

INTRODUCTION AUX MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

En est-il parmi vous qui aiment Pink Floyd ?

En est-il parmi vous qui aiment Michelangelo Antonioni ?

Si oui, il en est sans doute parmi vous qui se souviennent du film *Zabriskie Point*, que le second tourna en 1970 sur une musique des premiers.

Peut-être se souviennent-ils de cette scène fabuleuse où, sur une musique complètement psychédélique, Mark Frechette et Daria Halprin, les héros du film, se roulent dans les sables de la Vallée de la Mort dans un délire lysergique. *Careful with that axe, Eugene !*

Le site dans lequel cette scène a été tournée s'appelle *la palette du peintre*. Il s'agit d'une dune dont les sables présentent toutes les tonalités de l'ocre, du vert pâle au brun foncé, en passant bien sûr par le jaune et le rouge.

Ce site évoque toujours, pour nous, le premier comportement qu'un avocat doit avoir lorsqu'il reçoit un client.

Face au problème posé, il n'y a jamais une bonne solution. Il en est toujours plusieurs et l'une des premières missions de l'avocat est, précisément, de choisir, avec son client, la voie qui paraît la plus appropriée à la solution du problème qu'il vient de poser. C'est d'ailleurs en raison de cette réflexion que nous préférons l'appellation *modes appropriés de résolution des conflits* à celle, plus couramment usitée, de *modes alternatifs de règlement des conflits*.

La recommandation d'AVOCATS.BE du 9 mai 2005 en matière de médiation ne précise-t-elle d'ailleurs pas que :

« Considérant que les trois missions traditionnelles de l'avocat sont le conseil, la conciliation et la défense en justice ;

Considérant que la médiation, entendue comme un processus permettant aux parties de régler elles-mêmes un différend qui les oppose, à l'intervention d'un tiers, doit être encouragée par le barreau ; que la médiation peut en effet contribuer à favoriser l'accès à la justice, et qu'elle assure en outre la paix sociale, dans la mesure où elle permet la reprise du dialogue entre les parties et d'aboutir, en tenant compte de leurs droits respectifs, à un accord émanant des parties elles-mêmes, au lieu d'une décision qui leur est imposée ;

Considérant que l'avocat est en mesure, par sa formation, sa déontologie et son expérience de la maîtrise des conflits, d'amener les parties à un règlement équilibré et équitable de leurs différends ;

Considérant qu'à de nombreuses reprises, essentiellement pour les raisons mentionnées ci-dessus, l'Union européenne a encouragé le recours à la médiation et l'intégration de celle-ci dans les arsenaux législatifs des différents États membres ;

Considérant que la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation (publiée au Moniteur belge du 22 mars 2005) ajoute à ce code une septième partie, intitulée « La médiation » qui définit les règles applicables aux médiations judiciaires et extrajudiciaires ; que cette nouvelle loi fournit aux avocats une possibilité complémentaire d'intervenir soit en qualité de conseil de clients qui participent à une médiation soit de médiateur ou de co-médiateur ;

L'assemblée générale de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone adopte la recommandation suivante :

Il est recommandé aux avocats d'examiner avec leurs 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 » (souligné par nous).

Pour bien toucher du doigt cette réalité, nous vous proposons un petit exercice. Il s'agit d'un petit jeu, tels ceux que l'on retrouve souvent dans nos quotidiens en juillet et en août, sous la rubrique « jeux d'été ». Relier six questions à six réponses.

Nous allons vous décrire six casus, tirés d'affaires réelles. Et nous vous proposerons de choisir, pour chacun d'eux, le mode de résolution des conflits qui vous paraît le plus approprié : procédure judiciaire classique, arbitrage, tierce décision obligatoire, médiation, négociation/transaction (ou leurs nouvelles variantes : le droit collaboratif et la procédure participative), ou *mini trial*.

Certaines de ces procédures vous sont évidemment bien connues, d'autres moins. Mais n'entrons pas à ce stade dans les définitions. Nous aurons le temps de les approfondir ensuite.

- Voici donc mon premier cas :

Monsieur O. O. est joueur de football professionnel. Lors d'une rencontre, à la suite d'une glissade, il retombe malencontreusement sur un adversaire. L'arbitre y voit un geste volontaire et l'exclut immédiatement. Les images montreront, par la suite, que le geste était réellement involontaire et que c'est à son corps défendant qu'en essayant d'éviter son adversaire O. O. est retombé sur lui. Malgré ces circonstances, il écope de deux matches de suspension ferme. Il décide de se pourvoir en appel contre cette sanction, qu'il estime injustifiée. Mais le dimanche suivant, peut-être énervé par cet incident, O. O. se rend coupable, sur un autre adversaire, d'une agression véritablement scandaleuse. Il est à nouveau exclu, il comparaît à nouveau devant le Comité de discipline de l'Union belge et écope à nouveau d'une peine de suspension pour deux matches, qui paraît, cette fois, bien empreinte de mansuétude. Sur ces entrefaites, la première décision est confirmée en appel

et, les deux comités ne s'étant pas concertés, il apparaît que la première suspension vaut pour les matches 13 et 14 et la seconde pour les matches 14 et 15. O. O. est donc suspendu deux fois pour le même match. Comment interpréter et combiner ces deux décisions ? Faut-il considérer qu'il n'est, au final, suspendu que pour trois matches ? Faut-il, au contraire, considérer que la seconde suspension se reporte automatiquement, et qu'il est ainsi suspendu également pour le match 16, qui est, précisément, Standard - Anderlecht ?

Il est évidemment plus qu'urgent de faire trancher le litige, puisqu'il ne reste que quelques semaines avant ce match important. Le joueur, son club et l'Union belge campent sur leur position respective. Monsieur O. O. vient vous consulter. Quelle solution allez-vous lui proposer ?

- **Le deuxième cas est plus classique :**

Monsieur et Madame *Dépités* ont fait construire une habitation unifamiliale. Ils se sont adressés à un entrepreneur bien connu dont les initiales sont *T.P.* (comme *Tout pour plaire*).

En vue de la réception provisoire, un conflit survient. D'une part, l'entreprise *T.P.* estime que des suppléments lui sont dus. D'autre part, Monsieur et Madame *Dépités* font valoir un certain nombre de manquements et malfaçons. Les questions paraissent essentiellement techniques, si bien que le recours à un expert paraît relativement indispensable.

- **Le troisième cas concerne une association d'avocats, que nous appellerons *Satiris* :**

Elle est composée de plusieurs entités. Différentes initiatives ont été prises pour assurer la promotion de l'ensemble. Lorsque vient le moment de se répartir les frais, un conflit éclate entre les différents avocats qui s'en étaient occupés. D'une part, la clé de répartition des frais est contestée. D'autre part, certains reprochent à d'autres d'en avoir fait plus que ce qui était nécessaire et d'avoir, ainsi, exposé des frais inutiles. Les avocats responsables de ces questions ne parviennent pas à résoudre leur opposition. Les Conseils d'administration des trois entités non plus.

- **Le quatrième cas est encore emprunté au domaine de la construction :**

Il s'agit, à nouveau, de deux jeunes époux, Monsieur et Madame *Bienaiifs*, qui ont fait appel à un promoteur, la société *Coordino* pour la construction de leur immeuble. Mais, dans ce cas-ci, sur le plan contractuel, les choses ont été présentées différemment. Le promoteur n'a pas accepté d'endosser cette qualification. Il s'est présenté comme un simple coordinateur des travaux, une sorte de courtier, qui, contre une rémunération fixe, mettait en relation ses clients avec un architecte, d'une part, différents entrepreneurs, d'autre part. Des contrats distincts ont donc été passés entre les maîtres de l'ouvrage et les architecte et entrepreneurs. Le conflit qui survient est du même ordre que celui qui opposait Monsieur et Madame *Dépités* à l'entreprise *T.P.* Quelques contestations quant à la prise en charge de suppléments et des réclamations pour manquants et malfaçons.

S'y ajoutent aussi quelques contestations relatives au non respect des délais et, donc, à une indemnisation pour le retard avec lequel les lieux ont été mis à disposition des maîtres de l'ouvrage. Enfin, la qualification du contrat qui lie les époux *Bienaiifs* à l'entreprise *Coordino* paraît plus que discutable...

- **Quant au cinquième cas :**

Il se meut aussi dans le domaine de la construction. Une association momentanée s'est créée entre deux entreprises, *Aux bons amis* de Flémalle, d'une part, *VCVG* de Charleroi, d'autre part, en vue d'obtenir un marché public. Les deux entreprises n'ont pas vraiment les mêmes spécialisations. Au contraire, celles-ci sont complémentaires, et c'est cette complémentarité qui leur a permis d'obtenir le marché. Tout naturellement, elles se le répartissent donc, chacun prenant en charge les prestations qui font partie de sa sphère de spécialisation. Mais il apparaît rapidement que le découpage qui est intervenu est beaucoup plus favorable à *Aux bons amis* qu'à *VCVG*. La première accumule les bénéfices, tandis que la seconde est plutôt en pertes.

La seconde demande un rééquilibrage du marché, mais la première fait la sourde oreille. La seconde commence dès lors à traîner des pieds, à accumuler du retard dans la transmission des informations qu'elle doit communiquer à la première, et à mettre en péril, non seulement la bonne exécution par la première de la partie de marché qui lui revient, mais même la bonne exécution du marché tout court. La première s'en inquiète et, après différentes mises en demeure, elle vient vous consulter afin de déterminer quelle est la meilleure voie à adopter.

- **Le sixième et dernier cas se situe dans le domaine de l'environnement**

Monsieur *Bruillant* exploite, depuis une vingtaine d'années, dans un petit hameau de la région de Verviers, une salle pour banquets. Il l'a aménagée sur la base d'un permis d'urbanisme qui ne faisait mention que de son intention d'apporter des transformations à une vieille ferme, sans en donner précisément la nouvelle affectation. Son exploitation s'est bien développée. Presque tous les week-ends, il loue sa salle pour des banquets, des mariages, des communions, des soirées,...

Ses voisins ne le supportent plus. Ils dénoncent diverses nuisances.

Monsieur et Madame *Plasside* se plaignent surtout du bruit. Leur immeuble est contigu à celui de Monsieur *Bruillant*. Le bruit de la sono les incommode énormément, spécialement quand, le soir, des portes ou fenêtres sont ouvertes. Ils dénoncent aussi les activités qui ont lieu en plein air, particulièrement quand certaines activités s'effectuent sous chapiteau (ou tonnelles) ou quand un château gonflable est monté.

Monsieur et Madame *Embouteyé* dénoncent aussi les inconvénients liés au charroi automobile. Le parking de la salle se trouve au bout d'une venelle qui ne supporte pas de croisement. Des voitures tentent d'y accéder, constatent qu'il est complet, repartent en

marche arrière, tempêtent, etc.

Comme il y a souvent plus de cent cinquante personnes qui participent à des activités (ce qui impliquerait la délivrance d'un permis d'environnement, qui n'a pas été sollicité), les autres habitants du hameau se plaignent aussi du stationnement sauvage, des comportements grivois de certains des visiteurs et des déchets qu'ils abandonnent un peu partout.

Vous êtes consultés par le comité des habitants du Hameau. Que leur conseiller ?

Pour suivre :

- interpellation des étudiants à propos de chacun des six cas, successivement, en leur proposant d'indiquer à quelle solution ils recourraient et pourquoi ?
- discussion avec eux de ce qu'ils ont choisi et proposition, *in fine*, de retenir les méthodes suivantes :
 - pour l'affaire O.O., l'arbitrage : explication de la solution qui est intervenue ;
 - pour l'affaire *Dépités* contre *T.P.* : la tierce décision obligatoire : explication de la méthode qui a été retenue et du résultat auquel on a abouti ;
 - pour l'affaire *Satiris* : le *mini trial* : explication du processus mis en place et le résultat auquel on a abouti ;
 - pour l'affaire *Bienaiifs - Coordino* : la procédure judiciaire classique : explication de la raison pour laquelle on a retenu cette solution ;
 - pour l'affaire *Aux bons amis - VCVG* : la médiation : explication du choix et du résultat auquel on a abouti.
 - Pour l'affaire de la salle de banquet : la négociation / transaction (ou le droit collaboratif/procédure participative) : explication du choix et du résultat auquel on a abouti.

1. La procédure judiciaire classique et la conciliation (judiciaire)

- 1.1. Le pouvoir de rendre la justice est une attribution exclusive de l'État, ce qui entraîne deux conséquences fondamentales :
- monopole de l'État : aucune autre autorité que les cours et tribunaux légalement institués ne peut rendre la justice au moyen de décisions ayant autorité de chose jugée et force exécutoire (exception : l'arbitrage, mais exception partielle, car conditions d'arbitrabilité et absence de force exécutoire) ;
 - l'État doit obligatoirement rendre la justice lorsqu'elle lui est demandée (dénier de justice)¹.

Les caractères fondamentaux du service public de la justice sont l'égalité, la gratuité, la permanence, le formalisme, l'efficacité, l'indépendance et l'impartialité. Ces traits essentiels doivent bien sûr être appréciés en tenant compte de « l'encadrement européen du service public de la justice » dans la mesure où les traités des Communautés européennes et surtout la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales formulent des normes qui ont prévalence sur le droit interne².

Le droit commun de la procédure belge est contenu dans le Code judiciaire en vertu de son article 2.

Le juge tranche en appliquant le droit, ce qui aboutit presque inévitablement au schéma « gagnant-perdant ».

1.2. La **conciliation** est un mode pacifique de règlement des différends grâce auquel les parties s'entendent soit directement, soit par l'entremise d'un tiers, pour mettre un terme à leur litige.

Ainsi, des parties en conflit peuvent envisager une conciliation grâce à l'intervention d'un tiers qui utilisera tous les moyens en vue de trouver un accord entre lesdites parties. Il n'y a pas de règles spécifiques encadrant la conciliation pratiquée par des tiers qui ne sont ni juges, ni experts judiciaires.

En effet, dans notre Code judiciaire, la conciliation n'est envisagée que moyennant l'intervention d'un tiers : le *juge* (art. 731 du Code judiciaire) ou l'*expert* (art. 977 du Code judiciaire).

1.2.1. La conciliation judiciaire

Il n'entre pas uniquement dans la mission du juge de juger, mais aussi de concilier les parties.

a) La conciliation judiciaire, c'est-à-dire menée par le juge, peut être exercée **préalablement** à la demande introductive d'instance (art. 731 du Code judiciaire)

¹ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993, p. 23.

² *Ibid.*

Cette procédure présente des avantages de simplicité, d'économie et d'efficacité :

- simplicité et souplesse : aucun formalisme ; une simple lettre au greffe, même une demande verbale suffisent (art. 732 du Code judiciaire). Les parties comparaissent donc devant le juge, exposent leurs prétentions et griefs et, sans autres formes, reçoivent les avis du magistrat ;
- économie : non seulement la demande de conciliation est introduite par une requête informelle ou même verbalement, sans droit de rôle, mais en outre le procès verbal n'ouvre pas le droit à la perception d'un droit d'enregistrement puisqu'il ne contient pas de condamnation ;
- effets du procès verbal d'accord, qui n'est pas un acte juridictionnel comme le jugement d'accord (art. 1043 du Code judiciaire), mais qui est assimilé à un accord authentique revêtu de la formule exécutoire : autorité de chose jugée (= effet obligatoire de l'accord entre parties), authenticité (= vérité), force exécutoire (= possibilité d'exécution).

L'accord éventuellement dégagé est acté dans un procès-verbal établi par le juge et revêtu de la formule exécutoire (art. 733 du Code judiciaire).

Le juge homologuant n'est pas un simple préposé au tampon. Après avoir exercé un contrôle de légalité (notamment l'accord a-t-il été valablement conclu et n'est-il pas contraire à l'ordre public ?), il constate les termes de l'accord dans un procès verbal et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire. Le recours consiste en une procédure au fond : un recours en annulation, n'importe quel moyen pouvant être invoqué.

En principe, la conciliation préalable est facultative et parfois, elle est expressément organisée par la loi (exemples : bail commercial, art. 30 de la loi du 30 avril 1951 ; divorce pour désunion irrémédiable, art. 1255, § 6, du Code judiciaire). Dans certains cas, elle est imposée expressément par la loi (exemples : bail à ferme, art. 1345 du Code judiciaire ; contrat de travail, art. 734 et 578 du Code judiciaire ; le crédit hypothécaire, art. 59 de la loi du 4 août 1992). Le non respect de la conciliation préalable obligatoire est sanctionné à peine de nullité. Il s'agit d'une nullité relative.

En principe, l'appel en conciliation n'interrompt pas la prescription (avec nuances toutefois en cas de conciliation obligatoire, art. 1345, al. 2, du Code judiciaire ou en cas de conciliation facultative organisée par la loi, art. 30, *in fine*, de la loi sur les baux commerciaux où la requête en conciliation produit les effets d'une citation à condition que celle-ci soit donnée dans un certain délai -30 jours- à dater du procès-verbal de non conciliation).

En réalité, la conciliation préalable est relativement peu utilisée et lorsqu'elle est obligatoire, elle apparaît souvent comme une simple formalité (voyez la matière de contrat de travail, par exemple). Pourquoi ? Diverses raisons sont invoquées : rigidité judiciaire (cadre judiciaire austère) ; le juge n'est ni armé, ni formé dans la matière relationnelle et même s'il l'était, il manque de temps et de disponibilité ; manque de confidentialité devant un juge appelé à trancher le litige en cas d'échec de la conciliation, ...

Sur la question de l'impartialité d'un juge conciliateur amené à statuer au fond en cas d'échec de la conciliation (voy. l'art 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

qui consacre le droit de chaque citoyen à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial ; les articles 304 (interdiction d'être à la fois juge et partie), 293 (incompatibilités) et 828 (récusation) du Code judiciaire, il faut nuancer selon que le juge se contente de rechercher un terrain d'entente ou s'investit dans la recherche d'une solution. Le juge conciliateur n'est pas nécessairement disqualifié pour trancher le litige, en cas d'échec de la tentative de conciliation ; il ne le sera que dans la mesure où il aura manifesté une prise de position sur le fond. La Cour de cassation a en effet décidé que le juge amené, lors d'une conciliation, à donner une information à une partie sur la possibilité d'introduire une action ne peut être récusé dans le cadre d'une procédure contentieuse introduite ultérieurement devant lui au motif qu'il aurait donné un conseil à cette partie³.

b) La conciliation peut aussi être exercée par le juge **pendant** le cours du procès. Même si le Code judiciaire ne le prévoit pas expressément, la conciliation fait actuellement fondamentalement partie de l'office du juge⁴.

En France, l'article 21 du nouveau Code de procédure civile prévoit qu'« *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* » et dispose dans le titre VI « La conciliation » (art. 127 à 131) que « *les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance* ».

Il entre donc dans la mission normale dévolue au juge de tenter de régler amiablement les litiges dont il est saisi, pendant tout le cours du procès. Si un accord intervient dans le cours du procès, il est reproduit par le juge en la forme d'un jugement (art. 1043 du Code judiciaire). Le jugement d'accord ne peut faire l'objet de recours sauf si l'accord n'a pas été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 à 801, s'il y a lieu. Il faut rappeler que la tierce opposition est toujours possible dans le chef des tiers lésés (art. 1122 à 1131 du Code judiciaire).

1.2.2. La conciliation exercée par l'expert judiciaire

Enfin, l'**expert judiciaire** pratique aussi la conciliation.

En effet, le Code judiciaire prévoit en son article 977 que « L'expert tente de concilier les parties. Si les parties se concilient, l'expert constate que son expertise est devenue sans objet. Les parties peuvent agir conformément à l'article 1043 ». Les parties peuvent donc solliciter du juge un jugement d'accord.

2. La médiation

2.1. Il n'y a pas de définition universelle de la médiation et, qui plus est, le vocable *médiation* recouvre des réalités fort différentes selon les disciplines dans lesquelles elle se pratique,

³ Cass., 24 juin 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 307 ; I. BRANDON, « L'office du juge dans la conciliation », *op. cit.* ; G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *Droit du contentieux*, Formation permanente CUP, vol. IV, 1995, pp. 100 - 102 ; M. VERRYCKEN, « Le juge de paix conciliateur », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, *op. cit.*, pp. 299 - 306.

⁴ « *Les textes qui font l'objet de ce chapitre n'empêchent pas le juge de faire une tentative de conciliation tant au cours des débats qu'avant la clôture de ceux-ci, lorsqu'il l'estime opportun* » F. HERMANS, « Rapport fait au nom de la Commission de la Justice », *Doc. parl.*, Chambre, 1^{er} juin 1967, sess. 1966-1967, doc. 59/49, p. 122.

même si le point commun de toute médiation est la recherche d'une ou plusieurs solutions négociées⁵.

En bref, quatre grands types de médiation ont été distingués⁶ :

- la médiation politique, qui s'exerce au niveau international⁷ ou au niveau national⁸ ;
- la médiation citoyenne⁹ ;
- la médiation judiciaire, civile¹⁰ ou pénale¹¹ ;
- la médiation institutionnelle, qui est un processus alternatif de règlement des conflits entre les institutions publiques et les administrés. Elle est exercée, soit sous forme de contrôle interne ou médiation administrative¹², soit sous forme de contrôle externe. Tel est le cas du médiateur fédéral ou ombudsman, qui relève du pouvoir législatif¹³. On peut aussi citer d'autres médiateurs institutionnels, tels le médiateur de la Région wallonne¹⁴, le récent service du médiateur de la Communauté française¹⁵, le service de médiation flamand¹⁶, ainsi bien sûr que différents services d'ombudsman mis en place en application du livre XVI du Code de droit économique, dont celui d'AVOCATS.BE¹⁷.

Dans la présente formation, c'est de médiation au sens de la septième partie du Code judiciaire, à l'exclusion de la médiation de dettes et de la médiation pénale, dont il sera

⁵ C. VERBRAEKEN et F. VINCKE, *op. cit.*, p. 161 ; F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *Ann. dr. Louvain*, 1996, p. 87 ; R.O. DALCQ et P. VAN LEYNSEELE, « La médiation », *J.T.*, 1999, p. 233.

⁶ P.-Y. MONETTE, « De la médiation comme mode de résolution des conflits et de ses différentes applications », *A.P.T.*, 1999, p. 30 et s.

⁷ Par exemple, les ambassadeurs.

⁸ Par exemple, en Belgique, le Roi.

⁹ Elle a émergé par la volonté des citoyens de résoudre leurs conflits autrement : médiation familiale, médiation conjugale, médiation scolaire, médiation civile et commerciale, médiation de quartier, médiation de la presse, médiation journalistique, ...

¹⁰ On relève, dans le Code judiciaire, la médiation de dettes, réglementée par les articles 1675/2 à 1675/19 du Code judiciaire, introduits par la loi du 5 juillet 1998, *M.B.*, 31 juillet 1998. A voir aussi la septième partie du Code judiciaire (art. 1724 à 1737) introduisant la médiation comme mode de règlement des conflits (loi du 25 février 2005, *M.B.* 22 mars 2005).

¹¹ La médiation pénale a été insérée à l'article 216ter du Code de procédure pénale par la loi du 10 février 1994. La médiation pénale porte mal son nom, car, d'une part, elle apparaît, si certaines conditions sont remplies, comme un mode d'extinction conditionnelle de l'action publique et donc comme une alternative aux poursuites (en bref, il faut que le prévenu soit majeur, qu'il soit en aveu, que le ministère public considère que les faits ne sont pas de nature à être punis d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de 2 ans ou d'une peine plus lourde, qu'aucun tribunal ou juge ne soit saisi, que le prévenu soit d'accord, de même que la victime s'il s'agit d'une médiation entre parties). D'autre part, c'est le procureur du Roi, qui n'est pas un tiers indépendant, qui initie la médiation. Ce n'est que quand le parquet transmet le dossier à un assistant en médiation que le tiers devient « extérieur ».

¹² On peut également citer ici, car leurs missions et leurs prérogatives sont comparables, les médiateurs auprès des entreprises publiques (ombudsman de l'Association belge des banques, ombudsman de l'Union professionnelle des entreprises d'assurances, les médiateurs auprès de la Poste, de la S.N.C.B., de Belgacom,...) : ce sont des conciliateurs spécialisés chargés de traiter des plaintes de consommateurs. C'est la partie qui fournit les services au consommateur qui met elle-même sur pied une procédure de traitement rapide des plaintes, généralement en exécution de dispositions nationales ou communautaires.

¹³ Introduit par la loi du 22 mars 1995 instaurant les médiateurs fédéraux, il reçoit les plaintes des particuliers contre un acte de l'autorité administrative fédérale (art. 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État) et est un organe externe de contrôle. Les médiateurs fédéraux répercutent à la Chambre les dysfonctionnements constatés au sein des administrations, formulent des recommandations et déposent leur rapport annuel à la Commission des pétitions de la Chambre, chargée d'assurer le suivi des recommandations. Sur les médiateurs fédéraux, voy., not., P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection de la Faculté de droit U.Lg., Larcier, éd. 2002, n^{os} 187 à 194.

¹⁴ Décret du 22 décembre 1994, modifié par décrets des 6 février et 26 juin 1997. Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, n^{os} 195 à 202.

¹⁵ Décret du 20 juin 2002, *M.B.*, 19 juillet 2002. Voyez P. LEWALLE, *op. cit.*, n^{os} 202bis à 202sexies.

¹⁶ Il y a auprès du Parlement flamand un médiateur pour la Communauté et la Région flamande (décret du 7 juillet 1998, Vlaams Parlement, 1997-1998, n^o 893-1, p. 2,3). Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, n^{os} 203 à 210.

¹⁷ <http://obfg.ligeca.be/>

question.

La médiation s'avère particulièrement efficace dans tous les différends qui s'inscrivent dans la durée, c'est-à-dire entre personnes qui sont appelées à rester en contact et, de manière générale, lorsqu'il faut régler un problème passionnel (famille, voisinage, milieu de travail, ...) ¹⁸. Habituellement, ces litiges se règlent par un affrontement direct entre des personnes aux intérêts opposés. Les parties portent alors leur différend devant un tribunal ou le confient à un tiers arbitre, dont la décision est finale. Ainsi, la solution ou le règlement est imposé, aboutissant presque inévitablement au schéma « gagnant-perdant ». La médiation rend aux parties la disposition de leur litige et leur permet, par le biais des techniques de communication, de trouver elles-mêmes une solution qui s'inscrira dans un schéma « gagnant-gagnant » ¹⁹. En outre, alors que le juge ou l'arbitre se tournent vers le passé et recherchent fautes, obligations et droits, les solutions négociées permettent aux parties d'aller de l'avant et de prospecter l'avenir à la recherche d'une solution nouvelle. Combien de fois, pour reprendre les termes de Pierre Drai, la justice n'apporte-t-elle pas des solutions mortes à des problèmes morts ?

Enfin, les accords négociés sont de nature à susciter moins de difficultés d'exécution, car les acteurs, trouvant eux-mêmes la solution à leurs problèmes, seront normalement plus enclins à respecter l'accord qu'ils ont construit. En effet, lorsque se dégage une solution consensuelle, c'est-à-dire voulue, souhaitée par les parties elles-mêmes, ces dernières, qui ont directement contribué à son élaboration, en respecteront plus facilement les conditions d'exécution que celles qui seraient imposées par une décision de justice. Elles auront le sentiment d'avoir réellement tranché le fond du litige et non une construction virtuelle qui en est la traduction juridique plus ou moins fidèle.

Intégrant les difficultés réciproques des partenaires, les modes alternatifs, et singulièrement la médiation, permettent d'effacer des conflits avant qu'ils ne naissent. L'entente est négociée volontairement et prévient ainsi les litiges futurs en apprenant aux parties qu'elles peuvent dialoguer. La médiation est donc plus une alternative au contentieux en général qu'à la procédure judiciaire.

2.2. Le cadre légal

Depuis plusieurs années déjà, la médiation s'était trouvée au centre des préoccupations des politiques. Plusieurs propositions de lois avaient été déposées ²⁰, dès avant l'adoption de la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d'une procédure

¹⁸ Not. *La médiation. Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, P.-P. RENSON (éd.), Anthemis, 2008 ; V. D'HUART, « La médiation dans le Code judiciaire », *Chron. not.*, Larcier, vol. XLI, mars 2005, n° 4, pp. 113-114. Sur les services que peut rendre la médiation dans les conflits entre actionnaires, voy. O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », *Le statut des actionnaires. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Larcier, 10/2006, vol. 89, pp. 246 et s.

¹⁹ Voy. not., Ch. JAROSSON, « Le régime juridique de la conciliation », *Gaz. Pal.*, 4-6 octobre 1998, pp. 9 à 10 : « *les objectifs de la conciliation sont simples à exprimer. Ils consistent à prendre en compte le fait que l'intérêt des parties n'est pas nécessairement traduit au mieux par des termes juridiques. La conciliation a pour but de mettre réellement un point final au litige, car contrairement à la décision de justice, elle se solde par un accord des parties et donc par la satisfaction commune de celles-ci, alors que le jugement ne contente au maximum que l'une d'elles et, par delà la solution de droit, laisse souvent subsister la rancœur ...* ».

²⁰ CREYF, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 155 ; DEMEYER, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 479 ; FOURNAUX, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 647 ; MICHEL, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 464.

judiciaire^{21 22}.

Un des objectifs du Plan Thémis pour une administration rapide de la Justice consistait précisément à octroyer une base légale à la médiation en matière civile et commerciale.

« Il est important de créer un mécanisme qui permette au citoyen de résoudre ses litiges sans une intervention judiciaire, ou alors réduite au minimum indispensable. La ministre pense bien évidemment aux litiges de faible importance, mais aussi à ceux qui entraînent de grandes tensions pour les protagonistes. Chercher ensemble une solution offrira davantage de garanties pour l'avenir : les parties ne couperont pas les ponts, mais rechercheront ensemble et de manière constructive une solution qui leur apporte à chacune satisfaction. Le sentiment de frustration qu'éprouve la partie perdante d'un procès est ainsi évité »²³.

La loi du 21 février 2005²⁴ a modifié le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Les dispositions relatives à la médiation ont été introduites dans une nouvelle septième partie du Code judiciaire (art. 1724 à 1737 nouveaux du Code judiciaire). La médiation apparaît ainsi comme un mode de résolution des conflits au même titre que la procédure judiciaire et que l'arbitrage.

Toutes les dispositions relatives à la médiation sont donc désormais concentrées dans un seul et même corps de règles, qui couvrent le large éventail des litiges auxquels la médiation est susceptible de s'appliquer, soit la médiation familiale, les matières commerciales, sociales et les autres matières civiles. Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (anciens art. 734*bis* à 734*sexies* du Code judiciaire) a été abrogée.

La loi n'a pas prévu de définition de la médiation parce que son objectif a été de couvrir un

²¹ M.B., 4 avril 2001. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2001.

²² D'une manière générale, La médiation fait partie de la large panoplie des modes alternatifs de règlement des différends. Les A.D.R. ou M.A.R.C. Plusieurs acronymes désignent les modes alternatifs : les A.D.R. (alternative dispute resolution), les M.A.R.C. (modes alternatifs de règlement des conflits), les M.A.D. (modes alternatifs des différends), les M.A.R.L. (modes alternatifs de règlement des litiges), (...) se sont essentiellement développés aux Etats-Unis, en raison des lenteurs et du coût de la justice qui ont suscité la crainte du recours au système judiciaire. Ils consistent en un ensemble de techniques de règlement des litiges qui se situent en dehors des tribunaux et qui permettent aux parties de régler leurs conflits, tout en maintenant entre elles une communication ou un dialogue (C. VERBRAEKEN et F. VINCKE, « Les méthodes alternatives de règlement des litiges », *J.T.*, 1996, p. 161).

Au Québec, la médiation s'est particulièrement développée dès 1992, inspirée des enseignements de la pratique de la médiation aux Etats-Unis que les Québécois ont adaptée à leurs spécificités locales (L. A. POITRAS, « Les Solutions de Rechange au Règlement de Litiges (SoRRÈL), le projet de conciliation-médiation de la Cour supérieure, où en sommes-nous après six mois ? », *Développements récents en médiation (1995)*, Les Editions Yvon Blais inc., 1995, 68, pp. 1 et s. ; A. SCHNEEBALG et E. GALTON, « Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale », éd. Kluwer, 2002, p. 5).

Pour le détail de l'historique de la médiation, voy. J. Cruyplants, M. Gonda et M. Wagemans, *Droit et pratique de la médiation*, Bruylant, 2008, pp. 3 et s.

En Europe, le mouvement a commencé dès 1990. Au vu de l'intérêt porté sur les A.D.R. par l'Union européenne, le Conseil a invité la Commission à présenter « un Livre vert qui fasse le point de la situation existante et lance une large consultation en vue de préparer les mesures concrètes à prendre » (Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, présenté par la Commission des Communautés européennes, le 19 avril 2002, COM. (2002)196. Ce Livre vert a été suivi d'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (Pierre-Paul Renson analysera cet aspect dans le cadre du cours intitulé « La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et la législation belge applicable en médiation »).

²³ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/7.

²⁴ M.B., 22 mars 2005.

champ d'application le plus vaste possible et d'éviter qu'une définition, même libellée de manière très large, aboutisse à des conséquences non voulues par le législateur²⁵.

On trouve toutefois des pistes dans les travaux préparatoires, qui précisent notamment que la médiation n'est jamais qu'un dialogue entre les parties en conflit, facilité et mené par un tiers, le médiateur²⁶. Le législateur n'a pas voulu interdire aux parties de débattre entre elles du litige et de la solution qu'elles souhaiteraient y apporter et, en ce sens, une médiation au sens le plus large du terme est donc théoriquement toujours possible.

On peut la cibler comme un processus volontaire et confidentiel de gestion des conflits par lequel les parties recourent à un tiers neutre, indépendant et impartial, le médiateur. Le rôle du médiateur est d'aider les parties à élaborer, par elles-mêmes, en toute connaissance de cause, une entente juste et raisonnable qui respecte les besoins de chacun des intervenants²⁷. Le médiateur est donc *dépourvu de tout pouvoir de juridiction* ; on pourrait le qualifier de trait d'union entre parties en conflit.

Si la loi belge n'a pas défini la médiation, en revanche, la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale du 21 mai 2008 contient un article 3, intitulé « Définitions » :

Aux fins de la présente directive, on entend par

a) « médiation », un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un Etat membre.

Elle inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Elle exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige²⁸.

b) « médiateur », tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'Etat membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener.

2.3. Champ d'application de la médiation (médiabilité)

L'article 1724 du Code judiciaire limite la médiation à tout différend susceptible d'être réglé par transaction. Le projet original prévoyait que « Tout conflit peut faire l'objet d'une médiation »²⁹. À regret, cet article a été amendé et, à la suite des discussions intervenues en

²⁵ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/7, p. 21. Il est d'ailleurs rappelé que le Code judiciaire ne donne pas de définition de l'arbitrage ...

²⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 31 janvier 2005, doc 51 0327/012, p. 4.

²⁷ Définition empruntée au règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation (art. 1).

²⁸ Ce renvoi permet de distinguer médiation et conciliation : la médiation est nécessairement confiée à un tiers, tandis que la conciliation relève du juge G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 52.

²⁹ Comme le relèvent plusieurs auteurs, cette formulation était davantage en harmonie avec l'objectif poursuivi par le législateur qui, ce faisant, aurait clairement déplacé le contrôle de l'ordre public du stade de l'introduction de l'instance à

commission, il est apparu opportun de préciser le champ d'application des nouvelles dispositions. Dans un souci de sécurité juridique, le législateur a ainsi limité la médiation aux conflits susceptibles d'être réglés par transaction. Par ailleurs, il a aussi expressément visé les litiges visés par la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale³⁰. Ainsi, l'énumération ajoutée est reprise textuellement de ladite loi du 19 février 2001, par ailleurs abrogée.

Il s'agit des conflits relatifs aux obligations qui naissent du mariage ou de la filiation (art. 203 à 211 du Code civil), aux droits et devoirs respectifs des époux (art. 212 à 224 du Code civil), aux effets du divorce (art. 295 à 307*bis* du Code civil), à l'autorité parentale (art. 371 à 387*bis* du Code civil), à la cohabitation légale (art. 1475 à 1479 du Code civil), au divorce pour désunion irrémédiable (art. 1254 à 1286*bis* du Code judiciaire), par consentement mutuel (art. 1287 à 1304 du Code judiciaire), à la séparation de corps (art. 1305 à 1308 du Code judiciaire) et à la conversion de la séparation de corps en divorce (art. 1309 et 1310 du Code judiciaire), ainsi que les conflits découlant de la séparation de fait.

Il est important de relever que la loi du 18 juillet 2006³¹ a modifié l'article 387*bis* du Code civil. Le nouvel alinéa deux de l'article 387*bis* dispose : « Sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire, le tribunal tente de concilier les parties. Il leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur *l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du Code judiciaire*. S'il constate qu'un rapprochement est possible, il peut ordonner la *surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard et d'entamer le processus de médiation*³². La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois »³³.

Quels sont les conflits qui sont susceptibles d'être réglés par transaction ?³⁴ Pour transiger, il faut avoir la *capacité de disposer* des objets compris dans la transaction (art. 2045 du Code civil). Poser ce principe soulève la question de la validité des renonciations consenties à l'occasion de la médiation, ce qui équivaut à aborder le problème fondamental du caractère impératif ou d'ordre public des droits dont on peut disposer et des conséquences qui en résultent.

Les travaux préparatoires de la loi³⁵ précisent que la vérification de la possibilité pour les parties de recourir à la transaction pour solutionner un litige ne doit pas s'apprécier au

celui du contrôle par le juge (voy. déjà les développements de la proposition de loi Fournaux, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, doc 51 0327/001. *Adde*, G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 58, note subpaginale n° 11 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 305 ; B. ALLERMEERSCH et P. SCHOLLEN, « De nieuwe bemiddelingswet », *R.W.*, 2004-2005, pp. 1484 et 1485 ; O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », in *Le statut des actionnaires. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Larcier, 10/2006, vol. 89, p. 237.

Cette réflexion a été développée dans la matière de l'arbitrage (voy. O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant-L.G.D.J., 2002)).

³⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., 31 janvier 2005, doc 51 0327/012, pp. 3 et 4.

³¹ *M.B.*, 4 septembre 2006.

³² Nous soulignons.

³³ Voy. not. D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », *Droit des familles*, CUP, Anthemis, vol. 92, février 2007, pp. 201 et s.

³⁴ Sur ce sujet, voy. not. P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 20-21.

³⁵ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/5, pp. 10 et 11.

début du litige, mais bien lorsque les parties ont trouvé un accord. En effet, si un litige survient dans une matière réglementée par de nombreuses dispositions d'ordre public, cela ne signifie pas pour autant que les parties ne peuvent pas transiger, mais seulement que leur marge de manœuvre dans ce cadre s'en trouve réduite. Une médiation pourra dès lors être initiée dans la plupart des cas, et c'est au moment de la formalisation de l'accord, et en particulier lors de son éventuelle homologation, qu'un contrôle devra être exercé relativement à l'ordre public et à la possibilité pour les parties de conclure une transaction sur le litige qui les oppose.

Il en résulte que le Code se limite à réglementer la procédure de médiation qui permettra d'aboutir à un accord conforme à l'ordre public et qui reste dans les limites de ce que les parties auraient pu convenir dans le cadre d'une transaction. Pour ce type d'accord, la loi prévoit le respect de certaines règles pour en permettre l'homologation, mais les parties restent à tout moment libres de s'écarter de ce corps de règles minimum, renonçant, ce faisant, à la possibilité de recourir à la procédure d'homologation.

La vérification de la possibilité pour les parties de recourir à la transaction pour résoudre un litige ne doit donc pas s'apprécier au début du litige, mais au moment de l'accord. L'ordre public n'empêche pas la transaction, mais réduit la marge de manœuvre des parties ³⁶.

En résumé, la médiation est un processus purement volontaire. (La loi) vise à créer un corps de règles minimum qu'il sera demandé aux parties de respecter si elles souhaitent, in fine, aboutir à un accord qui pourra faire l'objet d'une homologation. Pour le surplus, les parties sont libres de s'écarter des règles proposées dans (la loi), en sachant qu'alors, l'homologation de l'accord obtenu à l'issue du processus de médiation ne sera pas possible.

Aux termes de l'article 1724, alinéa 2, du Code judiciaire, les personnes morales de droit public ne peuvent être parties à une médiation que dans les cas prévus par la loi ou par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (art. 1724, al. 2). Cette disposition est archaïque car les personnes morales de droit public peuvent transiger dans de nombreuses matières et conclure une convention d'arbitrage (compromettre) lorsqu'elle a pour objet le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou l'exécution d'un contrat (art ? 1676-2 C. jud.) En outre, la conformité de cette disposition par rapport à la directive européenne du 21 mai 2008 « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale » pose question. Pierre-Paul Renson analysera cette problématique et la participation des autorités publiques aux diverses formes de médiation dans le cadre du cours intitulé « La directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et la législation belge applicable en médiation »³⁷.

2.4. Les différents types de médiation

La loi distingue deux types de médiation : la médiation « volontaire » (chapitre 2, art. 1730 à

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Sur ce sujet, voy., entre autres, D. RENDERS et TH. BOMBOIS « La médiation en droit public », in P.-P. RENSON (coord.), *La médiation. voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes* pp. 141 à 211 ; TH. BOMBOIS et P.-P. RENSON, « La directive du 21 mai 2008 "sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale" et sa transposition en droit belge », *R.E.D.C.*, 2009, pp.521 à 548 ; ainsi que P.-P. RENSON *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, op. cit., pp. 26 et 27.

1733) et la médiation « judiciaire » (chapitre 3, articles 1734 à 1737). De façon implicite, on peut ajouter un troisième type, la médiation « libre » ou « hors cadre légal ».

3. L'arbitrage³⁸

3.1. Définition

L'arbitrage est un mode de résolution des conflits par lequel les parties en litige confient à un tiers le soin de trancher leur litige juridique (art. 1676 à 1723 du Code judiciaire).

Il faut donc :

- un *litige* entre deux ou plusieurs parties ;
- un litige *juridique* : les parties décident volontairement de soumettre leur litige à un tiers pour qu'il le tranche (rapport de droit) ;
- une *mission* d'arbitrage contenue dans une convention par laquelle les parties manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage.

L'arbitre est un juge privé, choisi et payé par les parties.

3.2. Avantages

- confidentialité (pas de publicité des audiences – huis clos – pas de prononcé public de la sentence) ;
- rapidité (mission de rapidité) ;
- expertise de l'arbitre (spécialiste de la matière) ;
- souplesse de la procédure (les parties peuvent régler elles-mêmes, sur mesure) ;
- forum neutre en matière internationale (éviter d'être jugé par n'importe quelle juridiction étrangère, facilitation de la détermination des compétences, de la langue de la procédure, ...)
- amiable composition (choix des règles de droit ou autres – art. 1700 du Code judiciaire) ;
- climat (peut diminuer les tensions).

3.3. Inconvénients

- imprévisibilité³⁹ ;
- coût (justice onéreuse) ;
- absence de force exécutoire (exéquatur) ;
- origine conventionnelle (nécessité d'un accord de volontés entre parties, mais risque de difficulté si une 3^e personne est concernée, car l'arbitre ne peut rien imposer au

³⁸ Voy. not. *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, (D. MATRAY éd.), CUP, vol. 59, décembre 2002. Le droit de l'arbitrage vient d'être modifié assez considérablement par la loi du 24 juin 2013. Voyez O. CAPRASSE, « Introduction au nouveau droit belge de l'arbitrage », in *Actualités en droit judiciaire*, Formation permanente CUP, 2013, vol. 145, pp. 401-426.

³⁹ Pour atténuer cette imprévisibilité, certaines institutions, comme la C.C.I., prévoient un système de relecture des projets de sentence arbitrale par un comité de supervision, qui dialogue avec l'arbitre ou les arbitres s'il estime que le projet peut être amélioré.

tiers).

3.4. Différents types d'arbitrage

- arbitrage national/international (ex. en France, l'art. 1492 du nouveau code de procédure civile définit l'arbitrage international. En Belgique, même régime pour tout le monde) ;
- arbitrage institutionnel (conduit sous l'égide d'une institution d'arbitrage qui encadre l'arbitrage, p. ex. la C.C.I. (Chambre de commerce international), le C.E.P.A.N.I., avec un règlement et un encadrement spécifique (acte de mission)) / *ad hoc* (les parties règlent tout par elles-mêmes).

3.5. La convention d'arbitrage (soit compromis si le conflit est déjà né, soit clause compromissoire qui prévoit l'arbitrage avant le conflit – art. 1676 du Code judiciaire).

- caractéristiques
 - caractère volontaire de l'arbitrage (mais une partie ne peut se retirer unilatéralement, comme en médiation), mais possibilité de prévoir une clause unilatérale d'arbitrage (accord entre A et B qui dit que B décidera si le litige doit être soumis à un arbitre ou à un juge étatique) ;
 - forme de la clause d'arbitrage : en principe, écrit signé mais le nouveau régime prévoit que la clause d'arbitrage peut être prouvée par toute voie de droit – art. 1681 du Code judiciaire ;
 - place de la clause (dans le contrat, conditions générales de vente, facture, statuts d'une société) ;
 - contenu : l'objet du différend doit être visé, par exemple les litiges qui découlent de l'exécution du contrat. Possibilité de mentionner le nombre d'arbitres, le lieu, les règles de procédure, la langue, le pouvoir d'amiable compositeur, le droit applicable ;
 - interprétation de la clause : dans le sens de la volonté des parties. En cas de doute, interprétation restrictive car juridiction d'exception.
- mise en œuvre de la convention
 - exception d'arbitrage (art. 1682 du Code judiciaire) : si une partie assigne devant le juge étatique nonobstant une clause d'arbitrage, l'autre partie peut soulever un déclinatoire de juridiction *in limine litis* (fin de non-recevoir) (l'absence de clause d'arbitrage valable est une cause d'annulation de la sentence, mais celle-ci ne peut plus être invoquée par la partie qui en connaissait l'existence mais ne s'en est pas prévalu au cours de la procédure)
 - référé : - art. 1691 du Code judiciaire : le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sauf une saisie conservatoire (qui se rattache au droit de l'exécution. Or, l'arbitre n'a pas l'*imperium*) et une demande en justice tendant aux mêmes mesures est possible (art. 1683 et 1698 du Code judiciaire) ;
 - les parties peuvent demander des mesures provisoires ou conservatoires en justice sans renoncer à l'arbitrage (art. 1683 du Code judiciaire) pour faire face à d'éventuelles carences de l'arbitrage (comp. médiation).

- effets de la convention d'arbitrage
 - relativité de la convention qui ne lie que les parties (art. 1165 du Code civil)
 - connexité (non) : si connexité entre un litige qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage et un litige qui n'en fait pas l'objet, chaque litige suit son propre chemin (un, arbitrage et l'autre, juridictions étatiques)
 - indivisibilité (non) si indivisibilité entre un litige qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage et un litige qui n'en fait pas l'objet, chaque litige suit son propre chemin (un, arbitrage et l'autre, juridictions étatiques)
 - action en garantie (pas possible, car on ne peut l'imposer à un tiers)
 - déclaration de jugement commun (possible car mesure conservatoire : A-B procès et B-C arbitrage B peut appeler C à la cause)
 - litispendance (pas possible devant juridiction étatique et devant tribunal arbitral)
 - intervention (intervention volontaire uniquement avec accord parties et arbitre – art. 1709 du Code judiciaire).

 - autonomie de la convention d'arbitrage et compétence de la compétence
 - principe de l'autonomie (art. 1690 du Code judiciaire) : la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire y contenue (le contrat principal et la clause d'arbitrage sont deux actes juridiques différents) ;
 - compétence de la compétence – art. 1690 du Code judiciaire : le tribunal arbitral peut se prononcer sur sa compétence et le juge étatique peut se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral, soit immédiatement si l'arbitre se déclare incompétent, soit au moment de l'exequatur avec la sentence tranchant le fond du litige s'il se déclare compétent.

 - extinction de la convention d'arbitrage : en même temps que le rapport de droit qui lui est sous-jacent (par exemple, un contrat de bail contient une clause d'arbitrage. Le contrat vient à échéance, mais un litige survient après l'échéance relativement à des loyers impayés : arbitrage car les faits datent de la vie du contrat ; en principe, pas au décès d'une des parties – art. 1688 du Code judiciaire).
- 3.6. Arbitrabilité : condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres.
- arbitrabilité objective ou *ratione materiae* vise l'objet des litiges qui peuvent être soumis à l'arbitrage.

Article 1676 du Code judiciaire : critère général de la transaction : pour conclure une convention d'arbitrage, il faut la capacité ou le pouvoir de transiger. Or, l'article 2045 du Code civil dispose que pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. La disposition d'un droit pose la question de la validité des renoncements, ce qui équivaut à aborder le problème fondamental du caractère impératif ou d'ordre public des droits dont on peut disposer et des conséquences qui en résultent.

En règle générale, les parties peuvent renoncer sans réserve aux avantages qui ne

résultent pas de règles d'ordre public ou simplement impératives. Il s'agit principalement des *avantages purement contractuels*.

Les parties ne peuvent renoncer aux avantages qui leur sont accordés par des *règles impératives* aussi longtemps que la *protection légale* conserve sa raison d'être. Au-delà, les parties disposent régulièrement de ces droits.

Enfin, la question de la renonciation aux *avantages présentant un caractère d'ordre public* est de loin la plus délicate (ordre public de fond ou, en France, de direction et ordre public juridictionnel ou, en France, de protection).

Dès lors,

- l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives. L'arbitrabilité du litige n'est donc pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ;
- l'arbitrabilité s'entend de l'interdiction faite aux arbitres de statuer dans une matière relevant, par sa nature, de la compétence exclusive de la juridiction étatique, ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public ;
- enfin, l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui relèvent de l'ordre public et d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation.

L'arbitre doit donc appliquer les règles d'ordre public lorsque leur application s'impose et doit veiller à éviter toute violation de l'ordre public dans sa sentence.

- arbitrabilité subjective ou *ratione personae* vise la qualité des parties au débat arbitral.

Article 1676 § 2 du Code judiciaire : pour conclure une convention d'arbitrage, il faut la capacité ou le pouvoir de transiger (art. 1989 du Code civil : le mandataire a le pouvoir de transiger, mais pas de compromettre. Il faut un mandat spécial et exprès. Il en va de même pour l'avocat).

Le curateur peut compromettre (art. 58 L. faillite).

Les sociétés sont valablement engagées par leurs organes (le gérant pour la S.P.R.L., un administrateur pour la S.A., liquidateur).

Les personnes morales de droit public (intercommunales, communes, provinces) peuvent recourir à l'arbitrage pour régler les différends relatifs à l'élaboration et à l'exécution d'une convention conclue dans le cadre des activités qui relèvent de leur mission de service public. En revanche, pour ce qui concerne les activités qui ne relèvent pas des missions de service public, l'article 1676, § 3, du Code judiciaire limite la possibilité pour les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage aux seuls différends liés à la validité ou l'interprétation d'une convention.

Un traité peut autoriser l'État à participer à un arbitrage.

La loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques économiques autorise ces dernières à transiger et compromettre avec un privé pour autant que la convention soit conclue après la naissance du litige.

3.7. Le tribunal arbitral

- qui peut être arbitre ? la nouvelle loi a supprimé toute condition particulière. Seule la capacité juridique est donc aujourd'hui nécessaire – art. 298 du Code judiciaire (le juge ne peut être arbitre rémunéré) – indépendance et impartialité (= juge)(art. 1685-1686 du Code judiciaire) – interdiction des discriminations en fonction de la nationalité (art. 1685 § 1^{er}).
- récusation : art. 1686-1687 du Code judiciaire : doutes légitimes sur l'impartialité et l'indépendance – la nouvelle loi prévoit une obligation de révélation dans le chef de l'arbitre pressenti, qui lui impose de signaler toute circonstance de nature à susciter des doutes sur son impartialité, tant au moment de sa désignation qu'en cours de procédure – la procédure de récusation peut être organisée de manière conventionnelle mais, en cas de difficulté, la procédure de récusation est soumise au tribunal qui tranche avant de renvoyer la litige au tribunal arbitral (pas d'équivalent en médiation, processus totalement volontaire qui nécessite l'assentiment de toutes les parties durant tout le processus) ;
- désignation : nombre impair fixé dans la convention ou de commun accord (art. 1684 du Code judiciaire) – si pas accord, 3 arbitres (art. 1684 § 3 du Code judiciaire) – égalité des parties dans le choix des arbitres (art. 1699 du Code judiciaire) – peut être désigné par un tiers (art. 1685 du Code judiciaire) ;
- pouvoirs de l'arbitre : art. 1690 et suivants du Code judiciaire : voir la convention d'arbitrage, soit amiable composition si les parties l'ont prévu (obligation de rechercher une solution équitable sans appliquer nécessairement les règles de droit normalement applicables, sauf règles impératives et d'ordre public ; motivation obligatoire – art. 1710 du Code judiciaire), soit règles de droit ; astreinte possible (art. 1713 § 7) ; pas de question préjudicielle devant C.J.C.E. (jamais posé devant C. const.).

3.8. Déroulement de la procédure d'arbitrage

- mode d'introduction : notification (art. 1678 du Code judiciaire) ;
- art. 1700 (principe de la liberté des parties) à 1709 : loi des parties (audience huis clos – représentation – procédure écrite ou orale) ;
- l'article 1708 nouveau du Code judiciaire introduit une particularité intéressante : une partie peut, avec l'accord du Tribunal arbitral, demander au président du Tribunal de première instance, statuant comme en référé, d'ordonner toutes mesures nécessaires en vue de l'obtention de preuves ;
- pas d'opposition car pas de défaut possible (convention d'arbitrage), sauf art. 1695

- du Code judiciaire : empêchement légitime ;
- possibilité d'expertise (art. 1707 du code judiciaire) ;
- possibilité de tierce opposition.

3.9. La sentence arbitrale

- délai pour rendre la sentence : liberté des parties (art. 1713 § 2 du Code judiciaire) – juge d'appui si les parties n'ont rien convenu
- suspension de la procédure : le criminel tient le civil en état (uniquement interne et pas international – art. 1696, 6°)
- types de sentences : définitive, avant dire-droit, mixte, accord (art. 1713 § 1^{er} du Code judiciaire)
- élaboration de la sentence (art. 1711 du Code judiciaire) : délibération (majorité absolue sauf clause contraire – forme : écrit signé par arbitre(s) – contenu : dispositif, mentions, motivation (art. 1713 § 4) ;
- notification et dépôt de la sentence (art. 1713 § 8 du Code judiciaire)
- effets de la sentence : dessaisissement des arbitres ; autorité de chose jugée (art. 1713 § 9 du Code judiciaire) ; opposabilité ; force probante authentique pour les constatations personnelles du tribunal arbitral (inscription de faux si contestation)
- interprétation, rectification (art. 1715 du Code judiciaire).

3.10. Exequatur

La sentence a autorité de chose jugée, mais pour être exécutoire, elle doit être « exequaturée » :

- devant le président du TPI, sur requête unilatérale (art. 1719 et s.)
- exequatur refusé si sentence contraire à O.P. ou si pas de transaction possible, si cause d'annulation (art. 1721).

3.11. Les voies de recours

- pas d'opposition, de pourvoi en cassation ;
- pas d'appel sauf si convenu par les parties (art. 1716 du Code judiciaire) ;
- tierce opposition (art. 1702*bis*) ;
- annulation devant TPI uniquement pour certaines violations (art. 1717 § 3 du Code judiciaire). La nouvelle loi a restreint les causes d'annulation. La demande en annulation ne suspend pas l'exécution de la sentence, sauf si c'est demandé (art. 1714 du Code judiciaire) ;
- recevabilité de la demande d'annulation (art. 1706, 1°, du Code judiciaire) : toutes les causes d'annulation données en une fois ; la sentence ne peut plus être attaquée devant l'arbitre et le recours ne peut être introduit que par les parties (sauf fraude aux tiers) ;
- sentence annulable uniquement dans le pays où elle a été rendue ;
- annulation partielle si possible (art. 1705 du Code judiciaire) ;
- la sentence n'existe plus et l'exequatur est mis à néant.

3.12. Spécialisation de la juridiction d'appui

Pour accélérer la procédure et favoriser la spécialisation, il est dorénavant prévu que seuls les tribunaux de première instance siégeant dans les arrondissements qui sont aussi le siège d'une cour d'appel (Anvers, Bruxelles, Gand, Liège et Mons) sont compétents pour intervenir dans les procédures d'arbitrage (art. 1680 §§ 5 et 6, et 1717 du Code judiciaire). L'appel de leurs décisions est toujours exclu. Seul le pourvoi en cassation est possible.

3.13. Médiation et arbitrage

- L'arbitrage est l'institution par laquelle deux ou plusieurs parties confient à un tiers la mission juridictionnelle de trancher leur différend de manière à aboutir à une sentence *exéquaturable* (art. 1719 à 1721 du Code judiciaire). La médiation est un processus volontaire et confidentiel de gestion des conflits par lequel les parties recourent à un tiers neutre, indépendant et impartial, le médiateur. Le rôle du médiateur est d'aider les parties à élaborer, par elles-mêmes, en toute connaissance de cause, une entente juste et raisonnable qui respecte les besoins et intérêts de chacun des intervenants. Les définitions mêmes des deux mécanismes permettent de les cerner. L'arbitrage est l'institution d'une justice privée, régie par des règles spécifiques contenues dans le Code judiciaire, par laquelle les parties soustraient volontairement leur litige à la juridiction étatique pour la confier à un tiers arbitre ; la médiation est un processus volontaire par lequel les parties tentent de trouver, par elles-mêmes, une entente équitable, avec l'aide d'un tiers librement choisi, le médiateur.
- L'arbitre dispose donc d'un pouvoir juridictionnel et statue, en principe, selon les règles du droit (art. 1710 du Code judiciaire)⁴⁰ ; le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de juridiction, ni en fait, ni en droit. Son rôle consiste, par sa connaissance des techniques de communication, à tenter de rapprocher les parties et à les inciter à imaginer elles-mêmes des options et solutions, mais le conflit reste l'affaire des parties⁴¹.
- L'arbitrage a nécessairement pour objet une contestation d'ordre juridique et le déroulement de la procédure prend appui sur la convention des parties, mais aussi sur les dispositions du Code judiciaire ; la médiation porte d'abord sur des faits, sur une situation conflictuelle et le processus se déroule, de la volonté des parties, sur la base de techniques de communication. Au-delà des faits, le médiateur arrive à déterminer les besoins : il demande à chaque partie ce qui est vraiment important pour elle, en hiérarchisant les différents besoins, toujours en utilisant l'écoute active et la reformulation jusqu'à ce que ce qui est dit soit compris. L'objectif est d'éloigner les parties du réflexe de porte-parole de leurs positions tranchées et de les faire réfléchir, pas tant à ce qu'elles affirment vouloir, mais plutôt aux raisons qui les portent à le vouloir. Il s'agit donc de déterminer les intérêts sous-jacents aux demandes. À partir d'une identification de ces besoins, les participants seront amenés à s'attarder à rechercher les avantages mutuels. Il sera souvent plus facile de

⁴⁰ Sauf si les parties prévoient que l'arbitre statuera comme amiable compositeur et sera ainsi dispensé, sous réserve du respect de l'ordre public, d'appliquer les règles du droit matériel (« *Sauf convention contraire des parties...* »).

⁴¹ Si le médiateur est agréé, il est garant de la légalité de l'accord conclu (conformité à l'ordre public et intérêt de l'enfant mineur en médiation familiale (art. 1733 et 1736 du Code judiciaire))

faire découvrir de nouvelles solutions auxquelles personne n'avait pensé auparavant. On imagine, en effet, à tort, qu'une partie est capable de savoir *a priori* quels sont ses véritables intérêts. Or la tâche du médiateur consiste bien souvent à révéler ce qui est implicite, à mettre en lumière les motivations profondes d'une partie, à l'éclairer sur ce qu'elle recherche, dans le fond, à satisfaire à travers la résolution du conflit. Le médiateur en vient ainsi à dégager les similitudes entre les intérêts primordiaux des parties et, à partir de ce dénominateur commun, le médiateur examine avec les parties différentes solutions susceptibles de rencontrer leurs intérêts réciproques, avant que celles-ci déterminent finalement celle qui leur convient. L'objectif d'une médiation n'est pas de donner raison à l'un ou l'autre sur tel point, mais de rechercher ensemble la meilleure voie de résolution.

- La décision de l'arbitre est contenue dans une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée (art. 1713 du Code judiciaire), susceptible d'exécution grâce à l'exequatur (art. 1719 du Code judiciaire) ; le médiateur ne décide rien, mais il aide les parties à trouver elles-mêmes une entente équitable qui, en application du droit commun, sera revêtue de l'autorité de la chose convenue (art. 1134 du Code civil). Comment garantir l'exécution des accords de médiation ? Tant en médiation volontaire qu'en médiation judiciaire, l'accord de médiation peut faire l'objet d'une homologation, sous une forme simplifiée, décrite à l'article 1733 pour la médiation volontaire et à l'article 1736 pour la médiation judiciaire. Dans les deux cas, l'homologation s'opère sous la forme d'un jugement (art. 1043 du Code judiciaire) et le contrôle du juge se limite à la conformité de l'accord à l'ordre public⁴² et, dans le cadre d'une médiation familiale concernant des enfants mineurs, à la vérification que l'accord n'est pas contraire à leurs intérêts⁴³. En pratique, le juge vérifie également l'existence du protocole de médiation conformément à l'article 1731 du Code judiciaire et de l'accord de médiation conformément à l'article 1732 du Code judiciaire (accord écrit contenant les engagements précis pris par les parties).

3.14. Un hybride : la « med-arb »

La médiation-arbitrage, en abrégé med-arb, est comme son nom l'indique, un croisement entre ces deux modes de résolution des conflits qui tend à en combiner les avantages.

La première phase se déroule comme une médiation classique mais, en cas d'échec de la médiation, le médiateur se transforme en arbitre et prononce une sentence qui lie les parties.

Si les parties ont ainsi la certitude d'obtenir, à l'issue du processus, une solution à leur différend, la med-arb ne peut cependant être considérée comme une panacée universelle.

⁴² Sur la notion d'ordre public, voyez not. G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, pp. 57 et s. ; V. D'HUART, « Les modes alternatifs de règlement », in *Espace judiciaire et social européen*, Larcier, 2003, pp. 417 et s. ; V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Formation permanente CUP, décembre 2002, vol. 59, n^{os} 26 à 29.

⁴³ En cas de médiation « libre », si les parties souhaitent transformer leur accord en titre exécutoire, elles suivront le droit commun (accord soumis à un notaire en vue de sa transcription dans un titre authentique ou comparaison volontaire devant le juge qui prendra acte de l'accord intervenu ou, en cas de refus d'exécution par une des parties, introduction d'une procédure judiciaire classique avec une demande de condamnation d'exécution de l'accord conclu.

Le statut du médiateur-arbitre se transforme considérablement en raison du pouvoir final qui lui est ainsi accordé. Cette particularité induit évidemment une modification du comportement des parties qui, d'une part, peuvent se montrer plus réservées dans le cours de la médiation, d'autre part, peuvent adopter, au cours de la médiation, une stratégie qui a pour seul but d'influencer le médiateur lorsqu'il sera devenu arbitre.

La pratique du caucus est, dans cette hypothèse, particulièrement délicate.

La med-arb connaît des variantes, parmi lesquelles l'... *arb-med*. On y commence par un arbitrage, l'arbitre ayant le pouvoir de se transformer en médiateur en cours de procédure s'il estime le climat propice.

La *post-arbitration mediation* consiste, elle, à entreprendre une médiation après que l'arbitrage ait été plaidé mais avant que l'arbitre se soit prononcé. Elle peut même se dérouler alors que la sentence est déjà rédigée et scellée dans une enveloppe qui ne sera ouverte qu'en cas d'échec de la médiation.

Sur ces institutions et quelques autres (*binding mediation, non-binding med-arb, med-arb show cause, med-aloo* ou *mediation and last-offer arbitration, med-then-arb, shadow mediation, co-med-arb, evaluation-med-arb,...*), leurs avantages et inconvénients, on consultera la belle étude de Patrick Van Leynseele⁴⁴.

4. La tierce décision obligatoire

4.1. La tierce décision obligatoire est un mode alternatif de règlement des litiges par lequel les parties confient à un tiers, qui n'est ni juge ni arbitre, la mission de prendre une décision qui s'imposera à elles avec la même force qu'un contrat⁴⁵.

Il s'agit d'un processus purement contractuel régi par l'article 1134 du Code civil.

C'est un processus susceptible de rendre de nombreux services aux parties⁴⁶ : en l'absence de tout différend, elle peut constituer un moyen d'obtenir l'avis d'un expert sur une question pour laquelle elles n'ont aucune compétence (par exemple, la fixation irrévocable par un tiers du montant du dommage ou du taux d'invalidité de la victime d'un accident, la constatation et l'estimation de dégâts locatifs à l'expiration d'un bail, la fixation de la valeur vénale d'un immeuble à partager, ...); elle permet de faire fixer un point de fait ou un élément du contrat par un tiers qui dispose des compétences pour ce faire (par exemple, l'adaptation des contrats aux changements de circonstances, la détermination d'un élément accessoire du contrat, voire d'un de ses éléments essentiels, tel le prix dans un contrat de

⁴⁴ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – Plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal, L'avocat*, Larcier, 2014, p. 833.

⁴⁵ Voy., not. M. STORME, « La tierce décision obligatoire ou l'avis obligatoire comme moyen de prévention des litiges. Une étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure », *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1985, pp. 285 et s.; M. STORME, « La tierce décision obligatoire : ni expertise, ni arbitrage » in *J.L. – J.L.M.B. Centenaire*, éd. Story-Scientia, 1988, pp. 345 et s.; O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 565 à 576.

⁴⁶ ; O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 565 à 576 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, op. cit., n° 26 à 33..

vente⁴⁷), qu'il y ait ou non contestation entre parties ; elle peut aussi constituer un mode alternatif de règlement des différends par rapport à l'arbitrage ou à la justice étatique.

4.2. Tierce décision obligatoire, arbitrage et médiation

Ces trois modes de règlement des conflits ont le point commun de nécessiter la présence d'un tiers, mais alors qu'en médiation, le tiers est un intermédiaire qui n'a aucun pouvoir de décision, en arbitrage et en tierce décision obligatoire, la décision du tiers lie les parties. Toutefois, la décision de l'arbitre est contenue dans une sentence dotée de l'autorité de la chose jugée, susceptible d'exequatur et, donc, d'exécution forcée, tandis que la décision du tiers décideur est revêtue de l'autorité de la chose convenue et vaut entre parties comme un contrat. Une controverse existe quant à savoir si la tierce décision obligatoire peut trancher un litige juridique, ce qui la distinguerait de l'arbitrage, l'arbitre étant chargé de mettre fin à un litige, le tiers décideur, de déterminer certains éléments de faits du litige en dehors de toute contestation juridique⁴⁸. O. Caprasse démontre que la tierce décision obligatoire peut trancher un litige juridique : « *En conséquence, si les litiges relatifs à des droits dont les parties disposent ne sont (donc) pas exclus de la tierce décision obligatoire, le véritable critère de distinction entre l'arbitrage juridictionnel et la tierce décision obligatoire utilisée pour trancher un litige juridique ne peut être que « la nature des pouvoirs attribués au tiers par les parties, ce qui revient à dire qu'il n'est autre chose que leur volonté »* »⁴⁹.

5. *Mini trial, pendulum arbitration, dispute boards and so on...*

5.1. Le *mini trial* est une procédure consensuelle de solution à l'amiable des litiges entre sociétés d'une certaine importance⁵⁰. Cette méthode se déroule en deux phases principales : la phase procédurale ou phase d'information et la phase de négociation. Au cours de la première phase, les conseils des parties – ou les parties elles-mêmes, par exemple des cadres des différentes entreprises - échangent des pièces et documents, puis exposent leurs arguments en fait et en droit devant un comité composé de dirigeants des sociétés en litige, éventuellement présidé par un tiers indépendant. Cette première phase est suivie directement de la phase de négociation, entre les dirigeants (assistés du tiers, s'il en est), en vue de trouver une solution transactionnelle.

Ce mode alternatif porte donc mal son nom, puisqu'il ne s'agit aucunement d'un mini-procès ou d'un procès abrégé, mais d'une méthode destinée à régler un litige à l'amiable.

Les parties sont libres d'organiser cette procédure comme elles l'entendent, mais toutefois, les dirigeants qui y participent doivent avoir le pouvoir d'engager les parties et ne peuvent pas être directement impliqués dans le litige⁵¹.

⁴⁷ Cass, 13 décembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 115 et obs. O. CAPRASSE, « La fixation du prix par un tiers désigné sur la base de l'article 1592 du Code civil ».

⁴⁸ Voy. O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, n^{os} 27 à 33.

⁴⁹ O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, n^o 32.

⁵⁰ L'origine du *mini trial* est déjà relativement ancienne. Le CEPANI l'a intégrée dans ses modes de résolution des conflits par un règlement qui date déjà de 1997.

⁵¹ A. THILY et J. VAN COMPERNOLLE, « Les modes de pacification extrajudiciaires, heurs et malheurs », in *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, CDVA, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 82 et 83.

Il existe aux États-Unis et en Europe différents règlements de mini-trial⁵². Pour des exemples pratiques de mini-trial, nous renvoyons à d'autres études⁵³.

5.2. *Mini-trial*, arbitrage et médiation

On présente souvent le mini-trial comme une variante de la médiation, car comme celle-ci, il repose sur une base volontaire et sur le principe de la confidentialité et nécessite l'intervention d'un tiers indépendant qui ne détient, contrairement à l'arbitrage, aucun pouvoir juridictionnel. De même, *mini-trial* et médiation visent à la conclusion d'une entente ou d'une transaction.

Toutefois, là où la médiation est un processus, le *mini-trial* est plutôt une procédure, caractérisée par les deux phases décrites ci-dessus, particulièrement la première, qui est une phase formelle. De même, là où le médiateur est au centre du rapprochement des parties grâce à l'utilisation de techniques de communication, le tiers dans le *mini-trial* préside le collège composé des dirigeants des parties, et sera amené à négocier directement avec eux⁵⁴.

5.3. *Pendulum arbitration*

À cheval entre arbitrage et *mini trial*, le *pendulum arbitration*⁵⁵, parfois appelé « arbitrage baseball » a pour but d'éviter des procédures d'arbitrage qui s'éternisent.

À l'issue de l'exposé par chacune des parties de leurs moyens, chacune d'elle doit rédiger un projet de sentence et le soumettre à l'arbitre. Celui-ci aura la charge d'en choisir une, sans pouvoir en modifier aucun des termes. L'idée est évidemment d'amener les parties à formuler des propositions réalistes en prenant raisonnablement en compte la position de la partie adverse.

Plus classique est le mode d'arbitrage qui amène chacun des parties à émettre, en fin de procédure, une sorte de pronostic sur la sentence que rendra l'arbitre, tous les frais de la procédure étant délaissés à la partie qui s'éloignera le plus de la solution finale...

5.4. *Dispute boards*

Caractéristiques des grands contrats de construction internationaux, les *dispute boards* s'apparentent plutôt à la tierce décision obligatoire. Chaque partie adoube un expert et ceux-ci désignent un ou trois experts complémentaires. Le *board* ainsi constitué visite régulièrement le chantier et, en cas de conflit, émet des recommandations (*dispute review board*) ou des décisions provisoires, dont la force est assimilable à celle d'une décision de référé (*dispute adjudication board*). Le but est essentiellement de permettre au chantier de

⁵² Pour la Belgique, voy. le règlement du CEPANI.

⁵³ A. THILY et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 84 et 85 ; J.-C. NAJAR, « Le mini-trial : chimère ou panacée ? », *D.P.C.I.*, 1988, T. 14, n° 3, pp. 451 à 484.

⁵⁴ A. THILY et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, pp. 82 et 83.

⁵⁵ L. MITROVIC, « L'arbitrage baseball : arbitrage ou mode alternatif de règlement », *Rev. Arb.*, 2003, p. 1167 ; voyez aussi D. MATRAY et I. DEMOULIN, « MARCS's et droit de la construction : tour d'horizon », *Jurim*, 2014, p. 21.

progresser sans heurts, sous réserve de la possibilité pour les parties de faire valoir ultérieurement leurs droits dans une instance judiciaire au fond.

Ce mode de résolution des conflits comporte différentes variantes, dont notamment celles qui sont dénommées *partnering* ou *alliancing*, qui se caractérisent par diverses mesures (dont généralement l'institution d'un *board*) amenant les intervenants à un projet de construction à collaborer de façon étroite pour le bon aboutissement du projet, le cas échéant en s'en partageant les profits⁵⁶.

6. La négociation

On confond souvent négociation, conciliation et médiation.

Certes, la négociation s'opère également sous l'égide d'un tiers, mais elle consiste à rapprocher des points de vue différents afin de conclure un contrat ou de résoudre un conflit sur un contrat passé.

Le but est donc de trouver un terrain d'entente, le tiers utilisant des techniques de négociation (certitude sur l'environnement juridique, détermination du minimum acceptable, objectifs réels recherchés, ...) et pouvant se comporter de façon plus dirigiste qu'en médiation.

La médiation se situe clairement dans le domaine de la facilitation : occasionnellement, elle peut évoluer vers l'avis ; elle ne va jamais à la décision⁵⁷. Les méthodes offertes au médiateur sont maintenant universellement admises. Grâce aux techniques de communication, le médiateur s'attache à aider les parties à négocier en termes d'intérêts plutôt que sur des positions ou des droits⁵⁸, à leur faire découvrir de nouvelles pistes et des alternatives créatrices⁵⁹, en bref la recherche de la meilleure solution de rechange (appelée BATNA ou *best alternative to a negotiated agreement* ou MESORE, en français, soit MEilleure SOLution de REchange)⁶⁰.

7. La transaction

On connaît la définition de la transaction des articles 2044 et suivants du Code civil : « La

⁵⁶ Voyez D. MATRAY et I. DEMOULIN, « MARCS's et droit de la construction : tour d'horizon », *Jurim*, 2014, p. 21, et références citées.

⁵⁷ Th. GARBY, *La gestion des conflits*, Collection Entreprise et perspectives économiques, éd. Economica, 2004, pp. 46 et 47.

⁵⁸ Pour reprendre un exemple de Thierry Garby (*op. cit.*, p. 19), sachant que l'intérêt est le besoin ressenti par quelqu'un, tandis que la position ou le droit s'expriment comme une exigence vis-à-vis d'une autre partie, « j'ai faim » exprime un intérêt, tandis que « je veux ta part de gâteau » est une position. Un intérêt est toujours légitime, même s'il est déraisonnable, car il n'affecte que celui qui l'éprouve. Une position affecte généralement l'entourage.

⁵⁹ Cette technique différencie la médiation de la conciliation. En effet, le médiateur s'intéresse moins au litige qu'au conflit sous-jacent. Il ne cherche pas un point moyen entre les prétentions des parties, mais plutôt ce dont les parties ont réellement besoin, ce qui permettra de les satisfaire, sans trancher entre des revendications inconciliables.

⁶⁰ Ainsi, en négociation conflictuelle privée, la meilleure alternative à un accord négocié est la victoire judiciaire. Celle-ci représente 100 %, dont il faut déduire un coefficient de risque, un coefficient de temps d'obtention d'une décision finale et exécutée, les frais, les intérêts, l'énergie du procès, ... Tout ce qui est nettement au-dessus du chiffre ainsi obtenu est bon à prendre ; ce qui se situe nettement en dessous doit être rejeté ; ce qui se situe autour de ce chiffre constitue le point d'équilibre de la négociation.

transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître (...) ».

Les éléments constitutifs de la transaction sont donc l'existence ou la possibilité d'une situation litigieuse à laquelle les parties souhaitent mettre fin, mais aussi - élément essentiel, qui ne figure pas dans la définition légale mais qui la distingue pourtant, notamment, de la renonciation à un droit ou de l'acquiescement à un jugement -, la fin du litige par des concessions réciproques : le litige s'éteint au prix d'un abandon, par chacun des litigants, d'une partie de ses prétentions⁶¹. L'exigence de concessions réciproques ne va pas jusqu'à mesurer leur importance relative. Le caractère aléatoire du contrat de transaction interdit en effet tout contrôle judiciaire sur l'appréciation faite par les parties des chances et des risques du procès évité⁶².

Le Code civil conforte la nature processuelle du contrat de transaction et la prise de risque qu'il induit, soit celui de se satisfaire d'un résultat obtenu amiablement en deçà de celui qu'on aurait pu obtenir judiciairement⁶³. Ainsi, l'article 2052, alinéa 2, du Code civil exclut que la transaction soit attaquée pour cause d'erreur de droit ou de lésion. L'exclusion de l'erreur comme cause d'annulation empêche une discussion sur le fond du litige postérieurement à la conclusion de la transaction ; de même, il n'y a pas de place pour la lésion puisque l'établissement de la lésion obligerait à faire une comparaison entre le résultat amiablement obtenu et le résultat judiciairement envisageable, ce que la transaction exclut précisément⁶⁴.

La transaction a, entre parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort en ce sens seulement qu'elle fait obstacle à la demande qui aurait été éteinte par celle-ci (art. 2052 du Code civil). Elle se substitue donc au procès et constitue une exception péremptoire contre la partie qui voudrait entamer ou poursuivre la procédure⁶⁵.

La transaction appartient au droit des contrats auquel nous renvoyons⁶⁶, mais, étant spécialement aménagée pour servir de règlement amiable des conflits, elle se trouve, par nature, au carrefour de la procédure et du droit civil⁶⁷.

En réalité, la transaction peut être le point d'aboutissement de l'arbitrage, de la médiation ou des autres modes de règlement des conflits. Comme eux, si elle opère en cours d'une instance, elle peut être réceptionnée dans l'ordre judiciaire et acquérir ainsi l'autorité de chose jugée.

8. Le droit collaboratif et la procédure participative

⁶¹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, p. 472 ; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1145.

⁶² J. TIMSIT, " La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative ", *Gaz. Pal.*, novembre 2001, n^{os} 318 à 319, pp. 53 et s., spéc. p. 60 ; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. V, pp. 501 à 517, n^{os} 513 à 524.

⁶³ X. LAGARDE, " Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges ", *Rev. arb.*, 2001/3, pp. 423 et s., spéc. n^o 15.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 499.

⁶⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. V, pp. 471 à 520 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruylant, 1967 ; P.-A. FORIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, Formation permanente CUP, vol. XXXIV, novembre 1999, pp. 105 à 154.

⁶⁷ F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *op. cit.*, pp. 79 – 81.

8.1. Le droit collaboratif

Le droit collaboratif a été créé par des avocats pour des avocats⁶⁸.

Nouveau mode alternatif de règlement des conflits, le droit collaboratif (*collaborative law*) se distingue de la médiation et de la négociation classique⁶⁹. Il repose sur un engagement contractuel matérialisé dans une charte collaborative qui prévoit un engagement irrévocable des avocats ou experts instruits à se décharger du dossier en cas de saisine du juge.

Conçu initialement dans le cadre du droit de la famille, il est à présent utilisé en matière civile et commerciale en droit des successions, mais aussi en droit du travail, de la propriété intellectuelle ou en droit des relations économiques.

Le droit de la famille collaboratif est né aux États-Unis dans les années 1990 et son essor a été fulgurant dans les pays anglo-saxons. Il est maintenant pratiqué dans la plupart des comtés aux États-Unis et des provinces au Canada, mais aussi en Australie, Nouvelle-Zélande et, plus récemment, Angleterre, Ecosse, Irlande. Il se développe en Autriche, en Italie et en Suisse.

En résumé, deux personnes qu'un différend oppose choisissent chacune un avocat formé au droit collaboratif. Le rôle de l'avocat est de fournir un conseil et de représenter son client dans la recherche d'une solution constructive en se focalisant sur la négociation et une approche consensuelle. Pendant toute la durée du processus de droit collaboratif, les clients s'engagent à ne pas recourir au juge pour régler leur différend, sauf en cas d'accord. Avec leur avocat respectif, ils établissent un calendrier de réunions à quatre et, lors de chaque réunion, ils abordent un des aspects du différend qui aura d'abord été envisagé séparément par le client avec son avocat lors d'un ou plusieurs rendez-vous préparatoires. Une solution consensuelle est recherchée par une communication directe entre les quatre intervenants. Des experts, choisis en commun par les parties, peuvent être appelés pour les aider dans leur décision.

Les parties s'engagent aussi à négocier de bonne foi et notamment à se communiquer une information complète et sincère.

En Belgique, la pratique du droit collaboratif est encadrée par une charte, adoptée en novembre 2007 par l'Ordre français du barreau de Bruxelles (elle était alors limitée à la sphère du droit familial), puis, en 2009, par AVOCATS.BE (qui en a élargi le champ à toutes les matières du droit).

La Charte⁷⁰ prévoit que, pour participer à un processus collaboratif, les avocats doivent y

⁶⁸ "Le droit collaboratif: un nouveau mode alternatif de résolution des conflits (MARC)", in *La Tribune de l'O.B.F.G.*, n° 34, mars 2009. Voyez aussi dans le *Vade-mecum de l'avocat*, le chapitre 20 "L'avocat et les modes alternatifs de résolution des conflits", section 2 "Le droit collaboratif", p. 167 ; A.M. BOUDART, *Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits familiaux*, http://www.droitbelge.be/news_detail.asp?id=638%20.

⁶⁹ Ch. BRUTRUILLE-CARDEW, « Le droit de la famille collaboratif (*Collaborative Law*) », in *Actualités juridiques de la famille*, Dalloz, 2007, pp. 29 et s.

⁷⁰ http://www.avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf.

avoir adhéré, ce qui implique notamment qu'ils se soient préalablement soumis à une formation spécifique.

La procédure débute par la signature, par les parties et leurs avocats, d'un accord de participation au processus collaboratif, établi selon un modèle annexé à la Charte⁷¹.

La charte prévoit aussi une entente de désistement : les deux avocats et experts instruits s'engagent tous à se décharger complètement et irrévocablement du dossier dans l'hypothèse où l'une des parties a saisi le juge de manière non consensuelle, ou lorsque le processus est mis en œuvre de mauvaise foi ou abusivement. Les intervenants sont tenus à une obligation de confidentialité et ne pourront plus d'aucune manière intervenir directement ou indirectement dans la défense des intérêts d'aucune des parties.

Pour assurer cette confidentialité complète du processus, les pièces utilisées dans le cours de la procédure sont frappées d'une marque qui en interdit la réutilisation dans tout autre but (il va de soi, que celui qui souhaite y produire une pièce officielle en produit dès lors une photocopie, seule cette copie étant alors frappée par la confidentialité).

Outre un rôle de conseil et de négociateur, l'avocat intervient en amont du processus en déterminant avec son client ses priorités essentielles.

Le droit collaboratif est un mode alternatif autonome qui s'inscrit dans une nécessaire coopération avec le monde judiciaire, car l'homologation de l'accord sera presque toujours nécessaire. En outre, une mesure conservatoire ou urgente peut toujours être sollicitée, de l'accord des parties, en cours de processus collaboratif.

8.2. La procédure participative

La procédure participative est une variante du droit collaboratif, prônée en France par le rapport Guinchard et récemment introduite dans le droit positif⁷²: elle ressemble au droit collaboratif mais s'en distingue notamment par le fait qu'en cas d'échec du processus, les avocats ne devront pas nécessairement s'effacer.

Les puristes dénoncent ce gauchissement de l'institution car, estiment-ils, il en détourne l'esprit. Les deux parties ne négocient plus vraiment dans la perspective d'un accord, craignent-ils. Une position de repli est toujours sous-entendue. Mais les partisans de la variante font observer qu'elle évite la pression du « conclure à tout prix » et qu'elle est plus

⁷¹ http://www.avocats.be/sites/default/files/pdf/accord_de_participation_droit_collaboratif.pdf

⁷² Loi du 22 décembre 2010, introduisant un article 2062 dans le code civil : « La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». Voyez D. LOPEZ-EYCHENIE, « La nouvelle convention de procédure participative », <http://www.village-justice.com/articles/nouvelle-convention-procedure,9752.html> ; V. COTTEREAU, « La procédure participative », <http://avocat-a-tours-cmb.viabloga.com/news/la-procedure-participative> ; H. CAUSSE, « La convention de procédure participative ... », <http://www.hervecausse.info/La-convention-de-procedure-participative-annotations-sur-un-nouveau-contrat-special-du-Code-civil-art-2062-et-s-loi-du-a471.html> .

Cette loi vient de faire l'objet d'un décret d'application qui a permis son entrée effective dans le droit positif français : décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends. Voyez <http://www.avocatparis.org/questions-de-procedures/994-la-convention-de-procedure-participative.html> .

facile à faire admettre aux avocats, puisqu'ils ne courent pas nécessairement le risque de « perdre » leur client si la négociation échoue.

Une autre différence fondamentale est que la procédure participative est une procédure (dans le sens judiciaire) et non un processus. Les pièces que l'on y produit le sont officiellement, sous le couvert d'un inventaire, dans le cadre d'un calendrier judiciaire. Elles pourront donc être utilisées dans le cours de la procédure judiciaire, si le processus de négociation échoue.

La procédure participative suspend donc le cours normal du procès mais aussi la prescription. Elle peut déboucher sur des accords partiels, avec homologation par le tribunal et renvoi à celui-ci pour trancher le surplus.

8.3. Droit collaboratif, procédure participative, négociation et médiation

Le droit collaboratif et la procédure participative reposent sur le rôle de négociateur de l'avocat, mais se distinguent de la négociation classique en raison de leur structure. Celle-ci est en effet souvent menée sous la pression, d'une audience le plus souvent, et ne suppose la mise en œuvre d'aucun processus particulier (voyez la charte en droit collaboratif et les rencontres, qui sont au cœur du processus et se déroulent à quatre). En outre, la négociation est très souvent menée sur « positions » alors que le droit collaboratif et la procédure participative nécessitent la recherche des intérêts et des besoins des parties au-delà de leurs positions en vue de tenter de dégager un terrain d'entente satisfaisant pour chacune d'entre elles⁷³.

Le médiateur agit, quant à lui, principalement seul, alors qu'en droit collaboratif ou en procédure participative, deux avocats agissent ensemble et un travail d'équipe permet de tendre à une solution, avec la possibilité de faire appel à des experts extérieurs.

Le droit collaboratif et la procédure participative répondent également au besoin de repositionnement de l'avocat, partenaire juridique et constructif des parties en litige.

Véronique d'Huart,
Avocat au barreau de Liège,
Secrétaire générale de la Commission Université – Palais

Patrick Henry,
Avocat au barreau de Liège,
Ancien président d'AVOCATS.BE

⁷³ A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits », *Act. dr. fam.*, 2008, pp. 133 et s.