemble**»(le jugement).

En conséquence, les accords issus de la négociation ne seront sans doute acceptables qu'à condition de garantir un respect minimal de l'éthique et de la légitimité. Sans ce souci, la justice consensuelle pourrait devenir une alternative judiciaire, pernicieuse.

Dès lors que la solution homologuée par titre exécutoire pourra ne plus être dictée par la règle de droit, comment garantir que les accords négociés ne constitueront pas une alternative au juste et à la Justice ?

C'est pourquoi la légalité (réduite à la fonction de guide subsidiaire) doit être repensée dans ses rapports à la légitimité, à l'autorité et à la hiérarchie, puis enfin à la négociation.

Quelques exemples peuvent illustrer concrètement notre préoccupation.

- Tout d'abord, sur le plan de l'éthique individuelle :
Imaginons un professeur d'université, ambitieux et sans scrupules, qui demande impérieusement à sa toute jeune assistante (anxieuse pour son avenir

²⁴ PARMENTIER Stéphane, «Alternative dispute resolution - ADR» FRB, Bruxelles, page 3, http://www.kbs-frb.be/uploadedFiles/KBS-FRB/Files/FR/PUB_1009_BRS_Modes_alternatifs_resolution_conflits.pdf

professionnel) de publier une étude prometteuse qu'elle a réalisée, avec les deux signatures, alors que lui-même n'y a pas contribué et alors même que son nom n'est connu ni des spécialistes ni du public. La jeune assistance accepte la co-signature. Aucun grief pénal ne pourrait être reproché au professeur. Imaginons que la publication de cette étude a connu un grand succès et que des droits d'auteur considérables furent engrangés. Un litige oppose ce professeur et son assistante à propos de la répartition des royalties. Manifestement contraire à l'équité, l'accord de médiation aboutit à une répartition de 80 % pour le professeur et de 20 % pour son assistante. Au moment de l'homologation, le juge se rend compte du problème. Que doit-il faire ?

- En second lieu, sur le plan de l'éthique du groupe :

Imaginons une entreprise qui réalise de plantureux bénéfices, tandis que son directeur commercial et un représentant de commerce, complice, obtiennent la rétrocession par certains clients de surfacturations frauduleuses mais considérables, sur un compte bancaire commun situé dans un paradis fiscal. Tous deux sont biélorusses et ils habitent, le premier en Moldavie, le second en Ukraine. Un litige les oppose sur la répartition de cet argent sale car le directeur en conserve 95 %. Le représentant de commerce menace de le dénoncer au fisc. Un accord de médiation « discret » est négocié en Belgique, qui satisfait les deux parties. Suite à la demande d'homologation par le représentant de commerce, le juge a des doutes très sérieux sur la provenance des fonds. Que doit-il faire ?

- Enfin, sur le plan de l'anthropo-éthique :

Imaginons qu'une banque belge procède à une importante prise de participation sur le marché du riz, en spéculant sur une flambée brusque du prix de celui-ci. Pour consolider les chances de réussir sa spéculation, cette banque prend un accord avec un fonds de pension américain, prépondérant sur le marché des biocarburants ; elle connaît l'intention de ce fonds de pension de développer ses activités en Afrique. Les objectifs de profit sont communs : en contrepartie d'une annonce artificiellement dopée par la publicité, le fonds de pension se voit offrir 20 % des plus-values potentielles que la banque espère. Sans qu'un grief pénal puisse être invoqué, cette annonce d'un triplement éventuel des cultures d'agro-carburant en Afrique, qui n'est pas nécessairement fausse à long terme, fait s'envoler les cours des matières premières alimentaires susceptibles de se raréfier, et plus particulièrement les cours du riz. La banque encaisse très rapidement les bénéfices escomptés. Mais au moment du partage des plus-values réalisées, la banque retient une partie de ce qui avait été promis au fonds de pension. Un accord de médiation est conclu pour mettre fin à ce litige. Sans préciser l'origine du litige, le fonds de pension demande au juge belge d'homologuer l'accord de médiation, car il craint que le banquier ne respecte pas plus sa seconde promesse. Le juge a lu la presse ; il s'est aperçu que le jeu d'intérêts qu'il lui faut avaliser judiciairement, fut à l'origine de plusieurs révoltes d'affamés et d'un millier de morts. Que doit-il faire ?

7. Le champ du contrôle judiciaire en vue d'une homologation

7.1 Pourquoi un contrôle judiciaire des accords issus de la négociation ?

Quoique la plupart des auteurs semblent d'accord pour affirmer qu'un contrôle judiciaire doit avoir la plus faible consistance possible²⁵, nous sommes d'avis que, **si les parties le souhaitent**, leur accord de médiation devrait pouvoir être purgé de toute une série de vices susceptibles d'en grever l'avenir et qu'en ce cas, un contrôle judiciaire de l'ordre public pourrait se révéler particulièrement précieux dans l'intérêt des parties elles-mêmes²⁶, de sorte à leur éviter d'ultérieures remises en cause de leur accord, soit par l'un des litigants, soit à l'initiative des tiers.

Ainsi, la sénatrice Clotilde NYSENS (au cours des travaux préparatoires de la loi belge du 21 février 2005 relative à la médiation) expliqua qu'un amendement lui paraissait nécessaire pour préciser le rôle du juge lorsqu'il homologuait un accord de médiation²⁷.

Ainsi encore, au sujet de la validité des consentements donnés à un accord de médiation, la Commission des Communautés Européennes souligne en son livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial : **l'accord entre les parties constitue l'étape essentielle de la procédure et, d'un certain point de vue, la plus sensible**.

7.2 Quelle devrait être la magnitude du contrôle judiciaire de l'ordre public ?

Selon le conseiller Pierre SARGOS : «Je crois que l'accord qui est pris en médiation

²⁵ MOREAU Pierre, «L'homologation judiciaire des conventions - Essai de théorie générale», Thèse de doctorat, Faculté de droit ULG, 11 mai 2007, page 130. À paraître chez Larcier Éditeur, Bruxelles.

²⁶ Voir supra le point 4. 1

²⁷ Discussion générale de la séance du 21 décembre 2004 au Sénat – Intervention de la sénatrice Clotilde NYSENS – Annales Sénat 3-89 pages 14 et 15 :

«J'aurais personnellement préféré un contrôle plus élargi du juge : j'avais déposé un amendement visant à ce que le juge vérifie si l'accord de médiation respectait les droits de la défense et les droits des tiers, si les renoncements à des droits étaient éclairés et si l'accord était conforme à l'ordre public.. La commission de la justice et le gouvernement n'ont pas voulu de ce contrôle élargi.

«Il me semble pourtant que ces garanties minimales seraient nécessaires pour garantir que l'alternative au procès (la solution déjudiciarisée) soit équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces vérifications par le juge me semblent nécessaires si l'on veut éviter que les règlements amiables ne soient trop souvent attaqués judiciairement par la suite. Il convient en effet de s'assurer que l'accord conclu est un véritable accord. Si l'accord final ne reflète pas la réelle volonté des parties, le compromis effectif que les parties sont disposées à accepter, avec tout ce que cela implique de renoncement par rapport à leur souhait originel, les objectifs premiers, à savoir la véritable résolution des conflits et la pacification sociale qui s'ensuit ne seront pas atteints. De nouveaux problèmes sont ainsi à craindre, telle la contestation juridique de la validité de l'accord, la mise en cause de la responsabilité du tiers pour avoir 'arraché' à l'une des parties à un compromis inéquitable, etc. en particulier, lorsqu'il y a des équilibres économiques entre les parties, s'impose l'idée d'un certain formalisme protecteur concernant la conclusion et la signature de l'accord.

Il convient de tout mettre en oeuvre pour garantir la validité des consentements exprimés...»

doit s'analyser tout simplement comme une amiable composition. On ne sort pas du droit, mais on sort de l'exigence de règles strictes, de règles un peu manichéennes et non adaptées à certaines situations humaines ... Et si, dans mon esprit, la Cour de cassation devait avoir un contrôle à faire, ce serait à travers une interrogation : **Est-ce que les parties ont été exactement informées ?** ...

J'ai évoqué le contrôle de la Cour de cassation sur les accords de médiation. Un tel contrôle ne paraît pas pouvoir être celui des accords de conciliation, ni a fortiori celui des contrats de transaction. Le rapprochement, comme je l'ai indiqué, doit plutôt se faire avec l'amiable composition, ce qui implique essentiellement de **veiller au choix libre et éclairé des parties de s'engager dans cette voie.**²⁸»

Dans un tel esprit, il faudrait concevoir ce contrôle judiciaire sous une double loupe :

- d'une part, le juge devrait idéalement examiner si le contenu des accords de médiation ne heurte pas des intérêts qui se trouvent hors de portée de la capacité transactionnelle des parties (**contrôle de l'ordre public matériel**) ;
- d'autre part, le juge devrait aussi observer le déroulement des négociations, de sorte à déterminer si leur processus n'a pas mis en échec les droits procéduraux des parties (**contrôle de l'ordre public procédural**) .

Pour progresser plus avant, il nous faut ici tracer des pistes et des perspectives, anticipant les problèmes et leurs solutions. Les considérations qui suivent, ne peuvent cependant se fonder sur aucun texte ni sur aucune jurisprudence. Elles appellent donc circonspection mais aussi tolérance.

§ 1^{er} LE CONTROLE JUDICIAIRE DE L'ORDRE PUBLIC MATERIEL

1° L'ordre public matériel protège l'État mais protège aussi ses citoyens contre le désordre. C'est ainsi que l'ordre public veut désigner le climat de paix sociale résultant de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité. On sait que les juges administratifs français et belge y ont déjà intégré des préoccupations de moralité et de dignité, soit dans le chef de la personne humaine (affaire du lancer de nain²⁹), soit même dans le chef de la fonction étatique³⁰. Ce maniement d'un concept de droit administratif (l'ordre public matériel constitue en ce cas un instrument de la police administrative), devrait être mis en oeuvre par le juge homologateur d'un accord de médiation car, nous semble-t-il, il lui appartient de vérifier **l'apparence** de légitimité d'un accord transactionnel. Par exemple en matière sociale, le juge vérifierait idéalement si le fisc ou si l'organisme de prélèvement des cotisations de la sécurité sociale n'ont pas été abusivement préjudiciés par un accord qui les évincerait d'une manière évidente. Après avoir affirmé la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers (cette primauté correspond à notre stéréotype de la **légitimité**),

²⁸ SARGOS Pierre, «L'accord de médiation», Semaine Sociale Lamy, Supplément n° 1100 du 2 décembre 2002, p.56

²⁹ Conseil d'Etat français, arrêts du 27 octobre 1995, Rev. Trim. Dr. Ch. 1996 p.658

³⁰ Conseil d'Etat belge, arrêt n° 27 753 du 27 mars 1987, J.L.M.B. page 1057

l'ordre public vient ensuite imposer certaines exigences de nature à moraliser un minimum les relations contractuelles entre particuliers (norme **éthique**).

2° L'ordre public matériel s'insère aussi dans les relations de droit civil.

L'ordre public fait le contrepoids de la liberté contractuelle³¹. Outre qu'il protège les fondements et les valeurs essentielles de la société contre les comportements contractuels que l'on estime menaçants pour l'Etat (on parle d'ordre public en Belgique / d'ordre public de direction en France), il est aussi destiné à protéger des personnes privées dans leurs relations contractuelles (on parle alors d'ordre public de protection en France / de « dispositions impératives » en Belgique). L'ordre public « de protection » est ainsi une barrière posée devant l'autonomie des volontés individuelles. Cet ordre public civiliste limite la volonté des parties : L'article 6 du Code Civil énonce : *«on ne peut déroger par des conventions, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs»*. Les articles 1131 et 1133 du Code Civil énoncent successivement : *«L'obligation sans cause, ou sur fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet»* et *«La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public»*.

Le contrôle judiciaire de l'ordre public devrait viser ici l'apparence d'une conformité éthique : le contenu des accords de médiation n'apparaît-il pas à ce point immoral qu'il doive être censuré. Très concrètement, le juge devrait vérifier si aucune immoralité apparente n'affecte, d'une manière inadmissible, la protection légale de la partie faible lorsque le législateur a imposé à la partie forte (l'employeur, le bailleur, le prêteur, ...) de faire au moins ceci (par exemple, de payer au moins tel salaire mensuel) ou au moins cela (par exemple, d'informer le consommateur et d'attirer son attention).

§ 2. LE CONTROLE JUDICIAIRE DE L'ORDRE PUBLIC PROCÉDURAL

«Le droit processuel se définit comme le droit commun du procès, comme l'ensemble des règles et principes dont l'application constitue la garantie d'une bonne justice, ou encore d'une justice équitable, au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme»³². L'ordre public procédural (aussi appelé «processuel») protège le fonctionnement de l'institution judiciaire, mais il protège également le justiciable en lui garantissant «un procès équitable».

Pour savoir si un processus de médiation est conforme à l'ordre public procédural, on doit s'interpeller respectivement :

▪ en amont du processus alternatif de règlement des litiges :

Dans quelle mesure, le choix de la procédure extra-institutionnelle ou le choix de ses modalités pourraient-ils s'avérer incompatibles avec l'ordre public procédural ? Ces questions touchent au noyau du processus de médiation :

³¹ LAGARDE Xavier, «Office du juge et ordre public de protection», Sem. jur. 2001, n°15/16, page 745; POLIN Raymond, «L'ordre public», in Actes du Colloque de PARIS - 22 et 23 mars 1995, PUF, 1996 p.45

³² LAGARDE Xavier, «Droit processuel et mode alternatif de règlement des litiges», Revue de l'arbitrage, 2001, page 424

Par exemple, pourrait-on imaginer que, par nature, certains litiges excluraient une renonciation au juge ? Ou encore que, la renonciation au procès équitable ne serait valable qu'à la condition d'être libre et éclairée³³ ?

Ou encore, les parties pourraient-elles négocier en dehors de toute considération légale, en renonçant par exemple à tous droits au droit (médiation et transaction se déroulant en référence à l'équité et à l'amiable composition, c'est-à-dire dans la plus complète ignorance de la norme de droit) ?

▪ en aval de ce même processus :

Un «justiciable alternatif» pourrait-il solliciter l'annulation judiciaire des accords de médiation, au motif qu'il aurait été privé de certaines garanties procédurales incompressibles (c'est-à-dire relevant d'un véritable ordre public procédural) ? En d'autres mots, quels seraient les grands principes fondamentaux de nature procédurale qu'il faudrait conserver saufs, afin que la stratégie contractuelle de la médiation ne puisse se fonder principalement sur la déloyauté, sur l'exploitation de la faiblesse de l'une des parties ou sur le manque d'information de celle-ci ?

L'enseignement de la Cour européenne des droits de l'homme nous est ici précieux. Celle-ci admet explicitement la validité des modes alternatifs de règlement des litiges. Toutefois, en contrepartie, elle se montre très exigeante à l'égard des renonciations au droit d'être jugé par un tribunal, qui doivent être établies de manière non équivoque³⁴. Ainsi, la CEDH contrôle toute renonciation processuelle : elle s'assure que pareille renonciation n'est pas viciée par la contrainte ; elle s'assure encore que le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses protocoles, ne s'oppose pas à une telle renonciation³⁵.

L'enseignement du Conseil d'État belge est analogue puisqu'il affirme que les droits de la défense relèvent de l'ordre public procédural, et qu'à ce titre, il ne pourrait pas être valablement renoncé à leur application³⁶. Commentant cet arrêt, le professeur Paul Martens explique : «Les droits de la défense ne se bornent pas à accorder à l'individu une faculté ou un confort : leur respect tient à l'activité même de celui qui tranche, et lui confère la dignité de juger.»³⁷

³³ CEDH 10 novembre 2004, SEJTOTVIC / Italie, req. 56.581, n°33

³⁴ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 février 1992, PFEIFER et PLANKL c/ Autriche, Série A n°227, pp. 16 et 17. Ainsi, même dans ses simples décisions processuelles, la Cour EDH nous donne l'exemple d'un grand respect de l'ordre public procédural. Par exemple, elle exerce un contrôle rigoureux lorsque lui sont présentés des actes renonciatifs aux procédures engagées devant elle. Elle ne se contente pas d'un « donné acte » : ni en cas de règlements amiables (actes mettant fin transactionnellement à une procédure engagée devant la Cour), ni non plus en cas de simples désistements ! En toute hypothèse, la Cour européenne vérifie si ces règlements amiables et ces désistements respectent l'ordre public européen.

³⁵ FRUMER Philippe, «La renonciation aux droits et libertés», Bruylant, 2001, page 91

³⁶ Conseil d'État de Belgique, arrêt n° 27 753 du 27 mars 1987, J.L.M.B. page 1057

³⁷ MARTENS Paul, «Les tribulations constitutionnelles des droits de la défense» in Les droits de la défense, Editions du jeune barreau, Liège, 1997, page 18

Très concrètement, il faut se demander comment un juge doit questionner les parties qui lui demandent l'homologation d'un accord de médiation ?

En pratique, il s'agira pour lui de vérifier si pourrait demeurer compatible avec l'ordre public procédural, un accord troublant ou une renonciation suspecte par un « justiciable alternatif », susceptible par exemple de mettre en cause :

- le droit à une information égalitaire et effective, sur tous les éléments factuels et juridiques qui sont l'enjeu du conflit³⁸,
- le droit à l'égalité des armes et aux droits de la défense³⁹,
- le droit d'être jugé par un tribunal (en cas d'échec de la médiation),
- le droit à la publicité de l'audience ou du jugement d'homologation,
- le droit à l'impartialité et la neutralité de celui qui est assimilable au juge (le médiateur),
- le droit d'être fixé sur le sort «médiationnel» du litige dans un délai raisonnable ...

³⁸ Ainsi, la Cour de cassation française eut l'occasion de se prononcer sur l'homologation d'un procès-verbal de conciliation, qui n'avait pas prêté une suffisante attention aux garanties émanant de l'ordre public procédural. Cette solution judiciaire proposée par la Cour de cassation française illustre un degré élevé d'exigence dans le contrôle judiciaire d'homologation.

Le cas individuel soumis à la Cour de Cassation française avait fait l'objet d'un arrêt de la cour d'appel de LYON. Celle-ci avait statué sur la demande d'annulation d'un procès-verbal de conciliation rédigé et signé en bureau de conciliation d'une instance prud'homale. La Cour d'appel de LYON avait commencé par examiner ce procès-verbal de conciliation. Après cet examen, elle l'avait qualifié de « CONTRAT JUDICIAIRE », puisqu'il revêtait à la fois une dimension transactionnelle et une dimension judiciaire. Ensuite, la Cour d'appel avait constaté une absence de concessions réciproques car, en contrepartie de son désistement judiciaire, le travailleur avait obtenu exclusivement des sommes qui lui étaient incontestablement dues. En conséquence, la Cour d'appel avait estimé que la transaction était nulle. La Cour d'appel avait annulé l'accord de conciliation, permettant par là que le travailleur retrouve le droit à des indemnités de rupture (auxquelles il renonçait dans l'accord litigieux, pour n'avoir rien en échange).

Le pourvoi fut rejeté et la Cour de cassation a confirmé l'annulation judiciaire du procès-verbal de conciliation. La Cour de cassation a examiné, à son tour, la procédure en conciliation. A la différence de la Cour d'appel, elle a clairement dessiné le rôle du juge-conciliateur (rôle que le texte légal n'explique ni dans sa facilitation de l'accord, ni en son « homologation » de l'accord). Les contours de l'office judiciaire sont bien balisés. L'essentiel de l'arrêt de cassation tient en quelques «idées-clés», mais elles sont réellement fondamentales :

1. la conciliation est définie comme la recherche d'un accord des parties, qui doit préserver les droits de chacune d'elles ;
2. le juge conciliateur doit participer activement pour assurer cette préservation des droits réciproques ;
3. par exemple, le juge conciliateur doit vérifier que les parties étaient informées de leurs droits respectifs ;
4. avant qu'elles puissent y renoncer si le juge conciliateur ne remplit pas convenablement son office, le procès-verbal constatant les accords de conciliation est un acte judiciaire nul !

³⁹ Cassation fr. 1^e chambre 30 mai 2000, D. 2000 p. 879 (la vérification procédurale aboutit au refus d'homologation d'une transaction passée sous contrainte économique, pour manquement à l'égalité des armes ; mais un tel accord serait pareillement, et en outre, annulable en raison d'une violence ayant vicié le consentement)

§ 3. LES TEMPÉRAMEMENTS À L'ORDRE PUBLIC

Lorsqu'un procès-verbal de conciliation ou lorsqu'un accord de médiation contiennent une violation des droits que protège l'ordre public (ou une renonciation inadmissible à de tels droits), le juge doit en principe déclarer invalide cet accord transactionnel ; il doit alors refuser de dresser procès-verbal de conciliation ou refuser d'homologuer l'accord de médiation.

En pratique, dès qu'il aura constaté la violation ou l'incompatibilité, il préviendra les parties en les invitant à reprendre leurs négociations en vue d'amender leur accord, dans le sens qu'il suggère. À défaut, il lui faudrait maintenir son refus d'homologuer tout l'accord de médiation. Toutefois, deux tempéraments sont susceptibles de nuancer cette position très catégorique :

▪ PREMIER TEMPÉRAMEMENT : L'interprétation du juge en matière d'ordre public

L'ordre public n'est pas défini a priori. Ce concept peut donc évoluer dans son contenu et dans l'amplitude de ce contenu. Chaque juge apprécie souverainement ce que contient IN CONCRETO l'ordre public et ce qui n'y est pas inclus. Certes, la Cour de cassation (particulièrement en Belgique) s'est toujours montrée intransigeante dès qu'un droit subjectif entrant en conflit avec l'ordre public. Par son interprétation littérale, plusieurs renonciations furent frappées ainsi frappées d'une sanction de nullité absolue⁴⁰, au motif qu'elles **touchaient** des droits matériels sensibles à l'ordre public, sans examiner s'il y avait une réelle incompatibilité avec l'ordre public⁴¹ (c'est-à-dire une attaque frontale contre l'ordre public).

Un courant actuel pousse en sens moins rigoureux et on assiste à plusieurs revirements de jurisprudence quant à la portée de l'ordre public. Plus spécialement, on peut observer qu'en Belgique, l'interprétation téléologique a pris plusieurs fois le dessus sur l'interprétation littérale. Par exemple, dans le cas où la loi veut protéger une partie contre sa faiblesse ou son manque d'information (droit du travail, droit de la consommation, droit des baux...), la jurisprudence admet maintenant que « l'indisponibilité » des droits puisse être nuancée par **la finalité de la règle de protection**.

Dans cet esprit, la jurisprudence interdira par exemple la renonciation anticipée de la partie protégée, sans exclure que, **une fois le litige né, cette partie puisse transiger**»⁴².

⁴⁰ Cassation belge, arrêt du 10 mars 1994 (JT p.419), arrêt du 24 janvier 1985 (Pas I n°307), arrêt du 28 septembre 1979 (Pas 1980 I, 131), arrêt du 10 novembre 1978 (Pas 1979 I, 309), arrêt du 15 mars 1968 (Pas I, 884)

⁴¹ Cette vision rigoriste de l'ordre public est exprimée dans l'avis du Conseil Supérieur de la Justice sur la proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation : «Il faut exclure tous litiges concernant les matières contraires à l'ordre public.» (Avis du Conseil Supérieur de la Justice - 10 février 2004 - Travaux préparatoires - Chambre des Représentants Doc n° 51 0327/002, page 9, n° 5.2.1)

⁴² ANCEL Pascal, «En matière civile», in «Réforme de la justice, réforme de l'état» CADIET Loïc et alii, PUF 2003 p.194

En tout cas, la tendance jurisprudentielle récente⁴³ se dirige plutôt vers une restriction des interdits de l'ordre public. Pour sa part, la doctrine dominante considère également que «dès lors qu'il ne s'agirait ni de donner effet à un acte prohibé, ni de renoncer à une protection pénalement sanctionnée, on ne voit plus guère ce qui justifierait encore la rigueur de la jurisprudence traditionnelle ...»⁴⁴.

En d'autres mots, la seule nature d'ordre public qui caractérise le domaine auquel appartient une obligation juridique n'est pas un critère autosuffisant pour annuler judiciairement une renonciation aux droits nés de cette obligation. Selon Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, «des règles d'ordre public peuvent certes régir la matière contractuelle, mais cela importe peu ; on en voudra pour preuve que la jurisprudence récente admet l'arbitrabilité de litiges afférents à des matières où il existe de nombreuses règles d'ordre public, du moment que l'ordre public n'est pas violé.»⁴⁵

Il faut se rendre compte que «protection» n'entraîne pas nécessairement «interdiction totale»⁴⁶. Cette porte de l'interprétation du juge (appelée «libre disponibilité des droits») ouvre de vastes espaces de négociation et d'homologation, encore en friche.

▪ SECOND TEMPÉRAMENT : L'ordre public atténué

1) Nous découvrons ici une tolérance née par analogie au droit international privé. En réalité, lorsqu'on le dissèque avec le bistouri du droit international privé, on constate que **l'ordre public belge** superpose deux degrés distincts de protection :

- o Le premier degré est l'ordre public qui prévaut dans le cadre strictement national et purement intra-étatique.
- o Le second degré est l'ordre public qui se situe dans un cadre international ou dans un cadre inter-étatique. En ce cas, les éléments d'extranéité empêchent de limiter la solution du litige aux seules règles d'un cadre étatique national unique. Ce second degré fut initialement conceptualisé sous la dénomination d'«ordre public international français/belge», de sorte à rendre notre système juridique perméable à certains actes juridiques étrangers qui ne sont pas conformes à notre ordre public, sans le heurter intolérablement⁴⁷.

⁴³ Cassation fr. arrêt du 29 mai 1996 n°92-45, arrêt du 23 avril 1997 n°94-40.623, arrêt du 29 novembre 2000 n° 98-44.803, arrêt du 24 octobre 2000 n°98-41.192 ; Cassation b. arrêt du 7 mars 1988 Pas I, p. 809

⁴⁴ GLANSORF François, note sous cassation belge 10 mars 1994, RDC 1995 p. 20

⁴⁵ FAUVARQUE-COSSON B. "Libre disponibilité des droits et conflits de lois" PARIS 1996 (voir page 57)

⁴⁶ «... si un litige survient dans une matière réglemantée par de nombreuses dispositions d'ordre public, cela ne signifie pas pour autant que les parties ne peuvent pas transiger, mais seulement que leur marge de manœuvre dans ce cadre s'en trouve réduite. Une médiation pourra dès lors être engagée dans la plupart des cas, et c'est au moment de la formalisation de l'accord, et en particulier lors de son éventuelle homologation, qu'un contrôle devra être exercé relativement à l'ordre public et à la possibilité pour les parties de conclure une transaction sur le litige qui les oppose...» (Intervention au Sénat de la Ministre de la Justice, le 17 décembre 2004, Doc S 3-781/7 page 33)

⁴⁷ Cassation belge 2 avril 1981 et 22 avril 2002 (S.01.0035.F)

La théorie dite «des effets atténués de l'ordre public»⁴⁸ admet la violation ou la renonciation à droits consolidés par des garanties impératives (ordre public de protection), sinon même par des garanties ressortissant à l'ordre public de direction. Leur transgression transactionnelle malgré la protection légale⁴⁹ ne sera pas condamnée judiciairement tant que demeurera indemne l'ordre public du second degré, ce «dernier carré des valeurs» considérées comme essentielles à l'ordre moral, politique ou économique établi par le législateur national. L'image pertinente est celle des «cercles concentriques»⁵⁰ que le juge interprétera. Seul ce dernier pourra dire si, IN CONCRETO, il existe une atteinte à «ce dernier carré des valeurs» irréductibles (en droit matériel et en droit procédural), c'est-à-dire une atteinte aux effets non atténués de l'ordre public. Enfin, le juge sera à nouveau attentif au fait qu'une convention n'est pas prohibée à cause de la nature juridique⁵¹ des obligations convenues mais parce que le critère opérant se trouve dans l'irréductibilité de ce « dernier carré des valeurs ».

2) La médiation peut-elle bénéficier des effets atténués de l'ordre public ? L'instauration légale de la médiation est-elle une raison suffisante pour échapper à la rigueur de l'ordre public du premier degré ? Sans doute «oui», pour les raisons suivantes. En vertu de la théorie des effets atténués de l'ordre public⁵², l'autonomie des volontés permet aux citoyens de déroger à leurs propres juges nationaux mais aussi à leurs propres règles nationales, lorsqu'ils se trouvent placés dans certaines situations juridiques particulières, à savoir :

- o empreintes d'extranéité territoriale (par exemple, le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux),
- o empreintes d'une extériorité processuelle⁵³ (par exemple, l'arbitrage en amiable composition qu'autorise l'article 1700 du Code judiciaire).

Si la théorie des effets atténués de l'ordre public est admise en présence d'une extranéité géographique (droit international privé des contrats) ou d'une extranéité procédurale (arbitrage), pourquoi ne serait-elle pas admise en présence d'une autre extranéité procédurale appelée «médiation» ? Rien ne nous semble prohiber que la théorie des effets atténués de l'ordre public s'applique aussi à la médiation, lorsque les parties ont accepté de négocier en référence aux règles d'équité, plutôt qu'en référence aux règles de droit. Dès lors, lorsque l'accord de médiation a explicité cette référence aux règles de l'équité, l'homologation pourrait alors reposer sur une appréciation judiciaire de conformité par rapport exclusivement au second degré de l'ordre public.

⁴⁸ EKELMANS Marc "L'ordre public international et ses effets atténués" in L'ordre public : concept et applications BRUXELLES, ULB-Bruylant, 1995 p.283

⁴⁹ lire les références fournies par BRANDON Isabelle, « L'office du juge dans la conciliation », JT 1995, n°5766, note 61

⁵⁰ SIMONART Valérie, «L'ordre public et le droit des sociétés», RDC 1994, p.121 et note 161

⁵¹ Cour du Travail LIEGE, 27 avril 2004, JLMB pages 1070 et 1071

⁵² EKELMANS Marc, «L'ordre public international et ses effets atténués», in «L'ordre public - concept et applications» ULB, 1995, Conférences du centre de droit privé et de droits économiques, Volume III, p. 287

⁵³ article 1700 du Code judiciaire

Curieusement, ce second degré de l'ordre public (ne tolérant ni renonciation, ni transgression au dernier carré de valeurs incluses dans l'ordre public), n'a pas de dénomination dans le cadre d'une situation juridique d'extranéité procédurale. En effet, l'expression «ordre public supra-judiciaire» n'existe pas encore pour désigner **les effets non atténués de l'ordre public**, alors que dans les cas d'extranéité géographique, la locution «ordre public international belge» est généralement comprise par tous en ce sens. Quant au premier degré de l'ordre public, nous lui attribuerons la propriété inverse : «**effets atténués de l'ordre public**», par opposition.

7.3 cas particulier en Belgique : le refus d'homologation lié à la qualité du médiateur

L'incompatibilité avec l'ordre public est garantie préventivement par l'exigence légale d'une agréation préalable des médiateurs. En effet, les articles 1726 et 1727 du Code judiciaire instaurent une commission fédérale de médiation en Belgique, dont trois sections spécialisées selon les contentieux (familial, civil & commercial, social) sélectionnent et agréent les médiateurs.

Pour toute médiation judiciaire, le juge est tenu de désigner un médiateur agréé par cette commission fédérale de médiation, de même qu'en principe, les parties ne peuvent s'accorder que sur le nom d'un médiateur agréé (article 1734 du Code judiciaire). Le juge peut y déroger si aucun médiateur agréé disponible ne présente les compétences requises pour les besoins d'une médiation, ou si les parties le lui demandent conjointement et de manière motivée.

L'article 1733 du Code judiciaire conditionne la requête en vue d'homologation des accords d'une médiation volontaire à l'exigence qu'elle ait été menée par un médiateur agréé. A défaut l'homologation devrait être refusée par le juge.

8. Conclusions

Dans leur Code judiciaire, les belges trouvent un chapitre sur la médiation, outre une huitaine d'articles brefs sur la conciliation par le juge ou sur les jugements d'accord. Les normes belges explicitent les formalités et les chemins processuels ; elles ne définissent pas la fonction d'accompagnement en médiation ; elles ne précisent pas ce qui se peut faire, ni non plus ce qu'il faut ne pas faire.

Le besoin de positionner les pratiques de médiation dans un cadre conceptuel organisé, est devenu pressant car les médiations ont débuté. Curieusement, il y en a peu en Belgique. Au-delà de toute résistance au changement, il paraît certain que les médiations n'inspirent pas encore la confiance. Il manque aux médiateurs et aux médiations, une légitimité. Les apports normatifs récents n'ont pas réussi à les en auréoler : la légalité n'est pas la légitimité. La médiation doit d'abord faire ses preuves !

Cette preuve et ce statut légitime devraient découler de la cohérence que

l'homologation judiciaire parviendra à donner aux accords de médiation. La pratique belge de l'homologation judiciaire des accords issus de la négociation demeure très limitée actuellement ; elle ne permet pas encore de tracer des enseignements de principe. Tout l'attrait d'une mise en commun de nos réflexions, c'est de contribuer ensemble à ce rêve d'une légitimité pour la médiation : les conditions de son succès passent par la compréhension du mécanisme de l'homologation et par un cadre conceptuel cohérent apte à harmoniser l'action judiciaire traditionnelle avec l'action alternative qui se veut substitut d'un procès équitable.

C'est pourquoi les questions soulevées par GEMME-CH lors du présent colloque, sont pertinentes et importantes. Les réponses de tous les intervenants et la mise en commun de ces réponses, constitueront sans aucun doute les premiers piliers de la médiation suisse de demain, mais aussi des autres médiations nationales européennes.

1.3 Die Lage in der Schweiz

DIE RICHTERLICHE GENEHMIGUNG VON KONFLIKTBEREINIGENDEN VEREINBARUNGEN, WELCHE IN VERHANDLUNGEN ODER MEDIATIONEN ERZIELT WURDEN

von

Philipp Gelzer*

1. Einleitung

In neuerer Zeit werden bei Konflikten vermehrt Methoden angewendet, welche eine einvernehmliche Konfliktbeilegung zum Ziel haben. Insoweit wird auf Englisch von "amicable dispute resolution" ADR gesprochen¹. Zu diesen Methoden gehört namentlich die Mediation, welche sich dadurch auszeichnet, dass neutrale und unabhängige Personen ohne Entscheidkompetenz die Parteien dabei unterstützen, in Gesprächen (selber) eine einvernehmliche Lösung ihres Konflikts zu finden². Haben die Parteien in einer Mediation oder in Verhandlungen eine Lösung gefunden, wird diese in der Regel in einem schriftlichen Übereinkommen festgehalten. Solche Übereinkommen sind Verträge, welche im Gegensatz zu rechtskräftigen Urteilen nicht direkt vollstreckt werden können. Da die Parteien jedoch auch bei einer einvernehmlichen Konfliktbeilegung ein Interesse an einem Vollstreckungstitel haben, ist insbesondere in Frankreich³ und Belgien⁴ vorgesehen worden, dass eine im Wege der Mediation erzielte Vereinbarung über die Streitschlichtung auf Antrag der Parteien durch ein Gericht oder eine Behörde genehmigt werden kann, wodurch die Vereinbarung in gleicher Weise wie ein Urteil vollstreckbar wird⁵. Im Folgenden wird die Frage untersucht, welche Möglichkeiten und Voraussetzungen das Schweizer Recht für die Genehmigung zivilrechtlicher streitbereinigender Vereinbarungen vorsieht.

* Dr. iur. Advokat, Mediator SKWM, Gerichtsschreiber am Bundesgericht.

¹ Diese Abkürzung ADR wird jedoch auch für "alternative dispute resolution", verwendet, welche als Alternative zu den staatliche Gerichten auch die Schiedsgerichtsbarkeit umfasst.

² Vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl. 2006 S. 7221 ff. 7335; *Philipp Gelzer*, Vorschläge zur Regelung des Schlichtungs- und Mediationsverfahrens in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung und im Obligationenrecht, Jusletter 6. November 2006, Fn. 10, mit weiteren Hinweisen.

³ Vgl. Art. 131-12 du nouveau code de procédure civile.

⁴ Vgl. "Loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation" vom 21. Februar 2005.

⁵ Vgl. Art. 1733 des belgischen Code judiciaire; vgl. auch den Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 22. Oktober 2004, KOM(2004) 718; 2004/0251 (COD), der in Art. 5 Abs. 1 verlangt, die Mitgliedstaaten hätten entsprechende Regelungen vorzusehen.

2. Die Bedeutung der richterlichen Genehmigung

Bezüglich der richterlichen Genehmigung einer konfliktbereinigenden Vereinbarung ist danach zu unterscheiden, ob diese erst nach einer solchen Genehmigung rechtsverbindlich ist oder nicht. Ist die Vereinbarung nur mit richterlicher Genehmigung rechtsverbindlich, so kommt ihr primär die Bedeutung zu, die Rechtswirksamkeit der Vereinbarung zu bewirken, wobei sekundär gleichzeitig auch die Gleichstellung (Homologation) mit einem rechtskräftigen Urteil erreicht wird. In diesen Fällen kann von einer *obligatorischen Genehmigung* gesprochen werden. Ist dagegen eine Vereinbarung auch ohne Genehmigung als Vertrag rechtswirksam, so kommt der Genehmigung nur die Bedeutung zu, die Vereinbarung hinsichtlich der Vollstreckbarkeit und Rechtskraftwirkung einem rechtskräftigen Urteil gleichzustellen⁶. Insoweit kann von einer *fakultativen Genehmigung* gesprochen werden. In beiden Fällen ist die richterliche Genehmigung der so genannten *freiwilligen Gerichtsbarkeit* zuzuordnen, wenn dieser Begriff gemäss der in der Schweiz üblichen Terminologie als Gegenbegriff zur streitigen Gerichtsbarkeit verstanden wird⁷.

3. Die obligatorische richterliche Genehmigung einer Vereinbarung

3.1. Allgemeines

Möchten sich Ehegatten scheiden lassen, so müssen sie auch wenn sie sich über Scheidung und die die Scheidungsfolgen einig sind, eine Klage einreichen⁸. Die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ist gemäss Art. 140 Abs. 1 ZGB erst rechtsgültig, wenn das Gericht sie genehmigt hat. Bezüglich der Kinder können die Ehegatten nur gemeinsame Anträge stellen, da der Richter die elterliche Sorge zuteilt⁹ und den Anspruch auf persönlichen Verkehr und den Unterhaltsbeitrag des anderen Elternteils regelt¹⁰. Damit hat der Schweizer Gesetzgeber für Vereinbarungen bezüglich der Scheidung und ihrer Folgen eine *obligatorische Genehmigung* vorgesehen. Die Voraussetzung der Genehmigung stellt – gleich wie das zwingende materielle Vertragsrecht – einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar. Dieser Eingriff ist sozialpolitisch motiviert und soll dem Schutz der schwächeren Partei und dem Wohl der Kinder dienen¹¹. In Frankreich wird bezüglich der Vereinbarungen, welche dem Genehmigungsobligatorium unterstehen, von "droit indisponible" gesprochen, welches vom materiell zwingenden Recht "droit impératif" zu unterscheiden ist¹². Ist die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen genehmigt worden, ist sie in das

⁶ Vgl. *Béatrice Gorchs*, Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable, in: *Revue de l'arbitrage* 2008, Paris, S. 33 f., S. 45.

⁷ So: *Fridolin Walther*, Die aktuelle Situation der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach schweizerischem Recht, in: *ZZP Zeitschrift für Zivilprozess*, Köln, 2000, S. 421 ff., 433; *Nicolas von Werdt*, in: *Kellerhals/von Werdt/Güngerich* (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen*, Bern 2001, N 1 zu Art. 11 GSG.

⁸ Vgl. 111 f. ZGB.

⁹ Gemäss Art. 133 Abs. 3 ZGB kann der Richter auf Antrag beider Eltern hin die gemeinsame Sorge belassen, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

¹⁰ Art. 133 Abs. 1 ZGB.

¹¹ Art. 133 Abs. 2 ZGB.

¹² *Gorchs* (Fn. 6), S. 33 f.

Urteilsdispositiv aufzunehmen¹³. Damit wird die Vereinbarung als Bestandteil des Scheidungsurteils vollstreckbar, ohne dass es dazu einer speziellen Vollstreckbarkeitserklärung bedarf.

3.2. Zuständigkeit

Für die Genehmigung von Scheidungskonventionen ist das Gericht zuständig, das über die Scheidungsklage entscheidet.

3.3. Genehmigungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 140 Abs. 2 ZGB spricht das Gericht die Genehmigung aus, wenn es sich davon überzeugt hat, dass die Ehegatten aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung die Vereinbarung geschlossen haben und diese klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist.

Diese Voraussetzungen werden nachstehend erläutert:

3.3.1. Freier Wille und reife Überlegung

Die freie Willensbildung der Parteien ist nur gegeben, wenn diese nicht unzulässigen Beeinflussungen, wie Drohungen oder Täuschungen ausgesetzt waren¹⁴. Die verlangte reife Überlegung setzt voraus, dass jede Partei sich über die Tragweite der Vereinbarung im Klaren ist und nicht leichtsinnig oder überstürzt aus einer Laune heraus Verpflichtungen eingeht oder auf Rechte verzichtet¹⁵.

Um sich davon zu überzeugen, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen, hört das Gericht die Parteien gemäss Art. 111 Abs. 1 ZGB getrennt und zusammen an¹⁶. Zudem verlangt Art. 111 Abs. 2 ZGB, dass beide Ehegatten ihren Scheidungswillen und ihre Vereinbarung nach einer zweimonatigen Bedenkzeit seit der Anhörung schriftlich bestätigen.

3.3.2. Klarheit und Vollständigkeit

Die *Klarheit* der Vereinbarung setzt voraus, dass sie im Hinblick auf eine spätere Vollstreckung oder ein Abänderungsverfahren eindeutig ist. Dies ist zu verneinen, wenn nicht ersichtlich ist, ob Zahlungsverpflichtungen unterhalts-, vorsorge- oder güterrechtlicher Natur sind oder Unterhaltszahlungen für Kinder oder eine Partei zu leisten sind¹⁷.

Die *Vollständigkeit* der Vereinbarung ist nur gegeben, wenn sie sämtliche im Rahmen einer Scheidung zu regelnden Belange ordnet. Dazu gehören namentlich der Unterhalt, die berufliche Vorsorge und die Wohnung der Familie¹⁸.

¹³ Art. 140 Abs. 1 Satz 2 ZGB.

¹⁴ Gloor, Basler Kommentar, 3. Aufl., N 6 zu Art. 140 ZGB.

¹⁵ Gloor (Fn. 14), N 7 zu Art. 140 ZGB.

¹⁶ Gemäss Art. 111 Abs. 3 ZGB kann das Gericht auch eine zweite Anhörung anordnen.

¹⁷ Gloor (Fn. 14), N 8 zu Art. 140 ZGB.

¹⁸ Gloor (Fn. 14), N 10 zu Art. 140 ZGB.

3.3.3. Zulässigkeit und Angemessenheit

Eine Vereinbarung kann nur genehmigt werden, wenn sie rechtlich zulässig ist, was voraussetzt, dass ihre Erfüllung möglich ist und nicht gegen zwingendes Recht oder die guten Sitten verstösst¹⁹. Darüber hinaus verbietet jedoch das Gesetz auch offensichtlich unangemessene Vereinbarungen. Mit der Kontrolle der Angemessenheit wollte der Gesetzgeber die Parteien davor schützen, dass sie in Folge der noch bestehenden Ehe und der durch den Scheidungsprozess geschaffenen besonderen Situation zu Zugeständnissen gezwungen werden können, die als unbillig erscheinen²⁰. Die Prüfung dient damit dem Schutz der schwächeren Partei, welche bei einer Gesamtbeurteilung nicht wesentlich schlechter gestellt sein soll, als sie es bei einem richterlichen Entscheid gewesen wäre. Demnach ist bei der Prüfung der Angemessenheit ein Vergleich zwischen der Vereinbarung und dem Entscheid anzustellen, den das Gericht ohne sie treffen würde. Ergibt sich eine eklatante Differenz, so ist die Unangemessenheit zu bejahen, wenn eine Partei damit in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriete²¹. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Partei auf ihr zustehende Unterhaltsbeiträge verzichtet und deshalb auf Sozialhilfe bzw. Verwandtenunterstützung angewiesen wäre²². Zurückhaltung ist dagegen angezeigt, wenn eine Partei sich über die gesetzliche Verpflichtung hinaus zu Leistungen verpflichtet, sofern die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vorhanden ist²³.

3.4. Verweigerung der Genehmigung

Kommt das Gericht zum Ergebnis, die unterbreitete Scheidungskonvention sei unzulässig oder unangemessen, so ist die Genehmigung grundsätzlich vollumfänglich zu verweigern. Eine Teilgenehmigung kommt höchstens in Frage, wenn anzunehmen ist, dass die Vereinbarung auch ohne die nicht genehmigten Bestimmungen abgeschlossen worden wäre. Dies ist jedoch nur mit Zurückhaltung anzunehmen, da Scheidungsvereinbarungen in der Regel ein organisches Ganzes darstellen, deren einzelne Bestimmungen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen²⁴.

Nach der Ablehnung der Genehmigung können die Parteien eine neue genehmigungsfähige Vereinbarung abschliessen oder erklären, dass der Richter über die Punkte der Regelung entscheidet, welche nicht genehmigungsfähig sind²⁵.

Die Verweigerung der Genehmigung kann bei der Scheidung auf gemeinsames

¹⁹ Vgl. dazu Ziff. 4.2.5 hiernach.

²⁰ BGE 119 II 297 E. 3b S. 301 zu Art. 158 Abs. 5 aZGB, der Art. 140 Abs. 2 ZGB entspricht; *Gloor* (Fn. 14), N 1 zu Art. 140 ZGB.

²¹ Vgl. 5C.114/2003 vom 4. Dezember 2003, E. 4.1.2 mit Hinweis auf einen Entscheid des Kantonsgerichts von Graubünden vom 7. Oktober 2002.

²² Vgl. *Gloor* (Fn. 14), N 11 zu Art. 140 ZGB.

²³ *Gloor* (Fn. 14), N 12 zu Art. 140 ZGB.

²⁴ *Gloor* (Fn. 14), N 15 zu Art. 140 ZGB.

²⁵ *Gloor* (Fn. 14), N 14 zu Art. 140 ZGB unter Verweis auf Art. 112 Abs. 3 ZGB, der besagt, dass die Parteien zu den Scheidungsfolgen, über die sie sich nicht einig sind, Anträge stellen, über welche das Gericht im Scheidungsfall entscheidet.

Begehren mit ordentlichem Rechtsmittel als selbständiger Zwischenentscheid angefochten werden²⁶.

4. Die fakultative Genehmigung einer streitbereinigenden Vereinbarung

4.1. Allgemeines

Abgesehen von den Scheidungsfolgen können die Parteien ihre privatrechtlichen Konflikte durch eine vertragliche Vereinbarung bereinigen, welche auch ohne richterliche Genehmigung rechtsverbindlich ist. Bezüglich der fakultativen richterlichen Genehmigung einer solchen Vereinbarung ist danach zu unterscheiden, ob sie nach Einleitung eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens oder ausserhalb eines solchen Verfahrens verlangt wird. Zunächst wird die Genehmigung von Vereinbarungen behandelt, welche ausserhalb eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens getroffen wurden.

4.2. Die Genehmigung ausserhalb eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens

Das **Bundesrecht** sieht bezüglich der Genehmigung von streitbereinigenden Vereinbarungen ausserhalb eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens keine Regelung vor. Jedoch hat der Bundesrat dem Parlament am 28. Juni 2006 einen Entwurf für eine Schweizerischen Zivilprozessordnung (E-ZPO) vorgelegt²⁷, der zum einen die Möglichkeit der Genehmigung von in Mediationen erzielten Vereinbarungen vorsieht, welche damit rechtskräftigen Entscheiden gleichgestellt werden²⁸.

Zudem führt dieser Entwurf das Institut der **vollstreckbaren öffentlichen Urkunde** (acte authentique exécutoire) ein²⁹, das in Europa verbreitet und namentlich in Belgien und Frankreich bekannt ist³⁰. Als Alternative zur *freiwilligen* richterlichen Genehmigung einer Vereinbarung können die Parteien daher eine öffentliche vollstreckbare Urkunde errichten lassen³¹. Diese ist direkt vollstreckbar³², ihr kommt jedoch keine Rechtskraftwirkung (res judicata) zu³³. Bedarf die Vereinbarung der

²⁶ Gloor (Fn. 14), N 14 zu Art. 140 ZGB.

²⁷ BBl. 2006 S. 7413 ff.

²⁸ Vgl. Art 214 E-ZPO.

²⁹ Gemäss Art. 345 E-ZPO können öffentliche Urkunden über Leistungen jeder Art wie Entscheide vollstreckt werden, wenn die verpflichtete Partei in der Urkunde ausdrücklich erklärt, dass sie die direkte Vollstreckung anerkennt und in der Urkunde der Rechtsgrund der geschuldeten Leistung erwähnt, diese genügend bestimmt und von der verpflichteten Partei anerkannt wird und fällig ist.

³⁰ Ebenso in: Deutschland, Österreich, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Schottland und Spanien; vgl. *Daniel Staehelin*, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde : eine Ausländerin vor der Einbürgerung, in: *Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung : zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte*, FS für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag; Bern, 2005. - S. 205 ff., 205.

³¹ Vgl. *Andreas Günther*, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde in der Schweiz nach dem Entwurf für eine gesamtschweizerische Zivilprozessordnung, SJZ 2008, S. 209 ff., 211, der verlangt, dass der Gegenstand der Vereinbarung der Dispositionsmaxime unterliegt.

³² Gemäss Art. 347 E-ZPO gilt die vollstreckbare Urkunde über eine Geldleistung als definitiver Rechtsöffnungstitel nach den Art. 80 und 81 SchKG.

³³ Gemäss Art. 350 E-ZGB bleibt die gerichtliche Beurteilung der geschuldeten Leistung in jedem Fall (d.h. auch bei einer Anerkennung einer Leistung in einer öffentlichen Urkunde) vorbehalten. Die verpflichtete Partei kann jederzeit auf Feststellung klagen, dass der Anspruch nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet

obligatorischen richterlichen Genehmigung, kann diese selbstverständlich nicht durch eine öffentliche Beurkundung ersetzt werden³⁴. Die Errichtung einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ist gemäss Art. 346 E-ZPO auch ausgeschlossen, sofern sie Leistungen nach dem Gleichstellungsgesetz vom 14. März 1995, aus Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen sowie aus landwirtschaftlicher Pacht, nach dem Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), aus dem Arbeitsverhältnis und nach dem Arbeitsvermittlungsgesetz vom 6. Oktober 1987 sowie aus Konsumentenverträgen erfasst.

Bis zum Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung können die **Kantone** die richterliche Genehmigung von streitbereinigenden Übereinkommen regeln. Dies haben zwei Kantone getan. So wurde im Kanton **Glarus** mit der Zivilprozessordnung vom 6. Mai 2001 die Möglichkeit der gerichtlichen Bekräftigung von aussergerichtlichen Vergleichen eingeführt³⁵. Der Kanton **Genf** hat am 28. Oktober 2004 ein Gesetz über die Zivilmediation erlassen, das die Vollstreckbarkeitserklärung von Mediationsvereinbarungen vorsieht³⁶. Nachstehend werden diese Regelungen und die einzelnen Voraussetzungen der aussergerichtlichen Vollstreckbarkeitserklärung von Übereinkommen näher beleuchtet.

4.2.1. Zuständigkeit

Gemäss der Zivilprozessordnung des Kantons **Glarus** ist zur Bekräftigung aussergerichtlicher Vergleiche der Kantonsgerichtspräsident zuständig, wobei die gesuchstellende Partei glaubhaft machen muss, dass für die Streitsache die Zuständigkeit im Kanton Glarus besteht³⁷.

Nach dem **Genfer Recht** ist die Vollstreckbarkeitserklärung beim zuständigen Schlichtungsrichter zu beantragen³⁸. Damit wird vorausgesetzt, dass dieser im Streitfall zur Schlichtung der im Übereinkommen geregelten Rechtsfrage sowohl örtlich als auch sachlich zuständig wäre. Entsprechend hat die Genfer Mietschlichtungsstelle die Genehmigung einer Vereinbarung, welche nicht nur Mietrecht, sondern schergewichtig Arbeitsrecht betraf, mangels sachlicher Zuständigkeit abgelehnt³⁹.

Der Entwurf für eine Schweizerische ZPO bestimmt nicht, welche Behörde für die Genehmigung der in der Mediation erzielten Vereinbarung zuständig ist. Dies erklärt sich damit, dass gemäss Art. 4 Abs. 1 des Entwurfs der ZPO das kantonale Recht die

ist; *Stahelin* (Fn. 30), S. 206.

³⁴ Vgl. *Günther* (Fn. 31), S. 211.

³⁵ Vgl. Art. 162 ff. ZPO/GL.

³⁶ Dieses ist am 1. Januar 2005 in Kraft getreten; vgl. dazu GEMME-CH (Schweizer Richtervereinigung für Mediation und Schlichtung), *Mediation in Zivilsachen in der Schweiz, neue Gesetzgebung in Genf*, Genf 2005.

³⁷ Art. 162 ZPO-GL

³⁸ Art. 71D ZPO/GE.

³⁹ Dies gemäss den Angaben von Jean Mirimanoff, Präsident der Genfer Schlichtungsstelle für Mietstreitigkeiten (Commission de conciliation en matière de baux et loyers).

sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte regelt, soweit die ZPO nicht anderes bestimmt⁴⁰. Damit können die Kantone darüber entscheiden, welche Behörde für die Genehmigung zuständig ist. Die Kantone sollten meines Erachtens entsprechend der Glarner Regelung die Zuständigkeit eines oberen kantonalen Gerichts vorsehen, weil damit bei Vereinbarungen, welche mehrere Rechtsgebiete betreffen, das Problem der aufgeteilten sachlichen Kompetenz von verschiedenen Schlichtungsbehörden oder erstinstanzlichen Gerichten vermieden wird. Zudem ist zu beachten, dass in der Schweiz die Schlichtungsbehörden zum Teil mit Personen ohne juristische Hochschulausbildung besetzt werden, welche daher nicht geeignet sind, die mit der Vollstreckbarkeitserklärung verbundene Rechtskontrolle vorzunehmen (vgl. dazu Ziff. 4.2.5 hiernach).

4.2.2. Erzielung der Vereinbarung in einer Mediation?

Die Zivilprozessordnung des Kantons Glarus erlaubt den Parteien, einen aussergerichtlich abgeschlossenen Vergleich über eine nicht rechtshängige Streitsache dem Kantonsgerichtspräsident zur Bekräftigung vorzulegen⁴¹. Diese Regelung ist sehr offen und setzt nicht voraus, dass die Parteien das Übereinkommen im Rahmen einer Mediation gefunden haben müssen. Hingegen muss das Übereinkommen eine "Streitsache", d.h. zwischen den Parteien strittige Forderungen betreffen. Verträge, welche alleine künftige vertragliche Pflichten regeln, fallen nicht unter den Begriff der Streitsache.

Das Genfer Recht sieht die Vollstreckbarkeitserklärung nur für Mediationsvereinbarungen vor⁴². Die Mediation setzt dabei die Mitwirkung eines Zivilmediators voraus, der ein qualifizierter, unabhängiger, neutraler und unparteiischer Dritter sein muss⁴³. Zudem sollte er staatlich anerkannt sein, da die Genehmigung des Übereinkommens verweigert werden kann, wenn der Mediator nicht auf der Liste der staatlich akkreditierten Mediatoren ist⁴⁴. Demnach kann nach dem Genfer Recht ein von den Parteien ohne Mediator ausgearbeitetes Übereinkommen nicht als vollstreckbar erklärt werden.

Der bundesrätliche Entwurf einer Schweizerischen Zivilprozessordnung sieht im Rahmen der Regelung der Mediation vor, dass die Parteien gemeinsam die Genehmigung der erzielten Vereinbarung beantragen können⁴⁵. Diese Regelung bezieht sich gemäss ihrem systematischen Zusammenhang nur auf Vereinbarungen, welche in einer Mediation gefunden wurden. Der Mediator muss jedoch nicht staatlich anerkannt sein.

⁴⁰ Vgl. dazu Botschaft zur ZPO (Fn. 2), 7259 Ziff. 5.2.1.

⁴¹ Cf. l'art. 162 CPC-GL:

⁴² Art. 71D ZPO-GE, der von "conventions de médiation" spricht.

⁴³ Art. 71A ZPO-GE.

⁴⁴ Vgl. Art. 71F ZPO-GE; Nach belgischem Recht kann die richterliche Bestätigung (homologation) nur verlangt werden, wenn der Mediator akkreditiert ist: vgl. Art. 1733 du Code judiciaire.

⁴⁵ Art. 214 E-ZPO.

4.2.3. Freier Wille und reife Überlegung

Weder das Glarner noch das Genfer Recht verlangen, dass bezüglich der Vollstreckbarkeitserklärung von Vereinbarungen geprüft wird, ob die Parteien ihren Willen frei bilden konnten und sie der Vereinbarung nach reiflicher Überlegung zugestimmt haben. Eine solche Prüfung ist auch im Entwurf der Schweizerischen ZPO nicht vorgesehen. Dies ist auch nicht erforderlich, da Willensmängel grundsätzlich⁴⁶ nicht von Amtes wegen berücksichtigt werden, sondern von der betroffenen Partei geltend gemacht werden müssen⁴⁷. Dies ist auch nach der Genehmigung der Vereinbarung möglich, indem die betroffene Partei die Revision der Genehmigung wegen Willensmängeln verlangt⁴⁸.

4.2.4. Klarheit und Vollständigkeit

Nach dem Recht des Kantons Glarus muss der aussergerichtliche Vergleich klar sein⁴⁹. Dies wird vom Genfer Recht und dem Entwurf der Schweizerischen ZPO nicht ausdrücklich verlangt. Dieser sieht lediglich bezüglich der Vollstreckung öffentlicher Urkunden vor, dass die geschuldete Leistung in der Urkunde genügend bestimmt sein muss⁵⁰. Dies hat auch bei der richterlichen Genehmigung einer Vereinbarung zu gelten, da sie inhaltlich verständlich und hinreichend klar sein muss, damit sie überhaupt vollstreckt werden kann⁵¹.

Die Vollständigkeit der Vereinbarung kann bei der fakultativen Genehmigung nicht verlangt werden.

4.2.5. Zulässigkeit und Angemessenheit

Nach dem Recht des Kantons Glarus muss der aussergerichtliche Vergleich zulässig sein⁵². Gemäss dem Genfer Recht hat der Schlichtungsrichter zu prüfen, dass das ihm unterbreitete Übereinkommen nicht gegen den Ordre public oder das zwingende Recht verstösst⁵³. Der Entwurf der ZPO äussert sich nicht zu den inhaltlichen Voraussetzungen der Genehmigung eines aussergerichtlichen Vergleichs.

Gemäss der Botschaft zur ZPO hat die Genehmigungsbehörde einzig zu prüfen, ob die Vereinbarung offensichtlich unangemessen ist oder gegen zwingendes Recht ver-

⁴⁶ Eine Ausnahme sieht das Gesetz bezüglich der Regelung der Scheidungsfolgen vor (vgl. Ziff. 3.3.3 hiervor).

⁴⁷ Vgl. Art. 31 OR.

⁴⁸ Nach Art. 326 Abs. 1 lit. c E-ZPO kann eine Partei beim Gericht, welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat, die Revision des Entscheides verlangen, wenn geltend gemacht wird, dass die Klageanerkennung, der Klagerückzug oder der gerichtliche Vergleich unwirksam ist.

⁴⁹ Art. 163 Abs. 1 i.V.m. Art. 161 ZPO/GL.

⁵⁰ Art. 345 lit. c Ziff. 1 E-ZPO; vgl. dazu *Günther* (Fn. 31), S. 212.

⁵¹ Vgl. *GEMME-CH* (Fn. 36), S. 29, wo ausgeführt wird: "Il va de soi que le juge pourra interpellier les parties si la convention n'est pas claire [...] et procéder ensuite à une correction cosmétique pour lever l'ambiguïté ou l'obscurité".

⁵² Art. 163 Abs. 1 i.V.m. Art. 161 ZPO/GL.

⁵³ Art. 71F ZPO/GE.

stösst⁵⁴. Die Prüfung der Angemessenheit der Vereinbarung stellt jedoch mangels einer gesetzlichen Grundlage einen ungerechtfertigten Eingriff in die Vertragsfreiheit dar⁵⁵. Eine solche Grundlage besteht nur bei der Prüfung von Scheidungskonventionen⁵⁶. Die Genehmigungsbehörde hat daher in der Regel nicht die Angemessenheit, sondern nur die rechtliche **Zulässigkeit** der Vereinbarung zu prüfen⁵⁷. Gemäss Art. 20 OR sind Verträge unzulässig bzw. nichtig, welche einen unmöglichen, gesetzeswidrigen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen. Eine Leistung ist unmöglich, wenn sie bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv nicht erbringbar ist⁵⁸.

Gesetzeswidrig ist eine Vereinbarung wenn sie gegen *unabänderliche Vorschriften* bzw. zwingendes Recht verstösst⁵⁹. Dabei ist das Schweizer Recht gemeint, was voraussetzt, dass dieses zur Anwendung kommt. Untersteht die Vereinbarung ausländischem Recht, so liegt eine mit der Anerkennung ausländischer Entscheide vergleichbare Situation vor⁶⁰. Damit rechtfertigt sich die analoge Anwendung von Art. 27 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG), der vorsieht, dass ein ausländischer Entscheid in der Schweiz nicht anerkannt wird, wenn er mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre⁶¹. Der Begriff des Ordre public ist schwer zu fassen und wird in der Lehre nicht einheitlich definiert⁶². Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Ordre public verletzt, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung dieses Entscheids in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch *grundlegende Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung* missachtet werden⁶³. Zu diesen Prinzipien zählt das Bundesgericht namentlich die Vertragstreue (pacta sunt servanda), das Rechtsmissbrauchsverbot, den Grundsatz von Treu und Glauben, das Diskriminie-

⁵⁴ Botschaft zur ZPO (Fn. 2), S. 7337.

⁵⁵ Gl.M. *Thomas Pfisterer*, Einigung und Mediation – Übersicht über die aktuelle Bundesgesetzgebung, AJP 2008 S. 3 ff., 11 Fn. 11; *Gelzer* (Fn. 2), Rz. 27; vgl. ferner *Eric Battistoni*, Médiation Civile et Justice, publ. im Rahmen des Kolloquiums der GEMME vom 18. März 2006 in Rom mit dem Thema "MIGLIORI PRATICHE DELLA MEDIAZIONE IN EUROPA", S. 32.

⁵⁶ Vgl. Ziff. 2.3 hiervor.

⁵⁷ Im Sozialversicherungsrecht gilt nach der Rechtsprechung im Rahmen des (erstinstanzlichen) Beschwerdeverfahrens ein Vergleich als übereinstimmender Antrag der Parteien an das Gericht und ist von diesem auf seine Übereinstimmung mit Tatbestand und Gesetz zu überprüfen (Urteil K 114/05 vom 26.09.2006 E. 2.1). Vgl. auch *Günther* (Fn. 31), S. 213, der bezüglich der öffentlichen Beurkundung einer Vereinbarung die Prüfung ihrer Rechtmässigkeit verlangt.

⁵⁸ *Claire Huguenin*, in: Basler Kommentar, 4. Aufl., N 46 zu Art. 19/20 OR.

⁵⁹ Vgl. Art. 19 Abs. 2 OR, der bestimmt, von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarungen sind nur zulässig, wo das Gesetz keine unabänderliche Vorschrift aufstellt (...).

⁶⁰ Vgl. *Battistoni* (Fn. 55), S. 29.

⁶¹ Vgl. auch Art. 27 Ziff. 1 LugÜ, der die Anerkennung von Entscheiden verbietet, wenn sie der öffentlichen Ordnung des Staates widerspricht, in dem die Anerkennung geltend gemacht wird; vgl. ferner Art. 190 Abs. 1 lit. e IPRG, der vorsieht, dass ein internationaler Schiedsgerichtsentscheid angefochten werden kann, wenn er mit dem Ordre public unvereinbar ist.

⁶² Vgl. BGE 132 III 389 E. 2.1, wo das BGER ausführt: "Le caractère insaisissable de l'ordre public est peut-être inhérent à cette notion même, étant donné sa trop grande généralité; le large éventail des avis presque innombrables émis au sujet de celle-ci tendrait à le prouver."

⁶³ BGE 131 III 182 E. E. 4.1; vgl. auch BGE 132 III 389 E. 2.2.3 mit der Formulierung: "Une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique."

rungsverbot und den Schutz von Handlungsunfähigen⁶⁴. Damit werden nicht alle zwingenden Normen des schweizerischen Rechts zum *Ordre public* gezählt, wie dies offenbar gemäss dem in Belgien verwendeten Begriff des *Ordre public de protection* der Fall ist⁶⁵. Grundsätzlich nicht zu prüfen ist, ob der Vergleich zwingendes ausländisches Recht verletzt⁶⁶. Eine solche Verletzung kann jedoch auf einen Verstoss gegen die "universelle öffentliche Ordnung" schliessen lassen, was das Bundesgericht bei Waffen- und Kriegsmateriallieferungen in Konfliktgebiete bejahte⁶⁷.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Verträge **sittenwidrig**, die gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen⁶⁸. Dies trifft zu, wenn Ärzte oder Anwälte ihre aus dem Auftragsverhältnis folgenden Vertrauensstellung in unlauterer Weise ausnützen, um sich im erheblichem Umfang Schenkungen einräumen zu lassen⁶⁹. Unsittlich sind auch Verträge, welche den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betreffen⁷⁰. Ist die Bindung an sich zulässig, so kann sie gegen das absolut geschützte **Persönlichkeitsrecht** verstossen, wenn sie zu einer übermässigen Bindung führt⁷¹. Eine vertragliche Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit wird nur dann als übermässig angesehen, wenn sie den Verpflichteten der Willkür eines anderen ausliefert, seine wirtschaftliche Freiheit aufhebt oder in einem Masse einschränkt, dass die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sind⁷².

4.2.6. Formelle Voraussetzungen

Nach dem **Glarner** Recht setzt die gerichtliche Genehmigung voraus, dass die Parteien diese schriftlich vereinbart haben und sie die Zuständigkeit im Kanton Glarus glaubhaft machen müssen⁷³. Nach dem **Genfer** Recht muss das Gesuch um Vollstreckbarkeitserklärung die Identität der Parteien nennen, eine kurze Darstellung der Tatsachen und das Begehren um Genehmigung der Vereinbarung enthalten. Diese ist

⁶⁴ BGE 132 III 389 E. 2.2/2.2.3.

⁶⁵ Vgl. *Battistoni* (Fn. 55), S. 32 f..

⁶⁶ Art. 27 Abs. 3 IPRG bestimmt, dass bei der Anerkennung ausländischer Entscheide – abgesehen von der Verletzung des schweizerischen *Ordre public* in der Sache selbst nicht nachgeprüft werden darf; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 des Vorschlags für eine Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, der die Bestätigung ausschliesst, wenn die Vereinbarung gegen europäisches Recht oder innerstaatliches Recht des Mitgliedstaates, in dem der Antrag gestellt wird, verstösst. Damit wird ein Verstoss gegen innerstaatliches Recht eines anderen Staates nicht als Verweigerungsgrund angeführt.

⁶⁷ Urteil 4C.172/2000 vom 28.03.2001 E. 5d-g.

⁶⁸ BGE 132 III 455 E. 4.1 S. 458 mit Hinweisen; *Claire Huguenin*, Basler Kommentar, 4. Aufl., N. 32 ff. zu Art. 19/20 OR.

⁶⁹ BGE 132 III 455 E. 4.1 und 4.2

⁷⁰ BGE 129 III 209 E. 2.2 S. 213 f.

⁷¹ Art. 27 Abs. 2 ZGB bestimmt zum Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (vgl. Marginalie), dass sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken kann. Dabei ist zu beachten, dass die Übermässigkeit einer an sich zulässigen Bindung nicht zur Unsittlichkeit und damit zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages führt. Vielmehr darf sich nur die betroffene Partei, auf die übermässige Bindung berufen (BGE 129 III 209 E. 2.2; Urteil 5C.72/2004 vom 26.05.2004 E. 4.2.1).

⁷² BGE 114 II 159 E. 2a; 123 III 337 E. 5 S. 345 f. mit Hinweisen.

⁷³ Art. 162 Ziff. 1 ZPO/GL.

dem Gesuch beizulegen, gleich wie allenfalls nützliche Unterlagen⁷⁴.

Der bundesrätliche Entwurf der Schweizerischen Zivilprozessordnung enthält keine Angaben über die formellen Voraussetzung eines Gesuchs um Vollstreckbarkeitserklärung. Damit liegt insoweit eine Gesetzeslücke vor, welche durch die analoge Anwendung der Formerfordernisse der Klage und der vollstreckbaren öffentlichen Urkunden geschlossen werden kann. Entsprechend müssen im Genehmigungsgesuch die Parteien und allfällige Vertreterinnen genannt⁷⁵, das Gesuch um Genehmigung der Vereinbarung gestellt⁷⁶, der Sachverhalt zusammengefasst⁷⁷ und der Rechtsgrund der geschuldeten Leistung genannt werden⁷⁸, um die Prüfung der Zulässigkeit der Vereinbarung zu ermöglichen. Weiter sind das Datum und die Unterschrift der Parteien bzw. ihrer Vertreter anzuführen⁷⁹. Schliesslich ist mit dem Gesuch als Beilage die zu genehmigende Vereinbarung einzureichen⁸⁰. Das Gesuch müssen die Parteien gemeinsam stellen, ein einseitiger Antrag einer Partei genügt nicht⁸¹.

5.3. Die Genehmigung ihm Rahmen eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens

5.3.1. Allgemeines

Zwangsvollstreckungen, welche auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung gerichtet sind, werden im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)⁸² geregelt. Dieses Gesetz stellt in Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 gerichtliche Vergleiche und Schuldanererkennungen gerichtlichen Urteilen gleich. Unter gerichtlichen Vergleichen⁸³ sind streitberäuhigende Vereinbarungen zu verstehen, welche im Rahmen eines Verfahrens vor einem Richter oder Friedensrichter zu Stande kamen⁸⁴. Anders als bei Einigungen im Sinne der mietrechtlichen Bestimmung von Art. 271a Abs. 2 OR ist nicht erheblich, ob die eine oder andere Partei dem Begehren des Prozessgegners sogleich entspricht⁸⁵.

Daraus folgt, dass nach der Einleitung eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens Übereinkommen betreffenden die strittigen Frage von der Schlichtungsbehörde oder

⁷⁴ Art. 71D ZPO/GE.

⁷⁵ Nach Art. 218 Abs. 1 lit. a E-ZPO hat die Klage die Bezeichnung der Parteien und allfälliger Vertreterinnen und Vertreter zu enthalten.

⁷⁶ Gemäss Art. 218 Abs. 1 lit. b E-ZPO muss die Klage das Rechtsbegehren enthalten.

⁷⁷ Gemäss Art. 218 Abs. 1 lit. d E-ZPO muss die Klage die Tatsachenbehauptungen enthalten.

⁷⁸ Art. 345 lit. b E-ZPO.

⁷⁹ Gemäss Art. 218 Abs. 1 lit. f. E-ZPO enthält die Klage das Datum und die Unterschrift.

⁸⁰ Gemäss Art. 218 Abs. 2 lit. c E-ZPO sind der Klage als Beilage die verfügbaren Urkunden beizulegen, welche als Beweismittel dienen sollen.

⁸¹ So ausdrücklich: Botschaft zur ZPO (Fn. 2), S. 7337.

⁸² SR 291, vom 11. April 1889.

⁸³ Vgl. fr. transaction passé en justice.

⁸⁴ BGE 74 I 132 E. 2, *Stahelin*, Basler Kommentar, N 80 zu Art. 80 SchKG;

⁸⁵ Vgl. zu Art. BGE 130 III 563 E. 1 u. 2; auch ist nicht erforderlich, dass die beidseitigen Ansprüche, auf die im Vergleich verzichtet wird, von ungefähr gleichem Wert sind, wie dies verlangt wird, wenn ein Arbeitnehmer gemäss Art. 341 Abs. 1 OR nicht auf Ansprüche verzichten kann; vgl. dazu Urteil 4C.390/2005 vom 2.5.2006 E. 3.1; Urteil 4C.27/2002 vom 19.4.2002, E. 3, publ. in SJ 2003 I. S. 220.

vom Gericht protokolliert werden und damit bezüglich Geldzahlungen von Bundesrechts wegen vollstreckbaren gerichtlichen Urteilen gleichgestellt sind⁸⁶. Bezüglich der vom SchKG nicht erfassten Forderungen sehen die kantonalen Prozessordnungen in der Regel ebenfalls die Gleichstellung gerichtlicher Vergleiche oder Klageanerkennungen mit gerichtlichen Urteilen vor⁸⁷. Eine solche Gleichstellung wird auch im bundesrätlichen Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung vorgeschlagen⁸⁸. Erforderlich ist jedoch, dass der vor einer Schlichtungsbehörde oder einem Gericht abgeschlossene Vergleich zu Protokoll genommen und das Verfahren als geschlossen erklärt wird⁸⁹.

Das Genfer Recht verlangt dabei – wenn die Vereinbarung in einer Mediation getroffen wurde – ausdrücklich die Genehmigung der Vereinbarung, welche verweigert werden kann, wenn der Mediator nicht auf der Liste der anerkannten Mediatoren eingetragen ist⁹⁰. Ansonsten spielt es bezüglich der Protokollierung von Vergleichen nach Einleitung eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens keine Rolle, ob die Parteien den Vergleich mit oder ohne Mitwirkung des Gerichts oder eines Mediators getroffen haben.

5.3.2. Zuständigkeit

Das Gericht oder die Schlichtungsbehörde, welche einen Vergleich protokolliert, muss bezüglich der geregelten Ansprüche sowohl örtlich als sachlich zuständig sein⁹¹. Die Zuständigkeit kann sich bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten auch durch eine gültige Gerichtsstandsklausel oder die bedingungslose Einlassung in das Verfahren ergeben⁹².

Der Entwurf des Bundesrats für eine Schweizerische Zivilprozessordnung sieht vor, dass im Schlichtungsverfahren in einen Vergleich auch ausserhalb des Verfahrens liegende Streitfragen zwischen den Parteien einbezogen werden können, wenn es der Beilegung des Streits dient⁹³. Diese "Kompetenzerweiterung" ist sachgerecht, da sie vermeidet, dass nur ein Teil einer Vereinbarung genehmigt werden kann, was das globale Gleichgewicht zwischen Leistungen und Gegenleistungen gefährden könnte⁹⁴.

5.3.3. Zulässigkeit der Vereinbarung

Eine inhaltliche Kontrolle der Vergleiche ist von Bundesrechts wegen nicht

⁸⁶ Vgl. *Vogel/Spühler*, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl. Bern 2006, S. 243 Rz. 67 f.

⁸⁷ Vgl. *Vogel/Spühler* (Fn. 86), S. 243 Rz. 67 f.

⁸⁸ Vgl. auch Botschaft zur ZPO (Fn. 2), S. 7345, wo im Zusammenhang mit der Gleichstellung von protokollierten Prozessvergleichen mit Urteilen *keine* Rechtskontrolle erwähnt wird.

⁸⁹ SchKG Gerichtspraxis 1946-2005, Erwin Brügger (Hrsg.), Zürich 2006, 191 Rz 95.

⁹⁰ Vgl. Art. 71J Abs. 3 ZPO/GE.

⁹¹ Vgl. Art. 25 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG), der bezüglich der Anerkennung ausländischer Entscheidung in der Schweiz verlangt, dass die Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Staates, in dem die Entscheidung ergangen ist, begründet war.

⁹² Vgl. Art. 26 lit. b und c IPRG.

⁹³ Vgl. Art. 198 E-ZPO; BBl. 2006, S. 7457.

⁹⁴ Vgl. *Battistoni* (Fn. 55), S. 37; *Gloor*, (Fn. 14), N 15 zu Art. 140 ZGB.

ausdrücklich vorgesehen⁹⁵. Dagegen bestimmt die Zivilprozessordnung des Kantons Genf, dass der Schlichtungsrichter die Vereinbarung nur protokollieren darf, wenn sie weder den *Ordre public* noch zwingendes Recht verletzt⁹⁶. Die Glarner Zivilprozessordnung verlangt, dass die Parteierklärungen zulässig sind⁹⁷. Dies muss allgemein gelten, da mit der Einheit der Rechtsordnung nicht vereinbar wäre, wenn rechtlich unzulässige Vereinbarungen als vollstreckbar erklärt werden könnten⁹⁸. In Bezug auf die Zulässigkeit kann auf die Ausführungen zur Prüfung der Vereinbarung ausserhalb eines Schieds- oder Gerichtsverfahren verwiesen werden⁹⁹, da sich insoweit keine Unterscheidung rechtfertigt¹⁰⁰.

5.4. Verweigerung der Genehmigung

Erfüllt die unterbreitete Vereinbarung die Anforderungen an die Genehmigung nicht, ist diese – gleich wie bei der obligatorischen Genehmigung - unter Angabe der Gründe zu verweigern. Eine Teilgenehmigung kommt höchstens dann in Frage, wenn angenommen werden kann, die Parteien hätten die Vereinbarung auch ohne den nicht genehmigungsfähigen Teil abgeschlossen¹⁰¹. Haben die Parteien nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens in einer Mediation eine Vereinbarung getroffen, welche rechtlich unzulässig ist, so verlangt das Genfer Recht, dass der Richter die Parteien auffordert, innert einer bestimmten Frist, eine neue genehmigungsfähige Vereinbarung einzureichen, ansonsten das Verfahren weitergeführt wird¹⁰². Eine solche Aufforderung kann meines Erachtens auch in den Kantonen erfolgen, welche diese nicht ausdrücklich vorsehen, zumal die Verbesserungsmöglichkeit den Parteien nicht zum Nachteil gereicht. Die Möglichkeiten der Anfechtung der Verweigerung der Genehmigung richtet sich nach kantonalem Recht.

6. Zusammenfassung und Bemerkungen

Bezüglich der Regelung der Scheidungsfolgen sieht das Schweizer Recht eine obligatorische Genehmigung von Vereinbarungen vor. Davon abgesehen sind konfliktberichtigenden Vereinbarungen grundsätzlich auch ohne richterliche Genehmigung rechtswirksam. Wird eine solche Vereinbarung nach der Einleitung eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens getroffen, so wird sie von der Schlichtungsbehörde oder dem Gericht protokolliert und damit einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt. Ausserhalb eines Schlichtungs- oder Gerichtsverfahrens wird in der Schweiz nach geltendem Recht die Möglichkeit der Vollstreckbarkeitserklärung von Übereinkommen zur Streitbereinigung nur in den Kantonen Genf und Glarus

⁹⁵ *Thomas Pfisterer*, Unterwegs zur Einigung mit Mediation in der schweizerischen ZPO, SJZ 103/2007, S. 541 ff., 549, der daraus ableitet, die Protokollierung von Vergleichen erfolge ohne jede Kontrolle.

⁹⁶ Art. 71F Abs. 1 ZPO/GE.

⁹⁷ Art. 161 ZPO/GL.

⁹⁸ Gl. M. *Pfisterer* (Fn. 95), S. 11; vgl. auch Urteil K 114/05 vom 26.09.2006 E. 2.2 (publ. in: SVR 2007 KV Nr. 8 S. 31), in der das EVG bei einem Vergleich im Sinne von Art. 50 ATSG verlangte, dass das kantonale Gericht ihn auf ihre Übereinstimmung mit "Tatbestand und Gesetz" überprüft.

⁹⁹ Vgl. Ziff. 5.2.4 hiervor.

¹⁰⁰ Botschaft zur ZPO (Fn. 2), S. 7337; gl.M. für das französische Recht, *Gorchs* (Fn. 6), S. 45.

¹⁰¹ Vgl. Ziff. 3.4. hiervor.

¹⁰² Art. 71J ZPO/GE.

vorgesehen. Im Kanton Glarus wird dabei keine Mediation vorausgesetzt, wogegen gemäss der Regelung im Kanton Genf – wie nach belgischem Recht - grundsätzlich erforderlich ist, dass das Übereinkommen unter Mitwirkung eines staatlich akkreditierten Mediators ausgearbeitet wurde. Der Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung geht einen Mittelweg, indem er die Vollstreckbarkeitserklärung nur für Mediationsübereinkommen zulässt, jedoch nicht verlangt, dass die Mediatoren staatlich akkreditiert werden. Diese Lösung ist meines Erachtens zu begrüßen, da die Parteien unabhängig davon, ob der beigezogene Mediator staatlich akkreditiert wurde oder nicht, ein gleiches Interesse an der direkten Vollstreckbarkeit ihrer Vereinbarung haben. Dagegen erscheint mir das Erfordernis der Mediation als gerechtfertigt, weil der Beizug von Mediatoren zeigt, dass die Parteien ihren Streit nicht ohne die Hilfe neutraler Dritter haben bereinigen können und damit eine zu einem Schlichtungs- bzw. Gerichtsverfahren parallele Situation vorliegt.

DEUXIEME PARTIE :

**PROCEDURE CIVILE SUISSE UNIFIEE (CPC) :
QUEL IMPACT SUR LA GESTION DES CONFLITS
DANS LA PERSPECTIVE DU JUGE ?**

LA CONCILIATION

Bastien Sandoz,
avocat, assistant doctorant au CEMAJ¹, Université de Neuchâtel

1. Introduction

Le Projet de code de procédure civile suisse (P-CPC)² recourt dans une large mesure à la conciliation. Le Conseil fédéral a même précisé que *le règlement préalable* (conciliation) *et extrajudiciaire des litiges* (médiation) occupaient une place *importante*³ dans le Projet et les a classé tous les deux au rang *d'innovations souhaitables*⁴. En matière de conciliation, le Projet attribue au tribunal une compétence générale de tenter la conciliation des parties en tout état de cause⁵ et il instaure surtout une procédure de conciliation obligatoire préalable à tout débat au fond qui couvre la plupart des procédures ordinaires⁶.

2. Champ d'application de la conciliation

a. Par le tribunal

A l'instar de nombreuses lois de procédures cantonales, le Projet offre au tribunal la possibilité de tenter la conciliation des parties en tout état de cause et dans tout type de procédures⁷. Il permet également au tribunal, en procédure ordinaire tout du moins, d'ordonner en tout état de cause la tenue de débats d'instruction dans le but de trouver un accord⁸. Si la conciliation menée par le tribunal, préalablement ou en cours de procédure, est diversement appréciée, elle a néanmoins le mérite de permettre ici une conciliation dans les domaines qui sont exclus de la *tentative de conciliation*⁹ et de permettre au tribunal de tenter ou de retenter la conciliation des parties après avoir administré certaines preuves.

¹ Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits, centre interdisciplinaire de la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel (www2.unine.ch/cemaj).

² Projet de code de procédure civile suisse du 26 juin 2006 [P-CPC], FF 2006 7019.

³ Message du CF du 26 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC) [Message], FF 2006 6841, 6843.

⁴ Message, FF 2006 6841, 6852, lequel qualifie ici, avec approximation selon nous, de *méthodes extrajudiciaires* tant la conciliation que la médiation.

⁵ Art. 122 al. 3 P-CPC.

⁶ Art. 194 ss P-CPC.

⁷ L'art. 122 al. 3 P-CPC figurant dans les dispositions générales du Projet.

⁸ Art. 223 al. 1 et 2.

⁹ Cf. art. 195 P-CPC.

b. Par l'autorité de conciliation – tentative de conciliation

Le Projet prévoit une tentative de conciliation préalable obligatoire devant une autorité de conciliation qui couvre la plupart des procédures ordinaires¹⁰. La tentative de conciliation est exclue notamment en procédure sommaire et dans les procédures de divorces et de dissolution du partenariat enregistré. Lors de la première lecture du Projet, le Conseil des Etats a toutefois réintroduit les procédures de divorce et de dissolution du partenariat enregistré sur requête unilatérale dans le champ d'application de la *tentative de conciliation*¹¹. Le Conseil national a quant à lui décidé de revenir à la solution du Projet du Conseil fédéral¹².

Les parties pourront en outre renoncer d'un commun accord à la tentative de conciliation dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse dépasse CHF 100'000 et de manière unilatérale dans trois autres cas¹³.

3. Autorités de conciliation

L'organisation des autorités de conciliation, tout comme celle des tribunaux, reste de la compétence des cantons¹⁴. Le P-CPC impose cependant des autorités de conciliation paritaires dans les litiges relatifs aux baux d'habitation ou de locaux commerciaux¹⁵, déjà connues du droit actuel¹⁶, ainsi que dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité¹⁷. La composition paritaire de l'autorité de conciliation dans les litiges relevant du droit du travail, proposée dans l'Avant-projet (A-P)¹⁸, n'a par contre pas été retenue¹⁹. De même, l'obligation pour les cantons de confier la conciliation à une autorité *judiciaire*, envisagée dans l'A-P²⁰, a été abandonnée dans le Projet. Dans la mesure où ces dispositions relèvent de l'organisation judiciaires, les cantons seront libres d'étendre l'activité des autorités paritaires, judiciaires ou non, à d'autres domaines telles que la juridiction des prud'hommes par exemple.

La tâche principale de l'autorité de conciliation est, pour l'essentiel, la même que l'attribution de l'actuelle autorité de conciliation en matière de bail, à savoir amener les parties à un accord²¹. Le Projet précise néanmoins que la recherche d'un accord entre

¹⁰ Art. 194 ss P-CPC.

¹¹ BO CE E 517 ss.

¹² BO CN Communiqué de presse de la CAJ-N du 9 avril 2008, visible sous:
<http://www.parlament.ch/F/Medienmitteilungen/Pages/mm-rk-n-2008-04-09.aspx>.

¹³ Cf. art. 196 P-CPC.

¹⁴ Art. 3 P-CPC.

¹⁵ Art. 197 al. 1 P-CPC, lequel impose de plus de prendre en compte les différentes catégories de bailleurs (particuliers, coopératives, investisseurs institutionnels selon le rapport explicatif de l'Office fédéral du logement sur la révision du droit du bail du 2 décembre 2005).

¹⁶ Art. 274a al. 2 CO.

¹⁷ Art. 197 P-CPC al. 2.

¹⁸ Art. 194 al. 2 let. b de l'Avant-projet relatif à une loi fédérale sur la procédure civile suisse de la commission d'experts de juin 2003 [A-P].

¹⁹ C.f. Message, FF 6841, 6857.

²⁰ Art. 191 A-P.

²¹ Art. 198 P-CPC; art. 274 e al. 1 CO.

les parties se déroule de *manière informelle*. A l'évidence, cette précision n'entrave en rien la liberté de l'autorité de conciliation dans sa manière de procéder²² et ne sert qu'à constater l'absence de toute règle formelle liée au déroulement de la conciliation proprement dite. Le projet ajoute également qu'un accord issu de la procédure de conciliation peut porter, selon une formulation malheureuse, sur des *questions litigieuses qui ne sont pas comprises dans l'objet du litige*. Dans la mesure où l'objet du litige se résume en principe aux conclusions des parties et que le litige désigne un conflit formalisé dans ces mêmes conclusions, cela voudrait signifier qu'un accord ne peut porter que sur le litige soumis à l'autorité de conciliation. La volonté du Conseil fédéral, clairement reconnaissable, est bien évidemment différente puisque celui-ci vise précisément à permettre l'émergence d'un accord en dehors du cadre du litige²³. On ne se focalisera dès lors pas sur la lettre de cette disposition.

Dans les domaines couverts par l'art. 197 P-CPC²⁴, l'autorité de conciliation, comme c'est déjà le cas en matière de bail notamment, a également pour tâche de conseiller les parties²⁵. Les cantons ont la faculté d'étendre cette activité de conseil à d'autres domaines, comme le droit du travail par exemple²⁶.

La possibilité de faire office de tribunal arbitral²⁷ n'est par contre pas reprise, pas plus que la transmission du dossier lorsqu'une requête d'expulsion est pendante, laquelle n'a, à priori, plus raison d'être. Les décisions qu'est amenée à rendre l'actuelle autorité de conciliation en matière de bail deviennent une compétence générale de rendre des *propositions de jugements* dans tous les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000²⁸. Les décisions visées aux actuels art. 259i et 273 al. 4 et 5 CO sont cependant maintenues indépendamment de la valeur litigieuse²⁹.

4. Procédure devant l'autorité de conciliation

a. En générale

Le Projet ne modifie pas le déroulement de la conciliation tel qu'il est sommairement réglementé en matière de bail³⁰. Il apporte quelques précisions en matière de comparution et de défaut des parties³¹ ou encore de confidentialité de la procédure de conciliation³².

²² Message, FF 3006 6841, 6938.

²³ Message, FF 2006 6841, 6938.

²⁴ Litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles et litiges relevant de la loi sur l'égalité.

²⁵ Art. 198 al. 2.

²⁶ Message, FF 2006 6841, 6938 s.

²⁷ Art. 274a al. 1 let. e CO.

²⁸ Art. 207 al. 1 let. c P-CPC.

²⁹ Art. 207 al. 1 let. b P-CPC.

³⁰ Art. 274d al. 3 et 274e CO.

³¹ Art. 201 et 203 P-CPC.

³² Art. 202 P-CPC.

b. Administration de preuves

La faculté pour l'autorité de conciliation d'administrer des preuves est réglée spécialement. Selon l'art. 200 al. 2 du Projet, l'autorité de conciliation pourrait ainsi procéder d'office à une inspection, sur requête à l'audition d'un témoin si elle prévoit de proposer un jugement ou de rendre une décision mais, contrairement à aujourd'hui en matière de bail³³, elle ne semble pas en mesure de requérir d'une partie le dépôt d'un document utile à l'appréciation du litige.

c. Fin de la conciliation

En cas d'échec de la conciliation, l'autorité de conciliation ne se contente plus de constater l'échec comme c'est le cas actuellement en matière de bail³⁴, mais délivre au demandeur une *autorisation de procéder* dont le contenu est réglementé de manière formelle³⁵. Il incombe ensuite au demandeur, s'il entend poursuivre la procédure, de porter le litige devant le tribunal dans un délai allongé de 3 mois³⁶, contre 30 jours actuellement en matière de bail³⁷.

L'obligation faite à l'autorité de conciliation de rendre une proposition de jugement (qualifiée à tort de *décision* dans le CO) en matière de consignation du loyer, d'annulation du congé et de prolongation du bail³⁸ devient une faculté dans le Projet, élargie à tous les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 5'000³⁹. La proposition de jugement entre en force si aucune des parties ne s'y oppose dans un délai de 20 jours et non plus de 30 jours (bail)⁴⁰. Contrairement au droit du bail en vigueur actuellement, l'autorisation de procéder devant le juge est ensuite toujours délivrée au demandeur⁴¹, c'est-à-dire à la partie qui a saisi l'autorité de conciliation, peu importe que la proposition de jugement soit en faveur du demandeur ou du défendeur ou que l'opposition émane du bailleur ou du locataire.

Enfin, le Projet octroie à l'autorité de conciliation la possibilité de rendre une décision au fond (équivalente à un jugement de première instance) sur requête du demandeur dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2'000⁴². Ces décisions seront surjettent à recours mais ne pourront pas être portée devant le tribunal comme en cas d'échec de la conciliation ou de proposition de jugement.

³³ Art. 274d al. 3 2^{ème} ph. CO.

³⁴ Art. 274e al. 2 CO.

³⁵ Art. 206 al. 1 et 2 P-CPC

³⁶ Art. 206 al. 3 P-CPC.

³⁷ Art. 274e al. 3 CO.

³⁸ Art. 259i et 273 CO.

³⁹ Art. 207 al. 1 let. b et c.

⁴⁰ Art. 208 al. 1 P-CPC.

⁴¹ Art. 208 al. 2 P-CPC.

⁴² Art. 209 P-CPC.

d. Frais de la conciliation

La gratuité de la procédure de conciliation, connue en matière de bail notamment⁴³, est maintenue dans les domaines visés à l'art. 111 al. 2 P-CPC. Le Projet ne parle cependant que des frais de la procédure de conciliation⁴⁴ et non pas des frais de la procédure *devant* l'autorité de conciliation comme c'est le cas actuellement en matière de bail. On peut donc se demander si la gratuité de la procédure ne concerne que le chapitre 4 du titre 1 de la partie 2 du Projet (*Procédure de conciliation*, art. 199 à 204) ou l'ensemble du titre 1 de la partie 2 (*Tentative de conciliation*; art. 194 à 209), le Message étant muet sur ce point. La deuxième solution aurait pour principale conséquence de permettre à l'autorité de conciliation de prélever des frais notamment lorsqu'elle propose un jugement ou qu'elle rend une décision⁴⁵.

5. Conclusion

Le Projet de Code de procédure civile fédérale nous propose une densité normative conséquente avec près de seize articles consacrés à la procédure de conciliation. Nous constatons cependant avec un certain regret que les innovations promises consistent essentiellement en la codification, parfois maladroite, de règles et de principes déjà connus et appliqués depuis fort longtemps. Nous étions en droit d'espérer un peu plus du grand chantier fédéral que constitue ce Projet. Si l'intention de donner une place importante à la conciliation au sein du procès civil est bien présente, il ne semble pas qu'un véritable débat sur les outils de la conciliation ait eu lieu. L'impulsion viendra peut-être des cantons et des gens qui vivent la conciliation, par le biais de la place réservée aux projets pilotes que les cantons auront la possibilité de développer⁴⁶.

⁴³ Art. 274d al. 2 CO.

⁴⁴ Cf. la note marginale de l'art. 111 P-CPC.

⁴⁵ Art. 207 et 209 P-CPC.

⁴⁶ Cf. art. 399 P-CPC.

LA MEDIATION

Samuel Monbaron,
assistant doctorant, CEMAJ¹, Université de Neuchâtel

Remarque liminaire

Cette contribution au titre ouvert ne traite que d'une partie du rôle du juge dans la médiation, qui est celui de proposer la médiation. L'homologation de l'accord final, les spécificités du droit matériel (en particulier concernant les droits qui ne sont pas à libre disposition des parties) ainsi que la relation entre le juge et le médiateur ne sont pas abordés dans ce texte. Les spécificités des règles du projet de code de procédure civile suisse (ci-après P-CPC) sur la médiation dans les litiges de droit de la famille concernant les enfants ne sont que brièvement abordés.

1. Introduction

Pour délimiter le rôle du juge par rapport aux possibilités de médiation en cours de procès, nous allons commencer par quelques remarques sur l'évolution de la justice civile et les options prises par le parlement dans le cadre de l'unification de la procédure civile. Nous nous pencherons ensuite sur le rôle du juge de façon plus concrète. Cette approche en deux temps part du principe que la médiation est multiple. A l'échelle individuelle, elle peut être considérée comme un mode de résolution des conflits, mais à l'échelle d'une société, elle est un instrument de maintien, de réparation et de recréation du lien social. Le rôle du juge face à ce mode de résolution des conflits dépend des choix du législatif fédéral concernant cet instrument de maintien du lien social.

2. L'évolution de la justice civile

Les débats au Conseil des Etats sur le code de procédure civile unifié se sont cristallisés sur la question de l'intégration de la médiation dans ce texte normatif. On y a vu l'affrontement de deux visions du rôle de la justice et du rôle de l'Etat dans la gestion des conflits privés.

D'un côté se sont trouvés les opposants à une place de la médiation dans la procédure civile, arguant que la procédure civile est de droit public et que la médiation est un processus privé qui n'y a pas sa place. Ceux-ci ont été appuyés par le chef du DFJP de

¹ Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits, centre interdisciplinaire de la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel (<http://www2.unine.ch/cemaj>).

l'époque, qui disait « es muss auch gesagt sein, was eine zweckmässige Mediationsstelle ist. Denn man kann nicht einfach sagen: „Jetzt macht mal, wo ihr wollt, eine Mediation.“ Die wollen es ja nicht »². Selon nous, ces opposants ont une vision technico-mécaniste du droit³, dans laquelle la justice (et par conséquent le juge) est un instrument du pouvoir de l'Etat voyant la paix « davantage assurée par le maintien de l'ordre juridique que par la recherche de solutions concrètes aux conflits entre personnes impliquées »⁴. Peut-être est-ce pour cette raison que Christoph Blocher ne voulait pas que les parties puissent tenter une médiation où elles le souhaitent. Toujours à mon avis, les tenants de ce courant de pensée souhaitent que la mission du juge soit uniquement de se prononcer sur le « juste » ou « faux » des prétentions que les justiciables peuvent avoir les uns contre les autres. Dans cette optique, la médiation n'a pas sa place au sein de l'appareil judiciaire, contrairement à la conciliation où le juge peut tenter de rapprocher les parties d'une solution fondée sur le droit.

De l'autre côté, plusieurs parlementaires voient en la médiation un nouvel instrument de maintien et de recréation du lien social, un outil supplémentaire de la justice pouvant aider à une gestion globale des litiges dans l'intérêt des justiciables. Cette vision d'une justice plurielle nous rappelle le concept de multi-door courthouse développé par le Professeur Sander de Harvard⁵. Ce concept place le tribunal comme un aiguillage permettant aux parties de choisir entre divers modes de résolution des conflits, autoritaires ou délibératifs, axés sur les droits ou sur les intérêts, contradictoires ou consensuels. Pour Epiney, il ne faut « écarter aucune piste pour éviter une procédure qui ressemble dans la vie quotidienne de plus en plus à un pugilat, où ceux qui se font plaisir ne sont jamais les justiciables. Et c'est un avocat qui vous parle »⁶. Lorsque le Conseil national s'est penché sur le projet, le 29 mai 2008, le rapporteur de la commission a déclaré « dans les grandes lignes, ce nouveau code est empreint de l'idée, tant pour des raisons philosophiques que pratiques, que les tribunaux ne doivent être, dans l'idéal, saisis qu'après qu'un règlement extrajudiciaire du litige aura été tenté. C'est la raison pour laquelle le code fait la part belle à la conciliation et à la médiation, cette dernière étant en pleine évolution et appliquée dans de nombreux pays, notamment dans ceux de droit anglo-saxon. La conciliation et la médiation deviennent ainsi la règle, avant qu'un tribunal ne soit saisi, même si des exceptions sont prévues. Contrairement à la conciliation, la médiation peut encore intervenir durant la procédure »⁷. Au Conseil national, la médiation a reçu un accueil plus favorable qu'aux Etats. Les art. 210ss (règles générales) ont été rapidement adoptés, mais l'art. 298, dont l'alinéa 2 prévoit la conciliation ou la médiation en cas d'enlèvement d'enfants, a été biffé.

² Blocher, BO CE 2007 527. Notons que ce que Blocher ne voulait pas correspond à la règle prévue à l'art. 212 P-CPC.

³ Ce terme est emprunté à Peter Balscheit-von-Sauberzweig dans son excellent article Le rôle du juge dans la médiation, in La médiation, Actes du Colloque du 10 octobre 1996, Genève 1997, p. 90ss.

⁴ Idem, p. 90.

⁵ A ce propos, voir Goldberg/Green/Sander, Dispute Resolution, 1985, entre autres p. 514ss. Voir aussi p. ex. Brown/Marriott, ADR principles and practice, 1999, p. 91ss et les références citées.

⁶ Epiney, BO CE 2007 525.

⁷ Lüscher, BO CN 2008 632.

La médiation dans le P-CPC, ce sont principalement cinq articles qui n'apportent presque aucune différence par rapport à la procédure judiciaire telle qu'elle existe aujourd'hui⁸. Et pourtant c'est un sujet de discordance qui a occupé une grande place dans les débats au Conseil des Etats. Nous en déduisons, un peu hâtivement peut-être, que l'enjeu qui se joue à travers la médiation est l'évolution de la justice civile et de son rôle dans notre Etat. Avec les dispositions du P-CPC sur la médiation, le juge aura un nouveau rôle à jouer, qui sera d'informer et proposer aux parties de mettre de côté temporairement le procès afin de tenter une médiation.

Etant donné qu'il n'y a pas eu de divergences entre les chambres concernant les art. 210 à 215, nous pouvons affirmer que ces dispositions entreront en vigueur dans le code de procédure civile unifié⁹. Il en est de même de l'art. 292 al. 2 qui prévoit que le juge peut exhorter les parents à tenter une médiation dans les procédures de droit matrimonial. Il y a par contre une divergence concernant l'art. 298 al. 2, on ne sait donc pas encore s'il sera finalement adopté ou définitivement biffé.

3. La médiation dans le P-CPC

La réglementation de la médiation civile dans le P-CPC est la suivante. Les parties peuvent demander ensemble à remplacer la conciliation, en principe obligatoire (menée par une autorité judiciaire), par une médiation (menée par un tiers à la procédure : le médiateur) (art. 210)¹⁰. En cours de procès, les parties peuvent déposer en tout temps une requête commune visant à organiser un processus de médiation, la procédure judiciaire étant alors suspendue (art. 211). Les parties se chargent librement de l'organisation et du déroulement de la médiation (art. 212), la confidentialité du processus étant garantie (art. 212). Les parties peuvent requérir la ratification de l'accord par le juge. Cet accord acquiert alors les effets d'une décision entrée en force (art. 214). Les frais de la médiation sont à la charge des parties (art. 215). Dans les affaires familiales, quelques règles particulières existent également. Dans certaines affaires concernant les enfants, les parties ont droit à la gratuité de la médiation (art. 215 al. 2) et le juge peut exhorter les parents à tenter une médiation (art. 292 al. 2 et art. 298 al. 2).

4. Le juge en tant que prescripteur de médiation

Le système mis en place par le projet s'inspire largement des efforts consentis par l'Union européenne et ses Etats membres pour favoriser le règlement extrajudiciaire des litiges¹¹. Comme préconisé par la directive du Parlement européen et du Conseil

⁸ A l'exception de l'art. 210 qui permet d'effectuer une médiation à la place de la conciliation et de l'art. 215 qui met à charge de l'Etat les frais de la médiation à des conditions strictes.

⁹ L'entrée en vigueur est prévue pour janvier 2011 selon les informations données par La conseillère fédérale Eveline Widmer Schlumpf à la Conférence des directeurs cantonaux de justice et police.

¹⁰ Cette possibilité n'est ouverte que lorsque la conciliation n'est pas exclue de par la loi, voir art. 195 P-CPC.

¹¹ Le Conseil fédéral s'est entre autres inspiré du Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002 (COM (2002) 196 final), du projet de directive du

sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 21 mai 2008¹², le projet donne au juge la faculté de proposer aux parties en procès de sortir temporairement de la procédure judiciaire afin de tenter de régler leur litige à l'amiable par la médiation. Cette règle se retrouve à l'art. 211 al. 1 P-CPC.

Art. 211 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 la communication de la fin de la médiation.

La règle incitative à l'égard du juge (al. 1) n'est mentionnée que dans l'article sur la médiation pendant la procédure au fond. L'art. 210 traitant de la médiation au stade de la procédure de conciliation ne prévoit pas de norme équivalente.

Art. 210 Médiation remplaçant la procédure de conciliation

¹ Si 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.

Néanmoins, le message spécifie que pour effectuer une médiation «les parties doivent (...) en faire la demande ensemble, soit déjà dans la requête de conciliation, soit – **sur conseil de l'autorité de conciliation** – à l'audience de conciliation »¹³.

On peut en déduire que malgré la note marginale de l'art. 211, l'alinéa 1 est d'application générale et est également valable au stade de la conciliation préalable. Cette disposition précisant que le juge peut faire la proposition de médiation en tout temps confirme cette interprétation. Mais dans quels cas le juge la proposera-t-il ? À quel moment et sous quelle forme ?

Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 22 octobre 2004 (COM (2004) 718 final), des règles sur la médiation du Code judiciaire belge (Loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation du 21 février 2005), des règles du Nouveau Code de procédure civile français concernant la médiation judiciaire (Loi n° 95-125 du 8 février 1995 et Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996), de la loi autrichienne concernant la médiation en matière civile (Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl. I Nr. 29/2003), du « Civil Procedure Rules » introduisant le règlement alternatif des litiges en Grande-Bretagne (The Civil Procedure Rules 1998, Statutory instruments 1998 No. 3132 (L. 17)), des règles sur la médiation familiale de la procédure civile québécoise (Loi instituant au Code de procédure civile la médiation préalable en matière familiale et modifiant d'autres dispositions de ce code, Gazette officielle du Québec, 16 juillet 1997, p. 4641ss), et d'expériences menées en Allemagne et aux Pays-Bas ; voir FF 2006 6870 ss.

¹² Art. 5 al. 1 de la DIRECTIVE 2008/52/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

¹³ FF 2006 6944.

a. Dans quel type d'affaires ?

En théorie, plusieurs possibilités sont envisageables et les expériences menées dans les pays européens peuvent servir de base de réflexion. Premièrement, il est possible de proposer systématiquement la médiation. « Aujourd'hui, devant la justice de paix portugaise, immédiatement après l'enregistrement de la demande en justice, soit écrite soit verbale, et de la réponse, si aucune partie ne refuse la médiation, l'action du médiateur sera mise en place »¹⁴. En Angleterre, dans les conflits de travail, « dès que le tribunal est saisi d'une demande en justice, le demandeur est informé de la date de jugement, qui a lieu en moyenne cinq semaines plus tard. ACAS¹⁵ est immédiatement informé de la saisine du tribunal par une copie envoyée par le greffier dès le dépôt de la plainte. Des médiateurs prennent alors contact avec les parties ou leurs représentants dans la semaine où ils reçoivent la copie de la plainte. ACAS a environ cinq semaines pour trouver une issue amiable au conflit (jusqu'à la date de l'audience) »¹⁶. Deuxièmement, on peut envisager de laisser le juge apprécier de cas en cas l'opportunité d'une éventuelle médiation. En France, « le juge est entièrement libre de faire procéder ou non à une mesure de médiation. Il s'agit là d'un pouvoir de pure opportunité »¹⁷, avec pour conséquence qu'« à défaut d'une politique spécifique appropriée créant un dispositif ordonné de mise en œuvre de ce nouveau mode de justice, le développement de la médiation était abandonné aux initiatives individuelles et particulièrement celles des responsables de juridictions. C'est dire qu'elle fut et qu'elle reste inégalement appliquée. Du silence incrédule aux initiatives stimulantes et déterminées selon les cours d'appel ou les juridictions, les réactions furent variables »¹⁸. Dans le même sens, selon Blohorn-Brenneur, « 1 – La médiation n'a pu s'implanter que dans les cours et tribunaux où des juges se sont investis complètement. Le rôle du juge est primordial. 2 – L'opposition à la médiation va de pair avec la méconnaissance de la mesure »¹⁹. Troisièmement, il est possible que les cantons émettent des prospectus explicatifs établissant des critères permettant au juge de déterminer les cas dans lesquels une proposition de médiation est souhaitable. C'est ce qu'a fait le canton de Genève avec son guide de la médiation civile qui a retenu les critères suivants :

¹⁴ Jaime Octavio Cardona Ferreira, La médiation au Portugal : l'expérience du juge de paix, in 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris 8 décembre 2005, in Gazette du Palais tri-hebdomadaire, N° 165-166 des 14 et 15 juin 2006, p. 18.

¹⁵ Advisory, Conciliation and Arbitration Service.

¹⁶ Béatrice Blohorn-Brenneur, Médiation et conciliation dans les conflits du travail : l'exemple britannique ACAS, in 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris 8 décembre 2005, in Gazette du Palais tri-hebdomadaire, N° 165-166 des 14 et 15 juin 2006, p. 21.

¹⁷ Philippe Boulisset, Guide de la médiation, Aix-en-Provence 2006, p. 15.

¹⁸ Guy Canivet, Le juge et la médiation, in 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris 8 décembre 2005, in Gazette du Palais tri-hebdomadaire, N° 165-166 des 14 et 15 juin 2006, p. 6.

¹⁹ Béatrice Blohorn-Brenneur, Injonctions et incitations judiciaires, in 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris 8 décembre 2005, in Gazette du Palais tri-hebdomadaire, N° 165-166 des 14 et 15 juin 2006, p. 38.

- Les parties entretiennent des relations durables de fait ou de droit ;
- Le conflit contient une composante émotionnelle importante ;
- Les intérêts économiques sont complémentaires ou convergents ;
- Le coût du procès est disproportionné par rapport aux enjeux ;
- Des problèmes extrêmement complexes concernent plusieurs demandes ou plusieurs parties ;
- Le conflit touche plusieurs pays, (différences de culture ou de langue) ;
- Les parties souhaitent éviter la publicité d'une procédure judiciaire²⁰.

A titre de comparaison, en France les critères retenus sont les suivants²¹ :

En toutes matières :

- La solution juridique serait inéquitable ou emporterait des conséquences démesurées pour l'une des parties,
- La procédure s'éternise ou risque de s'éterniser en raison d'incidents prévisibles,
- La décision risque d'être difficilement exécutable,
- Des concessions réciproques sont envisageables mais n'ont pu être obtenues par une négociation classique,
- Le conflit repose sur un malentendu et manifestation des explications réciproques s'avèrent souhaitables.

En matière commerciale :

- Les parties ont intérêt à poursuivre ou à reprendre des relations commerciales continues,
- Les parties ont besoin que leur conflit reste confidentiel,
- L'une des parties a besoin d'avoir rapidement une issue au conflit pour pouvoir envisager une cession de l'entreprise dans des conditions saines.

En matière prud'homale :

- Salarié et employeur liés par des rapports de parenté, matrimoniaux, ou associés de la société exploitant l'entreprise,
- Salarié toujours employé dans l'entreprise,
- Salarié ayant une grande ancienneté méritant d'être prise en compte au regard des motifs de son licenciement,
- Litiges consécutifs aux difficultés de reclassement des victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles,
- Litiges concernant les employés de maison et les concierges,

²⁰ République et canton de Genève – Commission de préavis en matière de médiation civile et pénale, Guide pratique de la médiation civile, Genève 2006, p. 10 (disponible à la page http://www.geneve.ch/tribunaux/doc/BROCHURES/MEDIATION_CIVILE.pdf).

²¹ Voir le bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC), Hors-série Médiation, disponible à la page http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html.

- Litiges au sein des très petites entreprises, des entreprises artisanales,
- Litiges concernant des salariés des professions libérales,
- Litiges relatifs aux heures supplémentaires,
- Litiges concernant les cadres de haut niveau.

Dans tous les cas de figure, le juge doit connaître la médiation pour pouvoir la proposer. Il est donc nécessaire qu'il soit au minimum correctement informé sur ce qu'est la médiation et son processus, sur les cas dans lesquels elle est envisageable et sur les aspects pratiques tels que le coût, les médiateurs compétents, la durée, etc. En Norvège, chaque juge reçoit au moins une formation de trois jours à la médiation, ce qui nous semble être un très bon moyen de le familiariser avec ce mode de gestion des conflits²².

Les cantons étant compétents en matière d'organisation judiciaire, c'est à eux de se charger de former et informer les juges. Et les structures existent, l'académie suisse de la magistrature propose dans la formation postgrade en magistrature des cours concernant la conciliation, la médiation, le règlement amiable des conflits et la communication²³. La faculté de droit de l'Université de Neuchâtel offre des cours de médiation et, dès l'année prochaine, de négociation dans le cursus de master en droit. L'Institut Universitaire Kurt Bösch propose deux cursus postgrades en médiation²⁴. De nombreuses associations²⁵ offrent des cours de sensibilisation et des formations complètes de très bon niveau et abordables. La médiation est entrain de prendre sa place au sein des juristes suisses et il est probable que dans quelques années les juristes d'entreprise, avocats et juges soient beaucoup mieux informés qu'aujourd'hui.

Signalons encore l'intervention d'Epiney lors de débats au Conseil des Etats, qui a déclaré que « si la médiation figure dans un texte de loi, chaque juge sera à l'aise pour proposer systématiquement aux parties de tenter une médiation, si elles le souhaitent »²⁶.

Finalement, le plus probable est que comme en France l'initiative soit laissée à l'opportunité du juge. En effet, l'art. 211 al. 1 P-CPC établit un « Kannvorschrift » à l'attention du juge sans aucune précision supplémentaire. Une interprétation littérale va donc dans le sens d'une libre appréciation du juge, d'autant que le message ne nous en apprend pas plus. Ajoutons que comme le projet règle exhaustivement la procédure civile, les cantons n'ont pas la compétence de légiférer plus avant. Dans ce cas, les

²² Mais la situation est différente à celle rencontrée en Suisse ou en France, puisque « dans pratiquement tous les cas, le juge qui statue sur l'affaire fait office de médiateur. Si les parties ne parviennent pas à un accord, l'affaire est transmise à un autre juge qui rend une décision » ; Oyvind Smukkestadt, La médiation dans le système judiciaire norvégien, in 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris 8 décembre 2005, in Gazette du Palais tri-hebdomadaire, N° 165-166 des 14 et 15 juin 2006, p. 15.

²³ Voir <http://www2.unine.ch/magistrature> et http://www.unilu.ch/deu/richterakademie_170275.aspx.

²⁴ Le diplôme universitaire en médiation (formation de médiateur généraliste) et le master européen en médiation (formation de manager de la médiation au niveau européen) (<http://www.iukb.ch>).

²⁵ Citons à titre d'exemples le groupement pro médiation (<http://www.mediations.ch/>) et l'association MédiaNE (<http://www.medialogue.ch>).

²⁶ Epiney, BO CE 2007 525.

juges orientés vers la résolution amiable et pacifique des conflits feront probablement des propositions de médiation lorsque cela leur semblera dans l'intérêt des parties et les juges ayant une vision technico-mécaniste du droit continueront d'appliquer des règles de droit à des états de fait comme aujourd'hui, sans se préoccuper de cette nouvelle possibilité.

Reste la possibilité laissée aux cantons par l'art. 399 P-CPC de mettre en place des projets pilotes. Par ce biais, les cantons qui souhaiteraient promouvoir la médiation et inciter les juges à la proposer plus souvent afin que les justiciables en fassent un usage plus fréquent pourraient utiliser cette voie. D'ailleurs, le message le mentionne spécifiquement, les cantons étant expressément encouragés à participer au développement de la procédure civile par des projets pilotes, « p. ex. pour d'autres formes de RAL [règlement alternatif des litiges] ou dans le cadre de la mise sur pieds de procédures en ligne simplifiées, de conciliation ou au fond »²⁷.

b. Quel est le meilleur moment ?

Selon la règle, la médiation peut être proposée en tout temps, à tous les stades de la procédure, en première instance ou en appel. En simple logique, le juge proposera une médiation dès qu'il lui apparaît que cela pourrait permettre une résolution efficace du différend, donc a priori au début de la procédure, dès la tentative de conciliation préalable ou dès les débats d'instruction. A ce sujet, concernant la procédure ordinaire, le message précise que « des débats d'instruction sont en revanche toujours souhaitables : ils permettent de négocier une transaction (dans la forme des actuelles « Referentenaudienzen » connues dans certaines procédures cantonales), d'établir et de compléter l'état de fait et les preuves proposées, ou même de procéder à une première administration des preuves »²⁸.

L'expérience acquise en France nous montre que « si la mise en œuvre d'une médiation est particulièrement souhaitable au plus près du début de la procédure, l'expérience démontre, en raison des réussites observées, que lorsque la proposition est pertinente au regard des particularités de l'affaire, elle peut être faite avec profit à l'un quelconque de ces stades du litige, même ultime »²⁹.

Finalement, s'il fallait donner une consigne aux juges concernés par les dispositions sur la médiation, nous serions d'avis qu'il suffit qu'ils gardent en tête durant la procédure que la possibilité de médiation existe. Un examen prima facie de l'opportunité d'une médiation au début de la procédure est utile, mais pas suffisant. Si par exemple des problèmes liés à la relation entre les parties apparaissent en cours de

²⁷ FF 2006 7013.

²⁸ FF 2006 6948.

²⁹ Voir le bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC), Hors-série Médiation, disponible à la page http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html.

procédure³⁰, le juge pourrait leur proposer de tenter d'en parler hors du tribunal, quel que soit le stade du litige.

c. Comment ?

En France « tous les juges qui ont proposé la médiation par voie de lettre ont eu le même succès : environ 0%. Mais lorsque la médiation est faite (sic !) par le juge à l'audience, j'ai constaté que 50 % des justiciables acceptaient la mesure. D'où l'idée de créer des audiences de proposition de médiation »³¹.

Voici un extrait d'un document explicatif établi par la Cour de cassation de France et GEMME :

« Deux outils peuvent être proposés de manière associée :

1 – Une lettre ou note d'information destinée au justiciable

2 – Un questionnaire destiné à permettre au justiciable de réfléchir à l'intérêt d'une médiation. En effet, la pratique démontre que la seule lettre d'information ne suffit pas, les parties n'y répondant pas. Aussi sont-elles invitées à retourner le questionnaire à la juridiction après l'avoir renseigné.

Le juge peut informer oralement de la possibilité de médiation à l'audience. Toutefois il est préférable à ce stade que le juge ait un rôle plus actif et propose la médiation »³².

Dans le même texte, il est précisé que « d'expérience il est vérifié que la pratique de la médiation n'existe que dans les juridictions où le juge, ne se contentant pas de la simple information, décide de la proposer avec toute l'autorité que lui confère ses fonctions. La détermination du juge est donc primordiale.

Il appartient au juge d'opérer une sélection des dossiers pouvant relever de la médiation avant d'inciter les parties à y recourir »³³.

Ces éléments corroborent ce qui a été dit ci-dessus. Il apparaît donc plus fondamental que jamais de familiariser les juges avec la médiation, si l'intention du législateur est de renforcer le règlement extrajudiciaire des litiges, comme cela est prévu dans le projet³⁴ et concrétisé par l'adage « concilier d'abord, juger ensuite »³⁵. Sans aller aussi

³⁰ On imagine par exemple le cas où le demandeur utilise les prétentions qu'il peut avoir contre le défendeur afin de le « punir » pour d'autres problèmes qu'il y a eu entre eux.

³¹ Béatrice Blohorn-Brenneur, Injonctions et incitations judiciaires, in 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris 8 décembre 2005, in Gazette du Palais tri-hebdomadaire, N° 165-166 des 14 et 15 juin 2006, p. 38.

³² Voir le bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC), Hors-série Médiation, disponible à la page http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html; en particulier l'annexe 2.

³³ Idem.

³⁴ Voir les explications du message, FF 2006 6860 s. 6870ss et 6943ss.

³⁵ FF 2006 6936. Le message précise également que « Le règlement à l'amiable a donc la priorité, non pas parce qu'il allège d'autant les tribunaux mais parce qu'en général, les *solutions transactionnelles* sont *plus durables et subséquentement plus économiques* du fait qu'elles peuvent tenir compte d'éléments qu'un tribunal ne pourrait retenir » ; FF 2006 6860.

loin que la solution française de l'audience de proposition de médiation, il semble judicieux que si le juge souhaite proposer une médiation, il le fasse oralement à l'audience de conciliation, mais il faut alors qu'il ait suffisamment de temps par audience. Suite à cette proposition, le greffe pourrait alors envoyer un bref prospectus explicatif sur la médiation décrivant ce mode de gestion des conflits et son processus et mentionnant comment trouver un médiateur (ce qui sous-entend que le tribunal connaisse des médiateurs compétents dans sa région, ce qui n'est a priori pas un problème, chaque canton ayant au moins une association de médiation disposant de médiateurs formés) et indiquant aux parties qu'elles peuvent, si elles souhaitent effectuer une médiation, envoyer une requête commune demandant la suspension de la procédure. Une autre éventualité (dans une optique plus française) serait que le juge, si les parties acceptent de mener une médiation, suspende la procédure et en avertisse directement un médiateur, ou de préférence un organisme regroupant les médiateurs d'une région, qui se chargerait de contacter les parties, de leur fournir des informations supplémentaires et de mettre en place le processus. Sur cette question, Genève a adopté une solution intéressante en établissant une liste publique de médiateurs accrédités remplissant certaines garanties de probité, de qualifications, etc.

En conséquence, il semble judicieux d'établir un guide à l'attention des juges, avocats et justiciables, tel que ceux conçus par exemple à Genève, en France et par le CEDR au Royaume-Uni³⁶.

5. Cas spécifique de la médiation familiale

Dans les litiges de droit de la famille concernant les enfants, le projet va encore un cran plus loin par rapport aux règles générales sur la médiation. Trois points sont à mentionner à ce propos.

Premièrement, l'art. 215 prévoit un cas de gratuité de la médiation.

Art. 215 Frais de la médiation

¹ Les frais de la médiation sont à la charge des parties.

² **Dans les affaires concernant le droit des enfants qui ne sont pas de nature patrimoniale, les parties ont droit à la gratuité de la médiation :**

- a. **si elles ne disposent pas des moyens nécessaires, et**
- b. **si le tribunal recommande le recours à la médiation.**

³ Le droit cantonal peut prévoir des dispenses de frais supplémentaires.

A ce propos, le message mentionne que « ces affaires, qui posent souvent des problèmes aigus, méritent un traitement privilégié, car le maintien de la

³⁶ Au sujet des guides, voir Genève :

http://www.geneve.ch/tribunaux/doc/BROCHURES/MEDIATION_CIVILE.pdf; France :

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/mediation_8925.html

et Angleterre: http://www.cedr.com/library/Judges_guide_flyer.pdf (sur les guides CEDR en général, voir http://www.cedr.com/about_us/products/publications.php).

communication entre les parties y est de la plus grande importance »³⁷. On ne peut que saluer la présence de cette disposition avec toutefois un petit bémol qui est que si les parties souhaitent effectuer une médiation (p. ex. à la suggestion de leurs avocats), la gratuité de la médiation dépendra de l'appréciation du juge qui pourrait, s'il n'y voit pas d'intérêt, empêcher les parties d'avoir accès à une médiation gratuite. A nouveau, le fait que le juge soit sensibilisé à la médiation apparaît primordial.

Deuxièmement, dans deux cas de figure, le juge peut exhorter les parties à tenter une médiation³⁸. Cela ne veut pas dire que le tribunal puisse ordonner une médiation, contrairement à l'avis de Christophe Blocher³⁹. Inderkum l'a précisé lors des débats au Conseil des Etats, « auffordern heisst: mit Nachdruck empfehlen. Auffordern bedeutet aber nicht die Anordnung einer Mediation »⁴⁰. Ces dispositions sont une incitation forte à l'égard du juge pour qu'il convainque les parties d'essayer de négocier. A nouveau, pour que cela fonctionne, le juge devra être lui-même convaincu de l'utilité de cette démarche. Notons que la France est allée encore un pas plus loin dans les règles sur la médiation familiale. « L'idée forte introduite par la loi du 4 mars 2002 (art. 373-2-10, 3^e alinéa du Code civil) et celle du 26 mai 2004 (art. 255-2^e du Code civil) – qui n'existe pas pour la médiation civile – est la possibilité pour le JAF [juge aux affaires familiales] d'enjoindre les parties à rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure. Cette information est donnée gratuitement aux parties »⁴¹.

Troisièmement, l'article 215 al. 3 dispose que les cantons peuvent élargir les cas de dispenses de frais. S'il semble presque évident qu'aucun canton ne s'empressera d'investir pour « offrir » des médiations, cette disposition est la bienvenue car si la médiation donne de bons résultats, il est envisageable que certains cantons étendent les conditions de la gratuité et/ou mettent en place des projets pilotes.

6. Conclusion

Le rôle du juge dépend des choix du législateur. Plusieurs degrés d'implication du juge sont envisageables. Premièrement, en l'absence de règles sur la médiation, le juge n'a pas à se soucier de ce mode de résolution des conflits. C'est la situation actuelle⁴², dans laquelle il revient aux parties de demander une suspension de la procédure afin de tenter une médiation. Deuxièmement, dans un système comme celui prévu par les règles générales sur la médiation (art. 210-215), le juge peut informer et/ou proposer la médiation, ce qui sous-entend qu'il soit lui-même bien informé. Troisièmement, le

³⁷ FF 2006 6945.

³⁸ Art. 292 al. 2 et 298 al. 2 P-CPC. Le 12 juin 2008, le Conseil national a biffé l'art. 298 qui n'entrera donc probablement pas en vigueur.

³⁹ Blocher, BO CE 2007 527.

⁴⁰ Inderkum, BO CE 2007 635.

⁴¹ Marc Juston, La médiation dans le contentieux familial : un changement de culture judiciaire, in 1995-2005 : dix ans d'application de la médiation judiciaire en matière civile et commerciale, Colloque organisé par le Groupement européen des magistrats pour la médiation (Gemme), Paris 8 décembre 2005, in Gazette du Palais tri-hebdomadaire, N° 165-166 des 14 et 15 juin 2006, p. 12.

⁴² Sauf dans le canton de Genève.

le juge a la faculté d'exhorter les parties à tenter une médiation, ce qui sera la règle dans les litiges de droit de la famille dans lesquels sont impliqués les enfants si les règles spéciales (art. 292 al. 2 et 298 al. 2) sont adoptées. Quatrièmement, des règles donnant le pouvoir au juge d'obliger les parties à participer à une audience de proposition de médiation sont théoriquement envisageables. Cinquièmement, la loi peut donner au juge le pouvoir d'ordonner une médiation.

Les degrés théoriques d'implication du juge dans la proposition de médiation

- Degré 1: le juge n'a pas à se soucier de la médiation;
- Degré 2: le juge peut informer et proposer la médiation;
- Degré 3: le juge peut exhorter les parties à tenter une médiation;
- Degré 4: le juge peut convoquer les parties à une audience de proposition de médiation;
- Degré 5: le juge peut ordonner aux parties de participer à une médiation.

ANNEXES

1. AMICABLE DISPUTE RESOLUTION

Negotiation, Mediation, Conciliation

Selected bibliography (Geneva, September 1st, 2008)

- CEDR, Court referred ADR, A guide for judiciary, 2nd ed. , October 2003
- COMMISSION DE PRÉAVIS EN MATIÈRE DE MÉDIATION CIVILE ET PÉNALE, Guide pratique de la médiation civile, éd. plurilingue français, allemand, italien, anglais, espagnol, russe, polonais, portugais, grec, Genève, juin 2006
- GEMME FRANCE, Guide pratique à l'usage des magistrats prescripteurs de médiation, Paris, 2006
- PEL Machteld, Referral to Mediation, A practical guide for an effective mediation proposal, SDU Uitgevers, Den Haag, 2008
<http://www.sdu.nl/catalogus/9789012120678>

Cf. www.gemme.ch

2. Liens utiles

- ACB Mediation NL : www.mediation-bedrijfsleven.nl/english.shtml
- CCI : www.iccadr.org ou www.iccwbo.org
- CCIG : www.sccam.org/sm/fr/index.php
- CEDR : www.cedr.co.uk
- CEMAJ : www2.unine.ch/cemaj
- CMAP : www.cmap.fr
- CSMC/SKWM : www.csmc.ch
- FSA/SAV : www.swisslawyers.com
- FSM/SDM : www.infomediation.ch
- GEMME - Suisse : www.gemme.ch
- GPM : www.mediations.ch
- IUKB : www.iukb.ch
- CCR : www.unilu.ch/den/ccr_160838.aspx

3. Notice sur GEMME

Le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) est une organisation non gouvernementale agréée auprès du Conseil de l'Europe. Elle est constituée à ce jour de sections (sept membres au moins) ou représentants (moins de sept membres) présents dans dix-neuf pays de l'Union Européenne et de l'AELE : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Espagne, Estonie, France, Grande-Bretagne, Grèce, Hongrie, Italie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovénie et Suisse.

GEMME a été fondée en décembre 2003 à Paris, avec comme Président M. Guy CANIVET, premier Président de la Cour de Cassation (Paris) à l'époque, aujourd'hui membre du Conseil constitutionnel, et comme Secrétaire générale Mme Béatrice BLOHORN BRENNEUR, Juge à la Cour d'appel de Grenoble et depuis Présidente de chambre à la Cour d'appel de Lyon. Leur ont succédé respectivement M. Ivan VEROUGSTRAETE, Président de la Cour de Cassation de Belgique et Premier Vice-Président de la Cour de justice du Benelux, en février 2006 et Mme Hélène GEBHARDT, juge honoraire, (France) en mai 2008.

Ayant pour objectif la promotion du règlement amiable des différends en général et de la médiation en particulier, GEMME tient un Congrès Européen par année : à Paris en 2005, à Rome en 2006, à Valence en 2007 et à Genève les 6 et 7 novembre 2008 , tandis qu'il est planifié en 2009 aux Pays-Bas et en 2010 en Grande-Bretagne.

Fondée à Fribourg le 8 octobre 2004, sa section suisse, le Groupement suisse des magistrats pour la médiation et la conciliation (Gemme-Suisse) comporte à ce jour cinquante membres et membres associés, provenant des trois principales régions géographiques et linguistiques de notre pays, ses magistrats étant issus de toutes les juridictions : des modestes Commission de Conciliation jusqu'à la Cour Européenne des droits de l'homme. Ses assemblées générales s'accompagnent de conférences sur des thèmes relatifs au règlement amiable des différends :

- St Nicolas de Flüe, sa vie, son enseignement et son actualité, à Flueli-Ranft, Obwald, 2005,
- La proposition de médiation par le juge civil, en Suisse, en France et en Allemagne, Neuchâtel, 2006,
- L'homologation des accords issus de la négociation et de la médiation par le magistrat civil, en Suisse, en Belgique et en France, Neuchâtel, 2008,
- Le thème pour l'année 2009, à Lucerne, sera déterminé d'ici peu.

Les Actes de ces assemblées figurent dans son site www.gemme.ch , de même que ses publications, ses rapports annuels, la liste de ses membres et leur CV pour le Comité.

Son Comité est composé comme suit (état au 15 septembre 2008) :

Monsieur Pierre ZAPPELLI Président*
Juge au Tribunal fédéral
Ancien Président de l'ASM
Représentant de l'UIM à l'ONU

Monsieur Thomas PFISTERER Président élu**
Professeur à l'Université de St Gall
Dr iur., LL.M., avocat
Ancien Juge fédéral, Conseiller aux Etats et Conseiller d'Etat (AG)

Monsieur Jean A.MIRIMANOFF Secrétaire général
Président de la CBL (GE) Représentant de la section au CA de Gemme
Médiateur assermenté (CSMC)
Ancien Juge au Tribunal (GE)

Madame Isabelle BIERI Membre du CA de Gemme
Présidente de l'ARC (NE) Responsable de la formation
Médiatrice assermentée (CSMC)

Madame Emmanuela EPINEY-COLOMBO
Juge à la Cour de Cassation civile de Lugano (TI)
Médiatrice (CSMC)

Madame Lilly GYGI
Présidente de l'Oberamt Dornek-Thierstein
Présidente de l'ACBL de Soleure (SO)

Madame Claude-Nicole NARDIN
Juge au Tribunal (GE)

Monsieur Niklaus THEILER
Président de l'ACBL (OW)
Avocat

* en fonction jusqu'au 6 novembre 2008

** en fonction dès le 7 novembre 2008