

Dossier

Les acteurs de la justice sociale

Le juge médiateur

Pour un renouveau de l'office du juge français inspiré de l'expérience québécoise

L'essentiel

L'objectif des lignes qui suivent est de favoriser l'émergence d'une figure qui n'existe qu'à l'état embryonnaire dans le système de justice français, celle du « juge médiateur », en s'inspirant du modèle québécois dont chacun connaît les avancées en matière de prévention et règlement des différends³. Dans un contexte politique favorable au développement des modes amiables de règlement des différends, tant au niveau français qu'europpéen, ce modèle, qui a fait la preuve de son efficacité, doit résolument retenir l'attention parce qu'il ouvre la voie d'une offre de justice susceptible de produire à la fois des résultats efficaces d'un point de vue économique, mais également justes et équitables pour les parties en conflit. Cette nouvelle offre de justice repose substantiellement sur l'autorité du juge qui est à la manœuvre et sur la façon dont ce dernier conçoit sa mission. Elle nous invite à tout le moins, nous juristes, à réfléchir à notre rapport au droit et à la justice.

par Lise Casaux-Labrunée

Professeur à l'université Toulouse Capitole¹

et Louise Otis

Médiatrice, ancienne juge de la cour d'appel du Québec²

Qui mieux que l'honorable juge Louise Otis pour échanger sur le thème du juge médiateur ? Ancienne juge de la cour d'appel du Québec, Louise Otis y a conçu et administré un programme de médiation judiciaire qui fait autorité dans le monde. Elle a participé à plus de 3 000 jugements en droit commercial, civil et criminel. Elle a présidé plus de 700 médiations en droit civil et commercial. Elle est l'une des pionnières de la médiation judiciaire au Québec et son expérience fait autorité partout à travers le monde. C'est un immense privilège que de cosigner ces quelques lignes avec elle et nous ne la remercierons jamais assez d'avoir accepté de nous prêter

main-forte pour tenter de faire évoluer le système de justice français qui ressemble certainement aujourd'hui à ce qu'était le système québécois il y a vingt ans⁴.

Le système de justice qui se déploie dans la Belle Province a beaucoup d'influence au Canada et à l'étranger parce que, contrairement à d'autres initiatives menées ici

¹ Enseignant-chercheur de l'institut de droit privé de l'université de Toulouse (IDP, EA 1920), département « droit du travail et des activités professionnelles ». L. Casaux-Labrunée dirige depuis 2015 un projet de recherche mobilisant une dizaine d'enseignants-chercheurs en droit, dont l'objectif est de comprendre et dénouer les freins et résistances au développement de la médiation en France. L'étude est menée en étroite collaboration avec le Groupe pour la prévention et le règlement des différends (G-PRD) de l'université de Sherbrooke (Québec) dirigé par le professeur J.-F. Roberge, notamment connu pour ses travaux sur la justice participative (éd. Yvon Blais, 2017). Les résultats de cette recherche paraîtront prochainement dans un ouvrage intitulé Pour un droit du règlement amiable des différends (Lextenso/LGDJ).

² Actuellement, L. Otis participe régulièrement à des missions internationales reliées à la gouvernance et à la réforme de la justice auprès de l'Organisation des Nations unies (ONU), du Fonds monétaire international (FMI) et de la Banque mondiale. Elle exerce la profession de médiateur et d'arbitre en matière civile et commerciale. Elle est professeure adjointe à la faculté de droit de l'université McGill. Elle est *distinguished fellow de l'International Academy of Mediators (IAM)*. L. Otis est également juge administratif international. Elle est présidente du tribunal administratif de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Elle est présidente du tribunal d'appel de l'Organisation internationale de la francophonie (OIF). Elle est également membre du tribunal administratif de l'Agence européenne satellitaire, EUMETSAT.

³ V. not. le G-PRD de l'université de Sherbrooke (v. *supra*), qui constitue un forum unique de création et de mobilisation des savoirs liés à la justice participative, associant des universitaires et des professionnels, pour le développement de programmes de recherche mais aussi d'enseignements en formation initiale et continue.

ou là, il intègre la justice judiciaire et « médiationnelle » à tous les niveaux et dans tous les domaines du droit, incluant les matières familiales et administratives, le droit civil et commercial, le droit criminel, et bien sûr le droit du travail. C'est un système hybride qui y a été institué, unifié et intégré, unique au monde par sa longévité et son exhaustivité. Ce modèle fournit une illustration saisissante des changements fondamentaux qui peuvent naître d'une réorientation radicale de la façon de rendre justice. Telle qu'elle est conçue au Québec, la médiation judiciaire propose un nouvel ordre normatif plus participatif qui conçoit le litige de façon large et holistique sans le réduire, comme souvent en France, à un événement juridique défini que les tribunaux ne pourront examiner et résoudre qu'à travers la lunette étroite du droit.

Une chose est sûre : si le système de justice français doit évoluer, ce que nous souhaitons ardemment⁵, pour aller vers une meilleure résolution des conflits, au-delà du processus décisionnel « sec » qui, paradoxalement, attise les discordes plus souvent qu'il ne les apaise, le rôle du juge doit être repensé⁶. Cette évolution passe par une réflexion renouvelée sur son office que les quelques questions qui suivent ont pour objectif d'encourager, à la lumière d'une expérience réussie, même si rien n'est jamais parfait, dans un système juridique et judiciaire comparable au nôtre.

I. — QUELS SONT LES AVANTAGES DE LA JUSTICE CONCILIATRICE OU MÉDIATIONNELLE PAR RAPPORT À LA JUSTICE PROCESSUELLE ?

Lise Casaux-Labrunée – Malgré un environnement politique et législatif favorable, tant français qu'europpéen, marqué en France par la récente adoption de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle (L. n° 2016-1547) dont l'un des objectifs est de renforcer l'efficacité de la justice, notamment en favorisant le recours aux modes amiables de règlement des différends⁷, les résistances à la justice participative sont encore nombreuses en France. Malgré les actions des professionnels convaincus de l'intérêt de cette nouvelle offre de justice, notamment chez les magistrats⁸, les résultats ne sont pas toujours à la hauteur

des efforts déployés ni des espérances mises en elle. Notre système de justice progresse en ce sens, mais lentement.

Les résistances sont spécialement fortes en contentieux du travail (qui est pourtant l'un des plus abondants) dès lors que nombre de professionnels estiment que la médiation n'y a pas d'intérêt et qu'elle répond exclusivement à des préoccupations économiques et budgétaires, notamment au regard de la question lancinante de l'encombrement de nos juridictions⁹. À quoi bon, pour reprendre l'argument le plus classique, s'évertuer à réconcilier les parties et maintenir entre elles des relations de qualité alors que le conflit conduit dans l'extrême majorité des cas à la rupture du contrat de travail¹⁰ ? Sont également mises en cause les qualités et compétences des médiateurs privés (nous n'avons pas en France de véritables médiateurs « professionnels » malgré les affichages de certains organismes privés de formation) et *de facto* leur crédibilité pour intervenir dans le règlement de conflits souvent complexes : « L'État développe des procédures alternatives au juge, alors même que les professionnels qui assurent ces procédures sont très loin du niveau de formation des magistrats, et dépourvus de statut et de déontologie élaborés ». En attendant, ou à défaut d'une réglementation de l'activité de médiation privée, le juge aurait-il alors le profil idéal du médiateur ?

Louise Otis – Les avantages de la justice médiationnelle ne sont plus tellement discutés au Québec, surtout depuis l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2016 de notre nouveau code de procédure civile qui fait la part belle aux modes appropriés de règlement des différends¹¹.

L'efficacité : la médiation judiciaire permet aux parties de faire des économies substantielles de temps et d'argent. Les parties peuvent obtenir une séance de médiation en appel dans les semaines qui suivent la réception de leur demande conjointe de médiation. En comparaison, l'attente de l'audience peut prendre plusieurs mois, si ce n'est des années. Le système de justice en profite aussi puisque les causes référées en médiation sont réglées en substantielle majorité (dans environ 70 % des cas soumis à la médiation tant en première instance qu'en appel). Consé-

⁴ Les développements qui suivent empruntent largement aux écrits suivants auquel le lecteur se reportera pour plus de détails : L. Otis et E. H. Reiter, *Médiation by judges : a new phenomenon in the transformation of justice*, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, vol. 6 : 3, 2006 ; *LegisPratique*, Recours et procédure en appel, LexisNexis Canada Inc., 2011 (v. not. chap. 6, « Médiation », par L. Otis et E. H. Reiter) ; La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire, conférence Albert-Mayrand donnée par L. Otis à la faculté de droit de l'université de Montréal le 11 nov. 2004.

⁵ L. Casaux-Labrunée, La liberté de se réconcilier, *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015. 522.

⁶ B. Holleaux, La médiation à la cour d'appel de Paris, *Sem. soc.* Lamy 2016, n° 1706.

⁷ S. Amrani-Mekki, Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du 21^e siècle, *Gaz. Pal.* 31 janv. 2017. 46 s.

⁸ V. not. les nombreuses actions du GEMME (Groupement européen des magistrats pour la médiation) ; www.gemme.eu/fr

⁹ M. Beckers, Médiation, procédure participative, arbitrage : la grande braderie de la justice sociale, *Droit ouvrier* 2016. 128 ; F. Guimard, Que faire de la médiation conventionnelle et de la procédure participative en droit du travail ? *RDT* 2015. 628.

¹⁰ L. Casaux-Labrunée, Les modes amiables de règlement des conflits du travail en France : entre effervescence et résistances, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2014/2, p. 76.

¹¹ V. la magnifique disposition préliminaire de ce nouveau code : « Le code vise à permettre dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. Il vise également à assurer l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile, l'application juste, simple, proportionnée et économique de la procédure et l'exercice des droits des parties dans un esprit de coopération et d'équilibre, ainsi que le respect des personnes qui apportent leur concours à la justice ». V. égal. art. 2, qui impose aux parties la fameuse « obligation de considérer » : « Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux ». En France, le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 va dans le même sens en exigeant des parties qu'elles indiquent, dans l'acte de saisine de la juridiction, les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. À défaut, le juge peut proposer une mesure de conciliation ou de médiation (art. 18 et 21).

quemment, elles sont retirées de la voie judiciaire, ce qui contribue au désencombrement des rôles d'audition.

Les coûts : la procédure de médiation est offerte gratuitement aux justiciables qui n'encourent aucuns frais supplémentaires pour y accéder. De plus, la médiation en appel constitue une procédure accélérée qui permet aux parties qui le désirent de régler leurs litiges sans investir les ressources financières que nécessitent la préparation du dossier et l'audition d'appel.

La gestion de l'appel : même si la médiation ne conduit pas à une transaction, le processus peut permettre aux parties d'identifier les questions qui méritent véritablement un examen par le juge. Elles pourront parfois conclure une entente partielle et restreindre l'amplitude de leurs moyens d'appel. De plus, le juge médiateur pourra identifier les causes qui méritent l'attention immédiate de la cour et prévoir des mesures de gestion de l'instance avec le consentement des parties.

L'expression du conflit : au-delà de l'efficacité et de l'économie des ressources, la médiation répond à d'autres besoins plus intangibles. Elle permet aux parties d'orienter le processus de résolution des litiges vers la recherche d'une solution viable négociée plutôt que vers un jeu à somme nulle (gagnant/perdant). La tension entre les parties s'en trouve diminuée et la pression psychologique réduite. À cette fin, le juge peut aider les parties à se détacher temporairement des questions juridiques et factuelles du dossier pour examiner plus largement le conflit qui les sépare.

La créativité des solutions juridiques : contrairement au juge décideur, les parties ne sont pas tenues de régler leur litige dans le cadre souvent étroit des conclusions recherchées dans les procédures. Elles pourront à loisir négocier des solutions qui feront naître un nouveau rapport juridique ou s'écarteront complètement de la délimitation procédurale des questions en jeu. Toutes les solutions juridiques sont ouvertes, pourvu qu'elles respectent la loi et ne dérogent pas à l'ordre public.

L'expression du libre arbitre : la médiation répond au besoin implicitement exprimé de la communauté de s'écarter d'un ordre juridique imposé pour rechercher, dans les cas qui le permettent, des solutions aux litiges mutuellement négociées et convenues. Elle constitue une manifestation institutionnelle de l'émergence d'une certaine maturité collective, un mouvement vers un contrôle par la société de sa propre destinée judiciaire.

L'intégration de la médiation judiciaire au sein du système de justice étatique tend à résoudre la dichotomie des concepts en apparence opposés : autorité décisionnelle / capacitation des parties, antagonisme/interdépendance ou procédure/substance. Ainsi, la justice processuelle et la justice médiationnelle cohabitent dans la même enceinte et participent, selon leur vocation respective, à la réalisation première impartie aux tribunaux : rendre justice.

II. – QUEL RÔLE DU JUGE DANS LE PROCESSUS MÉDIATIONNEL ?

L. C.-L. – En droit français, la médiation judiciaire

est issue de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, modifiée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n° 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. L'article 21 de cette ordonnance la définit ainsi : « La médiation [...] s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige ». Le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires en précise le régime juridique (pouvoirs du juge, durée de la médiation, qualités exigées des médiateurs...) dorénavant intégré aux articles 131-1 à 131-15 du code de procédure civile. Selon l'article 131-1 : « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. Ce pouvoir appartient également au juge des référés en cours d'instance ».

Il semble qu'il y ait là une différence essentielle entre les systèmes de médiation judiciaire français et québécois. Alors qu'au Québec le juge endosse le rôle du médiateur, en France, les textes en vigueur, y compris les plus récents, l'encouragent plutôt à déléguer la médiation, à la sous-traiter à un tiers extérieur au procès (conciliateur ou médiateur) plutôt qu'à y procéder lui-même¹². Le juge français, lorsqu'il n'y est pas défavorable, est surtout facilitateur ou prescripteur de médiation. Il préfère garder la maîtrise du processus juridictionnel, ce qui lui évite d'être confronté à des dilemmes éthiques. Aucun texte pourtant n'interdit au juge français de rapprocher les points de vue des parties. L'article 21 du code de procédure civile l'y invite : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties » (complété par les art. 128 s.). Et en cas de conflit éthique, l'article 339 lui permet d'être dessaisi du dossier au profit d'un autre juge désigné par le président de la juridiction. On relève aussi que la définition de la médiation donnée par le droit de l'Union européenne prévoit explicitement l'hypothèse de la médiation menée par le juge¹³. La question semble avant tout culturelle. Elle pose aussi celle de la formation de juges jusqu'alors habitués à trancher, à l'activité de médiation qui évidemment ne s'improvise pas.

L. O. – La médiation judiciaire au Québec est consensuelle, confidentielle et présidée par un/une juge. Une demande conjointe de médiation, signée par toutes les

¹² L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, qui modifie l'art. 22 de la loi du 8 févr. 1995 : « Le juge peut désigner, avec l'accord des parties, un médiateur pour procéder à une médiation, en tout état de la procédure, y compris en référé » ; Décr. n° 2015-282, 11 mars 2015, relatif à la simplification de la procédure civile, à la communication électronique et à la résolution amiable des différends, qui simplifie les modalités de délégation par le juge de sa mission de conciliation à un conciliateur de justice (C. pr. civ., art. 831) ; Décr. n° 2016-660, 20 mai 2016, relatif à la justice prud'homale et au traitement judiciaire du contentieux du travail qui permet au bureau de conciliation et d'orientation et au bureau de jugement, à tout stade de la procédure, de désigner un médiateur pour tenter de trouver une solution au litige qui oppose les parties (C. trav., art. R. 1471-2).

parties au litige, amorce la procédure de médiation. Purement facultative, l'initiative de la médiation peut émaner des parties elles-mêmes, de leurs avocats ou de la recommandation d'un juge. L'une ou l'autre des parties peut, à toute étape du processus de médiation, revenir à la procédure décisionnelle. Si la médiation ne débouche pas sur une entente, le juge médiateur est entièrement exclu du procès ou de l'audition à venir afin de garantir l'impartialité du débat contradictoire.

La médiation exige des juges qu'ils jouent un rôle différent de celui auquel la tradition judiciaire les a habitués. Le juge doit agir comme un médiateur neutre et efficace et non comme un oracle qui énonce le droit. Bien que ce rôle confère une grande latitude au juge, il lui impose également des contraintes. L'essence de la médiation judiciaire est de réinvestir les parties de leur pouvoir décisionnel. Elles pourront alors concevoir la solution de leur problème ou décider, si elles l'estiment opportun de renvoyer le litige devant la justice décisionnelle. Sauf circonstances particulières, le juge médiateur ne doit pas exprimer son opinion sur le bien-fondé du dossier. Bien qu'il ne parle pas « judiciairement » lors d'une séance de médiation, son autorité morale est telle que les parties pourraient, à tort, interpréter les propos du juge comme traduisant la position définitive de la cour. Afin d'éviter toute ambiguïté, le juge médiateur maintient généralement une attitude de retenue, qui ne l'empêche toutefois pas de questionner les certitudes d'une partie.

III. – JUGES DÉCIDEURS ET MÉDIATEURS ?

L. C.-L. – En France, les juges sont d'abord des décideurs. Ils sont surtout formés à trancher les litiges conformément aux règles de droit qui leur sont applicables en application de l'article 12 du code de procédure civile. L'article 21 du même code leur confère pourtant une autre mission, celle de concilier les parties, qu'ils investissent peu. Il existe notamment en matière sociale une procédure de conciliation obligatoire devant les juridictions du travail de première instance¹⁴, mais elle fonctionne mal. Par ailleurs, notre droit du travail est devenu tellement complexe qu'il est lui-même devenu un facteur de conflits. Les relations de travail sont ainsi devenues l'un des domaines où le contentieux judiciaire est le plus important, à tous les niveaux d'instance¹⁵. Cette observation devrait conduire à privilégier d'autres modes

de règlement des différends, mais pour l'instant les résistances des professionnels du droit sont grandes (juges, avocats...) et les justiciables insuffisamment informés. La machine judiciaire tourne à bloc, nos tribunaux sont engorgés, nos magistrats débordés... alors que l'impression domine souvent, à la lecture des décisions qui en sont issues, d'une disproportion des moyens judiciaires déployés au regard du résultat donné¹⁶.

L. O. – Au Québec, la médiation judiciaire est devenue un mode institutionnalisé de règlement des litiges qui permet aux juges d'agir comme médiateurs dans le cadre de programmes de médiation intégrés au système de justice traditionnel. Cette institutionnalisation constitue une indication claire des changements ayant cours au sein de notre système juridique et dans notre façon de concevoir la justice et le droit.

Le règlement des litiges par la voie de la médiation s'inscrit dans un courant dominant et constitue un élément du paysage juridique accepté – parfois avec réserve, parfois avec enthousiasme – par les parties, les avocats et les tribunaux. Conséquemment, la question n'est plus de déterminer si la médiation a sa place dans le système de justice, mais plutôt comment elle doit s'y intégrer et qui doit en exercer les attributs.

Dans nos sociétés occidentales modernes, la norme, malgré ses déficiences, demeure le processus décisionnel classique : la résolution des litiges par les tribunaux au moyen d'une décision rendue à l'issue d'un débat contradictoire entre les parties. La représentation du monopole étatique sur la résolution des conflits est solidement ancrée dans l'imaginaire collectif. Elle repose pourtant sur une conceptualisation très étroite des conflits et de leur résolution. La vaste majorité d'entre eux naissent en effet et sont résolus en marge des institutions étatiques. Chaque jour, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux juges, médiateurs, arbitres... les individus parviennent à résoudre efficacement d'innombrables conflits. En d'autres termes, il faut cesser de voir le droit et les institutions de l'État comme un édifice monolithique et monopolistique afin de permettre aux formes alternatives de résolution des conflits de coexister, en toute égalité, avec le processus décisionnel classique.

Les institutions de justice étatique ont donné naissance à des mécanismes de résolution des litiges qui reflètent le droit qu'elles appliquent. Pendant longtemps, seul le mode processuel, encadrant la judiciarisation du conflit, a permis de résoudre les litiges au terme d'une procédure accusatoire et contradictoire. Nous avons ainsi développé un système de justice étatique dont la finalité essentielle et absolue réside dans l'acte de juger, qui consiste à trancher l'opposition de droits subjectifs par une décision judiciaire. Il reste que ce système étatique porte en soi ses propres limites. Ses carences, maintes fois dénoncées

¹³ « Aux fins de la présente directive, on entend par médiation, un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre. Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige » (Dir. n° 2008/52/CE, 21 mai 2008, art. 3).

¹⁴ « Le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail [...]. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti » (C. trav., art. L. 1411-1).

¹⁵ Cour de cassation, Rapport annuel 2015, www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2015_7698/ ; v. aussi Les chiffres-clés de la justice 2016, www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-clés-de-la-justice-10303/les-chiffres-clés-de-la-justice-edition-2016-29359.html

¹⁶ Par ex. Soc., 6 oct. 2016, n° 15-14.597, NP : le vol de marchandises pour une valeur de 6 € ne justifie pas une faute grave...

(longueur et coût des procédures, traumatismes associés aux conflits judiciaires, limites inhérentes au débat contradictoire dans la recherche de la meilleure solution susceptible d'éteindre définitivement le litige...) ont créé une véritable crise de l'ordre judiciaire d'autorité et ont présidé à l'émergence de nouveaux moyens de résolution des conflits plus fonctionnels, mieux adaptés au règlement d'une grande partie des litiges. À l'examen, il a été démontré que la plupart des litiges civils peuvent trouver leur solution sans la nécessité d'un débat contradictoire complexe et coûteux. À l'usage, il a été démontré qu'un processus de règlement efficace des litiges, par la voie de la négociation assistée, correspond dans la majorité des cas aux besoins des parties et s'accorde mieux à la réalité juridique de notre temps.

L. C.-L. – Comment l'évolution s'est-elle faite au Québec ? Comment les juges décideurs sont-ils devenus médiateurs ?

L. O. – La médiation judiciaire a été développée au Québec en 1997, à l'initiative de la cour d'appel du Québec. Une expérience-pilote de dix-huit mois a permis de tester un modèle de médiation par les juges afin de répondre aux faiblesses apparentes du modèle classique face aux besoins changeants de la société et aux attentes légitimes des justiciables à l'égard du système de justice. Il est vite apparu au cours du déroulement du projet-pilote que la médiation volontaire, flexible, gratuite et centrée sur les besoins des parties constituait une alternative puissante au mode processuel ou contradictoire. Elle offrait une voie mitoyenne susceptible de conjuguer certaines des vertus du processus décisionnel à la souplesse et à l'adaptabilité du processus médiationnel. La médiation judiciaire est devenue une institution permanente de la cour d'appel en 1999, que le législateur a codifiée en 2002. Elle a été étendue à tous les tribunaux judiciaires et administratifs. Ce modèle de négociation assistée représente une véritable redéfinition du rôle des tribunaux et des juges dans leur façon de rendre la justice.

IV. – POURQUOI DEMANDER À UN JUGE D'ÊTRE MÉDIATEUR OU CONCILIEUR ?

L. C.-L. – Pourquoi ne pas privilégier le recours à des médiateurs privés ? En France, les juges favorables à la justice médiationnelle délèguent généralement cette mission à des tiers (v. *supra*) : selon les cas, soit à des conciliateurs de justice rattachés aux tribunaux, soit à des médiateurs privés. Le système a ses avantages, mais il a aussi l'inconvénient d'être facteur de complexité dans la mesure où il introduit un quatrième personnage dans la boucle judiciaire (en plus du juge et des parties) mal connu des justiciables, en lequel par conséquent ces derniers n'ont pas spontanément confiance. Si les conciliateurs de justice sont une institution ancienne en France, les médiateurs en revanche soulèvent de nombreuses questions. Cette activité est aujourd'hui d'accès libre, non réglementée, et elle peut être exercée sans obligation particulière de formation. L'offre de médiation manque réellement de lisibilité, ce qui crée un manque de confiance chez les justiciables... et parfois même chez les juges lorsqu'ils ont à désigner un médiateur ! La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016 (art. 8)

a prévu qu'il serait établi, pour l'information des juges, une liste de médiateurs dressée par chaque cour d'appel, mais le décret en Conseil d'État qui doit en préciser les conditions n'est pas encore paru¹⁷. Nous touchons là une question sensible : celle de la qualification des médiateurs et, conséquemment, celle de la qualité des médiations.

L. O. – Cette question récurrente est légitime puisque la mission séculaire des juges est essentiellement de rendre jugement et que l'utilisation des ressources matérielles et humaines du système judiciaire doit être gérée avec parcimonie.

Précisons d'abord qu'il n'est pas essentiel que la médiation soit présidée par un juge et ce même dans un contexte judiciaire. Dans plusieurs juridictions, des médiateurs professionnels font partie du personnel de la cour et tiennent des médiations à titre d'officiers de justice comme le sont les greffiers chargés d'entendre certaines requêtes. D'autres systèmes de justice optent pour le référé en médiation. Dans ces systèmes, le juge identifie les causes propices à la négociation assistée et en ordonne le référé à des médiateurs privés dont les qualifications ont été préalablement reconnues. Le système québécois permet également aux parties d'avoir recours à la médiation privée si elles le désirent. Le choix de la médiation avec un médiateur judiciaire ou extra-judiciaire demeure toujours la prérogative des parties. Ces deux modes de résolution des différends ne sont pas mutuellement exclusifs. Ils servent des buts différents tout en étant dirigés vers un objectif commun : résoudre les conflits en temps opportun, d'une façon satisfaisante et efficace. Les juges président la médiation à l'intérieur du système judiciaire étatique. Les médiateurs privés interviennent généralement à un stade moins avancé du processus conflictuel, de façon à résoudre et même prévenir les conflits avant que leur judiciarisation ne devienne la seule issue possible¹⁸.

L. C.-L. – Les juges peuvent-ils des médiateurs efficaces ?

L. O. – Extrêmement efficaces ! Pour des raisons liées à la fois à la perception des justiciables et aux compétences des juges, ces derniers se révèlent être des acteurs de premier plan dans la résolution négociée des litiges. La perception de la fonction judiciaire comme revêtant les attributs de l'impartialité et de l'indépendance est déterminante puisqu'elle confère aux juges un degré supérieur d'autorité morale et contribue à la qualité du processus. L'usage de cette autorité morale constitue cependant un exercice délicat : le consentement des parties est l'un des fondements de la médiation judiciaire et les juges médiateurs doivent se garder d'utiliser leur position privilégiée pour infléchir le consentement à la médiation ou à l'en-

¹⁷ Cette mesure vient répondre à une demande du Conseil des ministres de l'Union européenne qui souhaite qu'une liste de médiateurs soit établie avant 2018 dans tous les pays membres (décision du 6 juin 2014).

¹⁸ Cette médiation privée est l'équivalent de ce que nous appelons en France la médiation et la conciliation conventionnelles (régies par C. pr. civ., art. 1530 s.) ainsi que la procédure participative, également applicable à la matière prud'homale depuis la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015. V. C. pr. civ., livre V (art. 1528 s.) intitulé « La résolution amiable des différends ».

tente venant clore le litige. De plus, dans l'exercice de sa fonction, le juge médiateur évolue dans un couloir plus étroit que le médiateur privé puisqu'il ne peut lier la cour par ses prises de position ni altérer le déroulement du débat contradictoire advenant en cas d'échec de la médiation. Sa connaissance approfondie du dossier (procédure, preuve documentaire et jugement) lui permettra d'évaluer le bien-fondé des prétentions respectives des parties dans une perspective de compromis plutôt que de décision.

Au-delà des perceptions des parties, les juges apportent au processus de médiation des qualités et compétences qui font d'eux des médiateurs efficaces. D'abord, les juges ont une expérience directe dans la gestion des conflits et l'expression des mécontentements. Ensuite, l'institutionnalisation de la médiation judiciaire a permis de développer et d'offrir aux juges des formations de pointe en matière de négociation assistée¹⁹. Ces formations permettent aux juges de faire la transition entre le processus décisionnel et la médiation. Ce ne sont pas des juges décideurs qui facilitent la négociation des parties, mais bien des juges médiateurs chevronnés qui maîtrisent les habiletés de communication propres aux médiateurs professionnels. La différenciation des rôles est enseignée et pratiquée à travers la simulation et la démonstration.

Finalement, l'indépendance de l'institution judiciaire, l'impartialité des juges, leur connaissance approfondie du droit et des conflits, leur mission traditionnelle de disposer des litiges et de rendre justice, expliquent pourquoi le juge médiateur jouit, auprès des parties, d'une forte autorité morale. Cette autorité indispensable pour être un juge médiateur efficace est fonction aussi de la personnalité, de l'expérience et de l'ancienneté du juge. Il existe ici une différence importante entre le système d'éducation français qui permet d'accéder à la magistrature très jeune (avant 30 ans) alors qu'au Québec on ne peut devenir juge qu'après plusieurs années de carrière dans une autre activité (avocat, universitaire...) et rarement avant l'âge de 45 ans. En toute hypothèse, faire intervenir directement les juges à titre de médiateurs et ce tout au long de la chaîne judiciaire constitue une véritable révolution dans la manière de rendre la justice. Intégrer la médiation au système de justice étatique constitue indéniablement une avancée majeure dans la refondation de la justice²⁰.

L. C.-L. – La majorité des juges français sont fermés à cette perspective, considérant qu'il n'entre pas dans leurs fonctions de faire de la médiation qui constitue selon eux une activité différente et à part. Au demeurant, lorsque les juges sont ouverts à élargir leurs fonctions au-delà du règlement juridictionnel des litiges, le mot utilisé par les textes qui les y invitent est plus souvent celui de « conciliation » que de « médiation ». Beaucoup de débats en France tournent autour de cette distinction entre conciliation et médiation et s'y enlisent ! Si l'article 21 de la

loi du 8 février 1995 qui définit la médiation (v. *supra*) insiste sur le processus qui permet de régler amiablement un différend « quelle qu'en soit la dénomination », les autres textes suggèrent plutôt de faire la distinction, ne serait-ce que par l'établissement de régimes juridiques différenciés. Cela étant, un mot est souvent mis à la place de l'autre et, au final, le droit du règlement amiable en France manque de lisibilité, ce qui n'est pas de nature à faciliter le déploiement de cette nouvelle offre de justice. Qu'en est-il au Québec ?

L. O. – Nous avons eu les mêmes débats sémantiques. Il faut désormais se détacher des appellations archaïques qui ne devraient plus avoir cours aujourd'hui. La médiation est un terme générique qui recouvre les différents modes de règlement amiable (nous parlons chez nous du *continuum* des modes de prévention et de règlement des différends [PRD]) et englobe tant la conciliation que la facilitation. Ces modes de règlement des conflits et des litiges ont en commun un processus, et surtout leur objectif : ouvrir la voie à des solutions de justice participative qui redonnent aux justiciables, à l'aide d'un tiers qui fait autorité, le pouvoir de résoudre leurs propres différends.

Nous utilisons également l'expression « conciliation judiciaire » pour parler de médiation. Il existe même à la cour du Québec et à la Cour supérieure un système analogue appelé « conférence de règlement à l'amiable ». Qu'est-ce que tout cela ? À toutes fins utiles : la même chose. De manière historique, la conciliation se rattache par essence au procédé de résolution des litiges à l'intérieur d'une institution. Le choix de la dénomination « conciliation » plutôt que « médiation » vient simplement marquer la différence entre la médiation extrajudiciaire et la médiation judiciaire réalisée par des juges dans le cadre d'une instance judiciaire. En fait, les deux termes recouvrent la même réalité dans la qualité de l'intervention, mais participent d'un contexte institutionnel différent. Toutefois, il est temps aujourd'hui, à l'instar d'un courant mondial, d'harmoniser les termes afin de les simplifier. Au Québec, la médiation judiciaire s'entend de la médiation effectuée par les juges à l'intérieur de leur institution alors qu'ils ont la saisine judiciaire d'un litige. Toutes les autres situations constituent, selon moi, de la médiation extrajudiciaire.

V. — QUELLE ÉTHIQUE POUR LES JUGES MÉDIATEURS ?

L. O. – Le processus de médiation judiciaire revêt une dimension éthique qui diffère sensiblement de celle qui caractérise le processus décisionnel. Les acteurs qui y participent sont appelés à jouer des rôles plus dynamiques qui les éloignent de la zone de confort à laquelle ils sont traditionnellement habitués. Pour les juges en particulier, la médiation les rapproche des parties dans un espace de proximité propice au dialogue utile. De fait, le juge médiateur exerce un rôle beaucoup plus actif que son rôle de décideur qui est, par essence, réactif. Par définition, le processus de médiation amène les juges à se rapprocher davantage des parties au litige et de leurs avocats que ce qu'ils ne feraient dans le cadre du processus décisionnel. De plus, ce lien s'établit dans un environnement contex-

¹⁹ J.-F. Roberge, *Could judicial mediation deliver a better justice ? Supposing we trained judges as experts ?*, Rev. d'arbitrage et de médiation, 2010-11, 1-46.

²⁰ L'on doit le terme « refondation de la justice » à la professeure Louise Lalonde de la faculté de droit de l'université de Sherbrooke qui a conçu les premiers travaux théoriques sur médiation judiciaire créée au Québec en assistant Louise Otis dans la conception des premiers programmes de formation des juges.

tuel où les règles de conduite et les frontières d'intervention ne sont pas expressément définies. Les rencontres en caucus (discussions privées avec une seule des parties), le dévoilement d'informations confidentielles, les échanges téléphoniques et les courriels initiés par les parties sont susceptibles de faire naître des dilemmes éthiques tant pour le juge médiateur que pour les avocats²¹.

Si le contexte législativement défini du système classique procure, en apparence, une protection éthique étanche, il est intéressant d'observer que les juges médiateurs sont très rarement interpellés en déontologie judiciaire (depuis 1997, aucun juge médiateur au Québec n'a fait l'objet d'une sanction pour manquement aux principes généraux de déontologie qui les régissent). Pourquoi ?

La souplesse et la vitalité qui caractérisent l'intervention en médiation ne peuvent s'accommoder de règles éthiques et immuables. Voilà pourquoi la médiation judiciaire s'est développée au Québec à l'aune d'une politique sophistiquée de vigilance éthique qui garde le processus sous le contrôle étroit du juge médiateur qui doit bien sûr être impartial. Celui-ci protège l'intégrité du système médiationnel en veillant sur le respect de trois principes éthiques fondamentaux : la confidentialité, l'autonomie des parties et l'équité du processus.

La garantie de confidentialité est le fondement de la médiation judiciaire. Nos règles éthiques assurent aux parties que les échanges en salle de médiation sont entièrement confidentiels, ce qui fait de la salle de médiation un environnement sûr : « Tout ce qui est dit, écrit ou fait au cours de la conférence est confidentiel »²². C'est l'assurance de la totale confidentialité qui amène les parties à la médiation judiciaire en leur donnant confiance dans le processus²³.

L'autonomie des parties est également un principe important. Par son autorité morale, son statut et sa connaissance du droit, le juge médiateur peut facilement

influencer la décision des parties et de leurs avocats. C'est la raison pour laquelle il doit se retenir d'exprimer son opinion sur le bien-fondé du litige. Son rôle est de faciliter et de favoriser l'autonomie des parties, mais non de décider du litige. Sauf circonstances particulières où il peut donner son avis de manière incidente à la demande expresse des parties, il est de règle de ne pas influencer le consentement des parties. Bien sûr, le rôle privilégié du juge médiateur, comme facilitateur neutre, lui permettra – au moment – de présenter aux parties des options de solution. Toutefois, la responsabilité de la décision repose entièrement sur les parties.

Enfin, l'équité du processus impose d'identifier les dynamiques de domination et de contrôle dès le début du processus afin d'éviter que la solution obtenue par la médiation ne reproduise ou ne renforce les problèmes qui ont initialement donné naissance au conflit, par exemple le déséquilibre du rapport de force qui laisse une partie sans pouvoir réel de négociation, comme dans certains conflits du travail.

Il faut enfin relever qu'au Canada la formation et l'entraînement des juges médiateurs passent par la mise en situation des dilemmes éthiques qui ne sont pas toujours faciles à identifier, ni à gérer. Fort de ces principes, le système québécois a fait la preuve de son dynamisme et de son effectivité au regard de l'éthique de la médiation judiciaire.

CONCLUSION

Les juges québécois ont réussi à créer une nouvelle façon d'aborder la résolution des litiges à l'intérieur des institutions formelles de justice. Comme pour tout processus qui s'oppose à un paradigme fermement établi, il a fallu prendre appui sur de nouveaux modes de pensée et s'écarter du présupposé selon lequel le processus juridictionnel constitue la règle et les autres modes de résolution des conflits l'alternative ou l'exception. L'objectif demeure le même : résoudre les conflits juridiques d'une façon juste, complète et efficace. La médiation judiciaire offre une autre façon d'y parvenir qui peut s'intégrer complètement au système de justice formelle, mais qui tempère – dans les cas qui s'y prêtent – sa rigidité et son formalisme. ■

21 L. Otis et C. Rousseau-Saine, Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion, in N. G. Ziadé, M. A. Raouf et P. Leboulanger (dir.), *Festschrift Ahmed Sadek El-Kosheri, From the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Kluwer Law International, 2015. 121.

22 Art. 163 du code de procédure civile : « La conférence est tenue en présence des parties et, si elles le souhaitent, de leurs avocats. Elle a lieu à huis clos, sans frais ni formalités. La conférence ne suspend pas le déroulement de l'instance, mais le juge qui la préside peut, s'il l'estime nécessaire, modifier le protocole de l'instance pour en tenir compte. Tout ce qui est dit, écrit ou fait au cours de la conférence est confidentiel ».

23 L. Otis, C. Rousseau-Saine et E. H. Reiter, *Confidentiality in Judicial Mediation, in The multi-tasking Judge : Comparative Judicial Dispute Resolution*, Australie, Thomson Reuter, 2013, chap. 10 ; <http://louiseotis.com/mediation/>