

2. Analyse des différents MARC



2.1. La médiation

2.1.1. LA LOI DE 2005 MODIFIÉE EN 2018

A. La loi de 2005

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

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

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

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

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

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

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

B. La loi de 2013

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- L'alinéa 4 de l'article 731 du Code judiciaire prévoit qu'en matière familiale «*le tribunal de la famille doit à l'audience d'introduction, informer les parties de la possibilité de résoudre leur litige par le biais de la conciliation, de la médiation, ou de tout autre mode de règlement amiable des conflits*»;
- L'article 1253ter/1 du Code judiciaire vise toutes les causes relevant du tribunal de la famille et a été inséré dans les dispositions particulières de procédure applicable aux demandes relatives aux droits et devoirs qui naissent de ces relations familiales. Le greffe est obligé d'informer immédiatement les parties de la possibilité de recourir à la médiation – ou un autre mode de règlement amiable des conflits – en leur faisant parvenir une brochure d'information concernant la médiation et les renseignements concernant les séances d'information, permanences ou autres initiatives organisées dans l'arrondissement judiciaire afin de promouvoir la résolution amiable des conflits;
- Enfin, l'article 1253ter/3§1 du Code judiciaire, confie au juge un rôle actif. Dans les causes visées à l'article 1253ter/4§2a1,1 à 4 – résidence séparée, autorité parentale, droit d'hébergement et obligations alimentaires, lorsque les parties ne sont pas arrivées à un accord, le juge les entend sur leur litige et peut dans ce contexte, leur proposer encore d'examiner si une médiation ou une conciliation est possible.

Ainsi :

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

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

Vous pourrez ainsi rencontrer différentes situations :

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

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

- Une permanence « *médiation* » se tient au sein même du Palais de Justice. Les justiciables peuvent s'y rendre d'eux-mêmes ou à la demande du juge pour recevoir de simples informations, ou tenir avec le médiateur de permanence une première séance de médiation;
- Lors de l'appel du rôle, un médiateur se tient aux côtés du magistrat et présente lui-même brièvement les avantages de la médiation;
- Des magistrats imposent au minimum aux justiciables de rencontrer un médiateur avant que la procédure ne soit poursuivie et remettent à date rapprochée le dossier pour traitement en cas de non poursuite de la médiation;
- Lors d'une audience de plaidoiries, des juges, après avoir entendu les conseils et au vu des causes et des enjeux, invitent les parties à se diriger vers la médiation ou un autre mode de règlement amiable.

C. La loi de 2018

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.2. INFORMATION DÉONTOLOGIQUE ET LÉGALE POUR LES AVOCATS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Une liste d'indices de médiabilité est annexée en fin de syllabus. Cette liste permet d'aider l'avocat à réfléchir concrètement à la possibilité de proposer une médiation. Elle ne constitue qu'un outil de réflexion et non une check list binaire qui ferait automatiquement basculer le dossier dans l'une ou l'autre catégorie.

EN RÉSUMÉ

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

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

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

A. Clause de médiation

L'article 1725 du Code judiciaire dispose que :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Proposition de médiation

L'article 1730 du Code judiciaire dispose que :

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

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

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

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

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

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

Les nouveaux articles 1727 à 1727/5 du Code judiciaire sont entrés en vigueur le 1er janvier 2019. Les articles 1727 et suivants du code judiciaires sont reproduits en annexe pour de plus amples informations au sujet de la commission.

2.1.7 LA MÉDIATION JUDICIAIRE/EXTRAJUDICIAIRE

A. La médiation extrajudiciaire

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

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

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

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

B. La médiation judiciaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. La confidentialité

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Le caractère volontaire de la médiation

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

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

EN RÉSUMÉ

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

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

C. Indépendance, impartialité et neutralité du médiateur

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

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

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

La neutralité exclut en principe toute appréciation par le médiateur des possibilités et revendications de l'une ou l'autre des parties. Il arrive que le médiateur donne son avis sur un point précis mais dans le cadre d'une discussion à trois. Le médiateur ne donne aucune information juridique et renvoie les parties auprès de leurs conseils. S'il n'en ont pas, le médiateur invite les parties à prendre des informations auprès de tous tiers spécialisés (avocat, comptable, etc)

EN RÉSUMÉ

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

2.1.9. LES GRANDES ÉTAPES DU PROCESSUS DE MÉDIATION

A. Le préalable

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

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

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

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

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

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

- La fixation des séances et le temps laissé entre chaque séance;
- L'absence ou la présence des conseils (en matière familiale);
- La confidentialité liée aux documents et communications;
- La possibilité de tenir un caucus entre le médiateur et l'une et l'autre des parties;
- La fixation de ses honoraires.

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

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

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

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

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

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

C. Les différentes phases d'une médiation

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

- ▷ Une même situation peut être perçue, ressentie et décrite différemment selon les personnes ;
- ▷ Chacun est invité à parler en « *je* » (c'est-à-dire parler « *pour soi* » et dire ce que l'on pense, ce que l'on ressent) et non en « *tu* » (c'est-à-dire parler « *pour l'autre* » en disant ce qu'il a pensé, ce qu'il a ressenti). Ceci n'exclut pas qu'une partie exprime comment elle perçoit l'autre ou les positions de celle-ci ;
- ▷ L'équilibre de temps de parole des uns et des autres est favorisé ;
- ▷ L'écoute active est importante (sans déjà penser à la réponse qu'on va apporter) ;
- ▷ Le respect du cadre et des autres – y compris le médiateur – est fondamental ;
- ▷ Personne n'est parfait et le médiateur est empathique.

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

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

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

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

EN RÉSUMÉ

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

D. L'accord de médiation

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

Qui va rédiger cet accord ?

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

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

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

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

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

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

EN RÉSUMÉ

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

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

A. Préalable

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

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

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

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

Il convient d'éviter:

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

Au contraire, l'avocat sera bien inspiré :

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

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

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

C. Installation

Lors de cette phase, le médiateur va expliquer :

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

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

D. La phase de narration : les faits

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

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

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

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

E. La phase de développement : Intérêts/besoins

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

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

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

F. La phase des options

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

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

G. Les solutions

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

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

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

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

I. Une dernière remarque

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

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

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

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

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

2.1.11 LE RÔLE DES TIERS APPELÉS À PARTICIPER À UNE MÉDIATION

A. Les tiers spécialistes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EN RÉSUMÉ

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

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

B. Les tiers influents

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

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

C. Les tiers concernés

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

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

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