

Faculté de droit et de criminologie

La confidentialité dans les modes alternatifs de règlement des conflits : un incontournable ?

Focus sur la médiation, la conciliation et le droit collaboratif

Auteur : Louise LAMBOT

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

Je tiens à exprimer mes plus sincères remerciements à mon promoteur Jean-François van Drooghenbroeck pour sa disponibilité et son écoute sans faille car sans lui, ce mémoire n'aurait sans conteste jamais vu le jour.

Je tiens également à remercier toutes les personnes m'ayant octroyé de leur temps afin d'échanger sur le sujet, d'enrichir mes connaissances et d'élargir mon point de vue. Un tout grand merci à mesdames Bee Marique, Alice Dejollier et Anne-Marie Boudart. Recueillir et confronter leurs différents points de vue a été d'une extrême richesse.

Par la même occasion, je souhaite remercier chaleureusement mon entourage pour leur soutien, non seulement durant la rédaction de ce mémoire, mais également durant l'entièreté de mes études.

Une page se tourne.

Table des matières

Remerciements	3
Introduction.....	6
Titre 1 : Raison d'être de la confidentialité au cœur des MARC.....	8
Chapitre 1 : La confidentialité : l'ingrédient miracle pour un bon MARC ?.....	8
Section 1 : De confidentialité à confiance et sécurité.....	8
Section 2 : La confidentialité au regard d'autres valeurs fondamentales	11
Chapitre 2 : Effets de la confidentialité	13
Section 1 : Sur les parties	13
Section 2 : Sur le praticien.....	14
Chapitre 3 : Confidentialité versus secret professionnel	14
Titre 2 : La confidentialité en questions	17
Chapitre 1 : Où la confidentialité puise t'elle ses sources ?	17
Section 1 : Sources légales	17
§1 : L'article 1728 du Code judiciaire : application analogique à la médiation et au droit collaboratif..	17
§2 : Absence de confidentialité au sein du processus de conciliation ?.....	18
Section 2 : Les écrits	18
§1 : Les protocoles	18
§2 : La charte d'adhésion au droit collaboratif.....	19
§3 : Les règlements	19
Section 3 : Les règles déontologiques	20
Section 4 : Quid au niveau européen ?.....	21
Chapitre 2 : Quelles sont les modalités s'attachant à la confidentialité ?	21
Section 1 : La médiation	21
§1 : À qui la confidentialité s'impose-t-elle ?	23
§2 : Sur quoi porte-t-elle ?.....	25
§3 : La confidentialité est-elle d'ordre public ?.....	28
§4 : Quid des éventuels abus de confidentialité ?.....	29
Section 2 : Le droit collaboratif	30
§1 : À qui la confidentialité s'impose-t-elle ?	31
§2 : Sur quoi porte-t-elle ?	31
§3 : La confidentialité est-elle d'ordre public ?	35
§4 : Quid des éventuels abus de confidentialité ?.....	35
Section 3 : La conciliation judiciaire de droit commun.....	35

§1 : Absence totale de confidentialité ?	36
§2 : Le troisième avant-projet de loi « visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme » : un rêve devenu (presque) réalité ?	39
Chapitre 3 : La confidentialité connaît-elle des dérogations ?	46
Chapitre 4 : Quelles sont les sanctions applicables ?	48
Chapitre 5 : Vaut-il mieux recourir ou renoncer à la pratique des caucus ?	50
Section 1 : Le caucus, qu'est-ce réellement ? Origine et concept	50
Section 2 : L'exercice des caucus lors de la médiation, de la conciliation et du droit collaboratif : pour ou contre ?	51
§1 : Avantages	54
§2 : Inconvénients	55
Section 3 : Quelle place pour la confidentialité dans ces caucus ?	57
Conclusion partielle	59
Chapitre 6 : Parenthèse sur la tierce décision obligatoire : un nouveau MARC confidentiel ?	59
Section 1 : La « TDO » : mais qu'est-ce que c'est ?	59
Section 2 : Comparaison avec les autres MARC analysés	62
Conclusion	64
Bibliographie.....	66
Législation	66
Jurisprudence	67
Doctrine	67
Annexe : Entretien avec Madame Anne-Marie Boudart.....	73

Introduction

Bien qu'appriivoisés depuis de nombreuses années maintenant, les modes alternatifs de règlement des conflits sont plus que jamais d'actualité et ne cessent de nous révéler leurs bienfaits. Imaginés comme remède à la surcharge, aux coûts et la lenteur des procès, ils semblent remplir leur mission avec brio. Bien qu'auparavant plus discrets, la loi du 18 juin 2018¹ n'a pas hésité à les mettre au-devant de la scène en faisant des MARC la priorité et du recours aux cours et tribunaux le « filet de sécurité » applicable lorsqu'aucune solution amiable ne peut être trouvée. Nous vivons une ère de changement de paradigme, une ère où nous croyons à la « *plus-value d'une solution négociée plutôt qu'imposée* »². Les parties sont dorénavant maîtres de leur conflit et de la façon de le gérer, elles œuvrent avec l'autre et non plus contre l'autre afin d'aboutir à une solution leur convenant chacune : telle est la beauté des modes alternatifs à la justice judiciaire où règne empathie, écoute et respect mutuel.

Venant bouleverser les mœurs établies de longue date et rompant avec la procédure traditionnelle du monde judiciaire, il va sans dire que cette loi n'a pas plu à tout le monde et a effrayé les fans invétérés de l'article 6 de la CEDH garantissant qu'un jugement équitable et public soit rendu dans un délai raisonnable par un juge indépendant et impartial. Précisons à cet égard qu'un recours devant les juridictions est toujours possible, bien qu'il soit devenu le « plan b », et que par conséquent, les MARC n'ont pas pour objet de priver le justiciable ou encore de contrevenir aux garanties offertes par ledit article 6. En missionnant clairement les acteurs de la justice de participer et de jouer un rôle central dans la promotion des modes alternatifs, la fameuse loi de 2018 tend donc à renverser les mentalités et les façons d'appréhender et de solutionner le conflit³. Nous applaudissons des deux mains cette initiative risquée mais courageuse du législateur qui permet aux MARC de prendre toujours plus d'ampleur et nous ne vous cacherons pas que ce développement croissant est loin de nous déplaire.

Vous devez certainement vous dire : « encore un mémoire sur les MARC » et on ne peut pas vous l'enlever, il est vrai que ces derniers attisent la curiosité de nombreux d'entre nous depuis

¹ 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.

² Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°54-2919/001, p. 55.

³ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *J.T.*, 2018, n°39, p. 879.

leur apparition et que ce ne sont pas les écrits à ce sujet qui manquent. Nous vous promettons cependant d'être assez exclusifs, en traitant d'une parcelle de ces modes souvent balayée et dont on ne mesure pas (toujours) l'importance. Pourtant indispensable à nos yeux, la confidentialité fait souvent l'objet de développements assez brefs et succincts se contentant de retranscrire ce que la loi dit à ce sujet. La présente analyse tente alors de la faire connaître davantage en s'attardant sur son rôle central et en essayant de rendre compte de sa posture de véritable pilier au sein des MARC.

Afin de mener à bien notre mission et étant malheureusement dans l'impossibilité de nous intéresser à tous les modes alternatifs, nous avons concentré nos recherches sur la médiation, la conciliation judiciaire et le droit collaboratif. Ce mémoire se divise en deux titres et, alors que le premier se veut général en traitant de la confidentialité en tant que telle, en tant que raison d'être des modes alternatifs, le second est quant à lui spécifiquement axé sur les modalités de la confidentialité applicable à chaque mode analysé. Le premier titre vise à souligner l'importance de la confidentialité en détaillant ses apports tout en la confrontant à d'autres valeurs elles-mêmes tout aussi cruciales. Le second titre vise à étudier tour à tour la confidentialité au cœur de la médiation et du droit collaboratif en se demandant non seulement à qui elle s'impose et sur quoi elle porte mais également si elle est d'ordre public. Une section sera par ailleurs consacrée à la question plus sensible des abus de confidentialité.

La conciliation fera quant à elle l'objet d'une section quelque peu différente puisque, nous vous le révélons d'ores et déjà, celle-ci n'est pas confidentielle. Malgré son caractère public, ce MARC est tout aussi passionnant et mérite que l'on s'attarde davantage aux éventuelles raisons empêchant sa confidentialité ainsi qu'à l'émergence des chambres de règlement amiable qui permettent sans nul doute de venir contrebalancer les inconvénients inhérents à la publicité de la conciliation.

En outre, un chapitre sera consacré à la pratique des caucus qui est loin de faire l'unanimité. Nous tenterons d'en dresser les principaux avantages et inconvénients et bien évidemment d'étudier la place de la confidentialité au sein de ces apartés.

Notre intérêt et soif grandissante d'apprentissage sur les MARC nous a par ailleurs conduits à nous intéresser également à la tierce décision obligatoire, cette dernière commençant à se faire connaître mais n'étant certainement, à l'heure actuelle, qu'à ses prémices.

Titre 1 : Raison d'être de la confidentialité au cœur des MARC

Chapitre 1 : La confidentialité : l'ingrédient miracle pour un bon MARC ?

Section 1 : De confidentialité à confiance et sécurité

Affirmer que la confidentialité est le véritable ADN de la médiation ou encore du droit collaboratif est une chose mais se demander pourquoi il en est ainsi en est une autre. Vous-êtes-vous déjà demandé ce que serait les modes alternatifs sans la confidentialité ? Sans cet espace sécurisé permettant aux parties de se délivrer de leur ressenti sans crainte ? Pas la peine d'y penser. La confidentialité est la clé de voûte de plusieurs MARC et leur succès n'aurait tout simplement jamais été celui qu'il est aujourd'hui si on les avait imaginés autrement qu'en étant confidentiels. Dans cette section, nous nous concentrons sur la médiation et le droit collaboratif, la conciliation judiciaire de droit commun n'ayant encore jamais eu l'honneur de se voir conférer une quelconque confidentialité par le législateur.

La confidentialité ouvre la porte à la liberté, à la sérénité mais encore à la confiance des parties, celles-ci pouvant se confier sans craindre que les informations ou documents dont elles ont fait part ne soient utilisés contre elles en cas d'échec du processus et par conséquent lors de leur éventuel retour devant les tribunaux.

Lors des séances de médiation ou de droit collaboratif, les parties peuvent être particulièrement réticentes à s'exprimer et à se dévoiler face à la personne avec qui elles partagent le conflit, leur relation pouvant être empreinte de méfiance et de rancœurs. Dans un tel cas, la confidentialité peut permettre bien plus que de renouer le dialogue entre les parties, elle peut aller jusqu'à s'apparenter à une condition préalable à toute discussion⁴.

La menace de divulgation d'informations ou de documents est omniprésente dans ces deux MARC. En ce qui concerne les relations entre un avocat et son client, les divulgations ne proviennent logiquement pas de l'un ou l'autre étant donné qu'il n'est pas dans leur intérêt que

⁴ Ellen E. DEASON, "The quest for uniformity in mediation confidentiality: foolish consistency or crucial predictability?", *Marquette Law Review*, 2001, p. 82.

certaines informations fuitent⁵. En revanche, lors d'une médiation, la partie adverse est une source majeure de divulgation potentielle car il est dans son intérêt de posséder certaines informations mettant à mal l'autre partie dans le cas où un procès devrait tout de même avoir lieu⁶. Dans l'hypothèse d'un échec du processus, sans garantie de confidentialité, beaucoup de ce qui aurait été dit lors des séances pour parvenir à un accord amiable pourrait se transformer en arme visant à mettre KO la partie adverse⁷.

Outre la méfiance envers la partie adverse, les parties s'essayant au processus qu'est la médiation peuvent être méfiantes à l'égard du médiateur lui-même. Il s'agit en fin de compte d'un inconnu ayant à s'immiscer dans leur intimité et à connaître leur différend et celui-ci peut revêtir des dimensions assez complexes et sensibles dont elles n'ont, de prime abord, pas envie de partager. La confidentialité permet alors de sécuriser l'espace dans lequel les parties sont amenées à se dévoiler dans la recherche d'une solution amiable. Elle leur permet de se confier librement et sereinement sans que pèse sur leurs épaules la crainte que leur démarche de trouver un terrain d'entente ne se retourne contre elles.

L'espace sécurisé par la confidentialité permet alors aux parties de « briser la glace » librement et plus facilement, de prendre part aux discussions de manière active et sincère et d'augmenter la probabilité de trouver un accord leur convenant chacune.

En étant confidentiels, la médiation et le droit collaboratif rompent avec le caractère public de la procédure judiciaire classique. Cette publicité des débats empêche dans certaines situations les parties de se dévoiler et peut bloquer l'échange de diverses informations pourtant indispensables à la résolution du différend liant les parties concernées. Dans un procès classique, chaque partie et son conseil partagent un cercle de confidentialité dont la partie adverse est forcément exclue⁸. Elles détiennent chacune un nombre important d'informations concernant le litige mais refusent d'en faire part, craignant qu'elles ne soient retournées ou interprétées à leur détriment. Face à un juge, tous les mots sont choisis avec soin, guidés par l'unique crainte d'être stigmatisé comme le coupable du conflit. Les tribunaux font parfois

⁵ Ellen E. DEASON, *ibidem*, p. 81.

⁶ Ellen E. DEASON, *ibidem*, p. 81.

⁷ Ellen E. DEASON, *ibidem.*, p. 81.

⁸ L. IZAC, « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », *Pour un droit du règlement amiable des différends : des défis à relever pour une justice de qualité*, L. Casaux-Labrunée et J.-F. Roberge (dir.), Paris, LGDJ, 2018, p. 283.

ressortir des mensonges de peur d'affronter les conséquences de la vérité. Hormis lors de la mise en place de caucus, le cercle de confidentialité est désormais élargi car il englobe le médiateur ou les avocats et les parties ensemble⁹, laissant ces dernières libres de débattre sur tout ce qu'elles souhaitent, même les choses les plus intimes.

En outre, la procédure judiciaire peut se focaliser sur certains aspects du litige alors que le cœur du problème est tout autre. Trois auteurs ont brillamment illustré cela par une situation qu'ils qualifient de « *harcèlement présumé* »¹⁰. Dans cette hypothèse, le conflit oppose un travailleur et son employeur qui se montre parfois difficile à vivre (tâches peu gratifiantes, menaces de licenciement...). L'employeur en question peut avoir diverses raisons d'agir de cette manière : gestion efficace du personnel, volonté de performance élevée... Mais l'employé, devant les tribunaux, alors qu'il pourrait lui-aussi expliquer sa déception face à la situation par plusieurs raisons, se focalise uniquement sur l'aspect harcèlement et occulte le reste. Les auteurs expliquent alors que la confidentialité permet justement, à travers les échanges plus ou moins longs des parties, d'élargir la vision du conflit et de ne pas isoler ses tenants et aboutissants. Parce que les parties osent se livrer, la médiation et le droit collaboratif permettent de révéler l'identité de chacune d'elles et de se concentrer non pas sur un aspect mais sur l'ensemble de la réalité des parties impliquées¹¹.

En instaurant un espace protégé formant comme une « bulle » entre les parties, ces dernières sont plus enclines à initier le dialogue. Dans un tel climat, elles sont plus facilement portées par l'envie de se dire la vérité et de se détacher du poids de leur conflit pouvant être lourd à porter. Le médiateur et les avocats collaboratifs leur offrent quant à eux une présence rassurante permettant à l'une de se lancer et d'amorcer un flux d'échanges constructifs, l'autre partie continuant sur cette voie à son tour. Voilà en réalité ce que permet la confidentialité. Elle offre aux parties la possibilité de se dire la vérité de manière sincère et spontanée, sans craindre les conséquences, sans devoir calculer leurs mots ou encore élaborer une stratégie visant à obtenir personnellement gain de cause.

⁹ L. IZAC, *ibidem.*, p. 284.

¹⁰ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *Méthode de Médiation : au cœur de la conciliation*, Paris, Dunod, 2018, p. 71.

¹¹ A. PEKAR LEMPEREUR, J. SALZER et A. COLSON, *ibidem.*, p. 71.

Précisons toutefois que la confidentialité doit non seulement exister mais les parties doivent croire en sa réalité¹², sans quoi elle ne serait qu'une règle illusoire mise en place pour séduire à première vue les parties.

Section 2 : La confidentialité au regard d'autres valeurs fondamentales

Nous commettrions cependant une grave erreur en considérant que seule la confidentialité permet le fonctionnement optimal des modes alternatifs. En réalité, bien d'autres valeurs rentrent en jeu et sont en corrélation avec la confidentialité.

Le médiateur, dans sa gestion du conflit, doit lui-même remplir certaines qualités et endosser certains rôles : il se doit d'être indépendant, impartial et neutre. Ces valeurs se retrouvent d'ailleurs consacrées dans la définition légale de la médiation apportée par la loi du 18 juin 2018¹³ ainsi que dans le Code de déontologie des médiateurs agréés¹⁴.

Son indépendance suppose qu'il ne se laisse influencer par aucune de ses appartenances ou de ses intérêts ainsi que par aucune des parties¹⁵. L'impartialité, parfois rebaptisée « multi partialité » par les auteurs, lui demande quant à elle de ne prendre aucun parti et d'être égal dans la prise en compte de l'intérêt de chacune des parties¹⁶. La neutralité, ayant davantage attiré à la posture même du médiateur, lui impose de s'abstenir de conseiller les parties ou de les mener vers l'une ou l'autre solution¹⁷.

Le Code de déontologie des médiateurs agréés rappelle d'ailleurs que le médiateur ne peut prendre la place d'un conseiller, d'un juge, d'un arbitre ou encore d'un thérapeute¹⁸. Même si l'indépendance et l'impartialité ne font planer aucun doute quant à leur signification, il en est différemment pour l'exigence de neutralité dont certains se réjouissent qu'elle prenne enfin

¹² P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *J.T.*, 1999, n°13, p. 255.

¹³ C. jud., art. 1723/1.

¹⁴ C. de déontologie des médiateurs agréés, art. 8.

¹⁵ C. SMETS-GARY et J. DE LATHOUWER, « Conflit et médiation », *Le conflit : quelles approches ?*, A. Dejjollier, C. Delforge et J.-F. van Drooghenbroeck (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 181.

¹⁶ C. DELFORGE, « Chapitre 1 - La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? », *La médiation autrement*, B. Inghels (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 45.

¹⁷ C. DELFORGE, *ibidem*, p. 45.

¹⁸ C. de déontologie des médiateurs agréés, art. 10, §2.

place au sein de la définition de la médiation¹⁹ alors que d'autres regrettent sa présence, considérée comme illusoire et trop exigeante à l'égard du médiateur²⁰.

L'impartialité a elle-même pour corollaire l'égalité des armes car c'est précisément parce que le médiateur est impartial qu'il est de son devoir de veiller à ce que les parties soient traitées de manière égale et cette égalité est une garantie de la loyauté de la procédure²¹.

La médiation offre donc aux parties non seulement des garanties du procès équitable inscrites à l'article 6 de la CEDH²² mais également des garanties spécifiques aux modes alternatifs dont la confidentialité fait partie²³. Précisons toutefois que malgré la présence des garanties ressortant de l'article 6 de la CEDH et profitant aux parties, l'impartialité du médiateur ne trouve pas en tant que tel sa source dans cet article, compte tenu de son incapacité à trancher les litiges dont il est amené à connaître²⁴.

La médiation pourrait être aussi confidentielle qu'elle ne le peut, le processus serait sans aucun doute voué à l'échec si le médiateur se montrait plus empathique et plus à l'écoute envers une partie que l'autre. Par conséquent, la confidentialité ne se conçoit et ne participe au bon fonctionnement des modes alternatifs que dans la mesure où ceux-ci respectent également les autres valeurs fondamentales qui lui sont inhérentes.

En ce qui concerne le droit collaboratif, il se distingue de la médiation à plusieurs égards car l'état d'esprit et la position des intervenants sont tout autre. Le médiateur se doit d'être neutre et impartial principalement parce qu'il est une sorte de guide présent pour les parties lors de la recherche de la solution à leur litige mais il ne peut en aucun cas prendre part pour l'une ou l'autre. Il s'agit en réalité d'une relation triangulaire dans laquelle la présence des conseils n'est

¹⁹ P.-P. RENSON, « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *Les alternatives au(x) procès classique(s)*, C. Devillers et M. Marinx (dir.), Limal, Anthemis, 2021, p. 22.

²⁰ P. VAN LEYNSEELE, « Le nouveau code belge de déontologie des médiateurs agréés : critique de ce qu'il ne faut pas faire », *J.T.*, 2021, n°15, p. 276.

²¹ L. CADIET et T. CLAY, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 1^{er} éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 121.

²² 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.

²³ L. CADIET et T. CLAY, *op. cit.*, p. 122.

²⁴ P.-P. RENSON, « La médiation et les conflits de voisinage », *Les troubles de voisinage. Quatre points de vue*, I. de la Serna *et al.* (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 137.

pas obligatoire²⁵. A contrario, les conseils sont les garants du processus de droit collaboratif. En effet, ce dernier est conçu comme permettant aux parties d'être soutenues par leurs conseils respectifs durant le processus ce qui suppose que les avocats soient davantage impliqués, donnent des avis et des conseils juridiques et une telle posture n'est forcément pas compatible avec les garanties d'impartialité ou encore de neutralité²⁶. Alors que le médiateur se met « au milieu », les avocats en droit collaboratif se mettent « aux côtés »²⁷. Ils œuvrent évidemment ensemble pour parvenir à une solution amiable dans le respect des priorités et des besoins de chacune des parties²⁸ mais chaque avocat reste le conseil de son client et agit avant tout dans son intérêt²⁹. Il n'empêche que l'avocat collaboratif « *intervient dans une totale indépendance* »³⁰.

Chapitre 2 : Effets de la confidentialité

Section 1 : Sur les parties

Il est indéniable que le caractère confidentiel de certains modes alternatifs a un effet sur les parties et sur leur manière de participer à la recherche d'une solution. Comme dit précédemment, la relation entre les parties concernées peut être plus ou moins entachée et leur conflit plus ou moins profond. La confidentialité peut permettre dans un premier temps de rétablir le dialogue mais également de restaurer un espace de confiance et cet espace est indispensable à la réussite d'une médiation ou du droit collaboratif. La confiance peut prendre du temps à se créer et peut, par l'utilisation d'un seul mot ou des révélations jusqu'alors inconnues, disparaître en un instant pour les plus rancuniers. Anne-Marie Boudart explique que la confiance comprend deux leviers car elle se crée non seulement dans la mise en place d'un cadre sécurisé, permis notamment grâce à la confidentialité, et dans la mise en place d'un climat relationnel avec les parties³¹. En bref, la confidentialité permet liberté, sécurité, sérénité et confiance.

²⁵ M. BLITZ et A. -M. BOUDART, « 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, n°11, p. 214.

²⁶ A. -M. BOUDART, « Le droit collaboratif souffle ses neuf bougies en Belgique. Mode d'emploi, bilan et perspectives », *Le pli jur.*, 2016, n°38, p. 27.

²⁷ A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « L'approche du conflit par le droit collaboratif », *Le conflit : quelles approches ?*, A. Dejollier, C. Delforge et J.-F. van Drooghenbroeck (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 208.

²⁸ A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, *ibidem*, p. 199.

²⁹ Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif, art. 4, alinéa 4.

³⁰ Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif, art. 4, aliéna 5.

³¹ A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 244.

Section 2 : Sur le praticien

D'une part, la confidentialité du processus permettant d'instaurer un climat de confiance dans lequel les parties se sentent libres d'échanger, elle permet au médiateur et aux avocats collaboratifs de récolter tous les aspects du litige et d'être par conséquent plus en mesure de le comprendre et d'accompagner les parties dans sa résolution³². Les praticiens peuvent alors être à leur tour davantage à l'aise dans les tentatives de résolution, être plus créatifs voire poser certaines questions plus sensibles.

D'autre part, la confidentialité l'oblige à un devoir de réserve permanent, de tous les instants, même avec des proches relevant de sa sphère privée. Anne-Marie Boudart nous explique à ce sujet qu'alors qu'elle échangeait avec un proche dans sa vie privée, elle a été dans l'obligation d'arrêter la discussion pour la simple et bonne raison que, alors même que son interlocuteur n'avait parlé que de leurs professions et de leurs enfants, elle reconnaissait les personnes concernées³³. Rien n'empêche d'évoquer, de manière très générale toutefois, des choses ressortant des modes alternatifs pour autant que l'on n'évoque jamais le nom des parties ou des détails trop importants permettant de les identifier facilement. Le monde est petit et le praticien se devra d'être prudent et discret dans ses échanges concernant son expérience car il n'est pas à l'abri de violer inconsciemment la confidentialité du dossier et par la même occasion, son secret professionnel.

Chapitre 3 : Confidentialité versus secret professionnel

La confidentialité ne vise pas seulement l'obligation de secret qui pèse sur les parties qui ne peuvent dévoiler ce qui ressort de la médiation ou de droit collaboratif. En réalité, elle vise également le secret professionnel du médiateur et des avocats qui les empêchent de pouvoir divulguer ce qu'ils ont entendu et observé lors du déroulement du processus³⁴. Michel Gonda parle alors respectivement de confidentialité interne, notamment en ce qui concerne les caucus, et de confidentialité externe³⁵. C'est précisément la juxtaposition entre la confidentialité imposée à toutes les parties et le devoir de secret du médiateur ou des avocats en droit collaboratif qui permet de créer un espace sécurisé empreint de confiance dans lequel les parties peuvent se confier librement.

³² P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, *op.cit.*, p. 255.

³³ Annexe, p. 74.

³⁴ P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, n°17, p. 302.

³⁵ M. GONDA, *Droit et pratique de la médiation*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 177.

Si la confidentialité, comme nous le verrons, n'est pas d'ordre public, il en est différemment du secret professionnel. Ce dernier a, quant à lui, bel et bien une fonction d'ordre public car il ne vise pas seulement à protéger des intérêts particuliers mais à protéger trois valeurs fondamentales à savoir :

- « Le respect de la vie privée
- L'intérêt de certaines catégories de professions, dont la confidentialité et la discrétion des révélations sont primordiales
- L'intérêt public et l'ordre social qui permettent en toute sécurité pour certains de pouvoir révéler des secrets en sachant que ceux-ci ne seront pas divulgués par les détenteurs eu égard à leurs professions »³⁶.

Le médiateur est soumis au secret professionnel comme l'énonce l'article 1728 qui précise en son paragraphe 2 dernier alinéa que « *l'article 458 du Code pénal lui est applicable* ». Le médiateur, en cas de violation de ce secret, se verra donc opposer de lourdes sanctions pénales à savoir un emprisonnement d'un an à trois ans et/ou d'une amende allant de cent à mille euros³⁷. Le Code de déontologie de l'avocat précise également que l'avocat médiateur est tenu au secret professionnel³⁸. L'article 1728 s'appliquant par analogie au droit collaboratif, les avocats sont tenus de la même manière au secret professionnel.

L'article 458 du Code pénal cite expressément certaines personnes soumises au secret professionnel et poursuit par « *toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie* ». Ces personnes tenues au secret ne peuvent être que des « confidents nécessaires » et non pas seulement les personnes tenues à la discrétion comme c'est le cas des parties en médiation, ces dernières ne pouvant s'abstenir de témoigner en justice³⁹. Toutefois, la loi du 18 juin 2018 souligne plus clairement l'obligation des parties de ne rien révéler du processus en modifiant quelque peu le contenu obligatoire du protocole de

³⁶ M. DONATANGELO, "Le secret professionnel en droit pénal sous l'angle des articles 458 et 458bis du Code pénal », *Les secrets professionnels : approche transversale*, I. Bouiouliev (dir.), Limal, Anthémis, 2015, p. 163.

³⁷ C. pén., art. 458.

³⁸ C. de déontologie de l'avocat, art 2.15.

³⁹ M. GONDA, *op.cit.*, p. 177 ; M. DONATANGELO, *op.cit.*, p. 169 ; C. de bonne conduite du médiateur agréé, art. 10, al. 2.

médiation⁴⁰. Alors qu'il devait jadis simplement rappeler le « *principe de la confidentialité des communications* », la loi l'enjoint désormais de contenir un réel engagement de respecter « *la confidentialité qui s'attache aux documents et aux communications dans le cadre de la médiation* »⁴¹.

L'obligation au secret est donc plus stricte pour les médiateurs et les experts que le devoir de confidentialité des parties car, passibles de sanctions pénales, ils sont tenus au secret par leur profession. Il est d'ailleurs judicieux d'avoir englobé l'expert car celui-ci pourrait provenir d'une profession dans laquelle il n'est pas tenu au secret⁴².

En cas de partage du secret professionnel par le médiateur ou l'expert à leurs employés ou collaborateurs par exemple, ils veilleront au respect du secret par ces personnes⁴³.

⁴⁰ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 891.

⁴¹ C. jud., art. 1731, §2, 5°.

⁴² C. SMETS-GARY et M. BECKER, *Médiation et techniques de négociation intégrative*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 319.

⁴³ C. de déontologie des médiateurs agréés, art. 10, §2, al. 3.

Titre 2 : La confidentialité en questions

Chapitre 1 : Où la confidentialité puise t'elle ses sources ?

Section 1 : Sources légales

§1 : L'article 1728 du Code judiciaire : application analogique à la médiation et au droit collaboratif

Le législateur a fait de la médiation un processus confidentiel et a expressément consacré cette confidentialité à l'article 1728 du Code judiciaire. Cet article énonce que sont confidentiels « *les documents et les communications faites au cours du processus de médiation* ». Toutefois, l'article 1728, en son alinéa 2, poursuit en précisant que la confidentialité ne s'applique pas au protocole de médiation, aux accords de médiation signés par les parties ainsi qu'éventuellement aux documents établis par le médiateur qui constate l'échec de la médiation, *sauf volonté contraire des parties exprimée par écrit*. En réalité, la confidentialité est une caractéristique qui a été consacrée légalement par de nombreux pays ce qui fait d'elle un « *principe général de médiation* » qui la distingue radicalement de la procédure judiciaire classique, gouvernée quant à elle par le principe du contradictoire⁴⁴.

Le caractère confidentiel du droit collaboratif ne fait lui aussi aucun doute et est bel et bien consacré au sein du Code judiciaire et ce à deux égards. Tout d'abord, l'article 1738 du Code judiciaire définit légalement le droit collaboratif comme étant un « *processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs (...)* ». En outre, l'article 1745 §3 souligne quant à lui que l'article 1728 applicable en matière de médiation s'applique par analogie au droit collaboratif. Il paraît assez étonnant de la part du législateur d'avoir légiféré de cette manière en considérant qu'il y avait une ressemblance telle entre les deux processus qui nécessite de les soumettre aux mêmes règles de confidentialité. Que cette analogie soit le résultat de la paresse du législateur ou plutôt de facilité, le mode alternatif qu'est le droit collaboratif se distingue de la médiation à bien des égards et aurait, lui aussi, sans doute dû bénéficier d'un article personnel organisant légalement son caractère confidentiel.

⁴⁴ G. TARZIA, « Chapitre 1 : Médiation et institution judiciaire », *Médiation et arbitrage : Alternative dispute resolution : alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, L. Cadiet (dir.), Paris, LexisNexis, 2005, p. 27.

§2 : Absence de confidentialité au sein du processus de conciliation ?

En ce qui concerne la conciliation, la loi confère un caractère confidentiel à certaines formes de conciliation seulement. Par conséquent, si la loi ne consacre pas expressément le caractère confidentiel à telle ou telle forme de conciliation, celle-ci n'est pas confidentielle⁴⁵. Tel est le cas de la conciliation judiciaire de droit commun qui nous intéresse dans le présent mémoire, le Code judiciaire restant muet quant à une éventuelle confidentialité de ce MARC. Nous y consacrerons tout de même un plus large développement dans la section destinée spécifiquement à la conciliation.

Section 2 : Les écrits

§1 : Les protocoles

Avant l'entame du processus de médiation, les parties se voient communiquer un protocole qui les lie et qui est préalablement signé par le médiateur. Il s'agit en quelque sorte des « règles du jeu » que les parties devront respecter lors du déroulement de la médiation. La loi impose d'y retrouver certaines conditions minimales dont, à titre non-exhaustif, le nom des parties, l'exposé succinct du différend mais également le rappel du principe de confidentialité des communications échangées dans le cours de la médiation⁴⁶. Attention cependant à ne pas confondre, nous avons ici égard aux textes consacrant le caractère confidentiel de la médiation mais le protocole n'est pas en lui-même confidentiel, exception faite de l'hypothèse où les parties en décideraient autrement.

En ce qui concerne le droit collaboratif, le législateur, par le biais de la loi du 18 juin 2018, a pris soin de rebaptiser la dénomination « accord de participation » existant jadis en la matière par celle de « protocole de droit collaboratif »⁴⁷, certainement pour créer une uniformité dans les appellations. Ce document, ainsi que la Charte d'adhésion, ont été élaborés dès 2009 par Avocats.be. Il comprend non seulement la série d'exigences reprises à l'article 1741 du Code judiciaire mais également les données visées par l'article 1731 §2 ayant trait à la médiation, à l'exception des données ayant spécifiquement égard à la qualité de médiateur. Le protocole en

⁴⁵ P.-P. RENSON, « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *op.cit.*, p. 15.

⁴⁶ C. jud., art. 1731, §2 ; C. de déontologie des médiateurs agréés, art. 9, §3.

⁴⁷ M. BLITZ et A. -M. BOUDART, *op.cit.*, p. 212.

droit collaboratif rappelle donc bien la confidentialité du processus aux parties ainsi qu'aux avocats qui s'y engagent en y apposant leurs signatures.

§2 : *La charte d'adhésion au droit collaboratif*

Par ailleurs, la confidentialité se retrouve également consacrée et ce plus strictement à l'article 6 de la Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif. Cette charte ne s'adresse pas aux parties mais bien aux praticiens qui sont tenus de la signer auprès du secrétariat de leur Ordre local⁴⁸. Elle vise à souligner les modalités et les principes fondamentaux devant être respectés lors du déroulement du processus de droit collaboratif. Les premiers modèles ont été instaurés d'abord par le barreau de Bruxelles et ensuite par l'O.B.F.G⁴⁹. La charte consacre spécifiquement son article 6 à la confidentialité ainsi qu'au secret professionnel et elle va même plus loin que les dispositions légales en instaurant une confidentialité accrue dont l'analyse sera faite ultérieurement⁵⁰.

§3 : *Les règlements*

Des règlements peuvent être adoptés par des centres de médiation comme c'est le cas du CEPANI (Centre belge d'Arbitrage et de Médiation). Ce centre n'exerce pas lui-même la fonction de médiateur mais propose aux parties une assistance administrative dans leur recherche d'une solution amiable. Concrètement, il leur met à disposition son règlement, peut désigner un médiateur, surveille le déroulement de la médiation et peut apporter des services juridiques si ceux-ci paraissent nécessaires.

Leur règlement, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, traite de la confidentialité des communications en son article 10 dont la plupart du libellé s'inspire de l'article 1728 de notre Code judiciaire⁵¹. Le centre prévoit également en annexe des règles de bonne conduite des procédures applicables lors de son intervention et celui-ci rappelle en son point 9 que le médiateur doit respecter « *la confidentialité attachée aux causes qui lui sont confiées par le CEPANI* ».

⁴⁸ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, *ibidem*, p. 212.

⁴⁹ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », *Entre liberté et contraintes normatives : Le défi du notaire*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 414.

⁵⁰ Titre II, chapitre 2, section 2 de ce mémoire.

⁵¹ Règlement du CEPANI, art. 10, disponible sur <https://www.cepani.be/reglements/?lang=fr>, s.d., consulté le 17 mai 2023.

Section 3 : Les règles déontologiques

Le devoir de confidentialité était déjà prescrit par les articles 8 et 9 du Code de bonne conduite du médiateur agréé qui a été remplacé par le Code de déontologie du médiateur agréé. L'article 8 insistait d'ailleurs sur l'importance de son respect en énonçant que « *la confidentialité est une garantie fondamentale et essentielle de la médiation. Il est crucial que le médiateur veille à la confidentialité du dossier* ».

La Commission Fédérale de Médiation (« CFM ») a élaboré un Code de déontologie des médiateurs agréés comme le législateur l'en avait missionnée par l'entremise de l'article 1727, §2, 5° du Code judiciaire. Le Code prévoit au deuxième paragraphe de son article 10 que le médiateur « *veille à la confidentialité du dossier* ». Non seulement, il doit respecter le Code de déontologie adopté par la Commission mais à celui-ci s'ajoutent les règles déontologiques applicables à leurs propres professions, les médiateurs agréés pouvant revêtir le reste du temps une casquette d'avocat, de notaire, de psychologue ou encore d'architecte⁵².

En sus, la Commission fédérale ayant été mandatée par le Code judiciaire, nous estimons que lorsqu'un médiateur est soumis à divers règlements, le code de déontologie l'emporte sur les autres sources réglementaires⁵³.

Il existe par ailleurs des règles déontologiques applicables au monde du droit collaboratif et celles-ci sont l'aboutissement des efforts de praticiens américains. En effet, certains ont peu à peu ressenti le besoin de s'unir et ont par conséquent mis sur pied l'Académie internationale de la pratique collaborative (en abrégé : « IACP »). Cette Académie a adopté une série de règles que l'on peut qualifier de « code de bonne conduite » devant accompagner les praticiens et leur servir de guide à respecter à la lettre pour le bon déroulement des négociations. Il s'agit en réalité de règles que l'on retrouve actuellement en Belgique dans les protocoles et dans la charte d'adhésion. Même si ces règles n'ont pas pour but de remplacer les règles déontologiques

⁵² P.-P. RENSON, « La médiation civile », *Une autre justice possible ? La médiation dans tous ses états*, T. Marchandise (dir.), 1^{er} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 48.

⁵³ M. GONDA, *op. cit.*, p. 176.

applicables à tout avocat, force est de constater que certaines se recoupent et c'est notamment le cas de l'obligation de confidentialité⁵⁴.

Section 4 : Quid au niveau européen ?

Le Conseil et le Parlement européen ont adopté une directive en mai 2008 « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ». Celle-ci consacre la confidentialité de la médiation en son article 7 et demande à ce propos aux États-membres de veiller à ce que « *sauf accord contraire des parties, ni le médiateur ni les personnes participant à l'administration du processus de médiation ne soient tenus de produire, dans une procédure judiciaire civile ou commerciale ou lors d'un arbitrage, des preuves concernant les informations résultant d'un processus de médiation ou en relation avec celui-ci, excepté:*

- a) lorsque cela est nécessaire pour des raisons impérieuses d'ordre public dans l'État membre concerné, notamment pour assurer la protection des intérêts primordiaux des enfants ou empêcher toute atteinte à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne; ou*
- b) lorsque la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour mettre en œuvre ou pour exécuter ledit accord ».*⁵⁵

Il est regrettable de ne trouver aucune disposition réglant la confidentialité des échanges entre les parties et le médiateur mais les États-membres restent libres d'appliquer des conditions plus strictes que celles prescrites par la directive et il n'est donc pas impossible que certains États insistent à leur tour sur cet aspect⁵⁶. En ce qui concerne la Belgique, celle-ci s'est montrée plus prudente lors de la transposition de la directive car en effet, le législateur a pris soin de conférer à l'article 1728 la portée la plus large possible de sorte que les échanges entre les parties et le médiateur sont eux aussi visés et par conséquent couverts par le sceau de confidentialité.

Chapitre 2 : Quelles sont les modalités s'attachant à la confidentialité ?

Section 1 : La médiation

⁵⁴ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », *op.cit.*, p. 409.

⁵⁵ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 136, 24 mai 2008.

⁵⁶ P-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *Modes alternatifs de règlement des conflits : réformes et actualités*, O. Caprasse (dir.), Limal, Anthemis, 2017, p. 36.

Bien que le monde entier s'intéresse à la médiation depuis maintenant des décennies, ce n'est qu'avec l'adoption de la loi du 21 février 2005⁵⁷ que ce MARC s'est vu offrir un cadre légal lui permettant d'asseoir sa légitimité, la septième partie du Code judiciaire lui étant réservée. Avant cela, seules les médiations en matière familiale étaient effectivement organisées par le Code judiciaire et ce, suite à l'adoption de loi du 19 février 2001⁵⁸. La loi de 2005 s'est chargée d'instaurer des règles applicables aux médiations judiciaires et extrajudiciaires (jadis appelées « médiation volontaire ») de sorte qu'elles puissent désormais prendre place en dehors du contexte familial. Il n'empêche qu'avant 2005, les médiations civiles et commerciales pouvaient d'ores et déjà prendre la forme de médiations dites « libres »⁵⁹.

Il existe donc plusieurs types de médiation, distinguons-les brièvement. La médiation libre est particulièrement souple puisqu'elle est régie par la volonté des parties, leur laissant alors la plus grande latitude dans le choix des aspects assortissant la médiation : pas d'obligation de recourir à un médiateur agréé ni de signer un protocole par exemple⁶⁰.

La médiation extrajudiciaire, quant à elle, est la médiation laissée à l'initiative des parties⁶¹ puisqu'elle permet à toute partie de proposer aux autres une médiation, « *indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire* »⁶².

Enfin, la médiation judiciaire est celle pouvant être ordonnée par le juge, sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, soit à la demande conjointe des parties, soit de sa propre initiative mais avec l'accord des parties, pour autant que la cause n'ait pas été prise en délibéré⁶³. À ce sujet, une loi récente⁶⁴ a été adoptée en vue de garantir le consentement des victimes d'actes de violences quant au recours éventuel aux modes amiables de règlement des conflits et plus précisément à la médiation, à la conciliation judiciaire de droit commun ou encore à la conciliation prenant place devant les chambres de règlement amiable. Dorénavant,

⁵⁷ Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.

⁵⁸ Loi du 19 février 2001 relative à la médiation en matière familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire, *M.B.*, 3 avril 2001.

⁵⁹ P.-P. RENSON, « La médiation et les conflits de voisinage », *op.cit.*, p. 140.

⁶⁰ P.-P. RENSON, *ibidem*, p. 140 à 142.

⁶¹ P.-P. RENSON, *ibidem*, p. 141.

⁶² C. jud., art. 1730.

⁶³ C. jud., art. 1734.

⁶⁴ 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.

les articles 731, 1253ter/1 et 1734 sont dotés d'un alinéa prévoyant 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 pourra ordonner le mode amiable sans avoir, préalablement et oralement, obtenu le consentement libre et éclairé de la partie concernée. Même si cette loi peut susciter tant des critiques que des questionnements quant à sa mise en place à l'avenir, saluons tout de même l'initiative visant avant tout à protéger les victimes et à ne pas promouvoir à tout prix et peu importe les circonstances les modes amiables qui, bien que bénéfiques dans de nombreux cas, pourraient être inadaptés voire préjudiciables pour certaines victimes⁶⁵.

La loi du 18 juin 2018 a, quant à elle, apporté une série de modifications à cette septième partie du Code, modifications qu'il nous est impossible de retracer en détails dans le présent mémoire⁶⁶. À cet égard, saluons tout de même que le législateur a (enfin) pris soin de définir la médiation comme étant 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* »⁶⁷. Nous nous réjouissons de l'adoption de cette définition qui donne selon nous la plupart des caractéristiques devant gouverner le processus et qui souligne explicitement le caractère confidentiel de la médiation.

§1 : À qui la confidentialité s'impose-t-elle ?

Le médiateur est au centre du processus de médiation, il en est la figure centrale et est, en quelques sortes, un guide présent pour aider les parties à trouver un terrain d'entente. Ce faisant, il se doit de respecter la confidentialité et de rappeler aux parties d'en faire autant.

Le Code de déontologie des médiateurs agréés du 16 décembre 2020 souligne d'ailleurs en son article 10, §2, alinéa 2 que « *le médiateur rappellera ou expliquera, si nécessaire, la place de la confidentialité et du secret professionnel dans la médiation. Il veille à la confidentialité du dossier* ». Nous pouvons regretter l'utilisation des termes « si nécessaire » qui ne permet pas de

⁶⁵ A. DEJOLLIER et B. INGHELS, « Modes de règlement amiable et protection des victimes d'actes de violence, menaces ou pressions », *J.T.*, 2023, n°15, p. 248.

⁶⁶ À ce sujet, voy. P.-P. RENSON, « Médiation : les principales modifications de la septième partie du Code judiciaire entrées en vigueur en juillet 2018 », *Le pli jur.*, 2018, n°45, p. 47 à 49.

⁶⁷ C. jud., art. 1723/1.

mesurer l'importance du respect de la confidentialité pour le bon déroulement de la médiation et s'assurer de ce respect relève selon nous plus d'une obligation que d'une simple faculté.

La Commission fédérale de médiation a, du reste, écrit un article traitant de la confidentialité et celui-ci balaye les différentes personnes devant respecter cette confidentialité⁶⁸. Au-delà du médiateur, les parties elles-mêmes doivent garder confidentiel tout ce qui ressort de la médiation peu importe qu'il s'agisse d'informations orales ou écrites, sauf accord contraire. L'article précise qu'il est interdit aux parties de « *divulguer à l'extérieur les éléments, informations ou propositions, c'est-à-dire des offres qui ont été faites dans le cadre et pour les besoins de la médiation* ».

Les parties en cause et le médiateur sont les principaux concernés par le processus mais il n'empêche que d'autres personnes peuvent être amenées à y intervenir. L'article 1728 §3 du Code judiciaire précise que « *dans le cadre de sa mission et pour les besoins de celle-ci, le médiateur peut, avec l'accord des parties, entendre les tiers qui y consentent ou lorsque la complexité de l'affaire l'exige, recourir aux services d'un expert, spécialiste du domaine traité. Ceux-ci sont tenus à l'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1er, alinéa 1er. Le paragraphe 2 s'applique à l'expert* ».

Il peut s'agir d'experts tels que des architectes ou des comptables ou encore de médecins ou de psychologues. Il n'est évidemment pas envisageable que ces intervenants soient, quant à eux, libérés de l'obligation de confidentialité car en dévoilant des informations, ils feraient perdre tout bénéfice mais également tout sens à la médiation qui ne peut s'envisager autrement qu'en étant confidentielle.

En sus, le médiateur est soumis au secret professionnel prescrit par l'article 458 du Code pénal et s'exposera à de lourdes sanctions en cas de non-respect comme exposé *supra*⁶⁹. Le secret professionnel a, dans le domaine de la médiation, une très grande importance étant donné que le médiateur peut être amené à échanger des informations confidentielles avec ses propres collaborateurs ou stagiaires par exemple. Afin de garantir le caractère confidentiel du processus à tous les niveaux et dans toutes les relations amenées à se créer pour son bon déroulement,

⁶⁸ Commission fédérale de médiation, « Confidentialité », disponible sur <https://www.cfm-fbc.be/fr/content/confidentialite>, s.d., consulté le 11 mai 2023.

⁶⁹ Voy. Titre I, chapitre 3, p. 12.

l'article 10, §2, alinéa 3 du Code de déontologie des médiateurs agréés prévoit que si le médiateur partage son secret professionnel avec certaines personnes, il doit veiller au respect du secret par ces personnes. Bien que ces tiers ne soient pas soumis à la signature du protocole précédant toute médiation, la confidentialité s'étend à eux de sorte qu'il paraît plus prudent pour le médiateur de leur faire signer un document par lequel ces intervenants acquiescent à la confidentialité du processus et à garder secret tout ce qui ressort des échanges⁷⁰.

Enfin, le juge peut être amené à connaître du litige des parties et notamment en cas d'échec de la médiation. Dans un tel cas, il ne peut inviter les parties à dévoiler des informations ressortant des séances de médiation ayant eu lieu. A contrario, les parties elles-mêmes peuvent ressentir le besoin de faire valoir l'un ou l'autre élément tirés des négociations infructueuses. Il appartiendra alors au juge de leur faire comprendre qu'elles ont antérieurement accepté de participer à un processus confidentiel qu'elles sont actuellement toujours tenues de respecter⁷¹.

En bref, la confidentialité s'impose non seulement aux protagonistes du conflit et à leurs conseils mais également au médiateur et à tout tiers intervenant dans la médiation, peu importe sa qualité⁷². Et c'est précisément parce que toute personne mettant un pied dans le processus de médiation est tenue à la confidentialité que cette dernière est la clé de voûte du système.

§2 : *Sur quoi porte-t-elle ?*

La confidentialité porte sur toutes les communications et tous les documents échangés lors de la médiation et pour les besoins de celle-ci, ce qui a pour conséquence qu'ils ne pourront être produits comme preuves et ce, qu'il s'agisse d'une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ultérieure ou de toute autre procédure de résolution des conflits⁷³. Elle s'étend à *tous* les documents et *toutes* les communications de sorte que les aveux extrajudiciaires, les excuses, les possibles injures, les (contre-)propositions, reconnaissances préjudiciables ou autres sont eux-mêmes couverts par le sceau de la confidentialité⁷⁴. Cette dernière est telle qu'elle s'étend

⁷⁰ M. GONDA, « Déontologie et médiation », *États généraux de la médiation : actes du colloque du 15 octobre 2015*, P.-P. Renson (dir.), Limal, Anthemis, 2015, p. 176.

⁷¹ A. DEJOLIER et B. INGHELS, « La médiation judiciaire : quels regards croisés entre le juge et l'avocat ? », *La médiation autrement*, B. Inghels (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 76.

⁷² P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *op. cit.*, p. 38.

⁷³ A. BRIDOUX, *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire et le Code de déontologie des médiateurs*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 204.

⁷⁴ P.-P. RENSON, « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *op. cit.*, p. 24.

même aux notes prises par le médiateur sur des feuilles en papier ainsi qu'aux éventuels dessins des enfants qui seraient entendus dans le cadre d'une médiation familiale⁷⁵.

Toutefois, aucune disposition légale ne précise quand le processus de médiation commence et prend fin, de sorte qu'il peut arriver que l'on ne sache pas si certaines informations peuvent déjà être considérées comme confidentielles⁷⁶. Si certaines informations sont échangées avant la signature du protocole de médiation, peut-on considérer qu'elles le sont ? Voici un exemple prouvant que la confidentialité peut poser question et que la loi de 2018 ne répond malheureusement pas à toutes ces interrogations.

En revanche, comme dit précédemment, le protocole de médiation, les accords signés par les parties et le document constatant l'échec de la médiation ne sont pas soumis à la confidentialité selon l'article 1728 §1^{er} alinéa 2 sauf si les parties en décident autrement et marquent leur accord par écrit. Si tel est le cas, il vaut mieux ne pas pousser à son extrême la confidentialité et au contraire l'utiliser avec prudence au risque d'empêcher l'homologation par le juge de l'éventuel accord naissant entre les parties⁷⁷. À ce sujet, antérieurement à l'adoption de la loi de juin 2018, l'ancien article 1728 du Code judiciaire prévoyait que « *l'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation* ». La nouvelle mouture de l'article 1728 prévoyant désormais le caractère en principe non confidentiel des accords de médiation, il écarte le danger qu'une partie refuse la levée de la confidentialité dans l'unique but d'éviter l'homologation de l'accord⁷⁸. Dans l'hypothèse où les parties conviendraient de rendre ces accords tout de même confidentiels, elles prendront garde à ce que l'accord en question ne puisse donner lieu à plusieurs interprétations⁷⁹, auquel cas il ferait ressurgir la crainte que le nouvel article 1728 nous avait permis d'abolir.

De plus, la loi laisse à présent la possibilité aux parties de rendre confidentiels certains documents ou communications qui ne l'étaient pas initialement et au contraire de lever la

⁷⁵ A. BRIDOUX, *op.cit.*, p. 207.

⁷⁶ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 892.

⁷⁷ J.-A. MIRIMANOFF (dir.), *Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables*, 1^{er} éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 145.

⁷⁸ P.-P. RENSON, « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *op. cit.*, p. 26.

⁷⁹ P.-P. RENSON, *ibidem*, p. 26.

confidentialité de certains documents dans les limites qu'elles déterminent⁸⁰. Cette faculté offerte aux parties est compréhensible étant donné que le conflit leur appartient et qu'elles doivent pouvoir garder la liberté de décider de la manière de le résoudre.

Il nous paraît intéressant de citer un article qui nous est offert par Philippe Van Roost, Gérard Kuyper et Guillaume Schultz dans lequel ils confrontent l'article 1728 §1^{er}, alinéa 3 du Code judiciaire avec l'article 6.2, 5° du Code de déontologie de l'avocat qui semblent se contredire. En effet, le premier prévoit que la confidentialité des échanges dans le cadre d'une médiation ne peut être levée qu'avec l'accord écrit des parties et dans les limites qu'elles déterminent. L'article 6.2, insérant un certain nombre d'exceptions à la confidentialité de la correspondance entre avocats, est quant à lui beaucoup plus radical et automatique en prescrivant que « *Perd son caractère confidentiel et peut dès lors être produite sans autorisation du bâtonnier : (...) 5° toute communication, fût-elle faite à titre confidentiel au nom d'une partie, lorsqu'elle contient des propositions précises acceptées sans réserve au nom de l'autre partie* ».

Lequel faut-il donc privilégier et appliquer à la lettre ? Les auteurs nous donnent la réponse en rappelant aux avocats que lorsqu'ils interviennent dans un processus de médiation, ils se doivent de respecter les règles légales que sont les articles 1724 et suivants du Code judiciaire et ce, « *peu importe le prescrit du Code de déontologie* »⁸¹. Par conséquent, un courrier confidentiel, même si celui-ci est accepté purement et simplement par la partie le réceptionnant, ne peut constituer l'expression du consentement que requiert l'article 1728⁸².

L'article 1728 énonce que la confidentialité concerne les documents et les communications faites au cours de la médiation et « *pour les besoins de celle-ci* ». Cela signifie que la médiation n'a pas pour objet de rendre confidentiels des documents qui étaient déjà connus des parties ou qui étaient rendus publics par l'un ou l'autre moyen et le processus serait d'ailleurs dangereux s'il permettait d'occulter tous documents ou informations échangés lors de la médiation⁸³. Il suffirait dans ce cas à une partie de faire connaître un document qui n'est pas à son avantage

⁸⁰ C. jud., art 1728, §1, al. 3.

⁸¹ P. VAN ROOST, G. KUYPER et G. SCHULTZ, « La confidentialité de la correspondance entre avocats en cours de médiation », *Forum - Périodique d'information de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles*, 2019, n°274, p. 17.

⁸² P. VAN ROOST, G. KUYPER et G. SCHULTZ, *ibidem*, p. 17.

⁸³ O. CAPRASSE et N. BIESSAUX, « Chapitre 2 : La médiation », *Droit judiciaire*, t. 2 : *Procédure civile*, vol. 3 : *Saisies conservatoires, voies d'exécution et règlement collectif de dettes. Arbitrage, médiation et droit collaboratif. Procédure électronique*, G. de Leval (dir.), 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 333.

pour s'assurer qu'il ne puisse jamais être utilisé dans une procédure ultérieure, si celle-ci devait avoir lieu.

Rien n'empêche toutefois pour les parties de rendre confidentiels des communications ou documents existants avant le début de la médiation. Dans ce cas, il est préférable que les parties en question se munissent d'un accord partiel de médiation dans lequel il est précisément spécifié quels sont les documents qu'elles souhaitent dispenser de confidentialité afin d'éviter tout malentendu pouvant survenir à l'avenir. Le médiateur, afin d'être le plus prudent possible, a en outre la possibilité de se munir d'un cachet composé des termes « CONFIDENTIEL – MÉDIATION » et ce, dans le but de distinguer clairement les documents que les parties ont décidé de garder confidentiels⁸⁴. Soulignons qu'il peut être particulièrement dangereux de rendre confidentiels des documents antérieurs à la médiation car cette pratique revient à occulter des informations pouvant pourtant être utiles en cas de retour devant les tribunaux de sorte que les parties, si elles ne sont pas adéquatement conseillées à ce sujet, risquent de perdre le bénéfice de pouvoir éventuellement les produire en justice⁸⁵.

§3 : *La confidentialité est-elle d'ordre public ?*

Au vu de la place importante que prend la confidentialité au sein du processus de médiation, il y a lieu de se demander si cette confidentialité revêt ou non un caractère d'ordre public. Nous avons d'ores et déjà passé en revue les dispositions légales concernant la médiation et notamment l'article 1728 du Code judiciaire. À son paragraphe 1^{er}, troisième alinéa, la loi permet aux parties de s'accorder sur la levée de l'obligation de confidentialité et ce, même sans l'accord du médiateur. Cette faculté illustre de manière assez nette l'absence de caractère d'ordre public de la confidentialité⁸⁶.

Certains parlent plutôt d'une « *obligation d'ordre public de protéger le secret de la médiation* » reposant sur le médiateur mais en réalité cela ne vise pas la confidentialité en tant que telle mais le secret professionnel du médiateur qui lui, est bel et bien d'ordre public⁸⁷.

⁸⁴ A. BRIDOUX, *op.cit.*, p. 205.

⁸⁵ P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *op. cit.*, p. 891.

⁸⁶ P.-P. RENSON, « Les avocats et la médiation », *États généraux de la médiation : actes du colloque du 15 octobre 2015*, P.-P. Renson (dir.), Limal, Anthemis, 2015, p. 110.

⁸⁷ C. SMETS-GARY et J. DE LATHOUWER, *op. cit.*, p. 180.

Il ne s'agit pas seulement de constater l'absence de caractère d'ordre public mais de se demander si cela nous paraît juste et adéquat. En réalité, il s'agit de se demander : faudrait-il conférer à la confidentialité un tel caractère d'ordre public ? Certains auteurs ne l'estiment pas nécessaire et nous partageons leur avis. Protéger les parties et leurs intérêts est certes primordial mais les laisser maîtres de leur conflit et de leur manière de le gérer l'est d'autant plus. Si les parties souhaitent renoncer à la confidentialité, qu'elles le font en connaissance de cause et que cela peut leur être utile (pour permettre la mise en place de mesures d'expertise ou d'une tierce décision obligatoire par exemple), quel est l'intérêt de leur en empêcher ?⁸⁸ L'essence des MARC résidant dans la souplesse et la flexibilité, la confidentialité, bien que primordiale, ne nécessite pas d'être quant à elle trop strictement balisée. Elle mérite de pouvoir faire l'objet d'aménagements, d'autant plus si ceux-ci sont bénéfiques aux parties.

Qu'est-ce réellement une disposition d'ordre public ? C'est une disposition ayant un degré d'impérativité supérieur prise en vue de protéger un intérêt collectif et non plus seulement l'intérêt privé des parties. De telles dispositions ne peuvent, par nature, pas connaître de dérogations pour quelques motifs que ça soit. Par conséquent, une clause contraire à l'ordre public telle qu'une clause permettant de lever la confidentialité afin de procéder à l'homologation de l'accord de médiation serait frappé de nullité absolue pouvant être soulevée par toute partie intéressée. Une solution serait alors de conférer à la confidentialité un caractère d'ordre public tout en y insérant une série d'exceptions pouvant servir aux parties mais cela ne présente pas beaucoup d'intérêt et vide de son sens l'objectif initial de la mise en place de telles dispositions.

Juridiquement parlant, il est clair que la confidentialité n'est pas d'ordre public. Cependant, au vu de la confiance et de la sécurité qu'elle permet, bien qu'il s'agisse d'une sécurité privée, nous considérons qu'elle touche sans conteste, en tous cas éthiquement et déontologiquement, à l'ordre public⁸⁹.

§4 : Quid des éventuels abus de confidentialité ?

La confidentialité est indispensable au bon fonctionnement de la médiation mais il serait naïf d'affirmer qu'elle ne présente aucun danger. Certaines personnes mal intentionnées pourraient

⁸⁸ P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *op. cit.*, p. 40.

⁸⁹ Annexe, p. 77.

se servir de l'espace confidentiel offert par la médiation pour communiquer certains documents dans le but de les rendre volontairement confidentiels. Certains auteurs conseillent donc, si les circonstances le permettent, de ne produire aucun document en médiation faute de quoi ils seront couverts par la confidentialité et ne pourront plus être utilisés dans une procédure ultérieure. Soulignons d'ailleurs qu'il n'y a, à priori, nul besoin de prouver dans le cadre de la médiation⁹⁰.

Il se peut également que des personnes n'essayent pas de rendre des documents confidentiels, mais officiels. Anne-Marie Boudart nous dit ne jamais avoir eu de personnes malveillantes essayant de manipuler le cadre de la médiation mais plutôt des situations dans lesquelles des confrères intervenant dans le processus essayent d'obtenir des informations financières ou des documents qui avaient été produits par exemple⁹¹. Le médiateur doit alors être prudent et refuser toute communication d'informations au risque de violer la confidentialité.

Section 2 : Le droit collaboratif

Le droit collaboratif est un mode alternatif de règlement des conflits apparu dans les années nonante grâce à un avocat américain nommé Stuart Webb. Ce dernier, fatigué des conséquences négatives que les procédures judiciaires peuvent avoir sur les parties mais également sur les professionnels eux-mêmes, aspire à une justice plus humaine basée sur la négociation et la communication. C'est ainsi que le « *collaborative law* » naît aux Etats-Unis, se développe au Canada et finira, grâce à son succès et à l'intérêt que de nombreux professionnels y ont portés, par se répandre en Europe et notamment en Belgique dans les années 2000. Chez nous, et contrairement au reste du monde, ce mode amiable n'a pas pris naissance par le biais d'associations privées d'avocats mais par les instances ordinales en Belgique francophone et germanophone⁹². Ce processus s'est rapidement vu offrir une légitimité particulière dans notre pays, les principes de droit collaboratif se retrouvant dans le code de déontologie de l'avocat dès 2007⁹³. Malgré l'intérêt très précoce que les praticiens belges ont développé à l'égard du droit collaboratif, ce n'est qu'il y a quelques années seulement que le législateur, par le biais de la loi du 18 juin 2018, a offert une place de choix à ce MARC dans le Code judiciaire, aux articles 1739 et suivants.

⁹⁰ P.-P. RENSON, *ibidem*, p.39.

⁹¹ Annexe, p. 77.

⁹² A.-M. BOUDART, « Quelques échos du droit collaboratif à l'international », *J.M.A.*, 2023, n°1, p. 83.

⁹³ A.-M. BOUDART, *ibidem*, p. 83.

Pour illustrer au mieux ce beau mécanisme qu'est le droit collaboratif, je citerai Anne-Marie Boudart qui nous le présente comme étant un moyen d'agir avec l'autre et non contre l'autre : « *Le droit collaboratif s'inscrit dans ce contexte et se caractérise avant tout par son état d'esprit : la volonté de négocier autrement, avec l'autre partie, avec l'autre confrère en vue de dégager des accords mutuellement acceptables et en déployant une large créativité pour rencontrer au mieux les priorités de chacun* »⁹⁴.

Dans cette démarche, l'avocat en droit collaboratif adopte une autre posture, il n'est plus cette figure abrupte et prêt à tout pour défendre son client que nous lui donnons généralement. Il laisse place à un tout autre climat où règne respect, empathie et humanité tant à l'égard de son confrère que de l'autre partie qui n'est plus vue comme un adversaire à abattre coûte que coûte⁹⁵.

§1 : À qui la confidentialité s'impose-t-elle ?

La confidentialité s'impose non seulement à tous les avocats pratiquant le droit collaboratif mais également aux parties qui s'y engagent lors de la signature du protocole de droit collaboratif⁹⁶. De plus, si les circonstances requièrent l'intervention d'un expert, ce dernier est lié par la confidentialité et son avis est confidentiel⁹⁷. La charte d'adhésion au droit collaboratif va plus loin et mentionne une série de tiers pouvant être amenés à intervenir : « *les experts, consultants, médiateurs ou autres spécialistes éventuels* »⁹⁸. L'article 7 prévoit également une interdiction pour ces tiers de témoigner en justice et rappelle que les documents et informations qui ressortent de leur intervention sont couverts par la confidentialité, sauf si les parties en décident autrement.

§2 : Sur quoi porte-t-elle ?

L'article 1728 du Code judiciaire s'appliquant par analogie au droit collaboratif, on peut en déduire que la confidentialité, à l'instar de la médiation, porte sur tous les documents établis et

⁹⁴ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « 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 », *op. cit.*, p. 209 à 210.

⁹⁵ A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, *op. cit.*, p. 200.

⁹⁶ A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif, op.cit.*, p. 72.

⁹⁷ C. jud., art. 1744, §1^{er} et §2, 3°.

⁹⁸ Charte d'adhésion au droit collaboratif, art. 7.

les communications faites au cours du processus de droit collaboratif et pour les besoins de celui-ci.

La confidentialité porte par conséquent sur tout ce qui ressort oralement ou de manière écrite du processus à savoir tous les documents, toutes les informations, les discussions voire les réflexions qui prennent vie à travers le mécanisme. Le protocole de droit collaboratif contient la plupart du temps lui-même une obligation de divulgation volontaire d'informations dites « utiles » dans le chef des parties⁹⁹. Il est évident que de telles informations divulguées volontairement par les parties dans la recherche d'une issue à leur litige sont confidentielles et ne pourront être utilisées en cas d'échec du processus.

Précisons que, comme c'est le cas pour la médiation, les documents officiels ainsi que les documents que les parties peuvent obtenir par la voie légale ne sont pas couverts par la confidentialité et ne deviennent pas confidentiels du seul fait de leur production dans le cadre des négociations¹⁰⁰.

Au début des années 2000, le processus qu'est le droit collaboratif, jusque-là plutôt connu au Canada ou aux Etats-Unis, a commencé à attirer l'attention de quelques avocats belges qui ont, eux-aussi, très vite eu l'envie et l'ambition d'implanter ce mode alternatif dans notre pays. En 2007 et en 2009 naissent des questionnements quant au caractère confidentiel du droit collaboratif et à l'étendue qu'il convient de lui conférer et c'est dans cette réflexion qu'a débouché l'idée d'une confidentialité « *accrue et particulière* ». La charte d'adhésion instaure donc une confidentialité plus accrue que celle que l'on retrouve dans les dispositions légales¹⁰¹. Il s'agit ainsi d'une confidentialité renforcée qui demande de redoubler de prudence et de précautions. D'une part, cela suppose pour l'avocat de ne pas transmettre les pièces du dossier au client, ce dernier pouvant seulement en prendre connaissance lors des réunions ayant lieu physiquement et d'autre part, que les pièces en question sont revêtues de la mention « Confidentiel- Droit collaboratif » afin d'éviter tout doute ultérieur quant au caractère confidentiel de telle ou telle pièce¹⁰².

⁹⁹ Voy. C. jud., art. 1741, §1, 2° qui énonce que « *le principe que les parties, dans le contexte du droit collaboratif, doivent communiquer tous les documents et informations utiles à la résolution du litige et le principe qu'elles devront collaborer de manière loyale à la négociation collaborative* ».

¹⁰⁰ A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, op.cit., p. 51.

¹⁰¹ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « 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 », op. cit., p. 213.

¹⁰² A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, op.cit., p. 73.

En outre, la confidentialité accrue se traduit également par la consécration légale d'une obligation pour l'avocat de se retirer en cas d'échec des négociations¹⁰³. Cette obligation ne concerne pas seulement les avocats collaboratifs mais également les avocats travaillant avec eux, leurs associés ou collaborateurs¹⁰⁴. A contrario, en ce qui concerne la médiation, il est regrettable que les avocats des parties ne soient quant à eux pas tenus de se retirer en cas d'échec alors même qu'ils peuvent avoir assisté aux différentes séances de médiation¹⁰⁵. Est-il possible pour un avocat de plaider ultérieurement dans une procédure judiciaire classique en jouant l'amnésique, en extirpant de sa mémoire tout ce qu'il a entendu et observé lors de la médiation ? Rien n'est moins sûr. C'est ici le devoir de confidentialité et de loyauté de l'avocat qui sera mis à rude épreuve, tous deux étant pourtant indispensables au bon fonctionnement et à la réputation de la médiation.

Bien que nous désapprouvions cette dissemblance entre les deux MARC, nous tentons d'expliquer cette absence de retrait par deux raisons. Tout d'abord, l'état d'esprit du droit collaboratif est tel qu'il nécessite pour les parties et leurs avocats de travailler en « équipe ». Cela suppose d'établir un climat de partage et de confiance mutuelle dans lequel chacune des parties se sent à l'aise de faire part de ses ressentis et émotions dans l'objectif commun de trouver une solution à leur différend. L'instauration dans le temps d'un tel espace de collaboration et d'échanges rend inconcevable l'intervention ultérieure des avocats dans une procédure judiciaire classique car ceux-ci finiraient tôt ou tard par trahir quelqu'un qui leur avait jadis fait confiance¹⁰⁶. Inversement, les avocats présents en médiation seront, la plupart du temps, présents en tant que simples conseils, leur degré d'intervention étant nettement moins important que les avocats collaboratifs. Alors que la médiation est conçue comme une relation triangulaire dont les seuls acteurs principaux sont le médiateur et les parties, le droit collaboratif donne quant à lui une place importante aux avocats accompagnant les parties qui participent activement au processus et notamment à la prise de décisions. De plus, les avocats en droit collaboratif doivent préalablement avoir reçu une formation particulière ce qui prouve également que leur position n'est clairement pas comparable à celle des avocats en médiation qui, eux, n'ont aucune formation en la matière.

¹⁰³ C. jud., art. 1741, §1^{er}, 5°.

¹⁰⁴ A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, *op.cit.*, p. 74.

¹⁰⁵ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « 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 », *op.cit.*, p. 217.

¹⁰⁶ G. KUYPER, « Négociation raisonnée et droit collaboratif », *Jurim.*, 2014, n°1, p. 149.

Nous restons toutefois septiques quant au choix du législateur et estimons que ces deux raisons sont insuffisantes à justifier l'intervention ultérieure des avocats présents en médiation et par conséquent, à garantir la confidentialité des propos qui s'y sont échangés. Les avocats peuvent rester discrets lors des médiations, ne pas jouer le jeu mais tout de même obtenir une série d'informations pouvant leur servir à l'avenir. Évidemment cette obligation de déport serait loin de plaire aux avocats qui pourraient devenir réticents à promouvoir et recommander la médiation aux parties s'ils savent qu'en entrant dans le processus, ils ne pourront plus connaître ultérieurement du dossier. Anne-Marie Boudart parle à ce propos de choix car si l'on participe à une médiation c'est pour qu'elle fonctionne à fond et que notre participation contribue à ce fonctionnement, sans espérer continuer à intervenir dans une procédure où l'on sait que notre image du conflit sera faussée par les confidences exprimées lors du processus. Espérons que le législateur entende notre souhait et que, si la consécration de cette obligation de retrait venait à avoir lieu, les avocats reverront leurs priorités et seront avant tout guidés par l'envie de trouver un accord plutôt que de garder précieusement leurs clients.

Par ailleurs, le caractère renforcé de la confidentialité ressort également de l'article 6 de la Charte d'adhésion mais cette fois non pas dans l'hypothèse d'un échec des négociations mais dans celle de la poursuite du processus aux côtés d'un autre avocat. Dans ce cas, l'article énonce que *« en cas de succession de conseils pour une même partie, et uniquement dans le contexte de la poursuite du processus de droit collaboratif, l'avocat succédé communiquera à titre confidentiel son dossier de pièces et veillera à ce que les pièces communiquées revêtent expressément la mention « confidentiel - droit collaboratif » »*.

En bref, s'il arrive que les négociations ne portent pas leurs fruits et que les parties concluent malheureusement à l'échec du processus, les pièces, documents et informations constituant le dossier sont archivées par l'avocat collaboratif. C'est là qu'est le point fort de ce mode alternatif et que les termes « confidentialité accrue » prennent tout leur sens. Le dossier se referme entièrement et lesdits documents ne sont pas intégrés au dossier de la procédure contentieuse ultérieure ni même transmis aux conseils suivants¹⁰⁷. Les parties ont voulu utiliser un outil qui était à leur disposition pour résoudre leur litige mais les négociations n'ont pas abouti alors on recommence une procédure à zéro, sans que ce que l'on ait dit ou apporté au débat dans le cadre

¹⁰⁷ A.-M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 septembre 2020 : la procédure contentieuse restera le « plan B », obs. sous C.C, 24 septembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, n°4, p. 161.

des négociations puissent être utilisé et se retourner contre nous. Certains praticiens sont d'avis, et c'est aussi le nôtre, que cette obligation de retrait incite l'avocat à s'investir pleinement et simplement dans la recherche d'une solution amiable étant donné qu'il ne pourra plus connaître du litige des parties dans une procédure judiciaire classique¹⁰⁸.

Le désistement des avocats en cas d'échec du processus ainsi que l'engagement des parties à ne pas entreprendre ou poursuivre une procédure contentieuse le temps des négociations¹⁰⁹ illustrent l'exclusion radicale de toute perspective de procès faisant du droit collaboratif « *la forme la plus achevée de recherche d'une solution amiable d'un conflit* »¹¹⁰.

§3 : *La confidentialité est-elle d'ordre public ?*

L'article 1728 du Code judiciaire s'appliquant par analogie au droit collaboratif comme le soulève l'article 1745 §3, nous pouvons en déduire que les parties peuvent également s'accorder sur la levée de la confidentialité de tout ou partie du processus et de ce fait, la confidentialité ne peut être d'ordre public¹¹¹.

§4 : *Quid des éventuels abus de confidentialité ?*

Lors des réflexions qui ont précédé la consécration légale du processus de droit collaboratif, nombreux avocats craignaient que les parties fassent choix de ce mode alternatif dans l'unique but de détenir des informations qu'ils pourront ensuite utiliser en dehors du processus¹¹². C'est précisément cette crainte qui a mené à la mise en place d'une confidentialité accrue et renforcée dans ce domaine.

Section 3 : La conciliation judiciaire de droit commun

La conciliation peut prendre place dans différents domaines et malgré le fait qu'ils soient tous très intéressants et dignes de faire l'objet de longs développements, c'est sur la conciliation judiciaire de droit commun que notre attention va se porter. L'apparition de cette dernière est, il est vrai, loin d'être récente et même si de nombreux auteurs se sont déjà chargés de l'analyser

¹⁰⁸ D. CHAVAL, « Le droit collaboratif », *Une autre justice possible ? La médiation dans tous ses états*, T. Marchandise (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 293.

¹⁰⁹ C. jud., art. 1741, §1^{er}, 3^o.

¹¹⁰ P. DELMAS-GOYON, « Le juge du 21^{ème} siècle », disponible sur <http://www.justice.gouv.fr>, décembre 2013.

¹¹¹ P.-P. RENSON, « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *op.cit.*, p. 19.

¹¹² A.-M. BOUDART, *Droit collaboratif*, *op.cit.*, p. 73.

de fond en comble, les avancées grandissantes en la matière nous obligent à notre tour d'en redire un mot.

À la suite de la Révolution française, les justices de paix ont vu le jour. Bien que celles-ci avaient initialement pour visée de favoriser la conciliation, les juges de paix se sont progressivement vu élargir leurs prérogatives, ce qui était loin de plaire à tout le monde¹¹³. La procédure a finalement été institutionnalisée par le Code judiciaire de 1967¹¹⁴ et le législateur, par le biais de l'article 731 du Code judiciaire, a donné pour mission au juge de concilier les parties, mission allant au-delà de sa fonction traditionnelle de juger et corrélativement, de trancher le litige. Cette mission s'inscrit dans la volonté du législateur de promouvoir les différents modes amiables de résolution des litiges, volonté devenue souhait exhaussé depuis l'adoption de la loi du 18 juin 2018. Toutefois, la promotion et le développement si souhaité des modes alternatifs aux procès classiques s'étant concrétisés, il est étonnant que la conciliation, elle, se voit dépourvue de dispositions garantissant sa confidentialité et son impartialité.

§1 : Absence totale de confidentialité ?

Comme cela a déjà été énoncé dans les premières lignes de ce deuxième titre, le législateur n'a pas souhaité rendre confidentielle la conciliation opérée par le juge de droit commun. Vous devez vous dire, pourquoi se pencher sur un mode alternatif qui n'est pas confidentiel alors que c'est précisément cette caractéristique qui est au centre du présent mémoire ? En réalité, nous contenter d'affirmer purement et simplement que la conciliation n'est pas confidentielle serait une grave erreur, notamment eu égard aux actualités en la matière, nous y reviendrons.

Bien que le législateur ait fini par garantir la confidentialité des conciliations instaurées en matière familiale¹¹⁵, il ne semble pas décidé à continuer sur sa lancée en ce qui concerne les conciliations judiciaires de droit commun malgré les propositions qui ont été faites en ce sens il y a quelques années déjà¹¹⁶. Qu'il s'agisse d'une éviction volontaire ou d'un simple oubli,

¹¹³ D. CHEVALIER, « La conciliation préalable de droit commun : un « Marc » à part entière ? », *J.T.*, 2019, n°11, p. 223.

¹¹⁴ D. CHEVALIER, *ibidem*, p. 223.

¹¹⁵ C. jud., art. 1253ter/1, §3, al. 6

¹¹⁶ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, *Doc.*, Sén., 2004-2005, n°3-903/1 ; Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne un mode alternatif de règlement des litiges, *Doc.*, Sén., 2011-2012, n°5-1457/1.

essayons de dresser les principales raisons qui pourraient dissuader le législateur de lui conférer un tel caractère confidentiel.

En guise de rappel, la publicité des débats est un principe cardinal assortissant le procès civil¹¹⁷ et visant à garantir au justiciable le droit à un procès équitable¹¹⁸. La conciliation fait partie intégrante de la procédure civile de sorte qu'elle n'a, à son tour, été imaginée que de manière publique. Néanmoins, les choses se compliquent lorsque la situation des parties nécessite pour le juge de mettre en place des chambres de conciliation ou d'organiser des réunions de conciliation. La tentative de conciliation doit-elle avoir lieu en audience publique ou à huis clos en chambre du conseil ? Selon Bénédicte Inghels, il n'y a pas de pratique universelle et au contraire, les pratiques varient en fonction du juge concerné¹¹⁹. Elle estime toutefois que le juge doit veiller à une certaine publicité, en laissant la porte ouverte par exemple¹²⁰. Quoi qu'il en soit, le juge doit respecter l'éventuelle décision des parties de procéder à la conciliation en audience publique, même s'il est intimement convaincu que l'inverse serait plus propice à l'objectif de concilier les parties¹²¹.

En outre, on remarque une tendance du législateur à vouloir discerner expressément conciliation et médiation. Il est vrai que les deux pratiques sont souvent confondues dans l'esprit des justiciables mais en réalité, elles se distinguent à bien des égards. Cet écart semble être volontaire et se marque au sein même du Code judiciaire. La médiation, non seulement confidentielle mais dérogeant également de manière occasionnelle, notamment durant les caucus, au principe du contradictoire gouvernant le procès civil, conforte certainement le législateur dans son choix. En intégrant dans l'article 731 que le juge peut être saisi de toute demande principale introductive d'instance à fin de conciliation « *sans préjudice des articles 1724 à 1737* », articles qui concernent expressément la médiation, le législateur souhaite faire une distinction claire entre les deux modes alternatifs. Sans compter que l'article 298 prévoit quant à lui que le juge ne peut être médiateur.

Il relève de la mission du juge de concilier les parties, c'est une fonction inhérente à celle de juger. Le médiateur quant à lui, n'a pas une telle autorité et se voit au contraire dépourvu de

¹¹⁷ Const., art. 148.

¹¹⁸ C.E.D.H., art. 6.

¹¹⁹ B. INGHELS, « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *J.T.*, 2021, n°7, p. 132.

¹²⁰ B. INGHELS, *ibidem*, p. 132.

¹²¹ B. INGHELS, *ibidem*, p. 132.

tout pouvoir décisionnel. Le Conseil supérieur de la Justice estime que la médiation est un processus devant permettre aux parties de communiquer de manière confidentielle en vue de trouver une issue à leur litige. Toutefois, cette obligation de confidentialité entrerait en conflit avec une autre obligation qui repose sur le juge, à savoir l'obligation ressortant de l'article 29 du Code d'instruction criminelle lui imposant de dénoncer tout fait qu'il apprendrait et qui pourrait être constitutif d'une infraction. Le Conseil fait part de sa désapprobation à prévoir une exception à ce principe en faveur du juge car cela reviendrait selon lui à créer « *une apparence de possible complicité de ce juge avec les auteurs de faits délictueux et à terme, cette situation est de nature à ravalier l'autorité attachée à la fonction juridictionnelle* »¹²².

Cette situation est selon nous critiquable et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, force est de constater qu'entre conciliation et jugement, il n'y a qu'un pas. Le juge qui essuie un échec dans sa mission de concilier les parties ne voit pas son intervention prendre fin car hélas, c'est également lui qui devra trancher leur différend. En effet, il n'y a aucune incompatibilité légale entre le rôle de conciliateur et celui de juge¹²³ et cette question avait d'ailleurs été tranchée, en ce qui concerne les juges de paix, par la Cour de cassation qui estime que le juge présente encore toutes les garanties d'impartialité nécessaires pour connaître du litige en cas d'échec de conciliation¹²⁴. Certains tentent d'expliquer ce choix par l'absence de prise de décisions contraignantes dans le chef du juge qui ne serait en réalité présent que dans le but d'aider les parties à communiquer et les accompagner dans le choix d'une solution sans y mêler tous les coûts et la lenteur que les procès classiques engendrent. La doctrine estime que le juge conserve sa fonction de juger après un échec dans la conciliation des parties « *pour autant qu'il s'en préserve dans son attitude personnelle* »¹²⁵. Cela revient à circonscrire sa liberté d'agir lors de l'exercice de sa mission de conciliation afin de ne pas heurter son obligation d'impartialité.

Quand bien même l'objectif n'est pas ici de se questionner sur la nécessité de consacrer légalement une incompatibilité entre les deux fonctions, l'impartialité du juge pose question mais pas seulement. Comment expliquer ce choix du législateur alors même qu'en ce qui concerne la médiation ou encore le droit collaboratif, il a souhaité les rendre confidentiels

¹²² Conseil supérieur de la Justice, « Avis relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure », disponible sur <https://csj.be/fr/>, 9 octobre 2002.

¹²³ B. INGHELS, *op.cit.*, p. 132.

¹²⁴ Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 1993, *Pas.*, 1993, p. 626.

¹²⁵ B. INGHELS, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *Droit bancaire et financier*, vol. 2, M. Grégoire et V. de Francquen (dir.), Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1310.

notamment afin de dissiper toute crainte des parties quant à l'éventuelle divulgation et l'utilisation ultérieure de leurs informations ? Il y a un risque que les parties, sachant que le juge aura à connaître de leur différend en cas d'échec de la tentative de conciliation, n'osent pas se livrer entièrement de peur d'influencer sa position et la vision qu'il a des parties¹²⁶. Comment vider son sac sereinement dans la recherche d'une solution si l'on sait que l'on peut utiliser les informations ressortant des débats contre nous en cas d'échec de la conciliation ?

Rien n'empêche toutefois les parties de s'accorder elles-mêmes sur le caractère confidentiel de la conciliation qui les concerne. Elles veilleront alors à retranscrire clairement et expressément leur accord dans un écrit acté par le greffe et à éventuellement prévoir diverses sanctions pouvant s'inspirer de l'article 1728 applicable à la médiation, cet accord faisant loi entre les parties selon l'article 1134 du Code civil¹²⁷. Il s'agit d'une confidentialité que l'on peut qualifier de contractuelle, un contrat naissant de la volonté unique des parties et le juge ne peut en aucun cas décider d'office du caractère confidentiel de la conciliation dont il a à connaître¹²⁸. Cependant il est évident que dans l'hypothèse d'une telle confidentialité contractuelle, le juge ayant procédé à la conciliation des parties, au risque de perdre toute impartialité, ne pourra plus connaître du fond du litige si ce mode alternatif se révèle in fine infructueux¹²⁹.

Il est indéniable que la conciliation judiciaire ne pourrait tirer que des bienfaits de la consécration de son caractère confidentiel et que les parties et les magistrats seront plus enclins à rechercher activement une solution amiable sans que flotte dans les airs la crainte que soient dévoilés leurs propos. La solution pourrait être de s'inspirer des règles applicables aux chambres de règlement amiable et d'en instaurer au sein de toutes les juridictions, le succès grandissant de ces chambres n'étant plus à démontrer¹³⁰. Et si notre vœu s'était réalisé plus vite que prévu ?

§2 : Le troisième avant-projet de loi « visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme » : un rêve devenu (presque) réalité ?

¹²⁶ E. JEAMMIN-PETIT, « Le juge et l'esprit de conciliation », *Ius & Actores*, 2009, n°1, p. 96.

¹²⁷ P.-P. RENSON, « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *op.cit.*, p. 15.

¹²⁸ B. INGHELS, « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *op.cit.*, p. 132.

¹²⁹ B. INGHELS, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *op.cit.*, p. 1309.

¹³⁰ Le taux de réussite des conciliations se chiffrait à près de 90% malgré le fait que la pratique rencontre encore trop souvent des renvois au rôle en raison de l'absence de manifestations des parties ou de leur refus de tenter la conciliation. S. FRANKIGNOUL et P. DHAeyer, « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : bilan après 2 ans », *J.M.A.*, 2023, n°1, p. 45.

Nous voulions du changement et nous sommes servis puisqu'en janvier 2023 a été adopté le troisième avant-projet de loi « *visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III* »¹³¹ et ce dernier n'a, pour notre grand bonheur, pas laissé de côté la conciliation. La Commission d'avis et d'enquête du Conseil supérieur de la Justice (ci-après « CSJ ») a décidé de rendre un avis d'office sur cet avant-projet. Toutefois, par manque de temps, le CSJ a limité son analyse à certains points et le chapitre 3 portant sur les modifications du Code judiciaire n'en fait pas partie. Dans son avis qui a en outre été approuvé par l'Assemblée générale du CSJ le 17 février 2023, le Conseil précise que son analyse centrée sur certains points ne signifie pas qu'elle soutient tous les autres et elle se réserve d'ailleurs le droit de rendre ultérieurement et le cas échéant un avis plus détaillé sur ceux-ci¹³². Quoiqu'il en soit, nous nous réservons le droit de l'analyser en son état actuel malgré les modifications qui pourraient y être ultérieurement apportées.

L'avant-projet vise entre autres à modifier la structure du Code judiciaire notamment au niveau des articles 730/1 et suivants. Cet article prendra toujours place dans la quatrième partie du Code, livre II, titre II, chapitre 1^{er} comme c'est déjà le cas actuellement mais cet article composera désormais la première section intitulée « *Section première. Disposition générale* »¹³³. La deuxième section est quant à elle spécifiquement réservée à la conciliation et reprend non seulement les articles 731 à 734 actuels (sous réserve de quelques suppressions et reformulations) mais en insère également des nouveaux entre ceux-ci.

Mais ce qui nous intéresse par-dessus-tout dans le cadre de ce mémoire et qui donne un véritable tournant à la conciliation judiciaire est la troisième section dont les dispositions sont consacrées à la chambre de règlement amiable (la « CRA »). Nous sommes aujourd'hui sur la voie d'une véritable reconnaissance légale du législateur qui permettrait de définir clairement le cadre et les limites de telles chambres et de récompenser tous les magistrats se démenant depuis des années afin que cette consécration voie le jour. La présente analyse se concentre sur la CRA

¹³¹ Avant-projet de loi visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III, communiqué par J.-F. Van Drooghenbroeck le 31 mars 2023 (ci-après, « l'avant-projet »).

¹³² Conseil supérieur de la Justice, « Avis relatif à l'avant-projet de loi visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III », disponible sur <https://csj.be/fr>, 17 février 2023.

¹³³ Avant-projet, art. 20.

en tant que chambre de conciliation mais il est important de souligner qu'elles peuvent en outre servir de lieu de négociations ou de médiation¹³⁴.

Au-delà des chambres instaurées par le Code judiciaire en matière familiale, nous pouvons constater que diverses juridictions, dans la poursuite de l'objectif de promotion des modes alternatifs et sans attendre l'intervention du législateur, se sont dotées de chambres de règlement amiable. C'est notamment le cas pour le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles qui compte désormais en son sein une chambre de règlement amiable dont l'ordonnance prévoit la confidentialité des conciliations s'y déroulant¹³⁵. Précisons, à titre non-exhaustif et sans malheureusement pouvoir analyser le fonctionnement de chacune, que de telles chambres ont également vu le jour au sein de la Cour d'appel de Bruxelles¹³⁶, de la Cour d'appel de Mons¹³⁷, du Tribunal de l'entreprise de Gand¹³⁸, du Tribunal du travail francophone de Bruxelles¹³⁹ et du tribunal de première instance francophone de Bruxelles pour les affaires civiles et de saisies malgré le fait qu'il n'existe pas encore, à l'heure actuelle, d'ordonnance constitutive de cette chambre¹⁴⁰.

Faisons un petit saut dans le temps pour rappeler brièvement les (longues) étapes avant l'arrivée de ce fameux avant-projet de loi venant changer la donne.

La mise en place de chambres de règlement amiable a émergé il y a de ça plus de 10 ans, par une proposition d'amendement datant de juin 2011 et visant à instaurer une chambre de conciliation dans chaque tribunal de première instance et dans chaque Cour d'appel¹⁴¹. De fait, l'idée initiale n'était pas d'attribuer tous les bienfaits de ces chambres aux seules juridictions familiales. Toutefois, le législateur n'a pas hésité à n'en faire qu'à sa tête et a contre toutes

¹³⁴ A. DEJOLLIER, « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : une initiative prétorienne pleine de promesses », *J.T.*, 2021, n°32, p. 651.

¹³⁵ A. DEJOLLIER, *ibidem*, p. 652.

¹³⁶ A.-S. FAVART et L. MASSART, « Création d'une chambre de conciliation à la Cour d'appel de Bruxelles », *Le pli jur.*, 2021, n°56, p. 49 à 51.

¹³⁷ A. DEJOLLIER, *op.cit.*, p. 650.

¹³⁸ V. VERSPECHT, W. VANDENBUSSCHE et P. Taelman, « Groeiende aandacht van de magistratuur voor de minnelijke oplossing van geschillen : een casestudy van de schikkingskamer in de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent », *R.D.J.P.*, Bruxelles, Kluwer, 2022, n°4, p. 160 à 180.

¹³⁹ Ordonnance portant création d'une chambre de règlement amiable au sein du Tribunal du travail francophone de Bruxelles, disponible sur <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/fr>, 16 février 2021.

¹⁴⁰ G. KNOPS et F. LAUNE, « Actualités en matière de médiation et de conciliation civile et commerciale : évaluations statistiques au sein des juridictions bruxelloises et aspects procéduraux », *Actualités de droit judiciaire*, S. Menétrey (dir.), 1^{er} éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 131.

¹⁴¹ Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, amendements, *Doc., Ch.*, 2010-2011, n° 53-0682/010, p. 6.

attentes, lors de l'adoption de la loi du 30 juillet 2013, modifié l'article 731 du Code judiciaire en y insérant un alinéa prévoyant que : « *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* »¹⁴². Les alinéas suivants exposaient quant à eux les modalités applicables à ces chambres dans un contentieux spécifique qu'est le droit de la famille, dans un article consacré normalement à la procédure de droit commun s'adressant par définition à tous les magistrats...

Moins d'un an après l'adoption de la loi du 30 juillet 2013, une seconde loi a été adoptée dans le but de lui apporter des corrections et d'y faire l'un ou l'autre ajouts. Aucune modification spectaculaire du côté de l'article 731, si ce n'est quelques allègements des formalités de renvoi devant la CRA¹⁴³.

Vient alors la loi du 18 juin 2018. Cette dernière ayant pour but premier la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits, elle a inséré dans le Code judiciaire un nouvel article 730/1 missionnant le juge de favoriser en tout état de la procédure un mode de résolution amiable des litiges. Ce dernier est suivi d'un tout nouvel article 731, tel que nous le connaissons aujourd'hui. Cet article énonce désormais en son premier alinéa qu'« *il entre dans la mission du juge de concilier les parties* ». Nombreuses de ses anciennes dispositions, dont celles concernant la CRA, ont par ailleurs disparu. En effet, les anciens alinéas 2 et 5 à 10 de l'article 731 traitant du préalable de la conciliation en matière familiale auprès de la CRA prennent désormais place à l'article 1253ter/1 dont le troisième paragraphe leur est réservé et ce, suite à l'adoption de la loi du 15 juin 2018¹⁴⁴.

Il est naturel de se demander : pourquoi une telle différence de traitement ? Les dispositions des articles 730/1, §2, alinéa 1^{er} et 1253ter/, §2, alinéa 1^{er} étant assez similaires, le Service juridique s'est même demandé si elles n'avaient finalement pas un double emploi. Question à laquelle le ministre de la Justice a répondu par la négative en spécifiant que l'article 730/1 du Code judiciaire concerne le droit commun alors que « *la proposition de loi vise à instaurer une*

¹⁴² Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013, art. 151.

¹⁴³ Loi du 8 mai 2014 portant modification et coordination de diverses lois en matière de Justice, *M.B.*, 14 mai 2014, art. 66.

¹⁴⁴ Loi du 15 juin 2018 modifiant l'article 375bis du Code civil, et les articles 1253ter/1, 1253ter/3 et 1253quater du Code civil, *M.B.*, 2 juillet 2018, art. 4.

réglementation similaire, mais légèrement adaptée, spécifiquement pour les affaires familiales »¹⁴⁵. Il explique cette distinction par le fait que la comparution des parties est obligatoire dans certains cas en matière familiale et par conséquent, le juge de l'audience d'introduction *doit* examiner la possibilité d'un règlement à l'amiable. A contrario, en droit commun, la comparution personnelle des parties n'est pas obligatoire de sorte que le juge *peut*, mais ne doit pas, examiner cette possibilité. Précisons toutefois que le législateur laisse la possibilité au juge d'ordonner la comparution personnelle des parties à cette fin¹⁴⁶. Il finit également par nous donner la principale différence entre les deux dispositions à savoir qu'« *en outre, il n'existe de chambre de règlement amiable qu'en matière familiale. Le droit commun ne renvoie donc pas à cette possibilité* ». L'objet de ce mémoire n'étant pas de s'attarder sur les règles applicables en droit familial, retenons que les articles 1253*ter*/1 et suivants constituent des dispositions spécifiques qui dérogent donc à l'article 730/1 relevant quant à lui du droit commun de la procédure civile¹⁴⁷.

Et c'est ainsi que nous arrivons quelques années plus tard, après un parcours semé d'embûches et d'incompréhensions, à l'avant-projet. Voyons ce que celui-ci nous réserve.

Les dispositions relatives à la CRA prendraient désormais place aux nouveaux articles 734/1 et suivants. L'article 734/1 serait rédigé comme suit :

« § 1er. Les affaires peuvent être soumises à fin de conciliation à la chambre de règlement à l'amiable et sont introduites conformément à l'article 731/1 ou y sont fixées conformément à l'article 733/1. Les parties sont convoquées conformément à l'article 732.

§ 2. À la demande des parties ou s'il l'estime utile, le juge peut également ordonner, tout au long de l'instance, le renvoi de la cause à la chambre de règlement à l'amiable du même tribunal ou de la même cour, par simple mention au procès-verbal de l'audience (...) ».

Nous remarquons que cet article est pratiquement identique à l'article 1253*ter*/1 instituant des chambres de règlement à l'amiable en matière familiale. La CRA, si l'avant-projet venait à se

¹⁴⁵ Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, discussion des articles et votes, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°54-2919/009, p. 45.

¹⁴⁶ C. jud., art. 730/1, §2.

¹⁴⁷ A. DEJOLLIER, « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolutions des litiges : des hauts et débats », *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, J. Sosson (dir.), 1^{er} éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 245.

concrétiser et à prendre la forme d'une véritable loi, serait désormais consacrée dans les articles relatifs au droit commun de la procédure civile ce qui permettrait d'instaurer de telles chambres dans la plupart des cours et tribunaux traitant des matières familiales mais également civiles et commerciales¹⁴⁸. Les juridictions familiales n'auraient donc plus le monopole (en tous cas légal) sur ces chambres de sorte que l'article 1253ter/1 verrait son paragraphe 3 consacrant les CRA en matière familiale abrogé et le paragraphe 2 ne renverrait par conséquent plus au paragraphe 3 mais aux nouveaux articles 734/1 à 734/4.

Ces chambres présentent de nombreux avantages dont notamment la confidentialité de leur déroulement. L'avant-projet propose d'insérer un tout nouvel article 734/4¹⁴⁹ prévoyant que :

« § 1er. 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 ».

Est-il nécessaire de préciser en quoi cet article est selon nous une véritable aubaine ? La confidentialité étant au centre de ce mémoire, nous n'avons pas manqué d'en décrire les mérites maintes fois. Rappelons que la conciliation judiciaire de droit commun, pour toutes les raisons qui ont été explicitées dans la section précédente, est dépourvue de caractère confidentiel. La publicité de ces conciliations est à notre sens plus que regrettable et antinomique à la volonté grandissante du législateur de voir les modes alternatifs prendre toujours plus d'ampleur. De fait, l'absence de confidentialité peut être un frein pour les parties à se livrer sereinement dans le cadre d'une tentative de conciliation de sorte que leurs chances de régler amiablement leur litige sont minces. Il va sans dire que les langues se délieront plus facilement dans le cadre sécurisé qu'est la chambre du conseil en dehors de laquelle ne pourront sortir aucune des informations ressortant des échanges entre les parties. Ces dernières seront donc plus enclines à échanger et à travailler ensemble à la recherche d'une solution dès lors qu'elles savent que leurs propos ne passeront pas le pas de la porte de cette chambre. Alice Dejollier explique d'ailleurs que le caractère confidentiel conditionne le succès et l'efficacité des chambres,

¹⁴⁸ Avant-projet de loi visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III, exposé des motifs, p. 18, communiqué par J.-F. van Drooghenbroeck le 31 mars 2023.

¹⁴⁹ Avant-projet, art. 32.

permettant de pallier l'inconvénient majeur des conciliations judiciaires à savoir la publicité des audiences qui « *empêche certains magistrats et justiciables de s'y adonner pleinement* »¹⁵⁰.

En sus, les conciliations ayant lieu en séances plénières, souvent appelées conciliations « de l'instant », s'étalent généralement sur 15 minutes en raison de la charge des calendriers des audiences du tribunal¹⁵¹. Il est évident qu'un différend opposant les parties, même si celui-ci n'est pas forcément profond, sera difficilement réglable en si peu de temps et dans de telles conditions peu intimes. A contrario, les conciliations se déroulant en chambre de règlement amiable concentrent plus longtemps leur attention sur les parties concernées¹⁵² qui se sentent écoutées et sécurisées par l'espace confidentiel leur étant consacré.

Par ailleurs, l'article prévoit en son paragraphe quatre l'interdiction pour les juges siégeant à la CRA de siéger dans les autres chambres du tribunal ou de la cour s'ils ont antérieurement pris connaissance du dossier à fin de conciliation, à l'instar de ce qui existait déjà en matière familiale¹⁵³. Il s'agit ici encore d'un atout majeur de ces chambres qui, en instaurant une telle interdiction, garantissent l'impartialité du juge qui pourrait assurément être compromise s'il était autorisé à connaître ultérieurement des dossiers qui se sont soldés par un échec de conciliation. Cela est facilement compréhensible eu égard au rôle et à la posture du juge-conciliateur qui prend activement part à la recherche d'une solution amiable en donnant notamment des avis et des conseils aux parties¹⁵⁴.

Précisons que l'avant-projet vise également à consacrer officiellement la possibilité de recourir aux caucus¹⁵⁵ dans le cadre des conciliations tenues par la CRA pour autant que les parties marquent leur accord à cet effet. Malgré le fait que les apartés étaient d'ores et déjà d'usage dans les chambres de règlement amiable de certains cours et tribunaux¹⁵⁶, il était souhaitable que le législateur en dise un mot afin d'éviter l'apparition de pratiques divergentes dont le justiciable aurait souffert. Nous remarquons d'ailleurs que les différences se faisaient déjà

¹⁵⁰ A. DEJOLLIER, « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : une initiative prétorienne pleine de promesses », *op.cit.*, p. 652.

¹⁵¹ A. DEJOLLIER, *ibidem*, p. 654.

¹⁵² Le temps accordé varie malheureusement en fonction de la juridiction concernée : environs soixante minutes pour le tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles et nonante minutes pour la Cour d'appel de Bruxelles. Voy. A. DEJOLLIER, « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : une initiative prétorienne pleine de promesses ! », *op.cit.*, p. 654 ; A. FAVART et L. MASSART, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵³ C. jud., art. 79, al. 8.

¹⁵⁴ G. KNOPS et F. LAUNE, *op.cit.*, p. 145.

¹⁵⁵ Pour un examen plus approfondi des caucus en tant que tels, voy. chapitre 5 du présent mémoire.

¹⁵⁶ A. FAVART et L. MASSART, *op. cit.*, p. 50.

ressentir puisqu'alors que la chambre francophone de la Cour d'appel de Bruxelles permet la mise en place de caucus, il en est différemment pour la chambre néerlandophone qui s'y refuse¹⁵⁷.

Cet avant-projet représente sans nul doute un soulagement pour les partisans des MARC et de leur amélioration continue. Bien que la conciliation judiciaire en tant que telle ne soit à l'heure actuelle toujours pas vouée à devenir confidentielle, la chambre de règlement amiable permet de venir contrebalancer les inconvénients majeurs découlant de la publicité de telles conciliations en offrant, en tous cas à ceux qui acceptent de s'y adonner, un espace confidentiel destiné à concilier les parties. Cette concentration des dispositions concernant la CRA dans les dispositions générales de droit commun permet de lui offrir un cadre clair et précis mais surtout commun à l'ensemble de ces chambres.

Malgré le courage et la détermination sans faille de certains magistrats s'efforçant peu à peu d'en instaurer d'initiative au sein de leurs juridictions, nous pouvions craindre que surgissent de ces initiatives prétoriennes des pratiques quelques peu divergentes mettant à mal la sécurité juridique et l'égalité de traitement des justiciables. Le législateur a désormais l'opportunité de briser nos inquiétudes en permettant à cet avant-projet de devenir réalité. Cela devrait selon nous être le cas puisqu'il permettrait d'octroyer davantage de légitimité et par conséquent d'ampleur et de triomphe aux chambres de règlement à l'amiable, cet objectif s'inscrivant sans aucun doute dans la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits qui est celui du législateur depuis déjà plusieurs années maintenant. Encore faut-il voir comment il sera appliqué en pratique...

Chapitre 3 : La confidentialité connaît-elle des dérogations ?

Bien que son caractère indispensable ne soit plus à prouver, la confidentialité est loin d'être absolue et peut effectivement connaître diverses dérogations. La confidentialité a été pensée et mise en place dans l'intérêt des parties mais il n'en demeure pas moins qu'elle reste un choix des parties. Si celles-ci ne souhaitent pas sécuriser l'espace des négociations et se sentent libre de s'exprimer pleinement sans que certains de leurs propos ne soient couverts par le sceau de confidentialité, qui pourrait les y contraindre ? Nous insistons sur la place centrale donnée aux

¹⁵⁷ G. KNOPS et F. LAUNE, *op.cit.*, p. 144.

individus ayant recours aux modes alternatifs et leur fonctionnement visant à laisser les parties maîtres de leur conflit. Cette position centrale suppose de les laisser prendre les décisions qui leur semblent adéquates quant à la manière de parvenir à une solution amiable.

La confidentialité n'étant pas absolue, un état de nécessité, à savoir une situation dans laquelle une personne doit commettre une infraction pour éviter un péril grave et imminent, peut justifier que l'on y déroge moyennant le respect de strictes conditions¹⁵⁸. Si le médiateur se rend compte que les parties s'apprêtent à commettre une infraction, il doit en tout cas mettre un terme à son intervention et pourrait être amené à devoir dénoncer les faits au parquet en fonction des circonstances. En bref, s'il s'agit bel et bien d'un état de nécessité, il devra en sus dénoncer les faits au parquet tandis que s'il n'y a aucun état de nécessité, il peut se contenter de mettre un terme à son intervention sans devoir faire part à la juridiction saisie, s'il y en a une, des motifs accompagnant son retrait¹⁵⁹.

En outre, l'article 458bis du Code pénal autorise les personnes dépositaires de secrets, par état ou par profession, à enfreindre la confidentialité et leur secret professionnel afin d'informer le procureur du Roi qu'une infraction a été commise à l'égard d'un mineur ou d'une personne vulnérable.

La confidentialité, bien qu'elle représente à nos yeux un pilier de certains modes amiables allant même parfois jusqu'à conditionner leur réussite, fait selon nous l'objet de dérogations quotidiennes. Dérogations pouvant être certes, minimales, mais dérogations quand même. Ne serait-il pas un peu naïf de considérer que, puisque la confidentialité est pensée avant tout dans leur intérêt et qu'elles signent un protocole, les parties respectent à la lettre cette obligation de confidentialité ? Il est évident que les parties elles-mêmes peuvent être amenées à partager certaines informations confidentielles avec leurs proches, notamment pour se décharger d'un poids et faire part de cette expérience pouvant être riche en émotions et honnêtement, nous peinons à croire que nous agirions différemment dans cette situation. Les médiateurs ou avocats collaboratifs peuvent également partager certaines informations avec d'autres professionnels et connaissances dans le but de requérir des avis et des conseils sur la situation, sans pour autant dévoiler le nom des parties. Nous sommes d'avis que même s'il peut y avoir une forme « d'hypocrisie » autour de la confidentialité, cette dernière ne doit pas être poussée à son

¹⁵⁸ P.-P. RENSON, « La médiation civile », *op.cit.*, p. 26.

¹⁵⁹ P.-P. RENSON, « La médiation et les conflits de voisinage », *op.cit.*, p. 162.

extrême et doit pouvoir faire l'objet d'aménagements, à condition que ceux-ci participent au bien-être des parties.

Anne-Marie Boudart a pris le pli de questionner expressément les parties à ce sujet : « *avez-vous des personnes à qui vous parlez des négociations ? Des personnes qui vous conseillent ?* ». Dans le cadre d'un dossier, une partie vivait une situation très difficile et ressentait le besoin de se faire conseiller par des proches, à savoir son père et son oncle. Madame Boudart permet cela pour autant que les parties expriment leur accord quant à la divulgation de certains éléments car elle estime, à juste titre, que ces aménagements sont faits dans l'aide du processus et qu'il faut parfois pouvoir donner des appuis à une personne pour qu'elle puisse prendre des décisions et faire avancer le processus¹⁶⁰.

Chapitre 4 : Quelles sont les sanctions applicables ?

La confidentialité est un pan à ce point important de la médiation et du droit collaboratif qu'elle doit évidemment se voir assortir des sanctions visant à la rendre la plus efficace possible, sans quoi la pratique connaîtrait de nombreuses infractions à ce devoir et lèserait les parties.

Le Code judiciaire prévoit deux types de sanctions civiles en son article 1728 §4. D'une part, tous documents ou informations couvertes par la confidentialité, obtenues de manière illégitime et divulguées par une partie dans tout type de procédure seront d'office écartées des débats et ce, même en cas d'échec de la médiation¹⁶¹. L'écartement des débats pose toutefois question car bien que le juge les écarte, il en a tout de même antérieurement pris connaissance¹⁶².

D'autre part, même si la preuve de la violation de la confidentialité peut être aisée à rapporter dans certains cas (si les documents étaient prudemment marqués par un cachet confidentiel par exemple), il n'est au contraire pas toujours simple d'évaluer et de fixer la sanction adéquate¹⁶³. La loi permet alors au juge de se prononcer en équité sur l'octroi de dommages et intérêts ainsi que sur leur hauteur. L'évaluation du dommage en équité s'explique par l'impossibilité, dans le cadre de la violation de l'obligation de confidentialité ou de secret, d'évaluer réellement la

¹⁶⁰ Annexe, p. 74.

¹⁶¹ A. BRIDOUX, *op.cit.*, p. 205 ; P.-P. RENSON, « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *op.cit.*, p. 38.

¹⁶² Annexe, p. 78.

¹⁶³ B. INGHELS, « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *op.cit.*, p. 1313.

« valeur » du dommage. L'équité est un mode d'évaluation du dommage consacré par la Cour de cassation : *« le juge du fond apprécie en fait l'existence d'un dommage causé par un acte illicite et le montant destiné à le réparer intégralement ; il peut recourir à une évaluation ex æquo et bono s'il indique la raison pour laquelle le mode de calcul proposé par la victime ne peut être admis, et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage tel qu'il l'a caractérisé »*¹⁶⁴.

De surcroît, le médiateur agréé étant soumis à un Code de déontologie prévoyant expressément l'obligation de confidentialité du dossier, il pourrait naturellement se voir imposer des sanctions disciplinaires, sanctions étant la conséquence logique de son entrave à ses obligations déontologiques. En l'espèce, les parties, si elles s'estiment lésées par les manquements commis par un médiateur, peuvent introduire une plainte auprès de la CFM¹⁶⁵. Si cette dernière la considère recevable, elle ouvre une procédure dans laquelle les intéressés doivent comparaître devant la commission. Précisons que même dans ces circonstances, le plaignant ou le médiateur peut solliciter une solution amiable¹⁶⁶. À l'issue de cette procédure, le médiateur, en fonction de la gravité de son manquement, pourra se voir imposer diverses sanctions telles qu'un avertissement, une réprimande, un stage dont la durée et les modalités sont fixées par la commission, l'exercice exclusif de sa profession en co-médiation ainsi qu'une suspension allant jusqu'à un an¹⁶⁷. Dans l'hypothèse où ces sanctions ne suffiraient pas à résorber le préjudice subi par le plaignant, la violation du médiateur peut se solder par un retrait d'agrément¹⁶⁸.

La charte d'adhésion étant introduite au sein du code de déontologie de l'avocat, les avocats collaboratifs peuvent bien entendu également être sanctionnés disciplinairement en cas de manquement à leurs obligations.

Les faits peuvent également être tels qu'ils nécessitent l'ouverture d'une information ou d'une instruction pénale. Toutefois, et pour autant qu'il n'y ait aucune incompatibilité avec une

¹⁶⁴ Cass. (2^e ch.), 22 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 986.

¹⁶⁵ Règlement de procédure de la Commission disciplinaire et de traitement des plaintes du 29 septembre 2020, *M.B.*, 29 avril 2021, art. 8 (ci-après « règlement de procédure »).

¹⁶⁶ Règlement de procédure, art. 13.

¹⁶⁷ C. jud., art. 1727/5, §4 ; Règlement de procédure, art. 20.

¹⁶⁸ P.-P. RENSON, « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *op. cit.*, p. 27.

décision judiciaire pouvant intervenir ultérieurement, l'information ou l'instruction pénale n'empêche pas la mise en place d'une sanction disciplinaire¹⁶⁹.

Aussi strict que cela puisse paraître, si le médiateur est également avocat, rien n'empêche que celui-ci encourt plusieurs sanctions pour la même faute, le principe non bis in idem ne s'appliquant pas en l'espèce¹⁷⁰. Cet avocat pourrait donc se voir imposer une suspension devant la CFM et une autre peine devant le Conseil de discipline auxquels nous pouvons également rajouter des poursuites pénales et des condamnations au civil¹⁷¹.

Précisons que les sanctions ne s'appliquent pas qu'au médiateur, l'article 1728 spécifiant que les juges et arbitres statuent en équité « *en cas de violation de l'obligation de confidentialité ou de secret par les personnes qui y sont tenues en vertu de la présente disposition* ». Sont donc visés non seulement le médiateur mais également les conseils des parties ainsi que toutes les personnes amenées à intervenir dans la procédure par le biais du troisième paragraphe de l'article 1728.

Chapitre 5 : Vaut-il mieux recourir ou renoncer à la pratique des caucus ?

Section 1 : Le caucus, qu'est-ce réellement ? Origine et concept

Lorsque le mot caucus est prononcé, nous pouvons constater une certaine incompréhension sur le visage de notre interlocuteur. Même des avocats pratiquant depuis des années peuvent ignorer ce qui se cache réellement derrière cette pratique. Pour en savoir plus sur le sujet, à notre époque, il nous suffit de questionner Google en tapant le mot « caucus » dans la barre de recherche. Wikipédia nous donne alors cette définition : « *Un caucus est une réunion de personnes, généralement des sympathisants ou membres de mouvements politiques. Le mot est principalement employé dans le monde anglo-saxon (plus particulièrement en Amérique du Nord), au Québec et en Suisse, et son sens exact varie en fonction du contexte* ».

Malgré sa connotation parfois politique, ce n'est pas cette forme de caucus qui va nous intéresser ici. En effet, il y a lieu de s'intéresser au caucus dans le domaine juridique et

¹⁶⁹ Règlement de procédure, art. 16.

¹⁷⁰ M. GONDA, « Déontologie et médiation », *op. cit.*, p. 171.

¹⁷¹ M. GONDA, *ibidem*, p. 171.

d'analyser les conséquences, les avantages et les inconvénients qu'il peut apporter lorsqu'un médiateur ou encore un avocat en droit collaboratif l'exerce.

Les caucus sont, en tous cas pour ceux qui acceptent de s'y adonner, pratique courante dans le monde de la médiation. Pour le définir simplement tel qu'il est utilisé dans ce domaine, nous pouvons dire, comme il en ressort de nombreux textes, qu'il s'agit d'un aparté, d'une réunion séparée entre le médiateur et une des parties en l'absence de l'autre et qui a lieu à l'initiative du médiateur ou d'une partie¹⁷².

Lors du déroulement d'une médiation, il peut arriver que le médiateur soit confronté à des situations de blocage dans lesquelles les parties n'arrivent plus à communiquer ensemble et s'empêchent alors de pouvoir trouver un accord qui pourraient pourtant toutes les arranger. Les causes de tels blocages peuvent être multiples et face à cette situation, le médiateur ou l'une des parties peut, de son initiative, faire part de son envie de recourir à des apartés appelés « caucus ».

Les avis sur cette pratique divergent énormément et certains praticiens relèvent davantage d'inconvénients que de bienfaits à sa mise en place.

Section 2 : L'exercice des caucus lors de la médiation, de la conciliation et du droit collaboratif : pour ou contre ?

Si cette pratique reste inconnue de beaucoup, elle commence tout de même à prendre de l'ampleur et se trouve d'ailleurs consacrée, depuis le 16 décembre 2020, dans le Code de déontologie des médiateurs agréés adopté par la Commission Fédérale de Médiation¹⁷³.

À l'article 10 §2 alinéas 5 et 6 du dit Code, nous retrouvons les termes suivants :

« Le médiateur rappellera ou expliquera les caractéristiques du processus de médiation : 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 ».

¹⁷² C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *op. cit.*, p. 307.

¹⁷³ C. de déontologie des médiateurs agréés, art. 10, §2, al. 5 et 6.

L'article poursuit : « *Si, au cours de la médiation, il apparaît qu'un caucus pourrait être utile, le médiateur informera toutes les parties de ce que tous les renseignements qu'il aura reçus dans le cadre de cet aparté, resteront secrets et non 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* ».

Le Code de déontologie remplace en réalité le Code de bonne conduite qui avait été adopté en octobre 2007. L'article 13 de ce dernier a été repris tel quel dans le nouveau Code de déontologie mis à part le dernier alinéa qui prévoyait que « *le médiateur demande l'accord des autres parties avant même de s'engager dans un tel aparté* ». Nous ne pouvons que regretter l'abandon de cet alinéa qui affirmait clairement le caractère consensuel du caucus. D'autant qu'un caucus serait dénué de toute efficacité et pourrait fausser l'entièreté de la médiation s'il était imposé par le médiateur alors même que les parties n'estiment pas ces apartés nécessaires et adéquats pour la résolution de leur litige.

Malgré cette apparition au sein du code de déontologie, le législateur n'a visiblement pas estimé opportun le fait de définir légalement le caucus et le Code judiciaire reste d'ailleurs muet quant à cette pratique.

En ce qui concerne les modes alternatifs en tant que tels, le caucus n'est évidemment pas une solution envisageable pour tous. Bien qu'il soit régulièrement pratiqué lors de médiations et possible également dans le cadre du droit collaboratif, il en est autrement s'agissant de la conciliation. Dans le cadre d'une conciliation contractuelle, tout dépend évidemment de ce qu'auront prévu les parties elles-mêmes. En revanche, aucun caucus avec le juge n'a été prévu dans le cadre de la conciliation organisée par le Code judiciaire¹⁷⁴ et de ce fait, nous ne nous y attarderons pas. Précisons seulement que le juge, en matière de conciliation, doit veiller au respect du contradictoire ce qui n'est évidemment pas compatible avec la mise en place d'un aparté qui est de nature à rompre avec ce principe fondamental¹⁷⁵. Car en effet, alors que les principes fondamentaux d'impartialité et de neutralité doivent rester de mise lors des caucus et cela dans tous les cas¹⁷⁶, on remarque néanmoins une rupture radicale avec le sacro-saint principe du contradictoire qui gouverne la procédure devant les Cours et tribunaux.

¹⁷⁴ M. BLITZ et A.-M. BOUDART, « 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 », *op. cit.*, p. 209 à 222.

¹⁷⁵ B. INGHELS, « Les questions de procédure dans la conciliation judiciaire », *op. cit.*, p. 131.

¹⁷⁶ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *op. cit.*, p. 307.

Notons toutefois que le caucus n'est pas totalement étranger à la conciliation et peut trouver à s'y appliquer dans les chambres de règlement à l'amiable. D'ailleurs, l'ordonnance constitutive de la CRA du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles en est la preuve car elle prévoit la possibilité, pour les magistrats conciliateurs, de recourir à la pratique des caucus moyennant l'accord des parties¹⁷⁷. Rappelons que l'avant-projet de loi qui a fait l'objet d'une précédente analyse vise à permettre la mise en place de caucus dans l'ensemble des CRA.

Les caucus sont surtout d'usage dans le domaine de la médiation et les rencontres individuelles pourront avoir lieu non seulement avant et durant les séances de médiation mais également entre ces séances¹⁷⁸.

Il se peut que certains médiateurs décident de procéder à des séances plénières en présence de toutes les parties concernées au moment d'entamer le processus de médiation et au moment de la conclusion de l'accord et qui, en dehors de ces étapes-clés, décideront de poursuivre l'entièreté de la médiation au travers de caucus¹⁷⁹. D'autres, quant à eux, ne portent pas cette pratique dans leur cœur et éviteront coûte que coûte de devoir y recourir. Les cas de figure sont nombreux et chaque médiateur aura son avis et sa préférence sur le sujet. Quoi qu'il en soit, le caucus n'est pas un passage obligatoire à toute médiation et ne subordonne pas sa réussite, bien au contraire. Certains auteurs l'expriment comme étant plutôt un outil disponible dans la boîte à outils du médiateur et ce dernier a le choix d'y recourir ou non¹⁸⁰.

S'ils y recourent, les praticiens devront garder à l'esprit que la notion d'équilibre est fondamentale lorsque l'on pratique de tels entretiens individuels. En effet, il paraît inconcevable de permettre à une partie d'entretenir un aparté avec le médiateur et que l'autre partie ne puisse, au même titre, se voir reconnaître un tel droit. Par conséquent, si le médiateur voit une partie, il voit également l'autre partie et lui accorde, dans la mesure du possible et en fonction des circonstances, une durée identique¹⁸¹. Il se peut que l'autre partie ne ressente pas le besoin de procéder à un tel aparté et estime n'avoir rien à rajouter. Dans ce cas, l'aparté doit quand même

¹⁷⁷ A. DEJOLLIER, « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : une initiative prétorienne pleine de promesses », *op.cit.*, p. 655.

¹⁷⁸ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *op. cit.*, p. 307.

¹⁷⁹ G. FRIEDMAN et J. HIMMELSTEIN, *Défier le conflit : La médiation par la compréhension*, 1^{er} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 207.

¹⁸⁰ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *op. cit.*, p. 308.

¹⁸¹ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *ibidem*, p. 307.

avoir lieu dans le but de préserver l'impartialité, la neutralité et l'équilibre entre les parties même s'il est évident qu'il ne sera certainement pas très constructif.

Les caucus prennent différemment place au sein du droit collaboratif. En effet, des réunions peuvent avoir lieu entre avocats ou entre chaque avocat et sa partie mais nous ne pouvons pas parler en tant que tel de « caucus » ou « d'apartés », ces réunions faisant partie intégrante du processus et seront par conséquent d'emblée prévues. En revanche, Anne-Marie Boudart nous partage une expérience tout à fait particulière dont elle a eu vent dans laquelle les réunions à quatre étaient si épuisantes que deux avocats collaboratifs ont eu l'idée de proposer un caucus dans lequel chacune des parties s'est entretenue individuellement avec les deux avocats¹⁸². Cette situation remplit sans conteste les caractéristiques d'un caucus de sorte que cette pratique, encore peu courante, pourrait se développer pour autant qu'elle se montre bénéfique.

Comme dit précédemment, les avis quant à l'utilisation ou non des caucus sont controversés. Tentons alors d'en dresser les principaux avantages et inconvénients qui ressortent des textes et de la pratique.

§1 : Avantages

Au-delà de toutes les critiques que l'on peut émettre, il faut reconnaître que s'entretenir individuellement avec une partie permet sans doute d'en apprendre davantage sur elle, sur le conflit ainsi que sur sa manière d'agir. Ça permet en outre de tisser des liens avec chacune des parties et de leur donner l'impression qu'elles ont l'entière attention du médiateur, sans qu'une autre partie puisse la contredire ou la juger. Nous sommes d'avis que le caucus peut favoriser l'espace de confiance qui est indispensable au processus de médiation.

En sus, la volonté de recourir à des entretiens individuels avec le médiateur peut être source de nombreux bienfaits pour les parties elles-mêmes tels que renforcer le lien de confiance qu'elles ont en le médiateur par exemple, extérioriser des émotions qu'elles préfèrent cacher devant la partie adverse, être rassurée quant au déroulement de la médiation ou encore être recadrée lorsque le besoin s'en fait ressentir¹⁸³. Les parties peuvent aussi plus facilement faire part de leurs doutes, leur colère, leurs frustrations qui, en présence d'une autre partie, peuvent rendre

¹⁸² Annexe, p. 80.

¹⁸³ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *ibidem*, p. 308.

les négociations encore plus difficiles et réduire à néant les progrès et avancées qui avaient été accomplis.

Avoir la possibilité de s'exprimer en dehors de la présence de l'autre partie constitue selon nous un outil non-négligeable. La dimension émotionnelle du conflit peut être assez forte et entraîner une réticence des parties à appréhender certains points. Si le médiateur sent que les parties ne disent pas tout, il peut d'initiative leur proposer un aparté qui peut finalement se révéler être la clé à certains problèmes ou aux blocages auxquels ils peuvent être confrontés.

Il se peut également que les parties soient dans un rapport de force différent, certaines personnes étant plus timides et d'autres prenant plus de place. Les caucus leur permettent dans ce cas d'en sortir, à tout le moins le temps d'un instant, et de s'imposer plus facilement en l'absence de l'autre partie.

Nous avons eu la joie de nous entretenir avec Madame Bee Marique, avocate et médiatrice familiale, qui nous a affirmé recourir fréquemment à la technique des caucus. Ces apartés représentent selon elle un « outil nécessaire à l'alliance ». Partisane et fervente défenseuse de la notion de multi-partialité dans une logique systémique¹⁸⁴, elle nous explique que les caucus permettent de créer une alliance très forte avec le professionnel et chaque partie et de ce fait, d'intensifier le processus. Durant ces séances individuelles, elle ose juger l'autre partie absente et réemprunte les noms que la partie présente lui donne par exemple. Ensuite, lors des rendez-vous communs, elle soutient chaque partie en utilisant des éléments qui ont été dits lors des caucus et de cette manière, les gens se sentent rejoints quand ils sont en binôme. Elle nous a toutefois expliqué qu'il faut recourir aux apartés en connaissance de cause : évidemment qu'il va falloir gérer des choses que l'on ne veut pas qu'elles soient dites et qui peuvent mettre le médiateur dans une situation délicate et c'est certainement en partie pour cette raison que certains refusent d'y recourir. Le professionnel doit, au fil du processus, se questionner quant à sa manière de procéder pour (ré)unir les parties : « *qu'est-ce qu'il pense que l'autre ne sait pas ?* », « *qu'est ce qui est secret et qui vaut la peine de rester secret* » ?

§2 : Inconvénients

¹⁸⁴ Concernant cette méthode systémique, voy. S. Vrancken, « Pourquoi cet intérêt pour la systémique dans ma pratique de médiateur ? », disponible sur <http://www.parenthese-mediation.be/systemique.html>, s.d., consulté le 17 mai 2023.

Afin de comprendre au mieux les principales critiques faites au procédé, rappelons que dans le cadre de la médiation, le médiateur est considéré comme un tiers facilitateur, un accompagnateur ou encore un expert du processus mais en aucun cas il ne dispose d'un pouvoir décisionnel quant au litige. Le médiateur n'est ni juge ni arbitre, il est seulement là pour guider les parties et les aider à trouver une solution à leur différend en dehors des cours et tribunaux.

L'un des inconvénients majeurs très souvent souligné par les praticiens est de dire que lors de caucus, le médiateur fait en quelques sortes des va-et-vient entre l'une et l'autre partie et qu'il est finalement le seul à tout entendre. Il y a alors un risque qu'en détenant toutes sortes d'informations supplémentaires concernant les parties, il soit le seul à avoir une vision globale du problème qui les opposent et pourrait être tenté de faire pression sur elles, de les manipuler et de les persuader de choisir l'issue qu'il estime lui-même préférable¹⁸⁵.

Ce rôle de médiateur jouant en quelques sortes la « navette » entre les parties a également pour conséquence que c'est désormais lui qui commande et non plus les parties. Elles ne sont plus maîtres de leur propre conflit et ne se trouvent plus dans une position d'écoute de l'autre et certains auteurs estiment que le développement de l'empathie ne sera alors possible qu'au travers de ce que le médiateur a à dire sur l'autre partie¹⁸⁶.

En outre, avoir un aparté avec une partie permet certainement de la connaître davantage, d'avoir plus d'informations sur la situation et ça peut évidemment présenter des avantages mais cela présente également des dangers. On peut se questionner sur l'utilité de tels apartés car, puisque les informations partagées au médiateur lors du caucus sont confidentielles, quel est l'intérêt pour le médiateur d'en disposer ? Si ce n'est qu'il peut se retrouver dans des situations délicates où il dispose d'informations qu'il ne peut ni révéler, ni utiliser¹⁸⁷.

Selon Kelly Browe-Olson, médiatrice et formatrice en médiation à l'Université de l'Arkansas, même s'il est parfois plus aisé de répondre honnêtement à des questions personnelles en l'absence de l'autre partie dans la pièce, si toute la médiation se déroule sous forme d'apartés, les parties n'auront finalement rien appris sur leur façon de communiquer et la manière de

¹⁸⁵ G. FRIEDMAN et J. HIMMELSTEIN, *op. cit.*, p. 225.

¹⁸⁶ A.-S. D'HERDE et A.-L. VERBEKE, « Bemiddelen in vertrouwen », *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, N. Carette et B. Weyts (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Intersentia, 2017, p. 292.

¹⁸⁷ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *op. cit.*, p. 309.

prendre des décisions ensemble sans compter sur les autres¹⁸⁸. Un accord pourra être trouvé avec le médiateur mais qu'en sera-t-il si un autre litige survient et que les parties n'ont pas appris à y faire face ensemble ? (Re)nouer le dialogue entre les parties est primordial et lorsque cette étape est possible, chaque partie se dévoile et découvre les émotions de l'autre, elles font part de ce qui les frustre, ce qui les met en colère ou les rend tristes¹⁸⁹. Ces échanges de ressentis et d'émotions sont indispensables à l'apaisement et à la découverte d'un terrain d'entente entre les parties. Toutefois, ce côté humain et émotionnel faisant partie intégrante de la plupart des médiations prend difficilement place au sein des caucus où le médiateur est finalement le seul à prendre conscience des états d'âme de chaque partie et se retrouve tiraillé entre les émotions de l'une et l'autre sans pouvoir les confronter et les aider à y faire face ensemble.

Anne-Marie Boudart y recourt quant à elle dans des situations tout à fait particulières et avec beaucoup de réserve car, en matière familiale, elle estime que les parties sont fortement fragilisées de sorte qu'elles doivent ressentir une confiance importante dans le processus et dans le médiateur. Si elles ont l'impression qu'une partie a profité d'un caucus pour dire certaines choses au médiateur, la confiance se retrouve rapidement ébranlée¹⁹⁰.

Enfin, le médiateur joue sans doute un rôle important dans le choix de procéder ou non à des apartés. Certaines parties peuvent paraître radicalement opposées et le conflit peut sembler particulièrement profond. Dans un tel cas, si le médiateur pense lui-même que les parties ne pourront s'entendre et communiquer ensemble dans la démarche de trouver un accord, il y a d'autant moins de chance que les parties veuillent elles-mêmes résoudre le conflit ensemble lors de séances plénières¹⁹¹. Il y a autant de pratiques qu'il y a de médiateurs mais c'est important de faire ce à quoi on croit. Si on ne croit pas aux caucus et à leurs bienfaits, y recourir sera à l'évidence voué à l'échec.

Section 3 : Quelle place pour la confidentialité dans ces caucus ?

La confidentialité est bel et bien de mise lors des caucus. L'inverse ne serait pas imaginable et ferait perdre tout sens mais également toute efficacité aux principaux modes alternatifs qui sont eux-mêmes couverts par la confidentialité. Quel serait l'intérêt de rendre confidentielle la

¹⁸⁸ K. BROWE OLSON, « Practical challenges. One Crucial Skill: Knowing How, When, and Why to Go into Caucus », *Dispute Resolution Magazine*, winter 2016, p. 32 à 33.

¹⁸⁹ M. GHISLAIN, « Ma pratique de médiateur », *Le pli jur.*, 2014, n°28, p. 10.

¹⁹⁰ Annexe, p. 79.

¹⁹¹ G. FRIEDMAN et J. HIMMELSTEIN, *op. cit.*, p. 229.

médiation si les informations récoltées lors d'entretiens individuels avec une partie pourraient, elles, être utilisées ultérieurement ?

Le caractère confidentiel de la pratique ressort de l'article 10, §2, alinéa 6 du Code de déontologie des médiateurs agréés. L'article précise que le médiateur doit informer les parties sur le fait que les renseignements qu'elles seront amenées à fournir resteront *secrets et non contradictoires*.

Cette confidentialité n'est cependant pas intangible et peut faire l'objet de dérogations. À la fin de l'aparté, le médiateur se doit d'interroger les parties sur le secret qui entoure certaines informations, ce qu'elles considèrent comme étant confidentiel et ce qui ne l'est pas¹⁹². Le médiateur ne peut rien révéler hormis les éléments qu'une partie accepte d'apporter au débat¹⁹³ mais il faut que cela soit expressément autorisé par la partie concernée.

Le médiateur ou l'avocat aura donc une double obligation de confidentialité pesant sur ses épaules : non seulement envers les tiers mais également vis-à-vis de chacune des parties. Il y a finalement une sorte d'espace confidentiel supplémentaire apporté au processus qui peut être bénéfique au développement de la confiance des parties. Néanmoins, des situations délicates peuvent se présenter. Tel sera le cas si une partie pense qu'un élément du litige est confidentiel alors qu'en réalité, il ne l'est pas pour l'autre partie. Si cette dernière évoque ce point lors d'une séance plénière, le médiateur peut se retrouver dans une situation embarrassante et être accusé de ne pas avoir respecté son obligation de confidentialité¹⁹⁴. De pareilles hypothèses peuvent nuire au climat de confiance qui avait certainement mis du temps à être créé.

De même que les parties, consultées séparément, peuvent faire part d'informations plus personnelles, financières ou juridiques qu'elles ne souhaitent pas porter à la connaissance de l'autre partie. Le médiateur doit alors respecter la volonté des parties voulant garder confidentielles certaines informations même s'il estime que ces dernières pourraient avoir des répercussions positives sur la résolution de leur différend. S'il ne respecte pas ce souhait, il

¹⁹² C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *op. cit.*, p. 311.

¹⁹³ A.-S. D'HERDE ET A.-L. VERBEKE, *op. cit.*, 292.

¹⁹⁴ C. SMETS-GARY ET M. BECKER, *op. cit.*, p. 313.

engagera non seulement sa responsabilité mais porterait atteinte à sa propre crédibilité et mettrait à mal la poursuite du processus¹⁹⁵.

Conclusion partielle

La question « vaut-il mieux renoncer ou recourir à la pratique des caucus ? » appelle une réponse nuancée. Il est clair que la pratique des caucus ne fait pas l'unanimité mais il n'empêche qu'elle existe et qu'elle peut être une solution de dernier recours pour un médiateur ou pour les parties elles-mêmes se sentant bloquées dans leur conflit. Certes, il faut l'utiliser de manière modérée et ne pas procéder uniquement par ce biais au risque d'enlever toute utilité au beau mécanisme des modes alternatifs et aux règles qui les accompagnent mais il faut par ailleurs se montrer ouverts aux solutions que notre droit propose.

Évidemment les apartés peuvent mener à des situations d'inconfort repoussant certains praticiens mais pour autant que l'on y recourt en connaissance de cause, que l'on obtienne l'accord des parties à cet égard et que c'est conforme à leurs intérêts, nous rejoignons la catégorie des défenseurs de cette pratique. Certes le caucus ne présente pas que des avantages mais il montre que les praticiens et les parties, dans la recherche du règlement de leur conflit, ont plusieurs cordes à leur arc et les apartés doivent selon nous être vu comme un outil supplémentaire offert aux parties plus que comme une méthode dangereuse à éviter coûte que coûte.

Chapitre 6 : Parenthèse sur la tierce décision obligatoire : un nouveau MARC confidentiel ?

Section 1 : La « TDO » : mais qu'est-ce que c'est ?

Vous avez certainement déjà entendu parler de la tierce décision obligatoire (« TDO ») qui, bien qu'elle ne soit pas encore réglementée ni par le Code civil ni par le Code judiciaire, a le vent en poupe ces derniers temps.

Suite à cette longue absence dans l'arsenal légal belge, la doctrine a peu à peu mis sur pied sa propre définition en considérant qu'il s'agit d'un « *processus par lequel des parties qui*

¹⁹⁵ P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « Médiation : confidentialité et responsabilité », *op.cit.*, p. 255.

connaissent des difficultés recourent aux services d'un tiers, qui n'est ni un juge, ni un arbitre, afin d'obtenir une décision obligatoire, qui s'imposera à elles avec la même force qu'un contrat lie les cocontractants »¹⁹⁶.

La tierce décision obligatoire, en permettant de rendre une décision en dehors des cours et tribunaux, est indéniablement considérée comme un MARC. Cependant, la TDO est plus qu'un MARC car elle ne vise pas uniquement à être utilisée pour solutionner un litige entre des parties¹⁹⁷. En effet, elle peut prendre place de trois façons différentes.

Premièrement, l'intervention du tiers peut permettre, comme l'illustre l'article 1592 du Code civil¹⁹⁸, de fixer certains éléments d'une convention conclue entre les parties et par conséquent, dans cette hypothèse, il ne s'agit pas encore de résoudre un litige. L'exemple typique est celui du « prix fixé à dire d'expert »¹⁹⁹ qui revient à demander au tiers, dans le cadre d'un contrat de vente, de définir le prix d'un immeuble à vendre par exemple. En effet, une vente n'est possible qu'en cas d'accord sur la chose et sur le prix et ce dernier doit être déterminé ou déterminable. Grâce à l'intervention du tiers, le prix devient déterminable au sens de l'article 1592 du Code civil. Les parties peuvent également demander à un tiers de compléter leur contrat et ce, même en l'absence d'un texte légal le prévoyant²⁰⁰. Il s'agit en fin de compte d'une application du principe de convention-loi par lequel les parties consentent à confier à un tiers la détermination d'un élément de leur contrat²⁰¹.

Par ailleurs, les parties peuvent solliciter l'intervention d'un tiers cette fois dans l'optique d'adapter le contrat ultérieurement à sa conclusion, notamment dans le cas d'un changement de

¹⁹⁶ M. BERLINGIN, « La tierce décision obligatoire : la troisième voie », *J.M.A.*, 2022, n°3, p. 16. Voy. égal. O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, n°28, p. 565 ; B. KOHL et A. RIGOLET, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *Modes alternatifs de règlement des conflits : réformes et actualités*, O. Caprasse (dir.), Limal, Anthémis, 2017, p. 122.

¹⁹⁷ B. KOHL et A. RIGOLET, *ibidem*, p. 123.

¹⁹⁸ Voy. P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1 : *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 289 ; O. CAPRASSE, « La fixation du prix par un tiers désigné sur la base de l'article 1592 du Code civil », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 13 décembre 2013, *J.T.*, 2014, n°7, p. 115.

¹⁹⁹ P. VAN LEYNSEELE, « La tierce décision obligatoire : qu'est-ce ? », *J.M.A.*, 2022, n°3, p. 4.

²⁰⁰ Comme c'est le cas de l'article 1592 du Code civil qui a été mentionné ci-dessus ou encore de l'article 4 :5 du Code des sociétés et des associations permettant l'intervention d'un tiers pour le règlement de la part des associés dans les bénéfices et les pertes.

²⁰¹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire: les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim.*, 2014, n°1, p. 108.

circonstances plaçant les parties dans une situation nettement moins bénéfique que celle qui existait à la naissance du contrat²⁰².

Enfin, et c'est précisément sous cet angle qu'elle nous intéresse, la tierce décision obligatoire prend la forme d'un MARC lorsque les parties conviennent de confier la résolution de tout ou partie de leur litige à un tiers chargé de rendre un avis auquel elles s'engagent d'avance à se soumettre²⁰³.

Ce mémoire ayant pour principale analyse les modes alternatifs de règlements des conflits, nous ne nous attarderons pas sur les deux premières fonctions et concentrerons nos développements sur la tierce décision obligatoire en tant que MARC.

La TDO est donc un mécanisme contractuel puisant sa source dans le principe de liberté contractuelle des parties consacré par l'article 1134 de l'ancien Code civil (nouvel article 5.69 du Code civil)²⁰⁴.

Il est important de ne pas confondre ce mécanisme avec celui de l'arbitrage, qui n'est pas un mécanisme contractuel mais juridictionnel. La TDO est une décision prise par un tiers venant parfaire une convention en dehors des juridictions et elle n'est par définition pas revêtue de l'autorité de chose jugée. On parle plutôt d'une « force de chose convenue »²⁰⁵, eu égard à son caractère contractuel. Cela a pour conséquence que la décision n'est pas exécutoire et en cas d'inexécution par l'une des parties du contrat complété par le tiers, la partie victime de cette inexécution n'aura d'autre choix que de postuler l'exécution forcée de la convention devant le juge²⁰⁶. Ce faisant, le juge ne statue pas au fond mais se contente de déterminer si le contrat est ou n'est pas exécuté²⁰⁷. Il ne remet pas en cause ce que le tiers a auparavant décidé. Il conserve toutefois un pouvoir d'appréciation qualifié de marginal et ne pourra écarter les décisions prises par le tiers que dans des cas strictement limités (si la convention de désignation du tiers est

²⁰² P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 108.

²⁰³ P. VAN LEYNSEELE, « La tierce décision obligatoire : qu'est-ce ? », *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁴ B. KOHL et A. RIGOLET, *op. cit.*, p. 125.

²⁰⁵ B. KOHL et A. RIGOLET, *ibidem*, p. 146.

²⁰⁶ P. VAN LEYNSEELE, « La tierce décision obligatoire : qu'est-ce ? », *op. cit.*, p. 5.

²⁰⁷ P. VAN LEYNSEELE, *ibidem*, p. 5.

entachée d'un vice de consentement, si le tiers a excédé la mission qui lui était confiée ou encore en cas de contrariété à l'ordre public par exemple)²⁰⁸.

À la suite d'une pénurie de magistrats survenue en 2019 et touchant plusieurs tribunaux belges, l'Ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles (« NOAB ») a adopté un règlement au mois de mars 2020 sur la tierce décision obligatoire²⁰⁹. Ce règlement est intitulé « *Reglement Derdenbeslissing van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de balie te Brussel* »²¹⁰ et ne sera certainement pas le dernier en la matière.

Section 2 : Comparaison avec les autres MARC analysés

Bien que tous les modes alternatifs dont nous avons fait mention ont pour objectif d'apporter une solution aux parties en dehors des cours et tribunaux, la tierce décision obligatoire se distingue des autres à plusieurs égards et notamment par l'absence de son caractère amiable²¹¹. En effet, autant la médiation, le droit collaboratif que la conciliation sont des modes alternatifs volontaires au sein desquels les parties, avec la présence d'un ou plusieurs tiers, participent activement et ensemble à la recherche d'une issue à leur conflit. En l'espèce, la solution apportée à leur différend ne leur est aucunement imposée et est bien au contraire le fruit de leurs négociations propres.

Même s'il n'est ni juge ni arbitre, le tiers bénéficie du pouvoir de prendre des décisions contraignantes s'imposant aux parties contrairement aux autres modes amiables dont les tiers sont dépourvus d'un tel pouvoir²¹². Lors d'une médiation, le médiateur est présent comme facilitateur essayant de guider les parties dans la recherche d'une solution amiable. Il n'a aucun pouvoir décisionnel et n'est pas autorisé à donner des avis ou des conseils juridiques. Les avocats en droit collaboratif, bien qu'ils soient plus impliqués que les médiateurs et qu'ils soient quant à eux autorisés à partager des avis et des conseils, n'ont pas plus de prérogatives au niveau décisionnel. Et enfin le juge, dans l'exercice de sa mission de conciliation, donne son avis et

²⁰⁸ M. BAETENS-SPETSCHINSKY et P.S. GENNARI CURLO, « Actualités relatives à l'arbitrage et à la tierce décision obligatoire », *Actualités de droit judiciaire*, S. Menétrey (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 107.

²⁰⁹ H. VERBIST, « Règlement de tierce décision obligatoire de l'ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles (NOAB) », *J.M.A.*, 2022, n°3, p. 9.

²¹⁰ NOAB, « Reglement Bindende Derdenbeslissing van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de balie te Brussel », disponible sur <https://docplayer.nl/185638850-Reglement-bindende-derdenbeslissing-van-de-nederlandse-orde-van-advocaten-bij-de-balie-te-brussel-memorie-van-toelichting.html>, s.d., consulté le 17 mai 2023 (ci-après « règlement du NOAB »).

²¹¹ M. BERLINGIN, *op. cit.*, p. 22.

²¹² M. BERLINGIN, *ibidem*, p. 22.

propose des solutions mais il n'impose pas de décisions car cela ne correspondrait pas à concilier mais à sa fonction traditionnelle de juger. Au fond, dans ces modes amiables, ce sont aux parties elles-mêmes que reviennent le pouvoir de prendre des décisions les concernant et les tiers intervenant dans le processus ne sont présents que pour les mener à une décision leur étant bénéfique à chacune.

De plus, le règlement du « NOAB » traite de la confidentialité en son article 5 et prévoit que les documents apportés et les éventuels mémoires que les parties voudraient déposer ne sont en principe pas confidentiels²¹³. Rien n'empêche toutefois les parties d'en décider autrement pour autant qu'elles obtiennent l'accord du tiers décideur²¹⁴. Toutefois, le règlement ajoute que le tiers décideur traite sa propre décision de manière confidentielle²¹⁵. L'absence de caractère confidentiel du processus le distingue radicalement de la médiation et du droit collaboratif, bien que ces derniers, n'étant pas d'ordre public, laissent également la possibilité aux parties de renoncer à la confidentialité des échanges. Hormis cette faculté, les deux mécanismes seront bien souvent gouvernés par la confidentialité qui, dans de nombreux cas, favorise l'attrait des parties souhaitant alors y recourir. Nous pouvons toutefois expliquer cette différence par le caractère contractuel de la tierce décision obligatoire qui ne peut se conjuguer avec une règle imposant la confidentialité aux parties. C'est à ces dernières que revient le choix du caractère confidentiel de la TDO basé sur l'ancien article 1134 stipulant que c'est le contrat qui fait la loi des parties et dès lors, elles placent le curseur où elles veulent. Nous pouvons très bien imaginer que les parties soient en réalité des entreprises qui conviennent de rendre confidentielle la décision pour la simple et bonne raison que leur réputation est en jeu.

Malgré leurs divergences, l'un n'empêche pas l'autre de sorte qu'une TDO pourrait très bien découler d'un processus de médiation, du droit collaboratif ou d'une conciliation dans l'hypothèse où les parties, ne sachant s'accorder, décideraient de confier un point bien précis de leur litige à un tiers afin de les sortir de cette situation de blocage les empêchant d'accéder à une solution amiable²¹⁶.

²¹³ Règlement du NOAB, art. 5.1.

²¹⁴ Règlement du NOAB, art. 5.1.

²¹⁵ Règlement du NOAB, art. 5.2.

²¹⁶ M. DUPONT *et al.*, « Les modes alternatifs de résolution des conflits », disponible sur <https://carrefourdesstagiaires.com>, juin 2021, p. 53.

Conclusion

À la question, « la confidentialité est-elle un incontournable des MARC ? », nous répondons un grand oui. Nous nous sommes efforcés de souligner son importance cruciale au sein des processus de médiation et de droit collaboratif et avons déploré son absence au sein de la conciliation judiciaire de droit commun.

La confidentialité est à nos yeux le véritable ADN de la médiation et du droit collaboratif, leur pierre angulaire et sans elle, nous persistons à croire que leur succès n'aurait pas été celui qu'il est aujourd'hui. En offrant aux parties un cadre confidentiel et par conséquent sécurisé, les parties sont plus facilement enclines à dialoguer, elles se sentent libres et en confiance dans leurs échanges et un tel climat est sans nul doute favorable à la découverte d'un terrain d'entente.

Cependant, c'est selon nous au droit collaboratif que reviennent les plus grands mérites en la matière, les règles déontologiques prévoyant une confidentialité « accrue et particulière » procurant aux parties un cadre on ne peut plus sécurisé et rassurant. En ne prévoyant aucune obligation de retrait des avocats et aucune obligation pour le médiateur de se munir d'un cachet permettant de discerner clairement les documents confidentiels de ceux qui ne le sont pas, la médiation contient quelques écueils pouvant préjudicier les parties.

La confidentialité est omniprésente dans ces deux MARC et se prolonge même jusqu'aux caucus. Ces apartés représentent bien plus que des entretiens individuels pouvant soulever des questions sensibles et délicates, ils sont un outil non-négligeable pouvant permettre aux parties de sortir d'une zone de blocage les empêchant de parvenir à un accord, voir même de dialoguer. Les caucus offrent une autre dimension. En rajoutant un espace confidentiel à la confidentialité déjà existante en médiation ou en droit collaboratif, les parties disposent de plusieurs moyens d'apaiser et de se libérer de leur conflit.

La confidentialité est omniprésente, certes, mais elle n'est pas pour autant intangible et rien n'empêche les parties d'en décider autrement et de la rendre quelque peu plus flexible. En effet, rien ne sert de la rendre trop stricte et de la pousser à son extrême et, n'étant pas d'ordre public, elle peut d'ailleurs faire l'objet d'aménagements pouvant servir favorablement aux parties.

La conciliation judiciaire de droit commun, quant à elle, est jusqu'à présent privée des bénéfices que la confidentialité pourrait lui offrir. Son caractère public est plus que regrettable dans la mesure où ses conditions peu intimes et la faculté du juge conciliateur de connaître ultérieurement du litige voue à l'échec le processus. Nous ne sommes cependant pas sans rien puisque l'apparition des chambres de règlement à l'amiable redonne sans conteste un souffle à la pratique de la conciliation et pallie ses défauts. En interdisant au juge de siéger dans les autres chambres du tribunal ou de la cour s'il a eu à connaître du dossier à fin de conciliation et en rendant confidentiel tout ce qui ressort des audiences, les CRA viennent contrebalancer les inconvénients majeurs inhérents à la publicité des conciliations judiciaires de droit commun. Bien qu'elles ne soient légalement réservées qu'aux matières familiales, de nombreuses juridictions ont à leur tour été soucieuses d'en instaurer d'initiative en leur sein. Il n'y a plus qu'à attendre que l'avant-projet visant à développer ces chambres dans l'ensemble des juridictions et pour l'ensemble des matières voient effectivement le jour. Encore faut-il être réaliste et garder certaines réserves quant à leur application à l'avenir car rien ne dit que le nombre de magistrats sera suffisant à accueillir et développer cette nouvelle manière de résoudre les litiges.

Bien que la confidentialité joue assurément un rôle important dans la survenance d'un accord en médiation ou en droit collaboratif, il en est selon nous différemment pour le nouveau MARC qu'est la tierce décision obligatoire. En effet, cette dernière trouve son fondement dans le principe de la liberté contractuelle et c'est celui-ci qui doit gouverner l'entière du processus. Dès lors, la TDO ne pourra être confidentielle que si les parties souhaitent qu'elle le soit et dans l'hypothèse où elles estiment qu'une telle confidentialité peut leur être utile et bénéfique.

Vu les avancées grandissantes que les MARC connaissent chaque année, nous sommes plus qu'impatients de voir ce qu'ils nous réservent à l'avenir et nous avons l'intuition qu'ils n'ont pas fini de nous surprendre. Allons-nous vers une ère où les modes alternatifs sont la règle, et le recours aux cours et tribunaux l'exception ? Tel semble être l'objectif du législateur mais encore faut-il que les mentalités changent quelque peu et acceptent d'imaginer la justice autrement qu'avec la présence centrale du juge.

Quoi qu'il en soit, nous intéresser principalement à la confidentialité a été d'une très grande richesse et nous espérons que d'autres feront la découverte de cette parcelle bien trop souvent sous-estimée.

Bibliographie

Législation

I. 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, art. 6.

Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L 136, 24 mai 2008.

II. Législation belge

Const., art. 148.

C. civ., art. 1592.

C. jud., art. 79, 730/1, 731, 1253*ter*/1, 1723/1, 1727/5, 1728, 1730, 1731, 1734, 1741 et 1744.

C. pén., art. 458 et 458*bis*.

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.

Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, *M.B.*, 27 septembre 2013.

Loi du 8 mai 2014 portant modification et coordination de diverses lois en matière de Justice, *M.B.*, 14 mai 2014.

Loi du 15 juin 2018 modifiant l'article 375*bis* du Code civil, et les articles 1253*ter*/1, 1253*ter*/3 et 1253*quater* du Code civil, *M.B.*, 2 juillet 2018.

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.

Règlement de procédure de la Commission disciplinaire et de traitement des plaintes du 29 septembre 2020, *M.B.*, 29 avril 2021.

III. Travaux préparatoires belges

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

Proposition de loi portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse, amendements, *Doc.*, Ch., 2010-2011, n° 53-0682/010, p. 6.

Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne un mode alternatif de règlement des litiges, *Doc.*, Sén., 2011-2012, n°5-1457/1.

Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°54-2919/001, p. 55.

Projet de loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et portant modification du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, discussion des articles et votes, *Doc.*, Ch., 2017-2018, n°54-2919/009, p. 45.

Avant-projet de loi visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III, communiqué par J.-F. Van Drooghenbroeck le 31 mars 2023.

Avant-projet de loi visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III, exposé des motifs, p. 18, communiqué par J.-F. van Drooghenbroeck le 31 mars 2023.

IV. Dispositions déontologiques

C. de déontologie de l'avocat, art 2.15.

C. de bonne conduite du médiateur agréé, art. 8, 9 et 10.

C. de déontologie des médiateurs agréés, art. 8, 9 et 10.

Charte d'adhésion au processus de droit collaboratif, art. 4, 6 et 7.

Jurisprudence

Cass. (1^{re} ch.), 24 juin 1993, *Pas.*, 1993, p. 626.

Cass. (2^e ch.), 22 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 986.

Doctrine

I. Monographies

BOUDART, A.-M., *Droit collaboratif*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018.

BRIDOUX, A., *Les écrits en médiation selon le Code judiciaire et le Code de déontologie des médiateurs*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021.

CADIET, L. et CLAY, T., *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 1^e éd., Paris, Dalloz, 2016.

FRIEDMAN, G. et HIMMELSTEIN, J., *Défier le conflit : La médiation par la compréhension*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2010.

GONDA, M., *Droit et pratique de la médiation*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021.

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

SMETS-GARY, C. et BECKER, M., *Médiation et techniques de négociation intégrative*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011.

WERY, P., *Droit des obligations*, vol. 1 : *Théorie générale du contrat*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021.

II. Contributions dans un ouvrage collectif

BAETENS-SPETSCHINSKY, M. et GENNARI CURLO, P.S., « Actualités relatives à l'arbitrage et à la tierce décision obligatoire », *Actualités de droit judiciaire*, S. Menétrey (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 73 à 117.

BLITZ, M. et BOUDART, A.-M., « Le droit collaboratif comme mode alternatif de règlement des conflits », *Entre liberté et contraintes normatives : Le défi du notaire*, 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 401 à 431.

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

CAPRASSE, O. et BIESSAUX, N., « Chapitre 2 : La médiation », *Droit judiciaire*, t. 2 : *Procédure civile*, vol. 3 : *Saisies conservatoires, voies d'exécution et règlement collectif de dettes. Arbitrage, médiation et droit collaboratif. Procédure électronique*, G. de Leval (dir.), 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 327 à 349.

CHAVAL, D., « Le droit collaboratif », *Une autre justice possible ? La médiation dans tous ses états*, T. Marchandise (dir.), 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 289 à 321.

DEJOLLIER, A., « Réforme du Code judiciaire en vue de promouvoir des formes alternatives de résolutions des litiges : des hauts et débats », *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, J. Sosson (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 225 à 326.

DEJOLLIER, A. et INGHELS, B., « La médiation judiciaire : quels regards croisés entre le juge et l'avocat ? », *La médiation autrement*, B. Inghels (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 51 à 89.

DELFORGE, C., « Chapitre 1 - La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? », *La médiation autrement*, B. Inghels (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 11 à 49.

D'HERDE, A.-S. et VERBEKE, A.-L., « Bemiddelen in vertrouwen », *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, N. Carette et B. Weyts (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2017, p. 263 à 294.

DONATANGELO, M., « Le secret professionnel en droit pénal sous l'angle des articles 458 et 458bis du Code pénal », *Les secrets professionnels : approche transversale*, I. Bouioulkief (dir.), Limal, Anthémis, 2015, p. 159 à 192.

GONDA, M., « Déontologie et médiation », *États généraux de la médiation : actes du colloque du 15 octobre 2015*, P.-P. Renson (dir.), Limal, Anthémis, 2015, p. 169 à 179.

INGHEL, B., « Les modes alternatifs de règlement des litiges », *Droit bancaire et financier*, vol. 2, M. Grégoire et V. de Francquen (dir.), Bruxelles, Larcier, 2022, p. 1297 à 1343.

IZAC, L., « La confidentialité dans la médiation. Une garantie fonctionnelle au service de la loyauté », *Pour un droit du règlement amiables des différends : des défis à relever pour une justice de qualité*, L. Casaux-Labrunée et J.-F. Roberge (dir.), Paris, LGDJ, 2018, p. 281 à 300.

KNOPS, G. et LAUNE, F., « Actualités en matière de médiation et de conciliation civile et commerciale : évaluations statistiques au sein des juridictions bruxelloises et aspects procéduraux », *Actualités de droit judiciaire*, S. Menétrey (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 119 à 172.

KOHL, B. et RIGOLET, A., « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *Modes alternatifs de règlement des conflits : réformes et actualités*, O. Caprasse (dir.), Limal, Anthémis, 2017, p. 121 à 162.

RENSON, P.-P., « La médiation et les conflits de voisinage », *Les troubles de voisinage : Quatre points de vue*, I. de la Serna, I. Durant, P. Jadoul, L. le Hardy de Beaulieu et N. Verheyden-Jeanmart (dir.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, p. 135 à 180.

RENSON, P.-P., « La médiation civile », *Une autre justice possible ? La médiation dans tous ses états*, T. Marchandise (dir.), 1^e éd., Bruxelles, Larcier, 2015, p. 21 à 72.

RENSON, P.-P., « Les avocats et la médiation », *États généraux de la médiation : actes du colloque du 15 octobre 2015*, P.-P. Renson (dir.), Limal, Anthémis, 2015, p. 93 à 116.

RENSON, P.-P., « La médiation : comment remettre l'ouvrage vingt fois sur le métier ? », *Modes alternatifs de règlement des conflits : réformes et actualités*, O. Caprasse (dir.), Limal, Anthémis, 2017, p. 7 à 74.

RENSON, P.-P., « Initiation aux principaux modes alternatifs de règlement des conflits : découvrir ou approfondir sans confondre », *Les alternatives au(x) procès classique(s)*, C. Devillers et M. Marinx (dir.), Limal, Anthémis, 2021, p. 7 à 35.

SMETS-GARY, C. et DE LATHOUWER, J., « Conflit et médiation », *Le conflit : quelles approches ?*, A. Dejjollier, C. Delforge et J.-F. van Drooghenbroeck (dir.), Limal, Anthemis, 2020, p. 175 à 193.

TARZIA, G., « Chapitre 1 : Médiation et institution judiciaire », *Médiation et arbitrage : Alternative dispute resolution : alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, L. Cadet (dir.), Paris, LexisNexis, 2005, p. 19 à 31.

III. Périodiques

BERLINGIN, M., « La tierce décision obligatoire : la troisième voie », *J.M.A.*, 2022, n°3, p. 14 à 25.

BLITZ, M. et BOUDART, A.-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, n°11, p. 209 à 222.

BOUDART, A.-M., « Le droit collaboratif souffle ses neuf bougies en Belgique. Mode d'emploi, bilan et perspectives », *Le pli jur.*, 2016, n°38, p. 25 à 30.

BOUDART, A.-M. et VANDER STOCK, C., « L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 septembre 2020 : la procédure contentieuse restera le « plan B », obs. sous C.C, 24 septembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, n°4, p. 156 à 164.

BOUDART, A.-M., « Quelques échos du droit collaboratif à l'international », *J.M.A.*, 2023, n°1, p. 82 à 85.

BROWE OLSON, K., « Practical challenges. One Crucial Skill: Knowing How, When, and Why to Go into Caucus », *Dispute Resolution Magazine*, winter 2016, p. 32 à 34.

CAPRASSE, O., « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, n°28, p. 565 à 577.

CAPRASSE, O., « La fixation du prix par un tiers désigné sur la base de l'article 1592 du Code civil », obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 13 décembre 2013, *J.T.*, 2014, n°7, p. 115 à 116.

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

DEASON, Ellen E., «The quest for uniformity in mediation confidentiality: foolish consistency or crucial predictability?», *Marquette Law Review*, 2001, p. 82 à 111.

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

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

FAVART, A.-S. et MASSART, L., « Création d'une chambre de conciliation à la Cour d'appel de Bruxelles », *Le pli jur.*, 2021, n°56, p. 49 à 51.

FRANKIGNOUL, S. et DHAEYER, P., « La chambre de règlement amiable du tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : bilan après 2 ans », *J.M.A.*, 2023, n°1, p. 44 à 47.

GHISLAIN, M., « Ma pratique de médiateur », *Le pli jur.*, 2014, n°28, p. 10 à 11.

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

JEAMMIN-PETIT, E., « Le juge et l'esprit de conciliation », *Ius & Actores*, 2009, n°1, p. 91 à 102.

KUYPER, G., « Négociation raisonnée et droit collaboratif », *Jurim.*, 2014, n°1, p. 133 à 160.

RENSON, P.-P., « Médiation : les principales modifications de la septième partie du Code judiciaire entrées en vigueur en juillet 2018 », *Le pli jur.*, 2018, n°45, p. 47 à 49.

VAN LEYNSEELE, P. et VAN DE PUTTE, F., « Médiation : confidentialité et responsabilité », *J.T.*, 1999, n°13, p. 255 à 258.

VAN LEYNSEELE, P. et VAN DE PUTTE, F., « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, n°17, p. 297 à 308.

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

VAN LEYNSEELE, P., « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation ou le Waterloo de la médiation volontaire ? », *J.T.*, 2018, n°39, p. 877 à 893.

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

VAN LEYNSEELE, P., « La tierce décision obligatoire : qu'est-ce ? », *J.M.A.*, 2022, n°3, p. 4 à 7.

VAN ROOST, P., KUYPER, G. et SCHULTZ, G., « La confidentialité de la correspondance entre avocats en cours de médiation », *Forum - Périodique d'information de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles*, 2019, n°274, p. 17.

VERBIST, H., « Règlement de tierce décision obligatoire de l'ordre néerlandais des avocats du barreau de Bruxelles (NOAB) », *J.M.A.*, 2022, n°3, p. 8 à 13.

VERSPECHT, V., VANDENBUSSCHE, W. et Taelman, P., « Groeiende aandacht van de magistratuur voor de minnelijke oplossing van geschillen : een casestudy van de schikkingskamer in de ondernemingsrechtbank Gent, afdeling Gent », *R.D.J.P.*, Bruxelles, Kluwer, 2022, n°4, p. 160 à 180.

IV. Sources électroniques

Conseil Supérieur de la Justice, « Avis relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure », disponible sur <https://csj.be/fr/>, 9 octobre 2002.

Conseil supérieur de la Justice, « Avis relatif à l'avant-projet de loi visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme III », disponible sur <https://csj.be/fr>, 17 février 2023.

Commission fédérale de médiation, « Confidentialité », disponible sur <https://www.cfm-fbc.be/fr/content/confidentialite>, *s.d.*, consulté le 11 mai 2023.

DELMAS-GOYON, P., « Le juge du 21ème siècle », disponible sur <http://www.justice.gouv.fr>, décembre 2013.

DUPONT, M., LUISE, V., MURAILLE, C. et QUOILIN, C., « Les modes alternatifs de résolution des conflits », disponible sur <https://carrefourdesstagiaires.com>, juin 2021.

NOAB, « Reglement Bindende Derdenbeslissing van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de balie te Brussel », disponible sur <https://docplayer.nl/185638850-Reglement-bindende-derdenbeslissing-van-de-nederlandse-orde-van-advocaten-bij-de-balie-te-brussel-memorie-van-toelichting.html>, *s.d.*, consulté le 17 mai 2023.

Ordonnance portant création d'une chambre de règlement amiable au sein du Tribunal du travail francophone de Bruxelles, disponible sur <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/fr>, 16 février 2021.

Règlement du CEPANI, art. 10, disponible sur <https://www.cepani.be/reglements/?lang=fr>, *s.d.*, consulté le 17 mai 2023.

Vrancken, S., « Pourquoi cet intérêt pour la systémique dans ma pratique de médiateur ? », disponible sur <http://www.parenthese-mediation.be/systemique.html>, *s.d.*, consulté le 17 mai 2023.

Annexe : Entretien avec Madame Anne-Marie Boudart

- Quelle est, selon vous, la raison d'être de la confidentialité au cœur des MARC ? Que permet-elle ?

Elle est pour moi évidente. Elle permet en réalité de pouvoir envisager une réflexion car lorsque nous sommes en réflexion, nous ne sommes pas encore en décision. S'il n'y avait pas de confidentialité, les parties ne seraient pas en confiance, on créerait un processus qui n'est pas sécurisé. Si chaque chose que nous disons peut être retranscrit, ça serait totalement insécurisant pour les personnes. Tout d'abord parce qu'au début, les personnes qui entrent dans un processus de mode alternatif sont très affectées, émotionnellement éprouvées et donc ce n'est pas du tout le moment où il faut prendre des décisions. Il faut surtout exprimer et donc si chaque chose qu'elles expriment pouvait être utilisé contre elles, elles ne parleraient tout simplement plus. Sans la confidentialité, il n'y a pas de négociations, de médiation, de droit collaboratif possible.

Et c'est important aussi notamment dans la créativité. Ce n'est pas facile d'être créatif car les personnes ont tendance à se raccrocher à des solutions toutes faites. Grâce à la confidentialité on peut être créatif, penser « out of the box », on peut inventer des choses parfois complètement folles parce que une idée fait avancer une autre idée qui fait avancer une autre idée et ainsi de suite. La confidentialité est le cœur même, sans ça on ne sait pas travailler. C'est l'ADN, la première pierre de toute négociation qu'elle ait lieu par la médiation, le droit collaboratif ou la conciliation.

Dans les modes alternatifs, je prends souvent l'image d'un train où l'on va examiner les wagons les uns après les autres car on ne sait pas tout examiner en même temps. Par exemple, en matière familiale, on va peut-être d'abord examiner les enfants puis dans les enfants on va d'abord parler de l'hébergement puis les points de vue financier, puis la maison, le mobilier... Et en ouvrant chacun des wagons, il y a des wagons qui sont interdépendants. Ça signifie aussi que si les parties disent qu'elles sont d'accord pour envisager telle ou telle mesure d'hébergement puis ensuite dans la pratique on se rend compte que ce n'est pas adéquat donc il faut ajuster ce qui a été décidé avant. Ça permet non seulement aux parties d'avancer mais également d'élaborer, d'être sécurisé. Après on prend dans la globalité tous les wagons que l'on a

construits et on se dit : « est-ce que le train est cohérent ? Est-ce que l'on a pas oublié quelque chose ? Est-ce que l'on doit ajuster ? ». C'est jusqu'à la fin.

- Quel effet la confidentialité a sur les parties ? Et sur le praticien ?

Ça oblige le praticien a un devoir de réserve car le monde est petit et si on parle, il se peut que la personne à qui on parle connaisse l'une des parties. Ça implique d'être dans un devoir de réserve même avec des proches ou des gens qu'il connaît dans sa sphère privée. On peut évoquer, de manière générale, des choses qui sont dites mais sans jamais évoquer le nom des personnes. Je pense à une situation où j'étais dans une sphère privée et quelqu'un explique un dossier qu'il a en médiation et je lui ai dit à un moment donné d'arrêter de raconter car le fait qu'il me dise leurs professions et les enfants, je me rends compte que je les connais. La confidentialité implique une réserve de tous les instants, permanente.

- Ne pensez-vous pas qu'il y ait une forme « d'hypocrisie » autour de la confidentialité ? Certes les parties et le praticien signent un protocole mais ils sont tous amenés quotidiennement à divulguer certaines informations du dossier.

Ça, nous en parlons quand on aborde la confidentialité. Moi c'est quelque chose que j'amène régulièrement, demander « on sait qu'il y a la confidentialité mais avez-vous des personnes à qui vous parlez des négociations ? À qui vous demandez peut-être de vous conseiller ? ». Si c'est un avocat ce n'est pas grave parce que lui a le secret professionnel partagé. Mais effectivement, ça m'arrive souvent, principalement dans le droit collaboratif, de poser la question. J'ai eu deux dossiers où l'on a réglé cette question car une partie était dans une situation très compliquée et disait qu'elle avait vraiment besoin de conseils de son père et de son oncle. Elle avait besoin d'avoir l'avis de tiers. Si on veut avancer dans le processus il faut donner des appuis à la personne pour qu'elle puisse prendre ses décisions donc on peut demander « est-ce que vous êtes d'accord que certains éléments puissent être divulgués ? ». Mais c'est dans l'aide du processus !

- Donc la confidentialité est très importante mais des aménagements sont tout de même possibles surtout s'ils sont bénéfiques aux parties ?

Voilà, exactement, mais il faut pouvoir en parler. Souvent ce qui arrive c'est qu'une partie dise « ah bah tu en as parlé à telle personne », donc on examine ce que l'on peut faire. Ça dépend évidemment aussi quels sont les éléments. Il faut se demander ce qui est couvert par la confidentialité et qu'est-ce qui est couvert ? Ce sont les documents de travail et les éléments de travail du processus. Par exemple, si j'ai un bulletin de revenus, une fiche de paie, ça ne devient pas confidentiel par le biais du processus.

- Pensez-vous que les processus de médiation et de droit collaboratif sont à ce point similaires que le législateur ait voulu légiférer par analogie ?

D'un côté oui, je trouve ça bien qu'il ait fait une analogie. D'un autre côté, je pense que la confidentialité est beaucoup mieux gardée dans le droit collaboratif pour deux raisons. La première c'est que dans le droit collaboratif, on a une confidentialité accrue, prévue par les règles déontologiques, pas uniquement par la loi. Donc la loi reproduit l'article de la médiation mais dans nos règles déontologiques on a prévu que les documents de travail du processus restent dans le dossier des avocats et ne sont pas communiqués en copie à l'autre partie. On a maintenu cette règle déontologique qui prévoit une confidentialité renforcée.

Deuxième chose, dans le contexte de la médiation, quand j'accueille des avocats en médiation (en matière familiale ça arrive moins souvent qu'en matière civile et commerciale), je suis extrêmement en questionnement par rapport à la confidentialité et aux éléments qui sont invoqués puisque, en médiation, les avocats qui interviennent peuvent défendre les parties si jamais le processus n'aboutit pas, ce qui n'est pas le cas pour l'avocat collaboratif qui doit se déporter. Je trouve personnellement que la loi aurait dû, en médiation, dire que toutes les personnes qui entrent dans la médiation, ne peuvent plus intervenir s'il y a une procédure contentieuse. Ça, ça aurait été la logique de la confidentialité parce que les avocats ils entendent forcément tout ce qui se dit en médiation. J'aimerais comprendre comment, quand ils préparent leurs plaidoiries, ils puissent occulter ce qu'ils ont entendu, c'est impossible. Ils vont nécessairement plaider en ayant ces éléments-là.

- Nous pourrions tenter d'expliquer ce choix par le rôle des avocats en médiation qui ne sont considérés que comme des « conseils » des parties alors que les avocats collaboratifs sont beaucoup plus impliqués ? Où par le fait qu'ils soient formés

spécifiquement au droit collaboratif alors que les avocats n'ont aucune formation en médiation ?

Oui, les avocats collaboratifs vont justement être formés, le seul mandat du droit collaboratif c'est de trouver un accord alors que les avocats qui sont présents en médiation ne sont pas formés. Ça arrive qu'ils ne jouent pas forcément le jeu de la médiation mais ils vont obtenir plein d'informations. Est-ce que c'est normal ? Moi je trouve que non, il n'y a pas de justification. Maintenant évidemment on dira « il faut faire attention parce que sinon les avocats ne vont plus recommander la médiation si eux-mêmes doivent se déporter parce qu'ils entrent dans le processus » mais moi j'ai envie de dire, c'est un choix aussi que l'on fait. Si on entre dans un processus c'est pour qu'il fonctionne à fond et si on recueille des informations dans ce contexte, ce n'est pas logique que l'on puisse encore intervenir après. C'est peut-être très radical mais je pense que ça serait vraiment permettre à la confidentialité d'être bien gardée. Mais en même temps la grosse question, et c'est peut-être le troisième point aussi, c'est qu'en droit collaboratif on met un cachet « droit collaboratif -confidentiel » sur tous les éléments alors qu'en médiation pas. Ça devrait pour moi être une obligation, même déontologique du médiateur que tous les documents de travail soient revêtus de ce cachet ainsi il n'y a même pas de discussion sur le fait de savoir si c'est un document de médiation ou pas.

- En pratique, est-il fréquent que les parties renoncent d'initiative à la confidentialité du processus ?

Je pense qu'elles ne peuvent pas renoncer à la confidentialité du processus. Ce qu'elles peuvent convenir, c'est que certains éléments pourraient être officiels comme un rapport d'expertise. Mais je pense personnellement qu'elles ne pourraient pas considérer que tout le processus est officiel car la confidentialité est prévue à l'article 1728. Si on rend tout officiel, on dénature totalement le processus.

- La loi prévoit que les accords signés en médiation ne sont pas confidentiels sauf si les parties en décident autrement : mais ces accords ne contiennent-ils pas eux-mêmes certaines informations confidentielles ?

Non car en général, dans les accords, on va essayer de justifier un peu comment les parties en sont arrivées là, on va essayer de se baser sur les éléments « objectifs ». Souvent, les accords

reprennent ce qui est essentiel de noter. On ne va pas nécessairement dire « on est arrivé à prévoir tel hébergement parce que madame est fragilisée par ceci ou par cela ». On ne met pas toutes les propositions ect. Il faut différencier les éléments sur base desquels l'accord est intervenu. Par exemple, concernant l'hébergement d'un jeune enfant qui a 3 ans, les parties conviennent que l'hébergement principal sera chez la maman et qu'il y a un hébergement élargi du papa un mercredi sur deux, du mercredi au dimanche. On va mettre les éléments, tels que « compte tenu du jeune âge de l'enfant », « du fait que les parties sont attentives à créer un cadre sécurisé pour l'enfant ». On met les éléments sur base desquels ils sont arrivés à un hébergement alterné mais on ne va pas mettre dans la convention d'autres éléments en disant : « monsieur voulait tel ou tel modalité d'hébergement et madame s'y opposait » ect. On ne parle pas de ce qui est antérieur aux décisions, des besoins, des émotions, de toutes les difficultés que les parties ont rencontrées pour arriver à un accord car ces informations pourraient être confidentielles.

- L'absence de caractère d'ordre public de la confidentialité vous paraît-elle adéquate ?

Je n'aime pas être dogmatique. Est-ce que c'est lié à l'ordre public ? Moi je pense que oui. Les parties peuvent convenir que des éléments ne seront pas confidentiels mais je pense quand même que la base de la médiation et du droit collaboratif c'est quand même la confidentialité. Je pense que fondamentalement, la confidentialité vient sécuriser l'espace de négociations et que en ça, pour moi, c'est quelque chose qui touche à l'ordre public parce qu'elle vient amener une certaine sécurité mais c'est une sécurité qui est plutôt privée. Je préfère plutôt parler d'ADN maintenant est-ce que l'on doit en faire une règle d'ordre public, peut-être pas. Sur le plan juridique en tant que tel, ce n'est pas d'ordre public. Maintenant, moi je me base d'un point de vue éthique et déontologique, et si on me demandait de lever la confidentialité de tout le processus je refuserais la mission car ça serait le dévoyer.

- Avez-vous déjà été amenée à constater des « abus » de confidentialité ? Des situations où des personnes malveillantes essaieraient de produire des documents dans le but de les rendre confidentiels ?

Ou officiels ! J'ai déjà eu un confrère qui m'a écrit après une médiation en disant qu'il y avait tel document qui avait été produit dans la médiation et il me demandait une copie, ce que j'ai refusé. J'ai eu aussi une demande où on m'a dit « est-ce que c'est vrai qu'une des parties a

évoqué tel élément financier dans le contexte de la médiation ? », j'ai également refusé de répondre. On a parfois des confrères qui interviennent dans la procédure et qui essayent d'avoir des informations. J'ai également entendu parler d'un dossier où une des parties avait fait la photocopie d'un tableau en médiation et avait indiqué que c'est un document qu'ils avaient fait ensemble et que ce n'était pas du tout dans la médiation. C'est pour ça aussi que dans le contexte de la médiation, moi je tiens un tableau qui est la mémoire de la médiation et quand les parties veulent aller au tableau je dis que je suis d'accord, qu'ils peuvent écrire mais je mets bien « confidentiel -médiation » car si c'est leur écriture on pourrait avoir un doute, se demander si c'est un document de médiation.

- Hormis l'hypothèse où les parties souhaitent d'initiative lever la confidentialité de certaines informations et l'hypothèse où un état de nécessité le requiert, y-a-t'il d'autres dérogations à la confidentialité ?

Il y a la question de l'infraction pénale, du blanchiment, de la non-assistance à personne en danger qui viendrait se glisser dans des séances de médiation mais je n'ai jamais eu à faire à ça et si c'était le cas j'irais voir le bâtonnier afin de savoir ce que je dois faire.

- Quelles sont les sanctions applicables en cas de violation de la confidentialité ? Des mesures de sanctions s'appliquent-elles aux parties ?

Il y a plusieurs types de sanctions : celles prévues par l'article 1728, des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales en cas de violation du secret professionnel. Concernant l'écartement des débats, la question qui se pose c'est que, quand on produit un document qui est dans un dossier, s'il arrive devant le juge et qu'il en prend connaissance, comment peut-on lui enlever cette connaissance ? Même s'il l'écarte des débats il l'a quand même lu.

- Que pensez-vous du caractère non-confidentiel des conciliations judiciaires de droit commun ?

Moi je travaille en matière familiale et devant le tribunal de la famille, c'est confidentiel. Moi je n'ai que cette expérience-là mais ce que j'en retire c'est que c'est fondamental qu'il y ait une confidentialité parce que l'on peut au moins expliquer au juge certains éléments que l'on oserait peut-être pas dévoiler et d'autant plus sachant que c'est un autre juge qui statuerait. Dans les

conciliations de droit commun, il faudrait peut-être uniformiser : pourquoi avons-nous une confidentialité dans un type de conciliation et pas dans l'autre ?

- Il y a un récent avant-projet qui certes ne prévoit pas la confidentialité de la conciliation de droit commun mais qui vise en revanche à instaurer des CRA dans toutes les juridictions, est-ce que cela ne pourrait pas venir contrebalancer les inconvénients liés à l'absence de confidentialité ?

J'attends de voir comment il va être appliqué parce qu'on peut avoir de super bonnes idées mais comment ça va réellement être appliqué ? Par exemple, à Bruxelles, il y a un moment où il n'y avait plus aucune chambre de règlement amiable parce qu'il manquait de magistrats. Maintenant il y a deux magistrats qui s'en occupent mais ça reste très peu alors que dans d'autres arrondissements ça peut bien fonctionner parce qu'il y a plus de magistrats. Tout dépend comment ça va être mis en place, comment les magistrats vont être formés et comment le barreau va réagir. Il y aura toujours des pratiques différentes malgré les balises légales.

- Selon vous, vaut-il mieux recourir ou renoncer à la pratique des caucus ?

En ce qui concerne la conciliation, en matière familiale, il n'y a pas de caucus et ça me paraît difficile qu'un juge fasse un caucus car on est dans un cadre judiciaire avec une transparence des éléments de part et d'autre. Si une partie dit quelque chose au juge qu'il ne peut pas répéter, comment il fait avec ça dans son appréciation ?

Déjà dans la médiation le caucus peut poser des problèmes, je l'encadre très fort et j'en fait très peu en prévenant que ce n'est pas le lieu où l'on va me dire des secrets qui auraient une incidence. Je suis plutôt très réservée par rapport à ça. Je pense qu'un caucus sera utile lorsque l'on est déjà à la phase de créativité et de décision finale mais je suis quand même très réservée sur les caucus parce que je pense que c'est dangereux en matière familiale parce que les parties sont fragilisées et ont besoin d'une confiance très importante dans le processus et dans le médiateur et si elles ont le sentiment que l'autre partie a profité du caucus pour dire des choses au médiateur, ça peut ébranler la confiance. Parfois c'est quand même nécessaire parce que les parties ne sont pas capables dans un premier temps de parler dans la même pièce mais moi j'explique que je fais le caucus mais que ça ne veut pas dire qu'on va me délivrer un secret que je ne pourrai pas dire à l'autre ou sur l'autre et ça doit être bien clair sinon je perds ma neutralité.

Avant un caucus j'ai toujours un ensemble de principes dont un est de dire que la substantifique moi de ce qui a été discuté va être répercuté en réunions plénières. Il est important de faire ce à quoi on croit. Je le fais avec beaucoup de réserve et dans des cas vraiment particuliers mais il ne faut pas me demander d'en faire dans toutes les médiations parce que je n'y crois pas dans toutes.

En droit collaboratif c'est tout à fait différent car nous sommes face à un avocat et non pas un juge qui doit être impartial et neutre, qui ne peut pas agir en fonction des éléments qu'il entendrait des parties. En droit collaboratif, on ne parle pas vraiment de caucus ou d'aparté lorsque le client s'entretient avec son avocat ou lorsque les deux avocats s'entretiennent ensemble car dans le processus, ces réunions sont d'office prévues. Une réunion entre son avocat et un client ce n'est pas un caucus. Les seuls caucus que l'on pourrait imaginer c'est l'hypothèse où une seule partie aurait une réunion avec les deux avocats et l'autre partie aussi. Et je sais que c'est arrivé dans un dossier pour des circonstances tout à fait particulières car les réunions étaient extrêmement éprouvantes à quatre donc ils avaient décidé de faire deux réunions où il y avait les deux avocats et une partie et ensuite les deux avocats et l'autre partie.

- Qu'en est-il de la confidentialité de la tierce décision obligatoire ? Le règlement du NOAB prévoit que les documents et mémoires apportés par les parties ne sont en principe pas confidentiels. Cela vous paraît-il adéquat ?

Moi je dirais que la tierce décision obligatoire elle part de l'ancien article 1134 du Code civil et donc elle est laissée de manière contractuelle, c'est le contrat qui va faire la loi des parties et c'est elles qui vont décider ce qu'il en est par rapport à la confidentialité. C'est normal que l'on ait pas de règles, les parties mettent le curseur où elles veulent. Certaines personnes peuvent décider dans leur contrat de mettre de la confidentialité partout, imaginons que la décision porte sur des brevets ou sur une invention, les parties diraient que c'est une interdiction de pouvoir divulguer.

