

Les modes alternatifs de résolution des conflits



Marie Dupont | Virginie Luise | Caroline Muraille | Caroline Quoilin

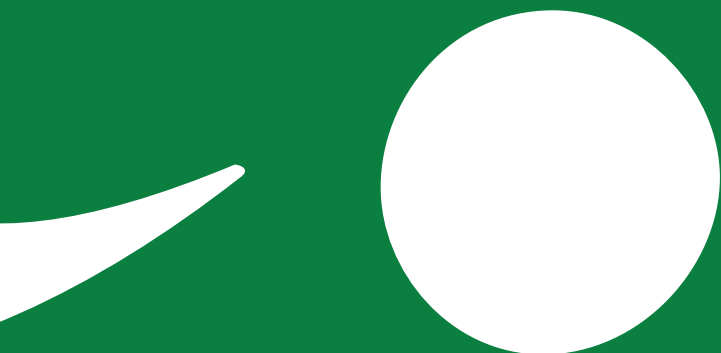
SUPPORT DE COURS POUR LA FORMATION INITIALE

AVOCATS.BE

Juin 2020



Les modes alternatifs de résolution des conflits



Sommaire

1. Introduction	7
1.1. Le rôle de l'avocat (article 444 du Code judiciaire) au XXI^{ème} siècle et changement de paradigme¹	7
1.1.1. Évolution du rôle de l'avocat	7
1.1.2. Le changement de paradigme	8
1.1.3. Le rôle de l'avocat	9
1.1.4. Les différents modes de règlements des conflits	10
1.2. Le premier entretien ou comment déterminer, avec le client, le mode adéquat de règlement du litige	11
1.3. Catalogue des modes de résolution des conflits	12
2. Analyse des différents MARC	18
2.1. La médiation	18
2.1.1. La loi de 2005 modifiée en 2018	19
A. LA LOI DE 2005	19
B. LA LOI DE 2013	20
C. LA LOI DE 2018	22
2.1.2. Information déontologique et légale pour les avocats	23
2.1.3. Article 1723/1 du Code judiciaire : définition de la médiation	23
2.1.4. Pour quels types de litige la médiation est-elle recommandée ?	24
2.1.5. Clause de médiation (article 1725 Code judiciaire) et proposition de médiation (article 1730)	25
A. CLAUSE DE MÉDIATION	25
B. PROPOSITION DE MÉDIATION	26
2.1.6. La Commission fédérale de médiation (article 1727 et suivants)	26
2.1.7. La médiation judiciaire/extrajudiciaire	28
A. LA MÉDIATION EXTRAJUDICIAIRE	28
B. LA MÉDIATION JUDICIAIRE	28
2.1.8. Les caractéristiques de la médiation (articles 1728 et 1729 du Code judiciaire)	29
A. LA CONFIDENTIALITÉ	29
B. LE CARACTÈRE VOLONTAIRE DE LA MÉDIATION	30
C. INDÉPENDANCE, IMPARTIALITÉ ET NEUTRALITÉ DU MÉDIATEUR	30
2.1.9. Les grandes étapes du processus de médiation	31
A. LE PRÉALABLE	31
B. L'IMPLÉMENTATION (PREMIÈRE SÉANCE ET SIGNATURE DU PROTOCOLE)	31
C. LES DIFFÉRENTES PHASES D'UNE MÉDIATION	32
D. L'ACCORD DE MÉDIATION	33
2.1.10. Le rôle de l'avocat conseil en médiation au cours de différentes phases	35
A. PRÉALABLE	35
B. LORS DE L'IMPLÉMENTATION (AVANT LA PREMIÈRE SÉANCE)	35
C. INSTALLATION	37
D. LA PHASE DE NARRATION : LES FAITS	38

E. LA PHASE DE DÉVELOPPEMENT : INTÉRÊTS/BESOINS	38
F. LA PHASE DES OPTIONS	39
G. LES SOLUTIONS	39
H. TABLEAU RÉCAPITULATIF : RÔLE DE L'AVOCAT EN PROCÉDURE/ EN MÉDIATION	40
I. UNE DERNIÈRE REMARQUE	40
2.1.11 Le rôle des tiers appelés à participer à une médiation	41
A. LES TIERS SPÉCIALISTES	41
B. LES TIERS INFLUENTS	42
C. LES TIERS CONCERNÉS	42
2.2. Le droit collaboratif	43
2.2.1 La loi du 18 juin 2018	43
2.2.2. La formation et la déontologie de l'avocat collaboratif	43
2.2.3 Initiative du processus	44
2.2.4 Les principes fondamentaux du droit collaboratif	45
2.2.5. Les étapes du processus	46
2.2.6 Le protocole	46
2.2.7 Le rôle des tiers	46
A. LE STATUT DES RAPPORTS D'EXPERTS	46
B. LES TIERS INFLUENTS ET CONCERNÉS	47
2.2.8 La rédaction de l'accord et sa mise en œuvre	47
2.3. L'arbitrage	47
2.3.1. Les litiges qui peuvent être réglés par voie d'arbitrage	48
2.3.2. L'effet d'une convention d'arbitrage	48
2.3.3. Les principes essentiels de l'arbitrage	49
2.3.4. La sentence arbitrale et les recours	50
2.3 La conciliation, tierce decision obligatoire et l'ombudsman	51
2.3.1 Principes	51
A. LE JUGE DE PAIX	52
B. LE TRIBUNAL DE LA FAMILLE	52
C. LE TRIBUNAL DU TRAVAIL	52
D. LE TRIBUNAL DE L'ENTREPRISE	53
E. LA CONCILIATION MENÉE PAR LES EXPERTS	53
F. LA TIERCE DÉCISION OBLIGATOIRE	53
G. L'OMBUDSMAN	54
3. Conclusion	55
Pour en savoir plus bibliographie non exhaustive	56
ARBITRAGE	56
DROIT COLLABORATIF	56
MÉDIATION	56
DIVERS	57
SITES INTERESSANTS	57

1. Introduction

1.1. Le rôle de l'avocat (article 444 du Code judiciaire) au XXI^{ème} siècle et changement de paradigme¹

1.1.1. ÉVOLUTION DU RÔLE DE L'AVOCAT

L'avocat est traditionnellement défini comme un « *auxiliaire de justice qui conseille, assiste et représente ses clients en justice* ». ²

Le rôle de l'avocat du XXI^{ème} siècle est pourtant loin de se limiter à ses deux missions traditionnelles et fondamentales que sont le conseil et la défense du client.

Sans même parler des « *nouvelles* » activités entrant dans le périmètre de la profession (not. syndic ou lobbyiste), aujourd'hui, l'avocat est tour à tour conseiller juridique, conseiller stratégique, accompagnateur, porte-parole, négociateur, mandataire, médiateur/conciliateur, plaideur, tiers décideur, arbitre, etc.

Cette évolution du rôle de l'avocat, dont les missions ont été peu à peu élargies, s'accompagne d'un changement de posture dans le cadre de la gestion des conflits (tout spécialement en matières civiles/familiales/sociales/commerciales) et lui impose désormais de disposer de bien d'autres compétences que les seules compétences juridiques (utilement développées au fur et à mesure qu'il accumulera de l'expérience de terrain).

Auparavant, l'avocat était surtout un plaideur. L'objectif était de convaincre le juge grâce à une rhétorique basée sur les preuves, les droits et les obligations. On attendait de lui qu'il soit un « *pitbull* », un « *gladiateur* » et il n'était pas rare qu'on le voit comme un menteur prêt à tout pour gagner. Les avocats eux-mêmes, face à l'image de ce que l'on attendait d'eux, avaient tendance à adopter des réflexes guerriers. Il faut battre son adversaire qui, de toute façon, déforme tout, n'a rien compris, est autant de mauvaise foi que son client et/ou plaide contre les pièces du dossier.

Aujourd'hui, ce que le client attend de son avocat n'est pas de gagner coûte que coûte (et peu importe le temps et le coût que cela pourrait représenter) mais de lui trouver une solution qui soit la plus satisfaisante possible.

Le vieux réflexe qui visait à résoudre systématiquement tous les litiges en justice et à citer d'abord pour (éventuellement) discuter ensuite, est d'un autre âge.

1. Cette partie du syllabus s'est largement inspirée du cours CAPA sur les Modes alternatifs de règlement des conflits donné auparavant à Bruxelles par Me Patrick Van Leynseele.

2. Le petit Larousse Illustré, Paris, Larousse, 2002.

Aujourd'hui, l'avocat se doit donc d'examiner, préalablement à toute action menée au nom du client, quel est le mode de résolution du conflit qui est le plus adapté au client en fonction de ses objectifs, du contexte dans lequel le litige s'inscrit, des contraintes en terme de temps ou d'argent, etc.

Ce n'est qu'au terme de cet examen qu'il y aura lieu de décider si le litige doit être tranché par les tribunaux de l'Ordre judiciaire ou s'il est préférable de (tenter de) le résoudre autrement soit par un mode amiable de résolution des conflits (médiation, droit collaboratif, conciliation, négociation, etc.) soit par un mode contraignant extra-judiciaire (arbitrage ou tierce décision obligatoire).

1.1.2. LE CHANGEMENT DE PARADIGME

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 juin 2018³, le recours aux tribunaux n'est plus considéré par le législateur que comme un « *plan B* » : les affaires ne doivent être portées devant les tribunaux qu'après échec des tentatives de résolution amiable. Les juges peuvent, du reste, vérifier que tel aura bien été le cas.

En conséquence, l'obligation déontologique de l'avocat d'informer son client des différents modes extra-judiciaires de résolution des conflits et de tenter de trouver un accord amiable est devenu une obligation légale (article 444 al. 2 du Code judiciaire introduit par la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, M.B. 2 juillet 2018).

L'article 444 al. 1 et 2 du Code judiciaire dispose que :

« Les avocats exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité. Ils informent le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges. S'ils estiment qu'une résolution amiable du litige est envisageable, ils tentent dans la mesure du possible de la favoriser ».

Le respect de cette obligation est par ailleurs soumis à une forme de « *contrôle* » judiciaire puisque le juge pourra interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable et les informer des possibilités d'en encore résoudre leur litige à l'amiable en ordonnant éventuellement leur comparution personnelle (art. 730/1 du Code judiciaire).

Même plus : le juge pourra également ordonner qu'une médiation soit tentée. Il peut le faire soit d'office (sauf opposition de toutes les parties) en début de procédure, soit à la demande d'au moins une des parties à tout moment de la procédure, après les avoir entendues (art. 1734 al. 1er du Code judiciaire).

Dorénavant, la logique est donc inversée : la loi impose au juge de favoriser, en tout état de la procédure, un mode de résolution amiable des litiges (art. 730/1 du Code judiciaire), de sorte que le Code judiciaire envisage la procédure judiciaire comme une alternative après l'échec de tentatives amiables. Les cours et tribunaux ont vocation à inciter les parties à trouver elles-mêmes un accord et trancheront uniquement les litiges que les parties ne seront pas parvenues à résoudre à l'amiable.

Une partie qui refuserait de rechercher un accord amiable pourrait même être condamnée aux dépens (et notamment à devoir payer une indemnité de procédure) alors même que le juge lui donne raison sur le fond du dossier (article 1022 du Code judiciaire).

Ce changement de paradigme n'est pas une spécificité belge. A l'étranger aussi, le législateur impose aux parties de commencer par tenter de résoudre leur litige de manière amiable et de ne s'adresser aux tribunaux que si elles ne sont pas parvenues à s'accorder.

Ainsi par exemple, en France, un décret du 11 mars 2015 prévoit que « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution du litige* ». Ce principe se retrouve également en droit anglais et italien.

L'avocat n'est plus seulement un spécialiste du droit et des procédures mais doit être un expert en résolution de conflit. Il se doit d'être un solutionneur de problèmes.

« Ceux parmi nous qui refuseront d'adapter leurs méthodes d'intervention et de les étendre au-delà de l'accompagnement de leurs clients dans les conflits vont, dans la décennie à venir, avoir des difficultés à survivre »⁴

1.1.3. LE RÔLE DE L'AVOCAT

L'ANCIEN AVOCAT ⁵	L'AVOCAT DU XXI ^{ÈME} SIÈCLE
Il sait ce qu'il faut faire	Il écoute le client
C'est un expert juridique	C'est un entrepreneur du droit
Il exprime les souhaits du client	Il satisfait les besoins du client
Il menace	Il prévient
Il défend des positions	Il rencontre des intérêts
Il parcourt des chemins connus	Il crée de nouvelles voies
Il est orienté procédure/process	Il est orienté résultat/solution
Il a une vision unique	Il a une vision kaléidoscopique
Il veut gagner	Il veut créer de la valeur ajoutée

4. Richard Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services* (2008).

5. Source: Michael Leathes, based on Richard Susskind *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*

1.1.4. LES DIFFÉRENTS MODES DE RÈGLEMENTS DES CONFLITS

- Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire
- Arbitrage (avec ou sans amiable composition)
- Tierce décision obligatoire
- Expertise technique
- Conciliation judiciaire
- Ombudsman (p.ex. ombudsman des assurances, médiateur de l'énergie, etc.)
- Médiation
- Droit collaboratif
- Conciliation
- Facilitation
- Avis neutre (non binding opinion)
- Négociation
- Médiation-Arbitrage (« *Med-Arb* »)
- Arbitrage-Med (« *Arb-Med* »)

Et bien qu'on ait tendance à l'oublier, les conflits peuvent aussi se résoudre par :

- L'abandon/le refus de l'affrontement (mise en perte et profit)
- Le pile ou face
- La choix par un tiers de la meilleure dernière offre des parties
- Etc.

Traditionnellement, les MARCS désignent l'ensemble des Modes Alternatifs à la justice judiciaire.

Dorénavant, dans le cadre d'une démarche plus constructive, les MARCS visent à rechercher le **M**ode **A**pproprié de **R**ésolution du **C**onflit.

L'avocat doit aider son client à choisir le mode de résolution du conflit qui convient le mieux :

- ▷ Avec ou sans l'intervention d'un tiers ;
- ▷ Dans un cadre consensuel ou contraignant ;
- ▷ Dans un cadre confidentiel ou non ;
- ▷ Par une analyse des droits/obligations ou en termes de besoins & intérêts ;
- ▷ Etc.

1.2. Le premier entretien ou comment déterminer, avec le client, le mode adéquat de règlement du litige

Dès la première entrevue avec le client, la posture de l'avocat est déterminante.

Guidé par l'obligation déontologique et légale d'informer le justiciable des modes de résolution amiable des litiges et de les favoriser, l'avocat analysera lors du premier rendez-vous avec son client toutes les voies possibles pour solutionner le litige.

A cet effet, le premier entretien se structurera de façon analogue au processus de négociation raisonnée (mis en œuvre en médiation et droit collaboratif), à savoir quatre phases successives :

- La narration (récit des difficultés du client) ;
- La définition des besoins (recherche de ce qui est important) ;
- La description des options (présentation des différents modes de résolution du conflit) ;
- La prise de décision (choix de la voie de résolution la plus appropriée).

La première approche implique une écoute totale du client en lui laissant une place centrale. Cela implique que l'avocat soit entièrement disponible en étant concentré, en aménageant le temps adéquat pour la consultation (la durée normale d'une première consultation oscille entre 1h00 et 1h30 pour être efficace d'emblée et gagner un temps précieux par la suite).

Ecouter activement, signifie entendre ce que le client exprime en reformulant ses propos, posant des questions complémentaires ouvertes et en identifiant ses besoins réels et les émotions générées par le litige.

L'avocat attentif sera amené à recueillir tous les éléments essentiels du conflit en se déconnectant du conflit lui-même : il sera déterminant de contextualiser les événements et d'analyser l'historique de la situation ou de la relation.

Lors de cet entretien, il sera fondamental de permettre au client d'exprimer ce qui est primordial à ses yeux pour gérer les difficultés qu'il rencontre.

Selon qu'il évoquera l'importance d'être intransigeant ou au contraire de conserver un (certain) dialogue pour préserver la relation ou qu'il exprimera le besoin qu'un tiers décide (de lui donner raison) sans envisager de dialogue, ou encore qu'il vous fera part d'une urgence impérieuse à solutionner le conflit, votre analyse de ses besoins vous guidera tantôt vers les modes alternatifs tantôt vers la voie judiciaire ou arbitrale.

En troisième lieu, il reviendra à l'avocat de présenter au client, en lien avec le litige et les besoins exprimés, les différentes modes de résolution qui s'offrent à lui. Le panel sera abordé avec le client non sur le fond du litige mais en fonction de ce que chaque

mode présente comme aspect positif ou contre-indication au regard de sa situation et de ses priorités.

A l'issue de ces trois phases, il reviendra au client de décider, en connaissance de cause, après un délai de réflexion durant lequel il est utile de lui remettre les informations liées aux modes de résolution envisagés (prospectus, site web, ...). L'avocat aura à l'esprit d'identifier d'éventuels tiers référents, leur rôle ou influence sur le choix du mode de règlement, et surtout, de redonner au client la pleine maîtrise de sa décision et de sa démarche qu'elle soit judiciaire ou alternative.

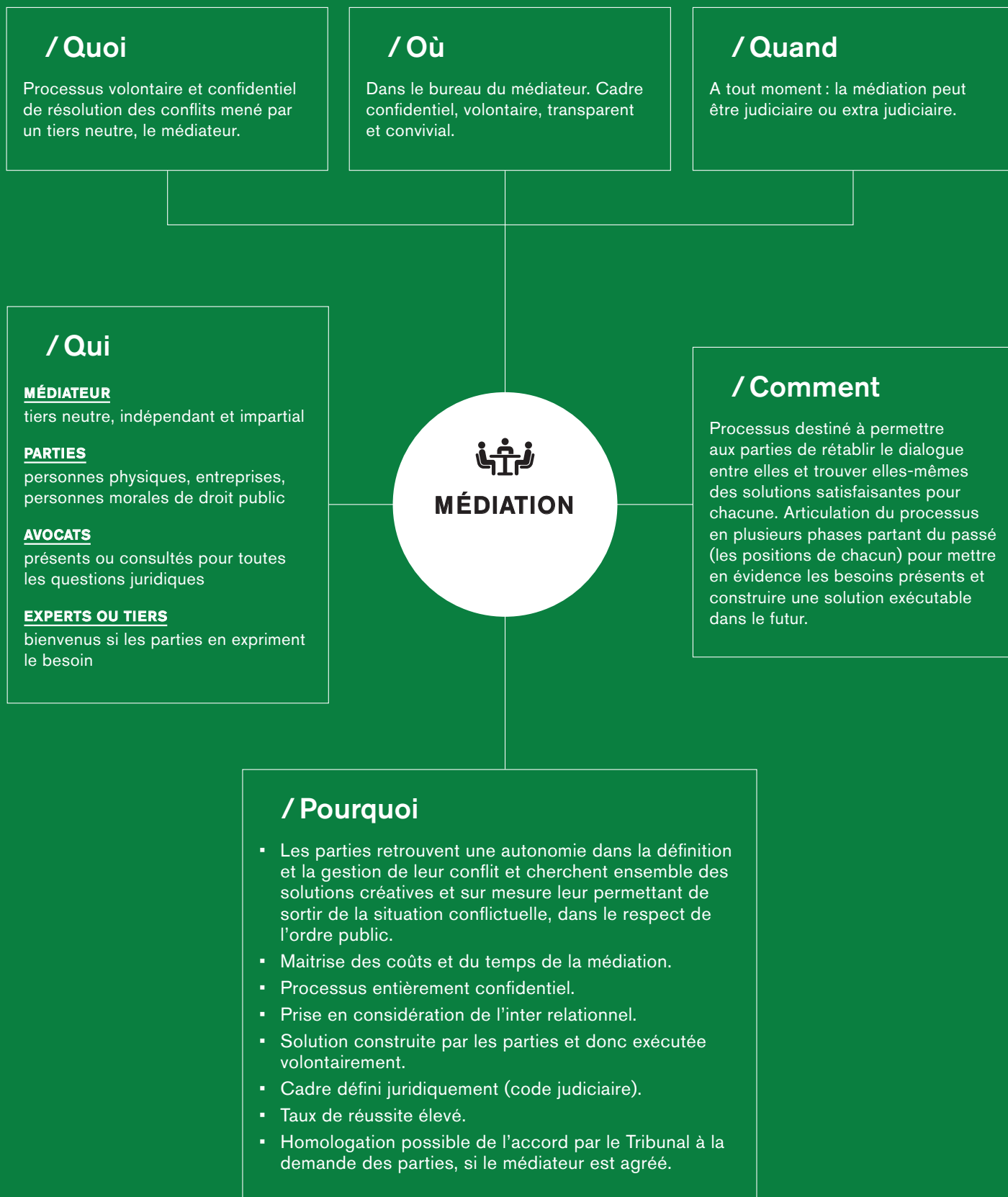
L'avocat aura égard à ne pas donner, lors de ce premier entretien, une consultation juridique péremptoire qui aurait pour effet de cliver les parties dans leurs positions respectives et exclurait toute possibilité d'envisager un mode amiable de règlement du litige. Il est d'autant plus délicat de pratiquer de la sorte qu'un seul entretien ne permet pas de connaître l'ensemble des éléments dont dispose le client ou qu'il peut mettre à la disposition de son conseil. L'avocat restera également attentif au fait qu'à ce stade le point de vue de l'adversaire et toute la complexité des relations entre parties lui sont encore inconnus.

Le rôle de l'avocat lors du premier entretien avec le client est un travail d'analyse minutieux (en consacrant une attention particulière et le temps adéquat) pour définir le mode le plus adéquat pour régler son litige.

1.3. Catalogue des modes de résolution des conflits

Pour vous familiariser en quelques mots avec les MARC, vous trouverez ci-dessous une présentation sous forme de mindmap des 5 MARC les plus courants :

- La médiation ;
- Le droit collaboratif ;
- La négociation ;
- la conciliation ;
- l'arbitrage.



/ Quoi

Processus de négociation volontaire et confidentiel, permettant aux parties de dégager un accord mutuellement acceptable et durable, avec l'aide de leur avocat.

/ Où

Dans le bureau des avocats, en alternance. Ou tout autre lieu choisi conjointement.

/ Quand

A tout moment : avec suspension de la procédure judiciaire éventuelle

/ Qui

PARTIES

personnes physiques, entreprises, personnes morales de droit public

AVOCATS

spécialement formés au processus afin de permettre aux parties de négocier dans un climat loyal, de confiance, humain et transparent

EXPERTS OU TIERS

bienvenus si les parties en expriment le besoin

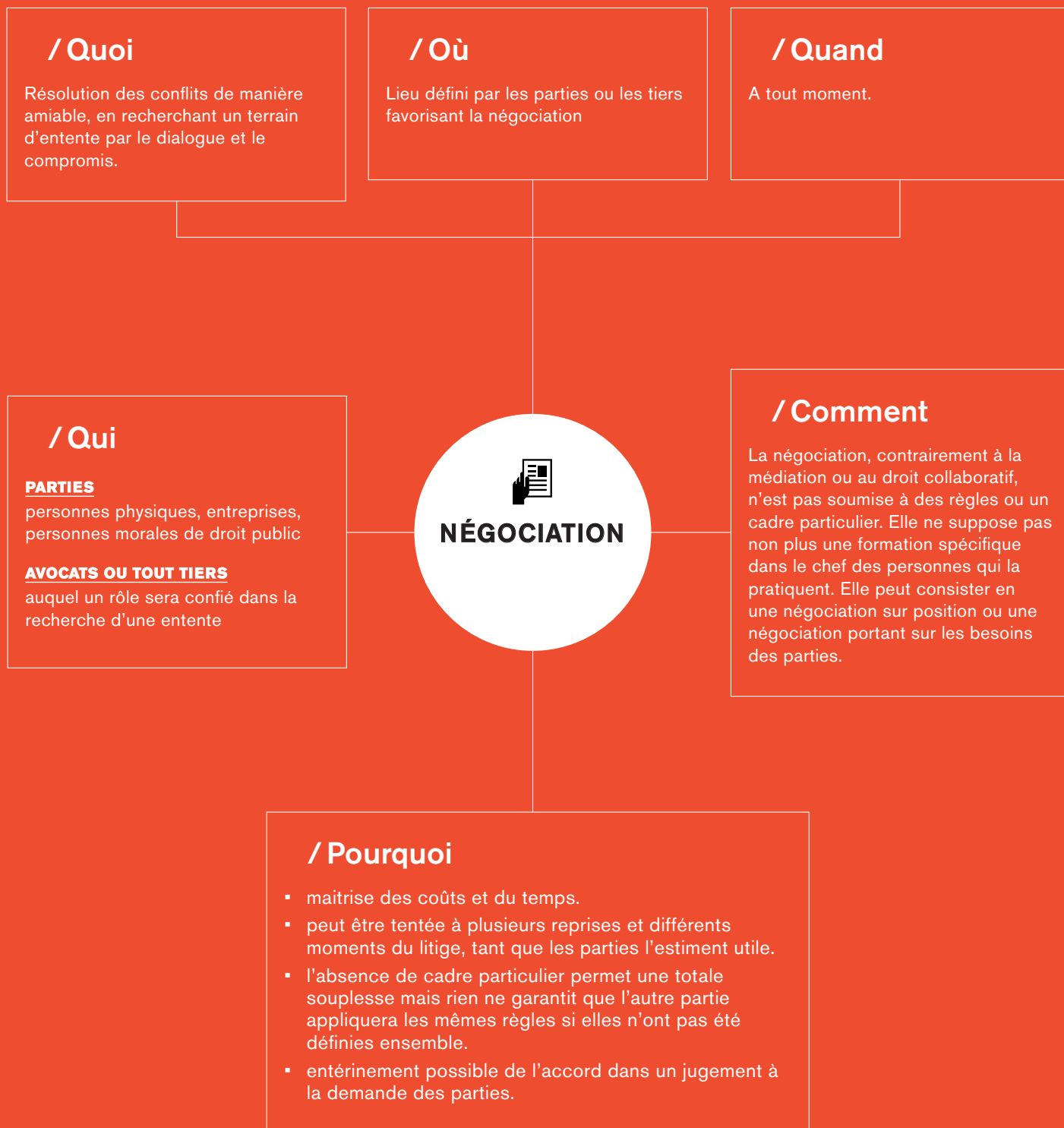


/ Comment

Les avocats collaboratifs œuvrent ensemble avec les parties pour permettre aux parties de retrouver une meilleure communication et s'engagent, en cas d'échec du processus, à ne pas prendre en charge la phase contentieuse du dossier.

/ Pourquoi

- les parties soutenues et accompagnées par leur avocat cherchent des solutions créatives et sur mesure leur permettant de répondre aux priorités de chacun, dans le respect de l'ordre public.
- maîtrise des coûts et du temps du processus.
- climat de confiance et sécurité instauré par le retrait de l'avocat en cas d'absence d'accord.
- processus entièrement confidentiel.
- prise en considération de l'inter relationnel.
- solution construite par les parties et donc exécutée volontairement.
- Cadre défini juridiquement (code judiciaire)
- taux de réussite élevé.



/ Quoi

Résolution des différends en tout ou en partie en faisant appel à la conciliation par un tiers spécialisé dans un domaine de compétence particulier.

/ Où

Lieu défini par les parties ou les tiers. La conciliation judiciaire se passe au Tribunal.

/ Quand

A tout moment.

/ Qui

PARTIES

personnes physiques, entreprises, personnes morales de droit public.

TIERS

indépendant et spécialisé qui va jouer un rôle actif pour aider les parties à se départager.

JUGE

peut dans certaines procédures remplir le rôle de conciliateur



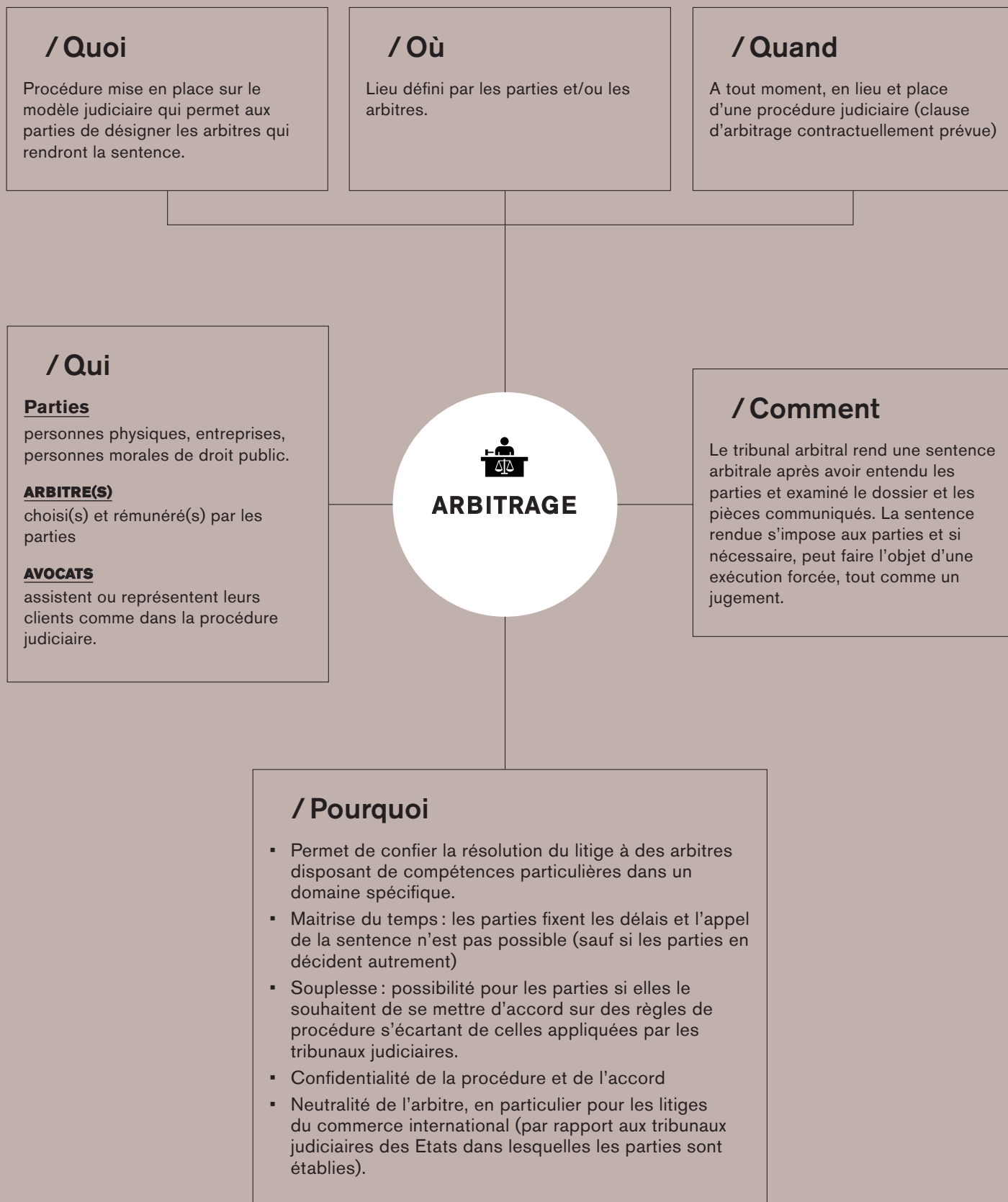
CONCILIATION

/ Comment

Les parties définissent précisément la nature de l'intervention du ou des conciliateurs et notamment si la mission est confidentielle ou non, si elle porte sur certains points de vue différents ou sur tous les points, etc.... Les parties attendent du conciliateur qu'il propose d'initiative des options ou des solutions de règlement.

/ Pourquoi

- maîtrise des coûts et du temps, sauf si la mission confiée au conciliateur ne prévoit pas cette liberté des parties.
- l'absence de cadre particulier permet une totale souplesse mais il est nécessaire que les parties s'entendent au préalable pour définir précisément ce cadre.
- entérinement possible de l'accord dans un jugement à la demande des parties.



2. Analyse des différents MARC



2.1. La médiation

L'entretien

« Ils se sont assis

Sur leurs chaises distancées ils se repoussent encore

A l'affût de leurs peurs, ils se regardent haïr

Ils se sont assis

Cet homme ou cette femme qui les rejoint pourtant

Entraine un sourire sur leurs visages lourds

Et mêle la parole à ces rancunes sourdes

Pour les rendre possibles à ces instants croisés

Ils se sont assis

Ils lèvent leurs regards vers ce rectangle blanc

Où s'écrit leur chemin avant d'être éclaté

Où se marque leur lien à toujours demeuré

Où se nomme leurs fils cet enfant existé

Ils se sont assis

Se tournent pas à pas vers ce temps travaillé

Le prennent à corps de cœur pour en peser l'espace

Le mettent en mémoire pour en inventer mieux

Le savent devenir ouvrage de leurs choix

Ils se sont assis

Pour se quitter debout

Les mains libres de croire »⁶

2.1.1. LA LOI DE 2005 MODIFIÉE EN 2018

A. La loi de 2005

La loi du 21 février 2005 a modifié le Code judiciaire en insérant une septième partie intitulée: « la médiation » où les articles 1724 et suivants du Code judiciaire réglaient :

- Les matières pour lesquelles on peut recourir à la médiation ;
- Le principe de la suspension de l'examen de la cause, dès l'entame d'une médiation ;
- Les conditions pour devenir médiateur, sa formation continue ;
- L'institution d'une Commission fédérale de médiation ;
- Le caractère confidentiel du processus ;
- La différence faite entre la médiation judiciaire et la médiation volontaire ;
- Les juridictions devant lesquelles la médiation peut intervenir ;
- L'organisation de la médiation et le protocole de médiation ;
- L'homologation de l'accord de médiation.

Par la loi du 21 février 2005, la médiation a été « *institutionnalisée* ». Le législateur a créé une Commission fédérale de médiation, organe disciplinaire et d'agrément, composée de sous commissions correspondant aux trois grandes matières reconnues par la loi : familiale, civile et commerciale, sociale. Une véritable professionnalisation de la fonction de médiateur a été voulue puisque la loi impose au médiateur de suivre une formation reconnue et de poursuivre une formation continue pour obtenir et garder son agrément.

L'importance de l'agrément est certaine, puisque les accords conclus par un médiateur agréé peuvent être homologués par un Tribunal.

La médiation pouvait s'inscrire dans une procédure judiciaire et être ordonnée par jugement moyennant l'accord des parties. Durant le processus de médiation, les délais de procédure sont suspendus. La médiation pouvait aussi être volontaire et prenait naissance de par la seule volonté des parties en dehors de toute procédure.

Si la loi du 21 février 2005 a permis de favoriser le recours à la médiation, celle-ci reste très inégalement utilisée selon les arrondissements, selon les juridictions, selon la personnalité des magistrats.

Par la suite, des législations ponctuelles et variées ont rappelé au juge la nécessité de tenter de concilier les parties et de les informer sur l'utilité de recourir à la médiation ou d'autres systèmes de règlements amiables.

B. La loi de 2013

Avec l'instauration du tribunal de la famille⁷, le législateur a vu une opportunité de diffuser plus largement les modes de gestion amiable des conflits au sein des familles.

De l'exposé des motifs de la proposition de loi, il était indiqué sur la médiation proprement dite :

« Médiation, parce que la culture particulière de cette section veut s'inscrire dans la construction d'une action d'accompagnement du conflit familial en vue de sa pacification, en privilégiant les accords entre parties. Le recours à la médiation ou aux autres modes de règlements alternatifs de conflits y sera particulièrement recherché, tout en clarifiant les rôles et en privilégiant l'unicité et la rapidité des réponses données.

Ainsi, depuis 2005, tout juge saisi d'un litige peut, avec l'accord des parties, les envoyer en médiation et suspendre, pendant le processus de médiation, toute poursuite du dossier judiciaire pendant un délai de trois mois.

De même des médiations volontaires, hors cadre judiciaire, peuvent être menées par des médiateurs agréés, dont les accords de médiation pourront être homologués par le Tribunal sous réserve de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cependant, bien que les avantages de la médiation soient depuis longtemps reconnus par les magistrats et autres professionnels de la matière, celle-ci n'est que trop peu utilisée pour permettre aux personnes de trouver elles-mêmes des solutions à leurs conflits.

On peut voir dans cette timide utilisation de la médiation plusieurs causes : l'absence d'information concernant la médiation (75% des couples qui divorcent affirment ne pas avoir entendu parler de la médiation), l'information incomplète ou erronée, l'idée que la médiation va à contre-courant des mentalités, l'idée que la médiation va coûter trop cher.

La diffusion de la culture de la médiation est nécessaire au développement des voies amiables de résolution des conflits. Cette culture doit être partagée par l'ensemble des acteurs du monde judiciaire, magistrats, avocats, greffiers, huissiers de justice »⁸.

Ainsi, trois textes de la loi du 30 juillet 2013, traitent de la place conférée à la médiation familiale pour le règlement des litiges familiaux ;

- L'alinéa 4 de l'article 731 du Code judiciaire prévoit qu'en matière familiale « le tribunal de la famille doit à l'audience d'introduction, informer les parties de la possibilité de résoudre leur litige par le biais de la conciliation, de la médiation, ou de tout autre mode de règlement amiable des conflits » ;
- L'article 1253ter/1 du Code judiciaire vise toutes les causes relevant du tribunal de la famille et a été inséré dans les dispositions particulières de procédure applicable aux demandes relatives aux droits et devoirs qui naissent de ces relations familiales. Le greffe est obligé d'informer immédiatement les parties de la possibilité de recourir à la médiation – ou un autre

7. Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse entrée en vigueur le 1er septembre 2014.

8. Développements de la proposition de loi, Doc. Parl., Ch.repr., n°53-0682/001, p.9

mode de règlement amiable des conflits – en leur faisant parvenir une brochure d'information concernant la médiation et les renseignements concernant les séances d'information, permanences ou autres initiatives organisées dans l'arrondissement judiciaire afin de promouvoir la résolution amiable des conflits;

- Enfin, l'article 1253ter/3§1 du Code judiciaire, confie au juge un rôle actif. Dans les causes visées à l'article 1253ter/4§2a1,1 à 4 – résidence séparée, autorité parentale, droit d'hébergement et obligations alimentaires, lorsque les parties ne sont pas arrivées à un accord, le juge les entend sur leur litige et peut dans ce contexte, leur proposer encore d'examiner si une médiation ou une conciliation est possible.

Ainsi :

- il est parfois uniquement fait référence à un site internet sur la médiation ;
- l'information est fort théorique et non axée sur ce qui est pratiquement mis en place dans l'arrondissement judiciaire ;
- lorsque les affaires sont introduites par citation, le greffe omet de communiquer aux parties l'information à la réception de la citation au greffe.

L'information dispensée par le juge est également variable en fonction des juridictions et de la personnalité du magistrat lui-même.

Vous pourrez ainsi rencontrer différentes situations :

- En début d'audience, certains magistrats vont faire rentrer tous les justiciables et les avocats et vont, avant l'appel du rôle, donner une information collective; Cette information collective va soit porter sur l'existence des différents modes alternatifs de résolution des conflits, soit inviter les avocats à donner toutes les informations pratiques à leurs clients, soit insister sur leur rôle de juge qui sera de trancher une solution qui pourrait ne convenir à personne alors qu'une médiation permet de trouver une solution sur mesure, en fonction de leur vécu
- D'autres vont plutôt apporter une information plus personnalisée à la prise de chaque dossier, en initiant un mini débat avec les justiciables sur l'opportunité, les avantages de recourir à une médiation.

Quant aux pratiques mises en place, celles-ci varient également en fonction du tribunal. Vous pourrez ainsi rencontrer des situations où :

- une permanence « *médiation* » se tient au sein même du Palais de Justice. Les justiciables peuvent s'y rendre d'eux-mêmes ou à la demande du juge pour recevoir de simples informations, ou tenir avec le médiateur de permanence une première séance de médiation ;

- lors de l'appel du rôle, un médiateur se tient aux côtés du magistrat et présente lui-même brièvement les avantages de la médiation ;
- des magistrats imposent au minimum aux justiciables de rencontrer un médiateur avant que la procédure ne soit poursuivie et remettent à date rapprochée le dossier pour traitement en cas de non poursuite de la médiation ;
- lors d'une audience de plaidoiries, des juges, après avoir entendu les conseils et au vu des causes et des enjeux, invitent les parties à se diriger vers la médiation ou un autre mode de règlement amiable.

C.La loi de 2018

Depuis la loi de 2005, les initiatives du gouvernement s'inscrivent dans un vent extrêmement favorable pour décharger les magistrats.

En 2016, le ministre précisait : *« Tout le monde est d'accord sur le fait qu'il n'est pas nécessaire qu'un juge tranche un différend, s'il est possible que les parties trouvent une solution amiable d'où il s'ensuit que leur conciliation doit davantage être favorisée ».*

En 2017, il poursuivait : *« le règlement d'un litige par les cours et tribunaux doit servir de filet de sécurité lorsque toutes les autres solutions (amicales) ne sont pas possibles ou ne sont recommandées dans les circonstances données ».*

Dans l'article paru dans le Journal des Tribunaux le 1er décembre 2018⁹, Maître Patrick Van Leynseele indique que : *« Le rapport du ministre dans l'avant-projet indique clairement qu'il entend que les acteurs du monde judiciaire participent au mouvement de promotion des MARC'S. L'avocat doit informer, encourager la voie amiable, rétablir un dialogue entre les parties, les amener à conclure un accord tout en veillant à leur caractère équilibré ; le juge doit favoriser en tout état de la procédure une résolution amiable ». Et de poursuivre en précisant : « la « carotte » a été donnée avec la loi de 2005 (la confidentialité légale, le caractère exécutoire des accords, la suspension de la prescription..) comme cela n'a pas suffi, le gouvernement donne maintenant le « bâton » (la possibilité pour les juges d'imposer la médiation, voire de sanctionner les parties qui refusent d'envisager un mode de règlements amiables) ».*

Le 18 juin 2018, interviendra cette loi dont l'objectif premier est d'encourager, dans la mesure du possible, les modes amiables de règlement des conflits. L'ampleur de la réforme de la médiation est telle qu'elle devrait bouleverser le quotidien des praticiens.

Le législateur a ainsi voulu promouvoir les différents modes de règlement amiables des conflits, tout en veillant à bien les distinguer. Cela étant, la septième partie du Code judiciaire reste réservée à la médiation (dont la définition se retrouve malheureusement dans la sixième partie consacrée à l'arbitrage (sic!)).

Avant d'examiner les principales dispositions de cette septième partie du Code judiciaire, relevons que les principales modifications concernent les pouvoirs octroyés au magistrat qui peut dorénavant imposer d'office ou à la demande d'une des parties, la médiation lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre parties est possible.

L'article 1734 §1 al2 du Code judiciaire implique bien entendu d'avoir entendu les parties au préalable: «à une audience d'introduction, à une audience de remise à une date rapprochée ou à une audience fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit celui du dépôt des premières conclusions du défendeur».

L'article 1737§1al.2 précise que ce n'est que lorsque les deux parties s'y opposent que le juge ne peut imposer une médiation.

Le juge peut également choisir lui-même le médiateur et le désigner si les parties ne s'accordent pas sur celui-ci.

Remarque: les décisions visant à ordonner la médiation ou à choisir d'autorité un médiateur agréé en l'absence d'accord des parties sur ce point ne sont susceptibles d'aucun recours.

2.1.2. INFORMATION DÉONTOLOGIQUE ET LÉGALE POUR LES AVOCATS

Pour rappel, les avocats ont l'obligation déontologique et légale d'informer leurs clients sur les différents modes de résolution des conflits.

Depuis 2013, l'article 2.12 du Code de déontologie prévoit que: «Il est recommandé à l'avocat d'examiner avec ses clients, préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, la possibilité de résoudre leurs différends par le recours à la médiation, et de leur fournir, à cette occasion, toutes les informations qui leur permettront de bien apprécier l'intérêt de ce processus».

En outre, depuis la loi du 18 juin 2018, l'article 444 al.2 du Code judiciaire dispose que: «Ils informent le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges. S'ils estiment qu'une résolution amiable du litige est envisageable, ils tentent dans la mesure du possible de la favoriser».

2.1.3. ARTICLE 1723/1 DU CODE JUDICIAIRE: DÉFINITION DE LA MÉDIATION

Il a fallu attendre la loi du 18 juin 2018 pour que la médiation soit définie légalement.

L'article 1723/1 du Code judiciaire dispose que: «La médiation est un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties en conflit qui se déroule avec le concours d'un tiers indépendant, neutre et impartial qui facilite la communication et tente de conduire les parties à élaborer elles-mêmes les solutions».

Cette définition, tout en étant succincte, est assez complète et consacre l'exigence de neutralité dans le chef du médiateur. Les notions reprises dans cette définition sont examinées ci-après.

2.1.4. POUR QUELS TYPES DE LITIGE LA MÉDIATION EST-ELLE RECOMMANDÉE ?

L'article 1724 du Code judiciaire dispose que: « *Tout différend de nature patrimoniale, transfrontalier ou non, y compris les différends impliquant une personne morale de droit public, peut faire l'objet d'une médiation. Les différends de nature non patrimoniale susceptibles d'être réglés par transaction ainsi que les différends visés à l'article 572bis,3,4,6 à 10 et 12 à 15 et les différends découlant de la cohabitation de fait peuvent faire l'objet d'une médiation* ».

Le nouvel article 1724 du Code judiciaire étend donc le champ d'application rationae personae de la médiation, en la rendant accessible aux personnes morales de droit public c'est-à-dire à l'Etat, les Communautés, les Régions, les Provinces et les Communes qui peuvent donc être parties à une médiation judiciaire ou extrajudiciaire (anciennement appelée médiation volontaire). Elles peuvent donc passer des accords de médiation qui peuvent être homologués par un Tribunal moyennant le respect de quatre conditions :

- ▷ les parties doivent avoir signé un protocole de médiation qui reprend quelques conditions de forme ;
- ▷ elles doivent avoir eu recours à un médiateur agréé ;
- ▷ l'accord de médiation doit être formalisé ;
- ▷ l'accord doit être conforme à l'ordre public et aux normes impératives.

La médiation n'a pas vocation à régler tous les litiges. Mais elle offre tout son intérêt si les parties sont vouées à conserver et à entretenir des relations (sociales, familiales, de voisinage, d'affaires ou...) à moyen ou à long terme, si les questions en litige sont confidentielles, si l'objet du différend est complexe en fait ou en droit, si les aléas, le coût et la durée d'une éventuelle procédure sont importants, et si les parties souhaitent une ou plusieurs solutions durables et négociées à leur différend.

Existe-t-il des situations où la médiation pourrait/devrait être déconseillée ?

La réponse à cette question varie en fonction de chaque médiateur, selon sa formation et son approche du conflit et de la médiation. Cela étant, bien qu'aucune disposition légale ne l'interdise, certaines situations permettent difficilement d'aboutir à un accord de médiation et notamment :

- En cas d'addiction importante par une partie, comme l'alcoolisme. Il est difficile de travailler avec une personne qui en fin de journée se présente totalement imbibée et qui nie la problématique assurément soulevée par l'autre ;
- S'il y a violence physique ou psychique, avec une emprise importante d'une partie sur l'autre ;
- S'il y a une maladie mentale chez une des parties ;

EN RÉSUMÉ

La médiation est destinée à (tenter de) résoudre amiablement :

- ▷ tous les litiges de nature patrimoniale ou non, pour lesquels une transaction est possible ;
- ▷ tous les litiges familiaux, civils, commerciaux ou sociaux ;
- ▷ entre des personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public

2.1.5. CLAUSE DE MÉDIATION (ARTICLE 1725 CODE JUDICIAIRE) ET PROPOSITION DE MÉDIATION (ARTICLE 1730)

A. Clause de médiation

L'article 1725 du Code judiciaire dispose que :

« §1. Tout contrat peut contenir une clause de médiation, par laquelle les parties s'engagent à recourir à la médiation préalablement à tout autre mode de résolution des éventuels différends que la validité, la formation, l'interprétation, l'exécution ou la rupture du contrat pourrait susciter.

§2. Le juge ou l'arbitre saisi d'un différend faisant l'objet d'une clause de médiation suspend l'examen de la cause à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la clause ne soit pas valable ou ait pris fin. L'exception doit être proposée avant tout autre moyen de défense et exception. L'examen de la cause est poursuivi dès que les parties ou l'une d'elles, ont notifié au greffe et aux autres parties que la médiation a pris fin.

§3. La clause de médiation ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires et conservatoires. L'introduction de telles demandes n'entraîne pas renonciation à la médiation ».

Cette disposition consacre donc la légalité des clauses de médiation. Notons que la clause de médiation qui serait insérée dans les statuts d'une copropriété est recevable au vu de la modification de l'article 577-4 du Code civil.

Il appartient à tout avocat d'informer ses clients de cette possibilité d'insérer dans tout contrat une clause qui prévoit le recours à un mode alternatif des conflits comme la médiation et ce, préalablement à toute introduction d'une procédure judiciaire.

Il nous appartient aussi, avant d'engager une procédure, de lire les contrats ou accords de médiation afin de vérifier qu'une telle clause n'a pas été prévue !

Exemple de clause : *« En cas de conflit découlant de la conclusion, l'interprétation, l'exécution ou la fin du présent contrat, les parties s'engagent à privilégier l'usage d'un règlement amiable des conflits, que ce soit la médiation, le droit collaboratif ou la conciliation. Ce n'est qu'en cas d'échec que les parties seront autorisées à soumettre leur différend aux cours et tribunaux ».*

L'attrait d'une clause de médiation est de prévoir, dès l'entame de la relation contractuelle, qu'en cas de conflit, les parties s'engagent à limiter les aléas, le coût et la durée du règlement du litige.

Afin d'éviter toute difficulté d'exécution ou d'interprétation de telle clause, il est opportun de préciser dans celle-ci l'identité du ou des médiateurs agréés auxquels les parties acceptent de soumettre leur éventuel litige, ou de prévoir l'identité d'un tiers qui désignera le médiateur agréé, en cas d'impossibilité pour les parties de se mettre d'accord.

B. Proposition de médiation

L'article 1730 du Code judiciaire dispose que :

« §1. Toute partie peut proposer aux autres parties, indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire, de recourir au processus de médiation. Les parties désignent le médiateur de commun accord ou chargent un tiers de cette désignation.

§2. Si la proposition est adressée par envoi recommandé et qu'elle contient la réclamation d'un droit, elle est assimilée à la mise en demeure visée à l'article 1153 du Code civil.

§3. Dans les mêmes conditions, la proposition suspend le cours de la prescription de l'action attachée à ce droit pendant un mois ».

2.1.6. LA COMMISSION FÉDÉRALE DE MÉDIATION (ARTICLE 1727 ET SUIVANTS)

La Commission fédérale de médiation (en abrégé « *Commission fédérale* ») existait déjà en 2005 et était composée alors d'une commission générale et de trois commissions spécialisées : civile et commerciale, sociale, familiale.

Chacune des commissions était composée de six membres : deux notaires, deux avocats, et deux « *tiers* », représentant les autres professions de médiateurs non juristes.

Les nouveaux articles 1727 à 1727/5 du Code judiciaire sont entrés en vigueur ce 1er janvier 2019. Les commissions qui existaient jusque là disparaissent et l'article 1727 §1 précise que la Commission fédérale est composée :

- D'une assemblée générale ;
- D'un bureau qui fait office d'organe de direction ;
- D'une commission permanente pour l'agrément des médiateurs belges et étrangers ;
- D'une commission permanente pour l'agrément des formations et le suivi de la formation permanente ;
- D'une commission disciplinaire et de traitements des plaintes ;
- Des commissions spéciales.

Les missions de la Commission fédérale sont aux nombres de 14 et sont reprises au paragraphe 2 de l'article 1727. Nous épinglerons quelques tâches principales comme le devoir d'information et de promotion de la médiation, l'établissement et l'application de la procédure en cas de plaintes et des sanctions à prendre envers les médiateurs, l'agrément des organes de formation des médiateurs ou bien encore l'établissement d'un code de déontologie.

La Commission fédérale de médiation fonctionne avec une assemblée générale, composée de tous les membres effectifs et suppléants du bureau et des commissions permanentes, au sein desquels il existe une parité linguistique.

Il y a donc 16 membres du bureau (8 effectifs et 8 suppléants); 5 membres à la commission « *agrément des médiateurs* »; 5 membres de la commission « *agrément des formations* » et 5 membres de la commission disciplinaire (article 1727/2 §1 et suivants).

L'assemblée générale approuve à la majorité de ses membres au sein de chaque groupe linguistique toutes les décisions et avis et autres mesures prises dans le cadre des missions qui lui sont confiées (article 1727/1 al.2).

Le bureau est chargé de la gestion journalière, de la coordination des activités de la commission, de l'exécution des décisions prises par ses organes, de soumettre des propositions à l'assemblée générale dans un certain nombre de matières et de préparer le rapport annuel. C'est également le bureau qui approuve les décisions et les avis émis par la commission « *agrément des médiateurs* » et la commission « *agrément des formations* ». Ces deux commissions ne font donc que préparer les dossiers et donner un avis au bureau, qui lui prendra la décision finale.

Enfin, la commission disciplinaire est composée d'un collège francophone et d'un collège néerlandophone. Elle est présidée par un membre du bureau qui ne pourra dès lors siéger dans aucune autre commission (article 1727/5§1,§2,§3).

Les éventuelles sanctions des médiateurs sont :

- l'avertissement;
- la réprimande;
- l'obligation d'accomplir un stage pendant une durée et selon les modalités fixées par la commission;
- l'obligation de ne travailler qu'en co-médiation pendant une durée fixée par la commission;
- la suspension pendant maximum un an;
- le retrait de l'agrément (article 1727/5 §4).

Il existe un recours contre la décision de cette commission de sanctionner le médiateur agréé.

La section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est compétente et peut être saisie par voie de requête, qui doit être introduite dans le mois de la notification de la décision de la Commission fédérale de médiation (article 1727/6 du Code judiciaire).

2.1.7 LA MÉDIATION JUDICIAIRE/EXTRAJUDICIAIRE

A. La médiation extrajudiciaire

La médiation extrajudiciaire (autrefois appelée « *médiation volontaire* ») est celle qui est entièrement décidée par des parties, de manière totalement indépendante d'une éventuelle procédure judiciaire. Les parties proposent et s'accordent sur l'entame d'un processus de médiation et font choix du médiateur.

Les parties rencontrent le médiateur et définissent ensemble toutes les modalités d'organisation de la médiation, la durée du processus, la prise en charge des frais et honoraires de médiation (à charge des parties par parts égales, sauf autre accord).

Cette convention est consignée par écrit dans un « *protocole de médiation* » signé par les parties et par le médiateur.

Il est à noter que la demande de médiation extrajudiciaire n'est soumise à aucune règle de forme, sauf si on souhaite que celle-ci vaille mise en demeure et qu'elle suspende la prescription de l'action attachée à un droit. Dans ce cas, il faut formuler la demande de médiation par écrit, inclure la réclamation d'un droit et l'envoyer par pli recommandé.

B. La médiation judiciaire

La demande de médiation judiciaire peut être formulée par une partie :

- ▷ dans l'acte introductif d'instance : requête ou citation ;
- ▷ à l'audience d'introduction ;
- ▷ par simple lettre adressée au greffe. Dans ce cas-là, la cause est fixée dans les 15 jours (article 1734 §4 du Code judiciaire).

Cette demande peut être formulée en tout état de la procédure, ainsi qu'en référé, sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement.

Le juge peut alors, à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, ordonner une médiation, tant que la cause n'est pas prise en délibéré.

«Lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible, le juge peut d'office ou à la demande d'une seule des parties ordonner une médiation, après avoir entendu les parties, à l'audience d'introduction, à une audience de remise à une date rapprochée ou à une audience fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le dépôt des premières conclusions du défendeur. Si toutes les parties s'y opposent, le juge ne peut ordonner une médiation» (article 1734 du Code judiciaire).

Si les parties ne se sont pas mises d'accord sur le nom d'un médiateur, le juge le désigne, sur la base de la liste des médiateurs agréés établie par la Commission fédérale de médiation et en tenant compte de la proximité du domicile des parties. Le juge fixe également la durée de la mission (maximum 6 mois) et fixe la cause à la première date utile suivant l'expiration de ce délai. Ce délai peut être prorogé à la demande des parties ou par le juge, si cela est nécessaire.

A nouveau, dans la pratique, des usages se mettent en place dans certaines juridictions.

Ainsi, depuis 2012, le tribunal de l'entreprise de Liège, dans le cadre de la mise en état des dossiers, a rédigé son propre calendrier de procédure. Il est ainsi indiqué qu'à ce stade et donc à l'introduction, les parties sollicitent uniquement une fixation pour 5 minutes après un échange d'un premier jeu de conclusions. Les parties acceptent alors de vérifier l'opportunité de recourir à un mode alternatif de règlement des conflits. Le tribunal participe à la vérification de cette opportunité puisqu'il aura pris connaissance du premier jeu de conclusions. Si cette voie n'est pas suivie, les parties disposent alors de la possibilité d'envisager de poursuivre le calendrier pour l'échange de conclusions additionnelles ou de solliciter une date de plaidoiries.

2.1.8 LES CARACTÉRISTIQUES DE LA MÉDIATION (ARTICLES 1728 ET 1729 DU CODE JUDICIAIRE)

A. La confidentialité

La confidentialité est essentielle et relève de l'essence même de la médiation et son respect est d'une importance capitale pour asseoir la crédibilité et le développement de ce mode de règlement amiable. Elle permet aux parties de parler librement et de faire état de documents qu'elles ne souhaitent pas divulguer à des tiers.

L'article 1728 du Code judiciaire consacre la confidentialité de la médiation et le secret professionnel du médiateur. La confidentialité ne relève pas de l'ordre public en sorte que celle-ci peut-être étendue ou restreinte suivant l'accord des parties.

La loi précise que « *le protocole de médiation et le ou les accords de médiation signés par les parties, ainsi que l'éventuel document établi par le médiateur qui constate l'échec de la médiation* » (article 1728 §1er al.2) ne sont pas confidentiels, sauf accord contraire des parties formalisés par écrit.

Cela va de soi puisque ces documents permettront de justifier si nécessaire l'existence d'une médiation, sa fin ou l'exécution de l'accord conclu mais il n'était pas inutile de le prévoir expressément pour éviter toute équivoque.

La confidentialité peut toutefois représenter un certain risque lorsqu'une partie mal intentionnée communique une information ou un document dans le but de le rendre confidentiel. Il appartient dès lors au médiateur et aux conseils des parties d'être particulièrement vigilants et stricts face à d'éventuelles tentatives de manipulation du cadre. De même, les avocats veilleront à ce que leurs clients gardent à l'esprit qu'il peut être plus judicieux de ne produire aucun document en médiation, sous peine de le voir frapper de la confidentialité et ce d'autant plus qu'il n'est a priori nul besoin de prouver dans le cadre d'un processus de médiation.

La confidentialité protège des intérêts privés. Dès lors, il est important pour un médiateur d'être toujours être très clair avec cette notion, et d'obtenir chaque fois l'accord de tous pour renoncer à la confidentialité ou, à l'inverse, rendre confidentiel un document ou une communication.

A titre d'exemple, lorsqu'il est fait appel à un tiers comme un expert dans le cadre d'une médiation, il est intéressant en cas d'échec de la médiation et afin d'éviter de recourir à une nouvelle expertise cette fois judiciaire de marquer accord sur la levée de la confidentialité du rapport de l'expert.

A propos du secret professionnel du médiateur, il est rappelé que le médiateur agréé « (...) ne peut davantage révéler, en ce compris au juge ou à l'arbitre saisi d'un différend entre les parties médiées, le motif de l'échec de ce mode amiable de règlements des conflits (...) » (article 1728 §2).

EN RÉSUMÉ

- ▷ les documents et communications échangés dans le cadre de la médiation sont confidentiels sauf les protocoles et accords de médiation
- ▷ l'obligation de confidentialité peut être levée moyennant accord écrit ;
- ▷ les documents et communications antérieurs peuvent être revêtus de la confidentialité.

B. Le caractère volontaire de la médiation

L'article 1729 consacre le principe du volontaire en précisant que « *chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice* ».

Ainsi, le médiateur pourrait également mettre fin à la mission puisqu'il fait partie intégrante du processus. Il n'y a besoin d'aucune motivation. Le médiateur signale simplement qu'il met un terme à la médiation.

Attention cependant à l'effet pervers de ce caractère volontaire. Il se pourrait qu'arrivée au stade de la négociation, une partie menace de quitter la médiation si l'accord n'est pas conclu comme elle le propose. Dans un tel cas, il est probable que le médiateur reprenne contact avec les parties afin de proposer une dernière réunion permettant de comprendre ce qui se cache derrière ce chantage.

C. Indépendance, impartialité et neutralité du médiateur

Tout médiateur agréé est légalement tenu d'être indépendant, impartial et neutre.

L'indépendance requiert que le médiateur ne puisse faire l'objet d'aucune influence ou pression, extérieure ou intérieure, relativement au différend qui lui est soumis. Le médiateur ne peut bien entendu avoir le moindre intérêt direct ou indirect au résultat positif ou non de la médiation. Si la situation relativement à cette indépendance paraît équivoque, le médiateur s'en ouvrira aux parties et recueillera leur assentiment en pleine connaissance de cause ou se retirera.

L'impartialité implique l'absence de tout parti pris pour l'une ou l'autre des parties et pour la position qu'elle défend.

La neutralité exclut en principe toute appréciation par le médiateur des possibilités et revendications de l'une ou l'autre des parties. Il arrive que le médiateur donne son avis sur un point précis mais dans le cadre d'une discussion à trois. Le médiateur ne donne aucune information juridique et renvoie les parties auprès de leurs conseils. S'il

n'en ont pas, le médiateur invite les parties à prendre des informations auprès de tous tiers spécialisés (avocat, comptable, etc)

EN RÉSUMÉ

- ▷ La médiation est un processus amiable de résolution des conflits confidentiel et volontaire ;
- ▷ qui fait intervenir un médiateur indépendant, neutre et impartial ;
- ▷ qui n'intervient pas dans le contenu de l'accord mais aide les parties à rapprocher leurs points de vue.

2.1.9. LES GRANDES ÉTAPES DU PROCESSUS DE MÉDIATION

A. Le préalable

Cette phase englobe l'ensemble des contacts visant à inviter (voire à convaincre) l'une ou l'autre des parties de recourir à la médiation. Ces contacts sont verbaux ou écrits. La demande émane souvent de l'une des parties ou éventuellement d'un tiers choisi par celle-ci.

Il ne faut pas négliger l'importance de la formulation utilisée pour proposer et convaincre une partie de se diriger vers la voie de la médiation. Outre les informations générales sur le processus de médiation à donner à son client - une partie parfaitement informée est une partie déjà rassurée, il faut bien entendu utiliser les techniques amiables pour donner envie à un tiers qui n'est a priori pas favorable à l'idée de rencontrer « *son adversaire* », d'envisager cette voie.

B. L'implémentation (première séance et signature du protocole)

La première séance de médiation permet aux parties et au médiateur de faire connaissance et bien souvent de présenter la médiation, les parties n'en ayant reçu en définitive que peu d'informations. Il est précisé que la médiation est un processus structuré et que l'on travaille à trois (les deux parties et le médiateur).

Les caractéristiques : impartialité, neutralité, confidentialité et caractère volontaire, sont mis en évidence.

La première séance est importante car c'est à cette occasion que le médiateur va poser son cadre de travail :

- La fixation des séances et le temps laissé entre chaque séance;
- L'absence ou la présence des conseils (en matière familiale);
- La confidentialité liée aux documents et communications;

- La possibilité de tenir un caucus entre le médiateur et l'une et l'autre des parties ;
- La fixation de ses honoraires.

Les médiateurs n'ont pas tous le même cadre de travail. L'important est que chaque médiateur pose celui avec lequel il est le plus à l'aise et qu'il maîtrise, afin d'éventuellement rappeler celui-ci dans le cours du processus, lorsqu'une difficulté surgit.

Lors de cette première séance de médiation, le point relatif à la prise en charge des frais et honoraires du médiateur peut faire l'objet d'une discussion. Si en règle générale, les frais et honoraires sont pris en charge par moitié par les parties, cette question peut être discutée et négociée.

Au début du processus, les parties et le médiateur vont signer un document intitulé : « *protocole de médiation* » dans lequel le médiateur reprend les informations relatives aux parties, le rappel des caractéristiques de la médiation, le mode de fixation de ses honoraires, un exposé succinct du différend et des points à discuter. Ce document est signé par les parties avant l'entame de la médiation.

L'article 1731 §2 du Code judiciaire précise ce que le protocole doit contenir :

- le nom et le domicile des parties et de leurs conseils ;
- le nom, la qualité et l'adresse du médiateur et le cas échéant, la mention que le médiateur est agréé par la Commission fédérale de médiation ;
- le rappel du principe volontaire de la médiation ;
- un exposé succinct du différend ;
- la confidentialité qui s'attache aux documents et aux communications dans le cadre de la médiation ;
- le mode de fixation et le taux des honoraires du médiateur, ainsi que les modalités de leur paiement ;
- la date ;
- la signature des parties et du médiateur.

Selon les médiateurs et les types de médiation, le protocole de médiation est signé soit à la fin de la première séance soit au début de la seconde. Rappelons que le médiateur est le garant du cadre de la médiation, il lui appartient de gérer et d'adapter ce dernier au cas d'espèce afin d'établir, de rétablir et de faciliter la communication.

C. Les différentes phases d'une médiation

Le processus de médiation se base sur quelques règles de communication que le médiateur rappellera s'il l'estime nécessaire :

- ▷ une même situation peut être perçue, ressentie et décrite différemment selon les personnes ;
- ▷ chacun est invité à parler en « *je* » (c'est-à-dire parler « *pour*

soi» et dire ce que l'on pense, ce que l'on ressent) et non en « tu » (c'est-à-dire parler « pour l'autre » en disant ce qu'il a pensé, ce qu'il a ressenti). Ceci n'exclut pas qu'une partie exprime comment elle perçoit l'autre ou les positions de celle-ci ;

- ▷ l'équilibre de temps de parole des uns et des autres est favorisé ;
- ▷ l'écoute active est importante (sans déjà penser à la réponse qu'on va apporter) ;
- ▷ le respect du cadre et des autres – y compris le médiateur - est fondamental ;
- ▷ personne n'est parfait et le médiateur est empathique.

Une fois les faits relatés (plusieurs séances sont parfois nécessaires), le travail du médiateur consiste à amener les parties à distinguer d'une part les personnes et les problèmes en cause et d'autre part, les positions défendues et les intérêts qui se cachent derrière et ce afin d'amener les parties vers une négociation raisonnée et fondée sur des critères objectifs.

Dans une phase suivante, des options (les pistes de solution) sont envisagées. Le médiateur incitera les parties à proposer un maximum de solutions possible pour résoudre les difficultés rencontrées.

Lors de la phase des négociations, le médiateur s'abstient toujours de donner avis mais par contre, il va s'assurer que chaque partie connaît et comprend les conséquences des solutions proposées et vérifiera que les propositions négociées sont parfaitement comprises par chaque partie. Il aura été fait appel éventuellement à des tiers externes compétents (comptable, psychologue etc).

Le processus de médiation est susceptible de prendre fin à tout moment à la demande d'une des parties ou du médiateur lui-même, sans que cela ne porte préjudice à qui que ce soit.

EN RÉSUMÉ

- ▷ Le médiateur informe les parties du cadre et de la dynamique de triangulation ;
- ▷ Le médiateur ne donne pas d'avis ;
- ▷ Le médiateur soutient le processus et les parties de manière équivalente ;
- ▷ Le médiateur veille à avoir une relation de confiance équivalente avec les parties

D. L'accord de médiation

Si au terme de la médiation, les parties parviennent à un accord, il faut le formaliser.

Qui va rédiger cet accord ?

En matière civile et commerciale, la rédaction de l'accord se fait généralement avec l'aide des avocats présents, tandis que le médiateur se limite à vérifier que la rédaction correspond effectivement à l'accord intervenu en séance. Dans les cas les plus simples, l'accord peut même être rédigé par le médiateur ou les avocats en séance.

En matière familiale, si les parties n'ont pas de conseils, c'est le médiateur qui rédige l'accord de médiation. Si les parties ont chacune un conseil, soit le médiateur rédige l'accord soit le médiateur invite les conseils à rédiger l'accord avec lui.

En toute hypothèse, le médiateur s'assure du consentement éclairé des parties et du caractère pérenne de celui-ci. Il veillera à s'assurer que l'accord reprenne tous les points de négociation sur la base desquels il a été conclu et qu'il reflète le plus fidèlement possible ce que les parties ont exprimé et souhaité. Le médiateur informe également les parties des conséquences de la signature de l'accord (et son aspect transactionnel) en attirant leur attention sur le fait que seuls les accords conformes à l'ordre public et aux règles impératives peuvent être homologués.

Comme pour tous les contrats, l'accord de médiation tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait. Les parties doivent le respecter dès sa conclusion et l'exécuter de bonne foi. Les contraintes légales et déontologiques liées aux médiations judiciaires et extra judiciaires sont à ce point précises et strictes que le risque de nullité, pour vice de consentement, d'un accord conclu est quasi nul!

Le médiateur refusera un accord contraire à l'ordre public, et en matière familiale un accord contraire à l'intérêt de l'enfant.

L'accord de médiation est un acte sous seing privé qui n'a pas force exécutoire, sauf en postulant l'homologation judiciaire (et pour autant que le contenu de cet accord puisse faire effectivement l'objet d'une exécution forcée). Voilà pourquoi il est important d'apporter le plus grand soin à la rédaction de l'accord.

EN RÉSUMÉ

- ▷ les parties sont au centre du processus ;
- ▷ le pouvoir décisionnel revient intégralement aux parties ;
- ▷ la liberté est totale sous réserve du respect des règles de l'ordre public.

2.1.10 LE RÔLE DE L'AVOCAT CONSEIL EN MÉDIATION AU COURS DE DIFFÉRENTES PHASES

A. Préalable

Le rôle des avocats conseils des parties qui accompagnent leur(s) client(s) en médiation est très important et varie aux différents stades du processus. Si leur intervention est en retrait lors des premières phases de la médiation, leur place grandit au fur et à mesure de l'évolution du processus.

Voici quelques informations et pistes de réflexions à propos du rôle de l'avocat qui participe à une médiation aux côtés de son client examinée pour chaque phase du processus :

B. Lors de l'implémentation (avant la première séance)

- Parler à son client de la médiation sans tenter de le convaincre car il s'agit pour le client de s'engager en connaissance de cause dans un processus auquel il adhère et non de l'accepter avec des réticences

Il convient d'éviter:

- ▷ De pousser son client à s'orienter vers la médiation alors qu'il n'en veut manifestement pas;
- ▷ De donner à son client l'impression que son avocat le pousse à la médiation, même si telle n'est pas son intention;
- ▷ Que le client ait la sensation que son avocat lui propose la médiation car il a peur «d'aller au procès»;
- ▷ De proposer la voie de la médiation à un moment inopportun (par exemple de manière trop rapprochée par rapport à des plaidoiries).

Au contraire, l'avocat sera bien inspiré :

- ▷ De vérifier la réceptivité de son client par rapport à la recherche d'une solution amiable: certains clients ont pour objectif final et définitif qu'un juge éclairé tranche le point de discorde, quelle que soit la solution adoptée;
- ▷ D'informer son client à propos de la tendance générale à évoluer vers des modes alternatifs de règlement des conflits, dont la médiation. Cette tendance existant de longue date dans les pays anglo-saxons, s'est développée progressivement en Europe, dans les pays limitrophes et finalement en Belgique. Cette tendance s'est accrue durant les dernières années, par la promotion des magistrats et du législateur.
- ▷ D'écouter les éventuelles réticences de son client et les comprendre afin de la guider vers le mode de résolution des conflits qui semble le mieux adapté compte tenu de la situation et de la

- personnalité du client ;
- **inventorier toutes les pièces de procédure** qui pourraient être invoquées en justice et les transmettre à la partie adverse avant le début de la médiation. Ceci permettra d'éviter tout débat et risque de nouveau litige portant sur la confidentialité ou non d'une pièce. (article 1728 du Code judiciaire)
 - **choisir le bon médiateur** qui sera proposé au contradicteur en fonction de différents critères objectifs en se posant les questions suivantes :
 - ▷ un médiateur spécialiste de la matière ?
 - ▷ un médiateur dont le client connaît les qualités ?
 - ▷ un médiateur dont l'avocat connaît le sérieux et la rigueur ?
 - ▷ proposition de plusieurs médiateurs afin de permettre au contradicteur un choix parmi une liste ?
 - ▷ prise de contact par téléphone avec le conseil de l'autre partie afin de de chercher ensemble un médiateur qui convient aux deux parties ?
 - ▷ le médiateur proposé sera-t-il neutre, indépendant et impartial en l'espèce ?
 - **choisir la personne physique** qui représentera la cliente en médiation s'il s'agit d'une personne morale et envisager au besoin la présence de plusieurs personnes, si c'est opportun
 - définir avec son client les personnes qui, selon lui, représenteront **l'autre partie**
 - définir avec son client les **sujets de discussion** qui seront envisagés en médiation et leur priorité et commencer à **chercher les intérêts** derrière les positions avec l'aide de son client: il s'agit d'identifier les vrais enjeux pour le client en allant au-delà de « *la* » solution qu'il exprime par sa position initiale (« le côté immergé de l'iceberg »)
 - définir avec son client ce qui est **plus délicat** à dire en médiation. Il est important de savoir que plus on se livre, plus on joue le jeu de la médiation et plus on donne de chances à la médiation d'aboutir. Cependant, l'incertitude du client quant à savoir quels sujets sont plus sensibles risque de bloquer la discussion et de le retenir inutilement alors que les sujets qu'il estime inabordables sont peut-être capitaux. Les éventuels éléments sensibles ou vraiment confidentiels pourront être révélés au médiateur lors d'un caucus, si cela semble opportun

- discuter avec son client du mode de calcul des **honoraires du conseil**. Il est important d'être très clair quant à votre mode de facturation de vos prestations dans le cadre de la médiation. Il s'agit là d'une obligation déontologique mais également d'aplanir tout doute du client quant aux éventuels surcoûts engendrés par la médiation.
- Définir sa **MESORE** c'est-à-dire sa MEilleure SOLution de REchange en dehors de la médiation avec son client. Il s'agit d'envisager avec son client ce qu'il pourrait faire si la médiation ne permet pas aux parties de trouver un accord et d'être au clair avec les risques éventuels présentés par la mesore (par exemple, la procédure judiciaire peut constituer une mesore à condition que le client soit bien informé sur les chances de succès et toutes les conséquences de cette procédure)
- **analyser le projet de protocole** avec son client: vérifier sa compréhension, son adhésion, vérifier l'identité des parties et compléter leurs coordonnées, vérifier les pouvoirs de représentation et de décision des personnes qui participeront à la médiation
- Expliquer au client le **déroulement de la médiation** et en particulier le fait qu'il lui appartiendra de parler lors de la phase de narration; l'écouter et le soutenir dans les difficultés éventuelles qu'il ressentira à cet égard.

C. Installation

Lors de cette phase, le médiateur va expliquer :

- **le coût de la médiation et sa répartition entre les parties:** en général, chaque partie prend en charge $\frac{1}{2}$ du coût de la médiation si deux parties sont en cause mais d'autres accords peuvent être envisagés. En matière sociale, par exemple, les usages penchent plutôt vers une répartition de 1/3 à charge du salarié et 2/3 à charge de l'employeur afin de tenir compte tant de l'impact de la TVA que de la déductibilité des factures dans le chef de l'employeur et du déséquilibre existant entre parties. Prise en charge par une assurance PJ ou l'assistance judiciaire ?
- la possibilité de tenir un **caucus** avec chaque partie ou uniquement le conseil de la partie
- le **protocole** dans les grandes lignes. Si le protocole a été analysé avec le conseil, son explication sera d'autant plus restreinte ce qui permettra de rentrer plus vite et plus facilement dans le vif du sujet.

Avec les parties et leur conseil, le médiateur va lister les sujets qui seront abordés dans le cadre de la médiation et fixer l'ordre des priorités si nécessaire.

D. La phase de narration : les faits

C'est la phase où le conseil est le plus **en retrait**. Le conseil ne doit pas s'exprimer à la place de son client concernant les éléments factuels.

Mais être en retrait ne signifie pas être passif ! Voici les rôles importants que le conseil d'une partie peut jouer pendant cette phase :

- Il remplit un rôle **d'écoute et d'enregistrement** de toutes les données afin de pouvoir en discuter avec son client en dehors de la réunion de médiation
- Le conseil peut **expliquer la position juridique** de son client à l'autre partie si le médiateur le lui demande. Il le fera dans un langage clair et précis. Le but est d'amener chacun à une parfaite compréhension des éléments factuels et juridiques. Il ne s'agit pas de plaider ni de faire pression mais d'expliquer la position juridique à quelqu'un qui n'est (en principe) pas juriste. Il faut donc veiller à être compris par l'autre partie et non par l'autre conseil
- **Le conseil soutient psychologiquement** son client : il va surveiller que son client ne s'égaré pas ni dans la forme de son expression ni dans le fond et qu'il ne souffre pas trop. S'il souffre, le conseil ne prendra pas sa place mais attirera éventuellement l'attention du médiateur sur le besoin d'une pause. Il aide le médiateur à gérer les émotions
- Le conseil s'attachera aussi à **briser l'image négative que l'autre partie a de lui** :

L'autre partie imagine que le conseil de son adversaire pousse son client dans des attitudes déraisonnables et préjudiciables. Il est donc important que, d'entrée de jeu, le conseil brise cette image négative en adoptant des attitudes positives, agréables, optimistes. Dans le même ordre d'idée, il est important d'éviter les dérapages tendant à plaider, surenchérir par rapport aux propos de son client, prendre l'adversaire à partie ce qui renforcerait cette image négative...

E. La phase de développement : Intérêts/besoins

Si un travail préalable a été mené par le conseil avec son client, l'avocat pourra d'autant plus facilement aider son client à identifier les intérêts/besoins qui sous-tendent ses positions.

Ce travail peut être réalisé entre 2 séances, après l'exposé des faits.

Il est important que la liste des besoins soit réalisée par le client avec le soutien/l'aval de son conseil et que tous les besoins soient effectivement listés. Le conseil, au cours de cette phase, va surtout aider son client à débriefer les séances de médiation et réfléchir avec lui pour s'assurer que tous les besoins ont été visés.

F. La phase des options

Le conseil bénéficie d'un **détachement** qui lui permet d'être **très créatif** pour aider à la formulation d'options. Tout comme les parties, il doit donner libre cours à sa créativité particulièrement dans cette phase pour exprimer toutes les options qui lui semblent possibles. Le travail créatif se fait en 2 temps: d'abord toutes les idées, ensuite l'analyse des idées et la vérification de leur concrétisation possible.

- Il est important que les conseils veillent à **respecter le rythme** de ce travail créatif.
- Il est également important de **résister à la tentation d'adresser une proposition confidentielle de transaction par écrit** au conseil de l'autre partie. Cela risquerait de ruiner les avancées de la médiation et de revenir à une négociation sur position.

G. Les solutions

C'est au cours de cette phase que le rôle du conseil est le **plus important**: dans certains cas, une véritable négociation va s'engager. Dans d'autres, les combinaisons de pistes de solutions vont mener tout droit à un accord. Parfois, une réelle négociation interviendra pour former l'accord.

- Le conseil va permettre aux parties de bénéficier de ses **compétences techniques** de juriste pour mettre en place un accord qui sera entériné dans un protocole d'accord et qui pourra être homologué par le tribunal
- En principe, ce sont les conseils des parties qui procèdent à la **rédaction de l'accord** sur base des solutions dégagées lors des réunions de médiation
- Attention de ne pas essayer, lors de cette phase, de convaincre l'autre partie que la **position initiale** de son client est la plus adéquate ou la seule acceptable. Cela mettrait à néant tout le travail réalisé au cours des différentes phases de la médiation!

H. Tableau récapitulatif : rôle de l'avocat en procédure/ en médiation

L'AVOCAT	L'AVOCAT EN MEDIATION
Détermine les responsabilités et les fautes	Accepte les contributions de chacun à la situation
Adopte uniquement la thèse de son client, intégralement et sans restriction	Adopte la thèse de son client et la fait coexister avec celle de l'adversaire
Évite la manifestation des émotions et fait taire son client lorsqu'il en manifeste	Aide le client à mettre des mots sur les émotions qu'il ressent et attire l'attention du médiateur sur ces émotions
Protège son client et parle à sa place	Laisse à son client le soin de s'exprimer
Attaque l'adversaire, interrompt ou critique pour faire valoir les droits de son client	Écoute l'adversaire et demande des précisions ou explications et s'exprime à son tour
Efface ce qui est contraire à la position défendue	Admet la contribution de chacun à la situation et aide son client à l'intégrer également
Tient la position initiale comme la seule solution possible pour son client	Adapte ses interventions à l'évolution du sentiment de justice éprouvé par son client
Défie l'adversaire et essaye de l'impressionner	Se montre humain envers son client et chaque personne autour de la table de médiation

I. Une dernière remarque

La caractère volontaire de la médiation signifie que les parties décident de leur plein gré de recourir à ce mode de résolution des conflits. Le corollaire est qu'elles peuvent mettre fin à la médiation sans aucune forme particulière ni explication. Attention, il est important de vérifier que ce souhait de mettre fin à la médiation n'est pas une forme de chantage déguisé à l'attention de l'autre partie : je mets fin à la médiation si tu ne me donnes pas ce que je demande.

Dans un tel cas, il est nécessaire que le conseil revienne avec son client à la phase des besoins et qu'ils cherchent ensemble le besoin insatisfait qui pousse le client à souhaiter mettre fin à la médiation. Un caucus avec le médiateur, l'avocat et le client est tout à fait envisageable pour parvenir à cette recherche.

Le rôle de l'avocat conseil en médiation est loin d'être passif !

Si sa place est plutôt en retrait lors de la phase de narration, elle évolue au fur et à mesure du processus pour devenir centrale lors de la rédaction de l'accord.

Bien connaître le processus permet à l'avocat d'être un réel acteur de la réussite de la médiation et non un tiers passif. Les réunions qu'il tiendra entre les séances de médiation permettront également à l'avocat de remplir avec un maximum d'efficacité son devoir de conseil s'il est bien informé du rôle qui est le sien dans la cadre de la médiation.

2.1.11 LE RÔLE DES TIERS APPELÉS À PARTICIPER À UNE MÉDIATION

A. Les tiers spécialistes

L'article 1728 § 3 du Code judiciaire prévoit que : « *Dans le cadre de sa mission et pour les besoins de celle-ci, le médiateur peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, recourir aux services d'un expert, spécialiste du domaine traité. Ceux-ci sont tenus à l'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1er, alinéa 1er. Le paragraphe 2 s'applique à l'expert* ».

A l'entame du processus ou au cours de celui-ci, les parties peuvent avoir recours à un tiers pour qu'il fournisse une évaluation chiffrée (notaire, fiscaliste, ...), un avis technique (géomètre, architecte, ...), un compte-rendu (psychologue, pédopsychiatre, ...)

La règle durant le processus de médiation est que l'ensemble des documents établis en cours de processus sont confidentiels (art.1728 §1er Code judiciaire) de sorte que lorsque rien n'est prévu, les documents établis par des tiers mandatés par les parties ont ce caractère confidentiel.

Par ailleurs, les tiers sont tenus aux obligations de confidentialité et de secret professionnel imposés au médiateur (art.1728 §2 Code judiciaire). Ils seront invités à signer un engagement de confidentialité qui confirme ce point.

Les parties peuvent décider de déroger au caractère confidentiel, par écrit et dans les limites qu'elles déterminent (art.1728 §1er al.3 Code judiciaire).

L'avocat conseil en médiation veillera donc, avant d'envisager l'intervention d'un tiers, à prévoir si les travaux qu'il remettra en cours de médiation seront confidentiels ou s'ils pourront être utilisés en dehors de la médiation.

Le second point d'attention, lorsqu'un tiers est mandaté, est de définir si l'avis qu'il remettra sera contraignant pour les parties ou s'il est donné à titre indicatif.

Le libellé de la mission confiée à l'expert revêt donc un caractère crucial et doit faire l'objet d'une discussion entre parties avant sa rédaction afin d'envisager les effets de l'avis émis par le tiers.

Outre ces aspects, l'avocat sera attentif à prévoir le critère de choix du tiers, la prise en charge des frais de sa mission et la façon dont il sera contacté pour la mener.

EN RÉSUMÉ

L'avocat conseil en médiation veillera aux aspects suivants si un tiers spécialiste intervient :

- ▷ le choix ;
- ▷ la mission ;
- ▷ l'engagement de confidentialité ;
- ▷ la confidentialité ou non de l'avis ;
- ▷ le caractère indicatif ou liant de l'avis ;
- ▷ la répartition du coût de la mission ;
- ▷ l'envoi de la mission.

B. Les tiers influents

Avant d'entamer le processus de médiation et lors de la phase des décisions, il est important de vérifier avec son client si des personnes extérieures à la médiation pourraient avoir une influence sur son point de vue et ses choix. Cette question est également à envisager dans le chef de l'autre partie en médiation.

L'optique est de déterminer l'importance de l'influence que peuvent avoir des personnes « *invisibles* » en cours de séances de médiation afin de gérer l'impact sur l'attitude du client (ou de l'autre partie) et sur le processus de médiation pour ne pas que celui-ci soit torpillé de l'extérieur.

C. Les tiers concernés

Les décisions prises à l'issue des négociations en médiation peuvent avoir un impact à l'égard de tiers tels que les proches, les associés, les employés, les enfants, une filiale,...

Identifier les tiers concernés sera une des premières missions de l'avocat conseil.

Ensuite, l'avocat veillera à ce que la place des tiers concernés soit abordée aux différentes étapes de la médiation afin que celle-ci soit prise en considération dans l'élaboration de l'entente en fin de processus.



2.2. Le droit collaboratif

2.2.1 LA LOI DU 18 JUIN 2018

La loi du 18 juin 2018 portant des dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir les formes alternatives de résolution des litiges a inséré une huitième partie dans le Code judiciaire dédiée au droit collaboratif, soit les articles 1738 à 1747 qui sont en vigueur depuis le 1er janvier 2019.

Le droit collaboratif est défini comme « *un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable* » (art. 1738 Code judiciaire).

La loi prévoit qu'un processus de droit collaboratif peut être mené lorsque :

- Le litige est visé à l'article 1724 du Code judiciaire (mêmes matières que celles prévues pour la médiation), à savoir :
 - ▷ tout différend de nature patrimoniale, transfrontalier ou non, y compris les différends impliquant une personne morale de droit public ;
 - ▷ tout différend de nature non patrimoniale susceptible d'être réglé par transaction ;
 - ▷ tout différend visé à l'article 572bis, 3°, 4°, 6° à 10° et 12 à 15° (compétences du tribunal de la famille liées aux époux et cohabitants, à l'autorité parentale, aux obligations alimentaires, à l'attribution des allocations familiales, aux régimes matrimoniaux, successions, donations, partages, délégation de somme...);
 - ▷ tout différend découlant de la cohabitation de fait.
- Les parties sont assistées par un avocat collaboratif au sens de l'article 1739 du Code judiciaire ;
- Le protocole prévu à l'article 1741 du Code judiciaire est signé.

2.2.2. LA FORMATION ET LA DÉONTOLOGIE DE L'AVOCAT COLLABORATIF

La pratique du droit collaboratif est réservée aux avocats qui justifient d'avoir (art. 1739 du Code judiciaire) :

- obtenu leur inscription sur la liste des avocats collaboratifs établie par l'Ordre des barreaux francophones et germanophone (ou de l'Orde van vlaamse balies - OVB) ;

- suivi au préalable une formation spéciale ;
- reçu l'agrément exigé ;
- souscrit au règlement des avocats collaboratifs.

Actuellement, l'inscription à la liste est conditionnée par le suivi d'une formation d'un premier niveau durant 15h00, étalée sur deux jours, et d'un deuxième niveau d'un même nombre d'heures endéans les 24 mois.

La commission paritaire commune d'AVOCATS.BE et de l'OVB est compétente pour définir le contenu de la formation spécifique de base, la formation continue, l'agrément, les garanties en matière de négociation et le règlement applicable aux avocats collaboratifs.

L'article 1743 du Code judiciaire prévoit que l'avocat collaboratif :

- peut conseiller une ou plusieurs parties dans le contexte du droit collaboratif, tant qu'il n'y a pas de conflits d'intérêt ;
- reçoit de son client un mandat écrit et exclusif, limité à l'assistance et au conseil au cours d'un processus de droit collaboratif en vue de parvenir à un accord négocié ;
- ne peut plus intervenir dans une procédure contentieuse (impliquant les mêmes parties) si l'une des parties se retire du processus de droit collaboratif ou si le processus de droit collaboratif se termine, avec ou sans accord, et doit mettre fin à son intervention. Il en va de même de tout avocat faisant partie de son cabinet, en ce compris les collaborateurs et stagiaires internes ou externes (obligation de retrait).

Lorsque l'un des avocats collaboratifs se retire du processus, il en avisera immédiatement par écrit son client et l'avocat collaboratif de l'autre partie. Le client devra faire savoir s'il poursuit le processus par la voix de son nouveau conseil qui, dans les 30 jours du retrait, devra signer un avenant au protocole ; à défaut, le processus sera considéré comme terminé (art. 1742 §3 du Code judiciaire).

Lorsqu'une partie souhaite que son avocat se retire du processus, elle en informera immédiatement par écrit l'autre partie (art. 1742 §2 du Code judiciaire) et un avenant au protocole sera signé avec le nouvel avocat dans les 30 jours du retrait du précédent conseil.

2.2.3 INITIATIVE DU PROCESSUS

Le processus de droit collaboratif peut être entamé de l'accord des parties grâce au contact pris par leurs conseils respectifs après la décision de chaque partie de choisir ce mode de résolution des litiges.

Le Code judiciaire donne en son article 1740 le pouvoir au juge (excepté devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement), en tout état de la procédure ainsi

qu'en référé, à la demande conjointe des parties et après les avoir entendues, de leur ordonner d'essayer de résoudre leur litige par un processus de droit collaboratif.

2.2.4 LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT COLLABORATIF

Le droit collaboratif est avant tout un état d'esprit qui sous-tend le processus en ce qu'il implique :

- Un travail d'équipe des deux avocats et de leurs clients avec la reconnaissance de l'interdépendance de celles-ci ;
- La mise en évidence des intérêts et des besoins des deux parties ;
- L'attention portée au processus en tant que tel ;
- La place accordée à la créativité impliquant que la loi n'est pas le seul critère ;
- L'engagement à une communication efficace et respectueuse ;
- La prise en compte des aspects émotionnels et relationnels du conflit.

Plusieurs des principes qui guident le déroulement du processus sont expressément visés dans le protocole signé par les parties à l'entame du processus :

- Les parties doivent communiquer tous les documents et informations utiles à la résolution du litige ;
- Les parties participent de manière loyale à la négociation collaborative ;
- Les parties s'engagent à ne pas entreprendre ou poursuivre une procédure contentieuse durant le temps de la négociation collaborative ;
- Les avocats s'engagent à se retirer si la négociation échoue.

Le principe de la confidentialité renforcée est quant lui consacré à l'article 1745§3 du Code judiciaire, qui renvoie aux règles qui régissent le processus de médiation décrites à l'article 1728 du Code judiciaire :

- Tous les documents établis et les communications faites au cours du processus sont confidentiels: ils ne peuvent être utilisés dans aucune procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ni dans aucune autre procédure de résolution des conflits et ne sont jamais admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire ;
- Il est fait exception à la confidentialité uniquement pour le protocole, les accords signés et les documents exclus par un accord écrit des parties.

Quant au caractère volontaire du processus, il est mis en évidence aux articles 1740 et 1742 du Code judiciaire: le processus ne peut être imposé aux parties, et toute partie peut à tout moment mettre fin au processus sans que cela ne lui porte préjudice.

2.2.5. LES ÉTAPES DU PROCESSUS

Une fois la décision prise de régler le différend par le droit collaboratif (première rencontre avec le client et échanges entre avocats consultés), le processus implique l'accomplissement des étapes suivantes :

- ▷ La réunion de préparation du client;
 - ▷ L'entretien préalable entre les avocats pour l'organisation pratique des réunions;
 - ▷ Les rencontres de règlement à quatre avec la signature du protocole pour débiter;
 - ▷ Les débriefings: le débriefing avec le client et entre les avocats;
 - ▷ Les réunions ultérieures de préparation avec le client;
 - ▷ La rédaction de l'entente provisoire ou définitive et partielle ou complète avec la clôture du processus.
-

2.2.6 LE PROTOCOLE

L'article 1741 §1er du Code judiciaire vise les mentions obligatoires du protocole. Outre les principes du droit collaboratif qui y sont rappelés, ce document contient les coordonnées complètes des parties et de leurs conseils et la provision décidée pour les coûts.

La signature du protocole entraîne la suspension de la prescription durant la négociation collaborative. Cette suspension prend fin un mois après (i) la notification de la volonté d'une partie de mettre fin au processus ou (ii) la notification par l'avocat collaboratif ou son client, de la fin de l'intervention de l'avocat.

2.2.7 LE RÔLE DES TIERS

A. Le statut des rapports d'experts

L'article 1744 du Code judiciaire prévoit que l'avis de l'expert auquel les parties font appel est confidentiel et destiné exclusivement à faciliter la recherche d'une solution amiable; cet avis ne peut se prononcer sur le litige concerné par la négociation.

Ainsi, une annexe au protocole sera rédigée pour prévoir les coordonnées de l'expert, les principes de confidentialité, neutralité et indépendance outre la date et la signature des parties, avocats et expert.

Les recommandations faites quant aux tiers spécialistes dans le cadre du processus de médiation sont bien entendu applicables.

B. Les tiers influents et concernés

La place des tiers influents et concernés par le processus de droit collaboratif sera envisagée de la même manière que durant une médiation (cf. supra).

2.2.8 LA RÉDACTION DE L'ACCORD ET SA MISE EN ŒUVRE

Lorsque les parties dégagent un accord complet ou partiel, provisoire ou définitif, les avocats en assurent la rédaction en y mentionnant les coordonnées complètes des parties et de leurs conseils, les engagements précis de chaque partie, la date et la signature des parties et des avocats collaboratifs.

Si l'accord porte sur une contribution alimentaire en vertu de l'article 203§1er C.C., l'avocat sera attentif au fait que son montant sera justifié en reprenant les mentions visées à l'article 1321 §1er Code judiciaire (facultés des parents, budget de l'enfant, frais extraordinaires, modalités d'hébergement, allocations familiales, avantages sociaux et fiscaux, revenus résultant de la jouissance des biens de l'enfant, les circonstances particulières).

Après la signature de l'accord, l'avocat veille à toutes les formalités légales nécessaires à la mise en œuvre de l'accord signé par les parties : enregistrement, transcription, validation de l'accord par un jugement, ...



2.3. L'arbitrage

L'arbitrage est un mode de résolution des conflits par lequel les parties conviennent de faire trancher un différend, de manière contraignante, par un ou plusieurs arbitres.

Ce processus est reconnu par le Code judiciaire (art. 1676 à 1723) mais, s'agissant d'un mode alternatif aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, on ne peut y recourir qu'avec le consentement de toutes les parties concernées et pour autant que le litige soit arbitral.

Généralement, les parties ont recours à l'arbitrage en vue de bénéficier de la compétence spéciale des arbitres dans un domaine particulier ou assez technique. L'arbitrage est également utilisé fréquemment dans les litiges du commerce international, en raison de la neutralité qu'il offre par rapport aux tribunaux judiciaires des Etats dans lesquelles les parties sont établies.

Dans le cadre de cette présentation des différents modes alternatifs de résolution des conflits, seuls les aspects essentiels de l'arbitrage et de son cadre légal sont abordés. L'avocat-stagiaire intéressé est invité à approfondir ses connaissances en se référant notamment aux ouvrages et articles de doctrines repris en bibliographie.

2.3.1. LES LITIGES QUI PEUVENT ÊTRE RÉGLÉS PAR VOIE D'ARBITRAGE

Conformément à l'article 1676 §1 du Code judiciaire, toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage, ainsi que les causes de nature non patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger (c'est-à-dire que les droits litigieux ont un intérêt pécuniaire pour au moins une des parties).

Ainsi, par exemple, les différends liés à l'état des personnes ou des contentieux avec le fisc ne peuvent pas être soumis à l'arbitrage.

Un litige qui est arbitral ne pourra être tranché par un tribunal arbitral qu'à la condition que les parties y consentent, soit parce que la convention qui les lie contient une clause d'arbitrage valable, soit parce que, après la naissance du conflit, elles se sont accordées pour recourir à l'arbitrage.

La convention d'arbitrage est définie à l'article 1681 du Code judiciaire comme « *une convention par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui sont nés ou pourraient naître entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel* ».

La convention d'arbitrage ne nécessite aucune condition de forme. Elle peut être verbale, pour autant qu'elle puisse être prouvée (par toutes voies de droit).

Pour être valable toutefois, il faut que la convention d'arbitrage remplisse les conditions de validité applicables à toute convention, et notamment qu'elle soit conclue par une personne qui a la capacité ou le pouvoir de transiger (art. 1676 §2 du Code judiciaire). S'agissant des personnes morales de droit public, elles peuvent conclure des conventions d'arbitrage en ce qui concerne les différends d'ordre contractuel ainsi que dans d'autres domaines, pour autant que cela soit prévu dans une loi ou un arrêté royal délibéré en conseil des ministres.

Enfin, certaines conventions d'arbitrage sont nulles de plein droit si elles ont été conclues avant la naissance du litige. C'est le cas notamment des litiges qui relèvent de la compétence du tribunal du travail en vertu des articles 578 à 583 du Code judiciaire (art. 1676 §5 du Code judiciaire); des litiges en matière de copropriété (art. 577-4 §4 du Code civil); et des conflits en matière de baux d'habitation bruxelloise (art. 233 § 2 du Code bruxellois du logement ¹⁰).

2.3.2. L'EFFET D'UNE CONVENTION D'ARBITRAGE

Un litige qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage valable échappe à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire. Par ailleurs, la convention d'arbitrage est autonome par rapport à la convention principale ce qui implique que, si le contrat contenant une clause d'arbitrage est nul, cette nullité n'atteint pas automatiquement la convention d'arbitrage (art. 1690 §1 du Code judiciaire).

Si une partie est citée devant un tribunal étatique alors que le litige doit être soumis à l'arbitrage, elle est tenue de soulever un déclinatoire de juridiction in limine litis

(c'est-à-dire avant tout autre moyen de droit). Si elle ne le fait pas in limine litis, on considèrera qu'elle renonce à la convention d'arbitrage et accepte que le différend soit tranché par le tribunal (qui ne soulèvera pas d'office le déclinatoire de juridiction qui ne relève pas de l'ordre public).

Si une partie est attraitée devant un tribunal arbitral et qu'elle conteste la validité ou l'application de la clause d'arbitrage, elle est tenue de soulever in limine litis une exception d'incompétence (art. 1690 §2 du Code judiciaire) sur laquelle le tribunal arbitral devra statuer, soit en même temps qu'en statuant sur le fond du dossier, soit en rendant une sentence sur sa compétence et en sursoyant à statuer pour le surplus. C'est donc le tribunal arbitral qui statue sur sa propre compétence.

Dans l'hypothèse où le tribunal arbitral se déclare incompétent, sa décision peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal de première instance.

Dans l'hypothèse où le tribunal arbitral se déclare compétent, sa décision ne peut faire l'objet d'un recours en annulation qu'en même temps qu'un recours sur la sentence rendue sur le fond du dossier.

2.3.3. LES PRINCIPES ESSENTIELS DE L'ARBITRAGE

L'arbitrage est un processus qui laisse une large place à l'autonomie de la volonté.

Les parties sont libres de faire appel à un arbitre unique ou à un nombre impair d'arbitres (généralement trois) qu'elles peuvent choisir librement pour autant que l'arbitre soit indépendant et impartial (art. 1686 §1er du Code judiciaire).

Les parties sont également libre d'organiser la procédure arbitrale comme elles l'entendent (art. 1700 §1er du Code judiciaire) pour autant qu'elles respectent trois principes essentiels, à savoir l'égalité de traitement des parties, le principe du contradictoire et la loyauté des débats.

Cette triple limite est la seule imposée aux parties qui, pour le reste, peuvent librement décider des moyens de preuve admissibles, de la langue de la procédure arbitrale (ou les langues de la procédure), de l'audition de témoins, de la manière dont les conclusions seront échangées, le droit applicable au fond du litige, etc. A défaut d'accord des parties, le tribunal arbitral peut fixer les règles de procédure applicable à l'arbitrage comme il le juge approprié.

Lorsque les parties se réfèrent aux règles de procédure arbitrale édictées par un centre ou un institut d'arbitrage tel que par exemple le CEPANI (Centre belge d'arbitrage et de médiation) ou la CCI (Chambre de commerce international d'arbitrage), on parle d'un arbitrage institutionnel tandis que lorsqu'elles organisent librement la procédure, dans les limites imposées par le Code judiciaire, on parle d'un arbitrage *ad hoc*.

2.3.4. LA SENTENCE ARBITRALE ET LES RECOURS

La décision rendue par le tribunal arbitral est une sentence arbitrale qui est contraignante pour les parties.

Il s'agit d'un acte juridictionnel écrit qui doit être motivé (art. 1713 §4 du Code judiciaire) et contenir certaines mentions obligatoires (en plus du dispositif): les noms et domiciles des arbitres et des parties, l'objet du litige, la date à laquelle la sentence est rendue, le lieu de l'arbitrage (art. 1713 §6 du Code judiciaire). Par ailleurs, l'article 1713 §6 du Code judiciaire dispose que la sentence arbitrale liquide les frais d'arbitrage, et précise qui doit les payer et dans quelle proportion.

A noter qu'en matière d'arbitrage, à moins que les parties n'en aient convenu autrement, la répétibilité des frais et honoraires des arbitres et des avocats est totale et les barèmes d'indemnité de procédure ne sont pas applicables. Le tribunal arbitral dispose cependant de la possibilité d'apprécier le caractère raisonnable des frais d'avocat exposés par les parties.

Pour pouvoir être exécutée, une sentence arbitrale doit être revêtue de la force exécutoire, sur simple requête adressée au tribunal de première instance. Ce dernier n'octroie la formule exécutoire que si la sentence ne peut plus être attaquée devant les arbitres ou si les arbitres ont ordonné l'exécution provisoire nonobstant appel (art. 1719 du Code judiciaire).

Elle est rendue en dernier ressort et n'est pas susceptible de faire l'objet d'un appel, sauf si les parties ont prévu la possibilité de l'appel dans la convention d'arbitrage (art. 1716 du Code judiciaire), ce qui est exceptionnel en pratique. Dans ce cas, le délai pour interjeter appel est d'un mois à partir de la communication de la sentence (qui peut se faire par e-mail – art. 1678 §1er du Code judiciaire).

L'article 1717 du Code judiciaire dispose que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation, dans les trois mois à dater de la communication de la sentence, par une citation lancée devant le tribunal de première instance du ressort de la Cour d'appel du lieu de l'arbitrage (soit les tribunaux de première instance de Anvers, Bruxelles (francophone et néerlandophone), Gand, Liège et Mons).

Les causes d'annulation sont limitativement visées à l'article 1717, §3 du Code judiciaire :

- ▷ l'incapacité d'une partie à la convention d'arbitrage ou l'absence de validité de la convention d'arbitrage;
- ▷ le fait pour une partie de ne pas avoir été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale ou que, pour une autre raison, cette partie n'a pas pu faire valoir ses droits et pour autant que cette violation des droits de la défense a eu une incidence sur la sentence attaquée;
- ▷ le fait pour le tribunal arbitral d'avoir statué sur un différend non visé par la convention d'arbitrage (le tribunal a statué *ultra petita*);
- ▷ l'absence de motivation de la sentence (exigence d'ordre public dès lors qu'il s'agit d'un acte juridictionnel);

- ▷ le fait que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure suivie ne soit pas conforme à ce qui a été convenu entre les parties pour autant que cette irrégularité a eu une incidence sur la sentence attaquée;
- ▷ l'excès de pouvoir du tribunal arbitral;
- ▷ la contrariété de la sentence avec l'ordre public;
- ▷ le caractère inarbitrable du litige;
- ▷ le fait que la sentence ait été obtenue par fraude.

En vertu de l'article 1717 §6 du Code judiciaire, le tribunal de première instance qui est saisi d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale peut, même d'office, suspendre la procédure en annulation pendant une période dont il fixe la durée, afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre tout autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation. L'objectif est de permettre de remédier à la situation dans tous les cas où cela est possible afin de conserver à l'arbitrage toute son efficacité.

A noter enfin que les parties n'ayant pas leur domicile ou siège en Belgique ou n'ayant pas la nationalité belge mais qui ont choisi la Belgique comme lieu d'arbitrage peuvent renoncer conventionnellement à l'annulation, même après la communication de la sentence (art. 1718 du Code judiciaire).



2.3 La conciliation, tierce décision obligatoire et l'ombudsman

2.3.1 PRINCIPES

La conciliation, la tierce décision obligatoire et l'ombudsman sont trois modes de résolution des différends qui requièrent l'intervention d'un tiers spécialisé dans un domaine de compétence particulier.

Dans le cadre de la conciliation, le tiers suggérera des solutions mais ne les imposera pas. Dans le cadre de la tierce décision obligatoire, la solution proposée par le tiers s'imposera. Pour l'ombudsman, le principe d'indépendance qui existe dans les deux autres modes de résolutions des conflits n'est pas garanti puisqu'il est souvent assumé par le service interne d'une entreprise ou institution.

2.3.2 LA CONCILIATION DEVANT LES TRIBUNAUX

Il est toujours possible de solliciter une conciliation devant les tribunaux. L'article 730/1 du Code judiciaire prévoit en effet que « *le juge favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges* ».

Tous les litiges susceptibles de transaction peuvent être soumis aux magistrats à des fins de conciliation au premier degré de juridiction. Cette demande peut être formulée par requête unilatérale ou contradictoire ou même par demande verbale, comme le prévoit l'article 731 du Code judiciaire.

En sa qualité de conciliateur, le Juge essaiera de rapprocher les points de vue des parties afin qu'une solution (qu'il peut proposer) soit acceptée par les deux parties.

En cas d'absence (ou de non représentation) d'une partie, la conciliation ne peut avoir lieu et il est dressé un procès-verbal de non conciliation. En cas d'accord, le procès-verbal est établi par le juge et revêtu de la formule exécutoire.

A. Le juge de paix

Le juge de paix, sont compétents pour mener les conciliations dans les matières suivantes :

- Les litiges locatifs ;
- Les litiges en matière de copropriété ;
- Les conflits de voisinages ;
- Tous les litiges dont l'enjeu est inférieur à 5.000€ hors litige attribué à la compétence d'un autre tribunal.

B. Le tribunal de la famille

Devant le tribunal de la famille, une chambre spécifique a été mise en place pour les conciliations. Il s'agit de la chambre de règlement amiable (CRA) instituée comme sous-section du tribunal de la famille.

Le litige peut être renvoyé à tout moment devant cette chambre qui fonctionne plus ou moins bien selon les arrondissements judiciaires. Le Code judiciaire impose aux tribunaux de la famille de fournir une information aux parties concernant les modes alternatifs de résolution des conflits et en particulier de la chambre de règlement amiable mais le recours à la conciliation préalable n'est pas obligatoire.

C. Le tribunal du Travail

La conciliation est obligatoire lorsqu'elle porte sur une contestation visée à l'article 578 du Code judiciaire. Pour faire bref, cet article vise principalement les litiges liés au contrat de travail au sens large.

Pour de plus amples explications concernant cette matière, référez-vous à votre syllabus de procédure civile.

D. Le tribunal de l'entreprise

Au tribunal de l'entreprise, aucune disposition spécifique concernant la conciliation n'est prévue. Les articles 730/1 et 731 trouveront donc à s'appliquer de façon différente devant chaque juridiction.

E. La conciliation menée par les experts

La conciliation menée par les experts sur base d'un mandat judiciaire est toujours incluse dans leur mission, selon l'article 977 du Code judiciaire. Le Code judiciaire ne contient pas de précision quant à la manière de mener cette conciliation. En pratique, il arrive souvent que l'expert convoque les parties et leur conseil en vue de tenter de les concilier. Rien n'est précisé en ce qui concerne la confidentialité de cette réunion et des négociations éventuelles qui en découlent.

Généralement, au cours de cette tentative de conciliation, l'expert expose ses premières conclusions et formule une proposition de répartition des responsabilités qui mène à des négociations sur positions entre parties. Il est cependant à noter que la conciliation ne mène pas nécessairement à une transaction car des concessions réciproques ne sont pas indispensables puisque l'expert peut se contenter de valider la position d'une partie.

Lorsque les parties se concilient dans ce cadre, un accord amiable est rédigé (appelé constat de conciliation), soit lors de la réunion de conciliation par l'expert avec le concours des avocats soit ultérieurement, à l'initiative des avocats.

En cas d'échec de la conciliation, un délai est habituellement laissé aux parties pour émettre une ultime note de faits directoires avant le dépôt des conclusions de l'expert. Il est à noter que s'il a été convenu que la proposition de conciliation avait un caractère confidentiel, les notes de faits directoires ne pourront s'y référer.

F. La tierce décision obligatoire

La tierce décision obligatoire est un processus consensuel par lequel les parties mandatent un tiers, qui n'est ni arbitre ni juge, afin qu'il se prononce sur un ou plusieurs points litigieux par le biais d'une décision qui tiendra lieu de loi entre les parties à l'instar d'un contrat (article 1134 du Code civil).

Ce concept n'est défini ni dans le Code judiciaire ni dans le Code civil. L'idée qui préside au recours à ce mode contractuel de résolution des conflits réside dans la volonté de d'apporter une solution définitive à tout ou partie du différend qui les oppose.

Elle peut découler d'un processus de médiation ou de droit collaboratif ou même d'une conciliation lorsque les parties décident de confier à un tiers la mission de les départager sur un point technique précis. Il sera donc opportun de bien faire la différence entre le recours à l'éclairage d'un expert dans le cadre d'une expertise amiable non obligatoire (un simple avis) et celui de la tierce décision obligatoire car la mission confiée au spécialiste du point à examiner devra être explicite sur la valeur qui sera donnée à son avis.

Selon un courant de doctrine, la tierce décision obligatoire se distingue de l'arbitrage en ce que l'arbitrage concerne les litiges purement juridiques, ce qui n'est pas nécessairement le cas de la tierce décision obligatoire qui porte sur des questions techniques et factuelles. Il en résulte que l'arbitre désigné est souvent un juriste spécialisé dans une matière juridique bien précise tandis que le tiers décideur est un technicien. Il est cependant difficile de distinguer les aspects factuels des aspects juridiques d'un litige. La plupart des litiges soumis aux tribunaux ont en effet pour origine des contestations factuelles et non pas juridiques (car les principes de droit évoqués ne sont pas contestés).

La plus grande différence entre ces deux FARL réside surtout dans le fait que l'arbitrage est régi par le Code judiciaire tandis que la tierce décision obligatoire trouve son fondement dans l'article 1134 du Code civil et présente un haut degré de liberté et d'autonomie.

G. L'ombudsman

Le mot « *ombudsman* » vient du suédois et signifie « *médiateur, défenseur, protecteur* ». De nombreuses entreprises de droit public ou privé d'une certaine importance, en application de la loi ou de façon spontanée mettent en place ce service en leur sein ou confie sa gestion à une entité indépendante.

En pratique, il s'agit d'un guichet destiné à recevoir les doléances et réclamations des utilisateurs, une sorte de « *bureau des réclamations* ».

Le site www.ombudsman.be qui regroupe les services de différents ombudsman sur une seule plateforme (médiateur fédéral, médiateur télécom, médiateur de l'énergie...) clame l'indépendance et l'objectivité du service mais ne peut la garantir puisque l'ombudsman (service gratuit) est souvent rémunéré par la partie à l'encontre de laquelle la plainte est déposée. Ces services ne permettent en outre aucun choix de la personne qui traitera le dossier de plainte déposé.

Il est encore à noter que l'ombudsman peut formuler des recommandations non contraignantes.

3. Conclusion

La place des « *MARC* » ou « *FARL* » dans le monde judiciaire et plus particulièrement la profession d'avocat constitue une nouvelle réalité à laquelle la mise en place de ce cours qui lui est spécifiquement dédié renvoie explicitement.

L'avocat qui ignore l'existence de ces *MARC* ou ne peut informer correctement son client à leur propos manque à ses obligations déontologiques et légales.

Et pourtant, lors de la rédaction de ce syllabus, le recours aux *MARC* reste extrêmement marginal, sans doute à cause de l'ignorance de leurs atouts et de la peur engendrée par cette ignorance.

Afin de permettre un choix libre et éclairé et une responsabilisation accrue des clients quant aux moyens légaux leur permettant de résoudre un litige, il est important pour chaque avocat d'être complètement documenté à ce propos car *l'ignorant n'est pas libre !*

POUR EN SAVOIR PLUS BIBLIOGRAPHIE NON EXHAUSTIVE

Arbitrage

CAPRASSE O., « *Le droit de l'arbitrage après la loi 'pot-pourri IV'* », in Modes alternatifs de résolution des conflits, réformes et actualités, CUP, Anthemis, 2017, p. 101.

CAPRASSE O., « *Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage* », in Actualités en droit judiciaire, CUP, vol. 145, Larcier, 2013, p. 402.

DAL M., « *Les recours contre les sentences arbitrales en droit belge* », in L'arbitre et le juge étatique. Etudes de droit comparé à la mémoire de Guisepppe Tarzia, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 345.

DAL M., « *La nouvelle loi sur l'arbitrage* », J.T., 2013, p.785.

KEUTGEN G. et DAL G.-A., L'arbitrage en droit belge et international, 3ème ed., Bruxelles, Bruylant, 2015.

Droit collaboratif

BOUDART A.-M. et BLITZ M., « *Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire – Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres MARC's* », J.T., 2019, p. 209.

BOUDART A.-M., Droit collaboratif, Bruxelles, Larcier, 2018.

BOUDART A.-M. et VANDER STOCK C., « *Le droit collaboratif à l'aube de sa reconnaissance légale ?* », in Modes alternatifs de résolution des conflits, réformes et actualités, CUP, Anthemis, 2017 p.75.

VANDER STOCK C., « *Le modèle belge de droit collaboratif* », in De la prévention à la résolution des conflits en copropriété, Bruxelles, Larcier, 2013.

Médiation

CRUYPLANTS J, GONDA M et WAGEMANS M, Droit et pratique de la médiation, Bruxelles, Bruylant, 2008.

SMETS-GARY C. et BECKER M., Médiation et techniques de négociation intégrative : approche ne matière civile, commerciale et sociale, Bruxelles, Larcier, 2012.

KOURILSKY F., « *Du désir au plaisir de changer* », DUNOD, 2014.

VAN LEYNSEELE P., « *La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ?* », J.T., 2018, p.878.

VAN LEYNSEELE P., « *Réflexion sur le rôle du juge dans l'envoi en médiation* », J.T., 2016, p.203.

VAN LEYNSEELE P., « *La Med-arb et ses dérivés. Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace* », in Liber amicorum Georges-Albert Dal, Bruxelles, Larcier, 2013, p.833.

Ouvrage collectif : Les états généraux de la médiation, Actes du colloque du 15 octobre 2015, Anthémis, 2015.

Divers

KHOL B. et RIGOLET A., « *La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges* », in Modes alternatifs de résolution des conflits, réformes et actualités, Anthemis, 2017.

KUYPER G. et VAN ROOST P., « *Vers un nouveau rapport entre l'avocat et son client. Aspects économiques, stratégiques et humains* », in La médiation autrement, Les Dossiers du J.T., vol. 109, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 173.

MORIN E., Introduction à la pensée complexe, 2005.

WATZLAWICK P., une logique de la communication, Point essai n°102, 2014.

Sites intéressants

www.avocats.be une alternative au conflit.

Barreau de Bruxelles comment résoudre mon conflit ?

Barreau de Charleroi les modes alternatifs de règlement.

Barreau de Liège la médiation, la participation active de tous à la solution.

Commission fédérale de médiation

a.

AVOCATS.BE