

Faculté de droit et de criminologie

La place du tiers intervenant dans les modes alternatifs

La relation entre la neutralité du médiateur et tous les aspects de la médiation tant facilitative qu'évaluative

Auteur : Lucile de Timary

Promoteur : Jean-François Van Drooghenbroeck

Année académique 2019-2020

Master en droit à finalité en 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>.

Avant-propos

Ce travail traite des modes alternatifs de règlements de litige, chose en laquelle je ne suis ni experte, ni formée. Je n'ai jamais mené ni même assisté à une médiation. Mes propos sont donc intégralement inspirés de l'expérience de professionnels et de mon opinion extérieure de la chose. Ainsi, je me suis basée sur de nombreux ouvrages repris dans la table des matières ainsi que, afin d'appuyer ces propos fort théoriques, sur une série d'interviews, pour lesquelles je remercie grandement les professionnels y ayant répondu.

Cela dit, je ne considérais pas que la parole de cinq médiateurs et médiatrices pourrait refléter la tendance globale des professionnels exerçant ce métier, raison pour laquelle j'ai également créé un *Google Form*. Cette enquête en ligne anonyme a été envoyée à plus ou moins 1400 médiateurs et médiatrices agréés, parmi lesquels plus ou moins deux-cents-vingt ont accepté de compléter le formulaire. Ces données récoltées à titre purement académique sont le reflet d'une tendance globale quant à la pratique de la médiation en Belgique.

J'ai créé un formulaire francophone ainsi que son équivalent en néerlandais, que j'envoyais simultanément à chacun afin que le destinataire puisse choisir la langue dans laquelle répondre. Les résultats obtenus se basent donc sur une présomption de langue, mais en aucun cas devrions-nous en tirer des généralités en fonction des régions ou des différentes formations en médiation.

Pour le reste, j'ai beaucoup aimé évoluer dans ce domaine que je ne connaissais que trop peu et qui, à mes yeux, reste également trop ignoré tant par le grand public que par les professionnels. J'espère que ce mémoire procurera à ses lecteurs tant de plaisir que j'ai pris à le rédiger.

Remerciements

La rédaction de ce mémoire n'a pas été chose facile à mes yeux, comme pour beaucoup d'étudiants, durant cette période tout à fait particulière et inédite pour tout le monde. La crise du COVID-19 a chamboulé tant de vies et de projets, et nous, mémorants, devions y faire face tout en rédigeant notre travail de fin d'étude. C'est pourquoi il me semble que ces remerciements sont si fondamentaux cette année.

Je tiens donc premièrement à remercier mes parents, mes sœurs et mon conjoint, de m'avoir soutenue et encouragée durant cette période difficile qui l'était aussi pour eux. Bien que ce fût moi qui écrivais ce travail, c'était eux qui ont fait en sorte que mon corps fonctionne et que ma tête reste saine du début à la fin.

J'exprime ensuite toute ma reconnaissance et gratitude envers mes promoteurs, Madame Bénédicte Inghels et Monsieur Jean-François Van Drooghenbroeck, pour m'avoir épaulée depuis l'an passé en toute sérénité. Leurs encouragements et suggestions m'ont été tant utiles que rassurants, je n'aurai pas été aussi loin sans leur aide.

Par ailleurs, je remercie vivement tous les professionnels ayant pris part, de près ou de loin, à l'écriture de mon travail. Je pense notamment aux personnes qui ont accepté de partager leur savoir dans mes interviews, et à tous ces médiatrices et médiateurs qui ont participé à mon enquête en ligne.

Pour finir, mes remerciements vont vers les personnes ayant accepté de relire mon mémoire afin de déceler les erreurs que mes yeux ne voyaient plus à force de les lire.

« La médiation n'est qu'un moyen d'aider les parties à trouver une solution qui leur échappe. Le mode d'intervention du tiers neutre n'est pas ce qui importe et ne doit surtout pas être son choix. Il doit correspondre à ce dont les parties ont besoin. »

Patrick Van Leynseele

Table des matières

Avant-propos	3
Remerciements	4
Citation	5
Table des matières	6
Introduction	7
Chapitre I. Une brève remise en contexte	10
Section 1. Divers modes alternatifs de règlement des litiges	10
Section 2. L'éligibilité aux modes alternatifs	22
Chapitre II. La neutralité, l'impartialité et l'indépendance du médiateur	28
Section 1. La définition des concepts	28
Section 2. La consécration légale des concepts	34
Section 3. La pratique des professionnels	37
Section 4. Les répercussions que pourrait entraîner un médiateur interventionniste	42
Chapitre III. Le passage entre la médiation facilitative et évaluative	49
Section 1. La médiation évaluative, qu'en est-il ?	49
Section 2. L'intervention du médiateur évaluateur	53
Section 3. La volonté des parties	57
Section 4. L'intervention du professionnel selon le domaine de la médiation	60
Conclusion	66
Bibliographie	69
Annexes	74
1. Interview de Coralie Smets-Gary, faite le mardi 28 avril 2020	74
2. Interview de Christopher Mathews, faite le 30 avril 2020	81
3. Interview de Patrick van Leynseele, faite le 6 mai 2020	90
4. Interview de Martine Becker, faite le 11 mai 2020	100
5. Interview de Corinne De Decker, faite le 23 juillet 2020	108
6. Réponses en français quant à la différence entre la neutralité et l'impartialité	110
7. Réponses en néerlandais quant à la différence entre la neutralité et l'impartialité	120
8. Réponses en français quant au type d'intervention de la part d'un médiateur	124
9. Réponses en néerlandais quant au type d'intervention de la part d'un médiateur	126
10. Diagrammes de la pratique évaluative des médiateurs néerlandophones et francophones	127

Introduction

1. La loi du 18 juin 2018 promouvant les modes alternatifs a porté avec elle la consécration de l'obligation de neutralité du médiateur. Cette notion, requise des tiers intervenants dans une médiation depuis la nuit des temps, constituera le thème principal et fil conducteur de ce mémoire. En effet, bien qu'elle soit l'un des piliers fondamentaux de la formation et du comportement du médiateur, elle demeure le sujet d'une confusion latente que nous tenterons d'éclaircir par le biais d'une analyse profonde de tous les aspects y étant reliés.
2. Nous le savons, la médiation est un mode alternatif de règlement de litige, une façon de régler à l'amiable des conflits qui, autrement, devraient faire l'objet d'un parcours judiciaire. Ce processus a été défini maintes fois par divers auteurs. Ainsi, elle est considérée comme « une concertation volontaire entre parties en conflit, générée par un tiers indépendant qui facilite la communication et tente de conduire les parties à sélectionner elles-mêmes une solution. »¹ Elle est également décrite comme « un processus dans lequel un tiers qui n'est pas directement intéressé dans les questions faisant l'objet du litige, facilite la discussion entre les parties de manière à les aider à résoudre leurs difficultés et à parvenir à des accords. »² Le médiateur, quant à lui, est décrit comme « une tierce personne conduisant les parties à trouver la solution du conflit sans rien leur imposer »³.

Tandis que la première et la dernière définition se concentrent sur la neutralité du médiateur, la deuxième, quant à elle, s'intéresse de plus près à son indépendance. Deux notions qui, quoique semblables, ne sont nullement interchangeables comme nous le démontrerons dans ce travail.

La plupart des définitions de la médiation et du médiateur mentionnent les principes de neutralité, d'impartialité et d'indépendance. Mais au fond, que sont ces principes ? Quelle est leur importance, leur *ratio legis* et où se trouvent leurs limites ? En quoi le processus de la médiation sera-t-il influencé par un médiateur qui respecte, ou non, ces obligations tant déontologiques que légales ?

¹ *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2003-2004, n°51-327, p.6.

² Recommandation n° R (98) 1 du comité des ministres aux Etats membres sur la médiation familiale et exposé des motifs, p.13, n°16 citée par L. GENET, « La médiation familiale », *Séparation du fait - Commentaire pratique*, Kluwer, version du 1^{er} septembre 2000, suppl. 5.

³ J.-P. ANCEL, « Première ouverture » in L. CADIET, Th. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage — Alternative dispute resolution — Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005, p. 17.

Dans ce mémoire se confronteront le côté théorique et pratique de ces valeurs essentielles que prônent les tiers qui se disent capables de gérer un conflit de manière amiable.

3. Le premier chapitre de ce mémoire sera dédié à l'analyse de quelques modes alternatifs de résolution de litige connus de tous. Seront ainsi brièvement récapitulées les caractéristiques de ces derniers, telles que leurs modes opératoires, les parties y intervenant ou encore le moment auquel y recourir. Nous n'oublierons naturellement pas de souligner les différentes lignes de conduites que doivent respecter les tiers intervenants dans ces modes de résolution amiable des conflits. Nous mettrons également en lumière le principe d'éligibilité des conflits aux modes alternatifs et aborderons le postulat selon lequel les litiges ne sont pas tous susceptibles d'être solutionnés par ces derniers. C'est à la lueur de cette affirmation que sera ensuite faite l'analyse théorique du mode alternatif qui serait le plus opportun à adopter en fonction des circonstances de l'espèce.
4. Après cette brève remise en contexte, le deuxième chapitre concernera les valeurs centrales de ce travail : la neutralité et l'impartialité⁴ du médiateur. Après les avoir définies, ces notions seront comparées, confrontées et exemplifiées selon les visions des médiatrices et formatrices en médiation ; Mesdames Coralie Smets-Gary et Martine Becker, toutes les deux intervenues dans le colloque « *la médiation autrement* »⁵ en 2019, qui ont cordialement accepté de se livrer en interview. Cette théorie sera ensuite confrontée à la mise en pratique par ces professionnelles, qui nous parleront de quelques techniques permettant aux médiateurs de sortir de situations où les parties semblent bloquée tout en demeurant dans les limites de la neutralité.

La suite de ce chapitre sera consacrée à quelques difficultés pratiques découlant d'une approche plus interventionniste du médiateur. Nous analyserons ainsi les risques sur la relation des parties si le médiateur ne respecte pas sa neutralité, pour ensuite se questionner sur l'exécution réelle d'une solution provenant du médiateur et sur l'intérêt de la différence terminologique entre la conciliation et la médiation. Pour finir, nous aborderons les points positifs d'une telle pratique, sans lesquels cette dernière perdrait toute raison d'exister.

5. Le troisième et dernier chapitre de ce mémoire sera quant à lui axé sur la mise en exergue du passage des modes alternatifs facilitatifs aux modes alternatifs évolutifs. C'est ici que se posera plus en profondeur la question de l'interventionnisme d'un médiateur lors de la pratique de son métier. Pour en analyser les tenants et aboutissants, la réflexion de Maître Patrick Van

⁴ Article 1727 §1, 3° du Code judiciaire du 10 octobre 1967.

⁵ Colloque du Journal des Tribunaux du 28 Mars 2019.

Leynseele, médiateur et avocat au Barreau de Bruxelles et de New York, sera suivie de près. Ici, encore une fois, la théorie et la pratique se rencontreront. Nous analyserons les points variables d'une médiation et tenterons de les mettre en lien avec le maître sujet de ce travail qu'est la neutralité et l'interventionnisme du médiateur. Afin d'agrémenter les données de ce travail, nous baserons également sur une enquête que nous avons réalisée au sein de la communauté des médiateurs agréés par le biais d'un *Google Form*.

Ainsi, après avoir défini la médiation évaluative et l'avoir comparée à la médiation facilitative dans une première section, seront abordés, dans la seconde, les différentes façons pour un médiateur d'intervenir dans le processus médiatif. Une troisième section sera, quant à elle, consacrée à l'un des éléments le plus variable et important de tous : la volonté des personnes médiées. Pour finir, dans la quatrième et dernière section de ce chapitre, seront passés en revue quelques domaines dans lesquels une médiation pourrait avoir lieu. Nous tâcherons d'y déceler les caractéristiques phares de ces derniers afin de pouvoir déterminer s'il existe un lien entre eux et l'attitude interventionniste ou en retrait du médiateur.

Chapitre I. Une brève remise en contexte

6. L'objectif de la première partie de ce travail n'est pas d'enseigner les bases rudimentaires des modes alternatifs de règlement de litiges (ci-après, « *MARLS* »), ces dernières étant déjà connues des lecteurs. Elle nous semble pour le moins la bienvenue en ce qu'elle leur permettra de se remémorer les caractéristiques principales de ces modes qui, bien que rassemblés sous le qualificatif de justice à l'amiable, se distinguent par leurs particularités singulières qui les rendent tous tant autonomes que complémentaires.

L'autonomie des MARLS se révèle lorsque l'on peut observer la prise en charge intégrale d'un dossier par l'un d'eux, de la naissance du conflit jusqu'à l'homologation de l'accord à l'image de la solution dégagée par les parties, et ce sans recourir au système judiciaire traditionnel. Leur complémentarité, quant à elle, s'explique par les différences qui existent entre leurs caractéristiques qui leur donnent par ailleurs une capacité d'adaptation aux différents types de litiges. Ces derniers peuvent en effet varier en fonction de l'attitude des parties, du thème de leur différend, de l'état de leurs relations, de leur capacité financière ou encore du comportement du tiers intervenant.

Les attributs distincts des MARLS seront donc analysés dans une première section par laquelle nous sera démontrée la véracité du dicton « à chaque problème, sa solution ». Nous verrons ensuite dans une deuxième section qu'une solution n'est pas toujours offerte par les processus à l'amiable.

Section 1. Divers modes alternatifs de règlement des litiges

7. Les principes directeurs de différents MARLS seront récapitulés dans cette section. Les éléments de réponses seront organisés de façon à répondre à quatre simples questions : quels sont ces modes amiables et dans quelles situations peuvent ou doivent-ils être utilisés ; quels sont les acteurs participant à leurs processus et comment ces derniers se déroulent-ils ? Dans un souci de concision et de pertinence, nous n'étudierons pas tous les modes alternatifs existant dans notre système juridique mais uniquement ceux qui, à nos yeux, semblent opportuns à analyser en vue de les comparer à la médiation. Ainsi, la négociation, le droit collaboratif, la conciliation ainsi que, naturellement, la médiation seront mis en exergue.

8. La négociation — La négociation n'est pas un mode alternatif en tant que tel mais une partie intégrante de ces derniers. Si elle n'est pas consacrée par notre Code judiciaire au même titre que la médiation, la conciliation ou encore le droit collaboratif, elle n'en est pas moins fondamentale. En effet, tous les MARLS l'incluent de près ou de loin dans leurs processus, ce qui explique son ubiquité dans la résolution des différends⁶.

Elle a été décrite comme étant « une conversation en vue de résoudre une divergence de volontés telle que la satisfaction de l'une empêche la satisfaction de l'autre »⁷. Pratiquée tous les jours par tout le monde, la négociation apparaît dès que deux positions semblent opposées et que les contestataires veulent sortir de cette situation conflictuelle. Elle est le réflexe qu'ont normalement toutes les parties à un litige, que ce dernier existe entre deux frères ou deux chefs d'état. Avant d'aller déposer une requête au tribunal, les parties ou leurs conseils ont généralement déjà tenté de discuter de manière informelle afin de dégager une solution entre eux.

9. « La négociation traditionnelle peut intervenir à tout moment : avant, pendant ou après une procédure judiciaire »⁸. Libre aux parties d'abandonner la procédure si elles réussissent à trouver un arrangement, même une fois cette dernière démarrée. En outre, en cas d'échec de la négociation, les parties ont la possibilité de se diriger vers la justice ordinaire, ce qui peut poser des difficultés au vu de l'absence d'obligation de confidentialité du processus précité. Il n'est effectivement pas rare que dans le cadre d'une négociation, les parties refusent de communiquer certaines informations craignant qu'elles soient utilisées par la partie adverse en procès en cas d'échec du processus à l'amiable.

10. Initialement, une négociation est faite entre les parties en conflit, ces dernières pouvant également faire appel à leurs conseils respectifs, et même à un tiers intervenant si elles le souhaitent. Le processus de négociation étant complètement informel, les personnes qui y participent ne doivent pas être formées. En effet, la négociation en tant que telle ne fait l'objet d'aucune consécration légale et n'a donc pas de cadre à proprement parler⁹.

11. L'accord sur lequel les parties aboutiront peut-être tombera ainsi sous le régime ordinaire des conventions ayant force de loi pour ceux qui les ont conclues en vertu de l'article 1134 du Code

⁶ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, « Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables », Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 356.

⁷ Th. GARBY, *La gestion des conflits*, Paris, Economica, 2004.

⁸ 15 juin 2012, « La négociation dite traditionnelle », *SEPF*, Kluwer, p. 33.

⁹ *ibid.*, p. 33.

civil. Dans son rapport de 2010-2012, le Barreau de Bruxelles avait pourtant annoncé l'élaboration d'un protocole de négociation par la commission MARCs, mais ce dernier n'a jamais vu le jour. Ce fascicule était « destiné à encadrer de telles négociations et à fixer des règles contractuelles pour celles-ci, notamment en matière de confidentialité des discussions et des documents qui sont échangés à cette occasion »¹⁰. Ce dernier reste pourtant introuvable sur le site de l'Ordre alors qu'une brochure portant sur le droit collaboratif¹¹ a, quant à elle, bel et bien été rédigée en septembre 2018.

Ce processus à l'amiable mais qui n'en est pas véritablement un reste dès lors un mode déstructuré, ce qui ne l'empêche pas d'être utilisé tous les jours par tous les justiciables qui ne ressentent pas forcément l'envie de se plonger immédiatement dans les méandres d'un procès dès l'apparition d'un litige entre eux.

12. A défaut d'un cadre législatif, ce sont les auteurs de doctrine qui ont analysé et balisé le domaine de ce processus. De prime abord, une négociation se déroule instinctivement de façon compétitive ou « sur position ». Cela signifie que les parties restent ancrées dans leurs positions respectives, concevant une solution prédéterminée à leur conflit selon laquelle le gain de l'une entraînera forcément la perte de l'autre. Ainsi, elles sont en compétition afin d'obtenir le maximum possible en fonction du rapport de force qui s'établira entre elles au gré de la négociation¹².

Cependant, afin de viser des résultats plus optimaux sur le long terme, les négociateurs doivent se départir d'une telle approche et envisager une négociation raisonnée ou « sur intérêt »¹³ dans laquelle, comme la dénomination du processus l'indique, ils abandonneront leurs positions au profit de leurs intérêts. En vue d'obtenir un échange constructif, ils devront nécessairement distinguer les personnes de leur litige en question. L'accent sera mis sur la confiance, l'empathie, l'écoute active et la reconnaissance mutuelle. L'objectif étant de se détacher de la vision réductrice d'une solution prédéterminée à diviser entre les deux parties, ces dernières vont élargir leur terrain de discussion afin de multiplier les possibilités d'accords¹⁴. Les acteurs

¹⁰ Rapport du Barreau de Bruxelles 2010-2012 disponible sur https://jeanpierre-buyle.avocats.be/sites/default/files/Rapport_2011.pdf, p. 22.

¹¹ Disponible sur https://barreaubruzelles.be/images/publications/pdf/droit_collaboratif.pdf

¹² M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 351.

¹³ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 353.

¹⁴ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 353.

créeront ensemble des options pouvant satisfaire leurs intérêts à tous les deux et finiront par les départager en fin de négociation¹⁵.

13. Le droit collaboratif — Le droit collaboratif est né à la fin du XX^{ème} siècle aux États-Unis¹⁶ et a, dès 2006, fait son apparition dans nos contrées belges en se faisant introduire par la Commission de droit de la famille de l'Ordre français du Barreau de Bruxelles¹⁷. La loi du 18 juin 2018¹⁸ l'a consacré dans notre Code judiciaire et l'a défini comme étant un « processus volontaire et confidentiel de règlement des conflits par la négociation, impliquant des parties en conflit et leurs avocats respectifs, lesquels agissent dans le cadre d'un mandat exclusif et restreint d'assistance et de conseil en vue d'aboutir à un accord amiable »¹⁹. Ce mode alternatif se distingue des autres étudiés dans ce chapitre par la pluralité des tiers qui y prennent part et qui ne seront donc pas, contrairement au médiateur, limités par une obligation de neutralité et d'impartialité en ce que chaque tiers intervient dans le processus au nom d'une des parties.

14. Le droit collaboratif est facultatif, et « ne peut être ordonné aux parties que moyennant l'accord de toutes celles-ci »²⁰. Quoique premièrement envisagé pour les conflits dans le domaine familial, il est dorénavant mis en œuvre dans toutes les matières²¹. Il est simplement requis des parties désireuses d'avoir recours à un tel processus de faire appel à des avocats ayant suivi la formation adéquate, reçu l'agrément et souscrit au règlement des avocats collaboratifs²². Ce sont ces derniers qui guideront et mettront en œuvre le processus collaboratif²³. Ils sont présents aux côtés de leurs clients tout au long de celui-ci et ne sont naturellement ni neutres, ni impartiaux²⁴, mais bien indépendants²⁵.

¹⁵ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 355.

¹⁶ St. WEBB, « Collaborative law : a practitioner's perspective on its history and current practice », *Journal of the American Academy of matrimonial lawyers*, 2008, p. 155.

¹⁷ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 23.

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

¹⁹ Art. 1738 C. jud.

²⁰ « Sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, en tout état de la procédure, et ainsi qu'en référé » ; Article 1740 C. jud. ; C. DELFORGE, « La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? » in *La médiation autrement*, B. INGHELS (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 31.

²¹ S. CLAIRMONT et M. SHEA, « Le droit collaboratif : la diversification de la pratique », Conférence du 10 novembre 2006, texte repris dans le polycopié de la formation en droit collaboratif dispensé à Paris en juin 2007.

²² Art. 1739 C. jud.

²³ Art. 1738 C. jud.

²⁴ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *op.cit.*, p. 35.

²⁵ Article 4 alinéa 5 de la Charte de participation au processus de droit collaboratif, disponible sur [https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte de participation droit collaboratif.pdf](https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte%20de%20participation%20droit%20collaboratif.pdf)

15. Un avocat collaboratif aura pour tâche d’assumer les rôles tant de conseil que de *coach* et que de garant du bon fonctionnement du processus collaboratif. Ainsi, il commencera par estimer si la voie collaborative correspond au dossier de son client et inversement, chose qui n’est pas garantie, comme pour tous les modes alternatifs²⁶. Si c’est le cas, l’avocat préparera son client aux séances de négociation en lui enseignant les bases du droit collaboratif et son déroulement, en tentant d’identifier ses intérêts, en lui expliquant comment participer activement au processus, etc. Tout au long de ce dernier, l’avocat éclairera son client juridiquement parlant²⁷, sur les points de droit abordés durant les négociations ainsi que sur les tenants et aboutissants des solutions proposées dans les discussions.

En outre, il aura un rôle actif en ce qu’il stimulera la négociation et le dialogue entre les parties tout en maintenant un environnement sécurisant et en soutenant son client en le remettant au centre des débats²⁸. Le rôle des tiers intervenants est donc loin de la figure du médiateur limitée par sa neutralité, son indépendance et son impartialité (*voy.* Chap. II). Il a l’entière liberté de donner son avis, il prend forcément parti — compte tenu de son métier d’avocat — et peut guider les discussions avec son confrère sans crainte de violer une quelconque obligation légale ou déontologique.

16. L’objectif du droit collaboratif reste de dégager des solutions acceptées par les parties, ce qui implique que leurs conseils travaillent en synergie²⁹. Selon les termes de la Charte du droit collaboratif, « l’avocat collaboratif favorisera tant les échanges que le règlement du litige en privilégiant l’honnêteté, la négociation et la confiance en vue de réduire autant que possible, pour les parties et leurs familles, les conséquences négatives résultant de ce litige »³⁰. La chose la plus importante dans le processus collaboratif est la communication, il est ainsi impératif pour les parties de respecter une série de règles telles que le respect du temps de parole, un dialogue respectueux et audible, l’écoute de l’autre sans interruption, etc. Par ailleurs, il sera demandé aux parties de se remettre en question et surtout, d’envisager le point de vue de l’autre³¹.

²⁶ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *op. cit.*, p. 59.

²⁷ S. HUYSMANS, « Le droit collaboratif: sa consécration par la loi », disponible sur www.droitbelge.be, 27 septembre 2018.

²⁸ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *op. cit.*, p. 60.

²⁹ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *ibid.*, p. 49.

³⁰ Article 2 de la Charte de participation au processus de droit collaboratif.

³¹ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *op.cit.*, p. 96 à 98.

17. Le processus sera axé sur les relations entre les participants à plusieurs niveaux. Le rapport entre un avocat collaboratif et son client, premièrement, se différenciera d'une relation traditionnelle « avocat-client » où la posture du professionnel connaisseur prend le dessus dans une salle d'audience avec des procédures formalisées. Ici, une écoute active sera développée par le conseil qui laissera place à la parole du client afin de comprendre l'envers du litige ainsi que ses tenants et aboutissants³². Deuxièmement, une cohésion existera entre les avocats collaboratifs afin d'effectuer un travail d'équipe, tout en suivant une série de principes types du droit collaboratif tels que la confiance, la transparence, la bonne foi, l'humilité, la remise en question, etc³³. Troisièmement, les parties en conflit tenteront d'avoir une relation basée sur les aspects positifs de l'ancien lien qui aurait pu exister entre elles. Qu'elles appartiennent à une même famille ou qu'elles aient dirigé une entreprise ensemble, elles devront mobiliser les forces qui faisaient d'elles une équipe avant l'apparition du différend. Dernièrement, la relation entre les quatre participants devra être guidée par un objectif commun de s'entendre et de régler le litige qui existe entre eux. Ils devront ainsi « identifier ce qui est important pour chacun, rechercher les différentes pistes créatives, trouver des réponses aux questionnement, chercher et découvrir ensemble des idée,... »³⁴.

De tels termes nous ramènent naturellement à l'idée de la négociation raisonnée ou « sur intérêt » que nous avons analysé précédemment (voy pt. 12). Il est essentiel que tous les protagonistes participent activement à cette négociation afin que le résultat puisse leur satisfaire à tous. En effet, comme l'a justement énoncé Claire Bonnelle, médiatrice et formatrice, « le sentiment de justice ne provient pas de la validation de leurs arguments mais d'une prise en compte de chacun dans la construction de l'accord »³⁵.

18. Tout comme la médiation, ce processus est confidentiel³⁶ protégeant ainsi tout ce qui y est échangé d'une utilisation ultérieure au détriment d'une partie ou de l'autre si la résolution à l'amiable échouait. Une telle sécurité permet à un climat de confiance de s'instaurer afin que les parties puissent dialoguer sans crainte. En cas de succès des négociations, une entente sera rédigée par les avocats collaboratifs³⁷ et pourra être produite en justice³⁸.

³² A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *ibid.*, p. 49

³³ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *ibid.*, p. 50.

³⁴ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *ibid.*, p. 50.

³⁵ Cl. BONNELLE, *La dynamique du conflit*, Paris, Érès, 2016, p. 198.

³⁶ Art. 1738 C. jud.

³⁷ Article 10 de la Charte de participation au processus de droit collaboratif.

³⁸ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *op. cit.*, p. 75.

19. La médiation — La médiation, connue de tous grâce à sa popularité grandissante, demeure un outil indispensable à la réussite de la justice alternative. Ce mode alternatif, bien que pratiqué depuis la nuit des temps³⁹, a pris de l'ampleur dans le courant des années septante aux États-Unis avant d'arriver sur le continent européen dans les années nonante⁴⁰. Elle a été définie par Pierre-Paul Renson comme « un processus confidentiel et structuré de concertation volontaire entre parties entre lesquelles il existe un différend géré par un tiers neutre, indépendant et impartial, qui n'a aucun pouvoir juridictionnel et dont le rôle consiste avant tout à créer les conditions nécessaires pour (r)établir et faciliter la communication entre parties, mais aussi à conduire ces dernières à redéfinir leurs relations, entre autres, en les aidant à trouver elles-mêmes une ou plusieurs solutions au différend et à en sélectionner une. »⁴¹

Cette définition doit sa complétude non seulement à la description des valeurs que doit respecter un médiateur agréé, mais également à celle de la relation entre les parties et du rôle de celles-ci dans le processus de la médiation qui, rappelons-le, reste primordial. Ainsi, comme l'a si justement explicité Catherine Delforge, le principal objectif d'une médiation est « d'apaiser un conflit en rétablissant une communication fragilisée par l'érosion qu'a permis un différend »⁴², sous-entendant que même en l'absence d'accord médiation à la fin de celle-ci, les parties peuvent avoir apaisé leurs relations à travers la médiation qui n'aura dès lors pas été vaine.

20. La médiabilité d'un litige, ou l'éligibilité de ce dernier à la médiation, trouve sa consécration légale dans l'article 1724 du Code judiciaire⁴³. Elle désigne d'abord le fait pour tout conflit d'être ouvert à ce mode alternatif avant de se faire ensuite plus largement définir comme « ce qui se prête à la médiation en vertu de ses critères propres, ce pour qui, pour quoi, et pour quand son processus est adéquat ou approprié ou ne l'est pas »⁴⁴.

³⁹ En effet, « dès le deuxième millénaire avant Jésus-christ, les sujets en Mésopotamie étaient obligés de recourir à la médiation obligatoire, une forme de règlement des différends très similaire à l'arbitrage. Le médiateur était leur souverain dont les recommandations ne pouvaient pas être facilement ignorées » V.-S. LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000, p. 557, cité par Ch. JARROSSON, « Les frontières de l'arbitrage » *Rev. arb.*, 2001, p. 9.

⁴⁰ Cabinet d'avocat Renson, *Bref historique de la médiation*, disponible sur <https://www.renson-avocats.be/historique-de-la-mediation.html>

⁴¹ P-P RENSON, *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p.15.

⁴² C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 15.

⁴³ L'article 1724 du Code judiciaire dispose que « *Tout différend de nature patrimoniale, transfrontalier ou non, y compris les différends impliquant une personne morale de droit public, peut faire l'objet d'une médiation. Les différends de nature non patrimoniale susceptibles d'être réglés par transaction ainsi que les différends visés à l'article 572bis, 3°, 4°, 6° à 10° et 12 à 15° et les différends découlant de la cohabitation de fait peuvent aussi faire l'objet d'une médiation* »

⁴⁴ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 320.

En effet, les raisons pour lesquelles certains conflits ou certaines parties ne sont pas les candidats idéals pour ce mode alternatif sont multiples et font l'objet de la deuxième section de ce chapitre. Pour l'instant, nous évoquerons à titre d'exemples notamment le grave déséquilibre entre les parties, la mauvaise foi avérée ou l'abus de procédure de l'une d'entre elles, la violence existant entre les parties ou encore l'incapacité de discernement d'une des parties⁴⁵.

21. Hormis dans les circonstances susmentionnées, la médiation demeure fortement encouragée à être utilisée dans notre système qui fait sa promotion à presque tous les stades de la procédure, non seulement par les avocats⁴⁶ et les huissiers de justice⁴⁷, mais également par la Commission fédérale de médiation⁴⁸. Par ailleurs, les juges ont désormais la capacité d'interroger les justiciables sur leur tentative de résoudre leur litige à l'amiable et, le cas échéant, de les inciter à les envisager. Le rôle des magistrats s'est encore agrandi en ce que depuis deux ans, en vertu du nouvel article 1734 de notre Code judiciaire, ils peuvent aller jusqu'à ordonner aux parties d'aller en médiation sous certaines conditions⁴⁹, s'ils estiment un rapprochement entre ces dernières possible⁵⁰. Les parties peuvent également décider d'y recourir volontairement soit en

⁴⁵ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 323.

⁴⁶ Article 444 C. jud.

⁴⁷ Article 519 §4 C. jud.

⁴⁸ « La commission qui a, depuis 2018 un rôle important dans la « sensibilisation et l'information du public et du monde judiciaire » ; C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ Alinéa 1^{er} et 2 de l'article 1734 C. jud. Conformément au premier alinéa de cet article, « le magistrat peut ce faire avec l'accord des parties en tout état de la procédure et ainsi qu'en référé, sauf devant la Cour de cassation et le tribunal d'arrondissement, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré ». Le deuxième alinéa, quant à lui, dispose que « le magistrat peut ordonner une médiation après avoir entendu les parties, à l'audience d'introduction, à une audience de remise à une date rapprochée ou à une audience fixée au plus tard le dernier jour du mois qui suit celui du dépôt des premières conclusions du défendeur. »

⁵⁰ Si l'on ne peut ignorer la bienveillance du but de cette manœuvre qu'est la promotion de la médiation, nous restons toutefois dubitatif à son égard pour trois raisons. (Tout comme étaient dubitatifs la majorité des experts auditionnés par la Commission de la justice, la section de législation du Conseil d'État ainsi que les auteurs de l'ouvrage de *La médiation autrement*, paru aux éditions Larcier en 2019 ; C. DELFORGE, *op. cit.* p. 33.) D'une part, qu'en est-il de la réelle effectivité d'un tel ordre vu l'absence, voire l'impossibilité de sanction en cas de non-respect de celle-ci ? En effet, l'exécution contrainte d'une médiation ordonnée se révélerait être doublement inefficace. D'autre part, forcer ce processus ne semble pas opportun compte tenu du fait qu'un tel comportement fragiliserait le caractère volontaire de la médiation et diminuerait, par conséquent, les chances de succès de rétablissement d'un dialogue dans un cadre de confiance et de paix. Pour finir, cette nouvelle prérogative du magistrat semblerait mettre à mal le droit fondamental d'accès à un tribunal garanti à tout citoyen par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela dit, cette nouveauté législative est limitée par une exception qui est le refus de toute les parties d'y participer, ce qui est, selon nous, la moindre des choses afin de sauvegarder au minimum le principe dispositif en vertu duquel *le procès reste la chose des parties*.

intégrant préalablement dans leur contrat une clause de médiation⁵¹, soit en décidant d'en entamer une à n'importe quel stade de la procédure⁵², même en l'absence d'une telle clause.

22. La médiation fait l'objet d'un régime distinct en matière familiale, où de fortes émotions prennent tant de place qu'elles en aveuglent les parties. C'est pour cette raison que le législateur, dans sa campagne de promotion des modes alternatifs, a décidé de mettre l'accent sur la procédure devant le tribunal de la famille, afin de mettre en avant non seulement le processus de la médiation mais également celui de la conciliation. De cette façon, conformément aux articles 1253^{ter} et suivants du Code judiciaire, le magistrat est en mesure d'ordonner une comparution personnelle des parties⁵³, la remise d'une affaire à une date ultérieure ou le renvoi devant la chambre de règlement à l'amiable⁵⁴, toujours dans le but d'inciter les parties à recourir aux modes alternatifs précités.

Dans cette même matière, les chambres de règlement à l'amiable précitées ont été constituées par la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse⁵⁵. Ces chambres dans lesquelles sont renvoyés les litiges pouvant faire l'objet d'une résolution à l'amiable⁵⁶ traduisent encore une fois la volonté du législateur de soutenir le recours aux modes alternatifs devant le tribunal de la famille où les différends sont bien souvent chargés de sentiments et où de tels modes peuvent réellement faire une différence.

23. Les parties prenant part à une médiation sont, comme la majorité des modes alternatifs, peu nombreuses et se limitent généralement aux parties médiées et au tiers intervenant. Les médiateurs peuvent également, au cours du processus, se faire assister par leurs avocats au cours du processus qui auront pour rôle de leur expliquer le processus et de les accompagner à travers ce dernier⁵⁷. Le tiers intervenant est qualifié de médiateur et ne dispose d'aucun pouvoir décisionnel : il est un accompagnateur⁵⁸, un facilitateur⁵⁹, et un expert du processus et de la

⁵¹ Dont le régime est régulé par l'article 1725 du Code judiciaire.

⁵² Conformément à l'article 1730 du Code judiciaire ; P. VAN LEYNSEELE, « La médiation, qu'est-ce? », *Orientation*, n°8-9, août-septembre 2003, p. 3.

⁵³ Art. 1253^{ter}/3 §1 al. 2 C. jud.

⁵⁴ Art. 1253^{ter}/3 §2 C. jud.

⁵⁵ D. PIRE, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », disponible sur <http://www.cljb.be/wp-content/uploads/2014/09/TFJ-note-générale-oct-2014.pdf>, octobre 2014.

⁵⁶ Arts. 1253^{ter}/1 ; 1253^{ter}/3 §2 et 1255 §6 al 3 C. jud.

⁵⁷ A. SIX « Quel est le rôle de l'avocat dans la médiation? », *Village de la Justice*, disponible sur <https://www.village-justice.com/articles/Quel-est-role-Avocat-dans,21325.html>, janvier 2016.

⁵⁸ H. TOUZARD, « De la négociation à la médiation, Analyse des processus qui relient ces deux situations », *Négociations*, 2006/2, n° 6, p. 26.

⁵⁹ F. ROGNON, « Qu'est ce que la médiation? », *Etudes*, 2016/6, p. 56.

prévention ou gestion des différends⁶⁰. Son degré d'intervention est limité tant par la troisième section du Code de bonne conduite du médiateur que par l'article 1726, 3° du Code judiciaire qui le contraignent à conserver une totale impartialité, neutralité et indépendance, comme souligné dans le deuxième chapitre.

Cela dit, en ce qui concerne ce postulat, les opinions diffèrent en fonction des auteurs. Certains confirment en effet que « le médiateur a une mission passive en raison de l'absence d'autorité dans son chef et de la déontologie de la profession »⁶¹ alors que d'autres, au contraire estiment qu'« en cas de médiation, le tiers joue un rôle actif afin de proposer une solution »⁶². Alors que le premier groupe d'auteurs considère que la médiation doit s'effectuer de manière purement facilitative, les autres conçoivent au contraire le passage vers une médiation plus évaluative, chose que nous étudierons plus en profondeur dans le troisième chapitre de ce travail.

24. Le processus de la médiation répond à une obligation légale de confidentialité⁶³. Il est guidé par le tiers intervenant qui veillera au bon déroulement du processus de la négociation raisonnée entre les médians (voy pt. 12.). Comme précédemment explicité, cette dernière « a pour objectif de permettre l'invention d'options mutuellement satisfaisantes générées par l'intelligence collective des parties »⁶⁴. Ainsi, le médiateur facilitateur, qui voit son rôle modelé par le Code judiciaire et le Code de bonne conduite de sa profession, adoptera une figure de chef d'orchestre en dirigeant les discussions, en établissant le rythme de celles-ci et en assurant l'entente et la cohésion des participants en les maintenant à l'écoute les uns des autres. Son rôle est de « *créer un climat serein et égal pour que les parties se sentent suffisamment à l'aise pour jouer les cartes découvertes. (...) la médiation doit garantir un «espace sûr»: un cadre sûr et confidentiel dans lequel les parties peuvent librement partager des informations, y compris à leur détriment, et faire des concessions, sans courir le risque d'abus par la partie adverse (...)* »⁶⁵.

⁶⁰ C. DELFORGE, *op. cit.* p. 16.

⁶¹ G. TARZIA, « Médiation et institution judiciaire » in L. CADIET, Th. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage — Alternative dispute resolution — Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005, p. 21.

⁶² G. DE LEVAL, « Réflexions sur la médiation civile » in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 29.

⁶³ Art. 1728 C. jud.

⁶⁴ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 355.

⁶⁵ A. LAURENT VERBEKE et A.-S. D'HERDE, « Bemiddelen in vertrouwen » in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2017, p. 264. Traduction de l'extrait original suivant : « *De bemiddelaar moet dus een sereen en gelijkwaardig klimaat scheppen zodat partijen zich comfortabel genoeg voelen om open kaart te spelen. (...) de bemiddeling moet de garantie bieden van een "safe space": een veilig en vertrouwelijk kader waarbinnen zij vrijuit informatie kunnen delen, ook informatie die in hun nadeel speelt, en toegevingen kunnen doen, zonder het risico te lopen dat deze toegevingen zullen worden misbruikt door de tegenpartij (...)* »

25. La conciliation — La conciliation est « un mode pacifique de règlement des différends grâce auquel les parties s'entendent soit directement, soit par l'entremise d'un tiers pour mettre un terme à leur litige »⁶⁶. Cette définition, qui nous vient des travaux préparatoires de la première loi sur la médiation datant de 2005, est complétée par ces mêmes travaux qui précisent qu'en cas d'intervention d'un tiers, ce dernier « s'autorisera des recommandations sur le fond, des propositions de solutions, des tentatives d'influence dans la recherche de l'accord »⁶⁷.

Le tiers intervenant peut donc concilier les parties d'une manière active et peut, si besoin il y a, les aider à trouver des pistes de solutions, chose spécifiquement prohibée par l'obligation de neutralité imposée à la figure du médiateur. Le déroulement du processus et le degré d'interventionnisme du conciliateur dépendra évidemment de la posture des parties au litige. Au plus ces dernières voudront « s'emparer du processus et négocier sur le fond, au moins directif sera le tiers, et inversement »⁶⁸. Il sera donc du rôle du conciliateur de graduer son comportement en fonction de celui des parties.

26. Légalement parlant, ce processus à l'amiable peut intervenir dans beaucoup de domaines du droit⁶⁹, et peut être utilisé par tous les justiciables, aux conditions que les parties soient capables de transiger et que l'objet de la conciliation soit susceptible d'être réglé par transaction⁷⁰. En théorie, conformément aux termes de l'article 731 du Code judiciaire, une conciliation est toujours facultative, sauf exceptions prévues par la loi. Le législateur a profité de cette faculté pour imposer aux parties de tenter de recourir à ce processus dans plusieurs situations⁷¹.

⁶⁶ Proposition de loi modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Développements, *Doc. parl.* Ch., sess. ord. 2003-04, n°51-327/1, p.7.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 7.

⁶⁸ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 133.

⁶⁹ Notamment en matières familiales, de location, de copropriété, de voisinage, de crédit à la consommation, pour les litiges n'excédant pas 1860 euros, etc. G. DE PALMENAER, « La conciliation », *S.P.F. Justice*, disponible sur https://biblio.helmo.be/opac_css/doc_num.php?explnum_id=47, p. 7.

⁷⁰ B. BEELDEND, « Les modes alternatifs de résolution des litiges, la spécificité de la médiation », *R.G.D.C.*, Kluwer, 2010, p. 267 ; Article 731 C. jud.

⁷¹ B. BEELDEND, *ibid.*, p. 268 ; En guise d'illustration, nous avons le droit du travail, dans lequel une tentative de recours à la conciliation est obligatoire sous peine de nullité (Art. 734 C. jud.). La situation est similaire « en matière de bail à ferme, en matière de droit de préemption en faveur des preneurs de biens ruraux (ainsi qu'en matière de droit de passage) et, autre qu'incidente, en matière de salaire différé dans l'agriculture et l'horticulture » dans lesquelles l'action ne pourra être admise « sans qu'au préalable le demandeur n'ait demandé au juge par écrit ou verbalement de faire appeler le futur défendeur en conciliation » (Art. 1345 C. jud.) Par ailleurs, en matière de crédit hypothécaire, avant toute mesure d'exécution ou de saisie, une tentative de conciliation est rendue obligatoire par l'article 59 de la loi relative au crédit hypothécaire du 4 août 1992, *M.B.*, 19 août 1992. Ces domaines dans lesquels le législateur a instauré un passage obligé par ce mode alternatif sont multiples et traduisent encore une fois une volonté de la part de ce dernier à promouvoir les MARLS.

En matière familiale, comme pour la médiation, la conciliation fait l'objet d'un régime particulier⁷². De cette façon, même si elle n'est pas obligatoire dans ce cas⁷³, elle peut être vivement encouragée par le tribunal de la famille qui revêt une figure autoritaire auprès des parties. Ces dernières seront enclines à accepter une telle recommandation qui pourrait leur être extrêmement utile dans un domaine où, bien souvent, le litige est chargé d'émotions.

Le fait que ce mode alternatif soit à ce point mis en avant pourrait traduire, selon nous, une intention du législateur d'encourager les parties à recourir à un processus dans lequel le tiers intervenant peut aller jusqu'à diriger les discussions et proposer des solutions. Un tel postulat mettrait en avant les avantages d'une tierce personne proactive dans les MARLS et sera examiné plus intensément dans le dernier chapitre de ce mémoire.

27. La conciliation peut être menée par différentes personnes. Elle est premièrement prise en charge par le juge dans la sphère de ses compétences, ce rôle lui étant conféré par l'article 731 du Code judiciaire. Comme l'explique Patrick Van Leynseele, « c'est le juge qui aide les parties à trouver une solution appropriée au conflit sans imposer lui-même, par voie d'autorité, la solution qui est celle qui résulterait de la pure application de la loi aux faits »⁷⁴. Un expert peut également « tenter de concilier les parties »⁷⁵ dans le cadre de l'expertise judiciaire prévue par les articles 962 et suivants du Code précité. Pour finir, une conciliation peut également se faire de manière privée, où un tiers désigné se chargera de guider les parties à travers ce mode amiable en dehors de tout contexte judiciaire⁷⁶. Une séance de conciliation se déroule à huis clos devant la chambre du conseil⁷⁷ et semblablement à la médiation, les parties sont autorisées à participer à cette conciliation seules ou accompagnées de leurs conseils.

28. Comme expliqué précédemment, le conciliateur peut adopter un comportement proactif dans le déroulement du processus, en se prononçant sur ce qu'il pense et en partageant avec les parties d'éventuelles pistes de solutions auxquelles il aurait pensé si elles le souhaitent. Agissant de la

⁷² Comme nous l'avons exposé précédemment, le tribunal peut ordonner la comparution personnelle des parties afin de les concilier ou d'évaluer les chances de trouver un accord. Ce faisant, s'il l'estime opportun, il peut leur proposer d'examiner la possibilité de recourir à la conciliation ou la médiation, en vertu de l'article Article 1253ter/3 §1^{er} 2^{ème} alinéa C. jud.

⁷³ Contrairement à d'autres matières précédemment énoncées (voy n.b.p. n°71).

⁷⁴ P. VAN LEYNSEELE, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁵ Article 977 C. jud.

⁷⁶ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁷ « Le juge de paix, le juge proche du citoyen », *S.P.F. Justice*, disponible sur https://justice.belgium.be/sites/default/files/def-brochure_vrederechter_fr-2019.pdf, p. 9.

sorte, ce dernier met en place une négociation dirigée⁷⁸. Si cette dernière réussit et que les parties parviennent à dégager une solution avant l'ouverture de l'instance judiciaire, l'accord sera acté dans un procès-verbal qui sera doté de force exécutoire et aura la valeur d'un jugement classique⁷⁹. Si le procès est déjà entamé lorsque le conciliateur parvient à dégager un accord entre les parties, cela donnera naissance à un jugement d'accord⁸⁰ également revêtu de la formule exécutoire⁸¹.

- 29.** Force est de constater qu'en matière de conciliation, les résultats sont loin d'être décevants. Afin d'illustrer ce propos, nous analyserons la jurisprudence du tribunal du travail de Bruxelles⁸². Il est ainsi démontré qu'en droit du travail, matière dans laquelle la conciliation est un passage obligé par le Code judiciaire selon les termes de son article 734, l'expérience est plutôt positive. Nous pouvons ainsi déduire que ce processus obligatoire dirigé par un tiers intervenant proactif, proposant des idées et des opinions aux parties, est une relative réussite. Cette hypothèse pourrait encourager le mouvement évaluatif de la médiation qui pour l'instant est encore considéré et vécu comme un tabou pour la plupart des professionnels.

Section 2. L'éligibilité aux modes alternatifs

- 30.** Un litige est, dans la théorie juridique la plus classique et en vertu du principe dispositif, l'affaire des parties : elles en sont les maîtresses⁸³. À elles donc de choisir quelle voie adopter pour tenter de le résoudre. Nous le savons, les modes alternatifs sont particulièrement mis en avant depuis la loi de 2005, et encore plus depuis celle de 2018⁸⁴. Au jour d'aujourd'hui, il est non seulement du rôle de l'avocat⁸⁵, mais également de l'huissier de justice⁸⁶, du greffier⁸⁷ en

⁷⁸ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 356.

⁷⁹ Article 733 C. jud.

⁸⁰ Article 1043 C. jud.

⁸¹ I. BRANDON, « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995, pp. 505-516, spéc. pp. 507-508.

⁸² H. FUNCK, « De la conciliation à la médiation: une voie nouvelle au tribunal du travail? », *Chr. D. S.*, 2004, 01, Kluwer, p. 2

⁸³ H. FUNCK, *ibid.*, p.5.

⁸⁴ Projet de loi du 5 février 2018, résumé, p. 4.

⁸⁵ Selon les articles 444, al. 2 C. jud. et 2.12 du Code de déontologie de l'avocat rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013, disponible sur <https://avocats.be/sites/default/files/25.02.2020%20Code%20déontologie%20version%20française%20en%20vigueur%20au%2025.02.2020.pdf>

⁸⁶ L'article 519 §4 C. jud. dispose en effet que « Les huissiers de justice tentent, dans la mesure du possible, de favoriser une résolution amiable des litiges notamment en informant le justiciable de la possibilité de médiation, de conciliation et de tout autre mode de résolution amiable des litiges. »

⁸⁷ L'article 1253ter/1 C. jud. dispose qu'en matière familiale, le greffier enverra aux justiciables « le texte des articles 1730 à 1737 accompagné d'une brochure d'information concernant la médiation. »

matière familiale et du juge⁸⁸ d'informer les justiciable de leur faculté de régler leur différend par la voie des modes alternatifs plutôt que par celle de la justice traditionnelle.

Dans cette fin de chapitre, nous tenterons de répondre à la délicate question que se posent la plupart des justiciables en quête d'une solution à leur conflit : puis-je résoudre mon litige au travers d'un règlement à l'amiable ? À tout problème sa solution, mais encore faut-il savoir comment l'aborder et à l'aide de quel outil. Gardons à l'esprit que les modes alternatifs ne sont pas adaptés à tout litige et tout litige n'est pas fait pour être résolu à l'amiable. Pour finir, nous relierons les hypothèses établies dans cette section au degré de proactivité du tiers intervenant afin de déterminer s'il existe un lien entre ces éléments.

31. Puis-je résoudre mon litige au travers d'un règlement à l'amiable ? — Pour aider les parties à décider si, oui ou non, la voie des modes alternatifs est celle qui leur serait utile pour résoudre leur conflit, différents outils sont mis en place. Avant toute chose, il est du devoir tant déontologique⁸⁹ que légal⁹⁰ de l'avocat d'informer son client des possibilités de recourir à de tels modes alternatifs⁹¹. Ce dernier est également bien placé pour leur parler de leur probabilité de réussite, ainsi que pour définir quelle voie serait la plus adaptée au conflit de son client. Le législateur a donc habilement confié à ces professionnels un rôle à la fois d'informateur et d'aiguilleur. Ils connaissent en effet non seulement la théorie et les spécificités procédurales des différents modes alternatifs mais également le conflit engageant son client et, théoriquement, l'approche et les attentes de ce dernier. Ils auraient donc la capacité de donner leur point de vue sur ce qu'ils estiment être le mode amiable le plus adéquat au différend en question, et de conseiller leur client en fonction de celui-ci.

32. Plusieurs raisons pourraient s'opposer à ce que les parties tentent de résoudre leurs disputes par le biais des MARLS. À titre illustratif, le droit collaboratif requiert des parties une totale transparence pour que le processus soit fructueux, chose qui risque de créer des difficultés si le

⁸⁸ Aux termes de l'article 730/1 §2 C. jud., le juge devra favoriser les modes alternatifs et ce faisant, il aura pour rôle « d'interroger les parties sur la manière dont elles ont tenté de résoudre le litige à l'amiable avant l'introduction de la cause et les informer des possibilités d'encore résoudre le litige à l'amiable. »

⁸⁹ Article 2.12 du Code de déontologie de l'avocat.

⁹⁰ Article 444, al. 2 C. jud.

⁹¹ B. LYSY et I. VOGELAERE, « Le juge peut imposer une médiation judiciaire (art. 204-240 DD droit civil). Loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges », disponible sur <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/le-juge-peut-imposer-une-mediation-judiciaire-art-204-240-dd-droit-civil/>

différend porte sur une question de propriété intellectuelle⁹², raison pour laquelle ce processus ne sera pas recommandé en ce domaine.

Les modes alternatifs ne devraient généralement pas non plus être conseillés si une des parties est de mauvaise foi et qu'elle obtempérerait à cette voie pour la seule et unique raison de pouvoir s'attribuer ce mérite par la suite mais sans avoir l'intention de faire fonctionner le processus. Cette affirmation serait naturellement identique pour un litige né dans un contexte d'alcool, de drogue ou de violence. Par ailleurs, passer par un mode alternatif ne serait pas non plus recommandé à des parties dont la relation est tellement délabrée qu'il existe un réel déséquilibre entre elles qui pourrait encore s'aggraver pendant le processus. Les processus à l'amiable sont majoritairement des lieux où la parole est laissée aux parties pour qu'elles tentent de s'exprimer et de s'expliquer. Il serait mal venu que l'une d'entre elles puisse profiter de ce contexte à des fins de manipulation. Il sera donc du rôle des conseils et des tiers intervenants d'estimer si les parties veulent et sont capables de s'engager dans un tel processus.

33. En outre, il se peut que des personnes aient besoin de vivre un procès pour envisager pouvoir régler un différend, psychologiquement parlant. Une situation peut être telle qu'intérieurement, il leur soit nécessaire de passer par cette phase qui, quoique modernisée, reste calquée sur un modèle de combat. Il est possible que pour certains, le fait de vivre ce duel judiciaire avec sa hiérarchie et sa violence va leur permettre de passer à autre chose par après, quelle que soit l'issue du procès en question. Pour ces personnes, recourir aux modes alternatifs ne serait donc pas ce dont ils ont envie ni besoin pour régler leur litige.

34. Cela dit, l'absence de consentement originnaire d'un justiciable à l'idée de tenter une réconciliation par la médiation n'est pas forcément un élément décisif, comme il peut être observé en pratique⁹³. Ainsi, le fait d'essayer ne serait-ce qu'une séance avec une personne initialement réticente à cette idée pourrait la faire changer d'avis grâce à la magie des modes alternatifs et aux compétences du tiers intervenant dans le processus. Il arrive effectivement que des parties se retrouvent en procès sans même avoir tenté une quelconque résolution à l'amiable, alors qu'une simple conversation à armes baissées aurait pu dénouer plus d'une tension.

⁹² A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *op. cit.*, p. 59.

⁹³ 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° 6751, p. 879.

C'est là où réside l'importance de l'habileté du ou des tiers intervenants dans les modes alternatifs, dans leur capacité à pouvoir détacher les parties de leur différend et de les recentrer autour de leurs intérêts communs. Cette hypothèse a bien évidemment ses limites et il ne serait pas idéal d'engager un processus à l'amiable avec une personne radicalement opposée à cette idée. Il est de la responsabilité des conseils des parties d'analyser l'attitude et le comportement de leurs clients afin de déterminer s'ils sont candidats aux MARLS et si ces derniers pourraient leur venir en aide.

- 35.** La temporalité du recours aux modes à l'amiable n'est pas non plus décisive. Certaines personnes vont y songer avant même d'entamer une procédure judiciaire alors que d'autres, au contraire, n'y penseront pas avant des années de conflit, épuisées par la lenteur procédurale et l'arriéré judiciaire d'un système basé sur une logique de combat, cherchant désespérément une issue à leurs conflits sans pour autant vouloir avoir raison au détriment de l'autre partie⁹⁴. Ça n'est donc pas parce que des parties n'y ont pas songé ou qu'elles ne sont pas les candidates idéales types pour les MARLS à la naissance de leur conflit que cela est définitif. Elles peuvent tout à fait changer d'avis. Aveuglées par la haine et toutes les autres émotions apportées par la nouveauté du litige, elles peuvent premièrement être incapables de considérer cette solution. Et puis, lassées par la procédure traditionnelle, elles peuvent envisager de revoir leur point de vue, se remettre en question et tenter de trouver un compromis, donner leur chance aux modes alternatifs afin de ne plus subir l'agressivité et la violence procédurale dégagées par un procès sans fin.
- 36.** Les modes alternatifs seraient par conséquent recommandés pour les personnes en quête d'une solution amiable, souhaitant coopérer et dont la relation, bien que remplie de non-dits et d'incompréhensions réciproques, n'est pas déséquilibrée jusqu'au point d'avoir une partie abusive ou manipulatrice. Il serait évidemment utopique de se dire que les modes alternatifs ne sont limités qu'à cette seule catégorie de justiciables. Il est certain que tous les médiés ne sont pas enclins à la coopération et la bonne foi. Seulement, même en l'absence de l'une ou de l'autre, le processus méditatif pourrait néanmoins fonctionner, ne fût-ce que pour faire avancer les parties dans leur cheminement de pensée et les faire sortir d'une situation délicate.
- 37. Quel serait le mode alternatif le plus adapté à ma situation ?** — Si les justiciables veulent tenter les modes alternatifs mais ne savent toujours pas vers lequel se diriger, des guides sont élaborés tant par des Commissions officielles de médiation civiles et pénales que par des

⁹⁴ J. FAGET, *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, Paris, Érès, 2015, p. 285.

fédérations de médiation ou encore par des magistrats⁹⁵. Ensuite, les justiciables sont libres d'opérer en plus une « orientation préalable », qui est une méthode de gestion de conflit développée aux États-Unis⁹⁶. Cette méthode permet d'aider les parties à un différend à sélectionner le mode de résolution le plus approprié au cas concret⁹⁷. Ce processus consiste à confronter deux listes, l'une reprenant les objectifs recherchés par les parties voulant recourir aux modes alternatifs, l'autre reprenant les obstacles à ce recours. De cette façon, les raisons pour lesquelles les parties veulent choisir un MARL seront passées en revue : limiter les coûts de procédure, la confidentialité ou encore rétablir les relations entre parties. Ces points seront ensuite confrontés aux idées qui bloquent un potentiel passage vers les modes alternatifs que peuvent être la pluralité des parties ou des litiges, la difficulté à communiquer, la mauvaise foi avérée d'une partie, etc.

- 38.** Ainsi, l'éligibilité d'un conflit aux MARLS se base non seulement sur des impératifs légaux et procéduraux mais également sur les attentes des justiciables. La volonté de préserver la discrétion d'un litige pourrait ainsi convaincre les parties de se tourner vers les modes alternatifs qui, presque tous, répondent à une obligation de confidentialité.

Par la suite, les parties pourraient décider du mode qui leur conviendrait en fonction du tiers intervenant ou du schéma qu'aura le processus à l'amiable. Si elles sont en bons termes et ont simplement besoin d'un tiers les guidant au long du dialogue, une médiation leur sera prioritairement indiquée. Cela dit, une séance de droit collaborative leur serait préférable si leurs avocats y sont formés et qu'elles préféreraient avoir une discussion à quatre personnes. Par ailleurs, les justiciables souhaitent recourir à un mode de résolution de litige à l'amiable avec un tiers qui intervient de manière active et dont elles aimeraient connaître l'opinion en plus de celui de leurs conseils, elles devraient opter soit pour une médiation dirigée par un médiateur évaluateur, soit pour une conciliation.

- 39.** Parfois, le choix ne sera plus entièrement le leur si les parties arrivent au point où une instance est en cours, que le magistrat décide de leur conseiller tel ou tel mode alternatif et qu'elles acceptent l'impulsion dudit juge. Il leur sera néanmoins toujours possible de refuser une telle

⁹⁵ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 321.

⁹⁶ St. B. GOLDBERG and Fr. E SANDERS, « Fitting the forum to Fuss : A User-Friendly Guide to selecting ADR », *Negotiation Journal*, 1994, pp. 49-63.

⁹⁷ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 376.

suggestion ou de changer de processus à l'amiable si elles souhaitent en essayer un autre, conformément, évidemment, aux prescrits légaux de l'un ou l'autre mode alternatif⁹⁸.

- 40.** Nous garderons ainsi à l'esprit qu'un tel choix dépend principalement du souhait des parties et de leurs attentes relatives aux MARLS. C'est en cela que le rôle plus ou moins actif du tiers intervenant jouera, selon ce que désirent les personnes concernées, leurs caractères, leur relation,... Tant de données qui varient et qui, dans un même mode alternatif, forcera le professionnel à adapter son comportement en fonction de celles-ci. L'éligibilité et l'adaptabilité des modes alternatifs se résument donc à une chose dont la simplicité et la complexité s'égalent : la volonté des parties en conflit.

⁹⁸ A titre d'exemple, les avocats collaboratifs doivent obligatoirement se retirer en cas d'échec des négociations (Art. 1741, §1, 5° C. jud.)

Chapitre II. La neutralité, l'impartialité et l'indépendance du médiateur

41. Le terme « médiation », de base latine « *mediare* », signifie être au milieu⁹⁹. Cela n'est donc pas un hasard si le médiateur, chef orchestre du processus, se retrouve entre les personnes médiées de façon neutre, indépendante et impartiale.

Après avoir étudié la médiation parmi d'autres modes alternatifs dans le chapitre précédent, celui-ci se concentrera sur cette dernière et sur les trois concepts de la neutralité, l'impartialité et l'indépendance du médiateur.

42. Dans une première section, seront analysés non seulement la neutralité des tiers intervenants dans la médiation, principe phare de leur fonction, mais également ses acolytes que sont l'impartialité et l'indépendance. Ce trio de notions souvent confondues fera l'objet d'une étude profonde et détaillée, agrémentée des témoignages des médiatrices renommées que sont respectivement Coralie Smets-Gary et Martine Becker, ainsi que des réponses des médiateurs agréés ayant accepté de répondre à notre enquête en ligne. Les différentes relations entre ces principes seront examinées, ce qui nous permettra de mettre en lumière les liens qui existent entre eux. La deuxième section sera quant à elle dédiée à la consécration légale des concepts susmentionnés, tandis que la troisième sera concentrée sur les limites de ces derniers. Cette section finale reprendra non seulement les exceptions légales et théoriques de ces règles de conduite, mais également les dépassement et techniques pratiques qu'utilisent les professionnels dans leur métier. À cet effet, seront notamment citées les opinions de Patrick Van Leynseele ainsi que celles de mesdames Becker et Smets-Gary.

Section 1. La définition des concepts

43. Les principes de neutralité, d'impartialité et d'indépendance ont trait aux garanties qu'un médiateur doit pouvoir offrir initialement aux parties dans le processus de la médiation. Ils font référence à un médiateur détaché du conflit, des parties et de sa solution d'un point de vue tant bien objectif que subjectif. Cela dit, ces notions sont confondues par beaucoup d'auteurs,

⁹⁹ A.M. BOUDART (collab. C. VANDER STOCK), *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 35.

juristes, formateurs en médiation et même par le Sénat¹⁰⁰. En effet, la neutralité n'est pas bien distinguée de l'impartialité, qui, elle-même, est souvent associée à l'indépendance, que certaines personnes assimilent parfois à la neutralité.

Suite à une enquête que nous avons menée en ligne auprès de tous les médiateurs agréés de Belgique, nous avons pu constater un grand trouble quant à la signification exacte de ces préceptes. En effet, plus de 10% d'entre eux considéraient qu'il n'existait pas de différence entre la neutralité et l'impartialité et seuls une trentaine de professionnels sur plus de deux cent ont pu les définir correctement.

Toutefois, leurs dissemblances bien existantes méritent d'être mises au clair car c'est sur ces éléments que certains professionnels jouent, faisant par conséquent fluctuer leur degré d'interventionnisme.

44. La neutralité — Selon Coralie Smets-Gary, « *la neutralité est le fait de ne pas émettre d'avis sur le fond du problème des parties, quel que soit ce fond, c'est le fait de ne pas exprimer d'opinion, de ne pas évaluer les chances de succès d'une thèse au détriment d'une autre. C'est ne pas suggérer de solution au final, surtout.* »¹⁰¹ Cette hypothèse est confirmée par sa collègue, Martine Becker, pour qui la neutralité est respectée lorsque « *le médiateur s'empêche de tout rôle actif au niveau du contenu de la solution.* »¹⁰²

C'est donc bel et bien un acte négatif, « un devoir d'abstention du tiers vis-à-vis du problème ou du conflit. (...) Le tiers s'interdit de donner son opinion, son conseil et encore plus sa solution sur le différend. »¹⁰³ Même si instinctivement, le médiateur qui reste un être humain et qui, comme tous, est doté de la capacité de juger, va envisager ses propres pistes d'idées, au nom de ce principe, il se doit de la garder pour lui.

La neutralité vise ainsi l'aptitude du médiateur à se détacher de la solution du litige. Son rôle n'est pas se préoccuper de trouver une issue au différend des parties. Pour que le processus soit

¹⁰⁰ Dans une question écrite (n°4-4328) du 7 septembre 2009 de de Patrik Vankrunkelsven, le sénat confondait déjà les notions d'impartialité et de neutralité en affirmant de la neutralité « qu'il s'agit d'une attitude impartiale et de l'absence de prise de position », or cette définition tautologique décrit l'impartialité sans mentionner la signification de la neutralité.

¹⁰¹ Interview de Coralie Smets-Gary, voy annexe 1.

¹⁰² Interview de Martine Becker, voy annexe 4.

¹⁰³ M. BECKER, C. LEVY, J. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A-S. SCHUMACHER et C. SMETS-GARY, « Dictionnaire de la résolution amiable des différends (RAD/ADR) en matières civile, commercial, familiale et sociale », Bruxelles, Larcier, 2015, p. 225.

considéré comme une réussite, il importe que les parties trouvent elles-mêmes, guidées précautionneusement par le médiateur, une résolution à leur conflit. Nous verrons par après que certains professionnels jouent sur cet aspect pour, parfois, orienter les parties vers une solution qu'elles n'auraient pas envisagée et qui pourrait leur convenir aux yeux du médiateur. Nous analyserons ce type de comportement, appelé évaluateur, dans le dernier chapitre de ce travail.

45. L'impartialité — L'impartialité, synonyme d'objectivité et de justesse, est décrite par Martine Becker comme « *le fait de ne pas donner plus de poids, de ne pas se montrer en faveur d'une partie plus que de l'autre.* »¹⁰⁴ Parallèlement, cette notion est définie par Coralie Smets-Gary comme le fait « *d'être à la même distance par rapport à toutes les parties, émotionnellement parlant. (...) De ne pas se dire "tiens, avec celle-là, j'ai des affinités, je la comprends, j'ai les mêmes valeurs" ou "celle-là ne me revient pas".* »¹⁰⁵ L'impartialité est donc un état d'esprit, elle est l'obligation pour le médiateur de réprimer ses préférences envers l'un ou l'autre médié s'il ressent un tel sentiment.

46. Une majorité écrasante de professionnels¹⁰⁶, quand nous leur parlons d'impartialité, préfèrent le terme de « **multipartialité** » ou de « pluri-partialité », ce qui signifie de ne pas prendre position avec l'une des parties mais de faire alliance avec chacune d'entre elles. Il s'agit « *se rapprocher de chacune des parties, de comprendre l'univers de chacune, comme si il se mettait dans les chaussures de chacune des parties mais il fait le même effort pour chacune* »¹⁰⁷. Selon un professionnel anonyme ayant répondu à l'enquête, « *le médiateur est présent totalement pour chacune des parties à tour de rôle, ce qui doit permettre de rassurer chacun des médiés* ». Pour un autre, la multipartialité implique que « *chaque point de vue a de la valeur dans le processus* ». C'est donc une attitude recommandée aux professionnels afin de faire sentir les parties considérées par le médiateur tout en restant sur le même pied d'égalité.

47. L'indépendance — L'indépendance est l'obligation pour le médiateur d'être détaché des parties, elle est synonyme d'affranchissement et d'émancipation. Elle est le gage tant de la neutralité que de l'impartialité du tiers intervenant, qui seraient toutes deux mises à mal par un médiateur qui ne respecterait pas son indépendance.

¹⁰⁴ Interview de Martine Becker, voy annexe 4.

¹⁰⁵ Interview de Coralie Smets-Gary, voy annexe 1.

¹⁰⁶ Voir résultats du Google Form en annexe.

¹⁰⁷ Interview de Coralie Smets-Gary, voy annexe 1.

Cette dernière peut être abordée de deux points de vue : l'un est externe, l'autre interne. Le premier point de vue vise le rapport que le médiateur aurait avec les personnes susceptibles de l'influencer, il ne devrait ainsi « avoir aucun lien, direct ou indirect, qui puisse l'obliger (de quelque nature que ce soit : politique, économique, religieux, affectif, etc.) avec les parties »¹⁰⁸. Du second point de vue, un médiateur ne pourrait avoir aucun intérêt dans l'issue de la médiation. De ce fait, le tiers intervenant doit être détaché des parties et de l'issue de la médiation, sans quoi ce principe serait mis en danger et son impartialité et sa neutralité en souffriraient corrélativement.

48. La relation entre les trois notions — Le fait qu'un grand nombre de personnes confondent ces concepts n'est pas un hasard, ces principes se ressemblent et sont, dans la vie courante et dans le langage commun, considérés comme des synonymes. Cela dit, les points suivants ont pour but de démontrer les dissemblances qui existent bel et bien entre eux.

49. Neutralité - impartialité — « La neutralité ne se choisit pas, tandis que l'impartialité, si »¹⁰⁹. Comme tout le monde, le médiateur aura avoir tendance à ressentir des jugements de valeurs, à être partial. Il n'est bien entendu pas un robot déchu de toute émotion face à un conflit, et par conséquent il apercevra intuitivement la situation selon ses convictions, ses opinions et son histoire. Malgré l'obligation d'impartialité qui lui incombe, il lui serait impossible d'être radicalement impartial. Affirmer le contraire serait aussi hypocrite que de dire à une personne de ne pas penser à un éléphant rose et de le croire quand ce dernier affirme ne pas y songer.

Il importe cependant que le médiateur ne laisse pas ses émotions et ses jugements de valeur s'exprimer, qu'il garde une apparence d'impartialité tant bien dans ses paroles que sa gestuelle, afin de ne pas laisser transparaître une quelconque préférence pour une partie ou pour une autre. Un tel comportement risquerait en effet de briser son impartialité et la confiance des parties qu'il aura pris grand soin de construire à travers la mise en place du cadre de la médiation¹¹⁰. Comme l'a si bien dit l'un des médiateurs ayant participé au *Google Form*, « *il s'agit d'avoir conscience de ses propres opinions afin que celles-ci ne prennent pas inconsciemment le pouvoir sur les échanges et décisions* ».

¹⁰⁸ M. BECKER, C. LEVY, J. MIRIMANOFF (dir.) F. OUDIN, A-S. SCHUMACHER et C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 179.

¹⁰⁹ M. BECKER, C. LEVY, J. MIRIMANOFF (dir.) F. OUDIN, A-S. SCHUMACHER et C. SMETS-GARY, *ibid.* p. 225.

¹¹⁰ Cette mise en place est appelée « configuration » et est définie comme « l'art de choisir le lieu, de disposer l'espace du processus lors des séances et d'y placer les parties en médiation (les médians) et leurs conseils. La configuration doit aussi répondre au souci d'équilibre pour obtenir la confiance des parties » M. BECKER, C. LEVY, J. MIRIMANOFF (dir.) F. OUDIN, A-S. SCHUMACHER et C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 95.

50. Nous nous détachons du postulat selon lequel *la neutralité ne se choisit pas, tandis que l'impartialité, si* en ce que nous estimons le médiateur peut choisir d'être neutre en s'abstenant de prendre part dans la solution du conflit. Effectivement, pareillement à son obligation d'impartialité, même si le médiateur pensera forcément aux solutions du litige qui se présente devant lui, les exprimer ne fait pas partie de son rôle. Ainsi, bien qu'intérieurement, il ait envisagé une opinion par rapport à la solution et à sa position quant aux parties et à leur litige, son obligation sera remplie s'il s'abstient d'exprimer tout cela.

Une chose qu'ont exprimé beaucoup de professionnels dans l'enquête en ligne avec laquelle nous nous alignons, est que reflet de ce que le médiateur renvoie aux parties importe toujours. Même s'il ne sera jamais neutre intérieurement car il pensera forcément à des idées de solutions en fonction de ses valeurs, croyances et opinions, s'il garde une apparence neutre en s'abstenant d'exprimer son ressenti, il remplit son obligation.

51. Afin d'illustrer la frontière entre ces deux concepts, Martine Becker utilise la figure du magistrat soumis, lui-aussi, à une obligation d'impartialité et d'indépendance. « *Un juge n'est pas neutre, puisqu'il va donner la solution. Mais un juge doit être impartial. Il ne doit pas donner plus de poids à une partie qu'à l'autre lorsqu'il décide. Il ne doit pas se laisser guider par ses préférences.* »¹¹¹

52. Ces deux principes sont étroitement en corrélation, car si un médiateur compromet sa neutralité en exprimant son avis, il pourrait mettre à mal son impartialité aux yeux des participants de la médiation. En effet, un tel comportement pourrait donner l'impression à la partie contre laquelle l'opinion du médiateur semble être que sa thèse est moins légitime que celle de l'autre partie, chose qui la fera se sentir lésée. Madame Smets-Gary l'explicite bien en disant qu'« *en n'étant pas neutre, le médiateur donne à une des parties qui n'est pas contente avec ce qu'elle entend, l'impression qu'il prend parti pour l'autre et qu'il y a un problème d'impartialité. C'est en ça que les deux notions sont liées.* »¹¹²

53. La neutralité et l'impartialité, ainsi distinctes de par leurs objets respectifs, « *l'une touchant au fond de la solution pendant que l'autre touche plutôt aux préférences du médiateur par rapport aux parties* »¹¹³, sont interdépendantes. Un médiateur compromettrait son impartialité en mettant à mal sa neutralité et inversement. L'étroitesse de ce lien expliquerait notamment

¹¹¹ Interview de Martine Becker, voy annexe 4.

¹¹² Interview de Coralie Smets-Gary, voy annexe 1.

¹¹³ Interview de Coralie Smets-Gary, voy annexe 1.

pourquoi ces deux notions sont allègrement confondues par nombreux auteurs¹¹⁴, voire même, selon Martine Becker, par des formateurs en médiation, comme si elles étaient interchangeables. En effet, en plus des professionnels qui estiment qu'il n'existe pas de différence entre ces deux principes, d'autres personnes ne considèrent pas ces différences primordiales, loin de là¹¹⁵.

54. *Impartialité - indépendance* — L'impartialité et l'indépendance sont, quant à elles, similaires de par leur objet, ayant toutes deux trait aux parties. Comme précédemment explicité, l'impartialité consiste pour le médiateur à ne pas prendre position pour l'une ou l'autre d'entre elles, alors que l'indépendance, elle, requiert du tiers intervenant de ne pas avoir de liens avec elles tant objectivement que subjectivement parlant et de ne pas avoir un quelconque intérêt en l'issue de la médiation.

Assurément, une perte d'indépendance entrainerait dans sa chute l'impartialité du médiateur en ce qu'il serait influencé par un facteur qui lui ferait prendre position presque malgré lui. Ainsi, si le médiateur avait un lien affectif ou familial quelconque avec l'un des médiés, son comportement en serait altéré et son impartialité, endommagée.

55. *Indépendance - neutralité* — Les notions d'indépendance et de neutralité, quoique ne portant pas sur le même élément, ont dernièrement fait l'objet de confusion par beaucoup. L'indépendance, nous le rappelons, porte sur l'interdiction d'un lien tant objectif que subjectif entre le médiateur et les médiés et/ou la solution de la médiation. La neutralité, quant à elle, incombe au médiateur de ne pas se prononcer sur le fond du litige entre les parties en gardant son opinion pour lui. Cela dit, le lien entre les deux se trouve là où un manque d'indépendance pourrait pousser un médiateur à briser sa neutralité.

56. Si un médiateur, influencé par un lien qu'il aurait avec l'un des médians ou par l'intérêt qu'il porterait à une solution au litige, guidait le dialogue et le processus de façon à répondre à son propre intérêt, sa neutralité serait mise à mal. De cette façon, un tiers dont la rémunération dépendrait de la solution de la médiation serait forcément plus enclin à encourager les parties à adopter un accord qui lui serait financièrement plus avantageux. Cela lui ferait perdre sa neutralité.

¹¹⁴ Tel que l'article « ni avocat, ni notaire mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centres de planning familial » paru aux éditions Kluwer en 2005, rédigé par C. LE BRUN et E. VINK.

¹¹⁵ Patrick van Leynseele, qui se décrit comme étant une personne pragmatique, n'est lui-même pas sûr de bien saisir les concepts. Il considère que « ce ne sont que des mots ». Voy son interview en l'annexe 3.

Section 2. La consécration légale des concepts

57. Dans cette section l'apport de la neutralité dans la loi sur la médiation par la loi de 2018 et la signification d'un tel ajout seront premièrement analysés. Deuxièmement, les défis de l'effectivité de la loi que sont la confidentialité et le manque de définition des concepts précités seront soulignés et étudiés.

58. L'apport de la neutralité par la loi de 2018 — Comme précédemment explicité, les notions de neutralité, d'impartialité et d'indépendance se ressemblent et forment ensemble une partie du cadre déontologique essentiel à tout médiateur. En vertu de la troisième section du Code de bonne conduite du médiateur agréé de 2007¹¹⁶, ainsi que de l'article 1726, §1^{er}, 3° du Code judiciaire¹¹⁷ inséré par la loi du 21 février 2005, un médiateur doit garantir son indépendance et son impartialité, qui sont indissociables de l'exercice de sa fonction. La neutralité a toujours été prônée comme l'une des caractéristiques essentielles requises des médiateurs d'un point de vue pratique et déontologique. Ceci étant, la consécration légale de la neutralité ne s'est faite qu'il y a deux ans, lors de la publication de la loi belge du 18 juin 2018¹¹⁸, alors que l'impartialité et l'indépendance, elles, ont bien leurs places dans nos textes légaux et déontologiques depuis 2005¹¹⁹ et 2007¹²⁰.

59. Pour beaucoup, cette omission ne serait pas révélatrice d'une quelconque gradation d'importance des concepts entre eux, mais plutôt un simple oubli de la part du législateur¹²¹ qui,

¹¹⁶ Décision du 18 octobre 2007 relative au code de bonne conduite du médiateur agréé, disponible sur www.cfm-fbc.be.

¹¹⁷ Code judiciaire du 10 octobre 1967, *M.B.*, 10 octobre 1967.

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ Article 10 de la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.

¹²⁰ Articles 4 à 7 du Code de bonne conduite du médiateur agréé du 18 octobre 2007.

¹²¹ Selon Patrick van Leynseele, un des rédacteurs du projet de la loi de 2005, « *le concept de neutralité, je pense effectivement qu'on y a pas pensé tout simplement. Et en 2018, avec la nouvelle loi, il y a beaucoup plus d'expérience qui était venue, beaucoup plus d'écrits, etc. Et on s'est dit qu'au fond, oui, la neutralité, c'est quelque chose qui est important.* ». Pareillement, aux yeux de Martine Becker, « *Je pense que c'est un oubli. Ça n'est pas qu'on s'est dit que l'impartialité et l'indépendance étaient plus importantes que la neutralité, ça je ne pense pas. (...) Puisque même la définition de la médiation a été oubliée alors... Je ne pense pas que ça soit une question de gradation.* », voy annexe 3.

rappelons-le, avait déjà le mérite d'être pionnier en cette matière méconnue du système légal de beaucoup de pays. En plus de cette lacune, le législateur avait également manqué de définir les notions-clefs de la médiation, l'impartialité, la neutralité, ou encore l'indépendance, laissant les médiateurs face à eux-mêmes pour tenter de les interpréter et les appliquer correctement. Cette incertitude législative a finalement été acceptée par les professionnels qui exercent leur métier selon leurs propres lignes de conduite. Certains sont plus prompts que d'autres à dépasser les limites doctrinales de ces concepts, chose qui sera analysée dans le dernier chapitre de ce travail portant sur le passage d'une médiation facilitative à une médiation évaluative.

- 60.** A nos yeux, cette lacune n'est peut-être pas un simple hasard. Nous estimons en effet que la neutralité, quoique toujours présente dans la description de la figure du médiateur, est le seul aspect duquel le professionnel peut déborder. Si la médiation évaluative existe (*voy.* chapitre III.), bien qu'officieusement, cela n'est pas un hasard. Selon nous, le médiateur ne pourra jamais violer son obligation d'impartialité ou d'indépendance sans risquer de compromettre sérieusement la confiance qu'il aura établie au sein du cadre de la médiation. Qu'il préfère une partie à l'autre, qu'il aie un lien affectif ou familial avec l'une ou l'autre ou qu'il ait un quelconque intérêt à l'issue de la médiation, de telles situations rendraient la poursuite du processus de médiation tout à fait impossible.

Alors que le fait pour un professionnel de partiellement se détacher de sa neutralité en évoquant prudemment son opinion ou en proposant des pistes d'idées, le tout avec parcimonie et professionnalisme, n'entraînerait pas forcément l'échec d'une médiation, bien au contraire. Peut-être était-ce la raison de l'absence de la notion de la neutralité dans la loi jusque 2018. Par contre nous ignorons l'explication de son apparition soudaine. D'autant plus que son effectivité est directement compromise par plusieurs éléments, comme nous le remarquerons par après.

- 61. La confidentialité des débats et la lacune des définitions des concepts** — Un autre point que nous nous devons d'aborder en ce qui concerne la consécration légale de ces concepts phares, est la difficulté de la réelle effectivité de cette dernière qu'entraînent la confidentialité de la médiation et l'inexistence de leur définition légale.
- 62.** Premièrement, si un médiateur débordait de son rôle facilitateur et violait, par conséquent, l'une de ses trois obligations, il serait très difficile de prouver ce fait afin de prendre des mesures adaptées. Les débats au sein d'un processus de médiation étant protégés par l'article 1728 du Code judiciaire, les parties lésées par un tel interventionnisme ne pourront que difficilement voir leur préjudice être réparé. Même si « la doctrine juridique considère que le médiateur

garantit une qualité spécifique de ses prestations et peut donc être tenu pour responsable de ses actes contraires à son obligation générale de diligence »¹²², les parties n'auront que la possibilité de déposer une plainte à la commission disciplinaire¹²³, sans aucune garantie que celle-ci aboutisse.

63. Ainsi, les choses sont laissées entre les mains des professionnels qui, quoique contraints sur papier de respecter certaines limites, ne risquent pas grand-chose au vu de la confidentialité des débats et du manque de définition légale de ce qui leur est interdit. À eux donc de juger s'il est opportun et utile de dépasser leurs obligations, et ce, toujours prudemment sous peine de porter préjudice à l'une ou l'autre des parties qui conserve cette possibilité de porter plainte¹²⁴. Dans le cas d'un abus, il sera du rôle de la Commission de « déterminer la procédure de sanction à l'égard des médiateurs »¹²⁵, sachant que cette procédure est elle-même secrète¹²⁶.
64. Bien que cela puisse être difficile à concevoir pour certains¹²⁷, ce creux législatif est considéré comme bienvenu par d'autres personnes, contre l'idée de légiférer de façon excessive. Parmi ces personnes, Patrick Van Leynseele témoigne qu'il ne veut surtout pas de surréglementation. Pour illustrer ses propos, il prend l'exemple de l'agrément des médiateurs, inséré dans notre système légal en 2005 et auquel il n'a pas souscrit pendant près de dix ans. A ses yeux, cela n'était pas indispensable, au vu de tous ces pays dont les médiateurs pratiquent sans être agréés sans pour autant que cela mette la profession en danger, bien au contraire¹²⁸.

Nous rejoignons monsieur Van Leynseele quant à son avis à propos de la surréglementation des concepts de la médiation. Dans cette matière, la loi consacre certes des obligations de neutralité,

¹²² A. LAURENT VERBEKE en A.-S. D'HERDE, *op. cit.*, p. 284. Traduction de l'extrait original suivant : « De rechtsleer meent dat de mediator instaat voor een welbepaalde kwaliteit in zijn dienstverlening en daarom aansprakelijk kan worden gesteld voor zijn handelingen die in strijd zijn met de handelwijze van de redelijk bekwame en de redelijk handelende vakgenoot (cf. de algemene zorgvuldigheidsverplichting) »

¹²³ La loi du 18 juin 2018 a introduit cette nouveauté en son article 219. La commission disciplinaire et de traitement des plaintes, consacrée dans le nouvel article 1727/3 du Code judiciaire, est une commission permanente est un des organes de la commission fédérale de médiation.

¹²⁴ Conformément à l'article 1727 du Code judiciaire.

¹²⁵ Art. 1727 §2, 8° C. jud.

¹²⁶ Lorsque j'ai demandé à Madame Smets-Gary si elle avait connaissance d'un médiateur sanctionné pour un manque de neutralité, d'indépendance ou d'impartialité, elle m'a répondu « *Je ne le sais pas car c'est le secret de la commission fédérale de la médiation. (...) Mais bon, comme vous le savez, la loi ne définit pas ce qu'est la neutralité donc il faudra que la commission fédérale de médiation nous réactualise ou revoie le code de déontologie. Ils le feront, ils seront obligés, comme c'est une règle qui est maintenant reprise dans la loi, il va falloir qu'ils adaptent le code de déontologie afin de préciser ce qu'ils entendent par neutralité.* » voy. annexe 1.

¹²⁷ Telle que Coralie Smets-Gary qui, si elle le pouvait, ajouterait sans hésiter la définition de la neutralité et l'impartialité dans la loi, voy. annexe 1.

¹²⁸ Interview de Patrick Van Leynseele, voy. annexe 3.

d'impartialité et d'indépendance sans pour autant définir en quoi elles consistent, ce qui pose des difficultés en terme du respect de ces prescrits légaux. Bien que ces principes soient largement définis par la doctrine, nombreux sont encore les experts en la matière qui ne saisissent pas bien les nuances entre eux. Néanmoins, peut-être que cette lacune législative accordant une marge de manœuvre aux professionnels est nécessaire dans un tel domaine. La médiation a pour objectif de replacer le litige dans les mains des parties, c'est donc à elles d'estimer ce qu'elles souhaitent.

Il nous semble dès lors suffisant de confier ces aspects aux parties à la médiation, en comptant tant sur les médiateurs et leur responsabilité professionnelle pour ne pas exagérer dans leurs prérogatives que sur la volonté des médiés d'exprimer leurs envies et leurs besoins. Il serait trop réducteur que de figer le comportement des professionnels dans des textes légaux applicables à toutes les situations alors que celles-ci varient considérablement en fonction des médians, du tiers intervenant et de toutes les autres caractéristiques d'une médiation. La situation telle qu'elle existe actuellement nous paraît ainsi satisfaisante, sachant que les débordements et excès de la part du médiateur seront doublement contrôlés par les parties et par la Commission fédérale de médiation.

Section 3. La pratique des professionnels

- 65.** Qu'en est-il des frontières sur lesquelles un médiateur peut jouer pour faire avancer le dialogue ? Est-il tout à fait bridé dans sa marge de manœuvre, peut-il penser par lui-même ou doit-il garder le silence sur ses réflexions et se contenter d'aiguiller les négociations de façon tout à fait passive ? S'il est certain que les médiateurs ont une obligation de neutralité, d'impartialité et d'indépendance sur papier, les choses sont bien différentes en pratique. Tant officiellement qu'officieusement, les professionnels ont des outils à leur disposition qui, nous le verrons, leur permettent d'effleurer les limites qui se trouvent entre le légalement pros crit et le déontologiquement toléré. Nous allons démontrer que, malgré ces contraintes légales, le médiateur n'est pas un robot et n'en sera jamais un.
- 66. Exceptions légales** — Le médiateur conserve heureusement toujours son esprit critique et un minimum de marge de manœuvre, choses qui lui sont demandées déontologiquement parlant. En effet, il est de son droit et de son devoir « d'une part, de se retirer du processus quand, malgré tout ce qu'il a mis en œuvre, il devient « complice » par son silence « obligé » d'un déséquilibre qu'il constate et qu'il ne peut cautionner en son âme et conscience et, d'autre part,

de ne pas cosigner une entente qui soit, à ses yeux, déséquilibrée ou illégale »¹²⁹. Bien que cet aspect soit également assuré par la prérogative du juge de refuser l'homologation d'un accord qui serait contraire à l'ordre public ou contraire à l'intérêt des enfants mineurs¹³⁰, le médiateur a toujours la faculté d'estimer si la médiation qu'il orchestre répond à ces critères.

67. Outils techniques — Outre l'exception d'ordre public, il est possible pour le médiateur de diriger le processus de médiation de façon légèrement plus interventionniste, tout en conservant une apparence de neutralité auprès des parties. Il pourra adopter cette stratégie et se comporter de cette façon pour plusieurs raisons : faciliter le dialogue entre les parties, rétablir un certain équilibre entre elles en venant en aide à une partie manifestement plus faible que l'autre ou encore les diriger vers une certaine solution s'il l'estime nécessaire.

Selon les termes de Monsieur Renson, « la médiation n'est pas une science exacte. Elle est vouée à l'échec si le médiateur se borne à appliquer « mathématiquement » un schéma purement théorique qu'il a préalablement intégré. Il lui appartient, en effet, de faire œuvre de créativité dans chacun des différends dont il a à connaître, en choisissant tel ou tel cadre et en employant tel ou tel outil dont il dispose. À cet égard, l'expérience acquise au fil des médiations est une aide précieuse. »¹³¹ En vertu de ce raisonnement, libre au médiateur d'adapter son savoir-faire à la situation donnée et d'utiliser l'une ou l'autre des techniques reprises ci-dessous.

68. Le concassage — Il existe premièrement des pratiques que les médiateurs utilisent pour faire avancer les discussions. L'une d'entre elles, la technique du concassage, est « une méthode créative de production d'idées. L'objectif (...) est de triturer une idée, un concept, une problématique, en l'abordant sous plusieurs angles et en la replaçant successivement dans plusieurs cadres. »¹³² Cette technique est enseignée aux médiateurs en formation et leur permettra de faire sortir les parties de leur cadre de réflexion initial dans le but de leur apporter de nouvelles visions de leur conflit afin de créer d'autres solutions¹³³. De prime abord, cette méthode ne fera pas sortir un médiateur de ses obligations ni de neutralité, ni d'impartialité, ni d'indépendance. Cela dit, selon le professionnel et la situation, les choses peuvent aller plus loin que prévu.

¹²⁹ C. SMETS-GARY et M. BECKER, « La neutralité, un enseignement à l'intention des médiateurs ? », *La médiation autrement*, B. INGHELS (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 169.

¹³⁰ Articles 1733 al. 2 et 1736 al. 4. C. jud.

¹³¹ P.-P. RENSON, « La médiation : une question de survie pour les avocats ? », *Prescrire et intervenir en médiation, un nécessaire changement de mentalités ?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 38.

¹³² M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 130.

¹³³ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 131.

69. Le remue-méninges — Technique proche de celle précédemment énoncée, le remue-méninges ou *brainstorming*, se définit comme « un outil de solution créative de problème. Il favorise l'émergence d'un grand nombre d'idées et leur expression par les participants dans un temps restreint et dans le cadre d'une démarche de recherche de solution collaborative. »¹³⁴ Un tel cadre répond aux critères du droit collaboratif vu dans le chapitre précédent tel que le non-jugement, la transparence ou encore la courtoisie. Les médiés sont ainsi invités à proposer toutes les idées qu'ils imaginent. Celles-ci seront ensuite croisées, pesées et analysées en commun¹³⁵.

Madame de Becker nous a expliqué cette technique dans laquelle « *on essaie de complexifier la chose et de trouver des sujets multiples dont il faut parler. Et on essaye surtout de trouver ce qui est important pour chacun. (...) Après avoir compris ce qu'il faut vraiment régler et ce qui est vraiment important, on essaie de réfléchir à toute une série d'idées, sans encore décider. « Mais que pourrait-on bien faire » Et donc c'est ça qui nous permet d'avancer. Non pas de négocier tout le temps autour de la même position mais d'essayer d'élargir, en trouvant les sujets, en les aidant à voir le problème sous une autre lorgnette, par un jeu de questions etc. Donc c'est comme ça qu'on s'en sort sans donner la solution.* »¹³⁶ Ce type de méthode nous fait fortement penser à celle de la négociation raisonnée par laquelle, rappelons-le, les parties sont encouragées à se détacher de leur position et à rechercher des intérêts sur un terrain de discussion élargi¹³⁷.

70. Le jeu de questions — Tout l'art d'une médiation réussie est la façon dont le processus est guidé par le tiers intervenant. Libre à lui d'utiliser ses techniques de résolution de conflit comme il le souhaite, sachant pertinemment bien que la façon de poser ses questions a toute son importance. Et c'est notamment grâce à cela que les professionnels parviennent à parfois débloquer des situations complexes.

Patrick Van Leynseele nous a confié la manière dont il se comporte vis-à-vis de personnes médiées : « *Si je dois faire évoluer les parties dans leur façon de penser, ce qui est toujours le cas, elles commencent en général bloquées dans leurs position; (...) je dois un peu les déstabiliser, d'un côté comme de l'autre. Je dois pouvoir leur dire « mais écoutez c'est très très bien, je comprends ceci et vos arguments, je les ai entendu et vous avez des avocats pour les*

¹³⁴ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 459 et 460.

¹³⁵ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 460.

¹³⁶ Interview de Martine De Becker, *voy. annexe 4*.

¹³⁷ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 354.

mettre en avant et si un jour vous devez retourner devant le juge pour les plaider vous les plaidez, c'est très bien, je comprends. Ceci dit, est ce que vous ne pensez pas que ... ? » Le « que » étant, bien entendu, une idée qui n'est pas dans la ligne de ce que eux veulent entendre. Je ne donne pas un avis, je ne donne pas un conseil, je n'ai pas le sentiment moi que je prends véritablement parti. Par contre, j'essaie de les déstabiliser un petit peu. » Ce témoignage illustre bien la limite près de laquelle le médiateur peut s'aventurer afin de faire avancer le processus, tout en restant objectivement neutre.

71. Madame Smets-Gary nous a également fait part de son opinion sur cette technique du "jeu de questions" qu'a le médiateur. Selon elle, cette méthode en est une comme une autre et le tiers intervenant, en la pratiquant, reste bien dans les limites de sa neutralité. *« Si vous dites « Et ça, vous pensez que c'est correct? » C'est une fausse question. Une vraie question serait: « qu'est-ce que vous en pensez? », « qu'est-ce que l'autre en pense? », « si vous deviez donner une évaluation de cette idée sur une échelle de un à dix, qu'est-ce que vous diriez? », etc. Vous pouvez, par votre jeu de questionnement, amener la personne à réfléchir, à aller au-delà de sa réflexion de base, de lui permettre de changer, peut-être, de point de vue. Mais tout cela est quand même fait dans le respect de cette neutralité. Donc si la question ne fonctionne pas et que la personne ne répond pas, c'est tout, c'est son choix. Vous n'allez pas répondre à sa place. La liberté du médiateur est de poser des questions. Évidemment, en posant des questions il influence la réflexion, mais il ne va pas répondre à la place des parties. Si les parties ne répondent pas, elles ne répondent pas et c'est tout. »*¹³⁸

72. *Le caucus* — Les médiateurs peuvent par ailleurs pratiquer la technique du *caucus*. Également appelé l'aparté ou l'entretien séparé, le caucus est défini comme étant « une réunion séparée entre le médiateur et un médiant, en l'absence de l'autre médiant. (...) Deux règles fondamentales régissent l'aparté. D'une part, la confidentialité de son contenu (...). D'autre part l'aparté implique nécessairement un équilibre : si le médiateur voit une partie, il voit également l'autre et ce pour la même durée. »¹³⁹ Ce système est fréquemment utilisé aux États-Unis, comme nous l'a expliqué Monsieur Mathews, *« les médiateurs font aller les client dans des pièces séparées, le médiateur les fera asseoir et à chaque partie, il leur dira « Voici ce que je*

¹³⁸ Interview de Madame Smets-Gary, voy annexe 1.

¹³⁹ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 61.

considère être les forces et les faiblesses de votre dossier, dites-moi ce que vous en pensez. »
Donc le médiateur, dès le début, va devenir très actif dans ce sens »¹⁴⁰.

« Le caucus a lieu plus tôt dans un format de médiation où le médiateur joue un rôle plus actif. Cela passe d'une médiation strictement facilitative à une médiation plus évaluative (...) visant explicitement à trouver une solution et dirigée par le médiateur. »¹⁴¹ Monsieur Van Leynseele, seul membre belge de l'*International Academy of Mediators*¹⁴² et membre du Barreau New Yorkais, le fait fréquemment. Il nous a confié que « *S'il faut encore aller plus loin, (...) je pourrai aller jusqu'à dire, en caucus de préférence, pour ne pas que l'autre entende jusqu'où j'ai osé aller, « écoutez-moi je pense très franchement, si vous allez défendre ça devant le juge, à mon avis, vous avez de très fortes chances pour que le juge ne soit pas de votre avis. »*¹⁴³ Cela lui permet de dire ce qu'il pense aux parties chacune de leur côté, de façon à ce qu'aucune d'elles ne se sente lésée par sa prise de position. Ainsi, en lui partageant son opinion, qui peut parfaitement changer en fonction de la partie à laquelle il l'exprime, il ira peut-être jusqu'à convaincre l'une ou l'autre de reconsidérer son raisonnement.

73. Liberté du médiateur — Le professionnel peut encore, s'il estime qu'il existe un déséquilibre entre les deux parties, agir en conséquence de son constat. En plus de son droit de retrait (voy pt. 66), le pendant de son obligation de neutralité¹⁴⁴, le médiateur peut également prendre des mesures pour remédier à la situation. De telle manière, Madame Smets Gary nous a expliqué que le médiateur « *a toute sorte de mécanismes à mettre en place de manière anticipative. Le processus de la médiation est fait d'étapes, et donc le médiateur peut déjà, à l'étape préliminaire, donc avant même que la médiation ait commencé, se dire « tiens, j'entends qu'une partie est plus faible économiquement, émotionnellement, intellectuellement, ou parce qu'elle*

¹⁴⁰ Interview Christopher Mathews, traduction de l'extrait original suivant : « *The mediator will send you apart into different rooms, the parties will be separated. And the mediator will then sit down and with each of the parties individually and say « this is what I see as the strengths and weaknesses of your case, tell me what you think about this ».* So the mediator, almost from the very beginning, does become very active in that sense of « *this is what I see as the issues in your case, this where I think you're strong, this is where I think you're weak,... tell me more about your case, tell me how you think you could overcome these weaknesses is this case doesn't settle.* » And right from the beginning, the mediator is starting to act as an agent of reality, basically for the client. », voy. annexe 2.

¹⁴¹ A. L. VERBEKE, "Mediation, faciliteren van onderhandelingen" in *Reflectie op mediation*, Antwerpen, Maklu, 40 (<https://ssrn.com/abstract=1751676>) cité par A. L. VERBEKE en A.-S. D'HERDE, « Bemiddelen in vertrouwen » in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2017, p. 292. Traduction de l'extrait original suivant : « *Vandaar dat de caucus eerder voorkomt in een bemiddelingsformat waar de bemiddelaar een meer actieve rol op zich neemt. Men verschuift hier van de strikt faciliterende bemiddeling⁶⁴ naar een meer evaluerende bemiddeling (...), expliciet gericht op het vinden van een oplossing en gestuurd door de bemiddelaar.* »

¹⁴² Interview Patrick Van Leynseele, voy. annexe 3.

¹⁴³ Interview Patrick Van Leynseele, voy. annexe 3.

¹⁴⁴ M. BECKER et C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 169.

ne connaît pas le domaine d'application » et donc j'anticipe déjà car je sais qu'il va y avoir un problème alors que la médiation n'a pas encore commencé. Je peux très bien dire « je ne veux pas commencer la médiation s'il n'y a pas d'avocat », par exemple. Ou « je ferai cette médiation mais je vous préviens d'entrée de jeu que je ferai appel à un expert à un moment donné qui viendra vous donner les tenants et aboutissants ». »¹⁴⁵

De cette façon, le médiateur adaptera son comportement à la relation qui se trouve devant lui. Il agira de telle sorte à ce qu'une équité soit rétablie, étant entendu que quelle que soit la mesure qu'il prenne, cette dernière sera naturellement profitable aux deux parties de manière égale. Il ne compromet donc aucunement son impartialité ce faisant. Madame Becker a confirmé les dires de sa collègues en nous confiant qu'elle a « *du pouvoir sur la manière dont on va travailler, sur la manière dont on va négocier. Mais ce qu'on va décider au final, ça moi je ne peux rien dire* »¹⁴⁶.

Section 4. Les répercussions que pourrait entraîner un médiateur interventionniste

74. En dépit des obligations légales et déontologiques d'indépendance, d'impartialité et de neutralité, certains médiateurs en outrepassent les limites et exercent leur profession de manière plus active. Cette façon de procéder peut engendrer quelques problématiques que nous analyserons dans cette section. Les risques qu'encourent les parties et leurs relations par un tel comportement seront d'abord mis en lumière. Le questionnement relatif à l'exécution de la solution provenant partiellement du médiateur sera ensuite explicité. Par après, nous étudierons la remise en cause, par un interventionnisme trop poussé, de l'intérêt de la différenciation entre la conciliation et la médiation. Cette dernière section sera finalement conclue par l'exposition des avantages d'un tel comportement.

75. Quels sont les risques sur la relation des parties si le médiateur ne respecte pas sa neutralité ? — Le médiateur est tout simplement défendu de donner son avis ou de conseiller les parties sur une idée de solution. Néanmoins, cette obligation n'existe pas par hasard et possède bien une *ratio legis*. Par sa neutralité, le professionnel laisse les médiés se réapproprier leur litige et trouver une solution par elles-mêmes, ce qui est le but du processus. L'enfreindre pourrait comporter des risques par rapport au déroulement de la médiation, notamment sur les

¹⁴⁵ Interview Madame Smets-Gary, voy. annexe 1.

¹⁴⁶ Interview de Martine Becker, voy. annexe 4.

relations entre les médians et avec le médiateur en question. Comme nous l'a témoigné madame Smets Gary, si un médiateur explique son point de vue sur le litige des parties et que cette opinion se rapproche de celui de l'une d'entre elles, « *il se peut qu'une des parties considère qu'elle a vraiment raison puisque le médiateur a l'air de dire qu'elle avait raison, et qu'elle prenne le pouvoir, qu'elle se sente confortée dans sa position. Et puis ça va avoir une influence sur la relation.* »¹⁴⁷

76. Le médiateur a pour rôle principal d'établir un cadre de confiance et de communication dans le processus de la médiation. Une perte de neutralité mettrait tout cela en danger car le tiers intervenant perdrait la confiance qu'il a tenté de construire entre les médians et lui-même et cela pourrait envenimer la relation existante entre les médiés.

Certains médiateurs bloqués dans une impasse entre des clients tenteront, au lieu de donner leurs opinions ou une idée, de proposer plusieurs pistes de solutions. Pourtant, même cette façon de faire, nous explique madame Becker, est dangereuse car en donnant une idée, « *non seulement vous violez votre neutralité, mais vous risquez de transgresser votre impartialité aussi. Parce que si vous donnez sans le vouloir, une idée qui va plus d'un côté que de l'autre, que l'un aime et que l'autre n'aime pas, vous allez favoriser, donner en tout cas l'impression, même si c'est pas le cas, d'être plus en faveur de l'un que de l'autre, c'est en tout cas comme ça que l'autre va le vivre. D'où le danger même de donner des idées.* »

Même Monsieur Van Leynseele, médiateur pragmatique dans l'âme qui n'a pas peur de déborder des cadres légaux prescrits pour aider ses clients à trouver une solution, prône la précaution dans ce genre de comportements. Selon lui, « *si le médiateur n'y va pas avec énormément de prudence, s'il donne des avis, des évaluations qui sont « noir/blanc », il va se planter, soyons clairs. Si je dis « là de toute façon, vous gagnez, vous perdez », je n'aurai plus la confiance de celui à qui je dis de but-en-blanc « vous allez perdre ». Donc même en évaluation, je serai extrêmement prudent et je laisserai dans toute la mesure du possible des portes ouvertes à la discussion. (...) parce que d'abord et avant tout, la solution doit être le résultat d'une discussion entre les parties et d'une acceptation du comment et du pourquoi de la solution. Et si elles acceptent une solution en disant « je l'accepte parce que c'est le médiateur qui l'a dit et le médiateur il sait tout », je vais nécessairement avoir une partie frustrée qui*

¹⁴⁷ Interview de Coralie Smets-Gary, voy. annexe 1.

n'acceptera pas bien la solution et ça ça n'est pas bon non plus, ni pour moi, ni probablement pour elle. Toujours dans la nuance évidemment. »

77. Les points de vue sont donc unanimes, un médiateur trop intervenant dans le processus qu'il dirige pourrait mener, en plus d'une plainte à l'encontre de sa personne, à un échec de la médiation et un envenimement de la relation entre les parties au litige. C'est donc avec parcimonie et expérience que les médiateurs tenteront peut-être de s'aventurer dans le domaine de la médiation évaluative, sujet de notre prochain chapitre.

78. **Quid de l'exécution d'une solution qui ne vient pas des parties mais du médiateur ?** — Une autre problématique qui se pose est celle de l'exécution de la solution dégagée par les parties dans une médiation guidée par un médiateur fort actif. Les parties ayant obtempéré à une solution seront-elles aussi enclines à la mettre en pratique que si elles l'avaient trouvée d'elles-mêmes ? C'est une question que se pose réellement Madame Smets-Gary, médiatrice qui ne cautionne pas l'interventionnisme dans sa profession¹⁴⁸.

Monsieur Van Leynseele, quant à lui, estime que ce risque existe si le médiateur n'a pas bien déchiffré les positions et les attentes des parties. Pour lui, *« ça se pourrait mais ça implique que j'ai donné un avis qui ne plaît vraiment pas à une des parties, ou qu'elle dise du bout des lèvres « bon allez, d'accord, il n'y a pas moyen de faire autrement, et l'alternative c'est la justice et ça c'est encore pire, donc je vais quand même l'accepter », (...) je pense aussi que ça dépend du savoir-faire, pour ne pas dire du talent du médiateur, que de faire accepter les idées qui émergent de cette discussion. Si je suis amené à donner non pas un avis mais quelque chose qui y ressemble et que je donne l'impression de dire un peu ce que je pense et que je pousse un peu dans une direction plutôt que d'une autre, si je n'ai pas l'acceptation des parties derrière moi quant au processus quand je le fais, et aussi quant aux options qui en découlent, là je commencerai à prendre un risque d'échec. D'échec soit de la médiation soit de l'exécution de la solution quand il s'agira de l'exécuter. »*¹⁴⁹

¹⁴⁸ Interview de Coralie Smets-Gary : *« Le médiateur ne fait pas souvent le suivi de l'exécution de l'entente. Donc ce qui est intéressant de remarquer c'est que ça n'est pas seulement le taux de succès de la médiation en tant que tel qui est à prendre en compte, même si ça reste un paramètre important, mais il faut aussi se demander si les parties exécutent l'accord qu'elles ont signé ? Surtout quand ce ne sont pas les parties elles-même qui ont concocté la solution, est-ce qu'elles l'exécutent aussi volontiers que lorsque la solution vient d'elles-mêmes ? »* voy. annexe 1.

¹⁴⁹ Interview de Patrick Van Leynseele, voy. annexe 3.

Ainsi, un tel risque n'est pas réellement présent si le médiateur exerce correctement sa profession et s'assure, lors de ses propositions de solutions, que celles-ci correspondent à toutes les parties sans exception. Nous ne sommes pas d'avis qu'une piste de solution émanant du médiateur ne puisse en aucun cas satisfaire les médiés pour la simple raison qu'elle ne vient pas d'eux-mêmes. D'autant plus que l'avantage majeur de la médiation est le caractère sur-mesure de la solution que les participants peuvent adopter. Ainsi, le tiers intervenant pourra toujours proposer une idée que les médians auront la liberté de remodeler comme ils le souhaitent.

79. Quelle serait encore l'utilité de la différence terminologique entre la conciliation et la médiation ?

— Quelle serait encore l'intérêt de distinguer la conciliation de la médiation, si le médiateur intervient de trop ? Selon le juge de paix Walter Niewold, la différence entre ces dernières n'est pas toujours évidente en pratique¹⁵⁰, ce qui amène certains auteurs à confondre ces deux concepts en désignant ces institutions¹⁵¹. Même sur le plan international et européen, une confusion terminologique règne. En effet, le mot « conciliation » est devenu obsolète aux États-Unis, qui utilise à sa place le terme de « *mediation* » ou « *evaluative mediation* »¹⁵². Cette confusion est également bien réelle aux yeux de Madame Smets-Gary, pour qui la médiation évaluative est problématique notamment pour cette raison entre. Selon elle, « *le conciliateur, lui, va proposer une solution, donc le médiateur évaluatif est conciliateur. Alors pourquoi utiliser deux mots si c'est la même chose ?* »¹⁵³

80. Monsieur Van Leynseele, quant à lui, estime que « Tout ça à nouveau, c'est des mots. En italien, les deux existent « *mediazione e conciliazione* » mais au départ, quand tout ça a commencé à se développer dans les années nonante, début 2000, ils parlaient surtout de « *conciliazione* ». Quels sont les concepts ? Ils sont rigoureusement identiques à ceux de chez nous. Pourquoi est-ce qu'ils appellent ça médiation et conciliation et nous le contraire, je n'en sais rien du tout. »¹⁵⁴

¹⁵⁰ W. NIEWOLD, « Bemiddeling en verzoening — Verzoening bij de vrederechter als vorm van conflictoplossing » in F. RINGELHEIM (dirs.), *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité — Gerechtelijke achterstand: geen noodzakelijke kwaad*, Forum C.S.J., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 143.

¹⁵¹ A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, « Les modes de pacification extrajudiciaire, heurts et malheurs » in *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, Liège, Coll. scientifique de la faculté de droit de Liège, 1998, p. 60.

¹⁵² M. BECKER, C. LEVY, J. MIRIMANOFF (dir.) F. OUDIN, A-S. SCHUMACHER et C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 83.

¹⁵³ Interview de Coralie Smets-Gary, voy. annexe 1.

¹⁵⁴ Interview de Patrick Van Leynseele, voy. annexe 3.

81. Le concept de conciliation a été décrit comme « un mode informel de résolution des litiges, obligatoire ou facultatif, conduit par un conciliateur désigné (tiers), impartial, neutre et indépendant - mode (confidentiel) au cours duquel il peut suggérer ou proposer une solution aux parties si elles n'y sont pas parvenues par elles-mêmes. »¹⁵⁵ Après lecture, nous pouvons faire le curieux constat que les caractéristiques, rattachées ici au conciliateur, que sont l'impartialité, la neutralité et l'indépendance, encadrent d'habitude le comportement des médiateurs, réaffirmant ainsi l'assimilation de ces deux modes de résolution à l'amiable.

Par ailleurs, cette définition tendrait à renforcer la confusion entre les concepts de neutralité, impartialité et indépendance en ce qu'il décrit le conciliateur comme répondant à ces préceptes, tout en l'autorisant ouvertement à proposer une solution aux parties, chose formellement prohibée par le principe de neutralité. Une personne lisant cette définition pourrait donc prendre les trois concepts précités pour des synonymes, chose que nous avons démontrée comme fausse.

82. Cela dit, une autre description de la conciliation, correspondant mieux au précepte en question a été adoptée par le groupe de travail *ad hoc* sur la médiation de la Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice du Conseil de l'Europe¹⁵⁶ : « Processus confidentiel dans lequel un tiers impartial, connu sous le nom de conciliateur, fait une proposition non contraignante aux parties sur la résolution de leur litige »¹⁵⁷. Ici, la neutralité n'est pas prétendue être essentielle à la figure du conciliateur et le caractère actif du conciliateur est bien décrit.

83. Bien évidemment, ces deux modes alternatifs se différencient de par leur processus¹⁵⁸. Premièrement, alors que la médiation se concentre sur les parties et leurs sentiments, la conciliation, elle, est axée sur les faits pertinents au litige. Deuxièmement, le premier mode a un processus structuré alors que le second se déroule de manière informelle. Troisièmement, en théorie, la solution viendra des personnes médiées alors que le conciliateur, lui, pourra la proposer. Ce point sera évidemment moins pertinent si l'on parle de médiation non pas facilitative mais évaluative dans laquelle le médiateur pourra prendre plus de liberté à proposer des idées de résolution. Enfin, les personnes médiées auront la possibilité de choisir leur médiateur, tandis que les parties au litige n'auront pas ce choix concernant le conciliateur.

¹⁵⁵ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.* p. 133.

¹⁵⁶ X., CEPEJ GT MED (2018) 11 du 8 novembre 2018.

¹⁵⁷ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *op. cit.*, p. 133.

¹⁵⁸ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 135.

La médiation et la conciliation se distinguent également grâce aux atouts qu'elles proposent respectivement. Ainsi, tandis que la médiation a l'avantage de préserver ou de restaurer les liens entre les parties en envisageant une solution personnalisée et sur-mesure, la conciliation, elle, peut se vanter de sa rapidité et de la modestie de son coût¹⁵⁹.

84. Nous pouvons donc observer que mis à part la caractéristique de l'interventionnisme qui, bien qu'en temps normal distingue la médiation de la conciliation, n'a plus cet effet lorsque le médiateur évaluatif commence à proposer des solutions, la médiation et la conciliation demeurent bel et bien différentes.

85. Points positifs — Existe-t-il des avantages à cette approche interventionniste ? Au vu de ces problématiques précédemment énoncées, la réponse à cette question pencherait vers la négative. Mais quelle serait alors la raison pour laquelle certains professionnels pratiquent-ils, malgré tout, la médiation en outrepassant leurs obligations de neutralité et d'impartialité ?

Nous le verrons, nombreux sont les médiateurs qui se revendiquent évaluateurs et qui ne craignent pas de diriger les discussions, de partager leur avis avec les parties et même de leur suggérer des pistes de solution. Cela étant, pourquoi le feraient-ils si cette méthode ne donnait pas de résultats ? Il n'y a nul doute quant au fait que si une telle technique était véritablement néfaste pour les parties, leur relation et l'issue de leur différend, elle ne se pratiquerait plus, le but ultime de la médiation étant malgré tout de les aider. Alors, pourquoi certains professionnels adoptent-ils une approche plus active, alors que d'autres limitent leur rôle à une pure facilitation ?

86. Volonté des parties — Si tel n'est pas le souhait des personnes médiées, l'intérêt pour un médiateur de demeurer intégralement neutre est radicalement réduit. Si les parties choisissent un médiateur pour son expérience en la matière de leur conflit, quel est l'avantage pour celui-ci de taire cette expérience ? Le différend est celui des parties tout comme la médiation est la leur. Libre à elles, si elles le désirent, de façonner le processus comme elles l'entendent, avec un médiateur neutre et en retrait, ou au contraire, plus actif et directif.

87. Expertise du médiateur — S'il est possible de faire intervenir un expert durant la médiation¹⁶⁰, cela peut ralentir et augmenter le coût de la procédure dont la rapidité et l'aspect financier sont souvent vantés. Si cela est envisageable, il pourrait donc être plus avantageux de s'informer auprès du tiers intervenant, formé non seulement en médiation mais potentiellement également

¹⁵⁹ M. BECKER, J.A. MIRIMANOFF (dir.), F. OUDIN, A.S. SCHUMACHER, C. SMETS-GARY, *ibid.*, p. 136.

¹⁶⁰ Article 16 du code de bonne conduite du médiateur.

en la matière du litige. Comme expliqué ci-dessus, il arrive que les médiés choisissent le médiateur pour son savoir en la matière. Il ne serait dès lors pas logique ni opportun que ce dernier se taise à ce sujet.

- 88.** *Point de vue extérieur* — Si les parties se trouvent coincées dans leur conflit et qu’elles le sont depuis plusieurs mois, voire plusieurs années, le simple avis d’une personne extérieure à celui-ci peut parfois les aider à voir les choses hors de leur contexte, à se remettre en question à se départir de leurs points de vue initiaux. Le tout est d’agir avec parcimonie, étant donné qu’il existe toujours le risque pour le médiateur de mettre son impartialité à mal.

La situation serait la même si les parties arrivaient au bout de leur imagination. Dans le cas où, après de longues tentatives de négociations, les parties ne trouvent plus de piste de solution, un avis tiers peut être le bienvenu. Cet opinion proviendrait non pas du médiateur en tant que professionnel mais simplement du médiateur en tant que personne ayant un autre point de vue, une créativité différente et surtout, une approche nouvelle vis-à-vis du conflit.

Chapitre III. Le passage entre la médiation facilitative et évaluative

89. La médiation facilitative est le processus traditionnel enseigné en formation à tous les médiateurs en devenir. Elle prône la neutralité du tiers intervenant, chose dont nous avons longuement parlé dans les chapitres précédents. Nous avons également mentionné le fait que certains professionnels avaient tendance à dépasser les limites prescrites par l'article 1726 §1, 3° du Code judiciaire, dans le but de guider les parties à travers une médiation dans laquelle leur rôle sera plus actif. En effet, il peut arriver que face à des clients ou des couples émotionnellement atteints, un médiateur limité par sa neutralité ne soit pas suffisant. Il se peut que ces parties aient besoin d'experts ou de l'avis du médiateur afin de les guider jusqu'à la solution satisfaisante pour résoudre leur différend¹⁶¹. Ce type de processus — objet du présent chapitre — est appelé médiation évaluative.

La première section se concentrera sur la définition de la notion phare de la médiation évaluative ainsi que sur sa consécration légale et les avis de différents professionnels à son sujet. Le reste de ce chapitre abordera les différentes variables d'une médiation afin que nous puissions déterminer si ces dernières influencent le comportement et l'approche du tiers intervenant. Ainsi, les différents types d'interventions du médiateur seront abordés dans une deuxième section. Par la suite, l'accent sera mis sur l'étude de la volonté des parties, élément principal et déterminant du conflit et de la médiation, dans une troisième section. Pour finir, dans la quatrième et dernière section, nous analyserons les différences pouvant exister dans l'attitude du tiers intervenant en fonction du thème du conflit pris en charge.

Section 1. La médiation évaluative, qu'en est-il ?

90. **Qu'est-ce que c'est ?** — La médiation évaluative se distingue de la médiation facilitative par le degré d'interventionnisme du médiateur vis-à-vis parties dans le processus. Les deux sont définies de la façon suivante par la *Harvard Law School*¹⁶² : « *Dans la médiation facilitative, ou*

¹⁶¹ P. TESLER, « Foreword » in *Droit collaboratif*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2018, p. 11-13. Traduction de l'extrait original suivant : « *But a single neutral mediator may not be able to provide enough guidance and support to be successful with more emotionally challenged clients and couples. Yet with the right combination of professional helpers, even those couples can often be guided toward finding their own good enough terms of agreement and resolving their own conflicts in a way that lasts.* »

¹⁶² K. SHONK, « Types of Mediation: Choose the Type Best Suited to Your Conflict », *Harvard Law school : Daily Blog*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/types-meditation-choose-type-best-suited-conflict/>, mai 2020.

médiation traditionnelle, un médiateur professionnel tente de faciliter la négociation entre les parties en conflit. Plutôt que de faire des recommandations ou d'imposer une décision, le médiateur encourage les protagonistes à atteindre volontairement leur propre solution en explorant leurs intérêts profonds respectifs. Dans la médiation facilitative, les médiateurs tendent à garder par-devers eux leurs propres opinions quant au conflit sous-jacent. (...) En contraste direct avec cette médiation facilitative figure la médiation évaluative, un type de médiation dans laquelle les médiateurs sont plus susceptibles de faire des recommandations, des suggestions ou d'exprimer leurs propres opinions. Au lieu de se concentrer prioritairement aux intérêts sous-jacents des parties impliquées, les médiateurs évaluatifs vont plus volontiers aider les parties à évaluer/apprécier les petites légalités de leurs arguments et à prendre des décisions en équité. La médiation évaluative est plus souvent utilisée dans le cadre de médiation ordonnée par un juge et les médiateurs évaluatifs sont souvent des avocats, qui ont donc une expertise juridique dans le domaine sur lequel porte le conflit. »¹⁶³

Nous l'avons compris, le concept de neutralité longuement étudié dans le chapitre précédent est en lien direct avec de ce type de médiation dans lequel, par définition, le médiateur se détache de cette obligation en se prononçant sur le litige et sa résolution.

91. Sa place dans la loi belge — Ce comportement a théoriquement été interdit suite à l'introduction de l'obligation de neutralité pour le médiateur agréé dans la loi de 2018. Cela dit, pendant la rédaction de ladite législation, l'Ordre des Barreaux francophones et germanophones avait fait remarquer qu'il était tout à fait concevable que le médiateur aille jusqu'à instruire les personnes médiées, en leur offrant ses avis éclairés quant à l'aboutissement de la solution. Afin de concrétiser ce postulat, l'Ordre a été jusqu'à proposer de retirer du projet de loi l'idée selon laquelle les parties devaient élaborer elles-mêmes leur solution. Bien que cette suggestion n'ait pas été retenue par le législateur, Patrick Van Leynseele reste d'avis que le Parlement n'a pas pour autant eu l'intention d'exclure la médiation évaluative de notre système juridique. Les travaux préparatifs du projet de loi en témoignent d'ailleurs en faisant la promotion des

¹⁶³ Traduction du texte original : « *In facilitative mediation, or traditional mediation, a professional mediator attempts to facilitate negotiation between the parties in conflict. Rather than making recommendations or imposing a decision, the mediator encourages disputants to reach their own voluntary solution by exposing each other's deeper interests. In facilitative mediation, mediators tend to keep their own views regarding the conflict hidden. (...) Standing in direct contrast to facilitative mediation is evaluative mediation, a type of mediation in which mediators are more likely to make recommendations and suggestions and to express opinions. Instead of focusing primarily on the underlying interests of the parties involved, evaluative mediators may be more likely to help parties assess the legal merits of their arguments and make fairness determination. Evaluative mediation is most often used in court-mandated mediation, and evaluative mediators are often attorneys who have legal expertise in the area of the dispute.* » in C. SMETS-GARY et M. BECKER, « La neutralité, un enseignement à l'intention des médiateurs ? » in *La médiation autrement*, B. INGHELS (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 160.

MARLS, sans aucune restriction¹⁶⁴, incluant dès lors tant la médiation facilitative qu'évaluative.

92. Quoi qu'il en soit sur papier, la médiation évaluative est toujours pratiquée aujourd'hui par de nombreux médiateurs sous le couvert de la confidentialité du processus. Selon nous, cette façon de faire demeure effectivement un tabou dans la profession : certains la condamnent alors que d'autres l'encouragent. Nous n'irons ni dans un sens ni dans l'autre car il ne s'agit pas, selon nous, d'une science exacte mais plutôt d'une question de situation, de ressenti et d'attitude en fonction desquels le médiateur décidera de poursuivre de telle ou de telle manière.

93. La pratique concrète selon l'enquête — Quoi qu'il en soit, nous avons tenté, avec des données récoltées par le biais du formulaire en ligne proposé à tous les médiateurs agréés de Belgique, de déceler une tendance parmi les professionnels. Les résultats sont les suivants¹⁶⁵ : 45,3% des médiateurs francophones disent demeurer médiateurs purement facilitatifs alors que ce chiffre baisse à 41% du côté néerlandophone. Pour ce qui est de la pratique spontanée d'une médiation plus évaluative si le médiateur estime que les parties en ont besoin, les chiffres sont identiques avec une tendance de 16,4% du côté tant francophone que néerlandophone. Enfin, 42,6% des médiateurs néerlandophones témoignent pratiquer de la médiation évaluative à la demande des parties, chose que 38,4% des francophones nous ont confié faire.

Exception faite de quelques pour-cents, les tendances globales sont donc fortement similaires dans notre pays et un constat est à souligner : plus de la moitié des médiateurs ayant répondu au formulaire pratiquent la médiation évaluative de leur propre initiative ou à la demande des parties. Cette observation est révélatrice d'un réel mouvement de la médiation évaluative.

94. Un médiateur est-il forcément évaluateur ou facilitateur ? — Cette question demeure effectivement, ne peut-il pas être les deux ? Comme l'a si justement dit Patrick Van Leynseele lorsque nous lui avons demandé s'il considérerait être un médiateur évaluateur, « *je vais certainement toujours commencer par me mettre dans un mode de facilitation. Par contre si la méthode de pure facilitation ne fonctionne pas, (...) à ce moment-là je vais commencer à essayer de détruire leurs certitudes, non pas pour leur dire « vous avez tort » mais pour leur dire « écoutez, moi je me demande quand même si j'étais à la place d'un juge, au fond, est ce que je pourrai être tout à fait d'accord avec ce que vous dites » (...) Donc, est ce que je suis*

¹⁶⁴ Doc. 54 2919/001, p. 55 : « (...) le gouvernement encouragera dans la mesure du possible *les* modes alternatifs de règlement des conflits, comme par exemple la médiation » cité par P. VAN LEYNSEELE, « La loi du 18 juin 2018 : l'appel à la médiation... », *op. cit.*, p. 880.

¹⁶⁵ Voy Annexe 10.

évaluateur ? Oui, quand je dis ça je pense que je suis évaluateur. »¹⁶⁶ Il ne considère donc ni être strictement facilitateur, ni évaluateur, mais adapte son attitude au gré des circonstances et des parties.

95. Qu'en pensent les professionnels ? — Ainsi, la médiation évaluative, quoiqu'en théorie prohibée depuis 2018, est toujours bel et bien présente dans la pratique. Patrick Van Leynseele, par exemple, est persuadé de son omniprésence même chez les professionnels qui se disent purement facilitateurs, tout en ayant malgré tout des tendances d'évaluation¹⁶⁷.

96. En outre, après lui avoir posé la question, Martine Becker nous a confié sans aucune hésitation qu'elle se considérerait comme une médiatrice facilitative pure. Cela dit, elle nous a par après expliqué ne pas être catégoriquement contre une telle approche, même si elle ne la pratiquerait pas. Elle estime cependant qu'il est primordial de donner aux parties ce qu'elles attendent et ce dont elles ont besoin¹⁶⁸, question que nous aborderons plus en profondeur dans la troisième section de ce chapitre (pt. 111 et s.).

97. Coralie Smets-Gary, quant à elle, estime que la médiation évaluative « *répond plutôt à une approche du litige et non du conflit*¹⁶⁹: « *Qu'est-ce qu'un juge, s'il devait trancher, dirait?* ». *Donc les solutions dans le cadre de cette manière d'appréhender le conflit en litige, sont plus réduites. Elles sont souvent chiffrées, et rien d'autre. (...) les médiateurs évaluatifs, donnent rarement leurs avis en disant « vous savez, vous devriez collaborer, faire votre contrat comme ça et votre communication comme ça », ils auront plutôt tendance à dire « dans ce cas-là, voilà ce que le juge dirait, donc effectivement, votre responsabilité est engagée, du coup moi ce que je pense c'est qu'une indemnité d'autant serait raisonnable ». Il prend position sur des aspects légaux plutôt que de commencer à faire preuve d'une créativité débordante sur ce que les parties pourraient faire l'une vis-à-vis de l'autre ou ensemble.* »

De ce point de vue, le médiateur donnerait aux parties de la pure information quant à la législation en vigueur et les tendances jurisprudentielles (voy pt. 99). Il s'attarderait plus sur le

¹⁶⁶ Interview de Patrick Van Leynseele, voy. annexe 3.

¹⁶⁷ Interview Patrick Van Leynseele : « les gens qui se disent « moi je suis purement facilitateur, je ne fais que de la médiation purement facilitative », très bien si c'est comme ça et que leur modèle marche. J'ai par contre plus de doute quant au fait qu'il y ait jamais le moindre élément d'évaluation », voy. annexe 3.

¹⁶⁸ Interview Martine Becker, voy. annexe 4.

¹⁶⁹ Sachant qu'un conflit est le différent existant entre les parties, les arguments factuels entre lesquels des divergences existent, alors que le litige est ce différent traduit juridiquement devant les cours et tribunaux. Ainsi, un juge peut tout à fait, en tranchant, régler le litige, mais le conflit entre les deux personnes, qui est l'aspect plus profond, peut demeurer.

litige que sur le conflit, c'est à dire sur le différend d'un point de vue légal et non sur la dispute en terme relationnel entre les deux personnes, ce qui n'est pas forcément la meilleure solution. En effet, si un litige peut être « aisément » résolu par l'ordonnance d'un juge, la même chose ne saurait être dite pour un conflit dont l'origine remonte surement beaucoup plus loin qu'un fait juridique.

Section 2. L'intervention du médiateur évaluateur

- 98.** Une précision importante à garder à l'esprit est l'existence de différentes techniques d'intervention d'un médiateur. Nous avons vu, dans le chapitre précédent, les multiples outils grâce auxquels le médiateur peut jouer, en termes d'interventionnisme, tout en gardant une apparence de neutralité, telles que la technique du concassage, du remue ménage ou encore la méthode des caucus. Ce ne sont pas les seuls aspects dans lesquels le médiateur dispose d'une marge de manœuvre. Au-delà des techniques susmentionnées, il jouit également de la possibilité, comme nous l'avons explicité, de devenir évaluateur en apportant son savoir et son avis au processus à la demande des parties. Il existe pour un médiateur plusieurs manières d'intervenir : certaines tolérées et d'autres controversées.
- 99. L'information pure** — Un médiateur ne possède pas forcément un diplôme de droit. Toute personne répondant aux conditions de l'article 1726 du Code judiciaire peut se faire agréer médiateur, peu importe sa profession initiale. Ainsi, il serait dommage pour des parties ayant choisi un tiers intervenant pour son expertise dans le domaine du litige de ne pas pouvoir entendre l'avis de ce dernier à ce propos. Dès lors, un médiateur peut renseigner les parties de façon tout à fait objective sur la matière dont il est question.
- 100.** S'il s'agit d'un différend en matière médicale et que le tiers intervenant est médecin de profession, il va théoriquement pouvoir informer les parties et répondre à leurs questions. Cela dit, il devra demeurer extrêmement prudent au risque de voir son impartialité compromise si sa réponse favorise la position d'une partie par rapport à l'autre. Identiquement, si le médiateur est juriste, il sera uniquement en mesure d'informer les parties sur le contenu des lois et des procédures, sans pour autant les appliquer à la situation des parties. Cette façon de faire est acceptée et pratiquée par un grand nombre de professionnels.
- 101.** Une grande majorité des médiateurs ayant participé à l'enquête en ligne donne de la pure information à la demande des parties. Les chiffres sont assez similaires chez les médiateurs

francophones (68,8%) et néerlandophones (72,1%), traduisant une tendance globale de plus de 70% des médiateurs dans notre pays.

102. Le danger réside dans les limites de ce comportement. Un médiateur peut discuter avec les parties de faits notoires tels qu'une tendance doctrinale ou jurisprudentielle majoritaire, par exemple, ou encore de faits scientifiques établis. En guise d'illustration, s'il s'agit d'un différend portant sur une garde d'enfant, le médiateur peut informer les médiés de la tendance des cours et tribunaux de trancher pour une garde alternée plutôt qu'exclusive. A cela, il peut également ajouter les preuves scientifiques selon lesquelles le développement d'un enfant serait plus idéal s'il est éduqué par ses deux parents.

Cela dit, il est indispensable de souligner le fait qu'il ne s'agit que de généralités. Chaque situation est différente et requiert, par conséquent, des raisonnements distincts pouvant mener à des issues divergentes. Autrement, cela reviendrait à faire comprendre à la partie souhaitant une garde exclusive que sa demande est infondée et n'a que peu de chance d'aboutir, ce qui n'est pas forcément correct.

103. L'article 20 du code de bonne conduite du médiateur agréé dispose que durant la médiation, « le médiateur incite les parties à prendre leurs décisions sur base de toutes informations utiles et, le cas échéant, éclairées par des experts externes ». Cette tournure de phrase ambiguë n'autorise pas expressément le tiers intervenant à donner ces informations utiles aux parties, mais ne l'en empêche pas non plus. Selon Coralie Smets-Gary, un médiateur doit « *pouvoir donner de l'information, mais donner de l'information c'est dire « il y a une norme », c'est pas dire « dans ce cas-ci, la norme s'applique de cette façon* ». Donc pour appliquer la loi au cas des parties, il faudra demander à leur avocat, ou faire venir un expert spécialisé dans le domaine dont il est question. La pratique et la législation ont ainsi l'air unanime sur la question de l'information brute et objective que le médiateur peut transmettre aux personnes médiées.

104. Avis personnel du médiateur — Nous ne pouvons pas en dire autant pour ce qui est de l'avis subjectif du médiateur. Ce dernier peut donner son avis de plusieurs façons : une opinion personnelle en tant qu'homme ou femme ou un avis professionnel en tant que médiateur expert en tel ou tel domaine. Les deux façons de faire sont extrêmement dangereuses en ce qu'elles risquent de mettre à mal l'impartialité du médiateur aux yeux des parties et de leur faire perdre la confiance que ce dernier avait mise en place.

105. Selon nous, une opinion personnelle risque de donner au médiateur une image de moralisateur, ce qui n'est absolument pas son rôle. Sans oublier que ce dernier a une certaine crédibilité au vu

de son expérience dans le domaine et de son agrément. Les parties sont ainsi enclines à croire ce que le tiers intervenant leur dira, quoi que cela soit, ce qui risque de déséquilibrer le processus si ce qu'il dit est basé uniquement sur son opinion personnelle. De plus, nous ne voyons pas en quoi une telle intervention pourrait être bénéfique dans un processus de médiation dans lequel l'avis personnel du médiateur n'a ni intérêt, ni sa place.

L'opinion globale tirée de l'enquête est similaire à la nôtre, lorsqu'on observe que seulement six personnes (2/62 néerlandophones, 3,3% et 4/161 francophones, 2,5%) ont répondu « donner leurs avis personnels à la demande des parties ». Ces chiffres reflètent donc parfaitement nos inquiétudes et notre avis quant à cette pratique heureusement fort peu répandue selon nous.

106. Il pourrait être envisageable est que le médiateur donne son avis dans le cadre d'un aparté.

Patrick Van Leynseele nous a confié le faire, sachant que tous les échanges ayant eu lieu en caucus restent, selon les termes de l'article 13 du code de bonne conduite du médiateur, « secrets et non contradictoires ». De cette façon, le médiateur est libre de partager son opinion à une partie, sachant bien qu'il peut dire tout à fait l'opposé à l'autre, le tout pour tenter de débloquer une situation. Nous sommes d'avis que cette opération reste risquée dans la mesure où le médiateur pourrait entièrement se décrédibiliser si les parties en discutent entre elles et découvrent le subterfuge.

107. Avis professionnel — L'avis du médiateur en tant qu'expert en la matière, quant à lui, est envisageable, si les parties le demandent. Dans l'hypothèse où le médiateur est un spécialiste dans le domaine concerné, il est probable que les médians aient choisi le médiateur pour son savoir sur la question et ce dernier peut donc renseigner les parties à ce sujet. Cela étant, il serait déplacé de sa part de le faire sans que les parties ne l'aient souhaité. Par conséquent, le médiateur ne procèdera de la sorte que s'il est certain que telle est la volonté des parties.

Selon les résultats du formulaire en ligne, les pratiques en la question ne sont pas identiques des deux cotés de notre pays. En effet, alors que seulement 16,3% des médiateurs francophones nous ont témoigné le faire, 39,3% des professionnels néerlandophones, donc plus du double en termes de proportion, donnent leurs avis professionnels à la demande des parties. Nous ne savons expliquer une telle différence de comportement sans mener d'étude approfondie en la question, cela reste donc un mystère à nos yeux.

108. Suggestion de solution — Si les parties se retrouvent face à une solution de blocage, à court d'idées qui leur permettraient d'arriver à un arrangement satisfaisant de manière équitable pour elles, le médiateur peut intervenir. Comme nous l'avons maintes fois explicité, le risque

encouru par le médiateur est la perte de son impartialité, en plus de sa neutralité, si la solution proposée convient plus à une partie qu'à une autre. Demeure ensuite l'inconvénient de la mise en exécution de ladite solution : sera-t-elle aussi volontiers exécutée si elle ne provient pas des parties-mêmes (voy pt. 78) ? Encore une fois, il est du rôle du médiateur de juger s'il est opportun de proposer des pistes de solution pour un conflit qui n'est pas le sien.

Un constat frappant dans la pratique observée par le biais du *Google Form* est l'interventionnisme plus marqué des médiateurs néerlandophones. En effet, alors que 26,9% des médiateurs francophones ont répondu suggérer des solutions aux parties à court d'idées, 41% des médiateurs néerlandophones admettent le faire. Une chose est en tout cas certaine, presque un tiers des médiateurs belges suggèrent des solutions aux parties, brisant ainsi ouvertement leur obligation de neutralité.

109.Conclusion — Il est donc fondamental que le médiateur s'assure de certains points¹⁷⁰. Il vérifiera pour commencer, quel type d'avis est ce que les parties attendent de lui et s'il possède les compétences pour y répondre. Il garantira, s'il se prononce sur la solution du litige, d'en maîtriser le contenu. En cas de doutes concernant le sujet sur lequel son avis est requis, il s'abstiendra bien évidemment d'y donner suite. Pour finir, si une de ses idées risque de briser son impartialité ou son indépendance, il lui sera déconseillé de la prononcer, au risque de rendre la poursuite de la médiation impossible. De cette façon et toujours avec circonspection, des médiateurs facilitatifs pourraient s'engager vers la voie de l'évaluation.

110.En ce qui concerne les résultats concrets dans la pratique, il est curieux d'observer que malgré quelques tendances identiques (environ 70% de praticiens donnent de la pure information et moins de 4% donnent leur avis personnel), les résultats diffèrent assez radicalement en fonction de la langue dans laquelle la médiation est menée¹⁷¹. En effet, les médiateurs néerlandophones ont plus tendance à donner leurs avis professionnels et à suggérer des pistes de solutions aux parties que leurs confrères francophones, comme nous avons pu le remarquer ci-dessus. De plus, 13,1% des médiateurs francophones ne disent strictement rien aux parties même si celles-ci leur demandent quelque chose, alors que seulement 4,9% des médiateurs néerlandophones

¹⁷⁰ P. VAN LEYNSEELE, « Divers — Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons nous changer de point de vue ? » *J.T.*, 2014/31, n°6575, p. 611.

¹⁷¹ Nous utilisons le terme « langue » pour ne pas utiliser le mot « région » car bien que la majorité des médiateurs néerlandophones pratiquent en Flandre, nous ne saurions affirmer avec certitude le fait que cela soit le cas pour tous, sachant que certains d'entre eux pratiquent à Bruxelles et d'autres, même, en région Wallonne. De plus, les données peuvent varier non seulement en fonction de la région d'exercice mais également selon la formation suivie par le médiateur ou encore en fonction de raisons tout à fait indépendante de sa langue.

font de même dans une situation identique, ce qui traduit encore une fois un taux d'interventionnisme plus haut chez les praticiens néerlandophones.

Nous le répétons, ces chiffres ne prétendent pas traduire ce qu'il se passe réellement en pratique en ce qu'ils se basent sur un échantillon de médiateurs agréés¹⁷². Les différences soulevées selon la langue des médiateurs ne sauraient pas non plus traduire des généralités selon les régions ou les différentes formations proposées. Il nous faudrait rédiger un autre mémoire et mener des enquêtes bien plus approfondies et nuancées pour affirmer de tels propos avec certitude.

Section 3. La volonté des parties

- 111.** Selon les mots de Monsieur Van Leynseele repris au début de ce travail, fort justes et adaptés selon nous, « *la médiation n'est qu'un moyen d'aider les parties à trouver une solution qui leur échappe. Le mode d'intervention du tiers neutre n'est pas ce qui importe et ne doit surtout pas être son choix. Il doit correspondre à ce dont les parties ont besoin.* »
- 112.** Malgré la théorie enseignée lors de la formation sur la médiation, prônant une impartialité, une indépendance et une neutralité absolue et faisant des médiateurs des chefs d'orchestre quelque peu limités dans leurs champs d'actions, il ne faut pas perdre de vue le besoin réel des médiés. Un conflit n'est pas un autre. Peut-être les parties ont-elles besoin d'un médiateur en retrait, laissant place aux réflexions et au dialogue qu'elles essayent tant bien que mal de renouer après des années de silence ou de malentendus. Cela étant, peut-être qu'au contraire elles auraient besoin d'un tiers intervenant d'avantage proactif qui les dirige et qui leur dit le fond de ses pensées quant au litige en question. Ce choix est laissé à l'appréciation des parties, et le professionnel agira en fonction de celui-ci. Si ces dernières attendent du médiateur qu'il soit proactif, voire carrément directif, il faudra que toutes les parties reconnaissent le savoir du médiateur dans la matière du différend, au risque pour ce dernier de perdre toute crédibilité si sa spécialité est remise en cause par l'une d'entre elles¹⁷³.
- 113.** Comme exposé précédemment, Martine Becker est d'avis qu'il faut être honnête avec les personnes médiées et respecter leurs désirs. Selon elle, chacun a des besoins différents et il est

¹⁷² Sur 1500 médiateurs, "seuls" 220 d'entre eux ont répondu à l'enquête.

¹⁷³ P. VAN LEYNSEELE, « La médiation, qu'est-ce ? », *Orientations*, n°8-9, août-septembre 2003, p. 4.

extrêmement important de les respecter¹⁷⁴. Cette dernière compare ce genre de choix au monde de la psychologie, « *quand vous entamez un processus psychologique, il y a plusieurs écoles. Vous avez la psychologie systémique, la psychanalyse, la thérapie brève,... C'est un peu comme si vous alliez chez un médecin, vous avez de l'homéopathie, qui sont des traitements plus doux, aux plantes, ou bien des antibiotiques. A chacun de choisir ce qui lui convient. La psychanalyse, par exemple, c'est lorsqu'il y a un problème, on va retourner dans vos relation avec votre père, et votre mère, mais on va rester centré sur votre individu. Alors qu'en psychologie systémique, on va s'intéresser à vous dans votre contexte de vie et dans les liens que vous avez avec les autres en se disant qu'un individu n'est pas seul, il est entouré de gens et c'est important. Vous allez faire un travail différent selon que vous allez dans une école ou dans une autre. Et à certaines personnes, la psychanalyse va mieux convenir, et à d'autres la systémique. Certains vont être prêts à faire vingt séances, d'autres vont dire qu'en cinq séances ça doit être bouclé. En médiation c'est un peu la même chose. Si les parties veulent un médiateur un peu plus directif, c'est leur choix. La seule chose, c'est qu'il faut être honnête sur ce qu'on fait et qu'il ne faut pas qu'un médiateur évaluatif se fasse passer pour un médiateur facilitatif.* »¹⁷⁵

114. Monsieur Van Leynseele confirme bien entendu le point de vue de sa collègue en affirmant qu'il faut respecter les attentes des médiés. Il arrive effectivement bien souvent que les parties elles-mêmes lui demandent son avis d'avocat expérimenté. « *Alors je peux très bien toujours dire « moi je n'en pense rien du tout parce que mon opinion n'a pas d'importance et c'est votre dossier, venez vous-même avec des propositions.* » Mais si c'est pas ça qu'elles attendent, je suis pas efficace dans ce que je fais. »¹⁷⁶ De ce point de vue, il faut tout de même garder à l'esprit que l'objectif de la médiation est d'aider les parties à résoudre leur différend. Si le médiateur estime, dans un cas d'espèce, qu'il serait plus efficace de sortir de sa neutralité pour répondre aux souhaits des médians, libre à lui de prendre ce risque si le jeu en vaut la chandelle. Cette pratique est observée aux États Unis sous le dicton de « *fit the process to the purpose and not the problem to the process* »¹⁷⁷.

¹⁷⁴ « *Ce qu'il faut, c'est être honnête avec les gens et leur donner ce qu'ils attendent, et ne pas les forcer à aller vers quelque chose qu'ils ne veulent pas. Je pense qu'il y a des gens pour qui, probablement, la médiation évaluative est peut-être mieux. Parce qu'ils ont envie de ça, ils ont besoin de ça. Un peu comme en psychologie,* » interview de Martine Becker, voy. annexe 4.

¹⁷⁵ Interview de Martine Becker, voy. annexe 4.

¹⁷⁶ Interview de Patrick Van Leynseele, voy. annexe 3.

¹⁷⁷ Traduction : « Adapter le processus à l'objectif et pas le problème au processus »

115. Du point de vue du législateur, il semblerait qu'en 2005, sa volonté était de « n'avoir qu'une réglementation minimale de la médiation »¹⁷⁸, afin que cette dernière puisse rester la chose des parties et que celles-ci gardent la possibilité d'organiser le processus comme elles le souhaitent. Si ce projet a été quelque peu chamboulé par la loi de 2018, qui est venue rajouter quelques contraintes aux professionnels, il n'empêche que la pratique est laissée dans leurs mains au vu de la confidentialité du processus. À eux d'estimer la meilleure approche à adopter en fonction, encore une fois, de ce que souhaitent les médiés et ce dont ont ils besoin.

116. La confidentialité de la médiation offre donc l'avantage pour le médiateur de pouvoir pousser les limites, aller dans les retranchements des principes qui lui ont été enseignés, sans avoir de réelle restriction si ce n'est leur propre conscience vis-à-vis du conflit. Ce point positif peut ne plus l'être dans certaines circonstances mal intentionnées ou lorsque le médiateur agit de la sorte non consciencieusement. Évidemment, les médiateurs sont soumis à la déontologie et au Code judiciaire, qui les restreignent dans leur comportement. Ils sont néanmoins libres, au final, d'aller chercher un petit peu plus loin s'ils estiment cela nécessaire. Les parties pourront agir de leur côté si elles considèrent que le médiateur a été trop loin dans ses propos. Elles pourront porter plainte devant l'autorité compétente en la matière : la commission fédérale de médiation. Celle-ci examinera le cas d'espèce et déterminera si la plainte est fondée ou non.

117. Dans tous les cas, une des caractéristiques et qualités de la médiation est qu'« elle s'adapte aux parties. Ainsi, plusieurs types de médiation peuvent être utilisés durant une même session par le médiateur. »¹⁷⁹ De cette façon, comme nous l'a témoigné Patrick Van Leynseele, il est prudent de débiter une médiation de façon facilitative, légèrement en retrait, et ensuite d'évoluer dans le processus si la partie le souhaite et si les circonstances le rendent possible (*voy pt. 94*). En conclusion, un médiateur pourrait aller plus loin que ce qui leur est enseigné et envisager une optique évaluative quand cela est adapté. Cela sera bien entendu toujours fait avec précaution, en s'assurant que c'est ce que les parties attendent du médiateur et en vérifiant qu'elles « comprennent toutes les conséquences du choix méthodologique qu'elles expriment »¹⁸⁰.

¹⁷⁸ P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 298

¹⁷⁹ P. FALLER « La médiation dans l'Union européenne : état des lieux et aspects comparatifs », *Obs. Bxl.*, 2016/1, n° 103, p. 41.

¹⁸⁰ P. VAN LEYNSEELE, « Divers — Médiation « facilitative » ou « évaluative » : ... », *op. cit.*, p. 611.

Section 4. L'intervention du professionnel selon le domaine de la médiation

118. Les médiateurs sont-ils plus enclins à intervenir dans telle ou telle matière ? Bien qu'aux yeux de Madame Smets-Gary, le degré d'interventionnisme des médiateurs varierait plus en fonction de leur personnalité¹⁸¹, nous restons de l'avis qu'ils sont également influencés par les matières qu'ils exercent. Il est certain que la médiation prône l'interdisciplinarité. En effet, « au rang des médiateurs agréés figurent entre autres des avocats, des notaires, des architectes, des assistants sociaux, des experts, des géomètres, des ingénieurs, des juristes et des psychologues »¹⁸². L'existence d'une multitude de domaines d'intervention et de spécialisation du médiateur signifie déjà que son comportement ne sera jamais la même au gré des secteurs dans lesquels ils exercent.

119. Cette question trouve son importance à l'article 1727 du code judiciaire, modifié par la réforme de 2018¹⁸³. Cette dernière a changé les règles en ce qui concerne les agréments et formations de la médiation. Auparavant, il existait trois sortes d'agrément : l'agrément civil et commercial, l'agrément social et l'agrément familial. Aucun médiateur ne pouvait envisager d'exercer dans l'un de ces domaines sans, au préalable, détenir l'agrément s'y référant. Cela dit, depuis 2018, un agrément généralisé a été créé, rendant possible tout type de médiation par tous les médiateurs, quelle que soit la formation reçue par ces derniers.

Cette modification n'a pas été positivement accueillie par tous les praticiens, la plupart demeurant pragmatiques quant aux spécificités des domaines dans lesquels la médiation est pratiquée¹⁸⁴. En effet, le médiateur ne jouera pas le même rôle en fonction du sujet du litige dans lequel il intervient. S'il se retrouve entre héritiers encore endeuillés par la perte du défunt ou dans une médiation commerciale, son approche sera naturellement radicalement différente. D'où l'incompréhension d'une généralisation d'une formation de la médiation qui diffère tant d'une matière à l'autre.

¹⁸¹ Interview de Coraline Smets-Gary, voy. annexe 1.

¹⁸² P.-P. RENSON, « La médiation : une question de ... » *op. cit.*, p 26.

¹⁸³ O. MORENO et M. VAN ACKERE, « Appel à l'activation des modes amiables de règlement des litiges », *B.J.S.*, 2019/624, p. 8.

¹⁸⁴ C'est notamment l'avis de Madame Becker, pour qui « (...) l'ancienne loi, même si elle n'était pas claire sur la question, mettait bien les frontières entre les différents types de médiation en liant les agréments à ça. Et maintenant, on a l'impression qu'elle a supprimé cela, ce qui voudrait dire que n'importe quel médiateur agréé pourrait faire n'importe quel type de médiation. Et ça c'est une grosse erreur évidemment. On ne fait pas une médiation familiale comme on ferait une médiation commerciale, c'est pas la même chose. Et dire à un médiateur commercial, vous pouvez faire du familial, et inversement, ça n'a pas de sens. (...) », voy. annexe 4.

120. Il serait dès lors intéressant d'analyser comment, en fonction des spécialités, le médiateur adapte son comportement et, en conséquence, sa neutralité. Dans un souci de concision et de pragmatisme, nous ne les passerons pas toutes en revue mais nous nous contenterons d'analyser quelques domaines types d'intervention du médiateur notamment grâce aux données récoltées dans un *Google form* mis à la disposition de tous les médiateurs de Belgique. Il est en tout cas certain que l'on peut observer un point commun à tous les domaines : la forte tentation, « *lorsqu'on est spécialiste dans la matière qu'on est en train de médier, de sortir de sa neutralité. Parce qu'on « connaît la solution ». On a le savoir qui permet de donner une solution.* »¹⁸⁵ Reste à déterminer si agir de la sorte est judicieux ou pas.

121. Médiation entre voisins — En matière de conflit de voisinage, nous nous référerons au récit narré par un médiateur en 2010¹⁸⁶, racontant un litige entre deux protagonistes, Nancy et Henry, sur une question de parcelle de terrain qui les séparait¹⁸⁷. Le médiateur habitant dans ce quartier, la question de sa neutralité s'est naturellement posée. Il connaissait Nancy et avait un intérêt direct à l'issue du conflit en ce que l'entente du quartier dans lequel il résidait reposait sur lui. Là encore, bien que les parties à la médiation aient discuté de neutralité, c'est réellement l'indépendance et l'impartialité du médiateur qui étaient mis en cause, vis-à-vis de la solution au litige d'une part, et vis-à-vis des parties, d'autre part.

Aucun de ces éléments n'ont posé de problème aux parties qui en étaient informées. Le médiateur a gardé une attitude aussi neutre qu'impartiale et indépendante tout le long du processus, en restant en même temps proche et détaché des parties. Il a opté pour un processus dans lequel il était multi-partial. Il n'a pas participé à la mise en place de la solution, seulement

¹⁸⁵ Interview de Martine Becker, voy. annexe 4.

¹⁸⁶ G. FRIEDMAN et J. HIMMELSTEIN, « Chapitre 10 - Les voisins : la neutralité positive » in *Défier le conflit*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 233-264.

¹⁸⁷ Le litige était le suivant : Nancy, en tant que grande défenderesse de la nature, souhaitait préserver ce terrain intact, d'autant qu'il y poussait des arbres qui lui permettait de garder une certaine intimité. Henry, quant à lui, était entrepreneur et dans l'impossibilité de financer cette parcelle sans la perspective de pouvoir la construire afin d'en tirer profit, et était contraint de couper certains arbres dans le but de poser un drain dans le sol. L'abattage de ces arbres et le fait que Henry aille voir un peu trop près du terrain de Nancy pour y faire du repérage était de trop pour cette dernière, ce qui la poussa à prendre sa camionnette et à rouler à vive allure en direction de Henry, avant de s'arrêter en dérapant sur les graviers, à seulement quelques centimètres des jambes de celui-ci. Il était naturellement terrifié et fou de rage et a donc appelé la police, ce qui entraîna l'arrestation de sa voisine et qui envenima encore plus le conflit préexistant entre eux. Ces deux personnes se sont ensuite retrouvées en médiation afin de tenter de construire une relation saine entre voisins. Initialement, les deux parties étaient fort ancrées sur leur positions, Nancy étant persuadée que son voisin lui avait menti sur ses plans initiaux concernant le terrain. Il était de son projet de base de ne pas construire la parcelle et de la préserver naturelle mais tout cela a changé lorsqu'il n'a pas pu négocier le prix du terrain à la baisse et qu'il a perdu grande partie de son financement. Il a donc été contraint de demander un permis de bâtir, qu'il a obtenu, à la plus grande colère et déception de Nancy. Cette dernière était dès lors persuadée qu'Henry était un menteur manipulateur, alors qu'à l'opposé, ce dernier considérait sa voisine comme une vieille dame sénile trop bloquée sur ses positions et voulant lui faire du mal.

au rétablissement de la communication entre les parties et surtout, à une compréhension mutuelle des points de vue respectifs.

Le point particulièrement touchant de cette affaire est que peu après l'établissement de l'accord entre les parties, le fils de Nancy a communiqué le décès de sa maman au médiateur. Selon ses dires, Nancy était apaisée : « cette nuit-là, elle est décédée dans son sommeil. Je suis tellement reconnaissant qu'elle ait pu dépasser tout cela de cette manière. Si elle n'y était pas arrivée elle serait morte seule. J'ai hérité de la maison et j'ai le projet d'y vivre avec ma famille. Grâce au travail accompli entre ma mère et Henry, je m'attends à avoir de bonnes relations de voisinage. » Même si cette fin d'anecdote n'a pas influencé la médiation en tant que telle, le contraire ne saurait être plus vrai.

122. Bien que nous ne puissions pas généraliser ce cas qui ne peut pas naturellement illustrer tous les cas de conflit de voisinage, nous estimons que dans ce type de situation entre deux personnes qui touche à des expériences et à des événements personnels, les parties sont effectivement les mieux placées pour évoluer dans la résolution de leur conflit sans avoir besoin d'un tiers. Dans le cas d'espèce, le médiateur a réussi, en faisant comprendre le point de vue de chacun à l'autre et en le reformulant de façon tout à fait objective, à créer de l'empathie de la part des deux protagonistes, et ce, sans avoir dû à exprimer un avis quelconque. Cette méthode de facilitation a pour le moins bien fonctionné étant donné que les parties sont tombées d'accord sur une solution profitable aux deux, apaisant ainsi les relations de voisinage. D'autant plus que les quelques médiateurs ayant pris part à l'enquête que nous avons mise à disposition ont également répondu majoritairement demeurer dans la médiation facilitative.

Évidemment, chaque litige est différent et il se pourrait que dans d'autres circonstances, les parties, quoique de bonne volonté, ne parviennent pas à tomber sur un terrain d'entente et soient à court d'idée. Dans la situation précédemment analysée, les parties étaient toutes les deux claires sur leurs positions, elles savaient ce qu'elles souhaitaient et elle étaient toutes les deux conscientes de ce qui leur posait problème dans l'attitude de l'autre protagoniste. Il arrive cependant que les choses ne soient pas aussi faciles et que le problème se retrouve même déjà dans l'identification des intérêts et attentes de chacun.

123. Médiation familiale — Dans ce domaine excessivement prisé par la médiation, les conflits sont chargés en émotions et la violence passive d'une procédure judiciaire fait souvent plus de dégâts qu'autre chose. D'autant plus qu'une famille inclut souvent des enfants qui se retrouvent dès lors victimes du procès dont ils subiront de lourdes séquelles. Pour toutes ces raisons, la

médiation y est fortement encouragée à tous les stades de la procédure (voy pts. 21 et 22). C'est la raison pour laquelle ce processus est si courant en matière de droit familial.

En effet, 89,1% des médiateurs francophones ayant répondu à notre enquête pratiquent la médiation familiale. Du côté des médiateurs néerlandophones, les chiffres sont légèrement plus bas mais restent tout aussi majoritaires avec 76,3% des professionnels qui l'exercent. Ainsi, il n'est pas surprenant d'observer les mêmes chiffres pour la médiation familiale que pour toutes les matières confondues, étant donné que celle-ci englobe une immense partie de la pratique médiative.

124. La position du médiateur familial est très délicate. Il se retrouve souvent au milieu d'histoires chargées de tensions, entre des personnes qui souffrent de la situation actuelle et ne savent plus quoi en faire. De ce point de vue, il n'est pas judicieux que le médiateur partage son avis, cela étant même peut être considéré comme déplacé. Cela dit, lorsque nous avons interrogé Madame Becker sur le question, elle nous a informé du fait que le médiateur donne beaucoup d'information dans ce domaine :

« En matière familiale, comme il n'y a pas souvent les avocats qui participent à ce genre de médiation, et qu'il y a une série de questions à travers lesquelles on doit nécessairement passer. Si deux personnes divorcent, il y a tout une série de questions qui doivent nécessairement être réglées, par rapport à eux et par rapport aux enfants. (...) lorsque les parties n'ont pas d'avocat et qu'elles ne sont pas juristes, le médiateur va juste expliquer peut-être comment on divorce, c'est une information qu'il donne. Mais donc ça n'est pas un conseil ni une solution, c'est une information. (...) Dans ce cas-là il ne sort pas de sa neutralité. (...) car il donne de la pure information, sans donner de conseil. »¹⁸⁸

125. La nuance ici à souligner est la question type d'intervention du médiateur (voy pts. 99 et s.). Comme l'a justement dit Madame Becker ci-dessus, il y a peu d'avocats présents en médiation familiale¹⁸⁹, ce qui signifie que les médiateurs adopteront la plupart du temps un rôle d'informateur quant aux modalités procédurales du litige. Cette pratique est courante et tolérée car le fait de partager de la pure information n'est pas considéré comme déborder de sa neutralité.

¹⁸⁸ Interview de Martine Becker, voy. annexe 4.

¹⁸⁹ X., « La médiation en droit belge », *LEGALEX Namur*, disponible à l'adresse suivant : <https://www.avocats-legallex-namur.be/mediation/mediation.html>.

Ainsi, « le médiateur peut donner des informations juridiques mais ne devrait pas dispenser des conseils juridiques de sorte que le médiateur peut par exemple expliquer aux parties quels sont les critères jurisprudentiels des décisions relatives à l'hébergement des enfants, aux droits aux relations personnelles avec eux ou aux obligations alimentaires ou informer celles-ci de l'existence d'une procédure judiciaire. »¹⁹⁰

126. En ce qui concerne l'opinion du médiateur en matière familiale, nous demeurons d'avis qu'il n'est pas recommandé que le tiers intervenant partage son point de vue sur la question du différend entre les parties. Cela ne les aidera en tout cas pas à trouver une solution, puisque l'idéologie de la médiation n'est pas de déterminer si l'une ou l'autre partie est dans son droit ou dans son tort, mais est au contraire d'oublier les blâmes pour pouvoir avancer vers une solution commune. Le tout couronné bien entendu, de l'exception de la volonté des parties, maitresses du processus de médiation. En effet, celles-ci pourraient vouloir entendre ce que le médiateur en pense.

127. Médiation commerciale — Le droit commercial, quoique moins émotionnel, peut tout autant bénéficier des bienfaits de la médiation au même titre que les autres domaines. En cette matière, une exception notable relative au comportement du médiateur est néanmoins à soulever. La sanction introduite par la loi de 2018 punissant d'une amende de 200 à 20.000 euros « celui qui agit professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire, sans figurer sur la liste des médiateurs agréés visée à l'article 1727 et sans être dispensé de l'agrément »¹⁹¹ comporte en effet une exception. Aux termes de la suite de l'article précité, « celui qui agit professionnellement en tant que médiateur au sens du Code judiciaire dans des litiges entre entreprises » n'est pas soumis à cette peine.

Ainsi, par crainte de « freiner les médiations internationales dans des litiges commerciaux »¹⁹², le législateur a choisi d'opter pour des dispositions moins strictes en la matière. Cela signifie qu'un médiateur pourrait tout à fait mener une médiation sans détenir d'agrément et par conséquent, sans être tenu aux règles qui en découlent et sans subir la sanction que recevrait un médiateur non agréé pratiquant dans une autre matière.

¹⁹⁰ A. THILLY, « La recommandation du 21 janvier 1998 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000/2, p. 71.

¹⁹¹ Article 227^{quater}, alinéa 1, 1° du Code pénal du 8 juin 1867, *M.B.*, 9 juin 1867.

¹⁹² O. MORENO et M. VAN ACKERE, *op. cit.* p. 8.

128. Par conséquent, le postulat selon lequel le législateur est en quelque sorte plus « laxiste » en matière commerciale en termes de sanction relative à l'usage du titre de médiateur agréé, peut nous faire penser qu'il adopterait la même attitude à propos du critère de neutralité du médiateur en question. S'il vise à tout prix la productivité des médiations commerciales, peut-être accorderait-il une sorte de carte blanche aux professionnels afin que ces derniers mènent leurs médiations le plus efficacement possible. Libre à eux donc de déterminer leur façon d'exercer pour répondre à cet objectif. D'après ce que nous a confié Monsieur Van Leynseele, médiateur pratiquant majoritairement en droit commercial, déborder des limites légales et déontologiques n'est pas dérangeant.

129. Selon les données récupérées par le biais du *Google Form*, les médiateurs commerciaux francophones et néerlandophones ayant participé à l'enquête ont pratiquement tous répondu pratiquer la médiation évaluative, soit à la demande des parties soit selon leur propre initiative. Cela pourrait démontrer qu'effectivement, les professionnels sont plus entreprenant en ce secteur, pour les raisons énoncées précédemment ou à d'autres fins qu'il nous faudrait, pour les saisir, étudier la matière plus profondément.

Conclusion

- 130.**Après l'étude de ces différents modes alternatifs, la conclusion que nous pouvons en tirer est l'observation d'une réelle complémentarité entre eux. La différence qui existe entre leurs caractéristiques leur permet effectivement de s'adapter aux différents conflits qui, nous l'avons vu, peuvent énormément varier selon les parties et le domaine du litige. En fonction de ces éléments, si les personnes en conflit choisissent la voie des modes alternatifs, ils peuvent opter pour l'un ou l'autre de ces modes, en vertu du conseil de leurs avocats ou du magistrat.
- 131.**Ainsi, si après avoir tenté une négociation, mode informel de règlement de litiges à l'amiable, celle-ci n'aboutit pas, les justiciables peuvent éventuellement envisager une conciliation. Qu'il soit juge ou expert, le conciliateur adoptera une approche proactive dans le litige qu'il tentera de résoudre. Exception faite de quelques matières, la conciliation rejoint le droit collaboratif sur son caractère facultatif et volontaire. Cela dit, elle s'en détache par l'absence d'obligation de confidentialité des débats, ce qui pourrait inciter les parties à opter pour un processus collaboratif ou médiatif qui eux, répondent à ce critère de secret des discussions. Par ailleurs, le droit collaboratif doit sa singularité à la multitude de tiers intervenants, un avocat par partie, ce qui peut rassurer certaines personnes étant donné que la présence de leur conseil n'est que facultative dans les autres modes alternatifs.
- 132.**La médiation, quant à elle, est un processus qui, bien que légalement défini, fluctue au gré des éléments qui la composent. Ainsi, elle diffère en fonction des parties pour lesquelles elle est organisée et tous les aspects qui en découlent tels que leur relation, leur différend, leur approche du conflit, l'âge du litige, etc. La médiation peut également beaucoup changer au gré du médiateur qui l'organise, évidemment. Elle ne sera pas cadrée de la même façon en fonction du caractère et de la personnalité du tiers intervenant. En outre, ce dernier influencera la médiation différemment en fonction de son comportement et de sa façon de diriger le processus.
- 133.** Nous avons pu constater que l'activité du tiers intervenant dans ce mode alternatif est balisée par les obligations de neutralité, impartialité et indépendance. Ces principes dont la signification demeure floue pour beaucoup, ont dû faire l'objet de tout un chapitre afin que nous puissions en saisir les tenants et aboutissants. Nous avons donc pu déterminer que la neutralité se rattachait à l'absence d'opinion et d'expression d'avis en ce qui concerne la solution. L'impartialité, quant à elle, est liée à l'absence de prise de parti vis-à-vis des parties alors que l'indépendance, elle,

visent l'absence d'intérêt tant objectif que subjectif du médiateur envers les parties et l'issue de la médiation.

Ces notions sont souvent confondues par le grand public qui ne perçoit pas de différence entre elles, ce qui n'est pas étonnant au vu de leurs flagrantes ressemblances et interdépendances. Ce qui est plus surprenant est que ces principes ne sont pas bien dissociés non plus par les professionnels de la médiation. En effet, seuls 15% des médiateurs interrogés ont su les définir précisément tandis que 10% d'entre eux ont témoigné les considérer comme des synonymes.

134. Ces contraintes, bien que respectées par nombreux professionnels, sont, de fait, également dépassées par beaucoup d'autres comme a pu nous le démontrer l'enquête réalisée au sein de la communauté des médiateurs agréés. Nous avons ainsi pu constater, dans les données récoltées, une légère différence entre les médiateurs francophones et les médiateurs néerlandophones. Peut-être les comportements des professionnels sont-ils influencés par les formations qu'ils ont suivies ou en fonction de la région dans laquelle ils exercent ? Nous ne nous sommes pas penché sur la question, qui aurait pu, en elle-même, faire l'objet d'un mémoire distinct, mais elle demeure tout à fait intrigante.

Il est en tout cas assez curieux d'observer que les médiateurs francophones ont une certaine tendance prudente à demeurer dans la médiation facilitative alors que leurs confrères néerlandophones, eux, s'adonneront plus volontiers à une pratique un petit peu plus évaluative. Malgré cette faible distinction, la tendance majoritaire globale est frappante : plus de la moitié des médiateurs interrogés pratiquent la médiation évaluative. Même si cela ne signifie pas qu'ils l'exercent tout le temps avec toutes les parties, nous pouvons néanmoins en conclure que malgré une formation à la médiation facilitative ainsi que des règles légales et déontologiques obligeant les médiateurs à demeurer neutres, les praticiens adaptent leur métiers aux situations auxquelles ils font face. Ils interviennent dès lors plus souvent que ce qu'il leur est permis de faire sur papier.

135. Malgré les risques et les points positifs étudiés pouvant être engendrés par une approche plus interventionniste de la part du médiateur, nous n'avons toujours pas de parti pris sur cette même question. Selon nous, aucune position n'est à prendre avant d'avoir pu rencontrer les parties et constater leur différent. S'en suit une approche délicate et extrêmement prudente qui, à nos yeux, ne peut être entreprise que par de réels experts en la matière. Il ne serait en tout cas pas judicieux d'adopter une posture sans avoir une connaissance globale du conflit, et encore moins

de ne pas vouloir s'en départir en vertu d'un principe qui, selon nous, perd tout son sens s'il demeure tellement rigide que la personne n'envisagerait pas de remise en question.

136. À notre avis, le tout revient toujours aux parties. Elles sont maîtresses de leur litige, à l'origine de leur conflit et les mieux placées pour savoir ce dont elles ont besoin pour en sortir, si tel est leur souhait. Elles sont libres de vouloir dénicher une solution par elles-mêmes, de se laisser guider par l'expert dont elles ont demandé l'avis ou encore d'en débattre avec le médiateur connaisseur en la matière. Ainsi, même si l'absence de définition de la neutralité laisse place à l'incertitude aux yeux des professionnels, elle permet aussi à ces derniers de déterminer la façon dont ils veulent exercer leur métier en fonction de ce que les médiés demandent. Le manque de législation en la matière n'est donc pas tant problématique que ça, en ce qu'il permet aux participants de la médiation de revenir à la base de la philosophie des modes alternatifs : une résolution du litige taillée sur-mesure en fonction de leurs besoins réels.

Bibliographie

*** Doctrine**

- ANCEL (J.-P.), « Première ouverture » in CADIET (L.), CLAY (Th.) et JEULAND (E.) (dir.), « Médiation et arbitrage — Alternative dispute resolution — Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives », Paris, Litec, 2005, p. 17.
- BECKER (M.), MIRIMANOFF (J.A) (dir.), OUDIN (F.), SCHUMACHER (A.S.), SMETS-GARY (C.), « Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables », Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 61, 130, 131, 133, 137, 320, 321, 323, 351 à 356, 459, 460.
- BECKER (M.), LEVY (C.), MIRIMANOFF (J.) (dir.), OUDIN (F.), SCHUMACHER (A-S.) et SMETS-GARY (C.), « Dictionnaire de la résolution amiable des différends (RAD/ADR) en matières civile, commercial, familiale et sociale », Bruxelles, Larcier, 2015, p. 95, 179, 225.
- BECKER (M.) et SMETS-GARY (C.), « La neutralité, un enseignement à l'intention des médiateurs ? », *La médiation autrement*, B. INGHELS (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, p. 169.
- BEELDEND (B.), « Les modes alternatifs de résolution des litiges, la spécificité de la médiation », *R.G.D.C.*, Bruxelles, Kluwer, 2010, p. 267-268.
- BERNARD (N.) (dir.), BORN (R.), de JONGHE (D.) de TERWANGHE (C.), MOREAU (P.), SLINGENEYER (T.), TRUFFIN (B.), VAN MEERBEECK (J.) et VANVREKOM (S.), « Guide des citations, références et abréviations juridiques », 6^e éd., Waterloo, Kluwer, 2017.
- BONNELLE (Cl.), *La dynamique du conflit*, Paris, Érès, 2016, p. 198.
- BOUDART (A.M.) (collab. VANDER STOCK C.), *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 23, 35, 49, 50, 59, 60, 75, 96 à 98.
- BRANDON (I.), « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995, pp. 505-516.
- CLAIRMONT (S.) et SHEA (M.), « Le droit collaboratif : la diversification de la pratique », Conférence du 10 novembre 2006, texte repris dans le polycopié de la formation en droit collaboratif dispensé à Paris en juin 2007, cité par BOUDART (A.M.) (collab. VANDER STOCK C.), *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018, p 23.
- DE LEVAL (G.), « Réflexions sur la médiation civile » in *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 29.

- DELFORGE (C.), « La loi du 18 juin 2018 et la promotion de la médiation : vers un changement de paradigme ? » in *La médiation autrement*, B. INGHELS (dir.), Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 15, 16 25, 31, 33.
- FAGET (J.), *Médiations : les ateliers silencieux de la démocratie*, Paris, Érès, 2015, p. 285.
- FALLER (P.) « La médiation dans l'Union européenne : état des lieux et aspects comparatifs », *Obs. Bxl.*, 2016/1, n° 103, p. 40-41.
- FRIEDMAN (G.) et HIMMELSTEIN, (J.)« Chapitre 10 - Les voisins : la neutralité positive » in *Défier le conflit*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 233-264.
- FUNCK (H.), « De la conciliation à la médiation: une voie nouvelle au tribunal du travail? », *Chr. D. S.*, 2004, 01, Bruxelles, Kluwer, pp. 2 et 5.
- GARBY (TH.) , *La gestion des conflits*, Paris, Economica, 2004.
- GENET (L.), « La médiation familiale », *Séparation du fait - Commentaire pratique*, Kluwer, version du 1^{er} septembre 2000, suppl. 5.
- GOLDBERG (ST. B.) and SANDERS (FR. E), « Fitting the forum to Fuss : A User-Friendly Guide to selecting ADR », *Negotiation Journal*, 1994, pp. 49-63.
- LAFONT (V.-S.), « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb.*, 2000, p. 557, cité par JARROSSON (Ch.), « Les frontières de l'arbitrage » *Rev. arb.*, 2001, p. 9.
- LE BRUN (C.) et VINK (E.), « ni avocat, ni notaire mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centre de planning familial », Bruxelles, Kluwer, 2005.
- NIEWOLD (W.), « Bemiddeling en verzoening — Verzoening bij de vrederechter als vorm van conflictoplossing » in RINGELHEIM (F.) (dirs.), *L'arriéré judiciaire n'est pas une fatalité — Gerechtiglijke achterstand: geen noodzakelijke kwaad*, Forum C.S.J., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 143.
- MORENO (O.) et VAN ACKERE (M.), « Appel à l'activation des modes amiables de règlement des litiges », *B.J.S.*, 2019/624, p. 8.
- RENSON (P.-P.), « La médiation : une question de survie pour les avocats ? », *Prescrire et intervenir en médiation, un nécessaire changement de mentalités ?*, Bruxelles, Larcier, 2016, p 38.

- RENSON (P-P), *La médiation civile et commerciale : comment éviter les aléas, le coût et la durée d'un procès*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, p.15.
- ROGNON (F.), « Qu'est ce que la médiation? », *Etudes*, 2016/6, p. 56.
- TARZIA (G.), « Médiation et institution judiciaire » in L. CADIET, Th. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage — Alternative dispute resolution — Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Litec, 2005, p. 21.
- TESLER, (P.), « Foreword » in *Droit collaboratif*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 11-13.
- THILLY (A.), « La recommandation du 21 janvier 1998 du Conseil de l'Europe sur la médiation familiale », *Rev. dr. U.L.B.*, 2000/2, p. 71.
- THILLY (A.) et VAN COMPERNOLLE (J.), « Les modes de pacification extrajudiciaire, heurts et malheurs » in *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, Liège, Coll. scientifique de la faculté de droit de Liège, 1998, p. 60.
- TOUZARD (H.), « De la négociation à la médiation, Analyse des processus qui relient ces deux situations », *Négociations*, 2006/2, n° 6, p. 26.
- VAN LEYNSEELE (P.), « La médiation, qu'est-ce? », *Orientation*, n°8-9, août-septembre 2003, p. 3.
- VAN LEYNSEELE (P.), « Divers — Lédiation « facilitative » ou « évaluative » : devons nous changer de point de vue ? » *J.T.*, 2014/31, n°6575, pp. 609 à 611.
- 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° 6751, pp. 879 et 880.
- VAN LEYNSEELE (P.) et VAN DE PUTTE (F.), « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 298.
- VERBEKE (A. L.) en D'HERDE (A.-S.), « Bemiddelen in vertrouwen » in *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia, 2017, pp. 264, 284 et 292.
- WEBB (St.), « Collaborative law : a practitioner's perspective on its history and current practice », *Journal of the American Academy of matrimonial lawyers*, 2008, p. 155.
- X, « La négociation dite traditionnelle », *SEPF*, Waterloo, Kluwer, 15 juin 2012, p. 33.

*** Législation**

- Article 227^{quater}, alinéa 1, 1° du Code pénal du 8 juin 1867, *M.B.*, 9 juin 1867.
- Articles 444, 519 §4, 730/1 §2, 731, 733 734, 977, 1043, 1253ter/1, 1253ter/3 §1 al 2 et §2, 1255 §6 al 3, 1345, 1724, 1725, 1727, 1728, 1730 à 1737, 1738, 1739, 1740, 1741 §1, 5° du Code judiciaire du 10 octobre 1967, *M.B.*, 10 octobre 1967.
- Article 59 de la La loi relative au crédit hypothécaire du 4 août 1992, *M.B.*, 19 août 1992.
- Article 10 de la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.
- Article 219 de la loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges du 18 juin 2018, *M.B.*, 2 juillet 2018.
- Article 2.12 du Code de déontologie de l'avocat rendu obligatoire par le règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013.
- Articles 4 à 7 du Code de bonne conduite du médiateur agréé du 18 octobre 2007.
- Articles 2, 4 alinéa 5, 10 de la charte de participation au processus de droit collaboratif, disponible à l'adresse suivante : https://avocats.be/sites/default/files/pdf/charte_de_participation_droit_collaboratif.pdf.
- Proposition de loi modifiant le code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Développements, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord. 2003-04, n°51-327/1, p.7.
- Question n°44328 de de Patrik Vankrunkelsven du 7 septembre 2009, disponible sur www.senate.be.

*** Sites internet**

- Cabinet d'avocat Renson, « Bref historique de la médiation », disponible à l'adresse suivante : <https://www.renson-avocats.be/historique-de-la-mediation.html>.
- DE PALMENAER (G.), « La conciliation », *S.P.F. Justice*, disponible à l'adresse suivante : https://biblio.helmo.be/opac_css/doc_num.php?explnum_id=47 , p. 7.

- HUYSMANS (S.), « Le droit collaboratif: sa consécration par la loi », disponible à l'adresse suivante : www.droitbelge.be, 27 septembre 2018.
- LYSY (B.) et VOGELAERE (I.), « Le juge peut imposer une médiation judiciaire (art. 204-240 DD droit civil). Loi portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges », disponible à l'adresse suivante : <https://legalworld.wolterskluwer.be/fr/nouvelles/moniteur/le-juge-peut-imposer-une-mediation-judiciaire-art-204-240-dd-droit-civil/>.
- PIRE (D.), « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », disponible à l'adresse suivante <http://www.cljb.be/wp-content/uploads/2014/09/TFJ-note-generale-oct-2014.pdf>, octobre 2014.
- SHONK (K.), « Types of Mediation: Choose the Type Best Suited to Your Conflict », *Harvard Law school : Daily Blog*, disponible à l'adresse suivante : <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/types-mediation-choose-type-best-suited-conflict/>, mai 2020.
- SIX (A.) « Quel est le rôle de l'avocat dans la médiation? », *Village de la Justice*, disponible à l'adresse suivante <https://www.village-justice.com/articles/Quel-est-role-Avocat-dans,21325.html>, janvier 2016.
- *S.P.F. Justice*, « Le juge de paix, le juge proche du citoyen », brochure disponible à l'adresse suivante https://justice.belgium.be/sites/default/files/def-brochure_vrederechter_fr-2019.pdf, p. 9.
- VERBEKE (A.L.), "Mediation, faciliteren van onderhandelingen" in *Reflectie op mediation*, Antwerpen, Maklu, disponible à l'adresse suivante : <https://ssrn.com/abstract=1751676>.
- X., Rapport du Barreau de Bruxelles 2010-2012 disponible à l'adresse suivante https://jeanpierre-buyle.avocats.be/sites/default/files/Rapport_2011.pdf, p. 22.
- X., Brochure sur le droit collaboratif de 2018, disponible à l'adresse suivante : https://barreaubruelles.be/images/publications/pdf/droit_collaboratif.pdf.
- X., « La médiation en droit belge », *LEGALEX Namur*, disponible à l'adresse suivant : <https://www.avocats-lexalex-namur.be/mediation/mediation.html>.

Annexes

1. Interview de Coralie Smets-Gary, faite le mardi 28 avril 2020

- Vous êtes médiatrice agréée en matières civiles, commerciales et sociales, ainsi que formatrice en la matière et en négociation.
 - *Oui, et je suis agréée en matière familiale, c'est un autre agrément.*
 - Dans quel type de médiation avez-vous le plus l'habitude d'exercer ?
 - *Disons que cela fait vingt ans que je fais de la médiation. En vingt ans il y a moyen de faire beaucoup de cas différents. Au départ j'étais une des premières à faire la médiation à temps plein, j'ai quitté le Barreau il y a quinze ans pour m'installer en tant que médiatrice, donc je ne faisais que ça. Au départ c'était plutôt en commercial et en social et puis petit à petit on m'a aussi contactée en familial. J'en fais régulièrement, disons, que j'ai toujours un dossier en familial en cours mais mes domaines de prédilection sont le droit commercial et social.*
 - Pour aller droit dans le sujet de mon mémoire, pour vous, quelle est la différence concrète entre les deux qualités inhérentes à la fonction du médiateur que sont la neutralité et l'impartialité ? J'ai remarqué que dans quelques articles de doctrine¹⁹³, que les auteurs confondaient presque les deux notions comme si elles étaient interchangeable, le sont-elles ?
 - *Pas du tout. Pour moi, la neutralité c'est le fait de ne pas émettre d'opinions, d'avis, sur le fond du problème des parties, quel que soit ce fond. Ça peut être des aspects juridiques, des aspects techniques, si on est en matière de construction, par exemple. Ça peut être des aspects psychologiques, quoi que ce soit, en fait. C'est le fait de ne pas exprimer d'opinion, de ne pas donner son avis, de ne pas évaluer les chances de succès d'une thèse au détriment d'une autre. C'est ne pas suggérer de solution au final, surtout.*
- Alors que l'impartialité, c'est d'être à la même distance par rapport à toutes les parties, émotionnellement parlant. De ne pas se sentir plus proche émotionnellement parlant, d'une partie que d'une autre. De ne pas se dire « tiens, avec celle-là, j'ai des affinités, je la comprends, j'ai les mêmes valeurs » ou « celle-là ne me revient pas ».*
- Donc ce sont des notions parallèles, qui se ressemblent mais qui ne sont pas interchangeables.
 - *Eh bien, l'une touche au fond pendant que l'autre touche plutôt aux préférences du médiateur par rapport aux parties. Donc l'impartialité ne touche pas au fond, ça touche à la personnalité des parties. On parle fréquemment aussi dans les ouvrages de "multipartialité", en psychologie, parce que l'on dit qu'un intervenant, ce qu'il doit tenter de faire c'est de se rapprocher de chacune des parties, de comprendre l'univers de chacune, comme si il se mettait dans les*

¹⁹³ Tel que l'article « ni avocat, ni notaire mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centre de planning familial » paru aux éditions Kluwer en 2005, rédigé par CHANTAL LE BRUN et EVELINE VINK

chaussures de chacune des parties mais il fait le même effort pour chacune. Donc ça n'a rien à voir avec le fond.

- Sauriez-vous expliquer le choix du législateur de ne consacrer l'obligation de neutralité pour le médiateur qu'en 2018 alors que celle d'impartialité, elle, est bien légale depuis 2005 ?
- *Ça, c'est un peu un mystère pour moi. Si on fait un peu des recherches sur la médiation, qui nous vient des Etats-Unis et du Canada, la neutralité a toujours fait partie de la définition du « third party, neutral and impartial », ça faisait partie du kit. Il est vrai que souvent, comme il n'y avait pas de texte législatif, il n'y a jamais personne qui a expliqué dans le détail ce que voulaient dire la neutralité et l'impartialité, si c'était la même chose ou pas.*
- C'était une pratique déontologique plus qu'une obligation légale.
- *Oui, mais il y avait peu d'endroits où il y avait des lois. C'est très récent. Au départ la médiation était pratiquée dans le monde entier sans qu'il y ait de loi. La neutralité, aussi, ça il faut le savoir, a encore une connotation, un contenu différent dans les pays anglo-saxons que dans les autres pays.*
- Parce qu'ils interviennent plus ? Ils sont moins neutres ? Ou du moins ils ne gardent pas leur avis pour eux, ils l'expriment plus volontairement ?
- *En fait, on a constaté aux Etats-Unis, après avoir formé une batterie de médiateurs pendant des années, que la plupart des médiateurs étaient des avocats ou des juges. Et de par leur fonction première, qui est d'évaluer, de juger, de donner des avis, qui est le métier et de l'avocat et du juge, on a constaté que même si dans la définition, il y avait la neutralité, la plupart des médiateurs donnaient leurs points de vue très volontiers. On expliquait ça à cause de leur métier d'origine. Et donc c'est pour ça qu'on a commencé à distinguer aux Etats Unis, la médiation évaluative et facilitative.*
- Observez-vous une différence en termes d'interventionnisme des médiateurs selon les domaines dans lesquels ils exercent ? Est-ce qu'un médiateur est plus proactif en droit commercial qu'en droit familial ou l'inverse, par exemple ?
- *Je crois que c'est plus la personnalité du médiateur. Bien sûr, s'il est juriste ou pas, ça me paraît évident. Mais le problème c'est que la neutralité du médiateur ne touche pas que les médiateurs juristes. On a des médiateurs dans tous les domaines d'activités. On a des médiateurs architectes, géomètres, directeurs des ressources humaines,... chacun est expert dans son domaine. Et la neutralité s'applique aussi à eux. Si un architecte fait une médiation, il n'est pas sensé dire « telle norme est valable, telle norme n'est pas valable ».*
- Il ne peut même pas informer les parties si elles lui posent des questions ?
- *Si, il peut donner de l'information, c'est ce qui est prévu dans le code de déontologie. On doit pouvoir donner de l'information, mais donner de l'information c'est dire « il y a une norme », c'est pas dire « dans ce cas-ci, la norme s'applique de cette façon ». Donc pour appliquer la loi au cas des parties, il faudra demander à leur avocat, ou faire venir un expert spécialisé dans le*

domaine dont il est question. Eux vont pouvoir dire les choses, comment les normes s'appliquent à leur cas. Parce que si c'est le médiateur qui le fait, sauf s'il donne de la pure information, s'il commence à faire des interprétations, c'est la raison de la neutralité d'ailleurs, il peut vite donner à une partie le sentiment qu'il n'est plus impartial. En n'étant pas neutre, le médiateur donne à une des parties qui n'est pas contente avec ce qu'elle entend, l'impression qu'il prend parti pour l'autre et qu'il y a un problème d'impartialité. C'est en ça que les deux notions sont liées.

- Et il n'arrive pas que parfois, les limites sur lesquelles ils peuvent jouer en termes de neutralité pour faire avancer le dialogue entre deux parties ? Sans prendre parti en tant que tel mais pour faire avancer la communication, il n'y a pas des limites, en pratique sur lesquelles les médiateurs jouent ?
- *C'est vrai que le médiateur a, parmi ses outils, les questions. Il y a toute la manière dont la question va être formulée. Si vous dites « Et ça, vous pensez que c'est correct? ».*
- Oui, ça risque de sous-entendre que ça ne l'est pas.
- *C'est une fausse question. Une vraie question serait: « qu'est-ce que vous en pensez? », « qu'est-ce que l'autre en pense? », « si vous deviez donner une évaluation de cette idée sur une échelle de un à dix, qu'est-ce que vous diriez? », etc. Vous pouvez, par votre jeu de questionnement, amener la personne à réfléchir, à aller au-delà de sa réflexion de base, de lui permettre de changer, peut-être, de point de vue. Mais tout cela est quand même fait dans le respect de cette neutralité. Donc si la question ne fonctionne pas et que la personne ne répond pas, c'est tout, c'est son choix. Vous n'allez pas répondre à sa place. La liberté du médiateur est de poser des questions. Evidemment, en posant des questions il influence la réflexion, mais il ne va pas répondre à la place des parties. Si les parties ne répondent pas, elles ne répondent pas et c'est tout.*
- Dans votre carrière, vous êtes-vous déjà sentie frustrée par cette obligation de neutralité ? Après tout, un médiateur reste humain, a des sentiments, des jugements comme tout le monde. Vous-êtes-vous déjà sentie bridée car vous saviez qu'un petit coup de pouce de votre part aurait pu faire avancer le processus de la médiation mais que la loi vous en empêchait ?
- *Pas vraiment, ma frustration n'est jamais venue de la neutralité. En fait, si le médiateur est bien équipé, ça c'est une question de formation, car toutes les formations ne sont pas égales, il faut qu'il ait beaucoup d'outils et qu'il sache les manier. Et s'il a ces outils et qu'il sait les manier, il ne va jamais arriver dans une impasse où les parties n'auront pas d'idée pour trouver une solution, jamais. Ça ne va pas arriver ! C'est le serpent qui se mord la queue, cette histoire de neutralité. Les gens qui sont contre la neutralité ou qui pensent que la neutralité est à géométrie variable, ils pensent quelque part que les parties ne sont pas capables de trouver des solutions. Et si c'est le présupposé de départ, c'est comme une prophétie qui va se réaliser et c'est ce qui va se passer. Parce qu'il ne fait pas ce qu'il faut, il n'utilise pas ses outils, il ne se démène pas pour mettre en place le processus correctement. Donc quand on est dans la phase des options, vu que c'est surtout là que ça se passe, il y a une multitude de sujets, une multitude d'intérêts, et il*

n'utilise pas la multitude d'outils pour aider les parties à générer une multitude d'idées, ce qui va poser problème. C'est un problème qui ne m'est jamais arrivé parce que j'ai foi en les parties, je sais qu'elles vont y arriver. Si je vois qu'elles ont des difficultés, il y a des ressources extérieures. Ça ne me passe même pas par l'esprit de me dire que ça irait peut être mieux si elles connaissaient mon avis.

Alors, par contre, au niveau de l'impartialité, ça m'est déjà arrivé en vingt ans d'avoir des moments où je trouvais que c'était très difficile de rester complètement impartiale et à ma place et de montrer la même empathie vis-à-vis des deux parties.

- Alors qu'il y avait une relation déséquilibrée en face de vous ?
- Oui, ou lorsqu'une personne est manifestement de mauvaise foi, donc ça, ça peut être plus compliqué.
- Théoriquement, d'un point de vue sanction légale, un médiateur risque donc de perdre son agrément s'il brise ces obligations de neutralité et d'impartialité. A votre connaissance, l'un de vos collègues a-t'il déjà été sanctionné ou ait perdu son agrément pour cette raison ?
- Je ne le sais pas car c'est le secret de la commission fédérale de la médiation. Je sais qu'il y a des plaintes qui ont été déposées, notamment contre une médiatrice qui, je pense, exerçait des pressions pour que la cliente accepte la proposition de l'autre. Et ça aussi c'est quelque chose que la neutralité empêche : on ne peut pas exercer une pression pour qu'une partie accepte une proposition. Donc je sais qu'il y en a eu mais je ne sais pas quelles ont été les suites. Et puis de toute façon, ce n'est que récemment qu'il y a eu une section disciplinaire. Donc les choses vont devenir beaucoup plus professionnelles je pense à cet égard-là. Mais bon, comme vous le savez, la loi ne définit pas ce qu'est la neutralité donc il faudra que la commission fédérale de médiation nous réactualise ou revoie le code de déontologie. Ils le feront, ils seront obligés, comme c'est une règle qui est maintenant reprise dans la loi, il va falloir qu'ils adaptent le code de déontologie afin de préciser ce qu'ils entendent par neutralité.
- Oui, pour pouvoir fonder les plaintes des parties si jamais, manque de neutralité il y a.
- Voilà, parce que sinon, si tout le monde y va de sa compréhension, ça va partir dans tous les sens et ça va devenir dangereux. D'autant que depuis vingt ans, parmi les premiers médiateurs formés en matière civile et commerciale, il y a pas mal de médiateurs qui font de la médiation évaluative, ça ce n'est un secret pour personne. Est-ce que maintenant, depuis 2018, ils ne font plus que de la médiation facilitative ? Ça m'étonnerait.
- Quels seraient les risques d'un médiateur qui dépasse son obligation de neutralité sur une relation conflictuelle entre partie ? Donc si on a un conflit entre deux parties et que le médiateur met son grain de sel, quelles pourraient être les conséquences sur la relation des parties ?
- Il se peut qu'une des parties considère qu'elle a vraiment raison puisque le médiateur a l'air de dire qu'elle avait raison, et qu'elle prenne le pouvoir, qu'elle se sente confortée dans sa position. Et puis ça va avoir une influence sur la relation. A priori, il y a une multitude de possibilités de solutions en médiation. Mais si on fait de la médiation évaluative, c'est une médiation qui

répond plutôt à une approche du litige et non du conflit: « Qu'est-ce qu'un juge, s'il devait trancher, dirait? ». Donc les solutions dans le cadre de cette manière d'appréhender le conflit en litige, sont plus réduites. Elles sont souvent chiffrées, et rien d'autre. Et c'est ce qui se passe dans cette discussion sur la neutralité, les médiateurs qui ne sont pas neutres, les médiateurs évaluatifs, donnent rarement leurs avis en disant « vous savez, vous devriez collaborer, faire votre contrat comme ça et votre communication comme ça », ils auront plutôt tendance à dire « dans ce cas-là, voilà ce que le juge dirait, donc effectivement, votre responsabilité est engagée, du coup moi ce que je pense c'est qu'une indemnité d'autant serait raisonnable ». Il prend position sur des aspects légaux plutôt que de commencer à faire preuve d'une créativité débordante sur ce que les parties pourraient faire l'une vis-à-vis de l'autre ou ensemble.

Ceci dit, ce que je dis n'est pas non plus la vérité absolue, il y a peut-être des médiateurs qui ont une créativité débordante et qui, sur n'importe quel sujet, dans n'importe quel domaine, ont toujours des idées, c'est possible. J'ai l'impression que souvent ce sont des experts et qu'ils se cantonnent à leur expertise, qui est plus de l'ordre de juger les choses.

- Si vous aviez une baguette magique et qu'avec celle-ci vous pouviez changer la loi aujourd'hui, le feriez-vous ?
- Surement pas, non, je suis ravie qu'il y ait la neutralité dans la loi.
- Ça peut être dans un sens comme dans l'autre après, si vous pouviez rajouter la définition de la neutralité par exemple ?
- Ah oui ça c'est clair que je les définirais, la neutralité et l'impartialité.
- Et pas d'autre changement sur la loi de la médiation ?
- Non, non, parce que je pense que l'autonomie de la volonté a sa place. La loi me paraît très complète. Le problème c'est qu'en n'ayant pas expliqué ce qu'est la neutralité, il y a toujours cette confusion qui va continuer à perdurer jusqu'à ce que quelqu'un tranche : est-ce qu'il y a une différence entre conciliation et médiation? Le conciliateur, lui, va proposer une solution, donc le médiateur évaluatif est conciliateur. Alors pourquoi utiliser deux mots si c'est la même chose ?

D'autant qu'en plus, ce sont deux concepts différents, la médiation ne se caractérise pas que par la neutralité. Elle se caractérise aussi par l'autonomie des parties, qui est quand même un principe assez important. Au niveau de l'éthique, c'est quelque chose d'assez incroyable. Philosophiquement et éthiquement parlant, l'autonomie de la volonté c'est dire aux parties « Vous êtes les principaux acteurs qui avez réussi à rentrer en conflit, vous l'avez créé de toute pièce, on va maintenant vous donner la possibilité, la médiation va vous donner cette liberté, cette responsabilité de sortir du conflit vous-même en trouvant la solution au problème que vous avez créé. » Donc ça rend les gens responsables, j'aime bien utiliser ce mot dans ce cas, c'est à eux de se rendre compte que s'ils sont arrivés là, ça n'est pas seulement à cause de l'autre partie ni du contexte. Ils ont co-construit le problème, à eux de co-construire une solution.

- Vous ne pensez-vous pas que certaines parties ont besoin d'une légère intervention, d'un médiateur qui établit un peu plus que le cadre d'une médiation, sans pour autant arriver à ce que le médiateur ait l'autorité d'un juge ? Certaines parties n'ont-elles pas justement besoin de se reposer sur une figure autoritaire sans pour autant que celle-ci soit absolue ?
- *Au niveau du fond, ma réponse reste la même : non. Si j'ai besoin de quelqu'un parce que la personne est dépourvue de connaissance, de savoir, je ferai appel à la ressource nécessaire pour avoir cette connaissance, cette information dans la médiation. Je ferai appel à un avocat, à un expert. Mais cela ne veut pas dire que le médiateur est là comme un ectoplasme dans la pièce. Il faut bien s'en rendre compte. Et c'est la vision des médiateurs évaluatifs, qui disent que les médiateurs facilitatifs pensent qu'en mettant les personnes dans la pièce en souriant, ça va venir tout seul. Mais non évidemment, c'est perdre de vue que pour arriver à aider les parties à trouver une solution, il va falloir mettre en place tout un processus avec l'utilisation d'une multitude d'outils et c'est grâce à ces outils, et c'est surtout le fait d'utiliser, ou pas, certains outils à bon escient, qui va faire qu'au bout du compte, les parties vont arriver à trouver une solution de base à leur problème qui soit une solution qui réponde à leurs intérêts, qui soit créative, qui soit durable et qu'elles vont exécuter, surtout.*

Ça aussi, c'est quelque chose que je me suis toujours demandé : les médiateurs évaluatifs, ils donnent leurs solutions, admettons que les parties obtempèrent, et puis quoi ? Est-ce qu'elles exécutent l'entente ? Le médiateur ne fait pas souvent le suivi de l'exécution de l'entente. Donc ce qui est intéressant de remarquer c'est que ça n'est pas seulement le taux de succès de la médiation en tant que tel qui est à prendre en compte, même si ça reste un paramètre important, mais il faut aussi se demander si les parties exécutent l'accord qu'elles ont signé ? Surtout quand ce ne sont pas les parties elles-mêmes qui ont concocté la solution, est-ce qu'elles l'exécutent aussi volontiers que lorsque la solution vient d'elles-mêmes ?

- Ma dernière question porte sur un passage dans la chapitre que vous avez rédigé avec votre collègue, Madame Becker « La neutralité, un enseignement à l'intention des médiateurs », dans l'ouvrage *La médiation autrement*, paru aux éditions Larcier l'an passé :

« Le pendant de l'obligation de neutralité du médiateur est le droit pour lui, d'une part, de se retirer du processus quand, malgré tout ce qu'il a mis en œuvre, il devient « complice » par son silence « obligé » d'un déséquilibre qu'il constate et qu'il ne peut cautionner en son âme et conscience et, d'autre part ne pas cosigner une entente qui soit, à ses yeux, déséquilibrée ou illégale »

Dans ce cas-ci, n'est-il pas possible pour le médiateur, plutôt que de se retirer, d'intervenir ? S'il constate un déséquilibre, de rééquilibrer la relation ?

- *Si, bien évidemment, ça c'est certain. Je ne me souviens plus exactement de ce que j'ai écrit mot pour mot mais c'est clair que déontologiquement parlant, un médiateur ne peut pas laisser des parties signer un accord manifestement déséquilibré ou contraire à l'ordre public. Ce sont les deux exceptions qui obligent le médiateur à "sortir" de sa neutralité. Après, il y a "sortir" et "sortir" de sa neutralité, je peux sortir de ma neutralité en disant, « je ne veux pas signer ça car*

c'est contraire à l'ordre public ou déséquilibré », ou, je peux anticiper les choses. C'est ça que le médiateur doit faire, il a toute sorte de mécanismes à mettre en place de manière anticipative. Le processus de la médiation est fait d'étapes, et donc le médiateur peut déjà, à l'étape préliminaire, donc avant même que la médiation ait commencé, se dire « tiens, j'entends qu'une partie est plus faible économiquement, émotionnellement, intellectuellement, ou parce qu'elle ne connaît pas le domaine d'application » et donc j'anticipe déjà car je sais qu'il va y avoir un problème alors que la médiation n'a pas encore commencé. Je peux très bien dire « je ne veux pas commencer la médiation s'il n'y a pas d'avocat », par exemple. Ou « je ferai cette médiation mais je vous préviens d'entrée de jeu que je ferai appel à un expert à un moment donné qui viendra vous donner les tenants et aboutissants ». Il y a toutes sortes de choses à mettre en place bien avant le moment de la signature de l'accord, qui est la dernière étape, pour pouvoir empêcher les parties d'aller dans cette direction d'un accord déséquilibré ou contraire à l'ordre public.

2. Interview de Christopher Mathews, faite le 30 avril 2020

Note : Cette interview a été réalisée car nous pensions au début apporter une approche comparative entre la médiation en Belgique et les pratiques amiables américaines (dont nous parlons également avec Monsieur Van Leynseele). Nous avons malheureusement dû abandonner cette idée car je nous n'aurions pas eu la place dans ce travail pour pouvoir en parler comme il se doit.

Nous avons néanmoins intégré cette interview aux annexes car il nous semblait intéressant, à titre informatif, d'observer la pratique américaine. Nous avons également repris l'une de ses définitions du *caucus* dont nous parlons dans le point 78.

- Hi, so as I told you, I'm writing my thesis about the neutrality of mediators, and I would like to bring a practical approach to my work by comparing the Belgian legislation to the American one.

To begin with, can you tell me a bit about your professional background ?

- *Sure. I attended Georgetown University Law Center between 1995 and 1998. I took a course in alternative dispute resolution at Georgetown and I was invited to become a TA (teaching assistant) for that course. After I left Law School, I was a member of the judge advocate general court, which is to say I was a military attorney and I was a prosecutor in California, then I was a regional prosecutor in Texas. Then I went into Japan after that and was the prosecutor for the largest air force installation in the world on Okinawa and then I left and I did commercial litigation for the air force in Ohio, I went into private practice for a number of years in California, where I did commercial litigation of all kinds. We did some mediation work on a large intellectual property/breach of contract case involving a 3D graphic chip maker between two Japanese companies and a British company. So it was an international litigation, we ended up mediating that to a successful resolution. Then I was still in the air force reserve, I was recalled to active duty because the chief prosecutor for Asia Pacific had to come home because one of his family member has a medical emergency, so they needed somebody to be the chief prosecutor and they called me. So I did that in Tokyo for a couple of years, I got promoted out of that job, kind of unexpectedly, I went back to the US and was the head of the contract litigation team involving a classified major weapon system procurement case. It was for one of those weapon system that I can't really tell you much about.*
- Yeah I bet. (laughs)
- *I had a team of air force attorneys in Washington DC, we had a litigation team in Ohio (about 100 people) and then we had a department of justice team also in Washington DC, and that was an entertaining time.*
- Yeah it looked like it.
- *So I did that for a number of years, became an appeal judge for the air force for a couple of years, finally left the air force, I retired out of the air force. And I went into private practice in Las Vegas, Nevada. I was of council for the largest law firm of the state of Nevada for about four years and then became a partner in that firm. I was kind of messing around in the partnership structure, I was the chairman of the firm partnership selection committee and so on. Then my firm failed down and went boom, we had financial problems based largely on the number of*

pensions that we had obligated ourselves to pay over the years and then when the financial crisis finally wound up in Las Vegas, there was no more work for us to do. So I went to another large law firm, I was a partner there for about a year and then I had the opportunity to go to Iceland. And I said « you know what, I've been on the legal treadmill for a while now, and I'm going to go do something else ».

- Let's study volcanos (laugh)
- *Yes ! Because really, what more natural career path could there be ? And that's it. As I tell people, I'm still trying to decide what I want to be when I grow up.*
- Alright. And in what kind of mediation did you participate in ? Any civil or family matter ?
- *I participated in a couple of different mediation. I did mention the ones in Las Vegas. There is a court-ordered mediation program. Basically, the court would like not to waste its time on your petty little grievance whatever it might be, since in all likelihood, your petty little grievance boils down to money. And so if it's just a question of dollars for you, let's shuffle your case off to an experienced lawyer who will serve as mediator and I think all of the courts in Nevada use this system, I suspect most of the courts in the US do as well.*

I think we had successful resolutions to a couple of those cases. We had some arbitrations as well. So I had a number of cases that involved alternative dispute resolution. They were all at their heart, commercial cases. I never practiced family law. And in my own experience, since I went through a divorce myself, we did not use a mediator there. I know they're out there though.

- How does the alternative dispute resolution work in the US ? It is voluntary, is it appointed by a judge ? Do the parties have their legal counsel with them or is it only the parties alone ? But then you told me the lawyer is the mediator, so how does it work ?
- *The system is very loose in the US. The case that I did in California, we had a mediator, and basically, we decided amongst ourselves, the lawyers, that the case could probably benefit from mediation in court because we had Japanese companies, and Japanese companies tend to be conflict avoiders, they don't like to go to court. And the Japanese legal system is organized to inflict as much pain as possible because they would like you to settle and work out your differences on your own. It's a difficult system to work within, it's time consuming and expensive, you may have an earring for an hour and then you come back for another hour. So you can see how long a case could drag on, when you pay your lawyers. We thought the Japanese company would probably be interested in the mediation, the British company was kind of along for the ride, our clients (the US company) just wanted to get on with their business. We had a mediator that we, the lawyers, selected. We sold our clients the idea that this guy could help resolve. So we did the mediation in three days, we got a settlement and then we reduced it to a settlement agreement, which we then filed to the court that dismissed all litigation. And that was purely done by agreement of the parties during litigation. I had cases where there were arbitration clauses in the contracts, it's not mediation but it's arbitration.*
- Yeah, so the parties agree on the fact to go to arbitration in the case of a dispute.

- *Right. And presumptively, in the US, arbitration clauses are presumed to be binding. If you have a contract that includes an arbitration clause and you want to get it out of there because you don't like the terms of arbitration, you can challenge the arbitration clause in court, or you can just say « I'm not going » and the other party is going to have to try to enforce this arbitration clause in the legal proceedings that you have. But those clauses are presumed to be valid and courts generally speaking, will enforce them. Arbitration is expensive though, you have to pay the arbiter. Whereas if you go to court, the judge is paid by the state but the arbiter is paid by you. So arbitration is not the most convenient. It can be quicker, it's easier for it to be private. If the parties don't want to have a lot of their inner workings exposed to the public, mediation and arbitration work better for them. So those clauses are presumed to be valid and courts generally enforce them.*
- *But then, if one of the parties forces the other one to go to it if the latter doesn't want to go, it doesn't make sense anymore, since that kind of dispute resolution must be on a voluntary basis, right ?*
- *Not necessarily. This is the rings that make it work. If you have an arbitration clause in your contract and that you have a dispute, you have to go to arbitration. You go through arbitration, you get a decision from your arbitrators, and either party can then take it to the courts and say «enforce this». And the court will enforce it unless there is some reason against the public order why the court would not enforce it.*
- *But isn't the process a bit less useful if one of the parties doesn't want to be there ?*
- *Well this is where arbitration differs from mediation. Arbitration is, you basically go to somebody and say « decide this for us because we can't ». And they give you a decision, and it doesn't matter whether you like this decision particularly or not. You've selected a private court. Mediation, you're right, is very much based on « do you want to get to an agreement ? ». And there are compelling reasons to do it. We're not cheap, lawyers are not cheap ! And the process can drag out. You might have issues in intellectual properties or with contractual relationships that you don't want to have exposed in court which are public hearings. And even though you can sometimes seal court proceedings and keep them shielded from public view, it's difficult to do that and the presumption is that a legal proceeding in court is going to be open to the public. So yeah, mediation is useful in that sense, and you want to want to have an agreement. If you go out of a mediation like « I got nothing, except the legal bill »... well it's annoying.*
- *That's crazy, in Belgium you usually choose mediation because it's cheaper than to go to court in the long term.*
- *Well it's usually cheaper if you get to an agreement. If you don't, what do you do ? You pursue your litigation. And the whole idea is that if you go to mediation, it's because you think you might be able to get some benefits out of this and the benefits are almost always going to be the fact that you can get this resolved in a way that is way less expensive in terms of money or other non-monetary costs, such as the ability to avoid getting your business exposed in public hearing. And*

you want to avoid those costs, so you go to mediation and you just hope you get your issues resolved and everybody is happy.

- Does a mediator need to be neutral in America ? Can he intervene or is he passive between the two parties ? This is the big question of my thesis, I know in Belgium he is, but what about America ?
- *I guess it depends on how your mediation takes place. If you have a purely voluntary mediation like we had in the case with the Californian chip manufacturer, it's who you guys decide on. And in this case, the lawyers were all based in Silicon Valley, we all knew the reputation of the mediator and his reputation and that he has resolved some tech issues and we thought he would be useful and we convinced our clients to hire him. Our clients didn't know the guy and the guy didn't know your clients. I guess the Japanese companies were pretty well known so the mediator knew them from name but he didn't really know anybody, and he didn't really care. So he was really much neutral and had a good reputation for that. In the context of the mediation that I did in Nevada, those were individuals who were neutral in the sense that they were not involved with any of the parties in the case, they hadn't represented anybody and so on. Were they neutral ? It's a small legal community so you know who these people are. They are lawyers, they do have a reputation. One of the cases involved some bankruptcy issues. My client was the fairly prominent father of a seller who got himself in some serious financial problems with some real estate dealings that he had had. And the people who the son owed money to were trying to find a way to get access to the funds of the father since the son had no money. Nonetheless, we did reach a settlement which involved the dad paying off some of the son's creditors to make them go away. The lawyer in that case who was a mediator was a fairly well-known bankruptcy attorney in Las Vegas. She went on to become a bankruptcy judge a few years later, she was well-regarded. And she did an efficient job and we got that case resolved. I had other mediations where clients were not interested in resolving the matter amicably, they just stood up in their position. And you know, I think a lot of clients feel that way until they start getting the bill from their lawyer and they realize that vindication is not cheap. So most cases should settle so a mediator can be very valuable in helping to get to that point. Because if I'm a lawyer, it's difficult to say to my client « no, you fucked up », sorry about the language. It's difficult to say « you're in the wrong and you're going to have to pay these guys a lot of money to make it go away. » I should do that and I would probably do it in some formal sentence. But I have to pull my punches because I'm working for him, he pays me and if I tell him the unvarnished truth, which I have an obligation to, I have to find a way to make it gentle or he's going to fire me. I don't want that, it's not good for him and it's not good for me. But the problem is that if I am too diplomatic, I may not convince him. And there is also the problem where, if a client is paying me, at some level, I have a superior-inferior relationship and it's an off dynamic. The client is paying me so he should be able to get what he wants. And it's hard to get some clients to understand that he's not going to get what he wants because he is not entitled to it. So a mediator can be very useful, especially if he's perceived as being experienced, authoritative and neutral. They can tell the client « nah, you fucked up, you're not getting anything ».*
- He can say things objectively, he doesn't have to manipulate the truth

- *Yeah, and he can be seen as that by the client. Because ultimately the client has to agree to whatever the resolution process is going to lead to. It's not an arbitration which is imposed.*
- *To your knowledge, what's the difference between neutrality and impartiality ?*
- *I actually have never given any thought about that. I suppose I could think of it but for me it's the same thing.*
- *Can the mediator intervene in the conflict ? Is he just guiding the parties through the mediation and the dialogue or is he giving advises, can he give his opinion ?*
- *I think it depends on the mediator. Most of the mediations that I have been a part of are structured in a fairly similar way. The mediator will come in and all of the parties will be present with their lawyers.*
- *Are the parties always with their lawyers in a mediation ?*
- *Well, in all the mediations I've been a part of. So if there are mediation where they are not, I would not know about them, I'm the lawyer. I imagine you could do it that way but in the context of commercial litigation, I don't think that would ever happen. So the mediator would have some kind of group session where all the parties and their counsils would be present. And they may or may not talk about the merits of the case at that point. They'll certainly talk about the ground rules. Half of the cases I've been involved in, you would have a brief presentation by each party as « this is what we think this case is about, this is why we think we should win, this is what we want as the outcome. » And frequently, the mediator will require you to submit a brief in advance of the mediation that tells them a little bit about the case, what your positions are, what evidence you have to support your positions, etc. And then they make you have that group sessions where the mediator will send you apart into different rooms, the parties will be separated. And the mediator will then sit down and with each of the parties individually and say « this is what I see as the strengths and weaknesses of your case, tell me what you think about this ». So the mediator, almost from the very beginning, does become very active in that sense of « this is what I see as the issues in your case, this where I think you're strong, this is where I think you're weak,... tell me more about your case, tell me how you think you could overcome these weaknesses is this case doesn't settle. » And right from the beginning, the mediator is starting to act as an agent of reality, basically for the client. And sometimes so should the lawyers, because the lawyers get their heads wrapped around a case and go « I'm going to win because I'm a great lawyer ».*
- *So the mediators start a mediation by giving their opinion ?*
- *They start by soliciting, from both sides, what do you think about the case. In writing first, and then let's have a group session where we sit down and we talk about it. And the parties may not want to have that group session where we talk about their case in front of each other. But yeah, otherwise, almost from the beginning, the mediator is going to come and say « Ok, I read what you gave, I read what the other side gave me, here is what I think about your case, let's talk about that ». And in that first session, the mediator is not necessarily getting you to come of your*

positions, he's sharing with you what his thoughts are and getting a little bit more information. Because your brief may not have filled in all the details that he needs. And then he'll go to the other side and do the same thing. And at some point of the process, he'll ask « is there anything that I can share with the other side about your case ? » And this is where you start the process of using the mediator as some sort of intermediary communicating between the parties.

- Kind of like an own.
- *Yep, like the owls in Harry Potter. So you have this kind of shuttle diplomacy, where you go back and forth shuttling from one room to another and they may or may not talk about the strengths and weaknesses of your case for very long, some mediator just want to get some numbers on the table and some terms of a possible settlement. But those mediators, in my experience, are not very successful. Because clients have gotten to a point where, if they are in litigation, it's because their ability to think rationally and work rationally with the other party has broken down or they wouldn't need you, they would solve their problems themselves. So they are often very emotionally invested or uncomprehending as to what the other side thinks. And the mediators who, in my experience, have been more successful, are the ones who spend the time to try to understand where each party really has that emotional investment, where the sticking points are. And then starts to work through that. And sometimes, the mediator is like « listen, I think these guys are totally crazy on this particular point, they are wrong. But they are so blinded by their own emotions that they won't be able to see that they are wrong and I won't be able to make them see that they are wrong ».*
- So it's helpless.
- *Well, let's see if there is a way around this particular point where you don't have to conceive that they're right but we're not going to fight on this point because we have some other issues to resolve.*
- Do you think that at one point, the mediator could admit that there is no resolution possible to this problem because the parties are too emotionally involved, and put an end to it before because he know that the parties are never going to find an agreement.
- *Oh yeah, I've had those. In Nevada, there are these court-ordered mediations that are kind of mandatory and you have to at least make the effort. But in a lot of instances, the mediator will walk in the door and say « Ok, this is a waste of everybody's time but we have to do it ». They're not that blunt but in his opinion, the parties are so far apart that the mediator does not think that there is any likelihood that they're going to be able to settle this case but we're going to see whether or not you guys are willing to move on what you want and if it looks like there is movement, we'll continue, and if not, we're just going to end this this afternoon.*
- So there is a court obligation for every parties to try to settle their issues in mediation before going to court ?
- *In most cases, yes. In some cases, such as criminal ones, it's not like that but otherwise, yes.*
- Do you think every conflict can be resolved through mediation ?

- *No. Because even though most commercial dispute are just a matter of money or some other right that you can equate to money, such as intellectual property right. Sometimes, one party does not have the ability to pay what the other party would have to have to settle the agreement. If so, the person can bring its opponent to court and he's going to take his chances because he thinks he has what it takes to win this case, and he's not convinced that the other party is right. And typically, when people are negotiating out a settlement of position, they factor in « how much is it going to cost me to go to court, what's the likelihood I might loose and if I win, what's the likelihood I can actually collect what I want ? » If I have a 10 million judgement but the opponent has 10 bucks, my piece of paper is worth nothing. But if at the end of this process, I can't pay something that will make you happy enough to make you go away, you're not going to settle with me, I can't settle with you.*
- *But then, go to court would be useless, too.*
- *Maybe. Because theater side could be lying about what money he has, you don't know that. Or, circumstances might change, like the case that I had with the bankruptcy. The son did not have any money, these people went to try and get money from his dad even though they absolutely did not have any right to do so. They were not going to get this money. On the the other hand, dad did not want to leave his son in a position where he would be completely wiped out. Dad was going to have ro spend some money. So for him to reach an agreement, he was able to save a lot of litigation costs that he would have had to pay out. He was able to make his son's problem go away to some extent. So that mediation was worthwhile. Because if just decided on the basis of who's legally right and who's legally wrong, we never would've settled. We would have gone to court, the creditors would have lost and the dad would not have to have paid anything.*

This is another problem with that type of case, I didn't get as much of money because we settle this case. That's the other attention you have to worry about in mediation. You got clients who are absolutely sure that they are right and they want to vindicate their position in front of a judge who can say « he is right ». But you also have lawyers who are wondering like « Well, we could settle this case today, and I can go back hustling more clients, or I can be intransigent and convince my client to make him believe that he is right and that he wants to go to court to be assured by a judge that he is right. » And I can continue to bill him out at an hourly rate. So that's the other sort of factor. Not only would you have to have parties who are committed to reaching a settlement. The presence of the lawyers is a complicating factor. Because the interest of the lawyer is not always to settle the case, often it's not.

- *That's crazy, it's a whole other mentality than it is in Belgium.*
- *Well look, the mediator comes into the room and sais to my client : « ok, this is what I've seen in terms of strengths and weaknesses of your case ». My client is going to listen to the mediator talk and then he's going to leave. And I'm my client's lawyer, so I'm supposed to give him legal advices, so the client is going to turn to me and ask me what I think about the issue. And that's the moment where if I'm not committed to the success of this mediation, I can sabotage everything that the mediator has said. And I'm not saying that I would do that, and no lawyer should do that, the client's interests are what you are supposed to be representing. But as a*

practical matter, it's difficult to separate, and I don't think lawyers do always separate, your own interests as a lawyer, from your client's. You see lawyers, you look at their behaviors and you clearly understand that they are just running up the bill on your client.

- Don't you have an ethical obligation not to do so ?
- *Of course ! You're not supposed to do that, that's absolutely forbidden ! But people still do it, why ? Because it's almost impossible to prove of course ! That's a real difficulty. And if I'm sitting in mediation and I'm saying to my client and I say « nah, you're going to win this case, you don't have to settle », even if it is not entirely true, nobody is likely going to be able to prove it. That's a problem. In an ideal system, the lawyer is like almost this transparent weightless object that doesn't impose any costs on the system at all but that's not where we live, lawyers costs money and their opinions and their view of the case which is collared by their own particular interests and their own viewpoints. Because lawyers can be emotionally wrapped up in a case, too. If you're angry at the other side because you believe they've treated your client badly, lawyers become almost a participant in the case. They're like almost a separated party. And for the mediator, that's a complicating factor. But most clients aren't really eager to go to mediation without their lawyer because their lawyer is their confident, the person that they've exchanged a lot of information with, they've taken advices from, they feel comfortable with,...*
- He's their safety jacket
- *Yeah, their security blanket, something like that. I feel comfortable having this person with me. I don't know the law, I don't know the legal system, mediators coming in and telling me these things, what does my lawyer think ? When I got divorced, I hired a divorce attorney, why is that ? Because I don't practice in the area of family law. Even though I'm an experienced lawyer, I'm not going to participate in a system without having the benefit of advices of somebody that I can look to like « ok, what do I do now? » And I think most clients feel that way. But for the mediator, it means more balls to juggle with. By the way, sometimes with complex litigations, you can have four parties, from different countries, and different languages, and we found a settlement in three days, the mediator was really good.*
- What do you think about the mediator to be neutral ?
- *It is important for the mediator to be perceived as neutral or impartial, whichever the words are. Because if a client goes in there and thinks that the mediator is in the tank more for one side than the other, then he's going to automatically discounting what he says, and that's a problem.*
- Yeah, that is the reason why mediators have to be impartial and neutral in Belgium, it's not to give one party the impression that they have a more solid case than the other.
- *The mediator might say like « look, dude, I read your file, I read the other side's file, you're going to lose. » But can you say it with absolute certainty ? No ! Juries are crazy things, they can do whatever they want. But I can say that the law is not on your side.*
- In Belgium, he cannot even say this. The mediator cannot apply the law to the case in front of him. We have mediators that are lawyers but others are psychiatrists, architects, etc. They are not

always lawyers so they can't interpret the law and say « in this case, the law is on your side ». The parties have to ask their lawyers or the mediator has to call in an expert but they have to stay neutral as is, they can't share their insight on the case. They only can give objective information on the law but not how to interpret it.

- *Well, that's interesting. Because in the US, the client pays his lawyer, and the lawyer gives his client his advices. But when they do a mediation, sometimes the client is going to turn around to the mediator and ask him « what about you, what do you think about my case ? ». And sometimes this is very helpful.*
- Yes, there is the pros and cons. We actually have two schools in Belgium, the evaluative mediation and the facilitative mediation. The first one actually comes from America, it's when the mediator is more proactive, and actually giving his opinion and how the parties should find an agreement, and sometimes it works better because it's what the parties need. In the other one, the facilitative mediation, the mediator is very neutral, no intervention at all, he guides the dialogue and the communication without saying what he thinks. And this is what I try to analyses in my work. Which is the better option, should the mediator be limited in his shore of intervention or should he be free to help the parties intensively. And I have interview a few people already and professionals are really on both sides. Of course it depend on the mediator, it depends on the conflicts, it depends on the field of the mediation, it depends on the parties, etc.
- *This is very curious. When I taught alternative dispute resolution, this facilitative school was stressed as being very useful in conflicts that couldn't easily be reduced to money. If you can't easily reduce it to money, then that dialogue becomes very important, you're going to have to have a give and take on each sides that you can't reduce to money. But for most commercial litigation, where it's just about money, it's very useful to have a sense of « how likely is it for me to get this money ». And the mediator who comes in and give his opinion, their impartiality is questioned right out of the barrel. But coming and say « listen, this claims he's got, he has evidences to support them and the law is very much on his side. Tell me why you think you're going to prevail. » That starts to put the client in the mind frame of « maybe I need to discount my claims a little bit » and that can help them get to that point of reaching a settlement because it's just a number. So I could see where you could use each school differently depending on the nature of the dispute.*
- Yeah, as you say, in terms of money I guess it could help if the mediator tells the clients « legally speaking, you're not getting that much so reduce your claim otherwise we're never going to go anywhere ».
- *Yeah, the mediator is saying « here are the risks, here are the costs, here is the possibility that you are not even going to collect money even if you win, you make a decision in your mind as to how you want to weigh those things but I need to tell you, as person looking at this case from an outside point of view, this is what I see as being the places where you're strong or weak ».*
- Ok, these were my last questions. Thank you for your time, have a good day !
- *You are very welcome, have a good day, bye.*

3. Interview de Patrick van Leynseele, faite le 6 mai 2020

- Bonjour, merci de m'accorder votre temps qui est sans aucun doute très précieux. Comme je vous l'ai communiqué par mail, je suis étudiante à l'UCL en dernière année de droit et j'écris actuellement mon mémoire sur la neutralité et impartialité du médiateur.

La dernière partie de mon travail concerne le passage d'un médiateur facilitateur à un médiateur évaluateur. Mon but est d'intégrer votre témoignage dans cette partie afin de confronter ce côté fort théorique de la neutralité, ce que l'on enseigne aux médiateurs, à la pratique du métier, comment est-ce que vous le pratiquez dans votre vie de tous les jours.

Je vous le rappelle, j'enregistre cet entretien dans le but de faciliter ma prise de note et ma retranscription. Je vous renverrai d'ailleurs la retranscription pour que vous puissiez la vérifier et je ne l'intégrerai à mon travail qu'après votre vérification et avec votre accord, bien entendu.

- Vous êtes médiateur en matière civile et commerciale, vous pratiquez principalement en droit des sociétés mais vous arrive-t-il d'exercer en matière familiale, avez-vous une expérience dans le domaine ?
- *J'exerce en matière commerciale de manière générale en tant que médiateur. En tant qu'avocat j'ai fait beaucoup de droit des sociétés mais en matière de médiation je ratisse plus large que ça. J'ai aussi fait des médiations en matière successorales, par exemple, qui n'est pas du tout mon domaine d'action. Là la partie émotionnelle est importante. Je n'exerce donc pas du tout en matière familiale mais parfois en successoral. Tout ce qui est partage de patrimoine et des choses comme ça, de temps en temps on fait parfois appel à moi mais 95% de ce que je fais c'est en domaine commercial.*
- Pour aller droit dans le sujet de mon mémoire, à vos yeux, quelle est la différence entre la neutralité et l'impartialité ?
- *Ça c'est une vaste question. Déjà je ne suis pas très sûr de moi bien saisir les concepts. Je suis quelqu'un de théorique quand il le faut et quand j'écris des articles et franchement ça me pompe l'air quand je le fais m'enfin je me force à le faire. Mais je suis d'abord et avant tout pragmatique. Donc les concepts et les définitions fines ce n'est pas vraiment mon truc. Je préfère répondre en disant que pour moi, l'impartialité c'est bien, je ne prends pas parti. Mais je préfère le concept de multi-partialité. Je suis d'accord avec tout le monde, moi. Et c'est quelque chose que je répète souvent dans les médiations, « vous savez, moi, ce que vous me dites, vous la partie A, je vous crois et ce que vous me dites-vous, partie B, même si c'est totalement contraire, je vous crois aussi ». Et je peux très bien comprendre et montrer que je comprends votre point de vue et ce que vous avez à défendre même si je trouve ça un peu curieux, pour moi c'est pas ça le problème. Ce qui compte surtout c'est que mon attitude de neutralité, c'est à dire, d'équilibre entre les parties, que celui-là ne soit pas mis à mal, ça c'est important. Au-delà de ça, les mots, franchement... C'est un peu embêtant (rires) quand on doit rédiger quelque chose d'un peu juridique sur le sujet, il n'empêche que c'est comme ça que je le vis.*

C'est le concept de caucus, les réunions en aparté que le médiateur peut avoir avec une partie et puis avec l'autre partie. Moi quand je suis en caucus avec une partie, cette partie-là va me raconter son histoire, et je vais pouvoir lui dire, en caucus, parce qu'on est en caucus, en confidentialité, « vous savez je comprends très très bien et si j'étais à votre place peut-être bien que j'aurai fait exactement la même chose ». Et je peux aussi aller dire de l'autre côté exactement la même chose à l'autre partie. Il faut qu'en tant que médiateur, je sois accepté par les parties, d'un bout à l'autre. Et plus les parties trouveront « bien tiens, celui-là au moins il me comprend », plus j'ai une chance d'être accepté. Pour moi c'est plus un outil, un « tool », qu'autre chose. Le concept le plus important pour moi c'est l'équilibre. Si cet équilibre est rompu, si je suis plus d'un côté que de l'autre, si je penche plus d'un côté que de l'autre, je peux peut-être le faire dans une certaine mesure si je trouve que l'un des deux exagère, mais à partir du moment où il y en a un des deux qui va dire « oui mais eh celui-là il a complètement choisi son camp », c'est fini, ma fonction elle est terminée, je n'ai plus de rôle à jouer c'est plus possible je ne serai plus acceptable, donc c'est vraiment une question d'équilibre dans ce qu'on fait.

- Justement, en parlant d'équilibre, concrètement, comment un médiateur facilitateur pourrait-il jouer sur la limite de son obligation légale de neutralité ? Comment rester déontologiquement et, légalement correct, tout en forçant un peu la ligne pour améliorer la communication ou faire avancer le dialogue ?
- *Si je dois faire évoluer les parties dans leur façon de penser, (ce qui est toujours le cas, elles commencent en général sur une position, elles sont bloquées dans leurs position) donc si je dois les faire évoluer, qu'est-ce que je dois faire ? Je dois un peu les déstabiliser, d'un côté comme de l'autre. Je dois pouvoir leur dire « mais écoutez c'est très très bien, je comprends ceci et vos arguments, je les ai entendu et vous avez des avocats pour les mettre en avant et si un jour vous devez retourner devant le juge pour les plaider vous les plaidez, c'est très bien, je comprends tout ça, je comprends. Ceci dit, est ce que vous ne pensez pas que ... ? » Le « que » étant, bien entendu, une idée qui n'est pas dans la ligne de ce que eux veulent entendre. Je ne donne pas un avis, je ne donne pas un conseil, je n'ai pas le sentiment moi que je prends véritablement parti. Par contre, j'essaie de les déstabiliser un petit peu. Je le ferai d'un côté comme je le ferai de l'autre, ça c'est important. Voilà comment, sans me départir de ma neutralité, parce que je ne prends pas parti, ou je ne dis pas que je prends parti en tout cas, mais je dois quand même essayer de les faire bouger.*
- Vous suggérez des pistes de solution pour les faire avancer ?
- *Pas nécessairement, c'est quelque chose que je n'hésiterai pas beaucoup à faire si il faut mais certainement pas dans un premier temps. Dans un premier temps en tant que médiateur je serai toujours d'abord et avant tout facilitateur. Parce que si les parties peuvent elles-mêmes venir trouver etc, c'est très très bien. Moi j'aime autant. Parce que là je suis certain de ne pas me départir de ma neutralité. Mais si à un moment donné, ça coince quand même, eh bien oui, mon rôle, ce pour quoi on m'a désigné, ce pour quoi on me paie, c'est d'essayer de les faire évoluer vers une solution acceptable, mais vers une solution quand même. Donc s'il faut oser mouiller un peu sa chemise en leur disant un peu plus ce qu'on pense, moi je ne vais pas hésiter à le faire.*

- Comment pratiquez-vous votre métier ? Vous considérez-vous comme un médiateur évaluateur en tout temps ou bien vous commencez d'abord par voir un peu où en sont les parties et quelle est leur situation pour ensuite voir de quelle manière aborder les choses ?
- *Comme j'ai dit, en tout cas je commencerai toujours comme un facilitateur. D'ailleurs, dans un premier temps, le médiateur il est là surtout pour écouter, écouter ce qu'on lui raconte, écoutez pourquoi les gens estiment avoir raison, écouter pourquoi eux sont les bons et les autres sont les méchants. On écoute beaucoup. Et quand on écoute beaucoup et qu'on a quand même une certaine expérience de ce qu'est le conflit et de ce qu'est le droit et de comment fonctionne la justice, bien entendu que quelque part dans ma tête, je vais me faire un cinéma de ce que pourrait être la solution. Mais ça reste ma solution, ce que moi j'ai imaginé sur base de mes connaissances, de mon expérience, de mes valeurs, donc ça n'est pas d'abord et avant tout ça qui doit jouer. D'abord et avant tout c'est ce que les parties vont ou espèrent pouvoir obtenir, ce dont elles ont besoin, quels sont leurs intérêts,... Donc je vais certainement toujours commencer par me mettre dans un mode de facilitation. Par contre si la méthode de pure facilitation ne fonctionne pas, parce que les parties ne viennent pas avec des propositions, parce qu'elles restent calées dans leurs positions etc, à ce moment-là je vais commencer à essayer de détruire leurs certitudes, non pas pour leur dire « vous avez tort » mais pour leur dire « écoutez, moi je me demande quand même si j'étais à la place d'un juge, au fond, est ce que je pourrai être tout à fait d'accord avec ce que vous dites ». Avec ça, je n'ai pas encore pris position, je dis simplement au fond, est ce qu'il y aurait lieu d'avoir un peu un doute. Et s'il faut encore aller plus loin, si ça n'a toujours pas fait bouger les choses, je pourrai aller jusqu'à dire, probablement en caucus de préférence, pour ne pas que l'autre entende jusqu'où j'ai osé aller, « écoutez-moi je pense très franchement, si vous allez défendre ça devant le juge, à mon avis, vous avez de très fortes chances pour que le juge ne soit pas de votre avis. » Donc, est ce que je suis évaluateur ? Oui, quand je dis ça je pense que je suis évaluateur. Mais déjà, quand je crée un doute je suis déjà un peu évaluateur. Je suis déjà en train de dire « vous savez, moi, dans mon évaluation (ce que je ne dis pas), je me demande si, au fond, le juge ne pourrait pas vous donner tort. » Alors c'est où la limite ? Impossible de le dire. Et tous les gens qui se disent « moi je suis purement facilitateur, je ne fais que de la médiation purement facilitative », très bien si c'est comme ça et que leur modèle marche. J'ai par contre plus de doute quant au fait qu'il n'y ait jamais le moindre élément d'évaluation*
- Oui parce que vous restez humain après tout, c'est normal.
- *Bah oui! Si vous me racontez une histoire et que je vous regarde d'un air un peu sceptique comme ça, est ce que je ne fais pas déjà de l'évaluation ? Alors c'est quoi la limite ? Je n'en sais rien. Et quand je dis que je suis pragmatique, c'est que j'ose ajouter que très franchement, je m'en fous. Parce que ce qu'il faut c'est que ça fonctionne. Et s'il y a des parties qui sont là parce qu'elles ont précisément besoin de quelqu'un qui leur dise un peu comment il faut faire, je peux servir à ça. Et ça finalement ça arrive beaucoup plus souvent qu'on l'en pense.*
- Qu'elles aient besoin d'une figure un peu plus autoritaire qu'un simple médiateur facilitateur qui les regarde parler.

- *Exactement. Et ça arrive très souvent. Moi j'entends dire, je ne vais pas dire une fois sur deux mais très souvent « m'enfin monsieur le médiateur, vous êtes quand même aussi avocat, vous avez quand même de l'expérience, qu'est-ce que vous en pensez ? » Alors je peux très bien toujours dire « moi je n'en pense rien du tout parce que mon opinion n'a pas d'importance et c'est votre dossier, venez vous-même avec des propositions. » Mais si ce n'est pas ça qu'elles attendent, je ne suis pas efficace dans ce que je fais.*
- *Cette manière de penser et votre attitude en tant que médiateur plus évaluateur que facilitateur, vous vient-elle des États-Unis ?*
- *Attention, je ne suis pas plus évaluateur que facilitateur, disons que j'ose aller plus loin, ça oui, et j'irai plus loin si j'ai le sentiment ou que les parties me donnent l'impression que c'est nécessaire. Mais de nouveau, à la base, je considère que la vraie médiation c'est une médiation purement facilitative. C'est parce que je suis assis dans la chaise du médiateur à séparer les parties que j'espère que le processus va leur permettre de renouer le dialogue, ça c'est la base. Mais je n'hésite pas à aller plus loin si j'estime ou que les parties demandent que ça se fasse.*
- *Et ça, ça ne vous vient pas de votre pratique aux États-Unis ?*
- *C'est à dire que j'ai pas pratiqué vraiment beaucoup aux États-Unis, je suis beaucoup en contact avec des médiateurs américains, parce que je suis le seul belge à être membre de l'International Academy of Mediators où il y a surtout des médiateurs nord-américains. Donc je suis beaucoup en contact avec ces gens, il y a des blogs où il y a des échanges d'expériences qui sont pour moi extrêmement riches. Donc je connais assez bien la pratique à bas qui n'est pas nécessaire toujours la même que chez nous pour une série de raisons. Et c'est vrai que bien souvent, eux, en raison de la manière dont la médiation se pratique là-bas, ils font beaucoup plus d'évaluatif que de facilitatif. Donc oui, je suis aussi influencé par ça, bien entendu.*
- *Connaissez-vous certains de vos collègues qui sont plus axés médiation évaluative plutôt que facilitative ? Est-ce que c'est une sorte de tabou, que de pratiquer la médiation de façon évaluative ? Parce que j'ai parlé à l'une de vos collègues, et j'ai eu l'impression que c'est une espèce de non-dit : on sait que ça se pratique, mais que ça reste un peu limite.*
- *C'est assez curieux, effectivement. Et surtout du côté des médiateurs familiaux, du côté des médiateurs en matière civile et commerciale c'est sans doute différent. Mais du côté des médiateurs familiaux, et pour de bonnes raisons d'ailleurs, je pense, je crois qu'on est quand même essentiellement dans l'idée que la médiation ça doit d'abord être facilitatif, ce n'est pas ce que le médiateur croit être juste qui est la bonne solution, ça doit venir d'abord et avant tout des parties. Je crois qu'en matière familiale, c'est probablement plus important qu'en matière civile et commerciale. Donc si l'opinion à laquelle vous faites référence vient d'un médiateur ou d'une médiatrice familiale, je ne serai pas étonné. Je crois aussi que c'est une opinion assez fort répandue parce que c'est comme ça que la médiation est enseignée. La médiation est d'abord et avant tout enseignée comme de la facilitation et pas comme de l'évaluation.*

Et aussi parce que dans le secteur des médiateurs, il y a beaucoup, en matière famille, des assistants sociaux, des psychologues, etc, qui n'ont pas le bagage et les connaissances

nécessaires pour faire de l'évaluation de ce que serait le résultat devant le juge, ils ne le savent pas tout simplement. Ils ne savent pas, ou ils le savent dans un domaine très restreint. Et donc ceux-là, les assistants sociaux, les psychologues, etc, ils n'ont qu'une activité dans le domaine familial. On ne va pas les voir. Je ne les vois pas et je pense que je ne les verrai pas dans le domaine civil et commercial. Donc, que l'opinion soit « la médiation c'est avant tout, voire exclusivement facilitatif » dans le domaine familial ça ne m'étonne pas. Et de nouveau, je me répète, c'est dans doute une bonne chose, en tout cas en grande partie.

De là à dire que ça doit être un dogme absolu et que tous ceux qui osent commencer à évaluer un petit peu devraient être rayés de la liste des médiateurs, là je vais dire « eh doucement quand même, non hein ». Parce que, d'une manière ou d'une autre, je reste convaincu que tout le monde fait un petit peu de l'évaluation, même sans s'en rendre compte, et certainement en dose beaucoup plus limitée que ce que moi j'ose faire dans ma médiation commerciale, mais n'empêche qu'il y a de ça aussi. Donc oui je pense qu'il y a un peu une crainte parce qu'on a l'impression qu'on est pas pur si on commence à faire de l'évaluation mais je pense aussi que ce n'est pas une bonne idée de se limiter à ça.

- Est-ce que vous pensez que ça serait bien, alors, que lors de la formation de la médiation, de ne pas enseigner que la médiation facilitative mais plutôt la médiation évaluative ?
- L'enseigner euh...
- Ou du moins la former.
- Oui, très franchement, quand moi je fais de la formation, j'en parle. Et je vais dire des choses comme je vous les dis à vous maintenant. Je vais leur dire « écoutez, cette distinction, méfions-nous quand même parce que quelque part, on sera toujours perçus comme aussi un peu évaluateurs ». J'ose dire des choses comme ça mais je continue à penser que l'enseignement de la médiation doit être d'abord et avant tout de la médiation facilitative, ça c'est certain. C'est former les gens à ce respect de l'équilibre, à l'écoute, à l'empathie, etc, ça c'est ce qui fait les médiateurs.
- Et après peut être qu'avec l'expérience...
- Après ça qu'on aille un peu au-delà, ça c'est autre chose.
- N'y-a-t 'il pas des risques, sur les parties, leurs comportements, leur relation, lorsque le médiateur intervient un peu trop ?
- Ça dépendra évidemment d'un cas à l'autre. Je pense que si le médiateur n'y va pas avec énormément de prudence, s'il donne des avis, des évaluations qui sont « noir/blanc », il va se planter, soyons clairs. Si je dis « là de toute façon, vous gagnez, vous perdez », je n'aurai plus la confiance de celui à qui je dis de but-en-blanc « vous allez perdre ». Donc même en évaluation, je serai extrêmement prudent et je laisserai dans toute la mesure du possible des portes ouvertes à la discussion. Donc si je dis « écoutez, là, franchement, vous me demandez si c'est blanc ou si c'est noir, moi j'ai l'impression qu'on est plus proche du noir que du blanc, m'enfin y'a quand même des zones d'ombre, on est dans le gris, maintenant est ce que le gris est clair ou foncé... »

Je laisse des portes ouvertes parce que d'abord et avant tout, la solution doit être le résultat d'une discussion entre les parties et d'une acceptation du comment et du pourquoi de la solution. Et si elles acceptent une solution en disant « je l'accepte parce que c'est le médiateur qui l'a dit et le médiateur il sait tout », je vais nécessairement avoir une partie frustrée qui n'acceptera pas bien la solution et ça ça n'est pas bon non plus, ni pour moi, ni probablement pour elle. Toujours dans la nuance évidemment.

- Si on arrive à une médiation évaluative, où se trouve la limite entre une telle médiation et une conciliation ?
- Tout ça à nouveau, c'est des mots. Vous savez, en italien, les deux existent « *mediazione e conciliazione* » mais au départ, quand tout ça a commencé à se développer dans les années 90, début 2000, ils parlaient surtout de « *conciliazione* ». Quels sont les concepts ? Ils sont rigoureusement identiques à ceux de chez nous. Pourquoi est-ce qu'ils appellent ça médiation et conciliation et nous le contraire, je n'en sais rien du tout.

Dans notre code judiciaire, par contre, là la conciliation existe par les juges, par les experts. Et là, oui, on attend de ces conciliateurs-là, les juges et les experts, à ce qu'ils osent donner un avis, après tout un expert, on le lui demande de donner un avis. Et ça on appelle la médiation. Est-ce que le rôle du médiateur va aussi loin ? A priori non. Et à la base, dans la pureté des concepts, la réponse est clairement non. A partir de quand est-ce qu'il devient plus conciliateur que médiateur ? À partir du moment où il donne des avis qui risquent d'être un peu tranchés. Mais à nouveau, où est la limite ? Et est-ce que c'est le mot qui compte, est-ce que c'est le mot qui importe ? Absolument pas pour moi. C'est l'attitude, et l'attitude doit être d'abord et avant tout guidée par ce dont les parties ont besoin. Et ce n'est pas moi qui vais décider si je peux faire de l'évaluatif ou pas. Je participerai évidemment à cette décision, mais ça sera surtout guidé par l'impression, au minimum, que j'ai du besoin que les parties expriment.

- Et si vous arrivez à une solution à travers une médiation plus évaluative que facilitative, ne craignez-vous pas que les parties aient plus de mal à mettre en œuvre cette solution parce qu'au final cette solution ne vient qu'à moitié d'elles ? Pensez-vous que ça peut avoir une influence sur la mise en œuvre de la solution ?
- Ça se pourrait mais ça implique que j'ai donné un avis qui ne plait vraiment pas à une des parties, ou qu'elle dise du bout des lèvres « bon allé d'accord, y'a pas moyen de faire autrement, et l'alternative c'est la justice et ça c'est encore pire, donc je vais quand même l'accepter », c'est un peu ça l'image, le concept, c'est accepter du bout des lèvres mais pas accepter vraiment, et quand il s'agit de le faire on ne le fait pas et hop on se retrouve de nouveau dans un nœud. Oui, ce risque existe peut-être. Mais je pense aussi que ça dépend du savoir-faire, pour ne pas dire du talent du médiateur, que de faire accepter les idées qui émergent de cette discussion. Si je suis amené à donner non pas un avis mais quelque chose qui y ressemble et que je donne l'impression de dire un peu ce que je pense et que je pousse un peu dans une direction plutôt que d'une autre, si je n'ai pas l'acceptation des parties derrière moi quant au processus quand je le fais, et aussi quant aux options qui en découlent, là je commencerai à prendre un risque d'échec. D'échec soit de la médiation soit de l'exécution de la solution quand il s'agira de l'exécuter.

- Pour en revenir aux États-Unis, par rapport aux pratiques américaines, qu'aurions-nous à apprendre ? La médiation est une pratique qui nous vient de là, mais y-a-t-il des aspects sur lesquels nous avons « dépassé » la pratique américaine ou, au contraire, nous sommes à la traine de votre point de vue ?
- *Méfiez-vous de dire que tout vient des États-Unis. Je pense que la médiation c'est aussi vieux que le monde, dès qu'il y a deux personnes qui se disputent et qu'une troisième vient s'en mêler, en général il commence par être un peu médiateur et si il faut il tranche et il s'appelle un juge. Mais c'est vrai que le renouveau dans le contentieux devant les tribunaux, le renouveau de la médiation, le développement de la médiation, c'est vrai que ces dernières trente-quarante années, c'est vrai que ça vient des États-Unis et qu'il y a une beaucoup plus grande expérience et une beaucoup plus grande pratique que chez nous. Alors est-ce qu'il y a des choses à apprendre, eh bien oui. Aux États-Unis aussi la médiation a commencé par être enseignée comme étant purement facilitative.*

La pratique, maintenant, à commencer par la Californie qui est un des états où ça s'est vraiment fort développé, la pratique est de plus en plus évaluative et surtout, quelque chose qui me plaît beaucoup moins, une médiation où les parties ne se rencontrent plus, ou le moins possible. Chez nous, la norme reste quand même « on met les parties ensemble avec le médiateur dans la même pièce et le cas échéant, à un moment donné, on fera des caucus si il faut. » Aux États-Unis, il y a des médiateurs qui disent « je ne fais plus jamais de session commune, je fais de la « shuttle diplomacy », en passant de l'un à l'autre ». Je ne trouve pas ça bien. Je ne trouve pas ça bien mais je l'explique parce que c'est devenu la médiation aux États-Unis. Il faut savoir qu'aux États-Unis, une bonne grosse partie des dossiers de médiation sont des questions de sous. Le « plaintiff », le demandeur, veut des sous, des dommages et intérêts où « the sky is the limit », et le défendeur dit « moi je ne dois rien du tout, et tout au plus on va quand même essayer de réduire la facture ». Et c'est ce qu'ils appellent de plus en plus des « settlement conferences » et plus de la médiation.

Et il y a d'ailleurs certains états américains qui ont des règlements différents pour les « settlement conferences » et pour la médiation. Quand je sais qu'il y a des médiateurs qui ont des milliers de médiations à leur actif aux États-Unis, ils appellent ça médiation mais en réalité la toute grosse partie de ceux-là, c'est des « settlement conferences », qui sont, dans beaucoup d'états encore, sous la même réglementation que la médiation. Et là, quand il s'agit purement de sous « Bon allez, pour combien t'es prêt à laisser tomber, t'es prêt à payer combien, etc » je comprends beaucoup plus. Parce que ça se fait chez nous aussi, ce genre de discussion, je comprends beaucoup plus que les vas-et-viens entre les salles de caucus soient nécessaires. Mais ça c'est une évolution de la médiation parce que les dossiers sont ce qu'ils sont, c'est une évolution que je n'approuve pas, parce que là je trouve qu'on s'éloigne vraiment de la pure médiation où il s'agit de restaurer la confiance, de rétablir les relations entre les parties dans la mesure du possible etc. Mais quand il s'agit d'un accident de bagnole, deux personnes qui ne se rencontreront plus jamais, un demandeur et un représentant d'une compagnie d'assurance, rétablir les relations ça n'a pas de sens, ce n'est pas de ça qu'on parle.

- Et est ce qu'il y a des points plus positifs de leur pratique desquels on pourrait s'inspirer ?

- *Leurs pratiques des caucus, notamment, assez bizarrement. Pas que des caucus, mais c'est quelque chose que des médiateurs, et de nouveau, en particulier dans le domaine familial, il y a des médiateurs qui disent, « le caucus, c'est exclu pour moi ». Là, ça, franchement, je trouve que c'est se limiter dans un mode opératoire qui n'est pas nécessairement dans tous les cas le meilleur. Je suis certainement de ceux qui pensent qu'il y a beaucoup plus de bonnes raisons pour ne pas faire de caucus en matière familiale, mais de là à dire que dogmatiquement, je l'exclus... Si je faisais de la médiation familiale, je ne l'exclurais pas. Et il y a des questions qui se posent, même en médiation familiale, où le fait de tenir des caucus, c'est particulièrement injustifié.*
- C'est vrai que parfois il vaut mieux ne pas tout dire devant tout le monde.
- *Bah oui.*
- Mais d'un autre côté ça risque de rompre encore plus la confiance entre les parties, encore plus qu'elle ne l'est déjà, peut-être ?
- *De faire un caucus ?*
- Oui, en matière familiale.
- *Oui, mais imaginez, je ne sais pas moi, je suis médiateur en matière familiale et je fais un caucus avec un monsieur qui dit « vous savez, j'ai une maitresse mais il ne faut pas que ma femme le sache », je suis chargé d'un lourd secret. Et si un, jour la femme l'apprend et dit « Monsieur le médiateur vous le saviez et vous ne m'avez rien dit, vous êtes un menteur, vous êtes un traître », là je n'ai pas bonne mine. Et c'est la raison pour laquelle en matière de médiation familiale, les gens essaient de l'éviter. Et ça je trouve une excellente raison, effectivement. Mais à partir du moment où il s'agit de patrimoine, de qui prend quoi, et comment est-ce qu'on va partager, et quel est le montant de la soulte qu'il faut payer, de la valeur de la baraque qui va chez madame et pas chez monsieur, des machins comme ça, là je vois pas très bien pourquoi on utiliserait pas les techniques du caucus si ça peut aider.*
- Et on ne les utilise pas du tout ou bien c'est seulement certains médiateurs qui refusent ?
- *Je crois qu'il y a des médiateurs qui refusent dogmatiquement. Mais pourquoi se priver d'un outil si on a la chance de pouvoir l'utiliser.*
- Sauriez-vous expliquer le choix du législateur de ne consacrer la neutralité comme une obligation légale qu'en 2018 alors que celle de l'impartialité, elle, l'était déjà depuis 2005 ?
- *A mon avis tout bêtement parce qu'il l'a oublié. Vous savez, je suis un de ceux qui a rédigé l'avant-projet de loi en 2000. On était plusieurs avocats, on s'est dit que ça serait quand même bien d'avoir une loi sur la médiation mais cette loi doit être vraiment limitée, on ne veut pas de réglementation à l'excès en matière de médiation. Et ce projet de loi qu'on a rédigé en 2000, il est resté dans les cartons des députés et des ministres de la justice successifs jusqu'en 2004, 2005 quand Laurette Onkelinx, qui était ministre de la justice à ce moment-là, a été convaincue qu'il fallait une loi sur la médiation, et elle a repris notre projet de loi d'il y a quelques années*

qu'elle a mis au parlement. Donc je sais ce que dit ce projet de loi et c'est vrai que le concept de neutralité, je pense effectivement qu'on y a pas pensé tout simplement. Et en 2018, avec la nouvelle loi, il y a beaucoup plus d'expérience qui était venue, beaucoup plus d'écrits, etc, et on s'est dit qu'au fond, oui, la neutralité, c'est quelque chose qui est important.

Et si mes souvenirs sont bons, mais ça remonte à il y a vingt ans aussi, mais si mes souvenirs sont bons, je crois même qu'entre rédacteurs de cet avant-projet, on s'était posé la question si ce concept-là était important. Et on s'est dit, mais non, ce qui compte c'est l'impartialité, il ne faut pas prendre parti. De là à dire qu'on est neutre... Est ce qu'on est jamais neutre d'ailleurs dans ce qu'on fait, dans son attitude, dans ce qu'on pense... Donc cette neutralité est ce que ce n'est pas un concept qui va nous embêter plus qu'autre chose, honnêtement ?

- *Donc déjà à l'époque vous pensiez déjà un peu comme maintenant que la neutralité n'était pas si importante ?*
- *Je n'irai pas jusque-là. Mais je pense qu'on a sans doute pas mesuré l'importance de l'image de neutralité. Parce que dire que je suis neutre dans les médiations, j'espère l'être mais est ce que je le suis véritablement toujours, est ce que je serai surtout perçu comme l'étant toujours ? Ce n'est pas évident hein.*
- *C'est aux yeux des parties au final que c'est le plus important.*
- *Oui c'est ce que les parties pensent. Est-ce que je le suis, la réponse est probablement « non, pas toujours ». Est ce qu'il est important que les parties aient l'impression que je le sois. Là, oui.*
- *Et alors, ma dernière question, qui de base était un peu saugrenue mais puis vous avez fait partie du projet de la loi sur la médiation, ne l'est plus tellement : si vous aviez une baguette magique aujourd'hui et que vous aviez l'occasion de changer la loi sur la médiation, que feriez-vous ?*
- *Ça c'est un peu la bouteille à encre. J'ai déjà réfléchi à deux trois trucs mais j'avoue que je n'ai plus de liste précise en tête. Pour moi il n'y a pas grand-chose à changer. De nouveau, surtout, je ne veux pas de surréglementation. Non, je vais faire un pas en arrière ; en 2000, quand on a rédigé la loi, ou en 2005, ce qu'est devenu la loi, on avait pas du tout prévu une commission fédérale de médiation. Et à l'époque, quand l'idée est venue du cabinet de la ministre Onkelinx, elle est venue en disant, écoutez si on va donner un quasi-automatisme aux titres exécutoires à l'accord issu de la médiation, on veut quand même s'assurer que ces médiations soient des médiations sérieuses et que les choses aient été faites convenablement. Et comme je juge ne peut exercer qu'un contrôle extrêmement marginal sur le respect de l'ordre public, on s'est dit du côté du ministère qu'il faudrait quand même avoir un certain nombre de garanties d'où l'idée de la commission fédérale, de l'agrément des médiateurs etc.*

Est-ce que je considère que c'est indispensable ? Non. Et pendant des années, j'ai même été contre au point que je n'ai pas demandé mon agrément pendant dix ans après la loi de 2005. Je continuais à pratiquer la médiation en matière civile et commerciale lorsque j'étais désigné par quelqu'un d'autre que les parties. Donc je n'avais pas besoin de cet agrément. Et en matière civile et commerciale, en général, les parties ne demandent même pas une homologation de

l'accord puisque l'accord est soit exécuté tout de suite, soit les relations sont renouées et les parties sont reparties pour travailler ensemble, donc j'en ai pas eu besoin. Là où j'ai finalement arrêté de jouer au vilain de petit canard et j'ai quand même demandé mon agrément, c'est quand des juges me téléphonaient en me disant qu'ils voudraient bien me désigner en tant que médiateur et que je devais leur dire qu'ils ne pouvaient pas me désigner car je n'étais pas agréé. « Comment vous n'êtes pas agréé ? »... Alors bon, d'accord. Rater des dossiers ça ça m'embêtait plus donc j'ai quand même demandé mon agrément.

Donc est ce que je considère que c'est indispensable ? Non. Il y a des pays où il n'y a pas de système d'agrément. Aux Pays Bas il n'y a pas de système d'agrément. Et les Pays Bas fonctionnent très bien aussi, ils ont aussi une pratique tout à fait développée en matière de médiation. Est ce que c'est indispensable ? Non, je ne pense pas. Maintenant, est ce que je pense que c'est une bonne chose ? Oui, peut-être, probablement, parce que ça met quand même un minimum d'ordre dans le secteur mais ce que je crains, et ce que je vois se produire, c'est qu'au travers de cette commission fédérale, et au travers des règlements qu'elle sort, on réglemente de plus en plus. On réglemente ce qu'il faut faire pour se former, et on en arrive peut être même à réglementer le type de médiation qu'on peut faire, et là je suis contre. Il y a des médiateurs, en particulier ceux qui sont issus des domaines de l'assistanat social et des psychologues, qui trouvent qu'il faut être beaucoup plus réglementé en matière de médiation et qui réglementeraient bien volontiers la médiation évaluative en disant que la médiation ne peut pas être évaluative, vous êtes des vils conciliateurs, vous n'avez pas à faire partie de notre cénacle des médiateurs purs. Là je dis « attendez attendez, doucement dans les tournants. » Nous on doit d'abord et avant tout être des gens qui aident les parties à résoudre les problèmes qu'ils ont. Et la méthode elle doit être pratiquée par des gens qui ont une grande probité, qui comprennent la neutralité, qui comprennent l'indépendance, qui sont capable de maintenir l'équilibre là où il faut. Mais de là à dire qu'il n'y a qu'un seul modèle qui est le bon et que les autres il faut les foutre à la poubelle, là je suis pas du tout d'accord. Et ma crainte c'est qu'on évolue vers ça.

- Donc vous ne seriez pas pour rajouter quelque chose à la loi de peut de trop réglementer la matière.
- Absolument.
- C'était ma dernière question, merci beaucoup pour votre temps.

Addendum par mail : « Une chose que la pratique aux USA nous apprend aussi et qui manque trop souvent chez nous : « Fit the process to the purpose and not the problem to the process ». La médiation n'est qu'un moyen d'aider les parties à trouver une solution qui leur échappe. Le mode d'intervention du tiers neutre n'est pas ce qui importe et ne doit surtout pas être son choix. Il doit correspondre à ce dont les parties ont besoin. »

4. Interview de Martine Becker, faite le 11 mai 2020

- Bonjour, comme je vous l'ai expliqué par mail, je suis étudiante en dernière année de droit et j'écris mon mémoire sur la neutralité du médiateur. Je vous sais experte en la matière, je vous ai entendu parler de ce sujet au colloque *la médiation autrement* l'an passé, raison pour laquelle je vous ai contactée. Tout d'abord, un grand merci de votre temps.

Ensuite, je voulais vous rappeler, si vous n'y voyez par d'inconvénients, que j'enregistre cet échange, simplement pour faciliter ma prise de notes, sachant que je supprimerai l'enregistrement après l'avoir retranscrit et que je vous enverrai la retranscription afin que vous puissiez vérifier si l'interview vous convient avant de l'insérer dans mon mémoire en tant que tel.

Vous êtes médiatrice agréée en matières civiles, commerciales et sociales, ainsi que formatrice en la matière et en négociation.

Êtes-vous également médiatrice en matière familiale ?

- *Oui, je suis également médiatrice en matière familiale.*
- Et dans quel type de médiation avez-vous le plus l'habitude d'exercer ?
- *En commerciale et sociale.*
- Pour aller droit dans le sujet de mon mémoire qui est la neutralité du médiateur, sauriez-vous me dire quelle est la différence concrète entre la neutralité et l'impartialité du médiateur ? J'ai remarqué que dans quelques articles de doctrine¹⁹⁴, les auteurs confondaient presque les deux notions comme si elles étaient interchangeables, le sont-elles ?
- *Elles ne sont pas du tout interchangeables. Il y a beaucoup de doctrines qui confondent ça et j'ai même déjà entendu des formateurs en médiation les confondre allègrement... Alors qu'elles sont très faciles à distinguer. La neutralité, c'est le fait que le médiateur s'empêche de tout rôle actif au niveau du contenu de la solution. Donc au niveau du contenu de la solution, donc, en d'autres termes, le fond de la décision qui va être prise, il ne fait rien ; il ne donne pas d'idée, il ne donne pas son avis, il ne donne pas la solution, rien du tout. Alors que l'impartialité, c'est le fait de ne pas donner plus de poids, de ne pas se montrer en faveur d'une partie plus que de l'autre. D'une certaine manière, la partialité c'est le fait de se sentir attiré plus par une partie que de l'autre. De se dire qu'une a raison, qu'elle est sympathique, et de mener son processus d'une manière différente qui ne donne pas le même poids à chaque partie, le même équilibre à chaque partie. Pour vous donner un exemple, un juge n'est pas neutre, puisqu'il va donner la solution, mais un juge doit être impartial. Il ne doit pas donner plus de poids à une partie qu'à l'autre lorsqu'il décide. Il ne doit pas se laisser guider par ses préférences.*
- Comment se fait-il alors qu'il y ait encore des auteurs et des formateurs qui confondent encore les deux notions ?

¹⁹⁴ (tel que l'article « *ni avocat, ni notaire mais médiateur familial : la pratique de la médiation familiale dans les centres de planning familial* » paru aux éditions Kluwer en 2005, rédigé par CHANTAL LE BRUN et EVELINE VINK)

- *Ah, ça, je ne sais pas pourquoi. Il y en a qui vous diront que l'impartialité ça n'existe pas, qui parlent de partialité multidirectionnelle, ou de multi-partialité, en disant qu'en tant qu'être humain, on ne peut pas être tout à fait impartial, on a toujours tendance à pencher plus d'un côté que de l'autre. Ce n'est pas tout à fait vrai, mais ça pourrait l'être. Donc pour moi, qu'on dise impartialité, partialité multidirectionnelle ou multi-partialité, c'est la même chose et tout ça est équivalent. Mais la grosse différence est au niveau du contenu de la solution. Donc jamais je ne vais dire à des parties « bah pour trouver la solution, faites comme ça, pour régler votre problème ». Là je peux rester impartiale parce que je ne donne pas plus de poids intentionnellement à l'un qu'à l'autre, mais je ne suis pas neutre.*

Je précise que la neutralité ne veut pas dire qu'on ne doit rien faire du tout, parce qu'alors on est un ectoplasme, on regarde les parties s'étriper et puis son ne fait rien et ça n'est pas ça. J'ai du pouvoir sur la manière dont on va travailler, sur la manière dont on va négocier. Mais ce qu'on va décider au final, ça moi je ne peux rien dire, même si je me dis « m'enfin, pourquoi ne font-ils pas comme ça, c'est assez clair que ça pourrait bien marcher », ça je ne le dis pas.

- *En pratique, quelles sont les limites sur lesquelles les professionnels peuvent jouer en termes de neutralité pour faire avancer le dialogue entre deux parties si jamais il y a un blocage dans la communication ?*
- *Ça c'est évidemment tout le secret et le savoir-faire du médiateur. Les gens qui négocient en général négocient « sur position », une position c'est une demande de départ : « je veux ça ». Et évidemment chacun veut quelque chose de différent et on va se battre becs et ongles pour avoir quelque chose. Mais ce qu'on veut, c'est en quelque sorte la solution que l'on voit au problème. Donc on a tel problème, imaginons qu'on se dispute entre voisins sur la hauteur d'une haie. Moi je veux être tranquille chez moi je ne veux pas qu'on me voie donc je vais dire « je veux 1m90 de haie », parce que la seule solution que j'aie pour que mon voisin ne puisse pas voir chez moi, c'est de mettre une haie d'1m90. Et l'autre, il n'aime pas tailler si haut parce qu'il est petit, donc il ne veut pas avoir une haie de plus d'1m60. Et chacun se dit que la seule façon de résoudre le problème, c'est par la solution respective imaginée par chaque partie. Et en fait, tout le secret de la médiation consiste à aller voir, au fond, qu'est ce qu'il y a à régler dans ce problème. Il y a la hauteur de la haie mais il y a peut-être autre chose. Il y a peut-être l'épaisseur de la haie ou un autre petit conflit qui a amené celui-là, etc. Et donc on essaie de complexifier la chose et de trouver des sujets multiples dont il faut parler. Et on essaye surtout de trouver ce qui est important pour chacun. Parce que le voisin qui veut la haie de 1m90 il ne dit pas que c'est parce qu'il veut être tranquille chez lui, et celui qui veut la haie à 1m60 il ne dit pas que c'est parce qu'il est trop petit pour tailler plus haut. Ils ne vont pas dire ce genre de choses. Donc tout le secret de la médiation c'est de venir trouver pourquoi les parties veulent ce qu'elles veulent. Si elles le savaient, peut-être qu'elles essaieraient de trouver d'autres solutions. Après avoir compris ce qu'il faut vraiment régler et ce qui est vraiment important, on essaie de réfléchir à toute une série d'idées, sans encore décider. « Mais que pourrait-on bien faire » Et donc c'est ça qui nous permet d'avancer. Non pas de négocier tout le temps autour du même truc et de la même position mais d'essayer d'élargir, en trouvant les sujets, en les aidant à voir le problème*

sous une autre lorgnette, par un jeu de questions etc. Donc c'est comme ça qu'on s'en sort sans donner la solution.

- Proposer des pistes de solution, c'est violer son obligation de neutralité ?
- *Oui. Maintenant, certains vous diront que, et je ne l'ai jamais fait, pour vous dire, c'est que si vraiment les gens sont à court d'idées, ce qu'on peut faire c'est ne pas donner une idée mais en donner plusieurs. Parce que donner une idée, non seulement vous violez votre neutralité, mais vous risquez de transgresser votre impartialité aussi. Parce que si vous donnez sans le vouloir, une idée qui va plus d'un côté que de l'autre, que l'un aime et que l'autre n'aime pas, vous allez favoriser, donner en tout cas l'impression, même si c'est pas le cas, d'être plus en faveur de l'un que de l'autre, c'est en tout cas comme ça que l'autre va le vivre. D'où le danger même de donner des idées.*
- Vous considérez-vous donc comme une médiatrice purement facilitative ou pratiquez-vous de temps en temps une médiation un peu plus évaluative ?
- *Non, facilitative pure.*
- Observez-vous une différence en termes d'interventionnisme des médiateurs selon les domaines dans lesquels ils exercent ? Est-ce qu'un médiateur est plus actif en droit commercial ou en droit familial par exemple ?
- *Alors c'est une bonne question. Je vais axer ma réponse de deux manières. C'est évidemment très tentant, lorsqu'on est spécialiste dans la matière qu'on est en train de médier, de sortir de sa neutralité. Parce qu'on « connaît la solution ». On a le savoir qui permet de donner une solution. Par exemple, le juriste, au niveau droit, aura évidemment beaucoup de mal à se détacher de ce qu'il a appris pour laisser les parties choisir ce qui leur convient. Un juriste va se dire « la loi dit ça, faisons ça ». Un architecte qui va médier dans un conflit qui porte sur la construction d'une maison, ça va être tentant de donner des solutions pratiques au problème qui se pose. Donc ça peut être très difficile, quand on connaît la matière dans laquelle on va médier. Ça présente un avantage c'est qu'on comprend très vite de quoi il s'agit. Mais ça présente un désavantage qui est qu'on peut plus vite se laisser tenter à ne plus être neutre. C'est un peu le danger qui guette quelqu'un.*

Maintenant, en matière familiale, comme il n'y a pas souvent les avocats qui participent à ce genre de médiation, et qu'il y a, d'autre part, une série de questions à travers lesquelles on doit nécessairement passer. Si deux personnes divorcent, il y a tout une série de questions qui doivent nécessairement être réglées, par rapport à eux et par rapport aux enfants. Le divorce par consentement mutuel va faire l'objet d'une convention qui va devoir être validée par un juge et le juge va valider la convention que si toutes les mentions qui sont nécessaires sont dedans. Donc ça veut dire que lorsque les parties n'ont pas d'avocat et qu'elles ne sont pas juristes, le médiateur va juste expliquer peut-être comment on divorce, c'est une information qu'il donne. Mais donc ça n'est pas un conseil ni une solution, c'est une information. Du genre, « vous savez, si vous divorcez, vous allez devoir faire une convention et passer devant un juge. S'il y a un immeuble, vous allez devoir passer devant un notaire ». C'est donc de l'information, et en disant

ça, il ne donne pas raison plus à une partie qu'à une autre. Il ne tranche pas, il dit simplement ce qui est. Dans ce cas là il ne sort pas de sa neutralité. Et il peut aller jusqu'à dire « et le point que vous devez régler dans cette convention c'est vos domiciles respectifs, l'hébergement des enfants, les contributions pour les enfants,... » il va donner la liste des choses à faire, mais sans dire de quelle manière il faut les faire. Donc par exemple, il va dire qu'il faut que les parties règlent l'hébergement de leurs enfants, mais il ne va pas leur dire de faire un hébergement égalitaire car à leur âge, c'est mieux. Il reste dans les rails de ce qu'il y a à régler et en faisant ça, il ne sort pas de sa neutralité car il donne de la pure information, sans donner de conseil.

- Dans votre carrière, vous êtes-vous déjà sentie frustrée par cette obligation de neutralité et/ou d'impartialité ? Vous êtes-vous déjà sentie bridée car vous saviez qu'un petit coup de pouce de votre part aurait pu faire avancer le processus de la médiation ?
- Alors concernant la question de l'impartialité, elle me taraudait beaucoup. Quand j'ai commencé la médiation je me demandais comment j'allais faire. J'étais avocate avant, et j'ai fait un an de magistrature donc c'était difficile. Mais en fait c'était beaucoup plus facile que ce que je ne le pensais. Parce que, à de rares exceptions près, ce qu'on voit devant nous ce sont des personnes qui ont tous les deux des problèmes et des difficultés, chacun à leur manière. Et on finit par trouver en chacun quelque chose de, je ne veux pas dire d'attachant ou sympathique mais c'est pas loin. Ils ont toujours quelque chose qui les rend sympathique. Et on s'oblige même à chercher ce genre de choses. Donc l'impartialité ne m'a pas posé tant de difficulté.

Et finalement la neutralité non plus. Parce que les problèmes sont souvent tellement compliqués que je suis complètement, au fur et à mesure des années, détachée du fond. Et ma chance c'est que je ne fais que de la médiation, je ne suis plus avocate. Je suis avocate honoraire donc je ne fais plus du tout de mission d'avocat, je fais plus du tout de droit, ce qui me détache de la solution. Même si dans certains cas je me dis qu'avec de la bonne volonté, ces gens pourraient trouver une solution et ça serait vraiment fantastique. Mais je n'ai pas la solution pour eux.

- Êtes-vous complètement contre l'idée de la médiation évaluative ?
- Non, je pense que ce qu'il faut, c'est être honnête avec les gens et leur donner ce qu'ils attendent, et ne pas les forcer à aller vers quelque chose qu'ils ne veulent pas. Je pense qu'il y a des gens pour qui, probablement, la médiation évaluative est peut-être mieux. Parce qu'ils ont envie de ça, ils ont besoin de ça. Un peu comme en psychologie, quand vous entamez un processus psy, il y a plusieurs écoles. Vous avez la psychologie systémique, la psychanalyse, la thérapie brève,... C'est un peu comme si vous alliez chez un médecin, vous avez de l'homéopathie, qui sont des traitements plus doux, aux plantes, ou bien des antibiotiques. A chacun de choisir ce qui lui convient. La psychanalyse, par exemple, c'est lorsqu'il y a un problème, on va retourner dans vos relation avec votre père, et votre mère, mais on va rester centré sur votre individu. Alors qu'en psychologie systémique, on va s'intéresser à vous dans votre contexte de vie et dans les liens que vous avez avec les autres en se disant qu'un individu n'est pas seul, il est entouré de gens et c'est important. Vous allez faire un travail différent selon que vous allez dans une école ou dans une autre. Et à certaines personnes, la psychanalyse va mieux convenir, et à d'autres la systémique. Certains vont être prêts à faire vingt séances,

d'autres vont dire qu'en cinq séances ça doit être bouclé. En médiation c'est un peu la même chose. Si les parties veulent un médiateur un peu plus directif, c'est leur choix. La seule chose, c'est qu'il faut être honnête sur ce qu'on fait et qu'il ne faut pas qu'un médiateur évaluatif se fasse passer pour un médiateur facilitatif. Si il dit « la solution va venir de vous » alors que ce n'est pas vrai, et qu'à un moment, il va se permettre de proposer des idées, cela ne va pas. Il doit être très clair avec les gens.

- Et est-ce que l'inverse est possible ? Vous dites qu'il ne faut pas qu'un médiateur évaluatif se fasse passer pour un médiateur facilitatif, est ce que l'inverse est possible ? Si vous voyez que des parties ont besoin, comme vous disiez, d'un médiateur qui leur suggère des solutions, est ce qu'à ce moment-là vous allez reléguer à un collègue ou est-ce que vous allez changer votre processus ?
- *Non, je ne changerai pas d'approche. Et je ne vais pas non plus forcément non plus les envoyer chez un collègue, je vais leur dire qu'il leur manque quelque chose. Il leur manque un conseil, des idées, etc. Et on va voir ce qu'on peut faire. Soit ils seront accompagnés d'avocats qui vont venir avec leurs idées, soit on pourrait faire venir un expert qui va nous éclairer et nous donner, dans le domaine qui nous importe, des idées. On va donc prendre de l'information là où on peut la trouver. Je vais trouver ces moyens-là. Et si ça ne leur convient pas, il faudra se rendre à l'évidence que je ne suis pas la bonne personne mais ça ne m'est jamais arrivé.*
- J'ai maintenant deux dernières questions par rapport à la loi sur la médiation. Premièrement, sauriez-vous expliquer le choix du législateur de ne consacrer l'obligation de neutralité pour le médiateur qu'en 2018 alors que celle d'impartialité, elle, est bien légale depuis 2005 ? Est-ce que cela pourrait signifier que l'impartialité est plus « importante » que celle de neutralité ou est-ce que c'est un simple oubli ?
- *Je crois que c'est un oubli. Vous savez, la loi de 2005 a quand même le mérite d'exister et d'avoir été prise à cette époque-là, à un moment où il n'y avait encore rien. C'est fantastique parce que ça a donné de la légitimité à la médiation. Mais peut être que l'on n'a pas pensé à tout. La première chose à laquelle on n'a pas pensé avec cette loi de 2005, avant même l'histoire de la neutralité, c'est qu'on n'a tout simplement pas défini la médiation. Si vous prenez la loi de 2005, il n'y a pas de définition de la médiation. En d'autres termes, la loi de 2005 a introduit une septième partie au Code judiciaire, et il n'est nul part expliqué ce qu'est la médiation, c'est quand même fantastique. Donc c'était nul-part, mais tout le monde était d'accord pour dire qu'un médiateur devait être neutre. Et quand on regarde la littérature qui nous vient du Canada, on parlait bien de la neutralité du médiateur etc. Puis on s'est dit « mais... c'est pas dans la loi », c'était dans toutes les définitions doctrinales hein, ça oui, mais c'était pas dans la loi. Et puis on a regardé dans le code de bonne conduite de la commission fédérale de la médiation, ça n'était pas dedans non plus. Et donc on s'est tous regardés en se disant « mais on est fou ou bien quoi ? ». Et je pense donc que c'est un oubli. Ça n'est pas qu'on s'est dit que l'impartialité et l'indépendance étaient plus importantes que la neutralité, ça je ne pense pas. Je pense vraiment que c'était un oubli. Puisque même la définition de la médiation a été oubliée alors... Je ne pense pas que ça soit une question de gradation.*

- Ma dernière question est un petit saugrenue : si vous aviez une baguette magique et qu'avec celle-ci vous pouviez changer la loi aujourd'hui, le feriez-vous ? Pour ajouter des choses ou en retirer, à votre guise.
- *Je pense que la commission fédérale de médiation, j'en ferai autre chose.*
- C'est à dire ?
- *Sur le fond, la médiation je crois que je ne changerai rien. Je pense que la loi, surtout avec les modifications de 2018, c'est pas mal franchement, ça valait la peine. Mais au niveau de la commission fédérale de la médiation là par contre... Elle devait être transformée, il y avait des voix qui s'étaient faites entendre pour dire que cette commission était un peu trop noyautée par les juristes. Donc si vous regardez la composition de la commission fédérale de médiation sous l'empire de la loi de 2005, que ça soit la commission générale ou les sous-commissions, vous avez deux tiers de juristes et un tiers de non-juristes. Appelons un chat un chat, il y a un tiers d'avocats, un tiers de notaires et un tiers qui n'est ni avocats ni notaires. Alors qu'en réalité, quand vous regardez les professions qui exercent la fonction de médiateur, la proportion n'est pas respectée. Beaucoup de voix s'étaient insurgées contre ça, et en modifiant la loi ils ont fait encore pire. Puisque maintenant, il y a un cinquième avocat, un cinquième notaire, un cinquième magistrat, un cinquième juriste et un cinquième des autres. Donc je trouve que ce qu'ils ont fait en réformant la commission fédérale de médiation c'est qu'ils ont fait une usine à gaz. Il y a beaucoup trop de gens, beaucoup trop de juristes, et je suis juriste moi-même hein. Mais je trouve qu'il y aurait une certaine richesse à faire un peu autrement. Je trouve qu'elle n'a pas assez de mission au niveau déontologique qui aide le médiateur, pas au niveau déontologique qui sanctionne le médiateur. Et je trouve qu'ils lui ont donné un pouvoir au niveau des formations qu'il aurait peut-être fallu un peu plus canaliser.*

L'autre regret que j'ai, c'est que l'ancienne loi, même si elle n'était pas claire sur la question, mettait bien les frontières entre les différents types de médiation en liant les agréments à ça. Et maintenant, on a l'impression qu'elle a supprimé cela, ce qui voudrait dire que n'importe quel médiateur agréé pourrait faire n'importe quel type de médiation. Et ça c'est une grosse erreur évidemment. On ne fait pas une médiation familiale comme on ferait une médiation commerciale, ce n'est pas la même chose. Et dire à un médiateur commercial, vous pouvez faire du familial, et inversement, ça n'a pas de sens.

- Mais il y a pourtant des formations différentes quand même ?
- *Oui, il y a des formations différentes.*
- Mais c'est un agrément général ?
- *En fait, avant, sous l'empire de la loi de 2005, vous aviez trois agréments différents : civil-commercial, social et familial, auxquels correspondait un agrément. Maintenant, vous avez l'obligation de suivre une formation de base qui est commune à tout le monde, plus une spécialisation, mais une fois que vous avez fait ça, vous recevez le titre de médiateur agréé, point. Donc il n'y a plus de spécialisation, de médiateur agréé en matière sociale comme vous*

aviez avant, ça c'est fini. Vous pouvez mentionner votre spécialisation si ça vous chante mais vous êtes agréé et puis voilà. Et ça je sais pas à quoi on a voulu arriver en faisant ça , mais si c'est enlever les spécialisations et permettre à tout le monde de faire tout, ce qui n'est peut-être pas le cas mais c'est comme ça que je lis la nouvelle loi, ça pour moi c'est une grosse erreur. Par contre, la loi de 2018 a apporté plein de choses fantastiques, notamment la possibilité pour les pouvoirs publics de participer à une médiation, le pouvoir pour le juge, même si ça va être difficile, d'ordonner une médiation.

- Vous trouvez qu'ordonner une médiation est un bon point ? J'ai l'impression que c'est un peu difficile à mettre en place parce qu'au final, ça reste un processus qui doit être volontaire de base donc si c'est le juge qui l'ordonne...
- Alors attention, car la loi ne dit pas exactement ça. La loi dit que le juge peut ordonner une médiation sauf si tout le monde s'y oppose. Donc si toutes les parties au procès disent qu'elles ne veulent pas aller en médiation, il ne peut pas l'ordonner. Par contre il peut l'ordonner si une des parties est d'accord et pas l'autre, mais uniquement à certains moments de la procédure et moyennant le fait d'avoir convoqué les parties en personne et de leur avoir expliqué ce qu'est la médiation. C'est à dire que le juge ne va pas tout d'un coup au milieu d'un dossier dire « allez les gars, essayez la médiation maintenant ». Il y a plusieurs moments auxquels il peut faire ça, et ce sont des moments assez clé et assez bien choisis. Et si personne ne veut aller en médiation, il ne pourra pas le faire.

Il faut quand même faire confiance aux magistrats. Certains, et il y en a beaucoup, ne vont pas utiliser ça comme un déni de justice pour échapper à leur obligation de trancher. Bon, il y en aura toujours des comme ça, c'est comme partout, mais la plupart d'entre eux, la majorité des magistrats, vont le faire dans des cas où ils devront examiner le dossier à un moment clé de la procédure, c'est à dire, notamment, au moment où ils auront, un, la citation du demandeur et deux, les premières conclusions du défendeur, car c'est à ce moment-là qu'ils pourront regarder un petit peu ce qu'il se passe vraiment, et se dire « oula, là on a vraiment un problème, soit c'est ailleurs que dans le droit et ça me fait de la peine que les gens aillent s'expliquer devant un médiateur, soit on est dans une situation (et je vous assure que je l'ai déjà vécue) où quoi que je fasse moi, magistrat, quoi que je décide, ça va être la catastrophe, donc autant qu'ils aillent en médiation ». Et il y a beaucoup de juges qui sont très intelligents et qui se disent « moi de toute façon, quoi que je dise, je vais peut-être régler le problème mais je ne vais pas régler le conflit » ou bien qui se disent « quoi que j'ordonne, c'est la cata! » Et notamment en matière commerciale, quand vous avez un conflit, le nombre de fois où la société dont on parle va clairement aller en faillite parce que la dispute entre associés, le temps que le procès se passe, la société a mis la clef sous le paillason et les employés sont tous au chômage.

Donc je pense que ce n'est pas une mauvaise chose parce que ça oblige parfois les parties à réfléchir et à aller contre l'opinion ou la volonté de leurs avocats. Alors, de nouveau, il y a des très bons avocats et qui vont très bien faire leur job, mais il y en a d'autres qui vont citer, qui vont aller joyeusement dans la procédure alors qu'en médiation, il y aurait moyen de faire autre chose. C'est du boulot pour le médiateur évidemment, parce qu'accueillir des gens qui ont pas

envie de venir forcément, c'est difficile. C'est compliqué pour nous donc il faut beaucoup de boulot pour créer l'esprit de la médiation mais ce n'est pas une si mauvaise chose que ça.

- Et si le magistrat estime que le conflit des parties est apte à se faire régler en médiation, pourquoi est-ce que lui ne prend pas l'initiative d'essayer de concilier les parties ?
- *Ce n'est pas tout à fait la même chose d'abord. La conciliation n'est pas la même chose que la médiation, c'est une première chose. Et la deuxième chose c'est que les magistrats n'ont pas le temps de faire ça. La médiation va plus vite qu'une procédure mais ça prend du temps quand même. Les magistrats n'ont pas ce temps, tout simplement. Ils ne peuvent pas faire trois séances de trois heures avec les parties, ça n'est tout simplement pas possible. Et puis ils n'ont pas la casquette. Déjà selon le code judiciaire, ils ne peuvent pas, et puis le juge il n'y a rien à faire, les parties le voient comme le juge, comme la personne qui va trancher, qui va décider, qui va donner tort à l'un et raison à l'autre, donc il est mal placé pour faire une médiation, clairement.*

5. Interview de Corinne De Decker, faite le 23 juillet 2020

- Bonjour, merci beaucoup de m'accorder votre temps. Pour commencer, dans quelle matière exercez-vous le plus en tant que médiatrice ?
- *J'exerce uniquement en familiale*
- Quelle est la différence entre la médiation civile et la médiation sociale ? Un conflit de voisinage, par exemple, considérez-vous cela plutôt civil ou social ?
- *Je dirai social.*
- Pratiquez-vous de la médiation évaluative ? Ou bien vous restez strictement dans le facilitatif ?
- *Comment décririez-vous l'un et l'autre ?*
- La médiation évaluative c'est lorsque le médiateur va un peu plus intervenir, va se départir de sa neutralité, en suggérant des solutions, en donnant son avis, en informant les parties mais en allant un peu plus loin que simplement donner de la pure information.
- *Non. Je veille quand à même à ne pas donner mon avis.*
- Vous restez complètement neutre ?
- *J'essaie en tout cas. La neutralité pure et dure n'existe pas.*
- Vous avez eu du mal en commençant votre métier par rapport à tout ce qui est « neutralité, impartialité, indépendance » ?
- *Non. Je n'ai pas trouvé que c'était compliqué. Je crois qu'il faut être vigilant mais pas compliqué. Il faut rester attentif à ça mais je n'ai pas trouvé que c'était plus compliqué.*
- Pensez-vous qu'un médiateur, ou connaissez-vous l'un de vos collègues, qui agisse de façon différente en fonction du domaine dans lequel il intervient ?
- *Je suppose que la réponse est oui mais moi je suis en contact avec des médiateurs et médiatrices familiaux uniquement.*
- Et êtes-vous de l'opinion qu'il faut que le médiateur reste neutre dans tous les cas et que donner son avis serait toujours déplacé ?
- *Non, je pense qu'on peut donner son avis en expliquant clairement qu'il s'agit de son avis. Je pense que la neutralité en tant que telle ça n'existe pas, on parle de multi-partialité, je pense qu'effectivement, on peut être amené à donner son avis si on formule bien que c'est un avis. Certains médiés demandent à être accompagnés d'une part. Donc au gré de la situation et des personnes.*
- C'est toute la question de mon mémoire, au fait, cette question de la neutralité du médiateur. Donc j'essaie un peu d'analyser toutes les variables qui pourraient influencer l'attitude d'un médiateur, et c'est assez compliqué, c'est pour ça que j'essaie d'avoir le plus d'avis possibles.

- Dernièrement, que pensez-vous de la nouveauté de 2018 qui généralise l'agrément du médiateur ? Avant il y avait trois agrément, si je ne me trompe pas ?
- *Oui en effet, donc je suis médiatrice agréé famille mais maintenant je pourrai faire de la médiation civile, commerciale ou sociale. Votre question c'était, est ce que je pense que c'est une bonne chose ?*
- Oui, c'est ça.
- *Si certains se sentent habilité à cela, pourquoi pas. Mais moi personnellement, je ne le ferai pas, ce qui m'intéresse c'est la médiation familiale, la médiation scolaire, aussi. Et je ne me vois pas faire de la médiation civile même si je peux le faire parce que c'est pas ce qu'il m'intéresse. Mais peut être que j'ai la compétence, je pense que j'ai les outils mais je n'ai pas, de mon points de vue en tout cas, ce n'est pas cet aspect-là qui m'intéresse. Ce qui m'intéresse beaucoup c'est l'aspect psychologique, émotions (même s'il y a aussi des émotions dans la médiation civile et commerciale, ça c'est clair mais c'est un autre registre)*
- Ça me parle moins. Donc moi-même, personnellement, je ne ne lancerai pas dans la civile même si je suis agréée à le faire parce que ça ne me correspond pas.*
- Êtes juriste de formation ?
- *Absolument pas, je suis prof de base.*
- Ah oui! C'est pour ça que vous pratiquez la médiation scolaire.
- *Oui, c'est ça.*

Note par rapport au *Google Form*

Nous avons créé ce Google Form (toujours disponibles aux adresses suivantes ; <https://forms.gle/cMLTbQsCA8Z7SjVn8> (fr) et <https://forms.gle/GrHUWQ6rA8kW1xTn7> (nl) dans un but purement académique. Nous l'avons envoyé à plus ou moins 1400 médiateurs agréés dont les adresses emails étaient disponibles sur <https://www.cfm-fbc.be/fr/trouver-un-mediateur>. Les résultats obtenus sont intégralement anonymes.

Les données de cette enquête n'ont aucune garantie d'être à 100% véridiques et ont pour unique objectif de refléter une tendance globale dans la pratique de la médiation par les professionnels.

6. Réponses en français quant à la différence entre la neutralité et l'impartialité

Question : À vos yeux, existe-t-il une différence entre la neutralité et l'impartialité ? Si oui, la décrire brièvement :

Nous avons regroupé les réponses se résumant à dire qu'il n'y avait pas de différence entre les deux notions (15). Les réponses mises en gras sont celles qui nous semblent les plus proches de nos conceptions des principes.

- *Quinze « Non ».*
- *Tout dépend de ce que chacun propose comme contenu terminologique à des concepts ;-). À mon sens ce qui importe d'abord c'est d'être humain, tenter de pouvoir ressentir l'éprouvé de chacune des parties (pas qu'une seule), je préfère le terme impartialité au sens De la recherche d'équilibre dans les attitudes adoptées par le médiateur permettant la rencontre « au plus près » de chacun des médiés . La neutralité tendrait plus vers une certaine « indifférence », vu la recherche d'une attitude teintée de objectivité à tout prix .. en cela j'inscris une différence entre les deux concepts.*
- *Je préfère parler de multipartialité. Je suis neutre de par ma position (je représente un tiers non concerné par le conflit et sans intérêt quant à l'issue de celui-ci et je m'abstiens de diriger le processus ou de guider vers des solutions qui ME paraissent intéressantes) et multi partiale dans mon attitude vis-à-vis des médians en étant présente à l'un ET à l'autre sans prendre position pour l'un OU l'autre) Bon travail !*
- *L'impartialité suppose une prédisposition éventuelle du médiateur à rejoindre une des parties de par sa situation (le médiateur a vécu un jour la même chose qu'une des parties), de par ses activités (e.g. pratique le même sport), ou autre. La neutralité, quant à elle, présuppose que le médiateur n'a aucun "atome crochu" avec l'une ou l'autre des parties.*
- *oui la neutralité est ne pas mettre son histoire dans la leur, impartialité être à l'écoute des personnes en présence de la même façon*
- *Oui, la neutralité consiste à ne pas donner son avis, l'impartialité consiste à ne pas prendre parti*

- la neutralité implique de ne faire aucun choix, l'impartialité implique de choisir
- oui dans la notion d'impartialité il y a une notion de décision à prendre. Dans la neutralité, il n'y en a pas.
- Il y a loin de l'enseignement de la médiation à la pratique, sur bien des plans. Les appels des parties à être plus proches d'elles sont nombreux et multiformes. Il importe d'y résister et de bien faire voir qu'on résiste au chant des sirènes. De façon à préserver la position centrale - d'hélicoptère - du médiateur. C'est au plan formel tout ce qui m'importe. Si les parties restent dans la panade, je vais finir par couper les ailes à certains canards que l'un ou l'autre lance et relance parfois, pour les aider à recentrer le débat et remettre au centre des solutions possibles qui soient réalistes. En ce sens parfois je donne un avis du genre : la jurisprudence nous dit que... Ça fait gagner du temps. Je ne vais pas au-delà et ne suggère pas de solution par exemple. Là, j'aurais le sentiment de manquer d'impartialité, de m'exposer aux critiques. Ce sont mes limites.
- **Oui, la neutralité est relative à notre propre personne, à notre vécu. On ne peut selon moi être neutre. Par contre, on peut être impartial, c'est-à-dire veiller à ne prendre parti pour personne, veiller à l'équilibre constant entre les parties.**
- Oui. La neutralité implique de ne pas donner son opinion. Ne pas donner son opinion peut parfois être partial, c'est-à-dire choisir une partie...
- Elles sont complémentaires.
- **Il me semble que la neutralité représente l'absence d'intérêt du médiateur pour l'une ou l'autre solution apportée par les parties. Je reste neutre en n'orientant pas le processus dans une direction particulière. Les parties choisissent elles-mêmes ce qu'elles apportent en médiation, même si je me permets parfois recadrer de sorte que les parties restent concentrées sur les sujets à traiter.**

D'après moi, l'impartialité concerne plutôt mon attitude face aux parties. Je ne privilégie pas une partie plutôt qu'une autre, je ne manifeste pas de préférence. J'offre ma partialité à l'une et à l'autre, afin que chacune se sente écoutée et soutenue. En ce sens, je préfère le terme de multipartialité.

- la question devra être tranchée par le futur code de déontologie de la CFM
- Oui. En impartialité, le médiateur prend parti pour personne. En neutralité, le médiateur prend parti pour toutes les personnes concernées (même ceux qui ne sont pas autour de la table, p.e. les enfants) de façon équivalente.
- Oui, la neutralité est de s'abstenir de faire, justement éviter de donner un avis, de ne pas prendre parti, de partager son opinion personnelle ou professionnelle comme une « position ». L'impartialité est de traiter chaque personne de la même façon. Ces deux concepts sont essentiels si l'on veut créer un climat de confiance, éviter le sentiment d'alliance, permettre de

réduire les ressentis négatifs des parties, créer de nouveaux possibles au delà des positions de chacun. Adhérer et pratiquer ces principes demandent des efforts et de laisser nos propres ressentis, valeurs et critères de côté au profit du processus. Cela ne veut cependant pas dire que nous devons tout accepter. Le principe de liberté nous permet de nous questionner si nos valeurs fondamentales sont compromises et si ce qui se passe est acceptable. C'est donc un bon curseur pour nous interroger sur l'application pratique de ces deux principes en cours de médiation.

- *l'impartialité va de pair avec une notion de "jugement" et implique que l'on donne une solution / tranche..... la neutralité est plus globale c'est une attitude à chaque étape dès l'accueil....*
- *La neutralité n'existe pas chez l'humain tout le monde a un ressenti et des conceptions préalables ou croyances... L'impartialité c'est le savoir et en tenir compte, savoir que d'autres points de vue existent certains proches ou éloignés des miens et décider d'agir de manière à ce que chacun des points de vue exprimés soient pris en compte. En fait il s'agit d'avoir conscience de ses propres opinions afin que ceux-ci ne prennent pas inconsciemment le pouvoir sur les échanges et décisions.*
- ***La neutralité : aucune intervention. L'impartialité : "garder l'église au milieu du village". Les deux attitudes sont complémentaires.***
- *L'impartialité, contrairement à la neutralité, implique une décision. L'impartial choisit, le neutre s'abstient de le faire. C'est donc la posture du médiateur qui change.*
- *Il existe une différence. A mon sens, neutralité et impartialité ne sont pas les mots pour qualifier mon travail: je qualifierai ma posture comme "multipartialité".*
- *Plutôt qu'impartialité, nous parlons de multipartialité, c'est à dire que le médiateur est présent totalement pour chacune des parties à tour de rôle, ce qui doit permettre de rassurer chacun des médiés (c'est l'un puis l'autre qui aura toute mon écoute et mon attention). Quant à la neutralité, je pense qu'elle n'est qu'apparente puisqu'en tant que personne, on est toujours touché à un moment donné par le contenu de l'échange. Donc, oui il y a une différence entre neutralité et multipartialité: on n'est jamais totalement neutre mais on peut être multipartial.*
- *Neutre c'est pour moi rester distant, ne pas s'impliquer. Être impartial est ne pas prendre parti pour l'un ou l'autre. Personnellement je suis multipartiale c'est à dire que je prends parti pour l'un et l'autre afin de favoriser l'alliance et l'écoute profonde des parties.*
- *La neutralité est une posture l'impartialité est un état d'esprit*
- *Je dirais que la neutralité serait de traiter les 2 parties exactement de la même manière; tandis que l'impartialité serait de traiter les personnes selon leurs besoins et leur état tout en veillant à rester juste. Il peut arriver qu'une des parties soit plus faible, soit manipulée par l'autre.. et ait donc besoin de plus de soutien de la part du médiateur. L'impartialité serait de faire également attention aux 2 parties, mais avec un soin plus particulier pour celui qui en a besoin.*

- *Pour moi on peut avoir son idée donc quelque part , on n'est pas neutre par contre ça n'empêche pas de rester impartial ... on n'intervient pas dans le conflit meme si intellectuellement on a son idée donc on est pas neutre ...*
- *oui il y a une différence. La neutralité permet aux médiateurs de trouver leur solution. L'impartialité est la non acceptation d'une solution déséquilibrée.*
- *Neutralité = rester neutre --> ne pas livrer d'opinion personnelle. Impartialité = ne pas prendre parti --> ne pas approuver/désapprouver l'opinion de l'un ou de l'autre*
- ***Neutralité: le médiateur ne donne pas son avis, ne porte pas de jugement sur la solution envisagée, ne donne pas de conseils juridiques.***

Indépendance: le médiateur ne connaît aucune des deux parties personnellement et n'a aucun avantage direct ou indirect dans la solution qu'elles envisagent.

Impartialité: le médiateur n'a avantage aucune des parties. Il travaille dans l'intérêt des deux et veille à ce que le temps de parole soit équitablement distribué et qu'au final, l'accord soit équilibré

Bon courage pour ce mémoire sur ce sujet passionnant!

- *Le terme neutralité pour moi est trop froid (comme si cela ne m'intéresse pas); **impartialité décrit mieux l'attitude de ne pas se joindre aux points de vues des parties**; dans les cours, on nous a même appris de plutôt être "partial avec toutes les parties", cela décrit encore mieux l'attitude d'accepter et comprendre les points de vues des divers parties mais de ne pas prendre position.*
- *A mon sens, le médiateur doit être neutre et multipartial plutôt qu'impartial. Il doit faire preuve de la même empathie à l'égard de toutes les parties. C'est l'empathie qui distingue l'impartialité de la neutralité.*
- *oui : neutralité = ne pas avoir de projet pour les personnes. impartialité = multipartialité directionnelle : rejoindre chaque personne là où elle en est, sans jugement et sans parti pris*
- *Nous sommes ni neutre, ni impartial. Nous sommes multi-partial. Partial avec chaque parti.*
- ***Cela n'a rien à voir : la neutralité consiste à ne pas donner d'avis, les parties ayant leur réalité distincte de celle du médiateur, tandis que l'impartialité consiste à ne pas prendre parti pour l'une ou l'autre partie. A mon sens, la neutralité absolue n'existe pas et il faudrait davantage parler de multipartialité plutôt que d'impartialité.***
- *oui ; neutralité = rester neutre, ne pas participer à la guerre, au conflit ; impartialité = ne pas favoriser l'un aux dépens de l'autre ; n'exprimer aucun parti pris*
- *la neutralité est une abstention de juger - l'impartialité est une absence de parti pris dans le jugement ... la nuance me paraît difficile, les deux sont souvent liés*

- *La neutralité semble plus "froide" (incolore et insipide) tel un arbitre, l'impartialité permettant une implication réelle plus constructive.*
- *Neutralité : faire abstraction de tout point-de-vue résultant , par exemple, de cas précédents, de sa propre sensibilité; être capable de progresser avec les personnes tout en conservant un recul critique et une attitude positive indépendamment des sympathies ou antipathies que l'on pourrait ressentir*

Impartialité : ne pas prendre le parti d'un des deux médians, essayer de comprendre les positions respectives, les aider à rechercher des solutions adéquates pour l'un comme pour l'autre

*Mais c'est plus une question de verbiage : **l'attitude en résultant devrait être la même!***

- *oui même si cela n'est pas facile à faire comprendre aux parties. **L'impartialité, c'est pur moi ne pas prendre parti alors que la neutralité porte plus sur le fait qu'aucune opinion ou avis ne peut être transmis.***
- *Oui. La neutralité c'est lors d'une médiation (par rapport aux médiés) ne pas prendre de parti, ne pas juger, ne pas influencer=> ne pas entrer en coalition. l'impartialité c'est mettre de côté ses croyances, religion, son histoire, ... pour accueillir et comprendre celles des autres. Le plus important c'est de rester conscient de ce qu'on ressent et de ce que ressentent les autres. L'indépendance du médiateur est aussi très importante => ne pas devoir communiquer des rapports, résultats, ... à une autorité, un chef, une administration, un CA,...*
- *Oui il y a une différence : je suis neutre parce que je ne connais aucun des deux médiés. Je suis multi-partiale (l'impartialité est une qualité vers laquelle il faut tendre) c'est-à-dire je suis à l'écoute profonde des opinions de chacun(e) sans prendre position*

PS : la médiation évaluative m'a l'air de sortir du droit anglo saxon, ça n'a rien à voir avec ma pratique de médiatrice

- *j'estime qu'il s'agit de multipartialité (on fait alliance avec chacun et on ne prend pas position) . La neutralité réelle n'existe pas mais nous devons y tendre le plus possible*
- *Oui, le médiateur peut être neutre tandis que l'impartialité me paraît moins adapté à la médiation car l'empathie du médiateur envers chaque partie le mène inévitablement vers la multipartialité.*
- *La neutralité et l'impartialité sont intimement liées: Le médiateur joue un rôle actif dans la séance de médiation lorsqu'il pose les questions pour permettre aux parties de trouver elles-mêmes la solution au problème qui les oppose. Il ne peut toutefois prendre position ni diriger ses questions vers une solution lui semblant la meilleure. Force est de constater que c'est l'accord trouvé par les parties elles-mêmes qui sera le mieux respecté. Là, est la réussite d'une médiation.*

- Ces deux notions visent à ne privilégier aucune des deux parties. l'exercice délicat du médiateur est de s'intéresser à chaque partie sans prendre parti.
- **oui, impartialité : ne prend pas parti - neutralité : ne donne pas son avis, reste neutre dans ses propos.**
- La neutralité implique une attitude de distanciation. Le médiateur doit être attentif aux sentiments qu'il peut éprouver à l'égard d'une partie par les phénomènes naturels de sympathie ou d'antipathie.
- **L'impartialité concerne la relation du médiateur avec les parties tandis que la neutralité est relative à la solution.**
- Impartialité pour moi , suppose jugement (impartial ou pas) et mise en balance des intérêts .Neutralité est uniquement écoute
- **Oui, le médiateur est neutre par rapport à la solution trouvée par les parties, alors que son impartialité tient aux parties en elle-mêmes. C'est-à-dire qu'il ne prend pas partie pour l'un ou l'autre médié.**
- oui. Etre impartial, c'est ne pas prendre parti pour l'un ou l'autre mais cela n'empêche pas d'avoir un avis personnel (qui est différent de 'prendre parti' - de se ranger à l'avis de quelqu'un d'autre). Etre neutre, c'est travailler en mode 'page blanche' - c'est ne même pas avoir d'avis personnel.
- Je parlerai plutôt de pluripartialite. C est avec cette notion que je travaille.
- Je pense que ce sont deux notions fort différentes. Pour moi, **l'impartialité implique de ne pas prendre parti, de ne pas favoriser une partie plus que l'autre. J'aime dire que je suis multipartial, c'est-à-dire que je suis bienveillant, de façon égale, à l'égard de toutes les parties. La neutralité suppose que le médiateur n'ait pas de passé, pas d'expérience, qu'il arrive vierge de tout à la médiation. C'est évidemment une utopie. La neutralité se travaille en ayant conscience de son histoire, de ses résonances, de ce qui nous fait réagir malgré nous... afin de limiter au maximum les interférences. (la supervision y aide).**
- Je ne crois pas à la « neutralité » d'un être humain : nous communiquons aussi via nos inconscients, sans maîtrise. Je crois plus à une vision systémique des conflits, qui aide à penser et ressentir que chaque partenaire a contribué même involontairement à ce conflit. Cela aide à la multipartialité : être avec chacun et contre aucun. Sauf clause de conscience, en face de quelqu'un dont les dires ou comportements heurtent nos valeurs éthiques fondamentales : on arrête alors d'intervenir et on explique pourquoi
- La neutralité accepte la différence en demandant le moins de différenciation extérieure possible. L'impartialité me semble inatteignable, nous sommes le résultat de nos influences, mais elle ne peuvent nous guider, ceci s'atteint uniquement si nous en conscience de ce que nous sommes . Je préfère la conception de multipartialité.

- *Selon moi, la neutralité est plutôt le fait de ne jamais donner son avis personnel, de rester totalement hors de la situation de façon émotionnelle, tandis que l'impartialité est de toujours tenter de ne prendre aucunement, même en pensées, le parti de l'un ou l'autre médié.*
- *L'impartialité n'est pas pertinente en médiation. Il convient d'être "multipartial", à savoir qu'il faut susciter la parole de chaque partie et tenter de rentrer et de faire rentrer l'autre partie dans toutes les représentations du narrateur. La neutralité garantit que le même exercice sera fait exactement de manière égale envers les deux parties, et que le médiateur s'abstiendra de faire interférer son vécu et ses affects dans la résolution du conflit.*
- *oui. Il y a d'un côté l'absence de liens avec les parties (professionnels, amicaux, institutionnels, etc..) et de l'autre une attitude qui veille à accorder sa place à chaque partie, et tenir compte de ce qui est avancé tant par une partie que par l'autre, au temps de parole de chacun, etc... je parle plutôt de pluripartialité parce que le médiateur doit parfois un minimum s'investir mais autant auprès de chaque partie*
- *La neutralité est une attitude générale à adopter avec les médiés (temps de parole équivalent, écoute active de chacun d'eux, ...). L'impartialité, quant à elle, consiste à toujours tenter de rechercher que les intérêts prioritaires des deux parties soient rencontrés dans les solutions entérinées.*
- *La neutralité est relative à la solution pour moi et l'impartialité à la relation du médiateur avec les parties. Elle implique une attitude de distanciation. Moi je parle comme au québec d'alliance impartiale ou de multipartialité. je soutiens autant l'un que l'autre dans ses mots, ses émotions sans être dans la sympathie.*
- *Le mot impartial me semble plus dur, la neutralité plus bienveillante. Etre impartial peut supposer devoir trancher, exemple un arbitre impartial qui prend une décision. La neutralité a pour moi une connotation plus passive. Observation sans devoir trancher.*
- *oui : La neutralité vise à ne pas donner d'avis personnel sur ce que les parties exposent. L'impartialité vise à laisser une place identique à chaque partie sans privilégier l'une au détriment de l'autre*
- *Je préfère la notion de multipartialité à celle d'impartialité car elle indique que chaque point de vue a de la valeur dans le processus. C'est pour moi l'essence même de ma posture de médiatrice.*
- *La neutralité est importante pour moi par rapport aux solutions que proposent les médiés. Je me tiens ainsi à une distance suffisante des solutions pour les envisager de façon neutre. C'est ce qui peut me permettre de les questionner si elles ne me semblent pas équilibrées.*
- *Neutralité = s'abstenir de prendre part au conflit / Impartialité = Ne faire aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale et d'appartenance politique*

- *la neutralité concerne les décisions des parties et est relative car limitée par la loi (décisions illégales) et signaler des décisions contraires à l'intérêt de l'enfant. l'impartialité concerne les parties et est absolue , il s'agit en réalité d'une multipartialité à l'égard de chaque partie*
- ***la neutralité consiste à ne pas projeter ses propres valeurs / émotions/ sentiments sur les médiés tandis que l'impartialité consiste à les traiter sur pied d'égalité***
- *Neutralité est une position. impartialité est une action*
- *Neutralité= par rapport à leur litige et les pistes de solutions que les parties envisagent = nous ne portons aucun jugement, ne donnons aucun avis personnel. Impartial= nous ne prenons aucun parti, ni pour l'un ni pour l'autre et écoutons de façon égale chacune des parties. Nous n'avons aucun lien avec l'une ou l'autre des parties évidemment.*
- *En réalité, nous parlons plutôt de "multipartialité" car nous agissons avec empathie tantôt vers l'un tantôt vers l'autre de façon égale.*
- *oui, la neutralité se situe au niveau de la posture, on ne l'est jamais (on a un sexe, un âge, une tenue vestimentaire, la déco qu'on choisit du lieu où recevoir, etc...) alors qu'on peut essayer d'être impartial (ne pas donner d'avis, ne pas prendre part activement au différend, ...)*
- *Il s'agit plutôt de multipartialité;*
- *Quoique formulant aux clients le principe de neutralité du médiateur, je l'explique comme être aussi attentif à l'une et à l'autre des parties et s'abstenir de donner son avis ni de valider la position de l'une ou l'autre (ce qui ne signifie pas ne pas légitimer la position de chacune d'elles).*
- *Je ne donne pas mon avis, mais il m'arrive de leur formuler des suggestions de solutions, émanant en fait de solutions trouvées par des clients précédents, et ce dans le cadre d'un "brain storming" où toutes les pistes sont mises sur la table.*
- *Pour moi, l'impartialité signifie qu'on ne prend pas une position pour ou contre une des parties impliquées, bien qu'on ait une opinion personnelle sur le problème et les solutions possibles en cause; cette opinion personnelle existe dans la vaste majorité des cas, mais il faut faire attention qu'elle n'obstrue pas une solution balancée. La neutralité pour moi est plutôt liée à la position prise sur le contenu du problème, et les idées (personnelles) (c'est à dire: "la solution A ou B, cela m'est égal"), et non aux parties impliquées et leurs positions.*
- *l'impartialité est une attitude professionnelle obligatoire pour le médiateur et un facteur essentiel qui favorise l'acquisition de la neutralité face au conflit des personnes médiées.*
- *On est impartial et on tend vers la neutralité.*
- ***La neutralité = ne pas avoir de projet pour les parties, laisser la liberté aux médiés de choisir leur propre voie. Laisser de côté notre propre vision de ce qui serait "LE" bon accord et pouvoir accepter qu'un accord n'est pas toujours trouvé.***

L'impartialité = ne pas avoir de "préférence" pour l'une des parties, veiller à ce que chacun ait pu être entendu, veiller à ne pas avoir d'affect particulier pour l'une ou l'autre partie.

- *Le médiateur n'étant pas un robot il ne sera jamais neutre. Il est à l'écoute de ses propres émotions, de ses valeurs et croyances. Il travaille sa juste place et la juste distance dans les situations qu'il rencontre. Il est toujours impartial car n'a aucun parti pris pour l'un ou l'autre participant. Ni dans la solution que les personnes cherchent et parfois trouvent. Son objectif est d'accompagner chacun et tous tout au long du processus.*
- ***Neutralité vis-à-vis des solutions trouvées par les médians et impartialité vis-à-vis des médiés***
- *La neutralité est une notion plus passive, On s'abstient de ...donner un avis, une direction, une idée. L'impartialité est plus dynamique. C'est de tenter de garder un équilibre entre toutes les personnes en présence. C'est distribuer la parole ou être un chef d'orchestre qui se soucie que chaque personne puisse avoir le même temps ou la même qualité d'expression. En médiation on parle de multi-partialité parce qu'on est empathique avec l'un, puis avec l'autre en tentant de garder la balance en équilibre.*
- *Oui la neutralité est impossible à mes yeux car elle suppose que nous faisons abstraction de nos ressentis, nos opinions... L'impartialité est une position d'un professionnel qui ne prend pas parti pour l'un des médiés.*
- *L'impartialité n'est pas un terme pertinent en médiation puisqu'il est d'habitude utilisé dans le contexte d'un acte du juge qui se doit d'être impartial, de ne pas avoir de parti pris dans ses décisions / ordonnances / jugements. Le médiateur doit veiller à sa neutralité mais n'a pas à juger ou à décider: il ne prend jamais de décision.*
- *oui, j'utilise multi.partialités car dans la Médiation nous sommes à l'écoute de l'un et tout avec lui dans un 1er temps et puis tout avec l'autre. La neutralité fait référence à l'aspect neutre du médiateur tant vis-à-vis de l'objet en discussion que des personnes. Aider à clarifier les besoins de chacun sans apriori pour les décisions qu'ils seront amenés à prendre, mais les faire réfléchir aux choix et conséquences de leurs choix...*
- *Le médiateur n'est jamais tout à fait neutre. Il a son histoire et ses "filtres". Par contre il peut être impartial c'est à dire ne prendre parti ni pour une partie ni pour l'autre.*
- *Il me semble qu'il s'agit là d'une question de définitions. Ce qui doit en tout cas dominer la médiation, c'est que le médiateur ne doit pas "produire" de solutions et si il propose des interprétations ou des solutions c'est en précisant qu'il le fait sur base du puzzle constitué par les parties, en demandant aux parties de valider ce puzzle et en demandant plus particulièrement aux parties de valider la solution en la confrontant à la situation insatisfaisante et aux besoins dûment validés.*
- *Oui. Pour moi, la neutralité implique de ne pas prendre d'implication dans le conflit . C'est donc pour moi plus notre rapport au conflit qui très vite à mon sens devient le 3e élément: $1 + 1 = 3$, car il a très souvent un "vie propre" qui échappe aux parties à un moment donné;*

- *L'impartialité implique de ne pas prendre parti pour l'un ou l'autre et d'être attentif aux émotions/sentiments personnels que l'on peut ressentir à l'égard de l'un ou de l'autre voire des deux et ce de manière consciente ou inconsciente. C'est se poser la question en permanence de où je suis par rapport aux parties. C'est donc plus à l'égard des personnes que cela se joue (et moins du conflit ou de la "danse conflictuelle").*
- *Oui, en percevant le paysage de chaque partie, le médiateur est multipartial. Il y a une place équivalente mais différente pour chaque partie. La neutralité n'est pas à du registre de l'humain parce qu'on ne peut pas ne pas communiquer.*
- *Je préfère la multi partialité*
- *La neutralité est plus abstraite et veut dire qu'on reste toujours objectif, mais qu'on peut raisonnablement constater qu'une partie a raison et l'autre non, comme un juge. Impartialité concerne plus la relation avec les parties où les sentiments personnels qui feraient qu'on aurait tendance de privilégier l'un au dessus de l'autre.*
- *Neutre = pas basculer vers une partie, impartial = rétablir l'équilibre des parties. L'impartialité implique de l'empathie.*
- ***Neutral veut dire que je n'ai pas de projet pour les parties. Impartialité signifie que je ne prends pas parti. On parle souvent de pluri-partialité, dans le sens où se montre empathique envers les deux parties, tout en gardant un équilibre***
- *neutralité permet de rester à l'écart et de ne même pas écouter; impartialité permet d'entendre chaque partie et d'analyser son champ de référence sans y entrer soi-même*
- *neutre c'est être transparent, impartial c'est respecter l'égalité entre les médiés*
- *Neutralité sur le fond et la forme de ce qui est dit dans la médiation. Impartialité parti pris par son appartenance à un groupe*

7. Réponses en néerlandais quant à la différence entre la neutralité et l'impartialité

Comme pour les réponses en français, j'ai regroupé celles qui ne m'indiquaient pas de différence entre les deux notions (7) et surligné en gras les réponses qui me paraissaient les plus proches de ma conception des deux concepts.

Question : Is er volgens u een verschil tussen neutraliteit en onpartijdigheid? Zo ja, beschrijf het dan kort.

- *Nee : zeven*
- *Neutraliteit zie ik als .meerzijdige partijdigheid: het gaat erom de belangen van de beide partijen even goed te behartigen.*
- *Ja. Ik verkies de oude term: "meerzijdig partijdig" boven "onpartijdig". Ik probeer me actief in het standpunt van elk van de partijen te verplaatsen en vanuit hun gedachtegang naar de andere partij te communiceren. Neutraliteit zie ik eerder als een passieve ingesteldheid, waarbij ik enkel ontvanger van input ben.*
- *Ja, de neutraliteit wijst op het oordeelvrij zijn, een basishouding. Onpartijdigheid is een manier van handelen waarbij de cliënten evenwaardig worden bejegend.*
- ***Ja. Neutraliteit is het basisprincipe, maar in het geval van een machtsonevenwicht kan je als bemiddelaar niet onpartijdig blijven en moet je proberen het evenwicht te herstellen.***
- ***Ik denk dat niemand volledig 'neutraal' is maar het is belangrijk om te beseffen als bemiddelaar dat je meer of minder sympathie hebt voor een partij. Op dat moment kan je daar op een professionele wijze mee omgaan. Ik pas zelf vaak de methode van meerzijdige partijdigheid toe om nauwer te kunnen aansluiten bij elke cliënt en daarenboven verschillende visies naast elkaar kan plaatsen. Het is dan de bedoeling om te trachten inzicht te geven in elkaars visie en standpunten met het oog op een minimum van begrip. Op die manier is de kans op een overeenkomst en/of geslaagde bemiddeling groter naar het einde van het traject toe.***
- *Ik hou het liever bij het begrip meerzijdig partijdig: ik wil het beste voor beide partijen*
- *Neutraliteit bestaat niet, zeker niet in de context van bemiddeling. Onpartijdig kan je niet zijn vermits objectiviteit ook niet bestaat in onze subjectieve waarneming. Een bemiddelaar moet leren meerzijdig partijdig te zijn, of minimaal: meerzijdig betrokken.*
- ***Ja; Neutraliteit (tov partijen + inhoud): de bemiddelaar mag geen eigen oordeel uiten en stuurt partijen niet in een bepaalde richting. Onpartijdigheid: de bemiddelaar mag het niet opnemen voor de ene of de andere partij. Hij bewaakt de belangen van alle betrokkenen.***

- *Geheel neutraal ben je als mens nooit, je zit altijd met je eigen onderliggende waardenpatroon maar je kan je als bemiddelaar wel bewust onpartijdig opstellen door voor elke partij even hard te werken.*
- ***Neutraal: verlenen van objectieve informatie. Onpartijdig: geen voorkeur weergeven voor de ene of andere partij en/of de ene of andere oplossing.***
- *je bent professioneel en veelzijdig partijdig facilitator*
- *Bij neutraliteit kiest men geen partij noch neemt men een standpunt in. Op een objectieve manier draagt men oplossingen Of handvaten aan waarin beide partijen zich eventueel kunnen vinden.*
- ***Bij neutraliteit dien je je volledige 'mening' uit het verhaal te houden. Dit is meer verregaand dan onpartijdigheid. Onpartijdigheid is ervoor zorgen dat één van de partijen niet het gevoel heeft voorgetrokken of verstoken te zijn.***
- *onpartijdigheid gaat veel verder dan neutraliteit. Je geeft evenveel aandacht aan alle partijen, zonder partij te trekken.*
- *Onpartijdigheid is meer dan neutraliteit omdat je wel evenwichten bewaakt en niet puur passief aanwezig bent.*
- *Meerzijdig partijdig kan ook neutraal zijn.*
- *Het verschil ligt m.i. in een zeer kleine nuance, nl.: onpartijdigheid is een vereiste, neutraliteit niet noodzakelijk. Ik geef de voorkeur aan meerzijdige partijdigheid.*
- ***Neutraal: geen uitspraken doen over de juistheid van meningen/standpunten die partijen geven. Onpartijdig: geen voorkeur hebben voor een partij, niet algemeen bevooroordeeld zijn ten aanzijn van een partij, dit ongeacht de mening die deze partij stelt.***
- *neutraliteit en meerzijdige partijdigheid kunnen volgens mij hand in hand gaan. Volledige onpartijdigheid is moeilijk gezien alle partijen ook voldoende empathie nodig hebben om het conflict te kunnen overstijgen en om voldoende vertrouwen op te bouwen. Neutraliteit en meerzijdige partijdigheid zijn mogelijk als je het evenwicht tussen beide partijen goed bewaakt: voor elke partij even goed "werken". Neutraliteit betekent voor mij dat je geen kant/geen partij kiest, geen juist of fout, en geen eigen (persoonlijke of professionele) mening inbrengt.*
- *Neutraliteit slaat op het louter geven van informatie en niet je eigen mening / partijdigheid betekent dat je één van de partijen meer genegen bent en daar ook naar handelt*

In de contextuele benadering van bemiddeling (gebaseerd op de ideeën van Ivan Boszormenyi-Nagy), spreken we echter niet zozeer over onpartijdigheid, maar wel over 'meerzijdige partijdigheid'. De bemiddelaar is volledig betrokken op beide partijen en geeft beiden erkenning en waardering.

Om beider standpunten en visie goed te kunnen begrijpen moet de bemiddelaar zich inleven in de denkwereld, de achtergrond, de gevoelens en het verhaal van elke partij afzonderlijk.

Daartoe zal de bemiddelaar beurtelings en evenwichtig aan beiden vragen stellen en nagaan of hij alles juist begrijpt. Op deze wijze kan de bemiddelaar en de partijen met hem, hun ware belangen gaan zien die achter de standpunten schuil gaan.

De bemiddelaar zal de partijen vragen met respect naar elkaar te luisteren en elkaars kijk op de zaak proberen te begrijpen.

In deze benadering spreken we dus ook niet echt over neutraliteit. Neutraliteit suggereert een zekere afstandelijkheid en niet-betrokkenheid; terwijl een bemiddelaar in een contextuele benadering net wél betrokken is op beide partijen.

- *neutraliteit= de instelling van de bemiddelaar, de 'state of mind'*

onpartijdigheid= de manier waarop je dit omzet in actie, de bemiddeling als dusdanig. Verkijs de term 'meerzijdig partijdig'

- *Neutraliteit betekent dat men geen persoonlijk belang of nut heeft bij het resultaat van wat binnen een bemiddeling beslist wordt. Zo is kan je nu eens partij kiezen voor de ene , en dan weer voor de andere. Daardoor is men als bemiddelaar dichter betrokken bij de cliënten. Wij noemen het ook wel "meerzijdig partijdig zijn". Onpartijdigheid binnen bemiddeling maakt het proces van bemiddeling veel kouder, sterieler, wat niet bevorderlijk is voor een constructieve werksfeer en wederzijds vertrouwen tussen de cliënten en de bemiddelaar. Een rechter is onpartijdig zonder meer, maar binnen de bemiddeling wil men juist een stapje verder gaan, nl. ervoor zorgen dat na afloop de relatie tussen de bemiddelde personen nog respectvol en aanvaardbaar blijft.*
- *Neutraliteit bestaat niet volgens mij. We zijn geen robot. We kiezen geen partij, onpartijdigheid past dus beter volgens mij.*
- ***neutraliteit is volgens mij beperkt tot het resultaat, onpartijdigheid tot het traject***
- *onpartijdigheid onderstel betrokkenheid, neutraliteit niet.*
- ***onpartijdigheid is mijn houding als bemiddelaar tegenover de bemiddelde personen. Neutraliteit daarentegen heeft betrekking op met mijn eigen houding tegenover de materie en die is niet altijd neutraal omdat ik als professional mijn eigen professionele (dus niet noodzakelijk neutrale) inzichten heb. Beiden kunnen gelijktijdig en naast elkaar bestaan***
- *bij mediv hebben wij geleerd 'meerzijdig partijdig' te zijn, dat betekent dat we 'partijdig' zijn voor alle partijen, implicerend dat er betrokkenheid is voor elke partij, neutraliteit houdt in dat er geen voorkeur uitgaat, niet expliciet, niet impliciet, naar een bepaalde partij. Onafhankelijkheid betekent dat de bemiddelaar op geen enkel moment noch op enige manier voordeel zou kunnen halen of belang heeft bij een bepaalde uitkomst*

- *Als mens ben je niet altijd onpartijdig, wel moet je erover waken dat je neutraal blijft.*
- *ja, de bemiddelaar is niet neutraal of onpartijdig maar 'meerpartijdig'*
- ***Neutraliteit is voor mij een attitude die je aanneemt t.o.v. de materie, het onderwerp en de problematiek. Terwijl onpartijdigheid een houding is die je aanneemt t.o.v. de personen of organisaties die je voor je hebt en waarvoor je je inzet als bemiddelaar vertoont.***
- *onpartijdigheid beschrijft misschien minder afstandelijkheid en meer betrokkenheid; ik stel me meestal meerzijdig partijdig op en leg dat ook zo aan partijen uit.. want absolute 'neutraliteit' is moeilijk en minder werkbaar m.i.*

8. Réponses en français quant au type d'intervention de la part d'un médiateur

Lorsque j'organise une médiation et que les parties me le demandent, sur 161 personnes :

- **110 personnes donnent de la pure information (68,87%)**
- **26 personnes donnent leur avis professionnel (16,3%)**
- **4 personnes donnent leur avis personnel : 4 (2,5%)**
- **43 personnes suggèrent une solution si les parties sont à court d'idées (26,9%)**
- **21 personnes ne disent rien, même si les parties leur demandent (13,1%)**

Autre :

- * *A partir de ce que je propose , je fais travailler les parties pour les améliorations , adaptation , suppression .. je veille le plus possible à ce qu'ils s'approprient la piste de travail .. là modèlent selon eux.*
- * *je leur fait comprendre qu'ils peuvent faire preuve de créativité et trouver des solutions originales*
- * *je suggère plusieurs hypothèses de solutions en invitant les parties à ouvrir les possibilités à des solutions diverses , en les invitant à "brainstormer" sur le sujet par exemple*
- * *Je pratique la médiation dite transformative (ni facultative, ni évaluative). Lorsque les parties se tournent vers moi, je peux leur suggérer d'aller s'informer mais j'évite un maximum toute information ou suggestion qui du coup freineraient leur capacité créative à trouver des solutions qui leur correspondent*
- * *Les choses sont beaucoup plus nuancées: si l'information donnée qu'elle soit personnelle ou professionnelle ne crée pas un problème de partialité ou de conflits d'intérêts ET que cela peut faire avancer un accord, alors des avis sont donnés.*
- * *Dans un cadre sécurisant et confidentiel je facilite la communication pour que les parties élaborent elles-même l'accord qui leur convient. je rédigerai cet accord si besoin.*
- * *A partir de ce que je propose , je fais travailler les parties pour les améliorations , adaptation , suppression .. je veille le plus possible à ce qu'ils s'approprient la piste de travail .. là modèlent selon eux.*
- * *Toute formulation de métaphore pour reformuler ce que l'autre dit ou ce qui se joue devant soi est déjà en soit "donner son avis". Les médiateurs et formateurs en médiation méconnaissent souvent cette réalité de l'interaction humaine. Ils sous-estiment le plus souvent ce qu'ils suggèrent dans la médiation*
- * *Je suscite leur réflexion en émettant des hypothèses*
- * *Je renvoie les parties vers leurs conseils s'ils en ont. Dans le cas contraire, je donne l'information professionnelle la plus objective possible. Je peux éventuellement suggérer des sujets à aborder si les parties n'y pensent pas (en matière familiale), afin d'éviter des blocages par la suite.*

- * *Je ne donne jamais mon avis mais je peux transmettre des informations neutres. je renvoie les parties vers les spécialistes qui pourraient répondre à des questions plus spécifiques*
- * *Je renvoie aux besoins spécifiques des médiés et suggère la recherche d'options (jamais de solution)*
- * *Je leur pose les questions utiles pour qu'ils pensent par eux-mêmes à élargir les pistes de solutions*
- * *Je les renvoie vers leurs conseils*
- * *Je réfère à des personnes habilitées à donner des informations*
- * *Je propose un panel très large d'options quand les parties sont sur position ou n'ont pas d'idée*
- * *J'invite néanmoins les parties à travers mes questions à réfléchir à certains aspects. Dans ce sens, ce n'est pas purement facilitatif.*
- * *Je m'autorise à donner des pistes de réflexion*
- * *A la limite je suggère quelque chose d'irréalisable de démesuré,...*
- * *Techniques de communication et ouverture de la créativité permettent aux participants de trouver le chemin vers une solution.*
- * *Le mot « avis » n'est pas celui que j'utiliserais mais plutôt, je questionne les clients aux depart d'alternatives qu'ils n'ont peut être pas envisagé. Il ne s'agit donc jamais d'un avis*
- * *En réalité , plutôt que de donner un avis, rien de tel que de poser des questions permettant aux médiés de s'en approprier la réponse.*
- * *Je généralise. Certains parents me disent.... et je donne de l'information sur les besoins, sentiments, strategies, comportements, rôles des enfants et parents dans la separations. Je ne prends que des mediations avec enfants et je travaille avec chaque membre de la famille*
- * *J'énumère des possibilités qui pourraient s'appliquer.*
- * *Je peux les inviter à s'informer auprès d'un avocat, d'un psychologue, d'un travailleur social...*
- * *Je cherche avec eux et parfois peux suggérer plusieurs options possibles*
- * *Les "avis" donnés le sont plutôt sous forme de questions/doutes*
- * *Je m'adapte en fonction des besoins et du public. Le contexte impose parfois de devoir transmettre des informations. Je me limite aux principes généraux valables pour les deux et ensuite les invite à consulter un professionnel*
- * *C'est différent. je ne donne pas d'avis psy mais on peut évidemment proposer des solutions concrètes sur pleins de sujets.*

9. Réponses en néerlandais quant au type d'intervention de la part d'un médiateur

Tijdens een bemiddelingssessie, als een van de partijen vraagt het, op 61 personen :

- 3 personen geven zijn persoonlijke mening (3,3%)
- 24 personen geven zijn professionele mening (39,3%)
- 44 personen geven pure informatie (Wetgeving, Jurisprudentie,...) (72,1%)
- 25 personen stellen een oplossing voor als de partijen geen ideeën meer hebben (41%)
- 3 personen zeggen niets, zelfs als de partijen zij dat vragen (4,9%)

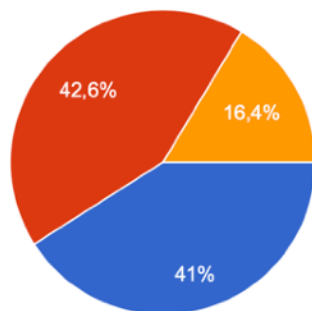
Autre :

- * Ik probeer mij zo goed mogelijk in te leven in de positie en de belangen van de partijen. Afhankelijk van de visie, mondigheid en (opleidings)niveau van de partijen probeer ik evenwicht te brengen door het activeren of bedaren van de inbreng van de partijen zodat machtsonevenwichten worden weggewerkt.
- * Ik houd me aan de gedragscode van de erkende bemiddelaar, o.a. wat betreft onafhankelijkheid, onpartijdigheid... zie <https://www.fbc-cfm.be/sites/default/files/content/explorer/Gedragscode.pdf>. De onpartijdigheid vul ik echter eerder in als 'meerzijdige partijdigheid' (zie volgende vraag).
- * Pure informatie ook bv. uit psychologische studies, diverse opties aanreiken als partijen daarom vragen, normaliseren
- * Ik stel meerdere oplossingen voor. Als dit het niet vlot trekt dan zwijg ik en laat de stilte haar werk doen. Koppels worden dan plots zeer creatief.
- * Ik stel vragen, zodat ze zelf tot een oplossing komen
- * Ik zal nooit een oplossing geven, maar soms wel een drietal opties om heb op ideeën te brengen.
- * Ik stel enkele "mogelijke" oplossingen voor om de cliënten verder te laten nadenken.
- * Ik geef soms meerdere voorbeelden van hoe andere mensen het oplossen om hun creativiteit te bevorderen
- * onderbreek ik de bemiddeling en verwijs ik door naar een raadsman
- * Ik geef persoonlijke / professionele mening en oplossingen als 'mogelijke uitwegen'. Niet als 'juist' of 'enige uitweg', eerder als: vaak zie ik dat ... of een andere optie is of het gebeurt ook wel dat ...
- * Ik geef pure informatie indien nodig en durf als partijen "vast" zitten oplossingen aan te reiken die andere partijen in gelijkaardige situaties verzonnen en geholpen hebben. Dus geen eigen oplossingen.
- * Ik geef mijn mening enkel in caucus en stel zelf oplossingen voor

10. Diagrammes de la pratique évaluative des médiateurs néerlandophones et francophones

Beoefent u de bemiddeling op een evaluatieve manier (de bemiddelaar komt tussenbeide, geeft zijn mening...) of blijft u in een faciliterende bemiddeling?

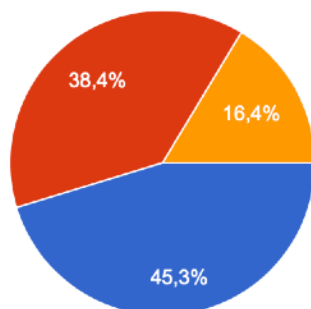
61 réponses



- Ik oefen puur faciliterende bemiddeling uit, zelfs als de partijen mijn mening vragen
- Ik beoefen faciliterende bemiddeling en, afhankelijk van wat de bemiddelde personen vragen, schakel ik soms over op evaluatieve bemiddeling.
- Ik doe aan evaluatiebemiddeling als ik denk dat de partijen dat nodig hebben.

Pratiquez vous la médiation de façon évaluative (le médiateur intervient un peu plus, a tendance à donner son avis) ou restez vous purement dans la médiation facilitative ?

159 réponses



- Je pratique la médiation purement facilitative même si les parties me demandent mon avis
- Je pratique la médiation facilitative et en fonction de ce que les personnes médiées demandent, je bascule parfois en médiation évaluative
- Je pratique la médiation évaluative si j'estime que les parties en ont besoin

LOUVAIN-LA-NEUVE | BRUXELLES | MONS | TOURNAI | CHARLEROI | NAMUR
Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique | www.uclouvain.be/drt