

Chapitre 21

L'avocat et les modes alternatifs de résolution des conflits

Section 1 - La médiation	1
§ 1. Qu'entend-on par « médiation » ?	1
§ 2. La prescription de la médiation par l'avocat	2
§ 3. Dans quels cas un avocat peut-il utilement prôner le recours à la médiation ?	3
§ 4. Le coût de la médiation	3
§ 5. Le choix du médiateur	4
§ 6. La demande de médiation, le déroulement du processus et l'homologation judiciaire de l'accord intervenu	4
§ 7. Pour en savoir plus	5
§ 8. Bibliographie sommaire	6
Section 2 - Le droit collaboratif	8
§ 1. Introduction	8
§ 2. Les grands principes du droit collaboratif	9
§ 3. Le rôle des conseils et des tiers intervenants dans le processus collaboratif	10
§ 4. Les différentes étapes du processus de droit collaboratif	10
§ 5. Les règles déontologiques spécifiques au droit collaboratif	10
§ 6. Particularités belges du droit collaboratif	11
§ 7. Les formations belges	11
§ 8. Bilan à l'étranger et en Belgique	11
Section 3 - Les autres modes alternatifs de règlement des conflits (en abrégé « M.A.R.C. »)	12

Section 1 - La médiation

§ 1. Qu'entend-on par « médiation » ?

Cette année, la septième partie du Code judiciaire consacrée à la médiation fête les dix ans de son entrée en vigueur¹. Si les M.A.R.C. (modes alternatifs de règlement des conflits) en général et la médiation en particulier sont à la mode depuis quelque temps², de nombreux praticiens méconnaissent encore les spécificités de la médiation au sens de la septième partie du Code judiciaire³.

Cette dernière peut être définie comme étant un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties entre lesquelles il existe un différend géré par un tiers neutre, indépendant et impartial, qui n'a aucun pouvoir juridictionnel et dont le rôle consiste avant tout à créer les conditions nécessaires pour (r)établir et faciliter la communication entre

¹ A cette occasion, AVOCATS.BE organise avec l'U.C.L. et le certificat interuniversitaire en médiation *les états généraux de la médiation*, et ce sous la coordination scientifique de Pierre-Paul RENSON.

² P.-P. RENSON, « La copropriété, un terreau fertile pour la médiation », in J.P. LANNOY et C. MOSTIN (dir.), *De la prévention à la résolution des conflits en copropriété*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 309 à 344

³ P.-P. RENSON, « Les avocats et la médiation civile », in X, *La justice : enjeux et perspectives de demain*, Actes du congrès conjoint organisé le 18 mars 2013 par l'O.V.B. et l'O.B.F.G. (AVOCATS.BE), Limal, Anthemis, Brugge, La Charte, 2013, pp. 373 à 390, p. 373, n° 1.

parties, mais aussi à conduire ces dernières à redéfinir leurs relations, entre autres, en les aidant à trouver elles-mêmes une ou plusieurs solutions au différend et à en sélectionner une⁴. Autrement dit, la médiation au sens de la septième partie du Code judiciaire se distingue, entre autres, de l'arbitrage⁵, de la conciliation⁶, de la médiation de dette⁷, de la médiation pénale⁸ et de la médiation institutionnelle⁹.

Une fois cernés les faux amis, il reste encore à déterminer de quel type de médiation il est question, car le droit belge distingue les médiations libres, volontaires et judiciaires¹⁰. Contrairement à la médiation judiciaire (qui est ordonnée par un juge à la demande conjointe des parties ou à l'initiative du juge, mais de l'accord des parties), les médiations volontaires et libres dépendent exclusivement de l'initiative des parties qui peuvent y recourir indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire. Toutefois, seules les médiations judiciaires et volontaires bénéficient d'une protection légale spécifique. Ainsi, celles-ci permettent, en principe, de conclure un accord qui sera susceptible d'homologation judiciaire et d'exécution forcée. Il est également intéressant de savoir que, si elle contient la réclamation d'un droit et si elle est adressée par pli recommandé, la demande de médiation volontaire peut valoir mise en demeure et suspendre pendant un mois le cours de la prescription de l'action attachée au droit réclamé¹¹.

§ 2. La prescription de la médiation par l'avocat

L'avocat est l'un des premiers prescripteurs de la médiation. Qui mieux que lui pourrait évaluer objectivement un différend et proposer aux justiciables de recourir en pleine connaissance de cause à pareil mode alternatif de règlement des conflits afin d'obtenir une solution appropriée en évitant les aléas, la durée et le coût non négligeables inhérents à la plupart des procédures¹². C'est donc, à juste titre, que l'O.B.F.G. recommande « *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* »¹³.

L'avocat s'avère également être l'un des principaux rédacteurs de clauses contractuelles (dites de médiation) par lesquelles les parties s'engagent à recourir à la médiation, préalablement à tout autre mode de règlement des conflits, pour tenter de régler les différends que pourraient susciter la formation, l'exécution, l'interprétation et/ou la rupture du contrat¹⁴.

⁴ 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, p. 15.

⁵ Article 1676 à 1723 C. jud.

⁶ Article 731 à 734 C. jud.

⁷ Article 1675/2 et s. C. jud.

⁸ Article 216ter C. inst. crim.

⁹ Sur ce sujet, voy. entre autres Th. BOMBOIS et D. RENDERS, « La médiation en droit public », in P.-P. RENSON (coord.), *La médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 195-196.

¹⁰ P.-P. RENSON, « La médiation civile », in Th. Marchandise (dir.), *Une autre justice possible*, Bruxelles, Larcier, pp. 21 à 73, n° 4 (à paraître)

¹¹ Article 1730, §§ 2 et 3, C. jud.

¹² Sur les permanences d'informations tenues au sein des divers palais de justice et de leurs extensions, voy. la Tribune Flash du 29 mai 2014.

¹³ Recommandation de l'O.B.F.G. du 9 mai 2005 en matière de médiation.

¹⁴ Article 1725 C. jud.

§ 3. Dans quels cas un avocat peut-il utilement prôner le recours à la médiation ?

Dès l'instant où tout différend susceptible d'être réglé par transaction peut faire l'objet d'une médiation¹⁵, rares sont les litiges théoriquement insusceptibles d'être pris en charge par un médiateur. S'il est exclu de recourir à la médiation pour contrevenir aux bonnes mœurs ou à l'ordre public¹⁶, l'on peut y avoir recours pour éviter des contestations à naître, sous réserve de l'existence d'un différend entre parties. La possibilité de transiger et, partant, de recourir à la médiation ne doit d'ailleurs être vérifiée que lorsqu'un accord est trouvé, et non pas avant ou au moment de la mise en mouvement du processus de médiation. Ainsi, la circonstance que le litige porte sur une matière réglée par certaines dispositions impératives ou d'ordre public n'exclut pas le recours à la médiation, même si la marge de manœuvre des parties est restreinte en pareil cas¹⁷.

Bien que la médiation ait un champ d'application théorique très étendu, la pratique révèle que tous les litiges ne sont pas de nature à être réglés en médiation. Celui qui pratique habituellement ce mode alternatif de règlement des conflits distinguera aisément si le différend devrait ou non être géré par un médiateur. À défaut d'expérience en la matière ou de possibilité de bénéficier des conseils avisés d'un confrère obligé, le praticien pourra toujours recourir à l'un ou l'autre test permettant d'apprécier si le litige peut ou non être réglé, fût-ce partiellement, par un mode alternatif de règlement des conflits¹⁸.

Enfin, avant de prôner le recours à la médiation, il faut vérifier que toutes les parties ont la capacité de transiger. Soulignons qu'aux termes de l'article 1724 du Code judiciaire, les personnes morales de droit public ne peuvent être parties à une médiation volontaire ou judiciaire que dans les cas prévus par la loi ou par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Malgré le récent regain d'intérêt du monde politique pour la médiation, aucune loi ni aucun arrêté royal délibéré en Conseil des ministres n'ont été adoptés en ce sens. Dans ces conditions, le droit belge contrevient, depuis le 22 mai 2011, à la directive (CE) n° 2008/52 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale qui prévoit que les personnes morales de droit public peuvent être parties à une médiation, à tout le moins, en ce qui concerne leurs litiges transnationaux relatifs aux matières civiles et commerciales et sur lesquels il leur est permis de transiger¹⁹.

§ 4. Le coût de la médiation

Le coût de la médiation varie au cas par cas. Il dépend notamment des frais et honoraires des divers intervenants (tels que le médiateur, les conseils des parties, les éventuels experts), de la matière en litige²⁰, de la durée du processus et de sa complexité.

Aux termes de l'article 1731, § 1^{er}, du Code judiciaire, le coût de l'intervention du médiateur

¹⁵ Article 1724 C. jud.

¹⁶ Article 6 C. civ.

¹⁷ P. P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens », in P. P. RENSON (coord.), *La médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 1 à 62, spéc. p. 25, n° 31.

¹⁸ Voy., notamment, le test établi par le cabinet d'avocats californien Debevoise & Plimpton tel que traduit et présenté par A. SCHNEEBALG et E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Bruxelles, Kluwer, 2002, pp. 213 à 218 ; 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. 22 à 25.

¹⁹ Sur ce sujet, voy. 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.

²⁰ Ainsi, le tarif horaire d'un médiateur agréé en matière familiale est généralement moindre par rapport à celui d'un médiateur agréé en matière civile et commerciale ou sociale. Par ailleurs, contrairement aux prestations des médiateurs agréés en matière familiale, celles des autres médiateurs agréés sont soumises à la T.V.A.

est « pris en charge par toutes les parties, sauf exception ». Par contre, lorsqu'une partie est assistée d'un avocat ou d'un conseil technique, le coût de l'intervention de ce dernier est, en principe, à sa charge.

Il n'en demeure pas moins que le coût réel de la médiation peut s'avérer moindre pour les justiciables notamment s'ils bénéficient d'une assurance protection juridique ou de l'assistance judiciaire (voire également de l'aide juridique en ce qui concerne les frais et honoraires d'avocat), ou s'ils sont en mesure de déduire fiscalement tout ou partie du coût de la médiation à titre de frais professionnel.

Il faut également garder à l'esprit que les dépens de l'instance incluent, en principe, les frais et honoraires du médiateur désigné dans le cadre d'une médiation judiciaire²¹. Ainsi, le juge fixe les dépens en entérinant l'accord des parties, excepté si l'une de celles-ci conteste à juste titre la validité du protocole ou si ce dernier laisse expressément au juge le soin de décider la répartition des frais et honoraires liés à la médiation.

Soulignons enfin que la médiation pourrait permettre, dans certains cas, d'éviter le coût et la rédaction de certains actes notariés²².

§ 5. Le choix du médiateur

Deux catégories de médiateurs coexistent : les médiateurs agréés par la commission fédérale de médiation²³ et ceux qui ne disposent d'aucun agrément. Si tout un chacun peut être médiateur, l'obtention et le maintien d'un agrément en matières familiale, sociale ou civile et commerciale ne peuvent se faire que moyennant le respect de conditions strictes (notamment sur le plan déontologique), car l'on ne s'improvise pas médiateur agréé.

De nombreuses variables interviennent dans le choix du médiateur. Il serait vain de vouloir résumer cette problématique en quelques lignes. C'est pourquoi nous renvoyons le lecteur aux ouvrages et articles cités en bibliographie. Soulignons toutefois qu'un juge ne devrait pas intervenir dans un différend en qualité de médiateur agréé²⁴, que le recours à un médiateur agréé s'impose, en principe, si l'on souhaite solliciter l'homologation judiciaire de l'accord de médiation²⁵, et que le choix du médiateur appartient, en principe, aux parties²⁶.

§ 6. La demande de médiation, le déroulement du processus et l'homologation judiciaire de l'accord intervenu

La demande de médiation judiciaire peut être formulée soit dans l'acte introductif, soit à l'audience, soit par simple demande écrite adressée ou déposée au greffe²⁷. Dans ce dernier cas, l'affaire est fixée à l'audience dans les quinze jours de la demande²⁸.

La demande de médiation volontaire n'est, quant à elle, soumise à aucune condition de forme, excepté si l'on souhaite qu'elle vaille mise en demeure et qu'elle suspende pendant

²¹ Article 1018, alinéa 1^{er}, 7^o, C. jud.

²² Sur cette problématique complexe, voy. P. P. RENSON, « La transcription de certains jugements homologuant des accords de médiation : l'intervention des notaires remise en cause ? », *J.T.*, 2009, pp. 509 à 515.

²³ Dont la liste peut être consultée via le site <http://www.mediation-justice.be/>.

²⁴ P. P. RENSON, « Un juge peut-il être médiateur ? », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 608 et 609.

²⁵ Articles 1733, 1734, § 1^{er}, et 1736 C. jud.

²⁶ Articles 1730, § 1^{er} (médiation volontaire), et 1734, § 1^{er} (médiation judiciaire), C. jud.

²⁷ Article 1734, § 4, alinéa 1^{er}, C. jud.

²⁸ *Ibidem*.

un mois le cours de la prescription de l'action attachée au droit réclamé. Pour ce faire, la demande écrite devra contenir la réclamation d'un droit et être envoyée par pli recommandé²⁹.

Lorsque toutes les parties acceptent le recours à la médiation (volontaire ou judiciaire), il reste alors à savoir comment va se dérouler le processus de médiation. Les principales étapes d'un processus de médiation se résument généralement comme ceci : la *prémédiation* (c'est-à-dire l'ensemble des contacts visant à convaincre l'une ou l'autre des parties de recourir à la médiation) et le recours aux services d'un médiateur, l'entame de la médiation, les réunions et la fin de la médiation³⁰.

Lorsque le différend porte sur une matière civile, commerciale ou sociale, les avocats assistent en principe leurs clients durant tout le processus de médiation, contrairement à ce qui se pratique habituellement en matières familiale³¹. En pareil cas, le rôle des avocats consiste, pour l'essentiel, à aider les parties à présenter clairement leurs points de vue, à évaluer les forces et faiblesses de leurs positions, à définir leurs intérêts, à découvrir des solutions au différend et à conclure un accord dans le respect du cadre fixé par le médiateur. Il appartient également aux conseils de veiller au respect strict du caractère confidentiel de la médiation³² et du secret professionnel. Il est à noter que l'O.B.F.G. dispense régulièrement des formations ayant spécifiquement pour objet le rôle des conseils en médiation.

Lorsqu'un accord est conclu en médiation judiciaire ou volontaire se pose la question de son homologation judiciaire. Pour obtenir pareille homologation, il faut que les parties aient signé un protocole de médiation répondant à certaines conditions de forme³³, qu'elles aient eu recours aux services d'un médiateur agréé³⁴, que l'accord conclu ait été dûment formalisé³⁵ et qu'il respecte tant l'ordre public³⁶ que les normes impératives³⁷. En matière familiale, une cinquième condition s'impose, à savoir le respect de l'intérêt des enfants mineurs³⁸.

Une fois l'accord homologué, il a les mêmes effets qu'un jugement au sens de l'article 1043 du Code judiciaire³⁹. Il ne pourra donc être remis en cause que dans de rares hypothèses⁴⁰.

§ 7. Pour en savoir plus

Pour tout renseignement complémentaire, vous pouvez utilement vous adresser, au sein d'AVOCATS.BE, à M^e Pierre-Paul Renson, Secrétaire de la Commission Fédérale de Médiation, Membre de la commission M.A.R.C. et coordinateur scientifique des formations

²⁹ Article 1730 C. jud.

³⁰ Pour des développements détaillés sur ce sujet, sur le rôle des intervenants à la médiation, ainsi que sur les effets de la médiation sur la prescription de l'action et sur les procédures en cours, voy., entre autres, P. P. RENSON, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès ?*, op. cit., pp. 56 et 57 et pp. 62 à 74.

³¹ Cet usage n'a aucun fondement légal ou réglementaire précis. Partant, rien n'exclut que les parties s'accordent pour la participation de leur conseil à tout ou partie des séances de médiation familiale. A l'inverse, prévoir que les conseils ne participeront à aucune des séances de médiation familiale et leur adresser un rapport systématique à l'issue de chaque séance est une pratique minoritaire qui ne peut être approuvée, entre autres, au regard de l'article 1728 du Code judiciaire.

³² Article 1727 C. jud.

³³ Article 1731 C. jud.

³⁴ Sous réserve de l'exception visée par l'article 1734, § 1^{er}, alinéa 2, C. jud.

³⁵ Article 1732 C. jud.

³⁶ Articles 1733 (médiation volontaire) et 1736 (médiation judiciaire) C. jud.

³⁷ P. P. RENSON, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès ?*, op. cit., pp. 78 et 79.

³⁸ Articles 1733 (médiation volontaire) et 1736 (médiation judiciaire) C. jud.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Voy. P. P. RENSON, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès ?*, op. cit., pp. 82 et 83.

en médiation (formation de base et formation spécialisée en matière civile et commerciale) dispensées par l'O.B.F.G. (voy. ses coordonnées dans l'annuaire).

§ 8. Bibliographie sommaire

Ouvrages et Codes

- J. CRUYPLANTS, M. GONDA et M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- O. CAPRASSE, *Arbitrage et médiation. La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, Bruges, La Charte, vol. VI, 2010.
- S. DE BAUW et B. GAYSE, *Bemiddeling en rechtspraak hand in hand. Wegwijs voor de rechter*, Bruges, La Charte, 2009.
- C. DELFORGE et P.-P. RENSON, *Code de la médiation*, Bruxelles, Larcier, 6^{ème} éd., 2015.
- Th. MARCHANDISE (dir.), *Une autre justice possible*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- P.-P. RENSON (coord.), *La médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008.
- 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.
- A. SCHNEEBALG et E. GALTON, *Le rôle du conseil en médiation civile et commerciale*, Bruxelles, Kluwer, 2002.
- X., *Bemiddeling*, Bruges, La Charte, 2008.
- X, *De l'autre côté du conflit*, Limal, Anthemis, 2013.

Articles et contributions

- 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.
- O. CAPRASSE, « La loi du 21 février 2005 sur la médiation », *Cah. jur.*, 2006, pp. 21 à 26.
- O. CAPRASSE, « Contentieux sociétaire et médiation », in X, *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 147 à 167.
- O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », in O. CAPRASSE (dir.), *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) – Questions spéciales*, CUP, vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 233 à 297.
- H. DE BACKER, « De rol van de advocaat bij bemiddeling », in X., *Bemiddeling*, Bruges, La Charte, 2008.
- V. D'HUART, « Statut et fonction du médiateur », *Ius & Actores*, 2007/1, pp. 25 à 46.
- V. D'HUART, « Déontologie et discipline du médiateur », *Ius & Actores*, 2008, pp. 5 à 22.
- P. EVRARD, « Les méthodes alternatives de redressement de l'entreprise en difficulté : la pratique du tribunal de commerce de Liège », *Rev. dr. ULg.*, 2009, pp. 29 à 37.
- P. MOREAU, « Conciliation et médiation en matière de copropriété », in X, *La copropriété par appartements*, Bruxelles, La Charte, 2008, pp. 297 à 351, spéc. p. 343, n° 40.
- P.-P. RENSON, « La médiation et les conflits de voisinage », in D. DEOM, O. JAUNIAUX, P. LECOCQ, C. MOSTIN et P.-P. RENSON, *Les troubles de voisinage. Quatre points de vue*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 133 à 180.
- P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens : analyse à la croisée des chemins », in P.-P. RENSON (coord.), *La médiation, voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes ?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 11 à 62.

- P.-P. RENSON, « LE POINT SUR... l'agrément "définitif" des médiateurs : le fil d'Ariane », *J.T.*, 2008, pp. 296 à 297.
- P.-P. RENSON, « La médiation et le C.M.B.C. : une alternative séduisante au sein du Barreau de Charleroi », *Le Pli judiciaire*, 2008, vol. 79, pp. 5 et 6.
- P.-P. RENSON, « Un juge peut-il être médiateur ? », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 608 et 609.
- P.-P. RENSON, « *Les biens, les assurances et la médiation : va-t-on remettre le procès en question ?* », *For. ass.*, 2009, pp. 25 à 29.
- P.-P. RENSON, « Les conflits entre voisins consécutifs à la commission d'infractions urbanistiques : état de la question et apport de la médiation », *Le Pli Juridique*, 2009, pp. 28 à 36.
- P.-P. RENSON, « La médiation dans les conflits locatifs : info ou intox ? », in X, *Le bail. Actualités et dangers*, Acte du colloque organisé le 4 juin 2009 par la Conférence du Jeune Barreau de Mons, Louvain-La-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 313 à 354.
- P.-P. RENSON, « La transcription de certains jugements homologuant des accords de médiation : l'intervention des notaires remise en cause ? », *J.T.*, 2009, pp. 509 à 515.
- P.-P. RENSON, « Réduire le coût et la durée des procès », *La Libre Belgique*, 9 octobre 2010.
- P.-P. RENSON, « LE POINT SUR... l'obligation de formation continue des médiateurs agréés », *J.T.*, 2010, pp. 591 □ 592.
- P.-P. RENSON, « Arbitrage, conciliation, médiation et droit collaboratif : comment régler un conflit efficacement et durablement, sans recourir à une procédure judiciaire ou administrative ? », *Justice-en-ligne.be*, 28 février 2011.
- P.-P. RENSON, « La médiation, une alternative permettant d'éviter les aléas, le coût et la durée des procès », *Justice-en-ligne.be*, 28 février 2011.
- P.-P. RENSON, « La médiation, la conciliation et les juridictions : comment préserver l'impartialité ? », *Justice-en-ligne.be*, 7 novembre 2011.
- P.-P. RENSON, « Les avocats et la médiation civile », in X, *L'avocat au parlement : enjeux et perspectives de demain*, Limal, Anthemis, Bruges, La Charte, 2013, pp. 371 à 390.
- P.-P. RENSON, « La copropriété, un terrain fertile pour la médiation », in J.P. LANNOY et C. MOSTIN (dir.), *De la prévention à la résolution des conflits en copropriété*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 309 à 344.
- P.-P. RENSON, « Les avocats et la médiation », in X, *L'avocat et les modes alternatifs de règlement des conflits*, e-tribune, 25 avril 2013.
- P.-P. RENSON, « La médiation et les enjeux liés à la formation des médiateurs agréés », *Jurim Pratique*, 1/2014, pp. 67 à 100.
- P.-P. RENSON, « La profession d'avocat, la médiation et les ténors du barreau », *Pli juridique*, 06/2014, pp. 4 et 5.
- P.-P. RENSON, « Médiation : questions choisies », *Pli juridique*, 06/2014, pp. 6 à 9.
- P.-P. RENSON (coord.), *Pli juridique* 06/2014 consacré aux M.A.R.C.
- N. UYTENDAELE, « La loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation », *J.J.P.*, 2005, pp. 582 □ 593.
- P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, pp. 297 à 308.
- P. VAN LEYNSEELE, « Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons-nous changer de point de vue ? », *J.T.*, 2014, pp. 609 à 611.

Section 2 - Le droit collaboratif

§ 1. Introduction

1. Définition et comparaison avec la médiation et la négociation traditionnelle

1.1 Définition

La charte de droit collaboratif (voy. *infra*, le paragraphe 6 de la présente section) définit le processus comme :

« [...] un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation. Il réunit au moins quatre personnes, soit les parties impliquées dans un litige (familial) comme principaux négociateurs et leurs avocats respectifs qui les conseillent et les assistent.

L'avocat collaboratif reçoit de son client un mandat exclusif et restreint de l'assister et de le conseiller dans la négociation en vue d'aboutir à des modalités amiables.

L'avocat collaboratif favorisera tant les échanges que le règlement du litige en privilégiant l'honnêteté, la négociation et la confiance en vue de réduire autant que possible, pour les parties (et leur famille), les conséquences négatives résultant de ce litige (conséquences économiques, sociales, émotionnelles, etc.).

Le processus tend à résoudre les différends de manière respectueuse et à aboutir à des ententes satisfaisantes et équilibrées répondant aux besoins et aux intérêts de chacune des parties (et de leurs enfants) ».

1.2 Comparaison avec la médiation et la négociation traditionnelle

Le droit collaboratif, tout comme la médiation, est un processus, c'est-à-dire une méthode de travail composée de différentes étapes.

Le processus de droit collaboratif ne se confond toutefois pas avec la médiation, même si de nombreux outils sont communs à ces deux modes alternatifs de résolution des conflits.

La médiation est caractérisée par :

- l'intervention d'un tiers neutre, véhicule de communication entre les parties ;
- l'absence de conseils juridiques donnés par le médiateur pour rester en phase avec sa neutralité ; Les parties seront donc amenées à consulter un conseil juridique personnalisé pour les éclairer sur les questions juridiques ;
- en médiation familiale, de nombreux médiateurs n'envisagent pas de caucus (même si certains médiateurs – peu nombreux toutefois - le pratiquent succès) ; toujours en médiation familiale, la plupart du temps, les conseils personnels des parties n'assistent pas aux séances ;
- la dynamique centrale est celle de la « triangulation » : tiers neutre/une partie/une partie ;

Le droit collaboratif se démarque par :

- la présence de toutes les parties impliquées et de leurs conseils durant tout le processus, avec la possibilité d'éclairer juridiquement son client à tout moment ;
- l'absence de tiers « neutre » ou « impartial » ;
- la possibilité pour les conseils d'envisager à tout moment des caucus avec leur client personnel ;
- le dynamique centrale ne repose pas sur la « triangulation » comme en médiation ; la dynamique du droit collaboratif est différente, axée davantage sur la mise en œuvre d'un travail d'équipe à plusieurs niveaux et notamment entre avocats collaboratifs et à quatre (avocats et clients) lors des réunions plénières ;

Plusieurs traits importants du *droit collaboratif* se différencient de la négociation traditionnelle :

- le droit collaboratif est un processus qui implique des étapes définies et la signature d’engagements ;
- les avocats des parties reçoivent comme mandat restreint et exclusif celui d’assister et de conseiller leur(s) client(s) dans la négociation des questions litigieuses déterminées ;
- en cas d’échec du processus collaboratif, les avocats doivent se retirer et ne peuvent assister et défendre leur client dans le contexte d’une procédure contentieuse ;
- le droit collaboratif implique l’engagement écrit de n’entreprendre aucune procédure ni mesure unilatérale agressive et de suspendre celle(s) qui serai(en)t éventuellement en cours ;
- l’approche collaborative est basée sur un travail d’équipe notamment entre les avocats ;
- le droit collaboratif œuvre au maintien ou à la restauration d’un climat relationnel satisfaisant entre les parties en travaillant sur les besoins de toutes les parties (et en droit familial de leurs enfants) et en appliquant les principes d’une communication respectueuse de chacune des parties;

2. *Le droit collaboratif : un état d’esprit avant tout*

Le droit collaboratif est avant tout état d’esprit : la volonté de négocier différemment, dans un climat de confiance et respectueux de chacune des parties.

Les avocats travaillent *de concert* avec les parties en encourageant leur créativité en vue de mettre en place des solutions *mutuellement* acceptables et durables, répondant à leurs besoins réciproques.

Les clients participent activement au processus.

Les avocats collaboratifs sont amenés à gérer l’expression des émotions – parfois fortes – des parties, étape essentielle vers un dialogue constructif. Ils vont œuvrer à identifier et dégager les intérêts communs ainsi qu’amener les parties à les exprimer.

§ 2. Les grands principes du droit collaboratif

Les principes essentiels du droit collaboratif peuvent se résumer comme suit :

1. Le travail d’équipe ;
2. La mise en évidence des intérêts et des besoins des deux parties ;
3. L’échange des informations utiles en toute bonne foi ;
4. La confidentialité (accrue) ;
5. La reconnaissance de l’interdépendance des parties ;
6. Le processus est aussi important que le résultat ;
7. La loi n’est pas le seul critère ;
8. La procédure n’est pas une option ;
9. Le retrait de l’avocat en cas d’échec du processus ;
10. Une communication efficace par le respect de règles de communication spécifiques ;
11. La prise en compte des aspects psychologiques.

§ 3. Le rôle des conseils et des tiers intervenants dans le processus collaboratif

1. Le rôle des conseils

L'avocat assume dans le processus une double casquette :

- celle de conseil et coach de son client ;
- celle de garant et coach du processus de droit collaboratif.

2. Le rôle des « experts » ou tiers intervenants

Le droit collaboratif se veut une pratique ouverte et souple. L'intervention de tiers peut être protéiforme : consultation d'un psychologue en vue de solliciter un avis quant aux modalités d'hébergement des enfants, examen de la situation financière des parties par un expert-comptable, avis d'un autre avocat spécialisé en telle ou telle matière (en droit fiscal par exemple pour connaître les implications fiscales d'une option imaginée par les parties) etc.

Il peut même être envisagé de recourir à la médiation ou à la conciliation d'un tiers pour le règlement d'un point particulièrement épineux sur lequel, malgré les différentes tentatives réalisées, les parties n'arrivent pas à dialoguer ou à prendre une décision conjointe.

§ 4. Les différentes étapes du processus de droit collaboratif

Le droit collaboratif est un processus, une méthode de travail, impliquant plusieurs étapes nécessaires et indispensables.

Ces étapes sont les suivantes :

- la rencontre initiale avec le client ;
- le premier contact entre les avocats ;
- la réunion de préparation du client ;
- l'entretien préalable entre les avocats ;
- la première rencontre de règlement avocats-parties ;
- les débriefings : le débriefing avec le client et celui entre les avocats ;
- les réunions ultérieures de préparation avec le client ;
- les rencontres de règlement subséquentes ;
- la rédaction de l'entente provisoire ou définitive et partielle ou complète ;
- la fin du processus.

Des tâches bien définies et particulières sont assignées à chaque étape.

§ 5. Les règles déontologiques spécifiques au droit collaboratif

1. La signature des documents : la charte et l'accord de participation

Pour entamer un processus collaboratif, les avocats doivent être spécifiquement formés à cet effet. Ils doivent également avoir signé la charte de droit collaboratif (voy. *infra* le paragraphe 6 de la présente section). D'autre part, les parties et les avocats signeront, à l'entame du processus de droit collaboratif, un document particulier étant l'accord de participation au processus de droit collaboratif. Ce document définit les étapes du processus, ses principes essentiels et les obligations auxquelles les parties adhèrent (confidentialité, transparence...).

2. La confidentialité accrue

Les documents (non officiels) ne sont pas communiqués en copie aux clients, mais restent au dossier des avocats collaboratifs. Ils seront identifiés à cet effet par une mention « droit collaboratif- confidentiel ».

3. Le retrait en cas d'échec du processus

Le retrait de l'avocat, en cas d'échec du processus de droit collaboratif, constitue, une règle déontologique tout à fait spécifique et particulière au droit collaboratif. Elle est la pierre angulaire de ce processus et l'essence même de celui-ci. Comment en effet envisager pour les parties une négociation en toute confiance si elles savent que l'autre avocat pourra utiliser la teneur des négociations en procédure contentieuse, en cas d'échec du processus ? Le retrait donne dès lors à ce processus une cohérence importante, les parties se montrant alors plus libre de s'exprimer et de se dévoiler sans crainte, dans un réel climat de confiance et de respect mutuel.

§ 6. Particularités belges du droit collaboratif

Partout dans le monde, à ce stade, le droit collaboratif s'est développé à l'initiative d'un groupe d'avocats, local ou national, se constituant en association. La Belgique se démarque en la matière. En effet, l'idée d'y introduire le droit collaboratif a germé au sein de la Commission de droit de la famille de l'ordre français des avocats du barreau de Bruxelles qui, dès 2006, a œuvré à son introduction en Belgique par la préparation de deux écrits indispensables : la charte de droit collaboratif (signée par tout avocat qui entame une pratique collaborative) et l'accord de participation au processus de droit collaboratif (signé par les parties et les conseils à l'entame de chaque dossier de droit collaboratif).

En novembre 2007, le conseil de l'ordre français des avocats du barreau de Bruxelles a adopté le droit collaboratif comme nouveau mode alternatif de résolution des conflits.

Début 2009, l'O.B.F.G. y a également adhéré, en étendant les applications de la charte à toutes les matières. En effet, envisagé dans un premier temps en droit familial, le droit collaboratif a gagné aujourd'hui d'autres domaines du droit, en Belgique comme ailleurs : droit civil, droit commercial et droit social.

Notre approche belge novatrice garantit davantage, par le prisme de la déontologie, le respect des principes essentiels au bon fonctionnement de ce processus.

§ 7. Les formations belges

Dans le respect des principes en la matière, une formation de base de quatorze heures a été mise sur pied par le barreau depuis 2008. Elle constitue un préalable pour tout avocat souhaitant pratiquer du droit collaboratif.

D'autres formations complémentaires (mais facultatives) ont été mises en place (niveau II : deux journées ; niveau III : une journée ; formation relative aux outils systémiques des services du droit collaboratif etc.).

§ 8. Bilan à l'étranger et en Belgique

En quelques années, le droit collaboratif s'est répandu de par le monde et a séduit de nombreux praticiens et clients qui se sont tournés vers ce processus pour régler leurs

différends.

Le bilan est très positif tant pour les praticiens que pour les clients, avec un taux de réussite très élevé de l'ordre de 85 % à 90 %.

Le droit collaboratif n'est toutefois pas adapté à tous les dossiers, il n'est pas la panacée universelle, tout comme la médiation.

Section 3 - Les autres modes alternatifs de règlement des conflits (en abrégé « M.A.R.C. »)

À côté de la médiation et du droit collaboratif, on peut dénombrer plusieurs autres modes de règlements alternatifs (ou appropriés ?) de résolution des conflits.

Il en est de deux types : ceux qui font appel à un tiers (comme la médiation) et ceux qui peuvent être entrepris par les avocats eux-mêmes, sans recours extérieur (comme le droit collaboratif).

Parmi les premiers, nous citerons :

- l'*arbitrage* : ce mode de résolution est sans doute le plus connu. Plutôt que de confier la solution de leur litige à un juge ordinaire, deux (ou plusieurs) parties décident de demander à un homme d'expérience (professeur d'université, juriste spécialisé, parfois un collège composé de plusieurs spécialistes appartenant à des disciplines complémentaires) de trancher définitivement leur litige. Rien là de bien extraordinaire. Il ne s'agit, finalement, que de privatiser le service public de la justice en le confiant à des personnes très compétentes. D'où un coût plus élevé. Mais des avantages en termes de discrétion (le procès n'est pas public), de spécialisation (on peut choisir des experts tout à fait compétents dans le domaine considéré) et de rapidité (pas d'arriérés). Les litiges internationaux ou très urgents peuvent bien se prêter à cette formule, et des associations privées se sont d'ailleurs constituées pour l'institutionnaliser dans des domaines particuliers (Cepani, C.C.A.I., etc.) ;
- la *tierce décision obligatoire* : deux parties en conflit décident de conclure leur différend par une transaction comprenant un élément encore indéterminé. C'est à un tiers qu'elles confient le soin de préciser celui-ci. Ce mode est particulièrement utile pour résoudre des litiges qui présentent des caractéristiques techniques. Un litige en matière d'entreprise par exemple. Les parties confient à un spécialiste le soin de déterminer quels travaux doivent être entrepris pour mettre un travail en ordre. Ou en matière d'évaluation. Les parties décident de confier à un spécialiste le soin de déterminer une valeur, qui fera leur loi. Dans tous les cas, la décision de ce tiers est irrévocable. Et, s'il se trompe, c'est lui qui engage sa responsabilité ;
- la *conciliation* ou *amiable composition* : il s'agit aussi d'une méthode bien connue. Les parties exposent leur litige à un sage (qui peut être un juge, au contraire de l'arbitre) qui tentera de les accorder en leur faisant une ou diverses propositions. De la pertinence de ses propositions dépendra le bon aboutissement du processus.

Soulignons au passage la création de la chambre des règlements amiables instituée par la loi au sein des tribunaux de la famille depuis le 1^{er} septembre 2014 ;

Parmi les seconds, nous relèverons :

- la *négociation* : elle est probablement la méthode la plus familière aux avocats et celle à

laquelle ils recourent le plus. Les deux (ou plus) parties se rencontrent et tentent, avec le concours de leurs conseils respectifs, de dégager un accord. Ensuite, cette méthode est très intuitive. Il ne s'agit, finalement, que de discuter... ;

- la *procédure participative*, prônée en France par le rapport Guinchard et récemment introduite dans le droit positif ; En cas d'échec de cette procédure, les avocats ne devront pas nécessairement s'effacer. Les puristes dénoncent ce gauchissement de l'institution, car, estiment-ils, il en détourne l'esprit. Outre le fait qu'il pose d'évidents problèmes en termes de loyauté (l'avocat qui a participé au processus et a eu connaissance, à cette occasion, d'éléments confidentiels peut-il encore agir en prétendant les nier ?), les deux parties ne négocient plus vraiment dans la perspective d'un accord, craignent-ils. Une position de repli est toujours sous-entendue ; Cette procédure ne semble pas rencontrer le succès escompté en France ;
- enfin, le *mini-trial* est une technique propre aux conflits entre grandes entreprises : les chargés de mission qui sont responsables d'un dossier conflictuel viennent s'expliquer devant leurs hauts décideurs respectifs. Ceux-ci les entendent puis se réunissent entre eux et tentent, ainsi éclairés, d'aboutir à un accord.

La plupart de ces techniques ont une caractéristique en commun, qui les différencie du procès judiciaire classique : les parties reprennent la maîtrise de leur différend dans une approche qui les remet au centre de la résolution de leur situation.

Mais toute médaille a son revers. Si une des parties est en position de force par rapport à l'autre, elle risque de lui imposer des concessions qui pourraient être injustes.

Il n'y a pas de panacée. Il n'y a pas une solution qui soit toujours la meilleure pour tout conflit ou pour tous. Mais un choix, à opérer à chaque fois, comme un peintre qui cherche la teinte qui traduira le mieux l'impression qu'il ressent.