

Faculté de droit et de criminologie

Le caucus à l'aune du procès équitable

*Comment l'articuler avec les garanties
procédurales ?*

Auteur : Emma BARTON-SMITH

Promoteur : Jean-François VAN DROOGHENBROECK

Année académique 2022-2023

Master en droit – Justice civile et pénale

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Thank you to my supervisor, Jean-François van Drooghenbroeck, whose positivity and enthusiasm always gave me the energy to continue pushing through the harrowing periods of my thesis.

Thank you to those who took the time to reread my thesis and who looked out for me (MB, MD, AW, BS, MH).

Thank you to Noëlle de Visscher for having given me a thorough feedback and practical insight on her interesting experience in mediation.

Thank you to Alice Dejollier and Sylvie Frankignoul for their very helpful views on the subject of caucusing.

A special thank you to my loving family (ML, MB, HB) who have supported me through thick and thin, from start to finish; to my friends who have always believed in me (FO, EL, HD, FM, ND, PL); and to my dear partner GH, without whom I would not have been able to hand in this thesis.

Introduction

« *To caucus or not to caucus – That is the question* »¹

Dans un contexte de désengorgement des cours et tribunaux, les modes alternatifs de résolution des litiges (ci-après : MARL) s'avèrent être des outils moins coûteux et plus efficaces qui participent à l'allègement de l'énorme charge de litiges à trancher par les juridictions belges. « Il n'est plus pensable de traiter un dossier où la réponse qui y serait apportée dans quelques mois ou, pire, quelques années (si recours interjeté), n'aurait plus aucune utilité pour les parties »². Ainsi, certaines formalités chronophages et même les garanties inhérentes au procès équitable sont amorties au profit de la célérité et de l'économie de la procédure. C'est dans cette optique que nous avons choisie de traiter la problématique de l'*aparté* (*caucus*), une technique de MARL qui est employée en médiation, conciliation et droit collaboratif. Il s'agit d'un entretien individuel sollicité en cours du processus entre un tiers et une seule des parties. Ce sujet est beaucoup débattu et est susceptible « de faire naître des dilemmes éthiques »³ en ce qui concerne le respect des principes de l'égalité des armes et du contradictoire. En effet, « les caucus empêchent les parties de connaître les éléments – leur étant potentiellement préjudiciables – invoqués par leur opposant, et leur ôtent par conséquent l'opportunité de s'en défendre. Le principe du contradictoire, véritable règle de justice naturelle [...], semblerait donc a priori bafoué »⁴.

Le rôle du caucus peut cependant être décisif dans un processus de MARL, ce qui provoque une division doctrinale faisant couler beaucoup d'encre. Nous allons donc chercher à déterminer quelles balises peuvent être mises en place pour éviter que le recours au caucus puisse nuire aux garanties procédurales. Cela nous permettra de réfléchir aussi sur la question de savoir si les garanties procédurales sont véritablement censées s'appliquer en tant que telles

¹ L. ISRAEL, « *To caucus or not to caucus – that is the question* », disponible sur <https://ivkdlaw.com/the-firm/our-articles/mediation-and-collaborative-divorce/to-caucus-or-not-to-caucus-that-is-the-question/>, 2010.

² F. CEOLA, « Deuxième partie - La praticabilité de la médiation commerciale vue par un avocat », *Une autre justice possible ?*, T. Marchandise (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 198.

³ L. OTIS, « Chapitre 2 - Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, P. Cecchi Dimeglio et B. Brenneur (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 127.

⁴ A. DEJOLLIER, « Vers une « favor med-arbitrandum » en droit belge de la famille ? », *R.T.D.F.*, 2017/3, p. 475.

aux MARL, et incidemment aux caucus, ou si finalement un assouplissement de celles-ci semble plus judicieux.

Ce mémoire abordera la question du caucus à la lumière des principes de l'égalité des armes et du contradictoire, uniquement sous l'angle du volet civil et non du volet pénal, à travers trois techniques de résolution des conflits (**chapitre 1**). Ensuite, nous allons évaluer dans quelle mesure le mécanisme du caucus se pratique potentiellement au détriment des deux principes généraux du droit précités dans le cadre des MARL (**chapitre 2**). Enfin, nous tâcherons de déterminer combien le système judiciaire belge peut tirer parti des caucus, et voir concrètement l'impact que cet « outil percutant »⁵ peut avoir sur le procès équitable (**chapitre 3**).

Chapitre 1. Définition des notions

Avant tout, il est opportun de définir les deux garanties procédurales principales au regard desquelles le caucus sera évalué (**section 1**), ainsi que la notion centrale du « caucus » lui-même et les trois MARL où cette technique est pratiquée (**section 2**).

Section 1. Les principes généraux du droit

Le droit à un procès équitable devant les cours et tribunaux est consacré à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶ (ci-après : CEDH) et à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁷. Il contient plusieurs principes généraux du droit tels que l'égalité des armes et le droit à la contradiction. Ces principes sont intrinsèquement liés l'un à l'autre : devant le juge civil, « chacune des parties doit être en mesure de *contredire tous les arguments* ou moyens soulevés par les autres parties, de contester, de manière *équivalente*, les preuves apportées et de soumettre au juge tous les éléments qu'elle juge pertinents ou utiles dans le débat »⁸.

⁵ L.-M. HENRION, « Première partie - Vue par un magistrat du tribunal de commerce », *Une autre justice possible ?*, T. Marchandise (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 181.

⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après : Conv. E.D.H.), signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983.

⁸ P. DUINSLAEGER, « Le droit à l'égalité des armes », *J.T.*, 2015/26, n° 6612, p. 562.

Néanmoins, le recours à ces formulations « dans le dispositif [des arrêts de la CEDH] ne permet pas toujours de discerner ce qui distingue l'égalité des armes du principe du contradictoire »⁹. De plus, elles ne représentent pas toujours la même réalité dans toutes les instances judiciaires. En Belgique, par exemple, « la Cour constitutionnelle décide que c'est au législateur qu'il appartient de donner une portée concrète [à ces deux principes], mais qu'il relève de la compétence de la Cour, sans qu'elle puisse se substituer au législateur, de vérifier si les différentes parties au procès ne sont pas traitées de manière discriminatoire »¹⁰. Par ailleurs, la Cour de cassation estime qu'il n'existe « pas de principes généraux du droit tels que l' "égalité des armes" et le "droit au contradictoire", qui seraient distincts des principes généraux du droit relatif au respect des droits de la défense et du droit au procès équitable »¹¹. Devant la CEDH par contre, la violation de ceux-ci est souvent soulevée¹². Il y a même déjà été décidé « que dans une seule affaire, le principe du droit à l'égalité des armes n'avait pas été violé, alors que l'exigence de la contradiction avait bien été violée »¹³. C'est cette distinction entre les deux principes inhérents au procès équitable que nous tâcherons d'explicitier à travers les deux sections suivantes.

Sous-section 1. L'égalité des armes

Bien que l'expression ne figure pas expressément dans la première phrase de l'article 6 de la CEDH, le principe de l'égalité des armes est bien consacré en l'interprétation de celle-ci : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue *équitablement* [...] par un tribunal indépendant et impartial »¹⁴. Ce principe de droit naturel est une composante autonome « de la notion plus large de procès équitable [qui] requiert que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »¹⁵. Il est marqué « en particulier par

⁹ J.-P. DINTILHAC, « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », disponible sur https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2003.pdf, 2003, p. 149.

¹⁰ P. DUINSLAEGER, *op. cit.*, p. 566.

¹¹ *Ibid.*, p. 567.

¹² Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Kuopila c. Finland*, 27 avril 2000, §37 (« The Court recalls that under the principle of equality of arms, as a feature of the wider concept of a fair trial [...] ») ; Cour eur. D.H., arrêt *Clinique des Acacias et autres c. France*, 13 octobre 2005, §37 (« Toutefois, la notion de procès équitable comprend également le droit à un procès contradictoire [...] »).

¹³ P. DUINSLAEGER, *op. cit.*, p. 562.

¹⁴ Conv. E.D.H., art. 6, §1^{er}.

¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Ben Naceur c. France*, 29 novembre 2005, §31.

l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice »¹⁶.

« Tout en donnant ainsi une portée générale à cette exigence, la juridiction des droits de l'homme n'a cependant pas entendu lui donner un caractère absolu : il n'est pas demandé que les États établissent une stricte égalité procédurale entre les parties mais seulement que celles-ci bénéficient d'une situation raisonnablement égalitaire »¹⁷. En effet, toute différence ne constitue pas « automatiquement une atteinte au procès équitable. L'égalité n'est pas une exigence en soi, elle ne l'est qu'en ce qu'elle est une condition du procès équitable »¹⁸. « De plus, la violation d'un tel principe ne dépend pas d'une absence d'équité supplémentaire, quantifiable et liée à une inégalité de procédure »¹⁹.

« La notion "d'égalité" n'implique pas seulement de proscrire toute discrimination qui serait fondée [sur un critère objectif], mais conduit aussi, en sens inverse, à compenser certaines inégalités existantes en mettant à disposition des mesures accompagnatrices »²⁰. Le principe de l'égalité des armes permet donc dans la pratique « à une partie qui n'a pas accès aisément à une preuve d'être assouplie dans sa recherche ou au juge d'imposer à l'autre partie d'y contribuer. Il concerne l'égalité dans l'accès à la justice, par le biais de l'assistance judiciaire. Il consiste dans la vérification du respect des procédures et, dans certains cas, dans l'atténuation de leur rigueur. De la sorte, il est possible de comprendre que le droit à l'égalité des armes auquel le juge doit veiller ne tend pas à bouleverser la physionomie du procès mais tend, à la marge, à corriger les effets pervers d'une inégalité de base, pour assurer un véritable procès équitable »²¹.

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991, §24.

¹⁷ J.-P. DINTILHAC, *op. cit.*, p. 131.

¹⁸ *Ibid.*, p. 148.

¹⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Ben Naceur c. France* précité, §31.

²⁰ P. DUINSLAEGER, *op. cit.*, p. 562.

²¹ B. INGHELS, « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? », *Le conflit : quelles approches ?*, C. Delforge *et al.* (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 129.

Sous-section 2. Le principe du contradictoire

Comme il a déjà été fait mention plus haut, le principe de l'égalité des armes « est étroitement lié au principe du contradictoire »²² mais il s'en différencie tout de même. Le droit à la contradiction comprend plus spécifiquement « le droit pour les parties de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de leurs prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision, et de la discuter »²³. Il n'en demeure pas moins que la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : Cour eur. D.H.) considère « que le droit à une procédure contradictoire ne revêt pas un caractère absolu »²⁴. Finalement, « ce qui importe est la confiance de la partie litigante dans le bon fonctionnement de la justice ; cette confiance est, notamment, fondée sur le fait que l'on sait que cette partie a eu la possibilité de faire connaître son point de vue à propos de tout élément ou pièce du dossier de la procédure »²⁵. Par conséquent, les droits de la défense ne seront pas violés « lorsqu'un juge fonde sa décision sur des éléments dont les parties pouvaient attendre, vu le déroulement des débats, que le juge les inclurait dans son jugement et qu'elles ont pu *contredire* »²⁶.

Deux conceptions du droit à la contradiction ont émergé de la jurisprudence de l'article 6 §1^{er} de la CEDH : d'abord la conception formelle et plus tard la conception matérielle. La première « ne saurait justifier de méconnaître un principe aussi fondamental que le droit à une procédure contradictoire »²⁷. « Les parties sont seules titulaires du droit de déterminer si elles souhaitent discuter tel ou tel élément soumis au juge, sans que celui-ci ne dispose pour sa part d'un quelconque pouvoir d'appréciation sur l'opportunité et l'utilité d'une telle discussion. Cette conception formelle forme le cœur de la jurisprudence strasbourgeoise majoritaire »²⁸. La

²² Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil), Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2022, disponible sur https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_fra, p. 93.

²³ Cour eur. D.H., arrêt *Clinique des Acacias et autres c. France* précité, §37.

²⁴ É. RUBI-CAVAGNA, « Droits de l'homme – CEDH », disponible sur <https://www-cairn-info.proxy.bib.uclouvain.be:2443/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2022-2-page-439.htm>, 20 juillet 2022, point 33.

²⁵ P. DUINSLAEGER, *op. cit.*, p. 563.

²⁶ Cass. (1^{re} ch.), 29 septembre 2011, RG C.10.0349.N, Macroton Process Technologies GmbH / KBC Bank nv e.a., disponible sur [jura-kluwer.be](https://www.jura-kluwer.be).

²⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, 18 février 1997, §30.

²⁸ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Charte du 12 décembre 2007 des droits fondamentaux de l'Union européenne (Extrait: art. 47) », *Droit judiciaire européen et international*, P. Moreau *et al.* (dir.), Brugge, la Charte, 2021, p. 1037.

seconde, qui se base sur plusieurs arrêts isolés dont l'arrêt *Verdu Verdu c. Espagne* du 15 février 2007²⁹, « s'écarte de l'ancienne, davantage formelle, en préconisant que la violation du principe ne doit pas être sanctionnée de manière excessive, mais seulement si elle crée un véritable préjudice pour l'une des parties. Ainsi, l'enseignement qui s'en dégage est que le contradictoire demeure une valeur cardinale, mais qu'il doit être considéré à l'aune des exigences de loyauté, de célérité et d'économie du procès. [...] Il faut pouvoir "économiser le contradictoire sans le sacrifier" et "refouler les palinodies procédurales" »³⁰. Concrètement, « il est admis que le juge puisse apprécier, à l'aune des débats d'ores et déjà menés devant lui, l'opportunité d'une discussion supplémentaire sur tel ou tel élément qui lui est soumis »³¹.

Section 2. Le caucus et les MARL

Pour clôturer ce chapitre relatif à la définition des notions, nous allons entrer dans le vif du sujet : le principe du caucus et des MARL.

Sous-section 1. Qu'est-ce qu'un caucus ?

Le caucus, ou aparté, est une réunion entre un tiers – médiateur, juge-conciliateur ou avocat collaboratif en fonction du MARL – et une seule partie, accompagnée éventuellement d'un conseil. Il peut y en avoir plusieurs et à tout moment du processus. Cependant, il faut qu'il y ait « autant de caucus qu'il y ait de parties »³² afin d'établir l'égalité entre elles, même si l'une des parties estime que cela ne lui est pas spécialement nécessaire. Quitte à demander à la partie concernée d'acter le renoncement à la durée de caucus que l'autre partie a reçue. Avant même de procéder à un quelconque aparté, le tiers devra expliquer aux parties le fonctionnement de celui-ci et leur rappeler la nature « supra-confidentielle » du caucus. En effet, toutes les informations qui sont révélées lors de ces réunions restent confidentielles. Autrement dit, « tous les renseignements qu'il aura reçus dans le cadre de cet aparté, resteront secrets et non

²⁹ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Verdu Verdu c. Espagne*, 15 février 2007, §28.

³⁰ P. VAN LEYNSEELE, « La « Med-Arb » et ses dérivés : plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 851.

³¹ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 1037.

³² C. SMETS-GARY et M. BECKER, « Chapitre 2 - Le caucus », *Médiation et techniques de négociation intégrative : approche pratique en matière civile, commerciale et sociale*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 307.

contradictoires à moins que la partie qui a fourni cette information ne marque son accord sur la communication de cette information à l'autre partie »³³. Il vérifiera au terme de chaque réunion les informations qui soit sont confidentielles, soit peuvent être partagées avec la partie adverse. « Il serait dès lors plus sûr de mettre par écrit les informations qui peuvent être révélées [sur une feuille] et de la faire signer par le maître du secret (la partie qui dépose) »³⁴.

Au cours de ces apartés, le tiers aura l'occasion de créer un lien de confiance avec l'une ou l'autre partie pour identifier les intérêts cachés, voire de permettre un échange plus personnel pour ventiler des émotions parfois intenses³⁵. Les raisons de recourir au caucus sont multiples :

- « – en cas de blocage des parties ;
- en cas d'émotions trop importantes qui nécessitent à une partie de pouvoir s'exprimer ;
- pour une meilleure recherche des intérêts et besoins d'une partie ;
- en cas d'exploration d'options ;
- pour renforcer le climat de confiance ;
- pour recadrer une partie en lui rappelant la réalité concrète de la situation ;
- pour que le médiateur puisse faire le point ;
- pour retravailler les règles du respect mutuel ;
- pour un changement de rythme ;
- pour rééquilibrer les parties (une personne peut tout à coup devenir complètement silencieuse parce qu'elle se sent bloquée).

Pour maintenir la confidentialité du caucus, il est intéressant pour le [tiers], dans ce cadre :

- d'utiliser des feuilles de tableau séparées, les feuilles seront repliées et rangées dans le dossier du médiateur avec la mention "caucus confidentiel" ;
- de penser à retourner les documents qui ne doivent pas être vus en séance plénière ;

³³ Code de déontologie des médiateurs agréés du 16 décembre 2020, *M.B.*, 29 avril 2021, art. 10, §2, al. 6.

³⁴ A. BRIDOUX, « Titre VIII - La confidentialité », *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire et le Code de déontologie des médiateurs*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 211.

³⁵ C. SMETS-GARY et M. BECKER, « Chapitre 2 - Le caucus », *op. cit.*, p. 308.

– de ne pas laisser traîner des documents (sur les tables et même dans les poubelles...) dans la pièce où l'autre partie se retrouve seule pendant l'entretien du médiateur avec la première »³⁶.

Toutefois, bien que le recours aux caucus puisse faciliter le déroulement des MARL et qu'il soit attirant pour les protagonistes du processus, nous souhaitons insister sur le fait que cela ne reste qu'un outil parmi maints autres. Ce n'est pas obligatoire d'y recourir, et « pratiquement tout ce qui peut être fait en caucus peut aussi se faire en séance plénière »³⁷. De plus, l'aparté peut porter atteinte à la transparence entre les parties et au principe du contradictoire, qui sont davantage préservés dans une procédure judiciaire traditionnelle.

Sous-section 2. Un exposé des MARL

L'outil du caucus s'emploie dans plusieurs MARL tels que la médiation, la conciliation et le droit collaboratif. « L'objectif central et primordial des modes alternatifs a été de remettre la personne au centre de la négociation, de redonner au justiciable la maîtrise de son litige duquel la procédure l'avait exproprié »³⁸. En vue de cela, « le juge favorise en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges »³⁹ et les avocats doivent informer les justiciables de la possibilité d'y recourir⁴⁰. « L'on retrouve là la volonté du législateur de limiter au maximum le recours au pouvoir judiciaire. [...] L'avenir dira si cette obligation légale conduira à un changement de mentalités de nombreux avocats qui, trop souvent, recourent systématiquement à la procédure judiciaire. Cela rencontrerait l'objectif du législateur, à savoir désengorger les cours et tribunaux, ainsi que les intérêts du justiciable qui trouverait ainsi une solution à laquelle il a participé et qui ne lui est pas imposée »⁴¹.

³⁶ A. BRIDOUX, *op. cit.*, p. 212.

³⁷ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, « Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire. Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres Marc's », *J.T.*, 2019/11, n° 6765, p. 210.

³⁹ C. jud., art. 730, §1^{er}.

⁴⁰ C. jud., art. 444, §2.

⁴¹ C. VERBRUGGEN et M. DAL, « Du nouveau en matière de conciliation, médiation et droit collaboratif : la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges », *b-Arbitra*, 2018/2, p. 315.

Nous nous attarderons sur trois MARL dans cet exposé : la médiation, la conciliation et le droit collaboratif. Ceci nous permettra de les distinguer afin d'analyser dans le chapitre qui suit la pratique du caucus au sein de chacun d'eux.

§1 – Médiation

La première technique de résolution de conflit que nous aborderons est la médiation. Cette section développera d'abord les principes généraux de celle-ci (1°), et fera ensuite un bilan des deux formes de médiation reconnues en droit belge : la médiation extrajudiciaire (2°) et la médiation judiciaire (3°).

1° Les principes généraux – Introduite par la loi du 21 février 2005⁴², la septième partie du Code judiciaire régit tout ce qui concerne la médiation. Elle est définie comme suit : « 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 une solution »⁴³. Les mots clés à retenir de cette définition sont la confidentialité, la volonté des parties de trouver une solution elles-mêmes, et le médiateur qui est tiers neutre et indépendant au conflit. Le médiateur s'assurera que la communication entre les parties en conflit est constructive pour « créer un climat empathique et propice à la parole [car] la prise de parole des parties est un axe crucial du processus. [...] Il va stimuler l'expression des personnes, veillant, entre autres, à un certain équilibre des temps de parole »⁴⁴ afin de renforcer le principe de l'égalité des armes.

Bien que le médiateur s'engage complètement à gérer le conflit entre les parties et à trouver un terrain d'entente, son intervention se limite à les accompagner simplement dans la recherche d'une solution. En vertu de l'article 8, §1^{er} du *Code de déontologie des médiateurs agréés*, « la neutralité ne permet pas de donner aux parties un avis susceptible d'avoir une incidence sur la solution du différend qui les oppose. Le médiateur demeure cependant libre de faire état de cas

⁴² Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005 (deuxième éd.), art. 8.

⁴³ C. jud., art. 1723/1.

⁴⁴ M. GARCIA PENAFIEL et M. PONCELET « Quelques propositions sur les vertus et limites de la parole dans la pratique de la médiation », *R.I.E.J.*, 2020/1, p. 83.

similaires dont il a connaissance, et ce dans le respect du secret professionnel et de l'obligation de confidentialité consacrée par l'article 1728 du Code judiciaire »⁴⁵. Il pourrait aussi se servir de sa boîte à outils « juridique » pour débloquer certaines questions complexes. S'agissant de son indépendance, « le médiateur ne peut avoir aucun lien, direct ou indirect, ni aucun intérêt qui puisse l'obliger et lui faire perdre tout ou partie de sa liberté. [Enfin,] l'impartialité est une absence de parti pris ou de prévention »⁴⁶. Nous parlons plus précisément de « multi-partialité » dans la médiation, un terme auquel nous allons revenir dans le chapitre qui suit (section 1 – sous-section 2 – §2).

Puisque c'est un processus fondé sur l'accord des parties, « 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 »⁴⁷. Par contre, une telle clause, dite l'exception de médiation, « ne fait pas obstacle aux demandes de mesures provisoires et conservatoires »⁴⁸. Par ailleurs, « chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice »⁴⁹, pour quelque raison que ce soit. Dans l'hypothèse où le médiateur aurait « connaissance d'un élément susceptible de mettre sa neutralité, son impartialité ou son indépendance, ou leur apparence, en cause, [il pourra leur proposer de se retirer ou leur demander] de marquer leur accord écrit sur la poursuite de sa mission »⁵⁰.

2° La médiation extrajudiciaire – La première des deux formes de médiation est dite extrajudiciaire parce qu'elle est précisément proposée indépendamment de toute procédure judiciaire et « les parties désignent le médiateur de commun accord ou chargent un tiers de cette désignation »⁵¹. Pour que la convention établie par les parties puisse être entérinée par un juge, plusieurs conditions doivent être remplies. « L'homologation n'est possible que si le médiateur est agréé et si l'accord de médiation a été obtenu conformément aux articles 1731 (protocole de médiation) et 1732 (accord de médiation) du Code judiciaire »⁵². Ce protocole définit les modalités d'organisation et la durée du processus de médiation qui sont établies par

⁴⁵ Code de déontologie des médiateurs agréés précité, art. 8, §1^{er}.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ C. jud., art. 1725, §1^{er}.

⁴⁸ C. jud., art. 1725, §3.

⁴⁹ C. jud., art. 1729.

⁵⁰ Code de déontologie des médiateurs agréés précité, art. 8, §2.

⁵¹ C. jud., art. 1730, §1^{er}.

⁵² G. CLOSSET-MARCHAL, *Les principes directeurs du droit judiciaire privé*, Brugge, la Charte, 2023, p. 160.

les parties elles-mêmes et a fortiori avec un médiateur agréé⁵³, contrairement à la médiation libre⁵⁴. Il contient par exemple un rappel « du principe volontaire de la médiation [et de] la confidentialité qui s'attache aux documents et aux communications dans le cadre de la médiation. [Par ailleurs,] la signature du protocole suspend le cours de la prescription durant la médiation »⁵⁵, sans pour autant dépasser le délai raisonnable.

Une fois que l'accord de médiation a été entériné, l'ordonnance d'homologation produit « les effets d'un jugement d'accord, au sens de l'article 1043 du Code judiciaire : autorité de chose jugée mais absence de recours "sauf si l'accord n'a pas été légalement formé". Les causes de nullité de l'accord deviennent causes de recours contre le jugement. Par conséquent, une fois le jugement d'accord prononcé, il n'est plus possible d'agir à titre principal en nullité contre l'accord »⁵⁶.

3° La médiation judiciaire – La deuxième forme de médiation est dite judiciaire en ce qu'elle *peut* être ordonnée par un juge saisi d'un litige « en tout état de la procédure et ainsi qu'en référé, [...] à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, [...] tant que la cause n'a pas été prise en délibéré »⁵⁷. Même si le juge ordonne *d'office* une médiation « lorsqu'il estime qu'un rapprochement entre les parties est possible [...] après avoir entendu les parties, [...] si toutes les parties s'y opposent, le juge ne peut ordonner une médiation »⁵⁸. Il s'agit donc d'un pouvoir supplétif qui est entièrement assujéti à l'accord des parties, dont la prépondérance est non négligeable, étant donné que « la décision ordonnant, prolongeant ou mettant fin à la médiation n'est pas susceptible de recours »⁵⁹. Cependant, dans la réalité, les parties finissent par accepter néanmoins la médiation parce qu'elles ne souhaitent pas indisposer le juge, qui devra ultérieurement trancher l'affaire qu'il voulait envoyer en médiation⁶⁰. Ce sont plus souvent des justiciables qui ne sont pas représentés par un avocat qui ne parviennent pas à s'opposer au juge. D'ailleurs, au sujet de l'accord des parties, le

⁵³ *Ibid.*, p. 157.

⁵⁴ Voy. Cabinet d'avocats Renson, « La médiation en droit belge », disponible sur <https://www.renson-avocats.be/la-mediation-en-droit-belge.html> : « La médiation libre dépend de l'*initiative* et de l'*accord exclusif des parties*, sans qu'il faille impérativement recourir aux services d'un médiateur agréé et signer un protocole de médiation ».

⁵⁵ C. jud., art. 1731.

⁵⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁷ C. jud., art. 1734, §1^{er}, al. 1.

⁵⁸ C. jud., art. 1734, §1^{er}, al. 2.

⁵⁹ C. jud., art. 1737.

⁶⁰ Propos de Noëlle de Visscher recueillis lors d'un interview le 3 août 2023.

consentement des victimes de violence sera spécifiquement traité dans le cadre de la pratique du caucus en médiation familiale (chapitre 2 – section 1 – sous-section 3 – §2).

§2 – Conciliation

À défaut de définition dans le Code judiciaire, la deuxième technique de résolution de conflit qui est la conciliation judiciaire de droit commun, ou plus simplement la conciliation préalable, peut être caractérisée par l'accent mis « sur le juge, qui devient lui-même un acteur de la résolution amiable des conflits »⁶¹ : « il entre dans la mission du juge de concilier les parties »⁶². « Comme la médiation, la conciliation fait appel à un tiers chargé de rapprocher les parties, pour qu'un accord sur la solution du litige puisse être dégagé. Par contre, la conciliation se distingue de la médiation, sur plusieurs points : le rôle de conciliateur revient au juge, lequel peut proposer une « solution » ; l'accord conclu ensuite d'une conciliation est nécessairement formalisé et la confidentialité n'est pas, en principe, exigée »⁶³. Il existe également la conciliation conventionnelle qui est l'œuvre des parties, ainsi que la conciliation extrajudiciaire menée par un expert⁶⁴ ou un tiers indépendant de la procédure judiciaire.

Selon l'article 731, al. 3 du Code judiciaire⁶⁵, « le principe étant la conciliation facultative, il ne peut y avoir conciliation obligatoire qu'en présence d'un texte exprès, [avec la nuance qu'est] obligatoire la tentative de se concilier et non pas l'obtention d'un accord »⁶⁶. Voici quelques exemples de tentatives de conciliation obligatoire :

- Il est expressément prévu aux articles 1344*septies*, §2 et 1344*octies*, §5 du Code judiciaire que « le juge tente de concilier les parties »⁶⁷ en matière locative et lorsque les parties comparaissent dans les procédures en matière d'expulsion de lieux occupés sans droit ni titre.
- Une autre hypothèse où la tentative de conciliation est imposée par la loi, à peine de nullité, est devant le tribunal du travail concernant « tout débat relatif à une des

⁶¹ C. VERBRUGGEN et M. DAL, *op. cit.*, p. 312.

⁶² C. jud., art. 731, al. 1.

⁶³ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 166.

⁶⁴ C. jud., art. 977, §1^{er}, al. 1.

⁶⁵ C. jud., art. 731, al. 3.

⁶⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 169.

⁶⁷ C. jud., art. 1344*septies*, §2.

demandes prévues à l'article 578 »⁶⁸. Un bémol doit toutefois être mis à la « nullité » qu'évoque l'article 734 du Code judiciaire : il s'agit en réalité de « la faculté de recourir contre le jugement rendu, pour vice grave (article 20 du Code judiciaire) »⁶⁹. « Le contentieux de la sécurité sociale n'est, par contre, pas visé dans la disposition et est donc soumis au principe de la conciliation facultative, à la demande d'une des parties ou de leur commun accord »⁷⁰.

- Lorsque le juge fait appel à un expert dans le cadre d'un litige, celui-ci « tente de concilier les parties »⁷¹. Le juge veille notamment au respect du caractère contradictoire de l'expertise⁷².
- Enfin, dans les matières énumérées à l'article 1345 du Code judiciaire telles que le bail à ferme ou le droit de passage, aucune action « ne peut être admise sans qu'au préalable le demandeur n'ait demandé au juge par écrit ou verbalement de faire appeler le futur défendeur en conciliation »⁷³.

Ne sera pas frappée de nullité la décision du juge qui aurait rédigé en tant que juge-conciliateur un accord ou un procès-verbal de conciliation *réussie*, et qui ensuite serait appelé à l'entériner pour « lui conférer autorité de chose jugée et force exécutoire »⁷⁴. Quid de la question de savoir si le juge-conciliateur possède « encore toutes les garanties d'impartialité, une fois appelé à trancher le litige, la conciliation ayant *échoué* ? Sauf preuve du contraire ou texte dérogatoire, la réponse à cette question est généralement positive »⁷⁵, quoique les avis dans la doctrine et la magistrature belges soient loin d'être unanimes sur le sujet.

Du reste, « au terme de l'évolution prétorienne de la Cour eur. D.H., il est permis d'avancer que la partialité d'un juge du fond ne découle pas en soi de sa participation, dans la même affaire, à un stade antérieur de la procédure ou de sa connaissance préalable, même approfondie, de l'affaire mais peut se déduire de l'étendue des mesures ou des décisions qu'il a prises antérieurement, ce qui sera le cas si elles constituent ou si elles sont de nature à faire

⁶⁸ C. jud., art. 734, al. 1.

⁶⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 170.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ C. jud., art. 977, §1^{er}, al. 1.

⁷² C. jud., art. 973, §1^{er}.

⁷³ C. jud., art. 1345, §1^{er}.

⁷⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 168.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 167.

naître un pré-jugement. Le critère généralement retenu en la matière est de savoir si le juge a traité préalablement de "questions analogues" à celles qu'il va devoir traiter »⁷⁶. Cependant, en matière familiale⁷⁷, « le juge formant la chambre de règlement à l'amiable ne peut, pour les dossiers dont il a eu connaissance dans cette chambre, siéger dans les autres chambres, à peine de nullité de la décision (article 79, alinéa 8, du Code judiciaire). La question de l'impartialité entre juge-conciliateur et juge-décideur est clairement tranchée par le législateur, en établissant une incompatibilité »⁷⁸. Il en va encore autrement dans la situation où le juge-conciliateur aurait recouru au caucus, un sujet moins tranché et qui sera analysé de plus près par la suite (chapitre 2 – section 2 – sous-section 2).

§3 – Droit collaboratif

« La Belgique se présente encore aujourd'hui comme pionnière, en étant le premier pays européen à intégrer le droit collaboratif dans la sphère juridique »⁷⁹ en forme du huitième chapitre du Code judiciaire. Inséré par la loi du 18 juin 2018⁸⁰, le droit collaboratif est reconnu à l'article 1738 du Code judiciaire comme un MARL et est défini comme « un processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable »⁸¹. « Les avocats des parties sont ici au centre du processus. [...] Par conséquent, le juge ne peut ordonner un processus de droit collaboratif ni d'office, ni à la demande d'une seule partie. [...] En effet, les particularités du droit collaboratif nécessitent, dès le point de départ du processus, l'accord complet des parties d'y recourir »⁸². Pour que la qualité juridique du processus soit garantie, les parties ne peuvent être assistées que par un avocat « qui est inscrit sur la liste des avocats collaboratifs établie par l'*Ordre des barreaux francophones et germanophone* ou l'*Orde van Vlaamse balies* »⁸³. Seuls les avocats « ayant suivi une formation spéciale, ayant reçu l'agrément exigé d'avocat collaboratif, et ayant souscrit au règlement des avocats

⁷⁶ P. NIHOUL, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, vol. 71, n° 3, p. 242.

⁷⁷ C. jud., art. 1253ter/1, §1^{er}.

⁷⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 168.

⁷⁹ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 212.

⁸⁰ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018, art. 227.

⁸¹ C. jud., art. 1738.

⁸² G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 173.

⁸³ C. jud., art. 1738.

collaboratifs »⁸⁴ pourront figurer sur cette liste. La sphère des litiges qui peuvent faire l'objet de processus de droit collaboratif est la même que celle de la médiation, c'est-à-dire tous les litiges mentionnés à l'article 1724 du Code judiciaire⁸⁵.

« Tout au long du processus collaboratif, le client est assuré de la présence constante de son avocat et d'une assistance juridique complète et instantanée qui [peuvent faire] défaut notamment dans le processus de médiation familiale »⁸⁶. « Le droit collaboratif demande à l'avocat de s'intéresser non seulement aux besoins et aux intérêts de son client mais également aux besoins et aux intérêts de la partie adverse. L'objectif du droit collaboratif est de dégager un accord qui soit acceptable pour chacune des parties et qui apporte une réelle solution à leurs problèmes. [...] Les avocats vont utiliser, avec leurs clients et avec l'autre partie, des techniques de communication qui favorisent l'empathie et l'écoute active. Ils vont également stimuler la créativité de leurs clients pour tenter de dégager une solution qui est acceptable pour chacun et qui s'inscrit dans la durée. [...] Ce mode de règlement des conflits s'inscrit dans le chemin de la responsabilisation du client. Il l'invite à une remise en question et à une compréhension plus large de la situation problématique »⁸⁷.

« Le développement belge du droit collaboratif est "unique" en son genre »⁸⁸, dans la mesure où il a été développé par les instances ordinales et non par des associations privées. « Le modèle de "l'équipe éventuellement pluridisciplinaire" a été privilégié, [où] l'équipe de base est constituée uniquement des avocats collaboratifs ; si nécessaire, des experts ou spécialistes dans différentes matières seront consultés par la suite, à la demande des parties et en fonction des situations »⁸⁹. Les principes du droit collaboratif figurent dans la *Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif*. Ils ont « dès lors été inscrits dans la déontologie de l'avocat, ce qui leur a donné une légitimité toute particulière »⁹⁰. Un de ces principes prévoit que « les avocats veilleront à ce que les communications soient constructives et respectueuses. Ils

⁸⁴ C. jud., art. 1739.

⁸⁵ C. jud., art. 1738.

⁸⁶ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 216.

⁸⁷ S. EVRARD, *De justice à justesse : être avocat autrement. Comment allier droit et développement personnel*, Limal, Anthemis, 2023, p. 136.

⁸⁸ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 211.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

travaillent dans un objectif commun, étant que leurs clients aboutissent à un accord amiable, sans recours ou menace de recours à l'introduction d'une procédure judiciaire »⁹¹.

Sous-section 3. Le déroulement du caucus en pratique

L'intérêt de la présente section est de décrire concrètement les étapes d'une séance typique de caucus dans la pratique, en partant de l'exemple d'un processus de médiation. Tout se déroule dans un contexte moins formel et plus convivial. Lorsque le médiateur est occupé en aparté avec une des parties, l'autre est généralement installée dans une pièce séparée⁹². Le médiateur entame le caucus en posant des questions générales, afin de permettre à la partie interrogée de se détendre et de pouvoir s'exprimer. Tout au long de la séance, le médiateur prend note de ce qui est dit, et les questions deviennent de plus en plus ciblées. À l'issue du caucus, le médiateur détermine précisément avec la partie concernée lesquelles des informations resteront confidentielles ou non⁹³. Ces étapes sont répétées de manière la plus égale possible pour l'autre partie.

Il en résulte trois cas de figure qui peuvent être envisagés à ce stade : soit les informations révélées « pourraient être déterminantes quant à l'issue du processus, [...] soit celles-ci sont de nature à mettre en péril la nature de l'accord ainsi conçu, [...] soit celles-ci sont sans réel impact sur le futur accord »⁹⁴. Dans les deux premières hypothèses, le médiateur fera en sorte de discuter avec la partie concernée des raisons pour lesquelles elle voudrait que l'information reste confidentielle. Il en tirera les conséquences et s'efforcera de lui expliquer comment la révélation à l'autre partie d'une certaine information pourrait le cas échéant débloquer une entrave à l'avancement des négociations, et comment ceci peut éventuellement être tout aussi bénéfique pour les deux parties. Inversement, la non-divulgence de l'information aurait potentiellement un effet qui réduit les chances pour la partie de profiter davantage du résultat des négociations. C'est ainsi que peut se dérouler le caucus en médiation. La technique de l'aparté s'emploie également en conciliation et en droit collaboratif, ce qui fera l'objet du prochain chapitre.

⁹¹ Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif, Avocats.be, disponible sur <https://www.alterys.be/images/pdf/Charte%20de%20droit%20collaboratif%20OBFG.pdf>, art. 5.

⁹² C. SMETS-GARY et M. BECKER, « Chapitre 2 - Le caucus », *op. cit.*, p. 310.

⁹³ *Ibid.*, p. 311.

⁹⁴ *Ibid.*

Chapitre 2. Le caucus à l'aune des principes de l'égalité des armes et du contradictoire

Après avoir défini les notions principales qui encadrent ce mémoire, nous poursuivons avec l'examen du caucus au regard des principes de l'égalité des armes et du contradictoire, dans la médiation (**section 1**), la conciliation (**section 2**) et le droit collaboratif (**section 3**). Les questions centrales que nous allons creuser à présent sont de savoir à quel point les garanties du procès équitable ont vocation à s'appliquer aux caucus dans les MARL, qui sont bien hors du procès judiciaire, et dans quelle mesure se justifie néanmoins le caucus face à ces garanties procédurales.

Section 1. Le caucus en médiation

La législation belge qui régit la matière de médiation est celle qui est la plus complète dans le Code judiciaire par rapport à tous les autres MARL. Pourtant, la possibilité du caucus n'y est pas expressément reprise. Faute de base juridique à ce sujet, plusieurs textes législatifs ont été rédigés pour l'encadrer tels que le *European Code Of Conduct For Mediators*⁹⁵ (ci-après : ECCM), le *Code de déontologie de l'avocat*⁹⁶ (ci-après : CDA) et le *Code de déontologie des médiateurs agréés*⁹⁷ (ci-après : CDMA) (**sous-section 1**). Dans la pratique (**sous-section 2**), il est question du caucus tant dans la médiation familiale (**sous-section 3**) que dans la médiation commerciale (**sous-section 4**), où il peut être sanctionné en cas de non-respect de certaines conditions (**sous-section 5**).

Sous-section 1. Législation

Un médiateur est soumis aux exigences d'indépendance, d'impartialité et de neutralité⁹⁸. Il doit présenter ces garanties dans son comportement et traiter les parties de manière égale⁹⁹. Il est

⁹⁵ European Code of Conduct for Mediators, 2004, disponible sur <https://www.bafm-mediation.de/internationales/english-information/european-code-of-conduct-for-mediators/>.

⁹⁶ Code de déontologie de l'avocat, rendu obligatoire par le Règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013.

⁹⁷ Code de déontologie des médiateurs agréés précité.

⁹⁸ C. jud., art. 1726, §1^{er}, al. 1, 3^o.

⁹⁹ European Code of Conduct for Mediators précité, art. 2.2.

opportun de d'abord distinguer ces trois notions : la première « exclut que le médiateur puisse faire l'objet de toute influence ou pression, extérieure ou intérieure, relative au différend qui lui est soumis ; [la deuxième] implique que le médiateur n'apprécie pas les positions et les revendications de l'une et l'autre des parties ; [la troisième] requiert du médiateur qu'il n'ait aucun parti pris pour l'une ou l'autre des parties et pour la position qu'elle défend »¹⁰⁰.

« Dès le début de son intervention, le médiateur informe les parties et, le cas échéant, leurs conseils, des règles applicables en matière de médiation [et] s'assure de leur bonne compréhension du processus de médiation ; il acte le consentement écrit des parties à la médiation. [II] insiste particulièrement sur [la règle] de la confidentialité »¹⁰¹ et le fait qu'il est également tenu au secret professionnel¹⁰². Les caractéristiques du processus de médiation à souligner selon le CDA sont « l'équilibre entre les parties, l'écoute de la parole de l'autre, les possibilités de caucus (apartés), la bonne foi dans les négociations et le rôle des conseillers si ceux-ci sont présents »¹⁰³. Le ECCM prévoit spécifiquement aussi que « the mediator *may* hear the parties separately, if he deems it useful. [...] The mediator must conduct the proceedings in an appropriate manner, taking into account the circumstances of the case, including possible imbalances of power and any wishes the parties may express »¹⁰⁴. Par conséquent, « il s'interdit d'accepter une mission de médiation [...] s'il a pu, préalablement à la médiation, obtenir des informations de nature confidentielle en rapport avec le différend ou la vie privée des parties »¹⁰⁵, par exemple en apartés.

En fin de processus, les parties rédigent un accord de médiation¹⁰⁶ qui règle précisément toutes les questions relatives aux modalités de confidentialité et de caucus. Dans l'hypothèse où elles souhaitent recourir aux apartés, « le médiateur informe toutes les parties du caractère *confidentiel* et *non contradictoire* des informations qui lui seront transmises à cette occasion et il recueille préalablement leur accord sur ce processus »¹⁰⁷. « L'obligation de confidentialité dite interne, spécifique aux apartés, s'ajoute à la confidentialité de la médiation par laquelle les

¹⁰⁰ P-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *Modes alternatifs de règlement des conflits*, Limal, Anthemis, 2017, p. 25.

¹⁰¹ Code de déontologie de l'avocat précité, art. 2.13.

¹⁰² C. pén., art. 458.

¹⁰³ Code de déontologie des médiateurs agréés précité, art. 10.

¹⁰⁴ European Code of Conduct for Mediators précité, art. 3.1.

¹⁰⁵ Code de déontologie de l'avocat précité, art. 2.14.

¹⁰⁶ C. jud., art. 1732.

¹⁰⁷ Code de déontologie de l'avocat précité, art. 2.15.

parties s'engagent à ne pas révéler ni utiliser les propos échangés au cours de la médiation. Il s'agit d'un engagement du médiateur de ne pas divulguer aux autres parties ce qui lui a été révélé en aparté, sauf autorisation de la partie dont émane les informations »¹⁰⁸, afin de préserver les trois exigences du médiateur citées ci-dessus.

Sous-section 2. Le caucus en pratique dans la médiation

« Pendant la phase de médiation, le fait que des caucus aient lieu n'est évidemment pas, en soi, contraire à la loi puisque l'on sait que la nature même de la médiation commande de s'écarter des principes procéduraux fondamentaux, parmi lesquels le principe du contradictoire »¹⁰⁹. En effet, « la question de la compatibilité de l'aparté et du principe du contradictoire [...] n'est pas pertinente dans la mesure où le processus n'est en aucune manière assimilable à une procédure civile »¹¹⁰. Toutefois, l'aparté suppose nécessairement de maintenir un équilibre entre les parties dans le respect de l'égalité des armes : « si le médiateur voit une partie, il voit également l'autre partie et ce pour la même durée. [En tout état de cause], il ne faut pas voir l'aparté comme "une usine à gros secrets" au cours duquel le médiateur a l'occasion de recueillir des informations sensibles et ultra-confidentielles : l'aparté a bien d'autres utilités »¹¹¹.

Il convient précisément de détailler les utilités variées du caucus dans la médiation. Pendant la phase d'information, il est courant que les médiateurs organisent des caucus préalables, c'est-à-dire des rendez-vous téléphoniques ou des rencontres individuelles de préparation à la médiation afin de recueillir les premiers renseignements utiles¹¹². Le médiateur « invite chaque partie à préparer le travail de médiation, notamment en menant un travail de réflexion sur sa situation, la situation de l'autre partie, ce qui a pu contribuer au problème, les points qui doivent être réglés, sur les attentes respectives, sur quoi/qui le problème et sa résolution peuvent avoir

¹⁰⁸ P. KOBEL, « Les tribunaux civils peuvent-ils avoir recours à des caucus ? », *Jusletter*, 5 novembre 2018, p. 16.

¹⁰⁹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim.*, 2014/1, p. 122.

¹¹⁰ J.-A. MIRIMANOFF *et al.* (dir.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 63.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 62.

¹¹² J. H. GAGNON, « Processus de médiation », disponible sur <https://www.usherbrooke.ca/clinique-mediation/la-mediation/processus-de-mediation>, 2007.

un impact... »¹¹³. Une fois que le protocole de médiation est signé, le caucus permet dans la suite du processus de...

- Gérer le temps, s'il y a « besoin de créer une rupture dans l'interaction entre les parties [qui] ont des échanges stériles [ou qui] se trouvent dans une situation de blocage »¹¹⁴ ;
- Éviter un blocage en créant un espace pour une partie d'exprimer certaines émotions ;
- Prendre du recul sur certaines difficultés de communication liées à la culture par exemple qui sont difficiles à « résoudre en session commune en raison de l'éventuelle susceptibilité des parties »¹¹⁵ ;
- Résoudre une situation de déséquilibre entre les qualités des parties compromettant les négociations du processus et de faire en sorte qu'elles participent plus efficacement à la médiation¹¹⁶ (ex. une des parties est un avocat, ou a plus d'influence dans le couple).

Avant que le médiateur se trouve dans l'obligation de suspendre ou de mettre fin à une médiation, qui a été entamée à des fins inappropriées ou si le comportement des parties « est incompatible avec le bon déroulement de la médiation, [il pourra] attirer l'attention des ou d'une partie, et ce éventuellement en caucus, sur la nécessité d'adopter un comportement correct »¹¹⁷.

Dès lors, nous allons développer dans la présente section quatre points en lien avec les diverses fonctions du caucus dans la pratique de la médiation : la confidentialité « renforcée » rattachée au caucus (§1), la multi-partialité du médiateur (§2), une réflexion sur la stratégie de la pression par le biais du caucus (§3), et enfin un mot sur certains dangers du caucus (§4).

¹¹³ B. ENGERISSER *et al.*, « L'avocat-conseil en médiation », *Le pli jur.*, 2019, n° 49, p. 51.

¹¹⁴ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 5.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 6.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Code de déontologie des médiateurs agréés précité, art. 11, §2.

§1 – La confidentialité « renforcée » et le secret professionnel

« La confidentialité est une garantie fondamentale et essentielle de la médiation »¹¹⁸. Lorsque le médiateur rencontre les parties séparément au cours d'un caucus, ces entretiens sont couverts par une confidentialité « renforcée » : « ce que le médiateur aura appris lors de ces échanges privés ne sera révélé par lui à l'autre partie qu'avec l'accord de l'auteur de la confiance. Les praticiens de la médiation connaissent bien cet "outil". Grâce aux informations qu'il peut ainsi obtenir et aux considérations qu'il pourra partager avec les parties séparément, le médiateur sera mieux armé pour les aider à dialoguer et à se rejoindre dans une solution. [Par ailleurs,] dans la pratique anglo-saxonne en particulier, les médiations se déroulent bien souvent sous forme d'une succession de caucus au cours desquels les parties ne se rencontrent qu'en début de médiation et après qu'un accord ait été trouvé à la suite des interventions sous forme de shuttle diplomacy du médiateur »¹¹⁹.

« La question concerne la manière dont les parties et surtout le [médiateur] vont se servir des informations recueillies lors de la médiation, que ce soit à l'occasion des rencontres plénières ou des caucus. L'article 1728, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit une interdiction de principe de dévoiler ces informations tant au cours qu'après la médiation »¹²⁰, dans quelque procédure que ce soit. « En effet, nulle partie n'acceptera de dévoiler ses positions ou ses intérêts, au cours d'une médiation, si elle risque de les voir utilisés contre elle dans une procédure ultérieure, la médiation ayant échoué. Le principe n'est cependant pas d'ordre public »¹²¹ : l'obligation de confidentialité peut, « avec le consentement écrit des parties, et dans les limites qu'elles déterminent, être levée. À l'inverse, les parties peuvent, de commun accord et par écrit, rendre confidentiels des documents ou communications antérieurs à l'entame du processus de médiation »¹²².

¹¹⁸ Décision relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé du 18 octobre 2007, disponible sur https://www.cfm-fbc.be/sites/default/files/content/explorer/Legislation_Belge/Decisions_commission/Code_de_bonne_conduite.pdf, art. 8.

¹¹⁹ P. VAN LEYNSEELE, « La « Med-Arb » et ses dérivés... », *op. cit.*, p. 836.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 861.

¹²¹ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 158.

¹²² C. jud., art. 1728.

Les médiateurs et experts sont aussi tenus au secret professionnel¹²³. « En cas de partage par le médiateur de son secret professionnel, par exemple avec ses employés ou collaborateurs, il veillera au respect de ce secret par ces personnes »¹²⁴. Par contre, « il peut être difficile pour le médiateur de garder à l'esprit que certaines informations doivent rester "secrètes". De plus, dans certains cas, l'évocation de ces informations est en fait essentielle pour faire avancer la médiation »¹²⁵. Malgré cela, « la méconnaissance par le médiateur ou l'expert de son obligation au secret dans le cadre de sa fonction l'expose aux sanctions pénales (peines de prison et amendes prévues par l'article 458 du Code pénal) et ce sans préjudice à la mise en cause de sa responsabilité professionnelle »¹²⁶.

§2 – La multi-partialité du médiateur

Toute la question repose sur le problème de l'influence que le caucus peut potentiellement avoir sur l'attitude du médiateur. « La médiation en elle-même, mais surtout les apartés, conduisent le [médiateur] à entretenir des relations de proximité avec les parties, à partager confidentiellement avec celles-ci des informations personnelles. [...] L'impartialité du [médiateur pourrait donc] être contestée au regard des comportements qu'il aurait adoptés durant la médiation »¹²⁷, concernant notamment « des faits qui n'auront pas ensuite été soumis aux débats contradictoires ou qui sont d'ordre purement émotif, de nature à créer une certaine sympathie ou antipathie de sa part envers l'une des parties »¹²⁸. Par exemple, pendant les séances plénières, une partie pourrait soupçonner que le médiateur se soit rapproché davantage de l'autre partie lors d'un caucus à travers un comportement éventuellement plus convivial. « Il se peut aussi que durant cette phase de médiation, le [médiateur] se sente plus empathique envers une partie et prenne (en quelque sorte) son parti ou, dans ses interventions, exerce plus de pression sur l'une que sur l'autre partie »¹²⁹.

¹²³ C. pén., art. 458.

¹²⁴ Code de déontologie des médiateurs agréés précité, art. 10, §2, al. 3.

¹²⁵ E. LANCKSWERDT, « Hoofdstuk 5 - Bemiddeling », *Conflictafhandeling buiten de rechtbank*, T. De Beir *et al.* (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 275.

« Het kan voor de bemiddelaar moeilijk worden om in het oog te houden dat bepaalde informatie 'geheim' moet blijven. Bovendien is het ter sprake brengen van deze informatie in bepaalde gevallen juist essentieel om vooruit te kunnen gaan in de bemiddeling » (citation originale).

¹²⁶ Décision relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé précité, art. 10.

¹²⁷ P. VAN LEYNSEELE, « La « Med-Arb » et ses dérivés... », *op. cit.*, p. 859.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 844.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 845.

« Ne nous y trompons pas toutefois : ce n'est pas parce que le médiateur tient des caucus avec les parties qu'il perd sa neutralité. Au contraire, c'est là le propre de son mode d'intervention. Le médiateur est "*multi-partial*" : il peut très bien faire preuve de compréhension quant aux thèses contradictoires des parties, en accepter l'existence et le fait que les parties les soutiennent de parfaite bonne foi, sans pour autant mettre sa neutralité à mal. Une attitude empathique de sa part à l'égard d'une partie constitue un mode d'intervention efficace pour mener à bien son rôle de communicateur dans le cadre d'une médiation. Tout est question d'attitude, d'apparence et de communication »¹³⁰. Comme le soutient Patrick van Leynseele, tant que le médiateur « reste neutre, indépendant des parties et impartial par rapport à celles-ci et à l'issue du différend [...], si tout se passe bien, les parties le perçoivent et le comprennent comme ça »¹³¹.

§3 – Quelle pression stratégique dans le caucus ?

Le CDMA en son article 8¹³² par rapport à la neutralité du médiateur pose des restrictions sur l'avis de celui-ci pouvant exercer une influence sur la solution du différend. Est-ce que cette disposition ne serait pas trop excessive ? « Ne tombe-t-il pas sous le sens que, en caucus, il faut pouvoir aller beaucoup plus loin dans l'exercice de certaines formes d'orientation — pour ne pas dire de *pression* — si l'on estime devoir inciter une partie à abandonner une position inflexible ? Il devrait être admis qu'un médiateur dise à cette partie : "Je ne suis pas sûr que le juge vous suivra dans cette voie". Pourtant, cela sera souvent perçu comme une (forme de) conseil, donc en principe, interdit ! Où est la limite ? »¹³³. La pire des stratégies de médiation est lorsqu'il y a un déséquilibre flagrant entre l'information que fournit une partie par rapport à l'autre partie. C'est dans ce genre de situations inégales que le caucus et une pincée de pression peuvent décidément jouer un rôle efficace. Dans l'hypothèse où les deux parties apportent au médiateur suffisamment de matériel pouvant faire avancer les négociations, mais que le transfert d'informations recueillies lors du caucus est catégoriquement bloqué par le principe de confidentialité « renforcée » (« Chinese Wall caucusing »¹³⁴), le caucus est tout aussi dépourvu de sens. En l'espèce, le secret total n'apporte pas la solution non plus. Il est

¹³⁰ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire... », *op. cit.*, p. 117.

¹³¹ P. VAN LEYNSEELE, « La « Med-Arb » et ses dérivés... », *op. cit.*, p. 845.

¹³² Code de déontologie des médiateurs agréés précité, art. 8, §1^{er}.

¹³³ P. VAN LEYNSEELE, « Le nouveau code belge de déontologie des médiateurs agréés : critique de ce qu'il ne faut pas faire », *J.T.*, 2021/15, n° 6853, p. 275.

¹³⁴ M.-A. OVERMAN, « Mediation, caucus en het strategisch evenwicht tussen partijen », *TMD*, 2010/2, p. 32.

question de trouver un juste équilibre entre l'exclusion de l'avis du médiateur, afin de préserver sa neutralité et son impartialité, et la confidentialité interne rattachée au caucus.

Dès lors, le médiateur doit pouvoir exercer une certaine pression sur les parties à l'occasion des caucus, « le but étant toujours de pousser celles-ci à réfléchir aux positions qu'elles adoptent et à la juste stratégie de négociation à mettre en œuvre en vue de rendre possible ou de favoriser la recherche d'un accord amiable qui tienne compte des intérêts de tous »¹³⁵. Il peut exercer en caucus « une certaine influence sur elles en attirant leur attention sur les faiblesses de leurs dossiers ou des positions qu'elles défendent et donc sur la direction que leur sentence pourrait éventuellement prendre en cas d'échec du processus de médiation »¹³⁶. « Grâce aux informations qu'il peut ainsi obtenir et aux considérations qu'il pourra partager avec les parties séparément, le médiateur pourra, sans révéler à l'autre partie les secrets qui lui sont confiés, mieux aider les protagonistes à dialoguer et à se rejoindre dans une solution »¹³⁷.

§4 – Les caveats du caucus

Malgré tout, le caucus peut produire plusieurs dangers dans le processus de médiation. « Le premier danger est que les parties voient le médiateur comme un [...] conseiller informel qui décide de la meilleure solution à leur conflit. Si le médiateur fait des allers-retours entre les parties, apprenant à chaque fois de plus en plus de chacune d'elles, il sera le seul à tout entendre. [...] Il est dans la meilleure position pour proposer une issue et persuader ou mettre la pression sur chacune des parties pour l'accepter »¹³⁸. Le problème dans ce cas-ci est que les parties sont déresponsabilisées de leur travail de chercher ensemble la solution à leur différend et le médiateur n'est plus complètement un tiers neutre dans le processus. « Si les parties préfèrent ou choisissent en connaissance de cause cette approche, cela a peut-être un sens de procéder de cette manière. Si par contre, elles ignorent les implications de celle-ci [ou les avantages de l'option des réunions plénières], ce qui est le plus souvent le cas, la question devient plus complexe »¹³⁹.

¹³⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire... », *op. cit.*, p. 106.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*, p. 105.

¹³⁸ G. FRIEDMAN et J. HIMMELSTEIN, « Chapitre 9 - Amour, décès et argent : « To Caucus Or Not to Caucus... », *Défier le conflit*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 225.

¹³⁹ *Ibid.*

Par ailleurs, le médiateur se gardera de ne pas se rendre complice d'une quelconque manipulation. « En réalité, le danger de manipulation est très grand, que ce soit par le médiateur, à l'égard du médiateur ou les deux. Une manipulation habituelle se produit en caucus quand l'avocat d'une des parties révèle au médiateur une stratégie judiciaire et l'existence d'informations ou de preuves dont l'autre partie n'a pas connaissance et qui pourraient améliorer les chances de succès de sa cliente devant le juge, cet avocat demandant au médiateur de conserver cette information confidentielle. Les avocats peuvent agir de la sorte pour montrer au médiateur qu'ils ont un dossier solide. L'autre objectif de cette manipulation est que le médiateur utilise cette « confiance », sans révéler les informations sous-jacentes, pour convaincre l'autre partie que leur dossier n'est pas aussi bon qu'elle ne le pensait »¹⁴⁰. Cela confère de fait beaucoup de pouvoir au médiateur et à la partie « manipulatrice », ce qui met à mal le principe de l'égalité des armes.

Un autre danger que peut rencontrer le médiateur en caucus est la situation où une information X recueillie en confiance de la partie A est en fait déjà connue par la partie B¹⁴¹. Lorsque les deux parties se réunissent en plénière avec le médiateur, et que la partie A apprend que la partie B connaît l'information X, elle pourrait croire que le médiateur n'a pas respecté son souhait de garder l'information confidentielle. Cela peut conduire à une brèche de confiance entre le médiateur et son client, ce qui rend l'aboutissement à un accord davantage compliqué, voire impossible si la partie décide de se désister de la médiation.

Sous-section 3. Médiation familiale

La loi du 19 février 2001¹⁴² avait inséré un chapitre dans le titre II de la quatrième partie du Code judiciaire spécifiquement pour la médiation en matière familiale, mais il a été abrogé plus tard par la loi du 21 février 2005¹⁴³. Aujourd'hui, la médiation familiale est simplement régie par la septième partie du Code judiciaire aux articles 1723/1 à 1737. Nous allons attirer l'attention sur deux aspects prépondérants de la médiation familiale où le caucus peut s'avérer

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 226.

¹⁴¹ C. SMETS-GARY et M. BECKER, « Chapitre 2 - Le caucus », *op. cit.*, p. 313.

¹⁴² Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, *M.B.*, 3 avril 2001.

¹⁴³ Loi du 21 février 2005 précité, art. 22.

avantageux : l'intérêt des enfants mineurs d'un côté, et le consentement des victimes de violence de l'autre côté.

§1 – L'intérêt des enfants mineurs

« Parfois, le médiateur familial reçoit les enfants, lorsqu'il l'estime nécessaire et que les parents sont d'accord. C'est également une aide précieuse pour permettre aux parents d'élaborer une coparentalité plus pacifique [...], alors que le couple de mari et femme est dissous. La relation coparentale ne doit pas être détruite par la séparation conjugale. [...] Cet entretien individuel des enfants avec le médiateur, comme tout caucus, est nécessairement confidentiel et il en est de même de ce qui en est rapporté soit par tableau mural, soit de vive voix, soit par dessins ou tout autre support. Il est bon de préciser avec eux, ou même de résumer sur une autre feuille, ce que les enfants acceptent de rapporter. Seul l'enfant décidera de ce qui sera rapporté aux parents, éventuellement cela fera partie du caucus que de réfléchir avec lui à l'opportunité de dire certaines choses ou pas et comment rassurer cet enfant qui peut avoir des craintes de blesser un parent, de le décevoir, de le mettre en colère, de subir des représailles, de le contredire, etc. Cette manière de procéder sans rapport autre que celui que l'enfant veut bien présenter permet une expression libre et sincère de l'enfant »¹⁴⁴.

En principe, le juge ne peut refuser l'homologation de l'accord de médiation. Toutefois, l'article 1733, al. 3 du Code judiciaire dispose qu'il ne pourrait la refuser que si l'accord « est contraire à l'ordre public ou si l'accord obtenu à l'issue d'une médiation familiale est contraire à l'intérêt des enfants mineurs »¹⁴⁵. Il s'agit d'une homologation simplifiée qui se limite à un contrôle de légalité. Ainsi, un caucus qui ne se serait pas déroulé dans le respect de l'intérêt des enfants pendant une médiation pourrait empêcher l'homologation d'un accord par le juge. « Les textes consacrent donc une subtile interaction entre juge et parties, pour trouver le plus rapidement possible, des solutions amiables au différend familial, dans le respect de l'intérêt des enfants mineurs »¹⁴⁶.

¹⁴⁴ A. BRIDOUX, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴⁵ C. jud., art. 1733, al. 2.

¹⁴⁶ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 164.

§2 – La loi du 6 novembre 2022¹⁴⁷ : le consentement des victimes de violence

Contexte. Bien que la loi visant à garantir le consentement des victimes de violence du 6 novembre 2022 vaille pour tous les domaines de la médiation – pour la conciliation ou un renvoi devant une chambre de règlement amiable aussi d’ailleurs – nous allons ici l’aborder uniquement à partir de l’approche de la médiation en matière familiale. Il n’est depuis lors plus possible pour le juge d’ordonner une médiation obligatoire d’office en cas de violence, quelle qu’en soit la forme. Cette importante modification est désormais en conformité avec l’article 48.1 de la Convention dite d’Istanbul du Conseil de l’Europe du 11 mai 2011 sur la prévention de et la lutte contre la violence à l’égard des femmes et la violence domestique, qui prévoit que « les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour interdire les modes alternatifs de résolution des conflits obligatoires, y compris la médiation et la conciliation, en ce qui concerne toutes les formes de violence »¹⁴⁸ couvertes par la Convention. Le Code judiciaire en son article 1734, §1^{er} dispose que « s’il existe des indices sérieux que des violences, des menaces ou toute autre forme de pression sont ou ont été exercées par une partie à l’encontre de l’autre partie, le juge ne peut ordonner une médiation sans s’assurer que cette dernière y consent librement. À cette fin, il recueille le consentement oral de celle-ci en l’absence de l’autre partie »¹⁴⁹, et ce forcément en aparté¹⁵⁰.

Le caucus, détecteur de violence ? Toutefois, « il est évidemment possible que, malgré l’audition séparée des parties, la commission d’actes de violence, menaces ou pressions échappe au magistrat et qu’il ordonne, en dépit de ces actes, le recours à la médiation ou à la conciliation en chambre de règlement amiable, voire tente de concilier lui-même les parties. Le médiateur ou juge ainsi amené à intervenir pourra, à l’issue de discussions plus approfondies avec les parties — notamment à l’occasion de caucus, lors desquels il veillera à ne pas se poser en inquisiteur à moins d’éveiller les soupçons —, déceler quant à lui les actes en question »¹⁵¹. Nous pouvons « donc penser que seules les situations où les violences ne sont pas évoquées ou

¹⁴⁷ Loi du 6 novembre 2022 visant à garantir le consentement des victimes de violence préalablement à une médiation, une conciliation ou un renvoi devant une chambre de règlement amiable, *M.B.*, 21 novembre 2022.

¹⁴⁸ Convention du Conseil de l’Europe du 11 mai 2011 sur la prévention de et la lutte contre la violence à l’égard des femmes et la violence domestique, *M.B.*, 9 juin 2016, art. 48.1.

¹⁴⁹ C. jud., art. 1734, §1^{er}.

¹⁵⁰ Voy. P. SENAËVE, « Bemiddeling, verzoeningspoging en minnelijke schikking tussen dader en slachtoffer van geweld. Commentaar bij de wet van 6 november 2022 », *T. Fam.*, 2023/1, p. 7.

¹⁵¹ B. INGHELS et A. DEJOLLIER, « Modes de règlement amiable et protection des victimes d’actes de violence, menaces ou pressions », *J.T.*, 2023/15, n° 6937, p. 248.

non reconnues font l'objet d'une injonction à la médiation »¹⁵². Il peut s'ensuivre d'une telle médiation ordonnée, où la confidentialité « jette un voile sur ce qui s'y dit, [que] tout le processus pourrait se trouver détourné de son honorable office par une partie manipulatrice ou malveillante »¹⁵³.

Dans l'hypothèse où le juge aurait ordonné une médiation entre des parties où il y a de la violence, les médiateurs sont en principe formés à repérer le mécanisme d'emprise entre celles-ci, ce qui n'est pas toujours évident. « Le mécanisme d'emprise se construit dès les premières violences et s'entretient dans un scénario élaboré par l'auteur (menaces, dépendance économique, isolement, culpabilisation...) dont les personnes ne peuvent s'extraire sans aide. La violence est un outil au service du pouvoir dans une relation inégalitaire et destructrice pour la victime, comme pour l'auteur »¹⁵⁴. Les violences « doivent être mises en perspective avec le vécu de chacun et l'histoire du couple. [...] Distinguer les violences réactionnelles [de la victime] des mécanismes d'emprise [de l'auteur] permet ainsi au médiateur familial de préserver une certaine neutralité, de contribuer à la protection de la victime et de l'auteur par une clarification de son cadre d'intervention. Le médiateur peut prendre la décision de ne pas mettre en place ou d'arrêter une médiation familiale. Il [est] fondamental d'expliquer cette décision et d'accueillir le ressenti des personnes afin de ne pas contribuer au sentiment de honte et d'exclusion »¹⁵⁵.

Rôle du caucus. Au-delà de déceler davantage la gravité et l'étendue des violences, les entretiens individuels en aparté avec chacune des parties, permettant ainsi de rétablir et « de maintenir l'équilibre entre elles »¹⁵⁶, peuvent aussi servir au médiateur dans l'évaluation des risques de la rencontre en plénière. Ces caucus permettent également « à chacun de réfléchir à la pertinence de ce travail commun. La victime est parfois à l'origine de la demande d'entretien individuel. Le silence initial [...] peut être l'indicateur de graves violences jusque-là non révélées par la victime et non reconnues par l'auteur. Peur, honte, contrainte sociale et

¹⁵² M. GONCALVES, « Médiation familiale et violences conjugales », *Tiers*, 2016/2, n° 17, p. 100 (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-tiers-2016-2-page-91.htm>, 30 juin 2022).

¹⁵³ B. INGHELS et A. DEJOLLIER, *op. cit.*, p. 248.

¹⁵⁴ M. GONCALVES, *op. cit.*, p. 94.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 98

¹⁵⁶ C. LE BRUN et E. VINK, « Ni avocat, ni notaire... Mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centres de planning familial », *Div. act.*, 2005, liv. 5, p. 77.

judiciaire [...] peuvent mettre la victime en difficulté dans l'espace de médiation »¹⁵⁷, notamment lorsqu'il s'agit de vouloir préserver une coparentalité pacifique dans les cas où des enfants sont impliqués. « En effet, la victime de violences conjugales ne peut s'exprimer librement devant son ex-conjoint qui reconnaît rarement les faits ou les minimise lorsqu'il a été condamné. Le risque n'est pas seulement celui d'une reprise ou d'une poursuite des violences physiques, mais aussi d'une manipulation de l'espace de médiation dans une remise en lien destructrice. [...] Aucune violence ne peut se justifier par le comportement de la victime et l'espace de médiation n'est pas le lieu de l'enquête judiciaire. La reconnaissance [par le médiateur] des conséquences traumatiques des violences vécues par la personne est indispensable »¹⁵⁸.

En réalité, de nombreuses familles qui ont vécu des violences conjugales sont orientées vers la médiation « par les magistrats. Refuser de les accueillir risquerait de les isoler un peu plus dans des procédures judiciaires contradictoires ou dans un fonctionnement violent indicible. [Au contraire,] accepter la mise en place de la médiation malgré les violences peut mettre en danger les deux personnes. [...] La médiation familiale peut ainsi se dérouler en deux temps :

- l'accueil avec identification des mécanismes de la violence et orientation des personnes vers un accompagnement individuel.
- la mise en place de la médiation : dès lors qu'auteur et victime bénéficient d'une prise en charge thérapeutique adaptée, la médiation peut, dans un second temps, être l'espace de construction d'une coparentalité soucieuse des besoins des enfants et consciente des conséquences de la violence sur leur développement »¹⁵⁹.

Par conséquent, même si le juge manque d'apercevoir qu'il existe des formes de pression ou de violence entre les parties lors du caucus, il est proposé ici qu'elles soient orientées vers un accompagnement thérapeutique individuel, ce dont ils n'auraient peut-être pas bénéficié si le juge n'avait pas ordonné une médiation.

¹⁵⁷ M. GONCALVES, *op. cit.*, p. 102.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 99.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 106.

Sous-section 4. Médiation commerciale : le dilemme du prisonnier

Contexte. La médiation commerciale « s'avère particulièrement efficace dans les conflits d'associés, en raison de la proximité des opposants. Elle l'est également dans les contrats de construction en raison du nombre important des intervenants, et dans les conflits de distribution (concession, agence, franchise, etc.) [...] Peuvent être retenus comme indicateurs favorables au choix de la médiation : les aspects émotionnels ; le fait que les parties continueront à se côtoyer indépendamment du litige ; une confidentialité à préserver (secret de fabrication, réputation, etc.) ; la technicité du litige et la multiplicité des parties ; la complexité en fait ou en droit des éléments du litige, et l'impact négatif de l'écoulement du temps »¹⁶⁰. « Il nous paraît plus approprié en matière commerciale de recourir à des médiateurs qui, en plus de cette compétence spécifique, connaissent le monde de l'entreprise, le fonctionnement des sociétés, ou présentent des compétences spécifiques selon le type de litige »¹⁶¹.

Une des manières de négociation récurrentes à laquelle font face les parties est dite distributive, qui n'a « pour objectif que de répartir la valeur disponible, de partager le gâteau, [...] où ce qui est gagné par l'un est perdu par l'autre et où il s'agit de tirer à hue et à dia »¹⁶². Elles se retrouvent donc souvent confrontées à un dilemme particulier de négociateurs : chaque partie « doit décider si elle va dévoiler ou non son prix de réserve ou d'autres informations sur ses coûts ou son prix qui peuvent l'exposer et permettre à l'autre d'en tirer avantage à ses dépens. Le choix généralement fait est de ne pas dévoiler de telles informations »¹⁶³. « De telles situations de négociation, dans lesquelles toutes les parties ont intérêt à coopérer entre elles, mais ont relativement plus intérêt à ne pas coopérer si l'autre coopère, sont appelées *dilemmes du prisonnier*. Des recherches expérimentales ont montré que la plupart des parties (environ 60%) gardent des informations pour elles »¹⁶⁴. Faute de marge d'entente suffisante entre les

¹⁶⁰ L.-M. HENRION, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 185.

¹⁶² A. PEKAR LEMPEREUR, « Faciliter une solution négociée aux conflits », *Revue française de gestion*, 2011/1, n° 210, p. 57 (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2011-1-page-51.htm>, 14 mars 2011).

¹⁶³ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁴ M.-A. OVERMAN, *op.cit.*, p. 31.

« Dergelijke onderhandelingsituaties, waarin alle partijen er baat bij hebben met elkaar mee te werken, maar er relatief nog meer baat bij hebben niet mee te werken als de ander wel meewerkt, worden prisoner's dilemma's genoemd. In experimenteel onderzoek werd gevonden dat de meeste partijen (ongeveer 60%) informatie voor zich

parties, il en résulte généralement une négociation économiquement inefficace. En effet, ce dilemme du négociateur « conduit à des solutions sous-optimales, par peur de révéler certaines informations importantes ou de faire des offres raisonnables qui pourraient être exploitées par l'autre partie »¹⁶⁵, comme le montant du prix de réserve, qui est « le prix en dessous duquel une partie ne peut se permettre de conclure (walk-away price) »¹⁶⁶.

Rôle du caucus. Dans le cadre d'une médiation où ce dilemme présente un obstacle dans les négociations, « plutôt que de laisser les parties partir de positions extrêmes au risque de causer d'importantes frustrations, voire de les laisser camper sur leurs positions, le médiateur peut faire usage de caucus pour recueillir certaines informations confidentielles sans les révéler et conduire les parties vers une zone d'accord possible. Le médiateur se fait alors en quelque sorte l'agent des parties, recherchant avec chacune les solutions qu'elle pourrait proposer. Ce faisant, il suggère plus ou moins directement et sans révéler d'informations confidentielles, le chemin vers un accord possible »¹⁶⁷. « Le filtre du médiateur en caucus permettrait [au médiateur de] faire émerger des solutions économiquement optimales, éliminant les barrières stratégiques liées à l'asymétrie d'information. [Toutefois,] le modèle est bien entendu éloigné de la réalité [dans le sens où] l'objet des médiations est plus complexe que la négociation d'une simple vente et comprend un grand nombre de variables ainsi que des éléments psychologiques prééminents »¹⁶⁸.

Parmi les éléments psychologiques pouvant affecter le progrès d'une négociation, il y a le biais égocentrique qui peut « conduire une partie à rejeter une offre qui, en termes économiques, serait acceptable. Ce biais vient de ce que les parties attachent toujours une immense importance à ce qui leur semble juste à elles, appréciant la notion essentiellement de leur point de vue. [...] Le recours à des caucus peut l'éviter ou offrir une opportunité d'explorer avec la partie affectée s'il existe d'autres explications possibles aux propos tenus par l'autre. [Un autre élément psychologique qui serait susceptible de freiner les négociations est le biais de confirmation], par lequel la partie qui a une "bonne" explication des causes et des motifs d'un

zullen houden. Dat betekent dat – bijvoorbeeld indien er overlap is tussen de werkelijke maar dus niet medegedeelde onderhandelingsruimtes – de onderhandelingsuitkomst suboptimaal is, ofwel economisch inefficiënt » (citation originale).

¹⁶⁵ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 10.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 10.

différend, trouvera dans la négociation et les propos de l'autre tous les arguments qui soutiennent ladite théorie mais ne percevra pas les autres, construisant le cas échéant des liens logiques peu probables [...]. Dans tous ces cas, l'intervention du médiateur en caucus permet d'apporter un éclairage différent, évitant l'effet réducteur voire les blocages résultant de ces différents biais »¹⁶⁹.

Nonobstant ce qui précède, « cette affirmation que les caucus permettraient aux parties de révéler leurs intérêts, procède, dans le domaine des affaires, largement d'une confusion avec le prix de réserve et les alternatives à la solution négociée. [En effet,] des parties bien conseillées auront déterminé leur prix de réserve lors de leur préparation à la médiation. [...] Lorsque ce travail a été accompli, elles n'ont en réalité plus guère besoin de caucus pour se protéger de l'éventuelle attitude opportuniste de l'autre partie puisqu'elles connaissent leurs limites et peuvent refuser toute offre qui ne leur conviendrait pas. L'identification préalable du prix de réserve et des autres paramètres de négociation, permet aux parties d'aborder la négociation de manière plus ouverte et d'éviter des positions initiales inutilement extrêmes. Toutefois l'aversion au risque toujours prépondérante, l'impréparation et les contraintes de temps [ou de coûts] conduiront souvent les parties à préférer les caucus »¹⁷⁰.

Sous-section 5. Quid des sanctions du caucus pratiqué en médiation ?

Comment pourrait agir une partie dans la suite du processus dans l'hypothèse où elle ne serait pas convaincue par l'impartialité du médiateur ayant recouru au caucus ? Ou si elle se fait des soucis par rapport à sa neutralité, voire à la confidentialité renforcée des propos qu'elle lui aurait partagés en aparté ? En vertu de l'article 1729 du Code judiciaire¹⁷¹ et « du caractère volontaire de la médiation, qui nécessite l'assentiment de toutes les parties pendant le processus, chaque partie peut décider de *mettre un terme* à la médiation, à n'importe quel moment et pour n'importe quel motif. [...] Les parties qui soupçonnent le médiateur de ne pas être indépendant ou impartial peuvent bien évidemment mettre fin à sa mission et engager sa *responsabilité civile*, conformément au droit commun, s'il appert qu'il a causé préjudice aux parties »¹⁷². Par

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹⁷¹ C. jud., art. 1729.

¹⁷² F. HENRY, « Titre 4 - Impartialité et procédures particulières », *Les procédures de récusation et de dessaisissement*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 120.

ailleurs, selon l'article 1728, §4 du Code judiciaire, en cas de violation de l'obligation de confidentialité ou de secret par les médiateurs, « le juge ou l'arbitre se prononce en équité sur l'octroi éventuel de *dommages et intérêts* [aux parties lésées]. Les documents et communications confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base en violation de l'obligation de confidentialité sont *d'office écartés* des débats »¹⁷³.

N'oublions pas aussi que « tant le protocole que l'accord de médiation non homologués sont des contrats, soumis aux conditions de validité des articles 5.27 à 5.57 du Code civil. Des *voies de nullité*, absolue ou relative, peuvent donc être exercées à leur encontre, devant le juge étatique compétent »¹⁷⁴. En outre, la commission disciplinaire et de traitement des plaintes pourrait intervenir pour imposer à l'égard d'un médiateur agréé les sanctions énumérées à l'article 1727/5, §4 du Code judiciaire¹⁷⁵, à savoir un *avertissement*, une obligation d'accomplir un *stage*, voire le *retrait de l'agrément*. Au vu des nombreuses sanctions citées, les risques de nuire au procès équitable en cas de recours au caucus sont fort minimisés. Quoiqu'il en soit, il serait moins plausible qu'une partie allègue la violation au principe du contradictoire, étant donné qu'il n'a précisément pas sa place dans le processus de médiation, surtout en aparté. En effet, « par un caucus, on s'éloigne d'une conversation contradictoire »¹⁷⁶.

Conclusions. À ce stade du mémoire, nous avons étudié le caucus au regard des deux garanties procédurales tant en médiation familiale qu'en médiation commerciale. Nous pouvons constater que « le recours à des caucus est à préconiser dans les situations au caractère distributif marqué, afin d'éviter aux parties le dilemme du négociateur. [...] Bien utilisé, il permet aussi d'éviter les effets d'ancrage et les réactions dévalorisantes. Il se justifie également dans le domaine de la famille au sens large, notamment pour aborder certaines questions délicates »¹⁷⁷ qui impliquent par exemple l'intérêt des enfants ou des formes de violence entre les parties. Nous allons poursuivre à présent l'analyse de la pratique du caucus en conciliation.

¹⁷³ C. jud., art. 1728, §4.

¹⁷⁴ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 160.

¹⁷⁵ C. jud., art. 1727/5, §4.

¹⁷⁶ E. LANCKSWEERDT, *op. cit.*, p. 275.

« Door een caucus gaat men weg van een tegensprekelijk gesprek » (citation originale).

¹⁷⁷ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 15.

Section 2. Le caucus dans la conciliation

Pour rappel, l'accent est mis sur le juge dans la conciliation, dont la législation sera parcourue brièvement (**sous-section 1**) avant de passer à l'examen du caucus dans trois situations de conciliation différentes, compte tenu des garanties procédurales (**sous-section 2**). A priori, « l'implication d'un juge a généralement pour conséquence l'absence de la spécificité de la médiation que constitue la possibilité d'entendre séparément les parties (les "caucus"). [Cependant, si] la conciliation est organisée de manière telle que le juge conciliateur n'interviendra plus dans le litige en cas d'échec de la conciliation, la pratique des caucus ne paraît pas critiquable, à condition qu'elle se fasse de l'accord des parties »¹⁷⁸ – telle est toute la question.

Sous-section 1. Législation

De la même manière que pour la médiation, la loi ne prévoit pas de possibilité de caucus dans la conciliation judiciaire en Belgique. Cependant, une proposition de loi intéressante modifiant le Code judiciaire déposée le 17 novembre 2004 entendait insérer un nouvel article 732 qui était libellé de la manière suivante :

« Dès l'introduction de la cause, en instance comme en appel, le juge peut concilier les parties. Le juge peut également, de l'accord des parties, renvoyer la cause pour conciliation à un autre juge. En ce cas, la tentative de conciliation a lieu en chambre du conseil, et selon les modalités convenues avec les parties ; le juge peut notamment les entendre ou entendre leur conseil séparément.

Les parties sont convoquées par simple lettre du greffier.

Les documents établis et les communications faites au cours d'une conciliation en chambre du conseil et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels »¹⁷⁹.

En son deuxième alinéa, cette disposition voulait permettre la faculté pour le juge d'entendre les parties et/ou leur conseil en aparté, et ce en toute confidentialité. À la lumière des doutes en

¹⁷⁸ C. VERBRUGGEN et M. DAL, *op. cit.*, p. 311.

¹⁷⁹ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, développements, *Doc.*, Sén., 2004-2005, n° 3-903/1, art. 3.

l'état de la législation à l'époque autour de la question de savoir si la tentative de conciliation pouvait avoir lieu à huis clos et par des entretiens séparés, les sénateurs ont voulu « préciser expressément que la tentative de conciliation peut se dérouler en chambre du conseil et selon les modalités convenues avec les parties, par exemple au moyen d'*entretiens séparés (caucus)* [...] ». Ceci n'est pas contraire à l'article 6 de la CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable »¹⁸⁰, y compris ainsi les garanties procédurales de la contradiction et de l'égalité des armes. Ils ont également souligné qu'il « ne convient, en effet, pas que le juge qui a entendu les parties sous le sceau de la confidentialité en vue d'une solution amiable, poursuive, en cas d'échec de la tentative, l'examen de la cause en droit. Il pourrait, même inconsciemment, être porté à trancher le litige en fonction des informations confidentielles qu'il aurait obtenues par la tentative de conciliation »¹⁸¹.

Puisque la proposition de loi n'avait finalement pas été adoptée à l'assemblée plénière du Sénat et est donc devenue caduque, ce raisonnement n'avait visiblement pas été suivi par la majorité. Selon une critique frappante sur la faculté pour le juge de recourir au caucus en conciliation, la proposition de loi était « aberrante ! Comment autoriser le juge à organiser des entretiens séparés alors que l'essence même de notre procédure est le contradictoire ?... Il suffit d'évoquer très concrètement la situation impossible dans laquelle le juge peut être embarqué. Imaginons une tentative de conciliation en matière de demande d'aliments. Lors d'un caucus, le mari confie au juge qu'il perçoit des revenus en noir. Que doit faire le juge : ne pas le dire à l'épouse et violer ainsi le principe du contradictoire ou, au contraire, le lui dire et diminuer considérablement toute possibilité de conciliation ? Toutefois, plutôt que d'exclure purement et simplement toute possibilité de caucus, nous proposons de prévoir, conformément à ce qu'envisage la déontologie notariale, que les entretiens séparés du juge avec une partie ou son conseil soient autorisés dans la stricte mesure où les parties ont donné leur accord préalable et exprès sur le principe du caucus et que le contradictoire soit respecté quant aux informations et pièces utiles à la solution du litige »¹⁸².

Pendant plusieurs années, les textes législatifs ne semblaient pas oser revenir sur le sujet, jusqu'à l'ordonnance du 1^{er} septembre 2020 constituant une chambre de règlement amiable (ci-

¹⁸⁰ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, commentaire des articles, précité, art. 3.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² B. PETIT, « Passerelle entre conciliation et procédure judiciaire », *Ius & actores*, 2008/1, p. 115.

après : CRA) au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (ci-après : TEFB) qui prévoit que « le tribunal peut aussi s'entretenir en aparté avec chacune des parties »¹⁸³ si elles sont d'accord. Cette même formule sera reprise à quelques mots près en 2023 dans un avant-projet de loi prépondérant approuvé par l'assemblée générale du Conseil supérieur de la Justice¹⁸⁴, analysé en détail dans le dernier chapitre (section 2 – sous-section 1).

Sous-section 2. Comment concilier le caucus et la conciliation ?

S'il n'est pas possible à l'heure actuelle pour le juge de recourir au caucus dans la conciliation judiciaire, les parties sont néanmoins habilitées à en prévoir dans les dispositions de leur convention de conciliation¹⁸⁵. « Dans ce contexte, il convient de se demander si le juge peut convenir avec les parties de déroger aux règles de la procédure civile et procéder à des entretiens en apartés, sous couvert de confidentialité. [Quoi qu'il en soit, le principe de bonne foi] veut que la partie qui invoque une garantie doit se prévaloir de sa violation immédiatement après en avoir eu connaissance, sans quoi elle perd son droit, que la partie ait considéré qu'il n'y avait pas de vice ou qu'elle s'en soit accommodée. Le principe de bonne foi s'oppose ainsi à ce que les parties reviennent sur leurs engagements ou contestent a posteriori une tentative de conciliation au moyen d'apartés alors qu'elles y auraient pris part sans protester. Il consacre donc la validité d'un accord tacite de renonciation au contradictoire »¹⁸⁶. Pour ce qui concerne le principe de l'égalité des armes entre les parties, qui est assuré par le droit d'être entendu, celui-ci « paraît s'opposer a priori à toute audition en aparté. Le principe n'est toutefois pas absolu. [...] Le consentement à des auditions en aparté peut ainsi avoir lieu au moment, ou pendant, la tentative de conciliation »¹⁸⁷.

« Ce que l'on cherchera à déterminer, c'est si le juge est resté cet intermédiaire impartial garant d'un jugement indépendant, impartial et libre de tout préjugé. Cela dépendra des circonstances

¹⁸³ Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 1^{er} septembre 2020 constituant une chambre de règlement amiable au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, disponible sur <https://www.tribunaux-rechtbanken.be/sites/default/files/media/orte/bruxelles/documents/reglement/ordonnance-constituant-une-chambre-de-reglement-amiable.pdf>.

¹⁸⁴ Conseil supérieur de la Justice, *Avis relatif à l'avant-projet de loi visant à étendre les chambres de règlement à l'amiable*, approuvé lors de l'assemblée générale du 14 juin 2023, disponible sur <https://csj.be/fr/publications/2023/avis-sur-lavant-projet-de-loi-portant-sur-lextension-des-chambres-de-reglement-a-lamiable>.

¹⁸⁵ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 215.

¹⁸⁶ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 19.

¹⁸⁷ *Ibid.*

du cas d'espèce »¹⁸⁸ et de la chambre à laquelle le juge décide de prévoir des entretiens séparés lors d'une tentative de conciliation : la chambre du conseil en conciliation préalable (§1), la CRA du tribunal de la famille (§2), ou la CRA du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles (§3).

§1 – La conciliation judiciaire de droit commun

Il y a lieu de rappeler les principaux avantages de la conciliation préalable qui se déroule à huis clos : son coût limité, sa rapidité, sa souplesse et son « efficacité (le taux de réussite est de 40% à Namur). Les entreprises titulaires de nombreuses créances de faible montant recourent volontiers à la conciliation préalable, ce qui leur permet de régler sans autre frais un pourcentage non négligeable de leur portefeuille »¹⁸⁹. Bien que le caucus puisse contribuer à ces nombreux avantages, les garanties du procès équitable sont censées s'appliquer à la conciliation. D'après Sylvie Frankignoul¹⁹⁰, il y a deux sortes de réticences qu'éprouvent les magistrats dans l'usage du caucus en conciliation : ou bien les sacrosaints principes du contradictoire et de la publicité des débats sont tellement inscrits dans l'ADN de la mission du juge, qu'ils ne parviennent pas à s'en séparer (alors qu'il n'y aura pas de violation des droits de la défense si le juge-conciliateur n'a précisément pas de pouvoir de décision) ; ou bien ils sont d'accord que le caucus n'est techniquement pas contraire à l'ordre public, mais ils ne se sentent tout de même pas à l'aise avec cette technique qui peut être dangereuse dans la mesure où il y a un risque de violer le secret du caucus et de laisser échapper une information « ultra-confidentielle »¹⁹¹ en plénière.

Toujours est-il que « de lege lata, le juge a été exclu de la fonction de médier. Aussi, Bénédicte Inghels condamne sans équivoque les pratiques qui recourraient à de tels caucus. Il nous paraît cependant possible de nuancer le propos. Certes, le respect du contradictoire est un corollaire essentiel de l'impartialité du juge : les informations que le juge conciliateur recevrait dans de tels caucus sont ignorées de l'autre partie, qui ne pourrait donc s'en défendre dans le cadre du débat au fond qui suivrait un échec de la conciliation. Néanmoins, nous n'apercevons pas la

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 21.

¹⁸⁹ E. HODY, « Les règlements amiables des litiges, ou le paradigme perdu ? », *Les alternatives au(x) procès classique(s)*, A. Buonatesta *et al.*, Limal, Anthemis, 2021, p. 45.

¹⁹⁰ Propos de Sylvie Frankignoul recueillis lors d'un interview téléphonique le 29 novembre 2022.

¹⁹¹ J.-A. MIRIMANOFF *et al.* (dir.), *op. cit.*, p. 63.

raison pour laquelle les motifs qui autorisent les parties à faire acter un accord procédural exprès sur la confidentialité des pièces et propos échangés lors des audiences spéciales ne pourraient pareillement les autoriser à accepter expressément que le juge tienne des apartés, pour autant que leur consentement soit non équivoque et éclairé, et surtout pour autant qu'il soit acquis que le juge conciliateur ne puisse jamais être celui qui tranchera leur litige en cas de non-conciliation »¹⁹². Au bout du compte, le juge est supposé concilier les parties avec impartialité et indépendance dans le respect du principe de l'égalité des armes (1°) et du principe du contradictoire (2°) avec la confiance des parties (3°).

1° La suspicion légitime des parties en dépit de l'impartialité et l'indépendance du juge –

Sans qu'il soit encore question de recours au caucus par le juge ou non dans la conciliation préalable, l'impartialité et l'indépendance du juge¹⁹³ pourraient déjà être mises en cause par les parties si celui-ci, « après avoir préalablement tenté sans succès de concilier leurs positions respectives, est ensuite appelé à statuer sur le fond du litige qui les oppose »¹⁹⁴. Ceci mettrait en péril le principe de l'égalité des armes, qui garantit à chacun le droit d'être entendu par un tribunal impartial et indépendant. Les parties seraient donc en droit d'invoquer l'article 828, §1, 1° du Code judiciaire qui prévoit que « tout juge peut être récusé [...] s'il y a suspicion légitime »¹⁹⁵, par exemple « quant à son aptitude à siéger ultérieurement en toute impartialité, dans la mesure où il aura ainsi manifesté un certain degré de parti-pris sur des questions analogues à celles qu'il aura, éventuellement, à trancher ultérieurement. Pour ne pas susciter de suspicion légitime dans le chef des parties, le juge doit donc se limiter à donner des informations objectives aux parties, "à l'image du maître du jeu qui brosse quelques règles aux joueurs en début de partie". Il doit adopter une attitude d'écoute active en faisant l'inventaire des intérêts en présence et des revendications sur lesquelles les parties sont prêtes à transiger ou à discuter »¹⁹⁶.

Dans cette même optique d'éviter la suspicion dans le chef des parties, « le juge pourra, par son écoute active et sa capacité à reformuler les enjeux du conflit, aider les parties à [...] avancer plus loin vers une solution négociée. La reformulation constitue à cet égard un outil

¹⁹² E. HODY, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³ Cass. 21 février 1979, *Pas.*, 1979, p. 750.

¹⁹⁴ F. HENRY, *op. cit.*, p. 121.

¹⁹⁵ C. jud., art. 828, §1^{er}, 1°.

¹⁹⁶ F. HENRY, *op. cit.*, p. 122.

remarquable, car elle permet de neutraliser l'émotion du conflit, la thèse étant portée par une voix extérieure. [...] En utilisant un langage clair et adapté aux personnes qu'il a en face de lui, le juge permet une meilleure compréhension du litige et des règles de droit qui pourraient s'appliquer en cas de poursuite contentieuse »¹⁹⁷. Dès lors, l'accès égal à la justice pour les parties en conciliation est assurément préservé par cet outil de reformulation.

Afin de soustraire tout doute possible, la vraie question n'est-elle pas que le juge ayant mené la conciliation préalable « échouée » devrait simplement renvoyer la cause à un autre juge ? Admettons que nous partons du principe que le juge-conciliateur et le juge-décideur ne seraient pas le même, si le premier juge choisit de se servir de l'outil du caucus pour entendre chacune des parties séparément et à durée égale dans le cadre de la conciliation préalable, cela n'influencera a priori pas le jugement final, puisqu'il ne sera pas en mesure de trancher le litige. Cela assurera aussi une certaine égalité de traitement entre les parties. Il peut néanmoins être argumenté que « en raison de la figure d'autorité du juge [...] ou encore de l'importance pour le justiciable d'établir une distinction entre le magistrat et le médiateur »¹⁹⁸, le caucus employé par le juge en conciliation préalable jetterait des incertitudes sur le respect des garanties procédurales. De plus, l'article 298 du Code judiciaire¹⁹⁹ prévoit une incompatibilité dans la fonction de juger selon laquelle les membres des cours et tribunaux ne peuvent précisément pas être rémunérés comme médiateur.

Nous pouvons donc en déduire que le juge ne dispose pas des mêmes facultés qu'un médiateur, telles que les caucus. En effet, « le juge doit éviter de s'entretenir avec une partie uniquement, même s'il s'agit d'une tentative de conciliation, car tout aparté suscite le soupçon que le juge aurait pu donner des assurances ou des indications ou aurait été autrement influencé »²⁰⁰.

2° La suppression du contradictoire en aparté – D'après Bénédicte Inghels, la contradiction « gouverne toujours la conciliation – on est au cœur du procès civil, c'est évident –, et il doit être garanti. Ce principe suppose [que] le juge doit donc veiller à ce qu'une pièce nouvelle ne surprenne pas l'autre partie et donner le temps de l'examen et la réflexion. De

¹⁹⁷ B. INGHELIS, « Le juge et la conciliation... », *op. cit.*, p. 141.

¹⁹⁸ P. BOREUX, « Tant vaut le médiateur, tant vaut la médiation » : la formation des médiateurs agréés, *R.D.J.P.*, 2021, liv. 4, p. 153.

¹⁹⁹ C. jud., art. 298, §1^{er}.

²⁰⁰ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 25.

même, dans la communication des offres de solution, le juge a une dette de contradiction et ne peut surprendre les parties. Finalement, cette exigence-là rejoint aussi la question de l'accès à un juge prévisible qui fait aussi partie du droit à un procès équitable. Dans ce cadre se pose la question du caucus, évidemment. [...] Il [lui] semble que le juge ne peut pas recevoir la confiance d'une seule partie à peine de perdre son impartialité, d'une part, et de ne pas respecter le principe du contradictoire, d'autre part »²⁰¹. « Le respect du principe du contradictoire exclut donc que le juge conciliateur pratique un aparté avec l'une des parties, voire les deux, pour aider à dégager un accord. L'interdiction du caucus différencie fondamentalement la conciliation de la médiation. Le juge a l'interdiction de se poser en médiateur, il doit veiller à assurer la contradiction et les pratiques selon lesquelles le juge, ou parfois un membre du siège dans les chambres de conciliation spécialement constituées, organiserait un aparté sont à proscrire »²⁰².

Cet avis quelque peu intransigeant est partagé par Pierre Kobel, qui admet que « la suppression du contradictoire le temps des apartés paraît a priori peu compatible avec le droit d'être entendu des parties, avec le principe d'égalité des armes et la garantie d'un procès équitable [...]. Une fois ces informations [non-contradictaires exprimées en aparté], le juge peut difficilement les "oublier". La "victime" ignorera toutefois son éventuel préjudice, tant et aussi longtemps que cette information ne lui est pas divulguée, événement incertain mais possible dans le futur. Dans un tel cas, voire si l'information non-contradictoire devait transparaître dans le jugement, celui-ci pourrait être remis en cause. Le fait que les propos échangés à cette occasion restent relativement secrets, comme le confirme l'absence de procès-verbal, sans que la portée de cette confidentialité de fait ne soit clairement spécifiée, peut faire douter de la portée et la validité de l'engagement pris par les parties »²⁰³.

Quid du caucus contractualisé par les parties ? Bénédicte Inghels l'exclurait totalement : outre le motif du « principe du contradictoire, [elle] pense qu'en acceptant le caucus, le juge perdrait sa distance et se rapprocherait trop de la médiation qui lui est interdite par le Code judiciaire et il n'aurait plus l'axe suffisant pour proposer une solution transactionnelle dans le cadre de la conciliation »²⁰⁴.

²⁰¹ B. INGHELIS, « Le juge et la conciliation... », *op. cit.*, p. 142.

²⁰² B. INGHELIS, « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *J.T.*, 2021/7, n° 6845, p. 131.

²⁰³ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁴ B. INGHELIS, « Le juge et la conciliation... », *op. cit.*, p. 142.

3° Quelle confiance en conciliation ? – Bénédicte Inghels estime que la conciliation préalable devrait « impérativement s’inscrire dans un cadre, celui de l’article 6 de la CEDH, et offrir toutes les garanties du procès équitable »²⁰⁵ pour que le juge puisse gagner la confiance des parties. Néanmoins, est-ce que « le fait d’avoir reçu des informations confidentielles doit nécessairement être considéré comme une atteinte aux principes du procès équitable »²⁰⁶ ? À défaut de texte légal, « le juge conciliateur doit-il nécessairement renoncer à toute confidentialité et s’en tenir strictement au principe de la publicité des audiences, consacré à l’article 149 de la Constitution et à l’article 6, paragraphe 1^{er}, de la CEDH ? Nous ne le pensons pas. Suivant la jurisprudence de la CEDH, ni la lettre ni l’esprit de l’article 6, paragraphe 1^{er}, n’empêchent une personne de renoncer à la publicité des débats de son plein gré de manière expresse ou tacite, pour autant que pareille renonciation soit sans équivoque et ne se heurte à aucun intérêt public important. [...] L’ensemble gagnerait néanmoins en clarté et simplicité avec un texte légal adéquat »²⁰⁷ prévoyant notamment la question des sanctions en cas de violation de la confidentialité, qui n’avait pas été « abordée par la proposition de novembre 2004. Or, selon nous, il serait plus sage d’inscrire dans la loi les conséquences d’une telle violation, afin d’éviter toute controverse. L’on pourrait prévoir, conformément à ce qui est prévu en matière de médiation, qu’en cas de violation, le juge se prononce sur l’octroi éventuel de dommages et intérêts et que les documents confidentiels qui sont malgré tout communiqués ou sur lesquels une partie se base soient d’office écartés des débats »²⁰⁸.

§2 – La chambre de règlement à l’amiable du tribunal de la famille

« L’article 1253ter/1 du Code judiciaire énonce notamment, en son paragraphe 3, qu’en "matière familiale, les affaires peuvent également être soumises à fin de conciliation à la chambre de règlement à l’amiable du tribunal de la famille ou des chambres famille de la cour d’appel [...]". On notera avec intérêt qu’en vertu de [...] l’article 79, alinéa [8], du Code judiciaire, le juge qui siège à la chambre de règlement à l’amiable ne peut jamais siéger pour les dossiers dont il a eu connaissance dans les autres chambres du tribunal de la famille et de la jeunesse. Le rôle du magistrat-conciliateur en matière familiale ne diffère guère, *en théorie*

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 138.

²⁰⁶ P. VAN LEYNSEELE, « La « Med-Arb » et ses dérivés... », *op. cit.*, p. 845.

²⁰⁷ E. HODY, *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁸ B. PETIT, *op. cit.*, p. 115.

tout au moins, de celui du juge-conciliateur de droit commun : il ne peut entendre les parties séparément et doit tenter de trouver avec elles les solutions les plus adéquates, qui, le cas échéant, feront l'objet d'un procès-verbal de conciliation revêtu de la formule exécutoire »²⁰⁹. Bien qu'il soit indiscutable que « le juge qui siège à la CRA ne peut jamais siéger, pour les dossiers dont il a pris connaissance, dans les autres chambres du tribunal de la famille »²¹⁰, le caucus n'est techniquement pas admis non plus en matière familiale et les garanties procédurales continuent à gouverner toute la procédure judiciaire, y compris le processus de conciliation.

Or, il importe de souligner que le législateur avait fait le choix d'insister sur la confidentialité de « tout ce qui se dit ou s'écrit au cours des audiences de règlement à l'amiable »²¹¹, à la différence de la procédure de conciliation de droit commun. Par ailleurs, comme pour la médiation, la loi du 6 novembre 2022 susmentionnée ajoute une phrase à l'article 1253ter/1, §2 du Code judiciaire qui rappelle que « s'il existe des indices sérieux que des violences, des menaces ou toute autre forme de pression sont ou ont été exercées par une partie à l'encontre de l'autre partie »²¹², le juge ne peut ordonner une conciliation « sans s'assurer que cette dernière y consent librement. À cette fin, il recueille le consentement oral de celle-ci *en l'absence* de l'autre partie »²¹³. Il peut donc exceptionnellement entendre les parties en aparté, mais uniquement pour recueillir le consentement des parties dans le cadre de cette disposition. Cette situation nous amène forcément à nous poser la question « de la compatibilité de l'obligation de recueillir le consentement de la victime hors de la présence de l'autre partie avec le principe du contradictoire »²¹⁴, qui jusqu'à présent reste en suspens.

²⁰⁹ D. CHEVALIER, « La conciliation préalable de droit commun : un « Marc » à part entière ? », *J.T.*, 2019/11, n° 6765, p. 225.

²¹⁰ C. jud., art. 79, al. 8.

²¹¹ C. jud., art. 1253ter/1, §3, al. 6.

²¹² C. jud., art. 1253ter/1, §1^{er}.

²¹³ C. jud., art. 1723, §1^{er}, al. 3.

²¹⁴ S. BRAT, « Entrée en vigueur de la loi visant à garantir le consentement des victimes de violence préalablement à une médiation, une conciliation ou un renvoi devant une chambre de règlement à l'amiable », disponible sur <https://www.jurisquare.be/language/journal/forfam/8800-2023-2/entree-en-vigueur-de-la-loi-visant-a-garantir-le-consentement-des-victimes-de-violence-prealablement/index.html>, 2023.

§3 – La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles

Grâce à l'ordonnance du 1^{er} septembre 2020 constituant la CRA du TEFB²¹⁵, la double casquette du juge-conciliateur et du juge-décideur se trouve expressément dissociée dans le cadre particulier de cette chambre. Contrairement à la conciliation judiciaire de droit commun, « lors des audiences de conciliation de la CRA du TEFB, il n'est pas question du principe du contradictoire ou de la publicité des débats. Tous les échanges qui interviennent pendant ces audiences sont confidentiels et, si les parties sont d'accord, la CRA peut s'entretenir en aparté avec chacune des parties. Vu les spécificités de la CRA du TEFB, il va de soi que les juges conciliateurs ne seront jamais amenés à trancher le fond du litige dont ils ont eu à connaître dans le cadre d'une conciliation qui n'aurait pas abouti »²¹⁶. Il en résulte que les exigences des garanties procédurales sont assouplies, ce qui permet le recours au caucus par le premier sans que l'impartialité ni l'indépendance du second soient compromises.

« Ces caucus ou, en d'autres termes, ces entretiens séparés entre les magistrats conciliateurs et chacune des parties isolément, se déroulent eux-mêmes également à huis clos : ils constituent, d'une certaine manière, un espace de confidentialité dans la confidentialité du processus. [Ceci] permettra aux juges conciliateurs de connaître, par exemple, des informations inavouables en plénière et pourtant déterminantes de la possibilité d'aboutir à une solution négociée »²¹⁷. « Seuls ces apartés permettent au juge de jouer le rôle de filtre nécessaire à la recherche d'une zone d'accord possible, sans révéler les concessions que chaque partie serait prête à envisager. [...] Seuls les apartés permettent au juge de communiquer librement à chaque partie son appréciation des chances, sans risquer que cette appréciation donne lieu à une mise en cause de son impartialité »²¹⁸. En réalité, l'attente des parties est que les propos échangés en aparté soient « non pas si confidentiels, mais "sans préjudice" [sur les éventuels] débats judiciaires »²¹⁹ ultérieurs.

²¹⁵ Ordonnance du 1^{er} septembre 2020 précitée.

²¹⁶ P. DHAEYER et S. FRANKIGNOUL, « Création d'une chambre de règlement amiable au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles », disponible sur <https://www.barreaubruelles.be/component/k2/item/1044-creation-d-une-chambre-de-reglement-amiable-au-tribunal-de-l-entreprise-francophone-de-bruxelles>, 5 novembre 2020.

²¹⁷ A. DEJOLLIER, « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : une initiative prétorienne pleine de promesses », *J.T.*, 2021/32, n° 6870, p. 655.

²¹⁸ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 30.

²¹⁹ *Ibid.*

Fondamentalement, l'intensité du procès équitable s'amenuise en présence du caucus, notamment en ce qui concerne le principe du contradictoire et la publicité des débats. « Rappelons en effet qu'il n'est pas attendu [du juge] qu'il tranche le différend qui lui est soumis [en conciliation], que les parties n'ont pas pour objectif d'emporter sa conviction, de sorte qu'un débat contradictoire n'est pas nécessairement indispensable à l'élaboration d'une solution. Il n'en est d'autant plus ainsi qu'aucun de ces principes fondateurs du procès civil ne relève de l'ordre public et qu'ils peuvent dès lors tous deux être écartés du commun accord des parties, maîtresses de leur litige et de son mode de règlement. Cet accord des parties est tout à fait fondamental en ce qu'il portera :

— d'une part, sur le principe même des caucus [...] ;

— d'autre part, sur les modalités entourant de tels caucus : elles sont ainsi libres de fixer les contours de la confidentialité des informations qu'elles y divulguent »²²⁰.

Conclusions. Les garanties procédurales de la contradiction et de l'égalité des armes sont préservées le plus possible sous l'abri de la protection du procès équitable pour la conciliation judiciaire du droit commun et à la CRA du tribunal de la famille, dans la mesure où il n'est pas préconisé que le juge avec une double casquette de conciliateur et de décideur puisse recourir au caucus. En revanche, à la CRA du TEFB où il y a la possibilité de mettre en place des entretiens en aparté, « l'élimination momentanée du contradictoire permet au juge de mettre en scène un rapport de confiance qui n'existe pas dans la position adjudicative traditionnelle »²²¹. En outre, nous pouvons constater qu'il y a trois niveaux de confidentialité : une absence légale de confidentialité dans la conciliation préalable judiciaire (sauf en cas d'accord procédural explicite), une confidentialité accrue à la CRA du tribunal de la famille, et une confidentialité interne aux caucus à la CRA du TEFB. Enfin, pour clôturer ce chapitre, il nous reste à examiner ce qu'il en est du caucus en droit collaboratif.

²²⁰ A. DEJOLLIER, « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles... », *op. cit.*, p. 656.

²²¹ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 27.

Section 3. Le caucus en droit collaboratif

Dans le cadre du droit collaboratif, il est clair que rien n'empêche les avocats de recourir aux entretiens en aparté avec leurs clients respectifs ou bien avec leurs confrère.sœur.s de la partie adverse, étant donné que cela se situe complètement en dehors d'une quelconque procédure judiciaire. Par conséquent, le caucus « mérite une attention particulière comme outil de gestion, de résolution et de prévention du conflit. Moment de (totale) partialité et d'alliance avec le client, cet espace permet de gérer le conflit plus efficacement. L'avocat y sera à l'écoute exclusive du client, pour le soutenir, l'aider, le guider et le coacher dans le processus »²²². Ainsi, la présente section passera en revue la législation du droit collaboratif en lien avec les caucus (**sous-section 1**) avant de voir comment les garanties procédurales s'articulent autour de ce processus (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Législation

En droit collaboratif, et « à l'inverse de la procédure judiciaire, la maîtrise du temps appartient totalement aux parties, [...] c'est donc une temporalité choisie, ou à tout le moins consentie »²²³. En effet, l'article 1743 du Code judiciaire prévoit que « le mandat de l'avocat collaboratif est un mandat écrit et exclusif, limité à l'assistance et au conseil au cours d'un processus de droit collaboratif en vue de parvenir à un accord négocié. En raison de cette exclusivité, si l'une des parties se retire du processus de droit collaboratif ou si le processus de droit collaboratif se termine, avec ou sans accord, les avocats collaboratifs sont tenus de mettre fin à leur intervention et ne peuvent plus intervenir dans une procédure contentieuse opposant les mêmes parties dans le contexte du litige ayant fait l'objet du droit collaboratif. Il en va de même de tout avocat faisant partie de leur cabinet, en ce compris les collaborateurs et stagiaires internes ou externes »²²⁴. « Soulignons d'emblée que le retrait est assez marginal dès lors que le taux de réussite du processus est de l'ordre de 80 à 90 % »²²⁵. La *Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif* ajoute en outre en son article 2, al. 4 que « le processus tend à

²²² A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « L'approche du conflit par le droit collaboratif », *Le conflit : quelles approches ?*, C. Delforge et al. (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 209.

²²³ C. DELFORGE et N. UYTENDAELE, « 2. - La gestion du temps dans la médiation et le droit collaboratif – Temps, durée, interaction et relation », *Le temps des MARCs*, M. Berlingin (dir.), 1ère éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 68.

²²⁴ V. LAFARQUE, « Le droit collaboratif souffle sa première bougie », *BSJ*, 2019, n° 640, p. 16.

²²⁵ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 213.

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, en matières familiales, à l'intérêt des enfants concernés par les accords »²²⁶.

Le protocole de droit collaboratif constitue « le premier acte juridique manifestant l'adhésion des parties au processus et leur volonté d'œuvrer à la recherche d'un arrangement amiable »²²⁷ dont le contenu minimal est fixé par l'article 1741, §1^{er} du Code judiciaire. Il est courant que les avocats collaboratifs complètent le protocole en rappelant leur rôle de facilitateur et en formalisant « le respect d'éventuelles obligations légales ou la compréhension qui doit être faite de certaines étapes du processus à venir, comme les caucus »²²⁸. En vue de préserver l'égalité des armes, ces colloques singuliers devraient être réalisés en « miroir », c'est-à-dire de manière équivalente chez chacune des parties. Par ailleurs, selon l'article 6 de la même Charte, « les pièces communiquées dans le processus de droit collaboratif le seront exclusivement par le canal des conseils et seront revêtues de la mention "confidentiel – droit collaboratif". Ces pièces sont strictement confidentielles »²²⁹, sauf autre accord écrit entre les parties pour rétablir le principe du contradictoire. Ceci rappelle la confidentialité accrue qui se rattache aux caucus à l'instar du processus de médiation. Or, à l'issue des négociations entre les avocats collaboratifs et leurs clients respectifs, et contrairement à la médiation²³⁰, l'entente finale qui en résulte « ne bénéficie pas d'une procédure simplifiée d'homologation, ce qui a d'ailleurs été critiqué »²³¹.

Sous-section 2. Feu vert au caucus ?

Comme il a déjà été évoqué plus haut (chapitre 1 – section 2 – sous-section 2 – §3), les protagonistes du droit collaboratif travaillent à quatre dans une équipe « éventuellement pluridisciplinaire »²³², avec la possible contribution d'experts externes afin d'élucider davantage la communication. Plusieurs difficultés qui sont rencontrées en médiation peuvent être comblées à l'aide du processus en droit collaboratif : le besoin des parties d'être

²²⁶ Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif précité, art. 2, al. 4.

²²⁷ C. DELFORGE et N. UYTTENDAELE, *op. cit.*, p. 68.

²²⁸ *Ibid.*, p. 69.

²²⁹ Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif précité, art. 6.

²³⁰ C. jud., art. 1733.

²³¹ C. DELFORGE et N. UYTTENDAELE, *op. cit.*, p. 70.

²³² A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 211.

accompagnées par un conseiller juridique aux séances plénières, notamment en cas de déséquilibre de pouvoir entre elles ou « lorsque la situation est complexe au niveau juridique ; [...] le médiateur doit rester neutre et impartial [donc] il peut difficilement, sans perdre sa neutralité, le coacher afin de l'amener à envisager une optique, un comportement, des objectifs ou des demandes plus raisonnables ou plus réalistes. [Le droit collaboratif au contraire ouvre] un espace de soutien personnel et permanent, tout au long du processus, tant au niveau juridique qu'humain. La nature et l'étendue de ce soutien varieront en fonction de différents facteurs, dont notamment la personnalité du client, son état émotionnel, son expérience, la nature et la complexité des questions juridiques, le degré de conflit entre les parties »²³³. L'outil du caucus peut bien entendu servir à rapprocher encore plus les avocats impliqués dans le processus, en l'absence de leurs clients respectifs, dans le but de trouver la position juridique la plus favorable pour eux.

En cas d'échec de la négociation, les avocats collaboratifs « se soumettent à une obligation de retrait »²³⁴ du processus, et surtout de toute procédure judiciaire ultérieure. « Le retrait garantit efficacement l'objectif commun poursuivi étant de dégager un accord amiable mutuellement acceptable ; ce principe garantit aux parties un espace de parole sécurisé par la confidentialité ; chacun sait que rien de ce qui s'échangera ne pourra être utilisé contre lui dans une procédure contentieuse ; le retrait constitue en outre un levier important de la créativité »²³⁵, à savoir amenuiser le principe du contradictoire au profit du caucus. « Le retrait nous apparaît, au regard du principe de loyauté, comme la seule issue compatible avec l'interdiction du mensonge car, à défaut, l'avocat devient complice de son client »²³⁶. « Il en résulte clairement que le processus collaboratif ouvre à des solutions plus créatives, personnalisées et satisfaisantes, mais aussi que le risque d'accord forcé y est absent en pratique dès lors que dans toutes les ententes, les clients ont obtenu au moins ce à quoi ils avaient droit et même plus à bien des égards »²³⁷.

Finalement, les avocats collaboratifs bénéficient d'une marge importante de liberté s'agissant des caucus, comme en médiation. Cependant, nous pouvons repérer deux différences surprenantes entre les deux MARL. Premièrement, les avocats associés à la médiation ne sont

²³³ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 217.

²³⁴ C. DELFORGE et N. UYTTENDAELE, *op. cit.*, p. 57.

²³⁵ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 210.

²³⁶ *Ibid.*, p. 219.

²³⁷ *Ibid.*, p. 218.

pas soumis à une obligation de retrait comme les avocats collaboratifs, alors qu'ils sont également « informés d'éléments confidentiels qu'ils devront nécessairement taire (ou faire comme s'ils ne les avaient jamais entendus), en cas d'échec du processus de médiation, devant les cours et tribunaux [...] ». Nous nous posons la question de savoir s'il est réellement possible que les avocats conseils en médiation puissent plaider le dossier en faisant totalement abstraction de ce qu'ils ont entendu, de ce qui s'est dit et échangé dans la confidentialité de la médiation »²³⁸. Deuxièmement, les accords qui résultent des négociations en droit collaboratif ne peuvent pas faire l'objet d'une homologation simplifiée « sur base de l'article 1043 du Code judiciaire, l'accord n'ayant pas été obtenu dans le cadre d'une procédure judiciaire, à l'intervention d'un tiers neutre et impartial »²³⁹. Or, cette même procédure a été instaurée en médiation aux articles 1733 et 1736 du Code judiciaire, alors que l'outil du caucus est également à la disposition des médiateurs.

Est-ce que cette différence s'explique par le fait que l'avocat collaboratif est par définition partial et pas neutre ? Est-il question du respect des garanties procédurales ? Selon Anne-Marie Boudart et Marina Blitz, « la différence de traitement entre les accords de médiation et ceux de droit collaboratif ne s'explique pas. Il nous paraît primordial pour les justiciables qui acceptent de recourir à ce mode alternatif et aussi pour les avocats qui y consacrent un nombre d'heures important de formation spécifique, de garantir la sécurité juridique des accords collaboratifs et de les couronner par une homologation simplifiée. Il en va de la cohérence même du législateur qui, s'il entend promouvoir les modes alternatifs, doit conférer des garanties juridiques sérieuses et identiques aux différents modes amiables organisés par le Code judiciaire, sans créer une différence de traitement injustifiée entre ceux-ci »²⁴⁰.

Conclusions. En somme, le caucus est justifié tant en droit collaboratif qu'en médiation, et il subsiste tout de même des réticences dans la conciliation judiciaire du droit commun. Dès lors, quel est l'impact concret du caucus sur le procès équitable, ou plus précisément, les principes de l'égalité des armes et du contradictoire sont-ils véritablement heurtés par cet outil de MARL ? Le prochain chapitre permettra d'apporter quelques éléments de réponse à cette problématique.

²³⁸ *Ibid.*, p. 219.

²³⁹ G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, p. 176.

²⁴⁰ A.-M. BOUDART et M. BLITZ, *op. cit.*, p. 213.

Chapitre 3. Une réflexion critique

Dans chacun des trois MARL étudiés dans ce mémoire, nous avons pu constater que le caucus peut considérablement contribuer au déroulement efficace des processus, et que les résistances majeures des garanties procédurales contre l'aparté se manifestaient au sein de la conciliation judiciaire de droit commun et de la CRA du tribunal de la famille. Ce dernier chapitre dressera le bilan de l'impact concret du caucus sur le procès équitable (**section 1**) et les perspectives prometteuses de l'aparté (**section 2**).

Section 1. L'évaluation de l'impact concret du caucus sur le procès équitable

La Cour eur. D.H. « admet que dans des cas exceptionnels il peut se révéler impossible de respecter toutes les exigences prévues à l'article 6 [de la CEDH]. Ainsi, tandis que l'indépendance et l'impartialité du tribunal ou du juge concerné constituent des garanties inaliénables qu'il est indispensable de respecter dans pareille procédure, d'autres garanties procédurales [telles que le principe du contradictoire et l'égalité des armes] peuvent ne s'appliquer que dans la mesure où le permettent la nature et le but »²⁴¹ de la procédure contentieuse ou du processus de MARL en question. Afin de peser le pour et le contre du caucus dans les MARL quant aux garanties procédurales, la présente section aura pour objectif d'analyser la question de l'impact réel et concret de l'aparté sur le procès équitable, d'abord du point de vue du justiciable (**sous-section 1**) et ensuite du point de vue de la justice (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Du point de vue du justiciable

Le lien de confiance entre le médiateur et les parties. Nous avons d'ores et déjà établi que l'aparté dans la médiation est un outil qui ne porte pas atteinte aux principes du contradictoire

²⁴¹ Cour eur. D.H., arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009, note d'information sur la jurisprudence de la Cour n° 123, disponible sur <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjUkoaB68KAAxXMNuwKHc2QAY0QFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fdocx%2Fpdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D002-1277%26filename%3DCEDH.pdf&usg=AOvVaw34hXfwnG-FEAdjQi6ijN24&opi=89978449>.

et de l'égalité des armes. Par contre, ce n'est pas pour autant que le caucus est à l'abri de critiques. « Il est souvent dit que les caucus permettraient au médiateur d'établir un lien de confiance avec les parties, lien qui est un des éléments essentiels du succès ou de l'insuccès des médiateurs. Grâce aux caucus, le médiateur pourrait sans réserve adopter une attitude empathique, amenant les parties à lui faire des "révélations", sous couvert de confidentialité. Cette thèse est contredite par les travaux empiriques effectués par Poitras. Cherchant à vérifier si les caucus contribuaient effectivement à renforcer le rapport de confiance entre le médiateur et les parties, notamment en raison d'une empathie éventuellement accrue, il a comparé les pratiques d'un groupe homogène de médiateurs dont une partie faisait usage de caucus et une autre non »²⁴². Poitras a démontré par ses recherches que le principal avantage pratique du caucus « a été de réduire le temps nécessaire pour parvenir à un accord. Cependant, la stratégie du caucus de confiance n'a pas amélioré la confiance des parties dans le médiateur, ni le taux de règlement des différends »²⁴³.

« Le recours à des caucus pour favoriser le lien de confiance avec les parties recèle aussi des pièges. Un soudain changement de régime, une différence d'attitude du médiateur lors du retour à des sessions communes peuvent faire douter les parties de l'authenticité du médiateur pendant les caucus. Lors de caucus, les parties peuvent aussi être tentées d'instrumentaliser le médiateur en se livrant à un jeu stratégique consistant à révéler des faits ou donner des explications dont elles comptent qu'elles vont maximiser en leur faveur le résultat de la médiation mais qui ne contribuent pas à la recherche de solutions dans l'intérêt de tous les participants. Un autre danger inhérent aux caucus est la tendance à faire basculer la responsabilité du résultat de la médiation, des parties vers le médiateur »²⁴⁴. Compte tenu de ces observations, nous pouvons discuter la pertinence des caucus pour encourager les parties à révéler leurs intérêts dans les négociations, qu'il serait même « préférable que les parties échangent directement à ce sujet, pour qu'elles puissent identifier elles-mêmes les solutions qui répondent à leurs besoins. La connaissance d'un dossier, aussi bonne soit-elle, ne vaut pas la connaissance de la réalité par

²⁴² P. KOBEL, *op. cit.*, p. 13.

²⁴³ J. POITRAS, « The Strategic Use of Caucus to Facilitate Parties' Trust in Mediators », disponible sur https://www.researchgate.net/publication/24992504_The_Strategic_Use_of_Caucus_to_Facilitate_Parties%27_Trust_in_Mediators, février 2013, p. 37.

« The main practical advantage of this strategy was to reduce the time needed to reach agreement. However, the trust caucus strategy did not improve parties' trust in the mediator, nor did it improve the settlement rate » (citation originale).

²⁴⁴ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 13.

les parties. Cet échange direct permet aux parties de s'éloigner de leurs positions et d'établir un rapport sur d'autres fondements, induisant une certaine confiance directement entre elles par opposition à un rapport de confiance avec le médiateur. [...] Ce n'est peut-être que dans le domaine de la famille au sens le plus large que l'on peut concevoir que les caucus permettent l'expression de certains intérêts difficilement exprimables »²⁴⁵.

La fin justifie-t-elle les moyens ? « Du point de vue des parties, car c'est bien cela qui compte avant tout, toute solution qui conduit à un résultat satisfaisant, en ce compris le sentiment d'équité et de justice, est positif »²⁴⁶. À titre d'illustration en médiation, « une médiatrice avait un jour suscité un aparté dans une médiation familiale. Au décours de l'aparté, une des médiées lui révèle qu'elle sait que son futur ex-conjoint a une relation extraconjugale, mais que surtout elle ne souhaite pas que le médiateur le révèle, elle veut voir jusqu'où ira la mauvaise foi de son ex. Un autre médiateur avait recueilli en aparté qu'un des médiés était atteint d'un cancer en phase terminale, mais il ne voulait pas le communiquer, car il voulait obtenir le maximum pour ses héritiers »²⁴⁷. Toutefois, ces situations risquent d'engendrer un déséquilibre entre les parties, et donc de nuire au principe de l'égalité des armes. « Tout l'art du caucus tient dans l'habileté du médiateur à poser la frontière entre des informations "secrètes" et "confidentielles" : le dévoilement d'un secret "scellé" pourrait représenter un frein au bon déroulement du processus voire provoquer sa fin prématurée, tandis que le dévoilement d'un contenu délicat dans ce cadre confidentiel peut être un levier à l'intelligibilité du contexte et de la situation »²⁴⁸.

L'usage des caucus catalyse forcément la rapidité des négociations dans les MARL, ce qui favorise dans certains différends l'aboutissement accéléré d'un accord. À titre d'exemple, dans la CRA du TEFB, Sylvie Frankignoul²⁴⁹ a décrit que le caucus lui avait permis à plusieurs occasions de gérer l'agressivité des parties²⁵⁰. En aménageant deux pièces séparées pour chacune des parties, elle a discuté exclusivement avec leurs avocats. Jusqu'au moment où l'accord lui avait été déposé, les parties pouvaient partir sans se voir. Les caucus lui

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 14.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 34.

²⁴⁷ A.-M. BOUDART *et al.*, « Le dispositif de la médiation », X, *Familles : union et désunion. Commentaire pratique*, Liège, Kluwer, 2022, p. 98.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 99.

²⁴⁹ Propos de Sylvie Frankignoul recueillis lors d'un interview téléphonique le 29 novembre 2022.

²⁵⁰ *Ibid.*

permettaient également de remettre en cause de manière efficace l'assurance erronée des arguments de chacune des parties, sans les déstabiliser l'une en face de l'autre. « L'on voit que les attentes des parties et du juge concordent ici largement. L'attente véritable des parties au sujet de la confidentialité [est] qu'aucune d'elles ne fera référence aux propos échangés pendant cette tentative de conciliation dans la suite de la procédure ou toute autre procédure judiciaire, attente garantie de fait par le recours à des apartés. L'expectative du juge est que les parties s'engagent à ne pas révéler, faire usage ou tirer argument de toute appréciation provisoire des chances portées par le juge dans le cadre d'apartés »²⁵¹.

Par conséquent, du point de vue du justiciable, le caucus présente clairement des avantages intéressants quant à l'économie du temps et des coûts de résolution des différends, même si cet outil ne renforce pas forcément ni le rapport de confiance entre le médiateur et les parties, ni les garanties procédurales.

Sous-section 2. Du point de vue de la justice

À strictement parler, l'article 6 de la CEDH ne régit pas les MARL mais il y a tout de même une forme de « contagion procédurale », comme le décrit Alice Dejollier²⁵², notamment au regard de la conciliation. D'une part, nous pouvons soutenir « que ce sont les apparences qui importent parce que l'institution de la justice et son image en dépendent, de sorte que la possibilité d'influencer sa cause potentiellement permise par les apartés est incompatible avec la fonction juridictionnelle dans un État de droit. Une telle approche, parfaitement justifiable en soi, conduit à interdire par principe tout aparté dans le cadre judiciaire »²⁵³. En effet, « comme le dit un adage anglais, "justice must not only be done, it must also be seen to be done" [...]. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables. Doit donc se déporter tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité »²⁵⁴. D'autre part, « le besoin d'économiser le temps et le coût du procès n'a jamais été aussi prégnant. C'est que le contradictoire, vertu cardinale, est aussi un

²⁵¹ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 31.

²⁵² Propos de Alice Dejollier recueillis lors d'un interview téléphonique le 1^{er} mars 2023.

²⁵³ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, §98.

luxe. Une autre exigence lui fait face, non moins cruciale : celle de la célérité »²⁵⁵. « Il nous semble nécessaire d'insister ici sur un souci de réalisme judiciaire. Il convient donc, à notre estime, de plébisciter une conception pragmatique et carrossable des droits de la défense. [...] Aussi faut-il souligner et encourager les mécanismes qui, tout en garantissant le respect des droits de la défense, offrent l'évitement de la réouverture des débats à une audience ultérieure »²⁵⁶, comme les MARL qui peuvent aussi suspendre la procédure judiciaire.

Si nous partons de la prémisse que le caucus pratiqué dans le cadre de la conciliation du droit commun est contraire à l'impartialité du juge et au principe du contradictoire, pouvons-nous néanmoins envisager son emploi si les effets concrets du caucus sur le procès équitable sont négligeables ? Comme le soutient Pierre Kobel, « compte tenu de cette pratique étroite des apartés dans le cadre judiciaire, leurs conséquences et donc les risques pris par les parties qui renoncent au contradictoire, restent très limités aussi. [...] En l'absence de contradictoire d'ailleurs, le juge ne devrait accorder qu'un crédit limité aux déclarations et éventuelles révélations des parties souvent faites dans un but tactique. L'impact éventuel du recours à des caucus confidentiels en conciliation sur l'impartialité des juges, est en ce sens limité aussi. Reste bien entendu la possibilité que, par son attitude en aparté, une partie influence la conviction du juge, favorablement ou non. Les chances d'influencer resteront toutefois limitées et, serait-on tenté de dire, dans l'ordre des choses. Si l'autre partie ne peut réagir à cette attitude et ne peut répondre directement aux propos évoqués en caucus, elle aura en principe aussi son moment en aparté et son occasion d'influencer le juge ou l'arbitre. L'équilibre des chances sera maintenu, ainsi que l'égalité entre les parties [et] la suppression du contradictoire est sans conséquence sur l'objet du litige et l'appréciation judiciaire des preuves »²⁵⁷.

Conclusions. Il ressort de ce bilan de l'impact concret que le caucus pourrait avoir sur le procès équitable que l'égalité des armes et le principe du contradictoire restent intacts au stade des processus de MARL, dans la mesure où la violation de ces garanties procédurales ne se produirait que si la décision judiciaire finale se fondait « sur des faits et des documents dont les parties, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont donc

²⁵⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Faire l'économie de la contradiction ? », *R.C.J.B.*, 2013, vol. 67, n° 2, p. 60.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 56.

²⁵⁷ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 28.

pas été en mesure de prendre position »²⁵⁸. Si les parties souhaitent porter leur affaire devant les cours et tribunaux après l'échec du MARL, il revient à la responsabilité du médiateur, du conciliateur et de l'avocat collaboratif de ne pas se réassocier dans la même affaire au sein d'une procédure judiciaire ultérieure – voire d'une procédure d'arbitrage (« Med-Arb »²⁵⁹) où l'aparté est interdit – au cas où des éléments décisifs pouvant les influencer leur ont été révélés lors des caucus. Moyennant le respect de cette affirmation, les avantages du caucus semblent prendre le pas sur leurs inconvénients pour arriver à une solution équitable.

Section 2. Les perspectives du caucus

Pour terminer, nous allons nous pencher sur la controverse du caucus dans la conciliation et comment sauvegarder les garanties procédurales (**sous-section 1**), ainsi que sur quelques pistes pour le futur des apartés dans la conciliation et la médiation (**sous-section 2**).

Sous-section 1. Comment mieux protéger les garanties procédurales des caucus ?

Les réticences envers le recours aux caucus se présentent majoritairement dans la conciliation, notamment en droit commun et à la CRA du tribunal de la famille. Ainsi, afin de protéger davantage les principes de l'égalité des armes et du contradictoire, le juge qui tenterait une conciliation au moyen d'apartés pourrait éventuellement observer les principes suivants :

- « des apartés ne peuvent qu'exceptionnellement avoir lieu lorsque des parties ne sont pas [assistés] par avocat ;
- le juge doit solliciter l'accord des parties au sujet de :
 - la tentative de conciliation et le recours à des apartés,
 - l'absence de tenue de procès-verbal pendant toute la tentative de conciliation,
 - la renonciation irrévocable par les parties, de faire valoir dans la suite de la procédure en cas d'échec de la conciliation, toute offre, proposition et prise de position de l'autre partie [...] exprimée lors de la tentative de conciliation, ainsi

²⁵⁸ F. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 1037.

²⁵⁹ P. VAN LEYNSEELE, « La « Med-Arb » et ses dérivés... », *op. cit.*, p. 848.

que de remettre en cause toute détermination provisoire du juge au sujet de la position juridique des parties et de leurs chances dans le procès ;

- [...] la *non-divulgation* par le juge à l'autre partie des offres, propositions et prises de position concernant les pourparlers transactionnels exprimés par une partie en aparté ;
- ces points doivent être mentionnés au *procès-verbal d'audience* »²⁶⁰ ;
- « confronté à des révélations confiées en aparté qui ne ressortiraient pas des écritures ou des preuves à disposition et qui pourraient avoir une influence sur l'objet du litige, le juge devrait conseiller la partie en cause d'en faire état et, si cela n'est pas possible, devrait spontanément se *récusser* »²⁶¹ ;
- « enfin, la partie qui découvrirait après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qui ont été révélés au juge pendant les apartés et ont motivé le jugement ou la transaction, pourra en demander la *révision*. Nous pensons ici à la situation [...] où une des parties serait après coup informée des confidences que l'autre aurait faites au magistrat pendant les apartés et dont le contenu ne peut qu'avoir affecté la conviction du juge telle qu'elle ressort du jugement »²⁶².

Sous-section 2. Quelques pistes pour le futur des apartés

L'avant-projet de loi visant à étendre les CRA dans la **conciliation**, envoyé au Conseil supérieur de la Justice le 20 février 2023 et approuvé le 14 juin 2023, propose quatre dispositions²⁶³ attendues de longue date réglant enfin la question du caucus et la confidentialité de celui-ci. C'est une percée pour la sécurité juridique de la conciliation en CRA, tant pour les justiciables que pour les magistrats. Il préconise « de régler les deux systèmes séparément dans le texte de loi. Dans les articles 731-733 du Code judiciaire : la mission de conciliation du juge compétent pour connaître du fond du litige et, en outre dans l'article 734 : la chambre de règlement à l'amiable »²⁶⁴. Il importe de reprendre certains extraits de ce dernier article :

²⁶⁰ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 32.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 31.

²⁶² *Ibid.*, p. 22.

²⁶³ Voy. Conseil supérieur de la Justice, *Avis relatif à l'avant-projet de loi visant à étendre les chambres de règlement à l'amiable* précité.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 5.

« Outre le fait que les audiences de conciliation tenues par les chambres de règlement à l'amiable se déroulent en chambre du conseil conformément à l'article 757, §2, 14°, tout ce qui se dit ou s'écrit au cours de ces audiences est confidentiel.

Avec l'accord des parties, le tribunal ou la cour peut, s'il/elle l'estime utile, aussi s'entretenir en aparté avec chacune des parties. [...]

Le magistrat qui assure une mission de conciliation dans une affaire en chambre de règlement à l'amiable s'abstient de prendre une décision dans une autre chambre pour la même affaire sous peine de nullité »²⁶⁵.

Les points pertinents à soulever de cette disposition sont au nombre de trois : il est prévu que tous les échanges par écrit et à l'oral en chambre du conseil dans les CRA seront confidentiels ; le summum de l'article dispose que le juge peut assurément s'entretenir en aparté avec les parties ; le juge qui aurait concilié les parties dans une affaire en CRA devra s'abstenir de trancher dans la même affaire dans une autre chambre, et ce à peine de nullité. Dans l'hypothèse où une procédure est déjà pendante et un dossier a été renvoyé à la CRA, mais aucun accord n'est intervenu, « cela sera mentionné au procès-verbal d'audience et l'affaire sera renvoyée par simple déclaration devant le juge *déjà saisi* »²⁶⁶. À ce moment-là, il serait judicieux que le juge appelé à concilier l'affaire dans la CRA ne soit pas le même juge qui est saisi au contentieux, afin d'éviter le piège du dédoublement des fonctions du juge conciliateur et décideur dans une même affaire. Cela permettrait aussi une continuité du dossier, notamment en matière familiale (principe du dossier familial²⁶⁷).

Nous souhaitons faire valoir quelques indications de plus pour compléter davantage ces dernières dispositions, qui viseraient « à éviter que la tenue d'apartés lors d'une tentative de conciliation ait des conséquences négatives sur la suite de la procédure. La première est [l'assistance] par un avocat. [...] Sauf à ce que le tribunal informe très consciencieusement les parties des tenants et aboutissants de la démarche proposée, ce n'est que lorsque les parties sont représentées par un avocat qu'elles peuvent saisir la portée en termes de risques et d'opportunités résultant de la renonciation au contradictoire, de l'absence ou non de procès-verbal et de l'éventuelle confidentialité des apartés. La seconde est la gestion des informations

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 9.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ C. jud., art. 725bis, §1^{er}.

que le juge recevrait en aparté. Si ces informations ont un impact sur l'objet du litige et n'ont pas été alléguées dans les écritures, le juge devra à notre avis tenter de convaincre la partie de qui elles proviennent de les partager avec l'autre partie si cela est encore possible eu égard à l'état de la procédure. Si ce n'est pas possible, le juge devra alors spontanément se récuser »²⁶⁸.

Au sujet du caucus dans la **médiation**, « l'habileté du médiateur est de savoir tracer la mince ligne entre la prudence excessive qui immobilise la négociation et l'audace démesurée qui affecte son impartialité et crée un bris de confiance »²⁶⁹. En effet, « la règle par défaut de ne rien dévoiler peut poser des difficultés pour le médiateur qui aide à trouver des solutions concrètes, tente d'améliorer les relations à plus long terme et dont l'éthique suppose qu'il veille à une solution équilibrée. Comment pourrait-il ne pas être coincé par les révélations que lui aurait faites une des parties s'il ne peut rien en faire pour le processus qui est par nature collectif ? Nous empruntons souvent la métaphore du taxi de la médiation par laquelle le médiateur conduit l'ensemble des passagers à la même destination. Nous pensons alors que les vertus de l'aparté sont d'aider les médiés à parvenir à communiquer sans risque, à l'autre, ce qui lui semblait insurmontable de révéler par le passé. [...] La confiance à l'égard du médiateur doit être sans faille, et pour travailler cette mise à mal potentielle, nous pensons comme d'autres médiateurs, que ces entretiens individuels sont confidentiels certes, mais que le médiateur peut proposer de mettre dans le filtre de l'aparté : les objectifs cachés, les sujets qui fâchent, les ressentis, les évocations sensibles afin de leur donner une forme dicible, audible et acceptable pour l'ensemble des participants au processus »²⁷⁰.

Dans la même veine, Marc Overman propose un modèle alternatif dit la « noisy translation » du caucus, à la place du système dichotomique où une telle information divulguée par telle partie en caucus ne sera partagée avec l'autre qu'avec l'accord de la première. Il consiste en la traduction « vague, imprécise, déformée, obscurcie ou "bruyante" par le médiateur des informations qui lui ont été révélées au cours du caucus [afin de réduire] la possibilité pour la ou les parties adverses d'utiliser ces informations au détriment de la partie qui les a divulguées. [...] En règle générale, le médiateur devra donc discuter avec la partie qui divulgue

²⁶⁸ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 27.

²⁶⁹ L. OTIS, « Chapitre 2 - Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, P. Cecchi Dimeglio et B. Brenneur (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 127.

²⁷⁰ A.-M. BOUDART *et al.*, *op. cit.*, p. 98.

l'information de la manière dont il va obscurcir ou ajouter du bruit à l'information ("Si je le dis comme ça maintenant, est-ce que ça va ?") »²⁷¹. « Ce modèle fait également appel à la capacité d'abstraction du médiateur. Lui-même devra d'abord analyser les informations qui lui sont révélées par les parties et maîtriser l'objet de la discussion entre elles »²⁷². « Plus les partenaires font confiance au médiateur pour réaliser la transmission d'une manière qui n'améliore pas la position de négociation de la partie destinataire, plus le processus est pur »²⁷³.

Par ailleurs, l'aparté présente un potentiel intéressant dans un modèle de médiation d'origine américaine relativement récent dont Damien d'Urse²⁷⁴ est partisan, qui s'appelle « transformative mediation ». Cette dernière propose « de considérer le conflit comme une opportunité de transformation personnelle et sociale, laquelle ne se concentrerait pas sur la résolution du différend mais sur l'assistance portée aux parties afin qu'elles fassent usage du conflit pour réaliser leurs propres potentiels personnel et relationnel. Une telle approche permettrait de transformer les personnes de défensifs, peureux et égocentriques en des individus confiants, attentifs et bienveillants »²⁷⁵, par le biais des caucus. Il s'agit de l'approche également adoptée par Séverine Evrard dans sa méthode "Accord Majeur" qui « allie le droit, les émotions du client et un travail de développement personnel du client. [...] Et si nous osions aller un pas plus loin en proposant au client un travail de développement personnel à l'occasion de la gestion de son dossier et de la défense de ses intérêts sur le plan juridique ? C'est-à-dire en lui proposant d'aller explorer la dimension personnelle et individuelle qui se joue dans le conflit qui l'implique »²⁷⁶.

²⁷¹ M.-A. OVERMAN, *op.cit.*, p. 33.

« Die uitkomst is dat vage, onnauwkeurige, vervormde, versluierde of van 'ruis' voorziene overbrenging (noisy translation) door de mediator van in de caucus aan hem geopenbaarde informatie de mogelijkheid voor de wederpartij(en) verkleint die informatie ten nadele van de openbarende partij te gebruiken. Daarmee is het keuzeprobleem niet meer dichotoom (wat mag wel en wat mag niet geopenbaard worden?), maar kan genuanceerd worden benaderd. [...] In de regel zal de mediator dus met de openbarende partij moeten bespreken, op welke wijze de mediator de informatie zal versluieren of van ruis voorzien ('Als ik het nu zo zeg, is dat dan akkoord?') » (citation originale).

²⁷² *Ibid.*, p. 34.

« Dit model stelt voorts eisen aan het abstractievermogen van de mediator. Deze zal zelf eerst de door partijen aan hem geopenbaarde informatie dienen te analyseren, en de materie waarop de discussie tussen partijen betrekking heeft, moeten beheersen » (citation originale).

²⁷³ *Ibid.*, p. 33.

« Hoe meer partijen de mediator vertrouwen dat hij de overbrenging zodanig tot stand zal brengen dat de onderhandelingspositie van de ontvangende partij niet verbeterd wordt, hoe zuiverder het proces naar mijn gevoel verloopt » (citation originale).

²⁷⁴ Voy. D. D'URSEL, « Laisser dire », *L'école des parents*, 2013/4, n° 603, p. 29 à 31.

²⁷⁵ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 11.

²⁷⁶ S. EVRARD, *op. cit.*, p. 145.

Conclusion

Dans ce mémoire, nous avons commencé par planter le décor dans le premier chapitre en déterminant en quoi consiste les deux garanties du procès équitable au cœur de la problématique, à savoir les **principes de l'égalité des armes et de la contradiction**. Ces deux principes étroitement liés à l'un et l'autre n'ont pas été revêtus un caractère absolu par la Cour eur. D.H., et leur rigueur peut par conséquent être atténuée dans la pratique afin de faire place à l'économie de la procédure. Ensuite, il a été question de définir la notion phare de l'**aparté** (caucus) et les trois MARL (la médiation, la conciliation et le droit collaboratif) dans lesquels il peut se retrouver. Nous avons affirmé que les MARL participent au désengorgement des cours et tribunaux et invitent les parties à reprendre le contrôle de leur différend. Quant au caucus, l'égalité entre les parties demeure un facteur primordial, mais la contradiction est désormais écartée dans le but de préserver sa nature « supra-confidentielle », sauf si les parties souhaitent partager entre elles les informations recueillies en aparté.

Ainsi, cela nous a amené au deuxième chapitre à nous interroger sur la vocation des deux garanties procédurales à s'appliquer à chacune de ces trois MARL lorsque le caucus est employé, et sur la question de savoir dans quelle mesure cet outil se justifie face à ces garanties procédurales.

En **médiation**, où le contradictoire ne trouve pas à s'appliquer, le protocole établi par les parties et le médiateur peut prévoir le recours à l'aparté. Ce dernier permet notamment de résoudre des difficultés de communication, des blocages émotionnels ou un potentiel déséquilibre entre les parties, et ce par souci de respecter l'égalité des armes. Le médiateur multi-partial sera bien entendu tenu à la confidentialité renforcée et au secret professionnel, et il devra conserver son impartialité et sa neutralité. En outre, il pourra exercer un peu de pression sur les parties par le biais du caucus pour faire avancer les négociations. Par contre, il veillera à ce qu'il n'assume pas trop de pouvoir décisionnel pour que les parties restent au centre de la négociation, et il s'assurera qu'il n'y a pas de manipulation qui en ressort. Nous nous sommes également attardés sur la place du caucus tant dans la médiation familiale que dans la médiation commerciale. Nous avons pu observer que le caucus pouvait servir à analyser de près l'intérêt des enfants mineurs, à venir en aide aux victimes de violence, et à

décortiquer le « dilemme du prisonnier ». En cas d'abus du caucus, nous avons vu que des sanctions sont effectivement prévues dans le Code judiciaire.

En **conciliation**, la pratique du caucus se justifie nettement moins, notamment face au principe du contradictoire, à cause du risque que le tiers-conciliateur puisse trancher la même affaire ultérieurement en tant que juge dans l'éventualité d'un échec de conciliation. Le procès équitable barre donc en conciliation judiciaire le recours à l'aparté. Pareillement, dans la CRA du tribunal de la famille, l'aparté est toujours proscrit. Or, il est prévu que la conciliation dans cette chambre reste confidentielle et il est interdit que le même juge se prononce sur une affaire qu'il aurait déjà tentée de concilier. Enfin, grâce à la création de la CRA du TEFB initiée par Sylvie Frankignoul, le caucus trouve sa place : tous les échanges pendant ces entretiens individuels sont strictement confidentiels et le juge appelé à concilier les parties ne pourra pas statuer sur leur litige. Nous estimons que cette dernière condition est complètement indispensable afin de préserver l'impartialité du juge et de protéger les garanties procédurales en conciliation : si l'affaire continue en contentieux, il faut qu'un tiers autre que le juge-conciliateur la tranche. Suivant l'avis de Pierre Kobel, « la pratique des caucus est admissible et compatible avec les grands principes de procédure »²⁷⁷ tant que le juge n'exerce pas de pression sur les parties en vue d'une solution, que chacune des parties est assistée par un avocat et n'est pas privilégiée par rapport à l'autre.

En **droit collaboratif**, les avocats et leurs clients respectifs peuvent recourir au caucus sans nuire au procès équitable, puisque le processus est entièrement indépendant de la procédure judiciaire. En effet, les avocats collaboratifs sont soumis à une obligation de retrait du processus et de toute procédure contentieuse ultérieure en cas d'échec des négociations, ce qui permet d'ouvrir un espace de confiance et de sécurité pour les parties. De plus, le fait que chacune des deux parties soient accompagnées par un conseiller juridique comble le potentiel déséquilibre de pouvoir entre elles, ce qui s'accorde avec le principe de l'égalité des armes. Bien que tout ce qui est communiqué soit strictement confidentiel, il est loisible aux parties de rétablir le principe du contradictoire à l'égard de certaines informations. En revanche, et contrairement à la médiation, l'homologation simplifiée des accords de droit

²⁷⁷ P. KOBEL, *op. cit.*, p. 33.

collaboratif n'est pas possible. Nous pensons que cette faculté devrait leur être accordée et que la cohérence du législateur par rapport à ces deux MARL devrait être révisée.

À travers une **réflexion critique** des éléments de réponse soulevés ci-dessus, le dernier chapitre avait pour but d'évaluer l'impact concret du caucus sur le procès équitable, tant du point de vue du justiciable que du point de vue de la justice. Nous pouvons en déduire que l'impact est négligeable en ce qui concerne la médiation et le droit collaboratif, tandis qu'en conciliation l'application des garanties procédurales est moins amenuisée. Pour le justiciable, le caucus présente des avantages intéressants quant à l'économie du temps et des coûts de résolution des différends, mais la « contagion procédurale » de l'impartialité du juge et du principe du contradictoire en conciliation empêche a priori qu'une carte blanche soit offerte à ceux qui recourent à ces entretiens en aparté. Il n'en demeure pas moins que l'impact éventuel des caucus au procès équitable reste marginal, surtout que l'article 6 de la CEDH ne s'applique pas aux MARL. Il mériterait néanmoins d'encadrer davantage le recours à l'aparté au sein des divers MARL dans les textes législatifs et les codes de déontologie.

Nous pouvons retenir pour le **futur des caucus** en droit belge que l'assouplissement du principe du contradictoire pourra contribuer à la célérité et à l'économie de la procédure, notamment en conciliation, afin de privilégier une conception pragmatique et efficace des processus des MARL. Nous attendons donc avec impatience les fruits de l'avant-projet de loi visant à étendre les CRA. Il renforcera nettement le respect de l'égalité des armes et la sécurité juridique, tant pour le justiciable que pour les magistrats, pour ce qui concerne le recours au caucus en conciliation.

Bibliographie

Législation

➤ Législation internationale

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, fait à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983.

Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention de et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, *M.B.*, 9 juin 2016.

➤ Législation belge

○ Codes et lois

C. jud., art. 79, 298, 429, 444, 167, 169, 730, 731, 734, 828, 973, 977, 1253^{ter}/1, 1344^{septies}, 1344^{octies}, 1345, 1723, 1723/1, 1725, 1726, 1727/5, 1728, 1729, 1730, 1731, 1733, 1734, 1737, 1738, 1739, 1741, 1743.

C . pén., art. 458.

Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, *M.B.*, 3 avril 2001.

Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005 (deuxième éd.).

Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.*, 2 juillet 2018.

Loi du 6 novembre 2022 visant à garantir le consentement des victimes de violence préalablement à une médiation, une conciliation ou un renvoi devant une chambre de règlement amiable, *M.B.*, 21 novembre 2022.

Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 1^{er} septembre 2020 constituant une chambre de règlement amiable au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, disponible sur <https://www.tribunaux-rechtbanken.be/sites/default/files/media/orte/bruxelles/documents/reglement/ordonnance-constituant-une-chambre-de-reglement-amiable.pdf>.

- Documents parlementaires

Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, développements/commentaire des articles, *Doc.*, Sén., 2004-2005, n° 3-903/1.

Proposition de loi modifiant l'article 1734 du Code judiciaire, visant à exclure la médiation obligatoire en cas de violences intrafamiliales, *Doc.*, Sén., 2020-2021, n° 55-1742/001.

Jurisprudence

- Jurisprudence belge

Cass. 21 février 1979, *Pas.*, 1979, p. 750.

Cass. (1^{re} ch.), 29 septembre 2011, RG C.10.0349.N, Macroton Process Technologies GmbH / KBC Bank nv e.a., disponible sur jura.kluwer-be.

- Jurisprudence de la C.E.D.H.

Cour eur. D.H., arrêt *Borgers c. Belgique*, 30 octobre 1991.

Cour eur. D.H., arrêt *Nideröst-Huber c. Suisse*, 18 février 1997.

Cour eur. D.H., arrêt *Kuopila c. Finland*, 27 avril 2000.

Cour eur. D.H., arrêt *Clinique des Acacias et autres c. France*, 13 octobre 2005.

Cour eur. D.H., arrêt *Ben Naceur c. France*, 29 novembre 2005.

Cour eur. D.H., arrêt *Verdu Verdu c. Espagne*, 15 février 2007.

Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009.

Doctrine

BOUDART, A.-M., COONEN, S., DEGRAVE, S. et VAN DE PUTTE, F., « Le dispositif de la médiation », X, *Familles : union et désunion. Commentaire pratique*, Liège, Kluwer, 2022, p. 69 à 100.

BOREUX, P., « Tant vaut le médiateur, tant vaut la médiation » : la formation des médiateurs agréés, *R.D.J.P.*, 2021, liv. 4, p. 150 à 158.

BOUDART, A.-M. et BLITZ, M., « Le droit collaboratif a fait son entrée dans le Code judiciaire. Aperçu de ce mode alternatif et des critères de choix par rapport aux autres Marc's », *J.T.*, 2019/11, n° 6765, p. 209 à 222.

BOUDART, A.-M. et VANDER STOCK, C., « L'approche du conflit par le droit collaboratif », *Le conflit : quelles approches ?*, A. Dejollier, J.-F. van Drooghenbroek, C. Delforge (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 195 à 219.

BRAT, S., « Entrée en vigueur de la loi visant à garantir le consentement des victimes de violence préalablement à une médiation, une conciliation ou un renvoi devant une chambre de règlement à l'amiable », disponible sur <https://www.jurisquare.be/language/journal/forfam/8800-2023-2/entree-en-vigueur-de-la-loi-visant-a-garantir-le-consentement-des-victimes-de-violence-prealablement/index.html>, 2023.

BRIDOUX, A., « Titre VIII - La confidentialité », *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire et le Code de déontologie des médiateurs*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 203 à 214.

CEOLA, F., « Deuxième partie - La praticabilité de la médiation commerciale vue par un avocat », *Une autre justice possible ?*, T. Marchandise (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 189 à 209.

CHEVALIER, D., « La conciliation préalable de droit commun : un « Marc » à part entière ? », *J.T.*, 2019/11, n° 6765, p. 222 à 225.

CLOSSET-MARCHAL, G., *Les principes directeurs du droit judiciaire privé*, Brugge, la Charte, 2023, p. 147 à 188.

DEJOLLIER, A., « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : une initiative prétorienne pleine de promesses », *J.T.*, 2021/32, n° 6870, p. 649 à 660.

DEJOLLIER, A., « Vers une « favor med-arbitrandum » en droit belge de la famille ? », *R.T.D.F.*, 2017/3, p. 465 à 488.

DELFORGE, C. et UYTENDAELE, N., « 2. - La gestion du temps dans la médiation et le droit collaboratif – Temps, durée, interaction et relation », *Le temps des MARCs*, M. Berlingin (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 53 à 85.

DHAEYER, P. et FRANKIGNOUL, S., « Création d'une chambre de règlement amiable au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles », disponible sur <https://www.barreaubruelles.be/component/k2/item/1044-creation-d-une-chambre-de-reglement-amiable-au-tribunal-de-l-entreprise-francophone-de-bruxelles>, 5 novembre 2020.

DINTILHAC, J.-P., « L'égalité des armes dans les enceintes judiciaires », disponible sur https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2003.pdf, p. 129 à 150.

DUINSLAEGER, P., « Le droit à l'égalité des armes », *J.T.*, 2015/26, n° 6612, p. 561 à 570.

D'URSEL, D., « Laisser dire », *L'école des parents*, 2013/4, n° 603, p. 29 à 31.

ENGERISSER, B., DE WILDE D'ESTMAEL, G., DE MIDDELEER, J.-P., LAGNEAUX, T., MOENS, P., JACOBS, M., « L'avocat-conseil en médiation », *Le pli jur.*, 2019, n° 49, p. 50 à 56.

EVARD, S., *De justice à justesse : être avocat autrement. Comment allier droit et développement personnel*, Limal, Anthemis, 2023.

FRIEDMAN, G. et HIMMELSTEIN, J., « Chapitre 9 - Amour, décès et argent : « To Caucus Or Not to Caucus... », *Défier le conflit*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 205 à 232.

GARCIA PENAFIEL, M. et PONCELET, M., « Quelques propositions sur les vertus et limites de la parole dans la pratique de la médiation », *R.I.E.J.*, 2020/1, p. 81 à 107.

GONCALVES, M., « Médiation familiale et violences conjugales », *Tiers*, 2016/2, n° 17, p. 91 à 106 (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-tiers-2016-2-page-91.htm>, 30 juin 2022).

HENRION, L.-M., « Première partie - Vue par un magistrat du tribunal de commerce », *Une autre justice possible ?*, T. Marchandise (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 167 à 188.

HENRY, F., « Titre 4 - Impartialité et procédures particulières », *Les procédures de récusation et de dessaisissement*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 113 à 142.

HODY, E., « Les règlements amiables des litiges, ou le paradigme perdu ? », *Les alternatives au(x) procès classique(s)*, C. Devillers (coord.), M. Marinx (coord.), A. Buonatesta, C. Menier, E. Hody, N. Colette-Bassecqz, N. Uyttendaele, P.-P. Renson, S. Gilson, Limal, Anthemis, 2021, p. 37 à 54.

INGHELS, B., « Le juge et la conciliation : au cœur du conflit ? », *Le conflit : quelles approches ?*, A. Dejollier, J.-F. van Drooghenbroek, C. Delforge (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 123 à 148.

INGHELS, B., « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *J.T.*, 2021/7, n° 6845, p. 128 à 133.

INGHELIS, B. et DEJOLLIER A., « Modes de règlement amiable et protection des victimes d'actes de violence, menaces ou pressions », *J.T.*, 2023/15, n° 6937, p. 245 à 248.

ISRAEL, L., « To caucus or not to caucus – that is the question », disponible sur <https://ivkdlaw.com/the-firm/our-articles/mediation-and-collaborative-divorce/to-caucus-or-not-to-caucus-that-is-the-question/>, 2010.

KOBEL, P., « Les tribunaux civils peuvent-ils avoir recours à des caucus ? », *Jusletter*, 5 novembre 2018.

KRENC, F. et VAN DROOGHENBROECK, S., « Charte du 12 décembre 2007 des droits fondamentaux de l'Union européenne (Extrait: art. 47) », *Droit judiciaire européen et international*, A. Berthe, A. Ernoux, V. Grella, E. Guinchard, F. Krenc, E. Leroy, L. Maistriau, J. Vanderschuren, S. Van Drooghenbroeck, P. Wautelet, J.-F. Van Drooghenbroeck (coord.) et P. Moreau (dir.), Brugge, la Charte, 2021, p. 1031 à 1048.

LAFARQUE, V., « Le droit collaboratif souffle sa première bougie », *BSJ*, 2019, n° 640, p. 16.

LANCKSWEERDT, E., « Hoofdstuk 5 - Bemiddeling », *Conflictafhandeling buiten de rechtbank*, W. Meuwissen, E. Jacobs, S. Ossieur, E. Lanckswaerd, L. Demeyere, S. Rutten, T. De Beir (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 243 à 286.

LE BRUN, C. et VINK, E., « Ni avocat, ni notaire... Mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centres de planning familial », *Div. act.*, 2005, liv. 5, p. 65 à 80.

MIRIMANOFF, J.-A. (dir.), BECKER, M., OUDIN, FR., SCHUMACHER, A.-S., SMETS-GARY, C., *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Bruylant, 2019.

NIHOUL, P., « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr.*, 2011, vol. 71, n° 3, p. 201 à 264.

OTIS, L., « Chapitre 2 - Le médiateur et les dilemmes éthiques : proposition d'un cadre de réflexion », *Manuel interdisciplinaire des modes amiables de résolution des conflits*, P. Cecchi Dimeglio et B. Brenneur (dir.), 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 119 à 139.

OVERMAN, M.-A., « Mediation, caucus en het strategisch evenwicht tussen partijen », *TMD*, 2010/2, p. 29 à 34.

PETIT, B., « Passerelle entre conciliation et procédure judiciaire », *Ius & actores*, 2008/1, p. 87 à 132.

PEKAR LEMPEREUR, A., « Faciliter une solution négociée aux conflits », *Revue française de gestion*, 2011/1, n° 210, p. 51 à 66 (disponible sur <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-gestion-2011-1-page-51.htm>, 14 mars 2011).

POITRAS, J., « The Strategic Use of Caucus to Facilitate Parties' Trust in Mediators », disponible sur https://www.researchgate.net/publication/24992504_The_Strategic_Use_of_Caucus_to_Facilitate_Parties%27_Trust_in_Mediators, février 2013.

RENSON, P.-P., « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *Modes alternatifs de règlement des conflits*, Limal, Anthemis, 2017, p. 7 à 74.

RUBI-CAVAGNA, É., « Droits de l'homme – CEDH », disponible sur <https://www-cairn-info.proxy.bib.uclouvain.be:2443/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2022-2-page-439.htm>, 20 juillet 2022.

SENAEVE, P., « Bemiddeling, verzoeningspoging en minnelijke schikking tussen dader en slachtoffer van geweld. Commentaar bij de wet van 6 november 2022 », *T. Fam.*, 2023/1, p. 4 à 11.

SMETS-GARY, C. et BECKER, M., *Médiation et techniques de négociation intégrative : approche pratique en matière civile, commerciale et sociale*, 1^{ère} éd., Bruxelles, Larcier, 2011.

VAN DROOGHENBROECK, J.-F., « Faire l'économie de la contradiction ? », *R.C.J.B.*, 2013, vol. 67, n° 2, p. 203 à 248.

VAN LEYNSEELE, P., « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim.*, 2014/1, p. 101 à 132.

VAN LEYNSEELE, P., « La « Med-arb » et ses dérivés : plaider pour un mode de résolution des conflits efficace », *Liber amicorum Georges-Albert Dal*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 833 à 864.

VAN LEYNSEELE, P., « Le nouveau code belge de déontologie des médiateurs agréés : critique de ce qu'il ne faut pas faire », *J.T.*, 2021/15, n° 6853, p. 273 à 278.

VERBRUGGEN, C. et DAL, M., « Du nouveau en matière de conciliation, médiation et droit collaboratif : la loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges », *b-Arbitra*, 2018/2, p. 301 à 326.

Divers

Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif, Avocats.be, disponible sur <https://www.alterys.be/images/pdf/Charte%20de%20droit%20collaboratif%20OBFG.pdf>.

Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil), Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2022, disponible sur https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/guide_art_6_fra.

European Code of Conduct for Mediators, 2004, disponible sur <https://www.bafm-mediation.de/internationales/english-information/european-code-of-conduct-for-mediators/>.

Décision relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé du 18 octobre 2007, disponible sur https://www.cfm-fbc.be/sites/default/files/content/explorer/Legislation_Belge/Decisions_commission/Code_de_bonne_conduite.pdf.

Cour eur. D.H., arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009, note d'information sur la jurisprudence de la Cour n° 123, disponible sur <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjUkoaB68KAAXMNuwKHc2QAY0QFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fdocx%2Fpdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D002-1277%26filename%3DCEDH.pdf&usg=AOvVaw34hXfwnG-FEAdjQi6ijN24&opi=89978449>.

Code de déontologie de l'avocat, rendu obligatoire par le Règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013.

Code de déontologie des médiateurs agréés du 16 décembre 2020, *M.B.*, 29 avril 2021.

Conseil supérieur de la Justice, *Avis relatif à l'avant-projet de loi visant à étendre les chambres de règlement à l'amiable*, approuvé lors de l'assemblée générale du 14 juin 2023, disponible sur <https://csj.be/fr/publications/2023/avis-sur-lavant-projet-de-loi-portant-sur-lextension-des-chambres-de-reglement-a-lamiable>.

GAGNON, J. H., « Processus de médiation », disponible sur <https://www.usherbrooke.ca/clinique-mediation/la-mediation/processus-de-mediation>, 2007.

Table des matières

Remerciements	3
Introduction	4
Chapitre 1. Définition des notions	5
Section 1. Les principes généraux du droit	5
Sous-section 1. L'égalité des armes	6
Sous-section 2. Le principe du contradictoire	8
Section 2. Le caucus et les MARL	9
Sous-section 1. Qu'est-ce qu'un caucus ?	9
Sous-section 2. Un exposé des MARL	11
§1 – Médiation	12
1° Les principes généraux	12
2° La médiation extrajudiciaire	13
3° La médiation judiciaire	14
§2 – Conciliation	15
§3 – Droit collaboratif	17
Sous-section 3. Le déroulement du caucus en pratique	19
Chapitre 2. Le caucus à l'aune des principes de l'égalité des armes et du contradictoire	20
Section 1. Le caucus en médiation	20
Sous-section 1. Législation	20
Sous-section 2. Le caucus en pratique dans la médiation	22
§1 – La confidentialité « renforcée » et le secret professionnel	24
§2 – La multi-partialité du médiateur	25
§3 – Quelle pression stratégique dans le caucus ?	26
§4 – Les caveats du caucus	27
Sous-section 3. Médiation familiale	28
§1 – L'intérêt des enfants mineurs	29
§2 – La loi du 6 novembre 2022 : le consentement des victimes de violence	30
Sous-section 4. Médiation commerciale : le dilemme du prisonnier	33
Sous-section 5. Quid des sanctions du caucus pratiqué en médiation ?	35
Section 2. Le caucus dans la conciliation	37
Sous-section 1. Législation	37
Sous-section 2. Comment concilier le caucus et la conciliation ?	39
§1 – La conciliation judiciaire de droit commun	40
1° La suspicion légitime des parties en dépit de l'impartialité et l'indépendance du juge	41
2° La suppression du contradictoire en aparté	42
3° Quelle confiance en conciliation ?	44
§2 – La chambre de règlement à l'amiable du tribunal de la famille	44
§3 – La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles	46
Section 3. Le caucus en droit collaboratif	48
Sous-section 1. Législation	48
Sous-section 2. Feu vert au caucus ?	49

Chapitre 3. Une réflexion critique	52
Section 1. L'évaluation de l'impact concret du caucus sur le procès équitable	52
Sous-section 1. Du point de vue du justiciable	52
Sous-section 2. Du point de vue de la justice	55
Section 2. Les perspectives du caucus	57
Sous-section 1. Comment mieux protéger les garanties procédurales des caucus ?	57
Sous-section 2. Quelques pistes pour le futur des apartés	58
Conclusion	62
Bibliographie	65
Table des matières	74