

La med-arb : voie d'avenir en droit belge ?

Fondements et perspectives d'une justice alternative

Mémoire réalisé par

Alice DEJOLLIER

Promoteur(s)

Jean-François VAN DROOGHENBROECK

Année académique 2014-2015

Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

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

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

Avant-propos et remerciements

Le sujet que nous abordons par le biais du présent mémoire n'est pas sans susciter la controverse. Le lecteur sera d'ailleurs amené à s'interroger à de multiples reprises sur les conséquences de l'imbrication de deux modes alternatifs *a priori* opposés : la médiation et l'arbitrage. Nous insisterons en outre sur l'importance de la confrontation de la théorie et de la pratique, la complexification et les nécessités de la seconde entraînant le développement et l'évolution de la première.

Pour comprendre entre autres l'intérêt que certains praticiens éprouvent quant à cette méthode de résolution qu'est la med-arb, nous avons eu l'opportunité de rencontrer de nombreux avocats, arbitres, médiateurs et/ou professeur, nous ayant partagé leurs impressions, avis ou réticences à ce sujet. C'est donc de ces entretiens enrichissants que se nourrit en outre la présente étude.

La med-arb ayant été initiée par des juristes anglo-saxons pour la plupart, et trouvant ancrage davantage ailleurs que dans nos contrées, il fut indispensable de nous atteler à l'étude de textes et dispositions étrangers, notamment doctrinaux et légaux, relatifs à la matière. Ils furent une source d'inspiration considérable pour l'intégration éventuelle de la med-arb en droit belge. Même si elle n'est pas totalement inconnue de nos praticiens – en témoignent nos entretiens avec les professionnels rencontrés – elle peine tout de même à faire sa place dans un système encore très imprégné par le recours traditionnel au juge étatique.

Dès lors, l'objet du présent mémoire est d'élargir les horizons de la réflexion et d'ouvrir les portes à de nouvelles méthodes de résolution, nourrissant la créativité et l'imagination des parties désireuses d'un dénouement sain, souple et flexible de leur conflit.

Mais nous insistons, cette ouverture au monde judiciaire alternatif d'ici et d'ailleurs n'aurait été possible sans les spécialistes du droit que nous avons eu la chance de rencontrer. Nous tenons donc et avant tout à remercier notre promoteur, Jean-François VAN DROOGHENBROECK, pour ses conseils avisés, sa disponibilité et son enthousiasme si dynamisant !

Nous adressons également toute notre reconnaissance à Guy KEUTGEN, pour le temps qu'il aura consacré à la lecture du présent mémoire, ainsi que pour ses précieux commentaires et remarques, qui se sont avérés plus que pertinents pour notre réflexion personnelle.

Nous remercions ensuite les nombreux professionnels ayant accepté de nous rencontrer dans le cadre de la réalisation de ce travail ; par l'échange de leurs points de vue et leurs judicieuses observations, ils auront chacun apporté une réelle plus-value à l'analyse qui suit. Merci donc à Maître Patrick VAN LEYNSEELE, au Professeur JAN KLEINHEISTERKAMP, à Maître Patrick KILESTE, Maître Olivier CAPRASSE, Maître Pascal HOLLANDER, ainsi qu'à Maître Béryl DE MAGNEE. Nous tenons également à remercier le CEPANI pour son accueil et la mise à disposition de sa bibliothèque.

Enfin, nous n'oublions pas de remercier nos chers parents, sœurs et amis, qui se seront investis dans la lecture du présent mémoire et nous auront apporté leur soutien dans l'accomplissement de la présente étude.

Introduction

« Les problèmes relationnels sont inhérents à la nature et à la dynamique d'une relation parce que vivre ensemble et communiquer, c'est compliqué et difficile »¹.

Depuis toujours, le conflit fait partie intégrante de la vie tant des individus que de la société dans son ensemble. Pour y pallier, cette dernière met au service des premiers des institutions judiciaires, chargées de faire régner l'ordre et la justice lorsque l'harmonie des ententes est rompue. Mais quelle est cette *justice* ? Aujourd'hui défendue par des cours et tribunaux dont le blason est à redorer et la légitimité à reconquérir, la justice belge traditionnelle **évolue** peu à peu. C'est ainsi qu'elle se caractérise actuellement par « le passage d'un ordre juridique imposé à un ordre juridique négocié, d'une régulation de type autoritaire à une régulation de type conventionnel »². Certains auteurs parlent d'un mouvement de *déjudiciarisation* du droit³, laissant place à la recherche de nouvelles formes de solutions « plus orientées vers le futur, vers le maintien de la coopération ou de la coexistence, que sur le passé, c'est-à-dire la sanction rigide des droits »⁴.

« Le procès est le cadre d'un affrontement dont rares sont ceux qui en sortent indemnes (...) dans un débat que l'on veut courtois malgré une tension souvent exacerbée à l'extrême »⁵. Défiant les lenteurs, dédales et coûts qu'engendre le recours au juge étatique, les modes alternatifs de règlement des litiges occupent désormais une **place à part entière** dans le système de régulation juridique. Animées par le désir d'une justice de qualité, nous verrons que les parties en conflit, aidées de leur conseil, font preuve d'une remarquable **créativité** lorsqu'il s'agit de trouver une solution acceptable et acceptée par tous, adaptée à leurs besoins sans pour autant tomber dans l'excès et les dangers d'une trop grande complexification⁶ (voy. Chapitre 1). C'est de cette liberté conventionnelle que naquit le sujet auquel nous nous intéressons aujourd'hui : la « **med-arb** », diminutif de « médiation-arbitrage », allie ces deux modes de résolution comme son nom l'indique. La médiation, mode *transactionnel et amiable* de résolution des litiges amène les parties en conflit à élaborer elles-mêmes la solution répondant à leurs besoins et leurs intérêts respectifs ; l'arbitrage, mode *juridictionnel* quant à lui, permet à un tiers nommé par les parties d'imposer la solution qui lui paraît la plus conforme au droit, compte tenu des éléments lui étant préalablement présentés. Qu'en est-il de l'articulation de ces deux modes ? Ne serait-elle pas source de dangers ou d'incertitudes ? Représente-t-elle une véritable garantie de justice pour les parties tentées d'en faire l'expérience ?

La médiation se présente comme un processus économique plutôt que juridique, à l'inverse de l'arbitrage. Mais nous verrons que pourtant *a priori* opposés pris individuellement, leur combinaison

¹ D. PICARD et E. MARC, *Petit traité des conflits ordinaires*, Paris, Le Seuil, 2006, p. 8.

² L. CADIET, *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Coll. Pratique professionnelle. Procédure, Paris, LexisNexis, 2005, p. 7.

³ B. BEELDENS, « Les modes alternatifs de résolution des litiges. La spécificité de la médiation », *R.G.D.C.*, 2010, p. 260.

⁴ E. LOQUIN, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Paris, Librairies techniques, 1980, p. 21.

⁵ P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 13.

⁶ P. FOUCARD, « Alternative Dispute Resolution et Arbitrage », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, p. 96.

peut s'avérer dans bien des cas aussi bénéfique qu'originale. Après l'avoir définie davantage dans nos contrées et ailleurs, nous dresserons la liste des avantages et inconvénients de cette méthode alternative encore peu connue en droit belge (voy. Chapitre 2).

Mais il faut néanmoins éviter de « sombrer dans l'illusion du tout alternatif »⁷. Si notre propos sera de promouvoir un mode alternatif particulier et d'en vérifier l'opportunité et la légitimité, nous le nuancerons toutefois. Il est en effet inconcevable qu'une telle méthode de résolution puisse porter atteinte aux droits fondamentaux des parties qui y recourent. C'est pourquoi nous analyserons la légalité de la clause med-arb au regard des différents principes et automatismes de droit judiciaire (voy. Chapitre 3). En effet, nombreux sont les détracteurs, auteurs ou praticiens, discréditant la med-arb en raison de son éventuelle contrariété au principe du contradictoire, à l'obligation d'indépendance et d'impartialité dans le chef du tiers intervenant (nommé le « med-arbitre »), à l'obligation de confidentialité ou encore à l'ordre public. Mais ces exigences légales, poussées à leur paroxysme, ne risqueraient-elles pas de mettre à mal la volonté des parties et de passer outre la richesse de l'esprit créatif qu'elle fait naître ? Ou au contraire, sont-elles les gardiens d'une nécessaire sécurité juridique à laquelle les parties renonceraient peut-être inconsciemment, par le choix de la med-arb aux fins de résoudre leur litige ? C'est ce que nous tenterons de vérifier en abordant successivement ces quatre grands fondements juridiques, dans le cadre de l'étude des écueils théoriques dont souffre ce mécanisme de résolution (voy. Chapitre 3, Section 1). Au-delà de ceux-ci, la fonction hybride du med-arbitre suscite elle aussi de nombreuses interrogations pratiques et entraînerait pour certains de trop grandes incompatibilités (voy. Chapitre 3, Section 2), dépréciant un peu plus encore la med-arb. Certains illustrent cette opinion avec humour, affirmant que « if same-neutral Med-Arb is a form of crack designed to addict new mediation junkies, the product lacks purity and costs too much »⁸.

Enfin, notons que « les MARC's ne doivent pas être l'instrument du plus fort contre le plus faible. Il faut les sécuriser pour accroître leur efficacité, ce qui suppose tout un travail de qualification mobilisant le droit du procès aussi bien que le droit des contrats »⁹. C'est pourquoi nous consacrerons la dernière partie du présent mémoire à la recherche de solutions permettant de justifier le recours à la med-arb (voy. Chapitre 4). Nous proposerons tant des remèdes précis – tels que la médiation évaluative ou un détour par le droit australien – que plus généraux, par une remise en question du caractère absolu des grands principes que nous citons précédemment, par quelques réflexions relatives à l'amicable composition, aux *without prejudice offers* de droit anglais, ou encore par des raisonnements analogiques en lien avec la justice étatique. Nous nous pencherons également sur des considérations d'ordre éthique, et terminerons enfin par quelques suggestions rédactionnelles plus concrètes encore.

⁷ L. CADIET, *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, op. cit., p. 8.

⁸ B. A. PAPPAS, « Med-Arb : The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True. A Response to Weisman », *Considering Regulation of ADR*, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 19, Number 3, Spring 2013, p. 42, disponible sur http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/defcon63&div=47&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults&terms=medjarb&type=matchall.

⁹ L. CADIET, *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, op. cit., p. 8.

Nombreux sont nos voisins étrangers favorisant le recours aux MARC's, par comparaison à notre régime belge. Il ne faut aller bien loin pour constater l'écart d'acceptation de cette justice alternative par rapport à notre propre système. Illustrons notre propos par l'image de la balance de Thémis, symbole par excellence de la justice et de l'équité. En Angleterre par exemple, institutions judiciaires et alternatives sont à poids égal. En France par contre, les secondes pèsent davantage que les premières, alors qu'en Belgique c'est tout l'inverse ! Il faut poursuivre ce mouvement de bascule qui nous entoure, renverser la tendance et faire pencher la balance pour plus encore d'égalité. Un peu plus de communication, de compréhension et de dialogue d'un côté, un peu plus d'encadrement juridique et d'ouverture d'esprit de l'autre, pour parvenir enfin à rééquilibrer les mentalités et mener à des solutions innovantes, auxquelles personne n'aurait pensé auparavant et qui seraient bien plus adaptées aux besoins et intérêts en jeu. Voilà tout le challenge qui se présente à nous aujourd'hui, et que nous pourrions peut-être accomplir par la voie que nous proposons ici.

Chapitre 1. Contexte : une justice alternative dans la dynamique du conflit

Avant toute chose, il nous importe de préciser le cadre dans lequel nous évoluerons. C'est de « justice alternative » dont nous parlons ici, pour désigner les modes alternatifs de règlement des conflits, plus connus sous le diminutif de « MARC's » ou « MARL's »¹⁰. Deux d'entre eux nous intéresseront plus particulièrement, à savoir la médiation et l'arbitrage, dont l'articulation donne lieu à ce que l'on appelle plus communément la « *med-arb* ». Cette méthode de résolution trouve son origine – comme beaucoup d'autres – soit dans la nécessité de certains justiciables d'éviter des frais de justice particulièrement élevés (comme c'est notamment le cas en Angleterre), soit dans leur besoin de (re)trouver une justice de qualité, à l'écoute de leurs aspirations, désirs et intérêts (comme c'est le cas en Belgique, où le système judiciaire perd en efficacité et crédibilité, notamment en raison de son arriéré grandissant). C'est dans cette quête que de plus en plus de citoyens anticipent la survenance d'un éventuel conflit au fil de leur relation – généralement commerciale en ce qui nous concerne – et prévoient de **contractualiser** la manière de le résoudre. Se développe par conséquent un certain mouvement de **privatisation de la justice**¹¹, compris comme un moyen conventionnel de restaurer plus qu'un équilibre dans le contrat, à savoir instaurer la justice.

L'objet du présent chapitre est de rappeler qu'il ne faudra jamais perdre de vue cet aspect contractuel de la *med-arb*, fondée sur le **consentement** des parties, expression de leur entente initiale quant à cette méthode de résolution. Il est le reflet de cette **liberté**, consacrée par l'article 1134 du Code civil, dont les parties font usage pour s'octroyer un **espace de flexibilité et de créativité**, qui caractérise le

¹⁰ Dans les pays anglo-saxons, l'on parle d'« ADR » pour désigner les *Alternative Dispute Resolution*.

¹¹ C. JARROSSON, « Médiation et droit des contrats », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, sous la direction de L. Cadet, T. Clay et E. Jeuland, Paris, LexisNexis, 2005, p. 44, n° 43 et suiv..

recours aux MARC's et plus particulièrement à la med-arb. Nous le verrons, médiation et arbitrage sont en de nombreux points opposés. Toutefois, ce **caractère volontaire et consensuel**, si caractéristique, les unit et les rapproche. Voici donc deux procédures privées, fondées et alliées sur la base du commun accord originel des parties.

Cette volonté commune des parties s'exprimera dans la dynamique du conflit les opposant. Pourquoi parler de **dynamique** du conflit ? Ce terme renvoie aux concepts de *force*, d'*intensité*, d'*énergie* ou encore de *mouvement*. Il s'oppose à ce qui est *statique*. C'est de cette manière que nous concevons le conflit : né d'une relation qui se transforme, se détériore, mais pouvant aussi évoluer et tendre, dans le meilleur des cas, vers l'amélioration. La med-arb répond à cette mouvance : deux phases successives, qui satisfont des besoins différents en des temps différents (nous verrons *infra* le déroulement plus approfondi de la med-arb). Mais cette façon de procéder, aussi complète soit-elle *a priori*, ne peut s'envisager que dans une certaine **complémentarité**¹² avec la justice étatique, à l'instar de tout autre MARC. « Alternative » ne signifie pas « en concurrence avec ». La justice traditionnelle ne peut exclure les modes alternatifs de règlement des conflits. C'est dans cette perspective que l'on pourra alors parler de *justice plurielle*, c'est-à-dire d'une diversification des méthodes de résolution, amiables ou non.

Enfin, il nous importe de préciser que si l'objectif de la med-arb est avant tout d'atteindre, de manière efficace et rapide, une solution au conflit opposant les parties, n'oublions pas qu'elle doit tendre vers un **idéal humain** – c'est-à-dire correspondre dans la mesure du possible à leurs attentes – **et juridique** – autrement dit, se présenter comme légalement solide.

Chapitre 2. Définition du concept

Le présent chapitre sera consacré à la définition du concept alternatif de med-arb. Pour ce faire, nous définirons dans un premier temps la médiation (voy. Section 1) et dans un second l'arbitrage (voy. Section 2). Nous exposerons les principales caractéristiques propres à ces deux modes alternatifs de règlement des litiges, et par souci de clarté et de pédagogie, un tableau récapitulatif de celles-ci, élaboré par nos soins, est joint en annexe (voy. Annexe 1). Sur cette base, nous mettrons ensuite en exergue les éléments caractéristiques repris dans le mécanisme de med-arb lui-même, afin d'en comprendre les raisons et de le définir par la suite. A cette fin, nous proposerons diverses définitions tirées de régimes juridiques étrangers, pour ensuite proposer une définition éventuellement applicable et valable en droit belge (voy. Section 3).

¹² O. CAPRASSE, « Les modes alternatifs de règlement des différends : anges ou démons ? », *Rev. Fac. de Droit de l'ULg*, n° 2004/3, p. 441.

Section 1. La médiation en Belgique

Afin de fournir une définition qui soit la plus complète et la plus claire possible de la médiation en droit belge, nous commencerons par en dresser le cadre légal (voy. Sous-section 1), et la définirons ensuite de manière stricte (voy. Sous-section 2). Nous développerons enfin les différents types de médiation existants et expliquerons l'intérêt d'une telle classification (voy. Sous-section 3).

Sous-section 1. Cadre réglementaire

Si la médiation a pendant très longtemps été laissée à la discrétion des parties, le législateur belge a jugé bon d'intervenir, il y a une dizaine d'années, en adoptant la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire¹³. Faire la promotion de ce « nouveau » mode de résolution des conflits dans la majorité des branches du droit, et favoriser dès lors plus amplement l'accès à la justice¹⁴ faisaient partie des objectifs de cette avancée législative.

Trois ans plus tard, le législateur européen comprit à son tour (lui-aussi) l'importance de légiférer en cette matière. La directive 2008/52/CE¹⁵ relative à certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, fut le résultat de cette prise de conscience.

En outre, les médiateurs sont tenus de respecter les normes déontologiques particulières applicables à la médiation¹⁶, ainsi que le Code de bonne conduite du médiateur agréé¹⁷ mis en place par la Commission fédérale de médiation, s'ils ont reçu l'agrément.

Enfin, dans l'hypothèse où les parties s'en remettraient à une institution – telle que le CEPANI (*Centre belge d'Arbitrage et de Médiation*) ou le BBMC (*Brussels Business Mediation Center*) – pour organiser et encadrer leur médiation, elles seraient tenues de respecter les dispositions du règlement¹⁸ imposé par celle-ci.

Sous-section 2. Définitions au sens strict et mise en évidence des éléments essentiels

Le Code judiciaire belge ne définit pas la médiation. L'on s'en remettra dès lors aux travaux préparatoires de la loi de 2005 précitée, qui la définissent comme « un processus de concertation

¹³ Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005.

¹⁴ P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, op. cit., p. 14.

¹⁵ Directive (CE) n° 2008/52 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L.136/3, 24 mai 2008.

¹⁶ S'agissant des avocats, voy. le Règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation, disponible sur <http://obfg.be/deo/46%20-%20manuel%20récapitulatif%20règlements%20OBFG.%20version%20avril%202011.pdf>. A titre d'illustration, aux Etats-Unis, voy. les Model Standards of Conduct for Mediators de septembre 2005, élaborés par l'American Arbitration Association, la Section de Résolution des litiges de l'American Bar Association, et l'Association for Conflict Resolution, disponibles sur https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=%2FUCM%2FADRSTG_010409&revision=latestreleased.

¹⁷ Voy. Code judiciaire, art. 1727, §6 ainsi que la Décision du 18 octobre 2007 relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé, disponible sur <http://www.fbc-cfm.be/fr/content/decisions-de-la-cfm>.

¹⁸ A titre d'illustration, voy. le Règlement de médiation du CEPANI, en vigueur au 1^{er} janvier 2013, disponible sur <http://www.cepani.be/fr/mediation/règlement-médiation>.

entre parties désireuses d'y recourir sur une base volontaire »¹⁹. Cette définition met d'abord et surtout l'accent sur le caractère **volontaire** de la médiation, consacré par l'article 1729 du Code judiciaire, disposant que « chacune des parties peut à tout moment mettre fin à la médiation, sans que cela puisse lui porter préjudice »²⁰. Il s'agit-là d'un des fondements même de la médiation : les parties gardent la maîtrise de leur litige et ne peuvent donc être contraintes de trouver un accord²¹. Chacune d'entre elles peut, unilatéralement et à tout moment, se retirer de la médiation.

A l'échelle européenne, on entend par médiation le « processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur. Ce processus peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre »²². Cette définition permet de mettre en évidence un second élément caractéristique de la médiation : le médiateur est là pour **aider** les parties, les soutenir dans la résolution de ce qui les oppose. Il ne donne pas sa propre solution au litige ; il ne tranche pas le différend.

Au-delà de ces définitions légales – non sans lacunes à notre sens – plusieurs auteurs doctrinaux se sont eux-aussi attelés à la tâche. De manière très juste et précise, Pierre-Paul RENSON reprend admirablement chaque élément caractéristique de la médiation pour en donner la définition suivante : il s'agit-là d'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 »²³ (souligné par nous).

Un nouvel élément, fondamental et pourtant absent des définitions légales qui précèdent²⁴, est le caractère **confidentiel** de la procédure de médiation. Ce principe essentiel et légal depuis son insertion dans le Code judiciaire²⁵, « couvre tout ce qui peut être exprimé verbalement ou non, ainsi que tout ce qui est écrit au cours d'une médiation et pour les besoins de celle-ci »²⁶. Nous n'entrerons pas dans les détails de cette obligation de confidentialité, mais nous préciserons néanmoins qu'elle peut être écartée par les parties moyennant leur accord exprès, ce qui est notamment nécessaire pour l'homologation de l'accord intervenu entre elles²⁷. Si la médiation en elle-même est gardée sous

¹⁹ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-327/1, p. 10.

²⁰ Art. 1729 du Code judiciaire.

²¹ O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *La médiation : voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 78, n° 25.

²² Art. 3, a) de la Directive 2008/52/CE.

²³ P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, op. cit., p. 15.

²⁴ Ce qui est étonnant étant donné que ce principe de la confidentialité de la médiation est consacré tant par le Code judiciaire en son article 1728, que par la Directive 2008/52/CE en son article 7. On le retrouve également à l'article 4 du Règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en médiation, ainsi qu'à l'article 8 du Code de bonne conduite du médiateur agréé.

²⁵ Le processus de médiation est en effet soumis à un régime de stricte confidentialité, prévu à l'article 1728 du Code judiciaire.

²⁶ P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, op. cit., p. 59.

²⁷ *Ibid.*

le sceau du secret, notons que les **caucus** – c'est-à-dire les rencontres privées qu'entretient le médiateur avec chacune des parties séparément, sans que ce qui y soit dit ne soit révélé à l'autre partie²⁸ – sont aussi l'occasion de créer un espace de confidentialité et donc de plus grande franchise entre les parties et le médiateur. Une fois encore, l'accord de chacune des parties devra être donné sur le principe des caucus²⁹ ainsi que sur la levée du secret qui les entoure³⁰.

Toutes les définitions que nous avons préalablement examinées sont unanimes sur la nature de la médiation : il s'agit avant tout et surtout d'un **processus**. Il s'agit d'une « technique par laquelle les parties vont être amenées, grâce au savoir-faire du médiateur, à envisager leur différend dans le but d'arriver à une entente »³¹. L'on sort du cadre procédural et normatif de la résolution judiciaire ou arbitrale des conflits, pour s'adonner à une méthode plus souple mais néanmoins soumise au respect d'un certain nombre d'exigences impératives³².

En outre, l'on attend du médiateur qu'il agisse en tant que **tiers neutre, indépendant et impartial**³³, dont le rôle est d'aider les parties dans l'élaboration d'une harmonie équitable qui, atteinte en totale connaissance de cause, respectera avant tout leurs **besoins**³⁴. Ceci permettra une meilleure exécution de l'accord intervenu. « La personnalité du médiateur, son autorité, la confiance dont il bénéficie auprès des parties restent des éléments essentiels au succès d'une telle procédure »³⁵.

Enfin, pour clore l'éventail des principes fondateurs et caractéristiques indispensables de la médiation, notons que le médiateur se fondera non pas sur des questions de droit purement matériel, mais sur des **éléments de faits** et en tenant compte des **intérêts propres des parties** – pouvant dès lors dépasser largement le cadre juridique – pour guider celles-ci sur la voie de la réconciliation.

Sous-section 3. Les différents types de médiation

En Belgique, l'on distingue traditionnellement trois types de médiation :

- La médiation **volontaire**, proposée d'un commun accord par les parties, à leur propre initiative, et dans laquelle elles désignent elles-mêmes un médiateur agréé par la Commission fédérale de médiation³⁶ – ou confient cette désignation à un tiers – « indépendamment de toute procédure judiciaire ou arbitrale, avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure judiciaire »³⁷. L'avantage de procéder à une médiation encadrée par un médiateur agréé est que l'accord

²⁸ Y. CHAPUT, « Médiation et contentieux des affaires », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, sous la direction de L. Cadet, T. Clay et E. Jeuland, Paris, LexisNexis, 2005, p. 109, n° 131 et O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *op. cit.*, p. 88, n° 75.

²⁹ Voy. notamment l'article 12 du Code de déontologie du médiateur agréé ainsi que l'article 4 du règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière commerciale.

³⁰ Voy. notamment l'article 1728, §1 du Code judiciaire.

³¹ V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la coordination de D. Matray, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 28, n° 23.

³² *Ibid.*

³³ Cette question sera explicitée *infra*.

³⁴ V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, p. 28, n° 22.

³⁵ O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *op. cit.*, p. 85, n° 64.

³⁶ Conformément aux articles 1726 et 1727 du Code judiciaire.

³⁷ Art. 1730 du Code judiciaire.

obtenu par les parties pourra faire l'objet d'une homologation par le juge³⁸, ce qui le rendra dès lors authentique et exécutoire.

- La médiation **judiciaire**, qui intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire, au fond ou en référé. Le juge saisi dans le cadre de celle-ci, « à la demande conjointe des parties ou de sa propre initiative mais avec l'accord de celles-ci, [ordonne] une médiation, tant que la cause n'a pas été prise en délibéré »³⁹. En principe, le Code judiciaire prévoit la désignation d'un médiateur agréé à cette fin. Les parties pourront donc solliciter du juge qu'il entérine l'accord convenu entre elles⁴⁰, revêtu alors de la formule exécutoire et authentique.
- La médiation **libre**, reposant uniquement sur la volonté des parties, indépendamment du respect de toute formalité particulière⁴¹ et sans qu'il soit donc nécessaire de nommer un médiateur agréé. A la différence des deux précédentes, elle ne bénéficie d'aucune consécration légale particulière et ne permet donc pas l'homologation judiciaire de l'accord obtenu⁴², qui n'aura qu'autorité de force convenue⁴³ et prendra généralement la forme d'une transaction ou d'un contrat.

L'intérêt de présenter ces trois types de médiation est de savoir où se situe la med-arb. Selon Olivier CAPRASSE et Patrick KILESTE, il semble qu'elle soit possible en présence d'une médiation volontaire ou libre, la seule différence entre celles-ci, rappelons-le, tenant à l'agrément du médiateur et à la possibilité donc d'une éventuelle homologation par le juge.

Outre cette distinction classique en droit belge, l'on voit que se dessine peu à peu dans le droit français et anglo-saxon, une toute autre façon d'envisager la médiation : d'une médiation **facilitative** – enseignée traditionnellement chez nous – par laquelle le médiateur est essentiellement un facilitateur, « une personne qui aide les parties à (re)créer un dialogue entre elles en vue d'aboutir à une solution transactionnelle acceptable pour chacune d'elles »⁴⁴, l'on passerait progressivement à une médiation dite **évaluative**, au cours de laquelle le médiateur procède, comme son nom l'indique, à des évaluations, c'est-à-dire qu'il n'hésite pas à donner son point de vue sur l'une ou l'autre question, à exprimer son opinion et se veut donc davantage proactif⁴⁵. Nous approfondirons cette question *infra* (voy. Chapitre 4).

Section 2. L'arbitrage en Belgique

La structure de notre raisonnement, pour l'analyse et la définition de l'arbitrage, sera à quelques nuances près semblable à la celle de la médiation.

³⁸ Sur la base des articles 731 et suivants du Code judiciaire.

³⁹ Art. 1734 du Code judiciaire.

⁴⁰ Art. 1733 et 1043 du Code judiciaire.

⁴¹ O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *op. cit.*, p. 75, n° 13.

⁴² P.-P. RENSON, *La médiation civile et commerciale*, *op. cit.*, p. 18. Si par principe, les parties ne peuvent saisir aucune juridiction pour donner force exécutoire à leur accord, nous pensons néanmoins qu'il devrait leur être permis de solliciter son homologation (conformément aux articles 731 et suivants du Code civil) auprès du juge ; un tel principe les priverait d'un intérêt tout à fait légitime, à savoir obtenir la reconnaissance et la consécration d'une harmonie nouvelle.

⁴³ Art. 1134 du Code civil. Il fera donc l'objet d'une convention tenant lieu de loi aux parties l'ayant formée.

⁴⁴ P. VAN LEYNSEELE, « Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons-nous changer de point de vue ? », *J.T.*, 2014, p. 609.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 610 à 611.

Sous-section 1. Cadre réglementaire

En droit belge, l'arbitrage fait l'objet d'une réglementation particulière, contenue dans la sixième partie du Code judiciaire⁴⁶. Ces dispositions ont fait l'objet d'une récente et importante réforme, consacrée par l'introduction de la loi du 24 juin 2013, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013⁴⁷.

Comme pour les médiateurs, les arbitres seront tenus de respecter des règles déontologiques contenues dans des codes⁴⁸ ou règlements, tels que les Règles de bonne conduite pour les procédures d'arbitrage à l'intervention du CEPANI, si les parties ont décidé de soumettre la résolution de leur conflit à cette institution.

Sous-section 2. Définitions au sens strict et mise en évidence des éléments essentiels.

L'arbitrage peut être défini comme « l'institution par laquelle deux ou plusieurs parties confient à un tiers la mission juridictionnelle de trancher leur différend de manière à aboutir à une sentence exécutable »⁴⁹. L'on peut de suite identifier quelques différences – et non des moindres – que présente cette définition par rapport à celle de la médiation. Premièrement, il ne s'agit pas ici d'un processus mais d'une véritable **procédure**, c'est-à-dire l'« institution d'une justice privée, régie par des règles spécifiques contenues dans le Code judiciaire, par laquelle les parties soustraient volontairement leur litige à la juridiction étatique pour la confier à un tiers arbitre »⁵⁰. L'arbitrage se caractérise par une **nature mixte**, à savoir **conventionnelle**⁵¹ par son origine et **juridictionnelle** par sa fonction⁵². C'est ainsi que l'arbitrage révèle toute son originalité.

Ainsi, à l'instar de la médiation, l'arbitrage est un mode **volontaire** de résolution des litiges, en ce qu'il trouve son fondement dans la volonté des parties de recourir à cette voie alternative, concrétisée par la convention d'arbitrage qu'elles auront préalablement conclue⁵³. Cette même volonté devra être exprimée par les litigants pour mettre un terme à la mission du/des arbitre(s) désigné(s). En effet, à la différence de la médiation qui autorise unilatéralement un intervenant à renoncer au processus en raison d'une défaillance du médiateur par exemple, l'arbitrage exige quant à lui l'accord unanime des parties sur cette question⁵⁴. La volonté commune des parties est donc souveraine⁵⁵ s'il s'agit de mettre fin au mandat de l'arbitre.

⁴⁶ Art. 1676 à 1723.

⁴⁷ Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 26 juin 2013, p. 41263.

⁴⁸ Voy. à titre d'illustration, aux Etats-Unis, le Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes du 1^{er} mars 2004, élaboré par l'American Arbitration Association et l'American Bar Association, disponible sur https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=UCM/ADRSTG_003867.

⁴⁹ V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, p. 39, n° 31.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ En effet, la procédure arbitrale devra être conforme aux principes notamment dégagés par la doctrine, tels que le principe de l'autonomie de la volonté, de la bonne foi contractuelle, de la force obligatoire du contrat, ou de l'effet relatif des conventions à l'égard des tiers.

⁵² C. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 8.

⁵³ Ce caractère volontaire se trouve consacré à l'article 1676 du Code judiciaire.

⁵⁴ Art. 1688 et suiv. Du Code judiciaire.

⁵⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, *Le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 332, n° 402.

En outre, alors que le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir juridictionnel, ni en fait, ni en droit, l'arbitre jouit quant à lui d'un **véritable pouvoir de juridiction** qu'il tire de l'article 1710 du Code judiciaire⁵⁶, lui permettant de statuer en principe⁵⁷ sur la base des règles de droit. En effet, si la médiation se concentre avant tout sur les faits entourant le litige ainsi que les intérêts et besoins des parties, et met en œuvre de multiples techniques de communications, l'arbitrage doit, en ce qui le concerne, présenter les mêmes garanties⁵⁸ que la justice traditionnelle étatique, aux fins d'asseoir sa légitimité et d'assurer dès lors une procédure arbitrale efficace et équitable⁵⁹.

Quant au tiers intervenant, qu'il soit arbitre ou médiateur, celui-ci devra être neutre, indépendant et impartial tout le long du chemin vers la résolution. Mais d'une méthode à l'autre, leurs rôles respectifs changent et sont très contraires : « pour simplifier, on peut dire que dans l'arbitrage les parties recourent aux services d'un tiers qui rend une **décision** alors que dans la médiation elles louent les services d'une personne qui facilite les négociations »⁶⁰ (souligné par nous). L'arbitre rend en effet une **sentence arbitrale**, qu'il devra en principe fonder et motiver au regard des **règles matérielles de droit**, comme nous l'avons déjà précisé et conformément au paragraphe 4 de l'article 1713 du Code judiciaire. Cette sentence sera obligatoire et définitive : elle contiendra la conclusion de l'arbitre et sera revêtue de **l'autorité de la chose jugée**⁶¹. A ce titre, elle sera susceptible d'exécution si elle bénéficie de l'exequatur⁶².

Au-delà de ces discordances, l'arbitrage présente néanmoins quelques similitudes avec la médiation : il s'agit tout d'abord d'un mode alternatif, comme nous l'avons vu *supra*, fondé sur la volonté commune des parties. De plus, beaucoup sont unanimes pour dire que l'arbitrage est considéré comme **confidentiel**. Si cette caractéristique de l'arbitrage n'est pas légalement reconnue en droit belge⁶³ comme l'est pourtant la médiation, elle se présente néanmoins comme une *obligation implicite* à charge des parties et de l'arbitre⁶⁴, justifiée par le fait qu'elles « recherchent dans l'arbitrage une autre justice que celle administrée par les tribunaux étatiques, en particulier l'exclusion de toute publicité. [Elles] trouvent dans l'arbitrage la garantie du secret de leurs affaires »⁶⁵. En 1981, Guy KEUTGEN et Marcel HUYS considéraient d'ailleurs déjà que « l'arbitrage évite (...) la révélation de

⁵⁶ Voy. les paragraphes 1 et 2 de l'article 1710 du Code judiciaire : « § 1^{er}. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. (...) § 2. A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il juge les plus appropriées ».

⁵⁷ Nous le verrons *infra*, l'arbitre est parfois amené à statuer en équité, en qualité d'amiable compositeur et conformément à l'article 1710, §3 : « Le tribunal arbitral statue en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé ».

⁵⁸ Comme par exemple le principe du contradictoire, que nous aborderons *infra*.

⁵⁹ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 40.

⁶⁰ CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MEDIATION DE L'ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, Guide de l'Arbitrage de l'OMPI, disponible sur http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/arbitration/919/wipo_pub_919.pdf.

⁶¹ Le paragraphe 1 de l'article 1713 du Code judiciaire stipule que « le tribunal arbitral statue définitivement ou avant dire droit par une ou plusieurs sentences ». Le paragraphe 9 du même article précise en outre que « la sentence, a, dans les relations entre les parties, les mêmes effets qu'une décision d'un tribunal ».

⁶² Voy. les art. 1719 à 1721 du Code judiciaire à cet égard.

⁶³ Notons cependant que le Règlement du CEPANI, applicable depuis le 1^{er} janvier 2013, prévoit en son article 25 qu'« à moins qu'il n'en ait été convenu autrement par les parties ou sauf obligation légale de publicité, la procédure arbitrale est confidentielle ». Le règlement du CEPANI ne s'appliquant qu'aux arbitrages se déroulant sous son égide, nous ne pouvons en déduire une obligation générale et légale de confidentialité de l'arbitrage.

⁶⁴ J.-F. TOSSENS, « La confidentialité de l'arbitrage : valeur cardinale ou poncif ? », *Arbitrage et confidentialité*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 24, n° 3.

⁶⁵ E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 2006/2, pp. 334 et 335.

dissensions qui opposent les entreprises ou les individus »⁶⁶, leur permettant inévitablement de maintenir leur réputation⁶⁷. Nous en resterons là en ce qui concerne la question de la confidentialité de l'arbitrage, car elle mériterait de plus amples développements qui n'ont pas leur place ici.

Sous-section 3. Les différents types d'arbitrage

Rappelons à présent et succinctement la distinction qui oppose deux grands types d'arbitrage : l'arbitrage institutionnel et l'arbitrage *ad hoc*.

Le premier est celui par lequel les parties indiquent, dans leur convention d'arbitrage, soumettre leur différend au règlement d'une institution ou de tout autre centre d'arbitrage permanent et compétent pour organiser et encadrer le déroulement de la procédure⁶⁸. Ce recours à l'institution est un gage de célérité et de sécurité juridique, en raison du contrôle qu'elle exerce sur l'application de son règlement ainsi que l'assistance juridique et administrative qu'elle offre aux arbitres désignés⁶⁹. A l'inverse, l'arbitrage *ad hoc* est laissé à l'entière discrétion des parties, et dépend donc étroitement de leur volonté commune et certaine tout au long du processus, requérant ainsi leur attention toute particulière depuis la rédaction de la convention d'arbitrage jusqu'à la clôture de la procédure, en passant par la désignation de l'arbitre ou du tribunal arbitral⁷⁰.

Nous avons à présent dressé l'esquisse belge des deux modes alternatifs de règlement des conflits qui nous concernent, et en avons comparé les caractéristiques principales tout le long de notre analyse. Voyons, comme annoncé *supra*, lesquelles sont essentielles et se recoupent dans l'établissement d'une med-arb, et tentons de définir ce concept en droit belge.

Section 3. La med-arb : un mécanisme « hybride »

Penchons-nous donc désormais sur la définition de la med-arb, en droit étranger d'abord puisque telle est son origine, en droit belge ensuite puisqu'elle est la base d'une juste compréhension et réflexion pour la suite.

Sous-section 1. La med-arb définie en droit étranger

La « med-arb », contraction de *médiation-arbitrage* (comme son nom l'indique), a d'abord vu le jour dans des états davantage ouverts aux MARC's ainsi qu'à la libre créativité des parties, tels que certains états d'Amérique du Nord par exemple. Les traces les plus anciennes de cette technique de résolution remontent aux années 40' au Canada⁷¹ ; elle s'est ensuite développée dans le monde entier pour s'appliquer désormais à tout type de litige – et plus généralement et surtout aux litiges

⁶⁶ G. KEUTGEN et M. HUYS *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 10, n° 13.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 956, n° 898.

⁶⁸ G. KEUTGEN, « L'arbitrage : une institution à visage humain », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la coordination de D. Matray, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 335, n° 9.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 335, n° 9.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 337, n° 9.2.

⁷¹ M. E. TELFORD, « Med-Arb : A Viable Dispute Resolution Alternative », *Current Issues Series*, Kingston, I.R.C. Press, 2000, p. 1, disponible sur <http://irc.queensu.ca/sites/default/files/articles/med-arb-a-viable-dispute-resolution-alternative.pdf>.

commerciaux – même si elle peine encore aujourd'hui à faire sa place dans des états plus réticents et attachés aux méthodes de résolution traditionnelles, tels que la Belgique. S'il n'y a aujourd'hui encore aucune définition universelle de la med-arb⁷², l'on constate que de nombreux auteurs se sont adonnés à l'exercice.

A l'origine, aux Etats-Unis, le phénomène de la med-arb est né de l'esprit créatif du médiateur et arbitre californien Sam KAGEL, qui en 1972 s'était vu saisi d'un litige de droit social⁷³ et non commercial comme c'est plutôt le cas aujourd'hui. Depuis lors, les articles se multiplient au sujet de cette méthode, tant elle passionne par la controverse qu'elle suscite. Bette J. ROTH, médiatrice et arbitre à Boston, définit la med-arb comme « the hybrid form of dispute resolution (...), a two-step process in which a single neutral (med-arbitrator) combines mediation with binding arbitration »⁷⁴. Cette définition, un tantinet trop succincte à nos yeux, peut être complétée par celle de Sherry LANDRY, libellée comme suit : « the med-arb method is a technique that fuses the "consensuality" of mediation with the "finality" of arbitration »⁷⁵. Cette dernière définition renvoie au caractère hybride de la med-arb, que nous développerons *infra*.

La jurisprudence américaine propose elle aussi sa définition de la med-arb, qui se veut quant à elle plus accomplie et concrète : « Med-arb is designed to bring together the benefits of both mediation and arbitration in one forum. The parties use one neutral person as both mediator and arbitrator. Med-arb is a two-step process, first using mediation and then using formal arbitration to decide any issues not settled at the mediation stage. Because the med-arbitrator has more authority than the traditional mediator, the parties are encouraged to be more honest with each other during the mediation stage, knowing that the neutral person will resolve all remaining unsettled matters. The final result of med-arb is a binding decision which includes the agreements achieved during the mediation phase and the arbitration decisions »⁷⁶.

Ce panel de définitions nous permet d'ores et déjà de mettre en évidence quelques caractéristiques fondamentales de la med-arb : un **tiers neutre** joue l'intermédiaire entre les litigantes, s'inscrivant dans un processus **hybride** se déroulant en **deux phases successives** – la médiation puis l'arbitrage – et alliant le caractère **consensuel** propre à la médiation, à la **certitude d'une solution**, c'est-à-dire un accord de médiation ou une sentence arbitrale. Nous développerons le déroulement de ce processus *infra*.

La med-arb fait également son œuvre dans d'autres coins du monde : par exemple au Canada – qui en est l'origine⁷⁷ comme nous l'avons déjà précisé –, en Australie⁷⁸ ainsi qu'au Japon⁷⁹ et ailleurs. La

⁷² R. HILL, « MED-ARB : New Coke of Swatch ? », *Arbitration International*, Vol. 13, n° 1, p. 105, disponible sur <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/arbint/13/1/105.full.pdf>.

⁷³ S. KAGEL, « Combining Mediation and Arbitration », *Monthly Lab. Rev.*, Vol. 96, 1973, p. 62.

⁷⁴ B. J. ROTH, « Med-arb, Arb-med, Binding Mediation, Mediator's Proposal, and other Hybrid Processes », *American Arbitration Association Advanced Mediator Training*, 2009, p. 2, disponible sur <http://rothadr.com/pages/publications/aaa%20medarb.pdf>.

⁷⁵ S. LANDRY, « Med-Arb : Mediation with a Bite and an Effective ADR Model », *Def. Counsel J.*, 1996, Vol. 63, Issue 2, p. 264.

⁷⁶ *Alternative Dispute Resolution*, *Am. Jur. 2d*, 2014, vol. 4, §17.

⁷⁷ Voy. entre autres les articles suivants : M. E. TELFORD, *op. cit.* ; ainsi que L. WOLFSON, « When med-arb goes bad », *ADR Update*, Newsletter of the ADR Institute of Ontario, Inc., winter 2010-2011, p. 9, disponible sur http://www.adrontario.ca/resources/ADR_Update_Newsletter_Winter2010_2011v2.pdf.

⁷⁸ Voy. entre autres les articles suivants : R. ANGYAL S.C., « Med-arb – past, present and potential », *CEDIRES*, 13 août 2011, disponible sur

vision de ceux-ci est tout à fait cohérente avec celle jusqu'à présent commentée. C'est la raison pour laquelle nous ne citerons pas davantage de définitions, évitant ainsi toute redite⁸⁰.

Elle fait également son apparition, toutefois plus timide et réservée, sur le continent européen. Ainsi, au Royaume-Uni, il semblerait que l'on en parle plus qu'on ne la pratique⁸¹. Il en est de même en Suisse ; Richard HILL, médiateur, qualifie d'ailleurs la med-arb de « particular method that raises some controversy in Europe (...) ; the practice of starting to resolve a dispute by a mediation process, and then switching to an arbitration process if the mediation fails, [in which] the mediator becomes the arbitrator, [is viewed] with **suspicion** »⁸² (souligné par nous).

Malgré les nombreux reproches adressés à la med-arb (voy. *infra*), certaines parties, plus hardies et audacieuses, ont tenté l'expérience dans nos pays voisins.

C'est ainsi que les tribunaux luxembourgeois ont eu à connaître d'un tel cas ; Jan KAYSER, avocat à la Cour, en profita pour la définir comme « la clause compromissoire (...) [qui] contient une sorte de "double formule *Alternative Dispute Resolution* (ADR)" en prévoyant, en cas de conflit, une procédure de médiation devant un médiateur et, en cas d'échec seulement de cette procédure, une procédure d'arbitrage connectée, le cas échéant, en aval »⁸³.

En France, Thomas CLAY eut l'occasion de commenter un arrêt de la Cour de cassation en 2004, amenée à se prononcer sur la question de l'annulation d'une sentence arbitrale, au motif que l'arbitre n'était plus impartial au moment de la remise de sa décision étant donné le rôle de conciliateur qu'il avait eu à jouer précédemment durant l'instance. Si la conciliation doit être distinguée de la médiation (ce que nous approfondirons *infra*), cette affaire permet néanmoins de soulever la question de modèles de résolution émergents tels que la med-arb. Le professeur français en parle de manière simple, comme visant « une nouvelle manière de résoudre les litiges consistant à demander à un tiers d'être d'abord médiateur, puis arbitre si la médiation échoue »⁸⁴. Cette manière de présenter la med-arb met en évidence le caractère **volontaire** du mécanisme, résultant bien d'une demande des parties adressée à un tiers. En France, il semblerait qu'il soit en plein essor, au point que les centres de médiation et/ou arbitrage proposent cette formule hybride de manière presque systématique⁸⁵.

http://www.cedires.be/index_files/ANGYAL_Robert_www.nswbar.asn.au_docs_professional_adr_documents_angyal_082011.pdf ; A. L. LIMBURY, « Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR », *Institute of Arbitrators and Mediators Australia Forum*, Sydney, 3 août 2005, disponible sur <http://www.haskama.co.il/mediation/document/MED-ARB.pdf> ; ainsi que du même auteur : A. L. LIMBURY, « Med-Arb :— getting the best of both worlds », *Law Society of NSW Journal*, 21 juillet 2010, disponible sur <https://imimmediation.org/cache/downloads/30zzdkccdig4skgw80c8swwc0/hybrid-processes-2010---article-by-alan-limbury.pdf>.

⁷⁹ Voy. entre autres l'article suivant : H. SMITH, « Med-Arb — an Alternative Dispute Resolution practice », *Japan dispute avoidance newsletter*, n° 113, Février 2012, disponible sur <http://hsf.com/-/media/HS/T29021246%202.pdf>.

⁸⁰ Nous préciserons par contre plus tard (voy. Chapitre 4) que le droit australien reconnaît implicitement la med-arb, dans la Section 27D du *Commercial Arbitration Act* de 2011, intitulée « *Power of arbitrator to act as mediator, conciliator or other non-arbitral intermediary* », disponible sur [http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt7.nsf/DDE300B846EED9C7CA257616000A35719B4FEDA530DF8B29CA257B5C00831C2E/\\$FILE/11-50aa002%20authorised.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt7.nsf/DDE300B846EED9C7CA257616000A35719B4FEDA530DF8B29CA257B5C00831C2E/$FILE/11-50aa002%20authorised.pdf).

⁸¹ J. LANG, « Med-Arb — an English Perspective », *New York State Bar Association*, 2009, p. 1, disponible sur <http://www.jonlang.com/pdf/Article%20-%20Mediation%20ArbitrationI.pdf>.

⁸² R. HILL, *op. cit.*, p. 1.

⁸³ J. KAYSER, « L'exception d'incompétence et de suspension de la procédure fondée sur une clause compromissoire dite « med-arb » », note sous Trib. Arrond. Luxembourg (2^e ch.), 22 juin 2012, *J.T.L.*, 2013, pp. 87 et 88.

⁸⁴ T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2004, n° 44, p. 3180.

⁸⁵ *Ibid.*

Le panorama des diverses définitions de la med-arb partout ailleurs qu'en Belgique étant ainsi dressé, il est temps pour nous de nous pencher sur son existence et sa définition dans notre droit national.

Sous-section 2. La med-arb définie en droit belge

Très rares sont les auteurs ayant examiné la question en Belgique. Pour beaucoup, allier médiation et arbitrage en un seul mode de résolution s'avère dénué de sens, pour les raisons que nous exposerons *infra*. Pourtant, certains ne sont pas défavorables à un tel concept et en soutiennent même l'intégration. En Belgique, le maître et précurseur en la matière est avocat, médiateur et arbitre : Patrick VAN LEYNSEELE fait en effet partie des fervents défenseurs des MARC's, comprenant la med-arb. Sa définition de cette méthode alternative se présente davantage comme une explication du développement du processus et de sa finalité, mais elle permet néanmoins d'en rappeler et d'en structurer les fondements. Il s'agit selon lui d'un « mode de résolution des conflits qui combine médiation et arbitrage. Le but est de tenter de résoudre un conflit à l'amiable avec l'aide d'un médiateur, tout en ayant la garantie qu'en cas d'échec de la médiation une solution sera apportée. »⁸⁶. L'« on parlera [donc] de Med-Arb lorsque la médiation n'aboutit pas à un accord mais que les parties, faisant ainsi preuve de confiance envers leur médiateur, lui demandent de trancher leur différend comme le ferait un arbitre »⁸⁷. Pourtant complètes, ces « définitions » ne mentionnent pas de manière expresse une caractéristique essentielle de la med-arb relevée dans le cadre de l'analyse comparée qui précède : le caractère **consensuel** de la med-arb, qui – nous le supposons – est sous-entendu dans le fait qu'il s'agisse d'une méthode de résolution alternative, impliquant donc nécessairement l'accord des parties.

Confrontant maintenant les définitions que nous avons jusqu'ici évoquées, et rassemblant dès lors l'ensemble des traits fondamentaux de la med-arb jusqu'alors épinglés, en y ajoutant les compléments que nous jugeons salutaires, nous suggérons de définir la med-arb et son processus comme suit :

Il s'agit selon nous d'un **mode alternatif de résolution** des conflits **hybride**, en ce qu'il allie successivement une première phase de **médiation**, se tenant entre les parties et le médiateur – **tiers neutre, indépendant et impartial**, qualifié dans ce cadre de *med-arbitre* – et qui, si elle ne donne pas lieu à un accord **amiable** entre elles, est suivie – moyennant leur **consentement** et une totale **confiance** en ce tiers – d'une seconde phase **d'arbitrage** par laquelle ce même tiers, connaissant déjà les tenants et aboutissants du litige⁸⁸, prendra la « casquette » d'arbitre et **décidera** à la place et pour les parties, assurant dès lors une **issue certaine** aux dissensions qui les opposent.

Par souci pédagogique une nouvelle fois, nous proposons au lecteur deux annexes permettant de visualiser le processus de manière schématique (voy. Annexe 2).

⁸⁶ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *Liber amicorum Georges-Albert Dal : l'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 834.

⁸⁷ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim pratique : revue pratique de l'immobilier*, Bruxelles, De Boeck, 2014/1, p. 102.

⁸⁸ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 834.

Ce qui fait toute la beauté de la med-arb – mais aussi toutes les interrogations qu'elle suscite – est que le médiateur même joue le rôle d'arbitre en cours de procédé. Certains états, comme la France, distinguent ce type de med-arb de celle par laquelle les deux phases du processus sont menées par deux personnes différentes, un médiateur et un arbitre distincts⁸⁹. Nous ne nous épancherons pas sur cette question, celle-ci dépassant largement l'objet du présent mémoire.

On notera enfin qu'un pré-accord de médiation pourrait être éventuellement conclu au sujet d'un certain nombre de points constituant le corps du litige, et que seules les questions restant non résolues pourraient dès lors faire l'objet d'une procédure arbitrale par la suite⁹⁰.

Sous-section 3. Les raisons du recours à la med-arb et ses avantages

Nous n'entrerons pas ici à proprement parler dans le débat opposant les détracteurs de la med-arb à ses fervents défenseurs, car nous tenterons, tout le long du présent mémoire, d'inciter le lecteur à forger sa propre opinion quant à l'opportunité d'un tel mode de résolution. Mais ceci présente un début d'argumentation, propice à cette fin.

Si les parties recourent à la med-arb, c'est parce qu'elle donne avant tout la garantie d'une **issue** – transactionnelle ou contraignante – à leur différend, répondant en outre à des exigences de **célérité**⁹¹ et de **réduction des coûts**. Même si la procédure arbitrale est réputée comme coûteuse en raison des dépenses financières liées au nombre d'arbitres qualifiés, ainsi qu'à la hauteur des intérêts en cause, il faut nuancer ces propos et rappeler que « le facteur coût ne peut être dissocié du facteur temps »⁹². Nous pensons qu'un procès dans les tribunaux étatiques s'étalant sur une dizaine d'années engendrera les mêmes coûts, voire plus encore, qu'une procédure arbitrale menée sur une à trois années⁹³. Il s'agit de faire l'économie d'une procédure longue et épuisante, devant des tribunaux distants et submergés.

Selon nous, le plus grand bénéfice que les parties peuvent tirer de la med-arb est qu'il ne leur sera **plus nécessaire de réexpliquer** les faits et fondements de leurs prétentions au médiateur devenu arbitre : elles auront eu l'occasion d'en discuter longuement et largement durant la première phase de médiation ainsi échouée⁹⁴.

Enfin, certains sont convaincus que la med-arb est le mode de résolution des conflits **le plus flexible**, en ce qu'il offre aux parties l'opportunité de gérer le processus de résolution à leur guise, entre médiation et arbitrage⁹⁵. Selon certains, une telle flexibilité est tout simplement inexistante dans une

⁸⁹ La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris parle de *med-arb simultanés* pour nommer ce type de med-arb. Voy. Guide de la médiation et de l'arbitrage du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, *Aegi Solutions CMAP*, 2006, pp. 65 et suiv.

⁹⁰ CONSTRUCTION DISPUTE RESOLUTION SERVICES, « Mediation-Arbitration », disponible sur <http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm>.

⁹¹ Nos échanges avec les professionnels nous permettent d'indiquer que la rapidité d'une telle procédure dépend du travail des avocats, certains d'entre eux n'hésitant pas à multiplier les travaux afin d'augmenter leur part d'honoraires. Nous regrettons cette pratique tendant à pervertir le mécanisme de résolution.

⁹² P. DE BOURNONVILLE, *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 79, n° 43.

⁹³ Pour apaiser les critiques formulées à l'égard des coûts de l'arbitrage, voy. *Ibid.*.

⁹⁴ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 127.

⁹⁵ G. F. PHILLIPS, « Same-Neutral Med-Arb : What Does The Future Hold ? », *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2005, n° 2/1, pp. 77 à 79.

médiation ou un arbitrage pris isolément : « that flexibility is a unique and hugely beneficial attribute of med-arb »⁹⁶. Les parties gardent davantage la **maîtrise** du processus que dans une médiation ou un arbitrage « purs ». Comme le précise très justement John T. BLANKENSHIP, « logic suggests that a process with more **conciliatory**, more **creative** and **less hostile** parties is going to achieve a better, or at least more satisfying result »⁹⁷.

Sous-section 4. Le caractère hybride de la med-arb : plus-value ou source de dangers ?

A la croisée de la médiation et de l'arbitrage, la med-arb se présente donc comme un mécanisme **hybride** de résolution des conflits. Cette hybridité constitue pour certains une réelle plus-value, en ce qu'elle permet d'assembler le meilleur de ce que la médiation et l'arbitrage ont à offrir⁹⁸ : « *mediation's flexibility with arbitration's finality* »⁹⁹. La médiation ne garantissant pas qu'une harmonie finale soit (re)trouvée, et l'arbitrage ne leur laissant qu'un contrôle limité sur le déroulement de la procédure ainsi qu'un droit de regard judiciaire restreint sur celui-ci, la med-arb tend à pallier les lacunes respectives de ces deux modes alternatifs, poussant dès lors praticiens et parties à concevoir ce tout autre mode de résolution plus équitable et efficient¹⁰⁰.

Pour d'autres¹⁰¹, mêler deux modes alternatifs si différents et particuliers quant à leur fonctionnement et leurs attributs, serait source de difficultés théoriques et pratiques, et comporterait dès lors un certain nombre de dangers : la med-arb limiterait notamment le caractère volontaire, confidentiel ainsi que l'impartialité du med-arbitre, composant pourtant le « noyau dur »¹⁰² des principes de la médiation et de l'arbitrage. De plus, cette hybridité touche à la **fonction de med-arbitre**. Nous reviendrons sur cette question *infra* (voy. Chapitre 3, Section 2).

Sous-section 5. Les variantes

La med-arb n'est pas la seule méthode alternative de résolution des différends combinant les techniques de médiation et d'arbitrage. Par souci de concision et de pertinence, nous ne ferons que renvoyer le lecteur à quelques lectures relatives à d'autres modes dérivés de la med-arb¹⁰³, et nous pencherons davantage ici sur le procédé inverse : l'**arb-med**. Il s'agit d'un processus par lequel les parties entament un arbitrage qu'elles décident, au moment opportun, de suspendre le temps d'une médiation. Si cette dernière réussit, le procédé s'arrête et un accord est conclu. Si elle se voue par

⁹⁶ J. T. BLANKENSHIP, « Med-arb : a template for adaptive ADR », *Blankenship & Blankenship*, 2009, pp. 17 et 18, disponible sur <http://blankenshiplawoffice.com/med-arb-a-template-for-adaptive-adr/223/>.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁹⁸ M. C. WEISMAN, « Med-Arb: The Best of Both Worlds », *Considering Regulation of ADR*, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 19, Number 3, Spring 2013, p. 40, disponible sur http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/defcon63&div=47&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults&terms=medjarb&type=matchall.

⁹⁹ B. A. PAPPAS, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁰ R. FULLERTON, « Med-arb and its variants : Ethical Issues for Parties and Neutrals », *Dispute Resolution Journal*, Vol. 65, Issue 2/3, mai 2010, p. 54, disponible sur http://www.richardfullerton.com/med_arb_article.pdf.

¹⁰¹ Et c'est notamment le cas de Pascal HOLLANDER, que nous avons rencontré dans le cadre de la réalisation du présent mémoire.

¹⁰² B. A. PAPPAS, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰³ Voy. notamment P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace » *op. cit.*, p. 833 ; S. LANDRY, *op. cit.*, p. 263 ; R. FULLERTON, *op. cit.*, p. 52 ; A. L. LIMBURY, « Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR », *op. cit.* ; J. T. BLANKENSHIP, *op. cit.*

contre à l'échec, les parties sont contraintes de reprendre la phase arbitrale, donnant lieu alors au prononcé d'une sentence. En fait, « le tiers neutre est installé dans ses fonctions dans le cadre d'une procédure d'arbitrage contradictoire pour ensuite, pendant la phase de médiation, jouer un rôle plus actif et confidentiel »¹⁰⁴. La particularité de l'arb-med est que l'arbitre prend dès le départ sa décision, mais la tient secrète le temps de la tentative de médiation¹⁰⁵. Bien que davantage accepté et ayant fait ses preuves dans bon nombre d'affaires, cette formule fait toujours pâlir certains auteurs, pour des considérations tant pratiques que théoriques¹⁰⁶.

En Belgique, Pascal HOLLANDER y fut confronté, en tant que co-arbitre dans un dossier international assez complexe. Au bout d'un an et demi de procédure d'arbitrage et suite à la contestation d'une partie, le tribunal arbitral fut contraint de se déclarer incompétent. Mais les parties ayant parallèlement porté leur litige devant les tribunaux judiciaires de différents états ne voyaient pas le bout de leurs dissidences. C'est alors que leur vint l'idée de revenir auprès du tribunal arbitral saisi à l'origine, et de proposer au président de tenter les réconcilier à travers la médiation. En moins de deux jours, un accord émergea. L'on comprend donc tout l'intérêt qu'a pu présenter cette méthode qu'est l'arb-med. Il ne fut pas nécessaire de réexpliquer l'ensemble du dossier au président, qui l'avait lui-même connu comme arbitre et avait d'ailleurs déjà rendu une sentence. Rares sont pourtant les cas où l'on pratique l'arb-med, étant donné la faible probabilité qu'un arbitre ait à se déclarer incompétent après avoir statué sur le fond. *A priori*, Pascal HOLLANDER nous expliqua qu'en cette hypothèse, il n'y a généralement plus vraiment matière à médiation, sauf éventuellement au sujet de l'exécution de la sentence par les parties. Il nous avoua enfin spontanément sa préférence pour l'arb-med, qui devrait être privilégiée à la med-arb en ce qu'elle ne pose aucune difficulté relative au principe de contradiction (que nous analyserons *infra*).

Les bases de la med-arb étant ainsi jetées, nous avons désormais les clés en mains pour une réflexion plus approfondie de ce mode. Connaissant les caractéristiques essentielles de la médiation comme de l'arbitrage, et ayant une meilleure connaissance de ce qu'est strictement la med-arb, nous sommes en mesure de mettre le doigt sur les difficultés qu'elle engendre. Il est donc temps à présent de les aborder de plus près...

¹⁰⁴ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 837.

¹⁰⁵ A. L. LIMBURY, « Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR », *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁶ Voy. notamment l'arrêt *Gao Haiyan* du 2 décembre 2011, de la Cour d'appel de Hong Kong par lequel elle a confirmé la validité de l'arb-med, en soulevant néanmoins les risques de partialité pouvant en découler.

Chapitre 3. La med-arb : une remise en cause des principes et automatismes de droit judiciaire ? Analyse de ses écueils théoriques et inconvénients pratiques

S'il présente des avantages certains et francs, le processus de med-arb n'est pas sans susciter la controverse en raison des nombreux écueils théoriques (voy. Section 1) et pratiques (voy. Section 2) qu'il entraîne. Interrogeons-nous désormais sur sa validité à l'aune des grands principes et automatismes de droit judiciaire, et poursuivons par un aperçu de ses éventuelles implications concrètes pouvant s'avérer regrettables.

Section 1. Les écueils théoriques de la med-arb

Attachés à la – trop grande ? – rigueur et au formalisme des principes fondamentaux de l'ordre judiciaire¹⁰⁷, certains auteurs s'entendent pour n'accorder aucun crédit à la med-arb, prétendant que celle-ci s'en écarte de trop. « La jurisprudence et la doctrine américaines, qui sont nourries par la pratique de la médiation et de la « med-arb », font de la confidentialité leur souci premier tandis que les auteurs européens, qui ont une approche beaucoup plus théorique et procédurale, sont davantage préoccupés par le respect des droits de la défense et les garanties d'indépendance et d'impartialité »¹⁰⁸. Voyons et développons les arguments des plus septiques et hostiles à la med-arb.

Sous-section 1. Le principe du contradictoire

§1. Le principe

On le sait, un grand nombre de principes et de normes édictés par la doctrine et consacrés par la loi ou la jurisprudence, justifie la nécessité de respecter les règles de ce que l'on appelle le *due process of law*, ou autrement dit chez nous les *droits de la défense*¹⁰⁹. Parmi ces garanties procédurales, une des plus fondamentales est sans nul doute le principe du contradictoire, consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Ce dernier ne trouve pas à s'appliquer aux processus de médiation, en raison de l'existence des caucus intervenant entre le médiateur et les parties séparément. En effet et on le rappelle, le médiateur ne pourra en aucun cas divulguer une confidence d'une partie à l'autre, sans son consentement exprès. Comme le précise Olivier CAPRASSE, « pour autant que les parties aient

¹⁰⁷ L'on entend par là « toutes les garanties procédurales qui permettent d'assurer que les procès/arbitrages se déroulent dans des conditions optimales, telles qu'elles sont tracées dans la constitution, la loi et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 115.).

¹⁰⁸ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaider pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 849.

¹⁰⁹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 115.

marqué leur accord, les principes généraux du respect des droits de la défense et du contradictoire ne s'opposent pas à ce que les informations obtenues lors des apartés ne soient pas communiquées à l'autre partie »¹¹⁰. De plus, à la différence de la médiation par laquelle le médiateur ne fait qu'amener les parties à une solution conforme à leurs intérêts, ce principe de contradiction régit de manière générale l'action judiciaire ou arbitrale, par laquelle un juge ou arbitre tranche le différend.

La sixième partie du Code judiciaire régissant l'arbitrage précise, en son article 1699, que « *nonobstant toute convention contraire, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire. Le tribunal arbitral veille au respect de cette exigence ainsi qu'au respect de la loyauté des débats* »¹¹¹. Cet article semble rapprocher l'égalité procédurale et le respect du contradictoire¹¹². Au fond, tous deux s'unissent dans l'accomplissement d'un but commun : garantir un nécessaire équilibre entre les parties¹¹³, conformément à l'objectif d'efficacité de l'arbitrage. Le Code judiciaire consacre également ce principe en son article 1694, paragraphe 1^{er}, lorsqu'il précise que « *le tribunal arbitral doit donner à chacune des parties la possibilité de faire valoir ses droits et de proposer ses moyens* ».

Rattaché à la procédure arbitrale, le principe du contradictoire peut ainsi être défini plus concrètement comme celui supposant que « chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses moyens de fait et de droit, de connaître ceux de son adversaire et de les discuter ; ensuite qu'aucune écriture, qu'aucun document n'ait été porté à la connaissance des arbitres sans être également communiquée à l'autre partie, enfin qu'aucun moyen, de fait ou de droit, ne soit relevé d'office par le tribunal arbitral sans que les parties aient été invitées à présenter leurs observations »¹¹⁴.

§2. Application à la med-arb

Le raisonnement quant à l'interaction du principe du contradictoire avec la med-arb sera relativement bref. Le respect du principe du contradictoire implique qu'un certain nombre d'obligations à charge de l'arbitre soient respectées. En effet, il est à la fois *garant* du débat contradictoire et *débiteur* de celui-ci¹¹⁵. Il doit en outre s'assurer que les parties aient été suffisamment en mesure de contester tout élément de fait ou de droit susceptible d'étayer son raisonnement¹¹⁶. La conformité à cette dernière obligation semble *a priori* compromise dans le chef du med-arbitre ayant pris connaissance, à

¹¹⁰ O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *op. cit.*, p. 89, n° 79.

¹¹¹ Art. 1699 du Code judiciaire.

¹¹² Pour un approfondissement de la question de l'appréhension de l'égalité procédurale dans le principe du contradictoire, voy. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, *op. cit.*, pp. 553 et suiv.

¹¹³ L. CADIET, « Contradictoire », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Paris, P.U.F., 2003, p. 273.

¹¹⁴ C.A. Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2004, p. 369.

¹¹⁵ En tant que garant du débat contradictoire, il doit veiller à ce que chaque partie ait été en mesure d'être entendue, qu'elle ait été en mesure de connaître l'ensemble des documents communiqués au cours de l'instance ainsi qu'elle ait disposé du temps utile pour faire valoir ses prétentions et ses moyens ; en tant que débiteur du débat contradictoire, il lui incombe le devoir faire part aux parties tous les éléments de fait et de droit qui étayeront son raisonnement juridique et de leur en permettre la discussion, et peut voir sa responsabilité engagée en cas de violation de cette obligation. Voy. L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, *op. cit.*, pp. 549 à 553.

¹¹⁶ Civ. Bruxelles (4^e ch.), 25 octobre 1996, *J.T.*, 1997, pp. 394 et 395.

l'occasion des caucus, de diverses informations tenues confidentielles et restant dès lors – on pourrait le supposer et le comprendre – dans son esprit...

Toute la difficulté réside dans le moment-clé du passage de la médiation à l'arbitrage. *Quid* du respect du contradictoire, pilier fondamental de l'institution arbitrale, dans un tel contexte ? La sentence du med-arbitre devrait-elle être condamnée, au motif qu'une violation des droits de la défense des parties serait avérée ? C'est l'avis d'un certain nombre d'auteurs récalcitrants à la med-arb, considérant ce principe comme une règle de justice naturelle¹¹⁷. **Les caucus empêchent les parties de connaître les éléments invoqués par leur opposant et leur étant potentiellement préjudiciables, et leur ôte par conséquent l'opportunité de s'en défendre.** De plus – et c'est le second écueil que nous abordons ci-dessous – les risques d'une sentence partielle ou d'un med-arbitre manquant en indépendance sont accrus. En outre, quand bien même le jugement du med-arbitre ne serait nullement biaisé par les informations saisies en caucus, rien ne garantit qu'il n'ait été influencé par celles-ci lors de sa prise de décision...

Sous-section 2. L'impartialité et l'indépendance du « med-arbitre »

§1. Le principe

La double casquette du med-arbitre lui impose de respecter des exigences tant d'indépendance que d'impartialité, s'imposant aux médiateurs comme aux arbitres.

Malgré la fréquente confusion dont elles souffrent en droit de l'arbitrage¹¹⁸, l'indépendance et l'impartialité sont deux notions distinctes. « L'impartialité est un critère subjectif qui ressortit à l'éventuel parti pris de l'arbitre vis-à-vis de l'une des parties »¹¹⁹, et donc à l'état psychologique du médiateur ou arbitre¹²⁰, alors que « l'indépendance est un critère objectif visant la relation entre l'arbitre et les parties ou leurs conseils »¹²¹ reposant sur des éléments de fait ou de droit¹²², de sorte qu'aucun lien hiérarchique, matériel ou intellectuel ne peut exister entre eux. Comme l'écrit Laure BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, des idées de neutralité et d'objectivité gravitent autour de ces deux notions : « l'indépendance se définit comme la possibilité d'agir en toute liberté et à l'abri d'éventuelles instructions et pressions »¹²³, alors que l'impartialité relève de l'absence de préjugé, « d'opinion préconçue par des facteurs étrangers aux mérites de la cause »¹²⁴.

¹¹⁷ Voy. notamment R. ANGYAL S.C., *op. cit.*, pp. 2 et 3. Au sujet de la vocation naturelle du principe du contradictoire à s'appliquer à l'arbitrage, voy. également L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, *op. cit.*, pp. 542 et 543.

¹¹⁸ G. KEUTGEN, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge », *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 275 et s.

¹¹⁹ T. KAÏSSI, « Le laxisme des juridictions belges en matière d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *Chronique de droit de l'arbitrage* n° 2, Paris, Petites affiches, 2008, p. 23.

¹²⁰ P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996, p. 582.

¹²¹ T. KAÏSSI, *op. cit.*, p. 23.

¹²² L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, *op. cit.*, p. 507.

¹²³ *Ibid.*, p. 506.

¹²⁴ *Ibid.*

Même si nous considérons cette distinction comme primordiale, les deux notions sont nécessairement rattachées, de sorte que « l'indépendance apparaît ainsi comme un indice d'impartialité, le manque d'indépendance comme une ouverture au doute »¹²⁵.

Le Code judiciaire prévoit que le médiateur agréé doit « présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'exercice de la médiation »¹²⁶, à tout moment et tout le long du processus¹²⁷. Cette obligation formelle est explicitée par la déontologie générale¹²⁸ ainsi que plus précisément par le Code de bonne conduite du médiateur¹²⁹, qui lui interdit d'intervenir dans une médiation lorsque des intérêts personnels, matériels ou moraux sont en jeu¹³⁰. A cette fin, il prévoit qu'il incombe au médiateur agréé une obligation de révélation aux parties de tout élément pouvant mettre en cause son indépendance et son impartialité¹³¹. Dans une telle hypothèse, il sera tenu soit de se retirer, soit d'obtenir un accord des parties quant à la poursuite de sa mission¹³².

A la différence de l'arbitrage, et en vertu de son caractère volontaire impliquant un nécessaire et perpétuel consensus des parties, la médiation n'implique aucune procédure de récusation du médiateur¹³³, étant donné que les parties peuvent y mettre fin à chaque instant du processus.

Depuis l'introduction de la loi du 24 juin 2013¹³⁴, qui aligne notre législation en matière d'arbitrage à celle de la C.N.U.D.C.I.¹³⁵, le Code judiciaire comprend aujourd'hui deux moyens de contrôler l'indépendance et/ou l'impartialité de l'arbitre : *a priori* l'obligation de révélation, et *a posteriori* la procédure de récusation.

L'obligation de révélation qui incombe à l'arbitre constitue un préalable essentiel afin d'apprécier sa réelle indépendance¹³⁶. Depuis la réforme législative de 2013, ce n'est plus seulement en cours de procédure qu'il doit soulever toute incertitude quant à son indépendance ou à son impartialité : l'arbitre pressenti en vue de sa désignation éventuelle en cette qualité « *signale toute circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité. A partir de la date de sa désignation et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans délai aux parties toutes*

¹²⁵ M. FONTAINE, « Impartialité et indépendance de l'arbitre », *Hommage à Guy Keutgen : pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 625.

¹²⁶ Art. 1726, §1, 3° du Code judiciaire.

¹²⁷ F. HENRY, « Impartialité et procédures particulières », *Les procédures de récusation et de dessaisissement*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 119.

¹²⁸ Même si le médiateur n'est pas agréé, il reste tenu par les mêmes exigences d'indépendance et d'impartialité, et notamment et à titre d'illustration par le règlement du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation, édicté par l'Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone (O.B.F.G.).

¹²⁹ Voy. Décision du 18 octobre 2007 relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé, section 3.

¹³⁰ V. D'HUART, « Déontologie et discipline du médiateur », *Ius & actores*, 2008/3, pp. 5 et s. Voy. Décision du 18 octobre 2007 relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé, art. 4 et 5.

¹³¹ Décision du 18 octobre 2007 relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé, art. 6.

¹³² *Ibid.*

¹³³ F. HENRY, *op. cit.*, p. 120. Evidemment, « la méconnaissance, par le médiateur de son obligation d'indépendance et d'impartialité, peut mettre en cause sa responsabilité civile et l'expose à des sanctions prévues par article 1727, §6, 7° Code judiciaire », voy. Décision du 18 octobre 2007 relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé, art. 7.

¹³⁴ Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 28 juin 2013, p. 41263, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2013.

¹³⁵ M. DAL, « La nouvelle loi belge sur l'arbitrage », *Bringing Together the World's Lawyers*, 2014, vol. 2, p. 66. ; Voy. la Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, 1985.

¹³⁶ C. VERBRUGGEN, « Le devoir de révélation de l'arbitre », *Liber amicorum Georges-Albert Dal : l'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 914. En guise d'indices aidant l'arbitre à juger de l'impartialité ou de l'indépendance, voy. les Guidelines on Conflicts of Interest, établies par l'International Bar Association : INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Guidelines on Conflicts of Interest, approuvées le 22 mai 2004, disponibles sur http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

nouvelles circonstances de cette nature »¹³⁷ (souligné par nous). Concrètement, ce devoir de révélation consiste pour l'arbitre à s'enquérir de l'ensemble des faits ou circonstances susceptibles de faire naître un lien entre lui et les parties, en tenant compte notamment de ses précédentes et futures activités, de celles du cabinet dans lequel il serait éventuellement associé, de celles de ses proches parents, etc. ainsi qu'en identifiant « toute connexion qui existerait avec le litige lui-même, les parties à l'arbitrage, les autres arbitres, ou des témoins qui seraient déjà identifiés »¹³⁸.

En outre, étant donné que l'arbitre tire ses pouvoirs et sa légitimité du choix opéré par les parties¹³⁹, ce sont ces mêmes parties qui ont le droit de le récuser au moindre doute légitime quant à son indépendance ou à son impartialité¹⁴⁰. Les parties ont en effet le droit, si l'arbitre s'oppose à la demande de récusation dirigée contre lui¹⁴¹, d'entamer une procédure de récusation¹⁴² que l'on peut définir comme « le procédé qui permet à chaque partie d'écarter un arbitre qui ne remplit pas les conditions nécessaires à l'exercice de sa mission arbitrale »¹⁴³, et donc notamment celles d'indépendance et d'impartialité (nous aborderons plus concrètement, dans le paragraphe qui suit, cette question de la récusation dans le cadre de la med-arb).

On notera enfin qu'il appartient concrètement au tribunal arbitral – et plus particulièrement aux arbitres dont la récusation n'est pas alléguée – « d'apprécier si les griefs invoqués par une partie sont suffisamment sérieux et probables avant de décider de poursuivre ou non la procédure [arbitrale] »¹⁴⁴. C'est en effet pour rendre la procédure arbitrale plus efficace que cette réforme eut lieu, et l'on ne pourrait admettre qu'elle se trouve entravée par l'introduction de demandes de récusation dilatoires¹⁴⁵.

Ces deux moyens de contrôle que sont l'obligation de révélation et le droit de récusation, permettent tous deux d'asseoir la confiance des parties en leur arbitre, et se fondent sur les exigences contractuelles de bonne foi, de sincérité, de loyauté, d'information et de transparence¹⁴⁶ qui lui incombent, indispensables à la poursuite équitable de la procédure arbitrale. « L'*obligation de révélation* des arbitres constitue donc un mécanisme de prévention dans le cadre de l'indépendance de l'arbitre. Il purge la procédure arbitrale des éventuelles causes de récusation qui ont été révélées, puisque tout fait révélé aux parties est couvert par leur silence. La *récusation* est un mécanisme curatif qui intervient, soit sur la base de faits que les arbitres ont révélés, soit pour des faits qu'ils ont omis de révéler. »¹⁴⁷

¹³⁷ Art. 1686 du Code judiciaire, transposant à l'identique l'article 12, §1 de la Loi type de la C.N.U.D.C.I..

¹³⁸ C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 916.

¹³⁹ F. HENRY, *op. cit.*, p. 123.

¹⁴⁰ Voy. l'article 1686, §2 du Code judiciaire prévoyant qu'« un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité, ou s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné ou à la désignation duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation » - cet article reprend tel quel l'article 12, §2 de la loi type de la C.N.U.D.C.I..

¹⁴¹ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, *op. cit.*, p. 521.

¹⁴² Pour la mise en œuvre de celle-ci, voy. l'article 1687 du Code judiciaire.

¹⁴³ T. CLAY, *L'arbitre*, Paris, D., 2001, n° 429.

¹⁴⁴ G. KEUTGEN, « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014, n° 1, p. 78.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, *op. cit.*, pp. 514 et 515.

¹⁴⁷ F. HENRY, *op. cit.*, p. 126.

§2. Application à la med-arb

En arbitrage et par conséquent en med-arb, l'adage « *justice must not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* » trouve particulièrement écho, en raison de la pleine confiance que doivent toujours vouer les parties au tiers qu'elles ont désigné¹⁴⁸.

Lors de notre rencontre avec Patrick KILESTE, celui-ci nous confia qu'à l'occasion d'une médiation, opposant deux parties dont les positions de défense étaient manifestement déséquilibrées, il s'était comporté de manière plus attentive, tolérante et compréhensive à l'égard de la plus « faible ». Cette empathie, pourtant bienveillante¹⁴⁹, a mené à l'échec cette médiation. Alors qu'il ne s'agissait dans son chef que d'une façon de la rassurer et d'être plus ouvert, tout en conservant pourtant sa neutralité, cette attitude fut condamnée par la partie adverse, aux yeux de laquelle elle s'est révélée contraire à son devoir d'indépendance. « C'est donc bien de questions d'attitude, de comportement et de la perception de ceux-ci qu'il s'agit »¹⁵⁰. Et de ces questions pratiques découlent nécessairement des incidences juridiques, du moins en ce qui concerne la phase arbitrale¹⁵¹...

En effet, nous l'avons vu, les parties doutant de la neutralité de l'arbitre *peuvent*, à tout moment de la procédure arbitrale, solliciter sa récusation. Le risque d'une telle récusation dans le cadre de la med-arb semble exacerbé d'une part, par le fait que l'arbitre ait été préalablement médiateur (on lui reproche alors son manque d'indépendance) et qui plus est et d'autre part, par le fait qu'il ait été amené, à l'occasion des caucus se déroulant durant la phase de médiation, à connaître des informations tenues sous le sceau de la confidentialité, dont il ne peut en aucun cas tenir compte pour fonder sa sentence une fois devenu arbitre, puisqu'elles n'ont pas fait l'objet d'un débat contradictoire (on lui reproche alors son manque d'impartialité).

Enfin, il nous importe de préciser qu'elles *devront* par contre soulever le motif de récusation aussitôt qu'elles en auront pris connaissance, si elles désirent voir aboutir cette demande. Elles pourront dès lors demander la récusation d'un arbitre, mais uniquement pour les causes dont elles ont pris connaissance après sa désignation¹⁵² ; à défaut, elles seront présumées avoir renoncé à ce droit¹⁵³. Une fois le med-arbitre désigné et l'obligation de révélation épuisée, les parties ne peuvent (donc) plus invoquer sa partialité ou sa dépendance, au motif qu'il aurait reçu des confidences lors de caucus dont elles ne peuvent avoir connaissance. Elles acceptent de manière irrévocable le principe de la

¹⁴⁸ G. MATRAY, « L'obligation d'indépendance de l'arbitre se double-t-elle d'une obligation générale de révélation, d'impartialité, d'objectivité et de neutralité ? », *Hommage à Guy Keutgen : pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 591.

¹⁴⁹ Patrick VAN LEYNSEELE considère en effet – et nous sommes également du même avis – que la neutralité du médiateur, synonyme de son indépendance et de son impartialité, est caractéristique de son intervention, et que l'empathie qu'il manifesterait à l'égard d'une partie pourrait lui permettre d'intervenir plus efficacement, dans le respect toutefois de certaines limites. Voy. P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 116, note 33.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 116.

¹⁵¹ En effet, en ce qui concerne la médiation et étant donné son caractère volontaire laissant l'opportunité aux parties de se retirer à tout moment de la médiation, la compatibilité des exigences d'indépendance et d'impartialité avec la med-arb ne semble pas poser question.

¹⁵² G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, *Le droit belge*, *op. cit.*, p. 265.

¹⁵³ Art. 1679 du Code judiciaire.

med-arb, incluant cette renonciation pour des causes survenues **après** la confirmation du pouvoir juridictionnel du med-arbitre¹⁵⁴.

Sous-section 3. L'obligation de confidentialité

§1. Le principe

En Belgique, le principe de la confidentialité de la médiation est légalement inscrit au Code judiciaire en son article 1728, qui stipule que « *les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels* »¹⁵⁵. Cette confidentialité est une caractéristique essentielle du processus de médiation, quand on sait que « le simple fait qu'une certaine publicité soit donnée à un contentieux est de nature à causer pour les parties ou l'une d'entre elles un dommage considérable. (...) L'intérêt de maintenir de bonnes relations avec ses partenaires ou clients peut être une (...) raison pour les [parties] d'envisager plus sérieusement les solutions négociées des litiges »¹⁵⁶. Le même article poursuit en précisant **que ces documents ne pourront en aucun cas être utilisés dans le cadre d'une procédure arbitrale ou de toute autre procédure visant à résoudre des conflits**, et que cette obligation de secret ne pourra être levée qu'avec le consentement des parties, pour permettre notamment l'homologation par le juge de l'éventuel accord obtenu à l'issue de la médiation.

Nous avons déjà abordé la question de la confidentialité de l'arbitrage *supra*. Elle ne semble opposer aucun obstacle au bon déroulement de la med-arb, raison pour laquelle nous nous limitons à nos précédents propos.

§2. Application à la med-arb

A la lecture *a priori* de ce qui précède, la med-arb risque de soulever de vives incertitudes en ce que le med-arbitre est amené à entendre un certain nombre d'informations confidentielles dans le cadre de la médiation, dont il ne pourra tenir compte pour rendre sa sentence en tant qu'arbitre. En effet, théoriquement et conformément au prescrit légal, le médiateur devenu arbitre ne pourra en aucun cas se baser sur les éléments perçus durant la médiation – que cela soit à titre de preuve, de témoignage ou d'aveu – à moins que les parties ne l'y aient expressément autorisé.

Autrement dit, il lui appartiendra de faire fi de ces révélations tenues secrètes, afin d'éviter le risque d'une quelconque influence sur sa décision arbitrale. L'inverse « reviendrait à vider de son sens le principe du respect du contradictoire en ce qu'il implique que chaque partie connaisse et puisse

¹⁵⁴ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 123.

¹⁵⁵ Art. 1728, §1 du Code judiciaire.

¹⁵⁶ O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *op. cit.*, p. 91, n° 91.

répondre aux éléments avancés par l'autre »¹⁵⁷, de même qu'il s'agirait d'une rupture de l'obligation de confidentialité inscrite à l'article 1728 du Code judiciaire.

C'est pourtant un reproche récurrent formulé à l'égard de la med-arb. Même si formellement, le med-arbitre ne fonde pas sa sentence sur des éléments issus de la médiation et des caucus y étant adjoints, **comment ne pas en être influencé ?** Beaucoup d'auteurs et praticiens refusent la fonction de med-arbitre pour cette unique raison, la vision du tiers neutre sur le litige étant biaisée et sa décision finale en étant donc inspirée¹⁵⁸. Certains arguent que la med-arb met en **conflit direct** le principe de la confidentialité de la médiation et celui du contradictoire, parce que les parties n'ont pas la possibilité de contrer les arguments de l'autre partie durant les caucus¹⁵⁹. Nous considérons toutefois que cet argument tient davantage à une remise en question du mécanisme des caucus que de la med-arb en elle-même. D'autres encore se demandent pourquoi serait-il admis qu'un med-arbitre puisse posséder de telles informations alors qu'un arbitre ou un juge ne le puisse pas ?¹⁶⁰

Considérable est le péril pesant sur les parties d'une sentence arbitrale ne leur laissant aucun pouvoir de contrôle ni de décision quant à leur cause. Cette épée de Damoclès – comme l'appelle Béril DE MAGNEE – flottant dans l'esprit des parties, est perçue négativement par beaucoup : la dynamique de la médiation en serait modifiée, de sorte qu'« instead of mediation, the "Med" in Med-Arb may periously become more akin to a judicial settlement conference »¹⁶¹. Plutôt que de mener la médiation à une éventuelle transaction entre parties, la potentielle phase arbitrale est vue comme une **menace**, un moyen concurrentiel pour l'arbitre d'infiltrer la médiation¹⁶² et d'exercer sur les parties un impact néfaste. De plus, les caucus sont l'occasion pour certains avocats de faire un **usage offensif de la médiation**¹⁶³, anticipant l'arbitrage et perdant dès lors la possibilité de connaître et de confronter les arguments de l'autre partie dans un climat sain et équilibré. En outre, certains pourraient être tentés de profiter de la discrétion des caucus pour dévoiler des informations discréditant l'autre partie¹⁶⁴ ne pouvant s'en défendre... Le médiateur, connaissant les éléments pertinents des dossiers des deux parties ainsi que leurs personnalités pourrait, une fois encore lors des caucus, influencer les parties « en attirant leur attention sur [leurs] faiblesses »^{165 166}. Il serait alors tenté de pratiquer ce que Patrick VAN LEYNSEELE qualifie de « *stratégie de pression* destinée à favoriser l'émergence d'un accord »¹⁶⁷.

Cette **pression** est donc ambivalente : elle peut tantôt encourager les parties à méditer leurs positions pour adapter le cas échéant leurs prétentions¹⁶⁸, de sorte que le dialogue soit constructeur d'une

¹⁵⁷ D. MATRAY et G. MATRAY, « Les contraintes légales et les dispositions des règlements d'arbitrage relatives à la confidentialité », *Arbitrage et confidentialité*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 45.

¹⁵⁸ R. FULLERTON, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁹ B. A. PAPPAS, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶⁰ T. BREWER et L. R. MILLS, « Med-Arb : Combining Mediation & Arbitration », *New York Dispute Resolution Lawyer*, 1999, Vol. 54(4), pp. 32-39.

¹⁶¹ B. A. PAPPAS, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*, p. 43.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁶ L'on peut donc s'interroger sur l'opportunité des caucus. Nous reviendrons sur cette question *infra*.

¹⁶⁷ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 106.

¹⁶⁸ Béril DE MAGNEE la voyait alors comme un moteur une motivation plus qu'une pression vue négativement.

solution qui tienne compte des intérêts de chacun, tantôt susciter un sentiment de crainte et de réserve des parties, les poussant à revoir leurs exigences à la baisse pour éluder le risque d'être jugées déraisonnables¹⁶⁹ par le tiers devenant éventuellement leur arbitre par la suite. C'est la raison pour laquelle certains prétendent que les parties ne peuvent s'adonner totalement à la technique des caucus durant la médiation, qu'elles pressentent coercitive. En effet, si le principe même de ces entretiens individuels est de se livrer totalement au médiateur, et qu'une partie ne dévoile pas le fond de sa pensée – celle-ci appréhendant qu'un élément divulgué ne soit retenu contre elle – le processus perdra de son essence et manquera inévitablement en efficacité.

Enfin, nous citerons Richard FULLERTON pour clore la liste des inconvénients et reproches relatifs à la question de la confidentialité : « the problem remains that med-arb has no procedural safeguards against the effects of confidential information and the practice of allowing such communication makes them susceptible to bias »¹⁷⁰.

Sous-section 5. L'ordre public

Comme nous l'avons précédemment énoncé, les parties sont libres de se soustraire aux contraintes d'une procédure judiciaire classique en recourant à d'autres modes de résolution des conflits tels que la médiation, l'arbitrage ou – mieux encore ? – la med-arb. Mais cette libre volonté des parties se trouve restreinte, de manière générale, par le Code civil qui énonce qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* », et plus particulièrement et pratiquement par l'intervention des tribunaux étatiques, exerçant un contrôle effectif sur le déroulement du processus de médiation ainsi que sur celui de la procédure arbitrale¹⁷¹.

En effet, le juge en charge de l'homologation de l'accord intervenu entre les parties à l'issue d'une médiation, ne pourrait refuser celle-ci que si l'accord en question était contraire à l'ordre public¹⁷² ; en matière d'arbitrage, une sentence arbitrale contraire à l'ordre public pourrait être annulée si elle est constatée par le tribunal de première instance¹⁷³. Ce dernier pourrait également en refuser la reconnaissance et la déclaration exécutoire, s'il constate une quelconque contrariété à l'ordre public¹⁷⁴.

Deux constats semblent devoir dès lors être formulés : d'une part, le pouvoir judiciaire se voit reconnaître un important pouvoir de contrôle sur les sentences arbitrales ou accords de médiation et leur conformité à l'ordre public¹⁷⁵, pour autant que la partie qui s'en prévaut en fasse la demande¹⁷⁶.

¹⁶⁹ B. J. ROTH, *op. cit.*, p. 5.

¹⁷⁰ R. FULLERTON, *op. cit.*, p. 57.

¹⁷¹ P. VAN LEYNSELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaider pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 843.

¹⁷² Art. 1733, alinéa 2 du Code judiciaire.

¹⁷³ Art. 1717, §3, b), ii) du Code judiciaire.

¹⁷⁴ Art. 1721 §1^{er}, b), ii) du Code judiciaire. Voy. également Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, approuvée par la loi du 5 juin 1975, article V, § 2, b), qui à l'instar du Code judiciaire, fait de l'ordre public une cause pouvant être soulevée d'office par le juge.

¹⁷⁵ La Cour de cassation a en effet jugé que rien « n'exclut un contrôle du contenu de la sentence arbitrale pour vérifier si elle est conforme à l'ordre public » ; voy. Cass., 7 novembre 2013, *b-Arbitra*, 2014/3, p. 221.

¹⁷⁶ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « L'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2004, p. 417 et J. VAN COMPERNOLLE, « L'arbitre et le Code judiciaire », *Rev. dr. intern. comp.*, 2005, p. 29.

D'autre part, les conséquences d'une violation de l'ordre public sont lourdes et diverses¹⁷⁷, d'où la nécessité d'une grande prudence ainsi que de balises solides et légitimes à la med-arb.

En effet, comme le dit si bien Patrick VAN LEYNSEELE, « la difficulté pour la convention de « med-arb » réside dans la nature même des normes d'ordre public qui ne peuvent en aucune circonstance faire l'objet de renonciation »¹⁷⁸. L'invocation d'un motif d'ordre public auquel les parties ne pourraient en aucune façon renoncer conventionnellement, serait-elle l'arme ultime et fatale condamnant sans issue la med-arb ?

Section 2. La fonction hybride de med-arbitre : difficultés pratiques et incompatibilités

Nous l'avons vu, une des grandes difficultés rencontrées par la med-arb tient au défaut d'indépendance et d'impartialité reproché au med-arbitre. Philippe DE BOURNONVILLE explique que « même en cas d'échec de la médiation, le principe d'impartialité **exclut qu'un tiers puisse substituer une fonction d'arbitre à celle de médiateur** »¹⁷⁹ (souligné par nous). En effet, ces exigences inscrites au Code judiciaire¹⁸⁰ doivent être respectées par le médiateur-arbitre tout le long du processus. Elles sont inhérentes à sa fonction. Pour éviter tout doute quant à cette dernière, le med-arbitre devra être à la fois un bon médiateur ainsi qu'un bon arbitre, qualités pourtant intrinsèquement différentes...

En effet, « le médiateur doit s'assurer que chaque partie connaît et comprend toutes les conséquences des options qui sont envisagées. Ainsi, il doit informer les parties de la possibilité d'obtenir des conseils juridiques et techniques. Il veille à maintenir l'équilibre et l'égalité dans les négociations »¹⁸¹. A la différence donc du médiateur qui use de techniques de communication pour tenter de restaurer un lien de confiance entre les parties¹⁸² et afin de les aider à trouver un terrain d'entente, l'arbitre statue quant à lui conformément aux règles de droit¹⁸³, comme nous l'avons déjà mentionné *supra*.

Ces deux rôles opposés semblent donc *a priori* incompatibles. C'est d'ailleurs l'avis très tranché de Pascal HOLLANDER. Selon ce dernier, alors que le premier joue un rôle très actif et empathique, relevant davantage de la psychologie que du droit, le second est quant à lui plus passif et directif. Il doit mener à bien la procédure arbitrale dans son ensemble. Il n'oriente pas les parties, il les écoute, accueille leurs thèses respectives, s'en fait une opinion et tranche. Il ne doit pas nécessairement présenter des qualités communicatives hors-pair, mais doit par contre faire preuve d'un bon raisonnement juridique. De manière pragmatique, il est même plutôt réservé quant à cette technique

¹⁷⁷ Les parties encourent le risque d'une annulation ou d'une non-reconnaissance de la solution du litige, rappelons-le.

¹⁷⁸ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 860.

¹⁷⁹ P. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 71, n° 30.

¹⁸⁰ Pour la médiation, voy. l'article 1726 du Code judiciaire ; pour l'arbitrage, voy. l'article 1686 du Code judiciaire.

¹⁸¹ V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, pp. 29 et 30, n° 23.

¹⁸² P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 114.

¹⁸³ Art. 1710 du Code judiciaire.

de résolution, songeant notamment à l'exemple suivant : comment, en tant qu'arbitre, le tiers pourrait-il imposer à une partie de payer la somme de 2000 euros, alors qu'il lui avait précédemment conseillé de transiger pour 1000 euros au stade de la médiation ? Il en va selon lui d'une question de **crédibilité** du med-arbitre.

Si Patrick KILESTE conforte Pascal HOLLANDER dans le fait qu'il s'agit de rôles très nettement contraires, il considère en revanche que ces deux missions, malgré les différences qui les opposent, restent compatibles. Le médiateur sera choisi pour ses qualités humaines et ses facultés à rétablir un dialogue, alors que l'arbitre le sera pour ses compétences professionnelles, rédactionnelles et d'organisation.

En définitive, toute la difficulté et le succès du processus résideront dans le **choix**, par les parties, du med-arbitre idéal. « Il ne doit permettre aucune intimidation ou manipulation de la part des intervenants, des parties ou de l'une d'elles »¹⁸⁴ et tout faire pour conserver la foi des parties en ses qualités, celles-ci ayant déterminé les parties à le désigner. C'est avant tout de **confiance** qu'il s'agit. « De "*communicateur*" il (re)devient "*juriste*". Deux approches, deux systématiques différentes pour rencontrer deux besoins qui le sont tout autant »¹⁸⁵.

A ce stade de l'analyse, nous avons fait l'état des principaux reproches dont souffre la med-arb. Mais ceux-ci sont loin d'être infaillibles, ce que nous tenterons de démontrer à travers ce qui suit.

Chapitre 4. Solutions envisageables et propositions de rédaction

Sans nous en éloigner totalement au risque de les méconnaître, nous pensons néanmoins qu'une application trop stricte et rigoureuse des préceptes théoriques peut entraver la liberté des parties et jeter le voile sur la richesse des situations pratiques. Nous tâcherons donc, dans le présent chapitre, d'exposer nos réflexions concernant d'éventuelles pistes de solution – parfois empruntées du droit étranger – permettant de légitimer le recours au mode alternatif que nous défendons.

Nous présenterons dans un premier temps des solutions précises aux écueils concrets développés précédemment (Voy. Section 1) et poursuivrons dans un second temps par des propositions plus générales, répondant aux difficultés rencontrées dans le recours à la med-arb (voy. Section 2). Enfin, nous émettrons quelques suggestions d'ordre rédactionnel, pouvant trouver écho dans la pratique (voy. Section 3).

¹⁸⁴ V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », *op. cit.*, pp. 29 et 30, n° 23.

¹⁸⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 114.

Section 1. Des solutions précises aux écueils théoriques concrets

Sous-section 1. Solution à l'éventuelle rupture du principe du contradictoire : la combinaison des articles 1699 et 1717, §3, a) du Code judiciaire

Patrick VAN LEYNSEELE propose de résoudre la question de la violation du contradictoire par une analyse combinée de certaines dispositions du Code judiciaire, ce qui pourrait légitimer le recours à la med-arb. Il rappelle d'une part que l'**article 1699** consacre le caractère fondamental de ce principe, lorsqu'il prévoit que c'est « *nonobstant toute convention contraire* » qu'il devra être appliqué et respecté tout le long de la procédure arbitrale.

D'autre part et depuis la loi de réforme du 24 juin 2013, le Code judiciaire se dote de deux innovations importantes : la première relève du **deuxième point du paragraphe 3 de l'article 1717**, en ce qu'il prévoit que la partie prétendant à l'annulation de la sentence arbitrale établisse que le non-respect du contradictoire a bel et bien eu une incidence sur la sentence arbitrale¹⁸⁶ ; la seconde relève quant à elle du **paragraphe 5 du même article**, indiquant que la partie postulant l'annulation de la sentence doit soulever le non-respect du principe du contradictoire le plus tôt possible¹⁸⁷ une fois connue la circonstance faisant grief, sans quoi il sera impossible pour le tribunal de faire droit à sa demande d'annulation¹⁸⁸. En effet, le fait qu'une partie prenne connaissance d'un élément pouvant justifier l'annulation d'une sentence, mais ne le soulève pas directement, peut être considéré comme sa renonciation implicite à se prévaloir de son droit d'annulation.

De ces articles lus conjointement, l'on peut déduire que si les parties s'accordent – dès le début de la phase arbitrale – pour ne soulever aucun motif d'annulation ou de non-reconnaissance de la sentence med-arbitrale, relatif au « changement de casquette » du médiateur ou au fait qu'il se soit entretenu séparément avec les parties, le risque d'une annulation de la sentence devrait pouvoir être écarté¹⁸⁹. Ainsi, tant les dispositions légales que le principe du contradictoire seraient respectés. Il ne s'agit pas, selon Patrick VAN LEYNSEELE, d'un renoncement inconditionnel à ce principe¹⁹⁰. Le consentement des parties constitue ici « uniquement une renonciation au droit de soulever un motif dont elles ont déjà connaissance au moment où elles confirment le pouvoir juridictionnel du med-arbitre. Elles savent à ce moment-là que leur futur arbitre a pu recevoir des informations confidentielles de la part de l'autre partie, et elles l'acceptent irrévocablement »¹⁹¹.

¹⁸⁶ Art. 1717, § 3, a), ii) du Code judiciaire : « *La sentence arbitrale ne peut être annulée que si la partie en faisant la demande apporte la preuve (...) qu'elle n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; dans ce cas, il ne peut toutefois y avoir annulation s'il est établi que l'irrégularité n'a pas eu d'incidence sur la sentence arbitrale ; (...)* ».

¹⁸⁷ Voy. l'art. 1716 du Code judiciaire, qui prévoit un délai d'un mois pour interjeter appel de la sentence arbitrale, à compter de la communication de celle-ci.

¹⁸⁸ Art. 1717, §5 du Code judiciaire : « *Ne sont pas retenues comme causes d'annulation de la sentence arbitrale les cas prévus au § 3, a), i., ii., iii. et v., lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoquées* ».

¹⁸⁹ D. C. ELLIOTT, « Med-arb : fraught with danger or ripe with opportunity ? », *Arbitration*, Edmonton, Alberta Law Review, 1995, p. 180.

¹⁹⁰ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 123.

¹⁹¹ *Ibid.*

Nous le verrons ci-après, une déclaration de reconfirmation par les parties de la mission du med-arbitre au moment du passage à la phase arbitrale, est plus que souhaitable afin d'asseoir ce consentement. Nous pensons et conseillons que cette déclaration puisse également inclure leur renonciation à invoquer un motif d'annulation tiré des considérations qui précèdent. Leur consentement devrait alors être exprès « et donné après que le med-arbitre ait éclairé les parties sur les conséquences de leurs choix »¹⁹².

Sous-section 2. Solutions à l'éventuel défaut d'indépendance et d'impartialité du med-arbitre

§1. La reconfirmation de la fonction du med-arbitre

Il s'agit d'un argument favorable à la med-arb, développé à l'origine et une nouvelle fois par Patrick VAN LEYNSEELE (rendons à César ce qui lui appartient). La solution que nous exposons ici repose avant tout et surtout sur la **confiance** initiale et fondatrice de la med-arb, que les parties vouent au tiers désigné par elles pour résoudre leur conflit. C'est dans celle-ci que ce dernier puise toute son autorité¹⁹³, et dans son absence qu'il viendrait à la perdre... Rappelons-nous qu'il convient de bien différencier les rôles de médiateur et d'arbitre, et d'en scinder les fonctions malgré la confusion pouvant naître de l'expression « med-arbitre ».

Le moment "transit" entre la médiation et l'arbitrage est ainsi **décisif** :

- soit les parties éprouvent des doutes quant aux facultés pourtant requises du med-arbitre à rester neutre et indépendant, et décident alors de mettre fin à sa mission et par la même occasion à la médiation¹⁹⁴ (ce qui empêche dès lors le passage à la phase arbitrale, qui suppose une pleine confiance des parties alors éteinte¹⁹⁵) ;
- soit cette confiance reste intacte et les parties – pleinement averties et conscientes que des échanges individuels se sont tenus durant la médiation et qu'elles ignorent donc ce qui s'y est dit – réitèrent leur consentement au processus dans lequel elles se sont engagées et réaffirment dès lors cette foi en leur med-arbitre.

Dans la première hypothèse, nous considérons – à l'instar de Patrick VAN LEYNSEELE – qu'il y va d'une obligation éthique voire même légale¹⁹⁶ du médiateur de ne pas accepter sa mission de futur arbitre : « autant ne pas entamer un processus arbitral qui part sur de mauvaises bases et qui ne peut

¹⁹² P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 853.

¹⁹³ F. VANDEPUTTE et P. VAN LEYNSEELE, « Mode d'emploi de la médiation », *J.T.*, 1999, p. 238.

¹⁹⁴ Sur la base de l'article 1731, §2, 3° du Code judiciaire.

¹⁹⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, pp. 117 et 118. L'auteur précise très justement qu'« elle soit justifiée ou non, la perception par les parties ou l'une d'elles de la perte d'indépendance ou de neutralité du tiers médiateur entraînera une perte de confiance dans la neutralité de ce même tiers arbitre ».

¹⁹⁶ Par application des règles relatives à l'arbitrage, et plus précisément de l'article 1686, §1 du Code judiciaire, sachant que « lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa désignation éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toute circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité (...) », le médiateur ayant pris connaissance de telles circonstances devrait les soulever et s'abstenir d'accepter la mission subséquente d'arbitre.

qu'engendrer une suspicion qui entachera tout le processus arbitral »¹⁹⁷. Cette suspicion se traduira nécessairement par une annulation de la sentence ou une procédure de récusation initiée par l'une ou l'autre partie¹⁹⁸ – à laquelle le tiers ne pourrait qu'acquiescer, étant donné qu'il lui est toujours loisible de décliner la mission d'arbitre qui lui est proposée¹⁹⁹, mais qu'une fois celle-ci acceptée²⁰⁰, il ne peut s'en défaire qu'avec l'accord des parties ou du président du tribunal de première instance²⁰¹.

Nous voyons de suite poindre l'argument contraire à cette solution : les parties ne sont-elles pas obligées d'entamer la phase arbitrale en cas d'échec de la médiation, conformément aux principes processuels de la med-arb ? Rappelons simplement ce qui précède : les rôles de médiateur et d'arbitre sont propres à deux phases successives de résolution des conflits bien distinctes, auxquelles s'appliquent des règles particulières respectives. « Arrêter le processus de Med-Arb en n'entamant pas la phase d'arbitrage ne constitue pas, en soi, une violation de la clause de Med-Arb »²⁰². Il s'agit plutôt selon nous d'une précaution non négligeable, préservant la qualité du travail des parties – et du tiers intervenant – dans la résolution du différend qui les oppose.

Cette idée de prudence est prolongée dans la seconde hypothèse que nous abordions ci-dessus. Comme nous l'avons déjà indiqué, le passage de la première phase à la seconde – conditionné par le crédit accordé par les parties à leur med-arbitre – est déterminant : c'est à ce moment qu'**aussi bien les parties que le tiers intervenant doivent confirmer leur volonté de poursuivre le processus** et de s'engager alors dans la phase arbitrale²⁰³. Ce consentement au sujet de la med-arb et de son procédé devra donc être exprimé à deux moments afin de garantir une solution impartiale, facilitée ou émanant d'un tiers indépendant²⁰⁴ : avant l'entame du processus de médiation, ainsi qu'avant de s'inscrire dans la procédure d'arbitrage. Cette solution est partagée par l'ensemble des professionnels que nous avons rencontrés.

Cette confirmation peut prendre diverses formes. D'abord, en nous inspirant du règlement du CEPANI existant en droit belge et plus précisément de son article 14.2²⁰⁵, il serait plus qu'opportun d'envisager que l'arbitre, anciennement médiateur, signe une déclaration solennelle d'indépendance, par laquelle il (ré)affirmerait son indépendance vis-à-vis des parties et des intérêts en cause, et s'engagerait à

¹⁹⁷ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 118.

¹⁹⁸ Selon l'article 1686 du Code judiciaire, qui prévoit en son paragraphe 2 qu'« *un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité, ou s'il ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné ou à la désignation duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation* ». Pour la procédure de récusation, voy. l'article 1687 du même code.

¹⁹⁹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 119.

²⁰⁰ Et cette acceptation est qualifiée d'indispensable par G. KEUTGEN et G.-A. DAL ; voy. G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, *Le droit belge*, *op. cit.*, n° 267.

²⁰¹ Art. 1685, §7 du Code judiciaire.

²⁰² P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 119.

²⁰³ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 846.

²⁰⁴ R. ANGYAL S.C., *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁵ Voy. l'article 14. 2 du Règlement d'arbitrage du CEPANI, qui stipule qu'« *avant sa nomination ou son agrément, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'acceptation, de disponibilité et d'indépendance. Il signale par écrit au secrétariat les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties* ».

communiquer tout élément susceptible de modifier cette situation²⁰⁶. Ce type d'élément pourrait être, en ce qui nous concerne, l'existence de caucus – tant redoutés par les détracteurs de la med-arb – durant la médiation : il appartiendrait au med-arbitre d'indiquer dans cette déclaration qu'il a potentiellement pris connaissance de confidences secrètes, n'ayant donc pas fait l'objet d'une contradiction par les parties. Attention, « il ne doit pas (ne peut pas !) révéler ce qu'il a appris »²⁰⁷ mais doit uniquement mentionner le fait qu'il connaît désormais certains éléments suite aux apartés. Il s'agit d'une application dérivée de l'article 1686 §1 du Code judiciaire, que nous avons énoncé *supra*.

En outre, nous pourrions envisager que le med-arbitre fasse usage de l'acte de mission, préalable à l'instruction de la cause, pour nier tout doute quant à sa fonction et asseoir le consentement des parties à cet égard. Nous nous appuyons une nouvelle fois sur le règlement d'arbitrage du CEPANI pour illustrer cette idée : celui-ci prévoit, en son article 22, 1. h), que l'acte de mission comprend notamment « *toutes les autres mentions jugées utiles par le tribunal arbitral* »²⁰⁸. Il serait donc à nos yeux tout à fait concevable que l'arbitre expose, dans ce cadre, la confirmation des parties ainsi que la sienne quant à la suite du processus et ses implications. L'acte de mission devant être signé tant par les parties que l'arbitre²⁰⁹, il manifesterait alors le consentement de chacun des protagonistes.

Enfin, une telle confirmation par les parties et l'arbitre pourrait encore faire l'objet d'un simple écrit contractuel, conforme au droit des contrats et fondé sur l'article 1134 du Code civil.

Nous terminerons par réaffirmer la nécessité d'une certaine prudence lors du passage à la phase arbitrale, dans le chef du med-arbitre comme des parties ; un consentement « éclairé » de ces dernières est indispensable, et contraint selon nous leurs avocats et le médiateur – futur arbitre – à redoubler de conseils, éclaircissements et mises en garde. Il leur faudra exercer un véritable rôle « pédagogique »²¹⁰ à leur égard – considéré par certains comme une réelle obligation déontologique²¹¹ – afin qu'elles puissent s'engager dans la procédure d'arbitrage en âme, conscience et toute sérénité.

§2. L'interdiction des parties de soulever des éléments alléguant le défaut d'indépendance et d'impartialité du med-arbitre postérieurs à la désignation/reconfirmation du med-arbitre

Le médiateur est un acteur que l'on peut qualifier de *multipartial* : « il peut très bien faire preuve de compréhension quant aux thèses contradictoires des parties, en accepter l'existence et le fait que les parties les soutiennent de parfaite bonne foi, sans pour autant mettre sa neutralité à mal. Tout est

²⁰⁶ J. LINSMEAU, « Le déroulement de la procédure arbitrale », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la coordination de D. Matray, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 195, n° 1.

²⁰⁷ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 119.

²⁰⁸ Art. 22, 1. h) du Règlement d'arbitrage du CEPANI.

²⁰⁹ Art. 22, 2. du Règlement d'arbitrage du CEPANI.

²¹⁰ C. KESSEDJAN, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, p. 381.

²¹¹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 120. Pour un aperçu concret et pratique de la mise en œuvre de cette obligation, voy. *Ibid.*

question d'attitude, d'apparence et de communication... »²¹². Du moment qu'aux yeux des parties, il reste indépendant et impartial, sa fonction ne risque pas d'être remise en cause. Elles doivent savoir qu'il peut être amené à se consacrer davantage à une partie plutôt qu'à l'autre, sans pour autant la privilégier, et que les caucus sont une occasion rêvée pour que chacune d'elles se libère d'informations parfois indispensables pour la compréhension et la résolution du litige. Le médiateur peut mener à bien ces missions tout en restant fidèle aux valeurs cardinales que sont les prescrits d'indépendance et d'impartialité, en s'assurant toujours que les parties restent confiantes en ses capacités et qualités.

Dans la continuité de notre précédent argument (voy. §1), nous insistons également sur le fait que les parties ne puissent se fonder sur des éléments survenus **avant** la confirmation de la mission du med-arbitre pour invoquer le manque d'impartialité ou d'indépendance dans son chef. Le moment-clé de la désignation du med-arbitre est l'occasion pour elles de faire part tant de leurs craintes que de leurs certitudes. Rappelons qu'en pratique, elles ont tout intérêt à soulever le motif de récusation sans attendre : en effet, la partie récusante dispose d'un délai légal de quinze jours commençant à courir au jour où elle eut connaissance des circonstances étant de nature à soulever des doutes légitimes quant à l'indépendance et/ou impartialité du med-arbitre²¹³. A défaut, sa demande de récusation serait jugée irrecevable et pourrait s'apparenter à une renonciation à récuser le med-arbitre. Or, le droit de récusation n'est pas d'ordre public²¹⁴, ce qui autorise les litigantes à y renoncer.

§3. La médiation évaluative plutôt que facilitative

a) Quelques explications

En droit belge, il est de longue tradition de considérer le médiateur comme un « facilitateur » du conflit, aidant les parties dans la résolution de celui qui les oppose et (r)établissant le dialogue entre celles-ci, en vue de trouver la solution idéale pour chacune d'elles. C'est d'ailleurs la vision que nous avons donné de la médiation dans notre premier chapitre consacré à sa définition. Une autre conception de la fonction de médiateur se développe pourtant chez nos voisins, notamment français et anglo-saxons : la médiation dite « évaluative ».

Si le modèle traditionnel du médiateur implique de sa part une certaine retenue de l'expression de son opinion quant au fond du litige, à ses aspects juridiques ou son éventuelle issue devant un juge étatique²¹⁵, la variante que nous présentons ici l'autorise quant à elle à émettre de telles évaluations.

²¹² P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 845.

²¹³ Art. 1687, §2, a) du Code judiciaire, stipulant que « la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit les motifs de récusation à l'arbitre concerné, le cas échéant aux autres arbitres si le tribunal en comporte, et à la partie adverse. A peine d'irrecevabilité, cette communication intervient dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la partie récusante a eu connaissance de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées à l'article 1686, § 2 ».

²¹⁴ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 858.

²¹⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons-nous changer de point de vue ? », *op. cit.*, p. 609.

La réalité des conflits montre que bien souvent, une médiation « facilitative » ne suffit pas, car elle ne comble pas le besoin humain d'entendre dire par autrui que nous avons raison et que l'autre a tort, que l'autre est le méchant et que nous sommes le gentil. Le facilitateur n'osera pas toujours attirer l'attention des parties sur leurs faiblesses et faire part de son avis personnel, risquant de compromettre le processus en raison d'un apparent et supposé défaut d'indépendance ou d'impartialité dans son chef²¹⁶. Il évitera de perdre la confiance des parties pouvant être insatisfaites de son évaluation ou de ses suggestions²¹⁷.

Pourtant, il pourrait s'avérer opportun d'envisager dans certaines hypothèses une approche davantage « proactive » et impliquée du médiateur, allant jusqu'à lui permettre de formuler des propositions de solution au différend²¹⁸. Plus qu'un « messenger porteur de leurs arguments »²¹⁹, les parties attendront du médiateur évaluateur qu'il soutienne et approuve ces derniers. Synthétiquement et chronologiquement, la fonction du médiateur évaluateur peut se résumer comme suit : (i) *évaluer* les positions de faiblesse et de force de chacune des parties, (ii) *proposer et développer* la solution étant la plus plausible à ses yeux, (iii) *envisager* celle pouvant éventuellement être imposée par les tribunaux si la cause était renvoyée devant un juge²²⁰. Le but est aussi et avant tout d'aider les parties à acquérir une vision un peu plus sérieuse et solide de leur dossier, en instillant un léger doute faisant évoluer leur réflexion.

Ainsi, la médiation évaluative correspond à un processus analytique fondé sur le consentement des parties, celles-ci acceptant que l'attention du médiateur soit focalisée sur le fond du litige, favorisant dès lors l'émergence d'un accord les (ré)unissant²²¹. En effet, la toute puissance de la médiation évaluative est qu'elle amène les parties – nécessairement confiantes en l'évaluateur – à remettre en question leurs positions, sur la base des spéculations et avis de ce dernier ; elles sont amenées à revoir leurs prétentions à un degré acceptable de raison, en vue d'atteindre un équilibre salvateur.

b) Application à la med-arb

Nous pensons que les quelques réticences relatives à la médiation par évaluation tiennent au fait que les mentalités restent trop souvent attachées aux traditions et règles de base de notre droit, n'envisageant pas la médiation autrement que par une approche facilitative²²². Ceci ne fait qu'accentuer le regard « niais » que les plus sceptiques portent sur la médiation, perplexes quant à son utilité. Pourtant, nous sommes persuadés qu'appliquée à la med-arb, cette variante de la médiation peut permettre de réelles avancées. En outre, le législateur belge n'ayant pas traité cette

²¹⁶ P. VAN LEYNSEELE, « Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons-nous changer de point de vue ? », *op. cit.*, p. 610.

²¹⁷ O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *op. cit.*, p. 90, n° 84.

²¹⁸ G. TARZIA, « Médiation et institution judiciaire », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, sous la direction de L. Cadet, T. Clay et E. Jeuland, Paris, LexisNexis, 2005, p. 21.

²¹⁹ P. VAN LEYNSEELE, « Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons-nous changer de point de vue ? », *op. cit.*, p. 610.

²²⁰ L. RANDOLPH LOWRY, « Evaluative Mediation », *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications*, New York, Guilford Press, 2004, p. 77.

²²¹ *Ibid.*, p. 77.

²²² Olivier CAPRASSE parle en effet de la médiation évaluative comme d'une « dérogation au fonctionnement traditionnel de la médiation telle qu'elle est pratiquée dans notre système » ; voy. O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *op. cit.*, p. 90, n° 84.

question, un espace de liberté est laissé aux parties pour aménager leur mode de résolution conformément à leurs attentes et réels besoins.

Dans le cadre de sa première mission (par référence au « schéma fonctionnel » du médiateur évaluateur tel qu'énoncé ci-dessus), le tiers investi des pouvoirs d'évaluateur sera amené à rappeler les arguments juridiques des parties lors de leurs échanges, attirant ainsi leur attention sur ce qui peut être raisonnablement accepté et ce qui excède, au contraire, les contours de l'admissible²²³. L'évaluateur se penchera sur les questions de droit et amènera les parties à y réfléchir plus amplement. Il fournira donc un travail d'analyse tant juridique que factuel, en vue d'émettre les options et solutions lui semblant les plus adéquates ; il avertira en sus les parties des aléas judiciaires auxquelles elles s'exposeraient si elles maintenaient leurs positions originelles.

L'idée d'une articulation de la médiation évaluative et de la med-arb se dessine alors à l'esprit : envisageant que le tiers intervenant dans la med-arb revête, durant la première phase, le costume d'un évaluateur et puisse – à l'instar d'un arbitre – se pencher notamment sur le fond du litige et émettre son propre jugement à cet égard (impliquant donc une nécessaire analyse juridique des questions en jeu), permettrait d'**éluder tout reproche de partialité ou de dépendance** dans son chef. *« Après tout, il est neutre et indépendant de telle sorte que l'argument sera plus convaincant s'il est énoncé par le médiateur personnellement, n'est-il pas ? »*²²⁴ Les parties doivent en effet consentir à la possibilité qu'aurait le médiateur d'émettre ses avis et pistes de résolution. Cette « liberté contractuelle fondamentale des parties leur permet de préférer des solutions mieux adaptées à leurs besoins respectifs spécifiques »²²⁵. On comprend le besoin des parties de s'enquérir de l'avis d'un professionnel, distancié du différend et de leur vécu personnel, d'autant plus s'il est juriste. Nous conseillons d'ailleurs les parties souhaitant recourir à la médiation évaluative de désigner un tiers connaissant les règles de droit, à même de les étudier pour les articuler au mieux.

Un consentement éclairé des parties, manifestant leur confiance en cette personne et ses qualités professionnelles et humaines, est essentiel pour la bonne marche du processus de med-arb. Son rôle sera double. En plus d'être bon pédagogue, il lui appartiendra de remplir une mission préventive garantissant un tel consentement des parties : il s'agira de « savoir quand il est approprié pour un médiateur de faire connaître son opinion, de quelle manière il doit le faire et quelles précautions il doit prendre afin qu'il assure que les parties comprennent bien toutes les conséquences du choix méthodologique qu'elles expriment ainsi »²²⁶. Nous plaçons pour que l'acte désignant le tiers intervenant dans la med-arb contienne des indications sur les contours de la mission du médiateur, afin d'éviter tout excès de pouvoir dans son chef. L'expérience de Pascal HOLLANDER révèle qu'il vaudrait mieux partir d'une mission de médiateur-facilitateur, mais pouvant évoluer selon les besoins de la cause et autorisant dès lors et le cas échéant certaines évaluations. Tout est affaire de **bon**

²²³ P. VAN LEYNSEELE, « Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons-nous changer de point de vue ? », *op. cit.*, p. 610. Il lui appartiendra également de rappeler aux parties les limites légales, telles que les règles d'ordre public et impératives, car il ne peut cautionner une solution contraire à celles-ci.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, p. 611.

sens. Il s'agit donc de rapprocher sans juger, et sans pour autant exclure des avis et recommandations. Ceci coïncide tout à fait avec la flexibilité et la souplesse que l'on attend des MARC's en général, et de la med-arb en particulier. Patrick KILESTE nous informa d'ailleurs que très peu de médiateurs pratiquent la médiation facilitative à cent pourcents. « **Avec légèreté, nuance et finesse** »²²⁷, beaucoup formulent des avis informels et se sentent à cet égard davantage conciliateurs que médiateurs à proprement parler.

Nous voyons néanmoins percer les arguments contraires à notre solution : ne serait-elle pas une façon, pour le med-arbitre agissant en tant que médiateur évaluateur, d'annoncer de cette manière la sentence qu'il risquerait de prendre, potentiellement futur arbitre ? N'exercerait-il pas une forme de pression²²⁸ en faisant part de ses conclusions ou impressions, masquant en réalité ses futures intentions ? Cette pression n'orienterait-elle pas la manière dont les parties s'adonneraient à la médiation, celles-ci adaptant leur récit et niant dès lors leurs véritables besoins et intérêts ? A notre sens, la réponse dépendra des qualités et aptitudes de la personne désignée comme med-arbitre, ainsi que de la prise de conscience par les parties des implications d'un tel choix. La prudence sera de mise. Notre solution paraîtrait alors concevable, tant d'un point de vue légal que pratique. Nous pensons donc qu'il faille permettre aux parties d'aménager leur mode de résolution de la manière la plus adéquate à leur cause et besoins, pour autant que l'accent soit une nouvelle fois mis sur la réflexion et la précaution ; des conseils avisés de la part des avocats et conseils des parties sont par conséquent vivement souhaités.

Sous-section 3. Solutions à l'éventuelle violation de l'obligation de confidentialité

§1. Le consentement des parties : un engagement à donner le meilleur d'elles-mêmes dans la résolution de leur propre cause

Nous l'avons vu, beaucoup considèrent que la phase arbitrale postérieure à la phase de médiation représente une réelle menace dans l'esprit des parties, craintive d'une sentence ne leur laissant nul pouvoir de contrôle ni de décision quant à leur cause. Les caucus ne doivent pourtant pas être vus comme une occasion de manipulation ou d'anticipation de la sentence. Nous pensons qu'il s'agit surtout d'un incitant pour les parties à redoubler d'efforts durant la phase de médiation²²⁹, lui donnant toute l'efficacité qu'elle mérite²³⁰ et ouvrant ainsi le champ d'une meilleure communication ; les parties sont ainsi invitées à donner le meilleur d'elles-mêmes, **sincères, volontaires et de bonne foi**²³¹. **Franchise et efforts** sont les clés pour arriver au bon compromis²³². Toutes les opportunités que la médiation est à même d'offrir seraient saisies, afin de favoriser avant tout la solution la plus harmonieuse aux yeux des parties, mais aussi et surtout celle qui **leur appartient**.

²²⁷ Propos de Patrick KILESTE recueillis lors de son interview, le 14 avril 2015.

²²⁸ Voy. à cet égard R. ANGYAL S.C., *op. cit.*, p. 2 ; ainsi que R. FULLERTON, *op. cit.*, p. 56.

²²⁹ S. LANDRY, *op. cit.*, p. 265.

²³⁰ M. C. WEISMAN, *op. cit.*, p. 41.

²³¹ J. T. BLANKENSHIP, *op. cit.*, p. 20.

²³² M. C. WALSH, « The promise and perils of "med-arb" », *JAMSADR*, p. 1, disponible sur http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Walsh_M_The-Promise-and-Perils-of-Med-Arb-LAW-2014-10-03.pdf.

Après tout, n'est-ce pas le fondement même de la med-arb que le **consentement** des parties au processus ? Ne connaissent-elles pas d'avance les pièges et griefs dans lesquels ne pas tomber ? A elles selon nous de s'en prévaloir et de mettre toutes les chances de leur côté, en se donnant presque corps et âme dans la résolution de leur litige, prioritairement par la voie de la médiation et le cas échéant, grâce aux richesses potentiellement offertes par les caucus.

Attention, loin de nous l'idée d'attribuer au consentement – dont les conséquences sont juridiques – une connotation purement morale. Peut-être sont-ce là des considérations d'ordre éthique (voy. à ce propos la Sous-section 5 du présent chapitre), sous-jacentes à notre conception du consentement des parties dans le présent contexte. Notre propos découle en effet d'un idéal que nous nous faisons de leur attitude en médiation, nous en sommes conscients. Mais l'utopie n'est-elle pas en soi une réalité en puissance ?²³³

§2. Un engagement de la part du med-arbitre

Il nous semble inconcevable d'imaginer que le médiateur « oublie » l'ensemble des informations perçues par lui durant la phase de médiation. On l'a dit, un des avantages premiers de la med-arb est d'éviter aux parties de devoir réexpliquer à l'arbitre l'ensemble de leur dossier, des faits et autres éléments à l'appui de leurs prétentions. Il y va d'un gain de temps et d'efficacité du/dans le processus.

Il s'agira pour lui, si l'on s'en remet strictement au texte de la loi²³⁴, de ne pas « *utiliser* » dans le cadre de la procédure arbitrale subséquente, les documents établis et les communications faites durant la médiation ou pour les besoins de celle-ci. **Ce qui s'est dit lors des caucus appartient aux parties** et ne peut en aucun cas – sauf consentement exprès de celles-ci – être divulgué ou servir de fondement à la décision du med-arbitre. Autrement dit, l'arbitre ne pourra tenir compte que des éléments « qui résultent du dossier que les parties produisent à l'appui de leur thèse et des preuves qui sont produites devant lui »²³⁵.

Rien ne semble *a priori* empêcher le médiateur de respecter ce principe et de remplir avec professionnalisme sa mission d'arbitre, malgré les révélations dont il aurait connaissance depuis les caucus. **Un engagement « formel » de sa part** semble pallier le risque d'une telle violation, consistant alors à ne faire aucune référence aux éléments communiqués par écrit ou oralement lors de la médiation, mais absents des débats arbitraux²³⁶.

De plus, et c'est un constat issu de la pratique de Patrick VAN LEYNSEELE, « il n'y a pas toujours – pas souvent – d'informations réellement confidentielles qui soient communiquées lors d'une médiation ou qui conservent leur caractère confidentiel après que le médiateur ait fait observer à la partie qui les lui

²³³ Citation d'Edouard HERRIOT.

²³⁴ Pour rappel, l'article 1728 du Code judiciaire est libellé comme suit : « *Les documents établis et les communications faites au cours d'une procédure de médiation et pour les besoins de celle-ci sont confidentiels. Ils ne peuvent être utilisés dans une procédure judiciaire, administrative ou arbitrale ou dans toute autre procédure visant à résoudre des conflits et ne sont pas admissibles comme preuve, même comme aveu extrajudiciaire. L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties pour permettre notamment au juge d'homologuer les accords de médiation* ».

²³⁵ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 127.

²³⁶ *Ibid.*, p. 128.

communiqué qu'il vaudrait peut-être mieux les partager avec l'autre pour faire avancer les discussions »²³⁷.

§3. L'*Hosbon's choice* : une médiation avec ou sans caucus ?

Certains auteurs et praticiens considèrent que les caucus font tout le succès d'une médiation, alors que pour d'autres il s'est avéré bénéfique de s'en passer. La question d'une médiation avec ou sans caucus dans le cadre de la med-arb comporte donc ses intérêts comme ses inconvénients.

Avec caucus, l'efficacité de la médiation est certes maximisée, mais peut donner l'impression que le médiateur supporte la responsabilité qu'un accord sera trouvé²³⁸. En outre, le caucus pourra permettre au médiateur d'avertir une partie que son dossier comporte des faiblesses par rapport à celui de son adversaire, sans pour autant révéler les informations confidentielles qui fondent cette indication. La partie en question pourrait alors « rectifier le tir », ce qui entraînera éventuellement une convergence des intérêts de chacune d'entre elles et facilitera dès lors l'obtention d'un accord.

Le caucus présente d'autres avantages multiples, que nous citons ici de manière non exhaustive²³⁹ : premièrement, le caucus permettrait de créer et d'asseoir un lien avec et entre les parties, le médiateur servant alors de passerelle entre celles-ci. Deuxièmement, recourir à ces entretiens séparés permettrait pour certains d'éviter le conflit, partant de la supposition que les parties ne peuvent discuter de manière constructive dans une même pièce ; mais ne s'agirait-il pas là d'une manière pour les médiateurs de se protéger de leurs éventuelles difficultés à maîtriser le conflit ? Gary FRIEDMAN et Jack HIMMELSTEIN, médiateurs américains, soutiennent que tout différend peut être réglé par ses propres protagonistes – même s'ils ne le pensent pas ou n'y croient tout simplement pas – et que le médiateur doit avant tout les *soutenir* et non pas seulement *gérer* leur dispute²⁴⁰. Troisièmement, le caucus permettrait aux parties de parler librement, plus ouvertement en l'absence de l'autre partie, et de dévoiler sans crainte et dans la confiance des informations primordiales pour l'issue du différend.

Sans caucus, le problème de la confidentialité (et du contradictoire) ne se pose pas, étant donné que tout ce qui sera dit durant cette première phase sera entendu par l'ensemble des intervenants. Toutefois, la médiation risque de perdre en efficacité, comme nous l'ont indiqué bien des praticiens. Certains plaident pourtant pour la médiation sans caucus, argumentant que le médiateur disposant d'informations tenues confidentielles en raison de ces entretiens séparés pourra aisément faire pression sur les parties, voire les manipuler aux fins d'obtenir un accord²⁴¹. Il ne sera plus vu alors comme tel, mais comme un juge ou un arbitre ayant en main leur histoire et leur destin²⁴². Ils considèrent en outre que ce sont les parties les plus à même de comprendre ce qui sous-tend leur

²³⁷ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, pp. 128 et 129.

²³⁸ G. FRIEDMAN et J. HIMMELSTEIN, *Défier le conflit. La médiation par la compréhension*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 222.

²³⁹ Voy. pour un aperçu des avantages et inconvénients des caucus, *Ibid.*, pp. 224 à 232.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 229.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 208.

²⁴² *Ibid.*, p. 225.

dispute et partant, qui sont les mieux placées pour trouver la solution idéale aux yeux de tous. Il convient en fait d'amener réellement les parties à *travailler ensemble* – ce que les médiateurs n'envisagent généralement pas, persuadés qu'elles ne pourront œuvrer de manière commune étant donné le différend qui les oppose – même si cette tâche peut s'avérer aussi exigeante que valorisante²⁴³. Le fait pour les parties de se rencontrer et d'échanger leurs points de vue et considérations, permet de leur offrir l'opportunité de *se comprendre*²⁴⁴, ce qui serait tout simplement impossible en présence de caucus. En outre, les informations révélées par l'intermédiaire du médiateur n'auront certainement pas la même intensité et la même teneur que si elles avaient été exprimées directement par leur auteur, ce qui ne facilitera certainement pas la compréhension de l'un par l'autre.

C'est pourquoi se pose un « **Hobson's choice** »²⁴⁵ : c'est « tout ou rien », autrement dit « avec ou sans caucus ». Nous ne pouvons en conclusion prétendre que l'une ou l'autre option est plus favorable que l'autre. La pratique nous révèle qu'il s'agit-là d'une question dont la réponse se trouve au cas par cas, selon les désirs et aspirations des parties et si les qualités et compétences du med-arbitre le permettent.

Nous avons demandé l'avis de praticiens, afin de pouvoir confronter théorie et pratique. Pascal HOLLANDER considère par exemple que les caucus sont précisément la source de toutes les difficultés que soulève la med-arb. Mais à la fois, il serait pour lui inconcevable d'envisager une médiation sans ces entretiens séparés. D'une part, parce que cela reviendrait à amputer le médiateur d'un outil essentiel à sa fonction, ce qui réduirait considérablement l'efficacité du processus. D'autre part, parce que ces apartés sont l'occasion de conseiller les parties dans le cadre d'une médiation évaluative.

Patrick KILESTE partage lui aussi cet avis. Il considère que les caucus font toute la richesse de la médiation. Son expérience témoigne qu'il ne s'en est jamais passé : « ils sont inhérents au processus de médiation », nous confia-t-il. Il nous indiqua qu'il est toujours difficile pour un litigant de faire le premier pas, surtout dans un climat détestable ; ces tête-à-tête confidentiels sont donc un moyen de formuler des propositions en toute quiétude, sans qu'intervienne l'aspect émotionnel. Ils permettent également au médiateur de s'adapter à la personnalité de chacun et de veiller ainsi à conforter les parties dans un dialogue nouveau et progressif.

Malgré ces nombreux avantages, il faut tout de même reconnaître que bon nombre d'incidents ou de reproches formulés à l'égard de la med-arb naissent de la présence de ces caucus. Ils sont la source de reproches relatifs à l'obligation de confidentialité, entraînant de potentiels doutes quant à l'impartialité et à l'indépendance du med-arbitre. Olivier CAPRASSE, conscient de ces écueils, a d'ailleurs accepté de jouer le rôle de med-arbitre, mais étant entendu dès le départ et à condition que les caucus soient totalement exclus et que le tribunal arbitral, dans son entièreté, participe à l'ensemble du procédé. Cette formule fut intéressante : en quelques heures seulement et épargnant aux parties des frais considérables, une solution fut trouvée dès le stade de la médiation.

²⁴³ G. FRIEDMAN et J. HIMMELSTEIN, *op. cit.*, p. 24.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 222. Ces auteurs font de la compréhension le fondement-même de leur approche de la médiation.

²⁴⁵ R. ANGYAL S.C., *op. cit.*, p. 3.

Une autre hypothèse encore pourrait être envisagée : nous nous interrogeons sur l'éventuelle possibilité pour les parties de prévoir des caucus (si le dialogue entre elles est totalement rompu et qu'ils s'avèrent nécessaire au rétablissement d'une entente) mais avec leur accord toutefois de lever la confidentialité des éléments échangés par l'intermédiaire du med-arbitre à cette occasion. C'est donc l'aménagement suivant que nous proposons, sans grande certitude quant à son efficacité étant donné l'absence de concrétisation pratique jusqu'alors : une médiation, avec caucus non-confidentiels en guise de première phase.

En conclusion, nous pensons que la liberté règne toujours en maître, renforce le caractère souple et flexible du processus et est la plus à même de répondre au mieux aux convenances de chacun.

§4. Le *Commercial Arbitration Act 2010 (NSW)* en droit australien : source d'inspiration ou d'objections ?

Nous l'avons mentionnée à titre d'illustration dans le cadre de la définition de la med-arb en droit étranger : la section 27 D du *Commercial Arbitration Act* australien de 2010 reconnaît explicitement la med-arb. La valeur de cet acte est équivalente à celle d'une loi dans notre état. De manière assez étonnante, le point 7 de cette dernière section propose une solution aux divers problèmes engendrés par le caractère confidentiel de la médiation et des caucus y étant associés. Il est libellé comme suit : « *If confidential information is obtained from a party during mediation proceedings (...) and the mediation proceedings terminate, the arbitrator must, before conducting subsequent arbitration proceedings in relation to the dispute, disclose to all other parties to the arbitration proceedings so much of the information as the arbitrator considers material to the arbitration proceedings* »²⁴⁶.

Cela signifie qu'une fois la médiation tenue et close, le médiateur statuant comme arbitre pourra, à sa propre discrétion, révéler aux parties les informations – en principe confidentielles – qu'il considèrera alors comme essentielles pour l'issue du litige (autrement dit, pour le fondement de sa sentence).

Si cette solution a le mérite de laisser aux parties la possibilité de contredire les arguments de leur adversaire et de respecter par là le principe du contradictoire (ce qui ôterait le reproche consistant à dire que les caucus ne permettent pas aux parties de se défendre des thèses opposées) et si elle permet éventuellement à l'arbitre d'affiner son raisonnement par une nouvelle phase de discussion entre parties – chacune développant les arguments justifiant l'information jugée capitale selon l'arbitre et dévoilée par lui – elle pose selon nous de réelles interrogations et difficultés, que nous exposons de suite.

Premièrement, cette solution nous semble laisser place à un véritable **pouvoir discrétionnaire et arbitraire** dans le chef du med-arbitre, pourtant sans fondement... Nous ne voyons en effet aucune base – légale ou autre – à cette faculté du med-arbitre de choisir quelle information serait à ce point décisive dans son esprit, qu'elle gagnerait à être révélée.

²⁴⁶ Disponible sur http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/caa2010219/s27d.html .

Deuxièmement, cette solution laisserait potentiellement place à l'abus. *Quid* par exemple du fait qu'une partie n'ait nulle intention de consentir à la mission d'arbitre du médiateur (si l'on envisage une reconfirmation par les parties de la mission du médiateur en tant qu'arbitre, voy. *supra*) mais désirerait seulement découvrir l'une ou l'autre information concernant son adversaire ? L'intention de la partie serait de connaître les moindres secrets de sa rivale afin d'améliorer son plaidoyer et d'assurer sa victoire... L'on s'écarterait non seulement du but premier de la med-arb, étant de trouver avant tout une solution qui soit la plus conforme aux intérêts des deux parties, mais on laisserait également porte ouverte aux **manœuvres malveillantes** des plus manipulateurs. Robert ANGYAL s'est penché sur la question et pense que le médiateur pourrait refuser de révéler à l'un des litigants l'information confidentielle de l'autre, mais uniquement après que la première ait consenti à la mission d'arbitre du médiateur²⁴⁷. Mais encore faut-il que le médiateur y soit autorisé ou qu'il en soit capable²⁴⁸... De plus, la partie détenant l'information primordiale aux yeux du med-arbitre pourrait se sentir victime d'une **trahison** de ce dernier, en qui elle avait pourtant voué toute confiance. En outre, les parties perdraient la maîtrise de leur litige, alors qu'il s'agit d'un élément caractéristique des modes alternatifs tous confondus.

Enfin, cette solution va à l'encontre du caractère fondamental de la médiation et des caucus qu'est la confidentialité. Nous considérons donc que cette faculté du med-arbitre ne pourrait être admise **que s'il avise la partie concernée de son intention de divulguer telle information**, et uniquement s'il obtient son **consentement exprès** à cet égard. A défaut d'un tel accord, et si l'information divulguée par le médiateur est préjudiciable à celle-ci, la med-arb se conclurait par un échec, la partie refusant que le médiateur arbitre le conflit.

Au final, cette solution pourrait en être réellement une, si elle était **revue et corrigée**. Selon nous, elle pourrait être admise dans notre droit belge mais uniquement moyennant l'accord des parties sur la divulgation de l'information en question²⁴⁹. Le rôle du med-arbitre serait alors d'amener les parties, lors des caucus, à dévoiler un maximum d'éléments lui permettant de les conduire conjointement à la résolution de leur conflit, et le cas échéant et à défaut d'un tel accord, de les amener à réfléchir et/ou revoir certains moyens de leur défense. Une sorte de « réouverture des débats » durant la phase arbitrale, sur la base des informations ainsi nouvellement révélées moyennant leur accord, pourrait permettre à chacune d'elles de réitérer et d'affirmer ses intérêts. Par la même occasion, ceci permettrait à l'arbitre de trancher de la manière la plus conforme à ceux de l'une et l'autre.

²⁴⁷ R. ANGYAL S.C., *op. cit.*, pp. 4 et 5.

²⁴⁸ Il y a en effet une double pression supportée par le med-arbitre, qui devra être mise en balance par lui et les parties et dont le choix sera posé moyennant une information claire des opposantes, préalablement à quelque révélation. D'une part, une **pression de ne pas divulguer** l'une ou l'autre information, aux risques que la médiation ne fonctionne pas, que les parties ne consentent pas à son « changement de casquette » ou qu'il ne soit pas capable de trancher en tant qu'arbitre sans divulguer un élément confidentiel pourtant essentiel à cette fin ; et d'autre part, une **pression à divulguer** parce que la capacité de révéler un élément issu d'une entrevue privée, avec pourtant la certitude qu'elle restera confidentielle et ce, de manière permanente, peut énormément favoriser la réussite d'une médiation ; voy. *Ibid.*, p. 6.

²⁴⁹ Conformément à l'article 1728 du Code judiciaire.

Section 2. Des solutions « générales » aux problématiques engendrées par la med-arb

Les solutions que nous proposons dans le cadre de la présente section, ne tendent pas à résoudre un point particulier faisant défaut dans le cadre de la med-arb. Elles sont plutôt générales et n'ont pour la plupart pas (encore ?) été concrétisées²⁵⁰.

Sous-section 1. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : des principes absolus ?

Nous l'avons vu, le Code judiciaire belge semble consacrer le caractère fondamental du principe du contradictoire²⁵¹ ainsi que ceux d'indépendance et d'impartialité du med-arbitre²⁵². Ces exigences sont également consacrées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme – à laquelle la Belgique est partie²⁵³ – sous le vocable plus large et général de *droit à un procès équitable*. Ce dernier garantit en effet plusieurs droits distincts : « le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, au terme d'une procédure contradictoire et publique, par un jugement rendu au terme d'un délai raisonnable, etc. »²⁵⁴. Mais cette consécration européenne signifie-t-elle pour autant que ces garanties revêtent un caractère absolu, auquel toute dérogation ou renonciation serait condamnée ?

Avant de nous poser cette question relative aux différents principes mis en exergue précédemment (voy. *supra*, Chapitre 3), voyons s'il est possible de renoncer de manière générale aux garanties de l'article 6. Ce qui nous intéresse ici est de pouvoir tracer les contours du droit à un procès équitable afin de savoir si une renonciation – même partielle – à celui-ci est permise, et dans l'affirmative, dans quelle mesure et sans franchir quelles limites.

On le devine déjà, l'application de la Convention semble devoir être écartée du processus de médiation, en raison des caucus y étant adjoints et de l'absence de pouvoir juridictionnel dans le chef du médiateur. La question de son applicabilité à l'arbitrage a quant à elle suscité – et suscite encore aujourd'hui – beaucoup de débats²⁵⁵. Malgré cette controverse et quand bien même la C.E.D.H. ne s'appliquerait pas explicitement à l'arbitrage, nous sommes d'avis que « son contenu s'y applique

²⁵⁰ Nous avons envisagé la possibilité d'aborder la tierce-décision obligatoire pour légitimer le recours à la med-arb. Cependant, par manque de place et parce que Patrick VAN LEYNSEELE établit de manière très claire et précise une comparaison de ce mode de résolution avec la med-arb, nous renvoyons donc le lecteur à son article « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*. Nous ne prétendons en effet pas faire mieux que celui-ci.

²⁵¹ Voy. l'art. 1699 du Code judiciaire, qui prévoit que c'est « *nonobstant toute convention contraire* » que « *les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et [que] chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits, moyens et arguments dans le respect du contradictoire (...)* »

²⁵² En tant que médiateur, voy. l'article 1726 du Code judiciaire ; en tant qu'arbitre, voy. l'article 1686 du Code judiciaire.

²⁵³ Et même un des membres fondateurs du Conseil de l'Europe depuis le 5 mai 1949.

²⁵⁴ P. GILLIAUX, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 81.

²⁵⁵ P. LAMBERT, « L'arbitrage et l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'Homme », *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 9 à 22. Voy. également L. BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, *op. cit.*, pp. 510 et suiv.

parce que les droits processuels et substantiels qu'elle protège doivent, en toute hypothèse, être garantis »²⁵⁶.

Partant de cette applicabilité, le point de départ du raisonnement relève du droit d'accès à un tribunal, qui n'emporte pas l'obligation de s'en remettre aux tribunaux classiques pour le règlement des litiges²⁵⁷. La notion de tribunal à laquelle renvoie la Convention inclut bel et bien les tribunaux arbitraux²⁵⁸, investis d'un pouvoir juridictionnel²⁵⁹. Il est donc possible, en principe, de renoncer aux garanties procédurales et à la protection judiciaire offertes²⁶⁰. « Mais des précautions sont indispensables. Le droit à un procès équitable revêt une trop grande importance, pour qu'une personne y renonce d'une manière désinvolte, par insouciance ou inconscience »²⁶¹. Pour être valable, une telle renonciation (même « partielle » car on analyse juridiquement la convention d'arbitrage comme telle) doit répondre à un certain nombre de conditions²⁶² :

- (i) elle doit être **libre**²⁶³, autrement dit exempte de toute contrainte ;
- (ii) effectuée **en connaissance de cause**²⁶⁴ : la Cour « incline de plus en plus à exiger qu'il ait, au minimum, été informé de ses droits au préalable et que, à ce titre, il ait pu bénéficier d'un conseil apte à l'éclairer sur les conséquences de son choix » ;
- (iii) être **non équivoque**²⁶⁵ : il faut pouvoir déduire des circonstances que les parties étaient déterminées à se priver des droits que leur confère l'article 6²⁶⁶ ;
- (iv) **ne pas heurter un intérêt public important**²⁶⁷ ; et
- (v) **ne pas être autrement viciée**.

Voyons dans quelle mesure il serait permis aux parties de renoncer aux droits garantis par l'article 6, prétendument remis en cause par la med-arb.

§1. Le principe du contradictoire

L'article 6 précise que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)* ». On l'a dit, en matière de médiation le principe du contradictoire est écarté en raison de l'absence de pouvoir juridictionnel dans le chef du médiateur. L'existence de caucus ne pose donc *a priori* aucun problème en considération du principe.

²⁵⁶ T. CLAY, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 212. Pour une illustration récente, voy. C.E.D.H., arrêt *Case of regent company c. Ukraine*, 29 septembre 2008, req. n° 773/03, dans lequel la C.E.D.H. était applicable à l'arbitrage.

²⁵⁷ Voy. le Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil), Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013, pp. 13 et suiv., disponible sur www.echr.coe.int.

²⁵⁸ Voy. tout spécialement C.E.D.H., arrêt *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, req. n° 9405/81, § 201.

²⁵⁹ C.E.D.H., arrêt *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, req. n° 8790/79, § 36.

²⁶⁰ Pour quelques illustrations jurisprudentielles, voy. notamment C.E.D.H., arrêt *Schlumpf c. Suisse*, 8 janvier 2009, req. n° 29002/06, § 63 et C.E.D.H., arrêt *Seliwiak c. Pologne*, 21 juillet 2009, req. n° 3818/04, § 57.

²⁶¹ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 78.

²⁶² Pour un approfondissement de ces conditions, voy. *Ibid.*, pp. 79 à 83.

²⁶³ Voy. à titre d'illustration C.E.D.H., arrêt *Yoldas c. Turquie*, 23 février 2010, req. n° 27503/04, § 52 ainsi qu'en droit belge : Bruxelles (1^{ère} ch.), 4 octobre 1993, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 605.

²⁶⁴ Voy. P. GILLIAUX, *op. cit.*, 2012, p. 80.

²⁶⁵ Pour une récente illustration, voy. C.E.D.H., arrêt *Sibgatullin c. Russie*, 23 avril 2009, req. n° 32165/02, § 46.

²⁶⁶ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 80.

²⁶⁷ Pour une récente illustration, voy. C.E.D.H., arrêt *Sakhnovski c. Russie*, 2 novembre 2010, req. n° 21272/03, § 90.

Mais qu'en est-il en matière d'arbitrage ? Quelle est la relation entre ce dernier et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, consacrant le droit à un procès équitable incluant lui-même le respect du contradictoire ?

En Belgique, la Cour de cassation, par un arrêt du 25 mai 2007, a considéré que la violation des droits de la défense entraînait la nullité de la sentence arbitrale, peu importe l'incidence de cette violation sur celle-ci²⁶⁸. Selon elle, c'est aller à l'encontre des principes de loyauté et d'efficacité de la sentence²⁶⁹ que de ne pas sanctionner automatiquement les sentences arbitrales méconnaissant toute règle impérative de la procédure arbitrale²⁷⁰, et donc y compris ceux relatifs aux droits de la défense. Mais cette stricte rigueur jurisprudentielle tend peu à peu à s'estomper...

Le principe du contradictoire évolue dans la conception qu'en a la Cour européenne des droits de l'Homme²⁷¹. « En effet, depuis plusieurs arrêts, dont l'arrêt *Verdu* du 15 février 2007²⁷², celle-ci adopte une conception matérielle du contradictoire, qui s'écarte de l'ancienne, davantage formelle, en préconisant que la violation du principe ne doit pas être sanctionnée de manière excessive, mais seulement si elle crée un véritable préjudice pour l'une des parties. Ainsi, l'enseignement qui s'en dégage est que le contradictoire demeure une valeur cardinale, mais qu'il doit être considéré à l'aune des exigences de loyauté, de célérité et d'économie du procès »²⁷³.

Le principe du contradictoire est donc loin d'être absolu²⁷⁴. La nouvelle loi de 2013 sur l'arbitrage, au sujet des causes de récusation de l'arbitre, avait pour but de tempérer le principe du contradictoire « là où les parties usaient de moyens dilatoires pour ralentir la procédure »²⁷⁵, mais sans jamais priver ce principe de son essence.

Le fait que l'article 1687 du Code judiciaire considère comme irrecevable la demande de récusation du med-arbitre, introduite par une partie qui n'expose pas les motifs de récusation dans le délai légal²⁷⁶, et que cette irrecevabilité soit interprétée comme une renonciation à invoquer valablement un motif de récusation, pourrait alors être considéré comme une **renonciation partielle** au principe de contradiction. A l'appui de cette constatation, notons que la jurisprudence tend aujourd'hui à ne refuser une sentence arbitrale que lorsque la violation du principe du contradictoire est véritablement sérieuse et que la partie s'en prévalant parvient à établir un préjudice substantiel dont elle serait victime²⁷⁷.

²⁶⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010, p. 473.

²⁶⁹ Principes contenus à l'article 1699 du Code judiciaire.

²⁷⁰ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, note sous Cass. (1^{ère} ch.), 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 465 à 468.

²⁷¹ Avant-même l'arrêt de la Cour de cassation, voy. C.E.D.H., arrêt *Stepinska c. France*, 15 juin 2004, req. n° 1814/02, § 18 ; C.E.D.H., arrêt *P.D. c. France*, 20 décembre 2005, req. n° 54730/00, §§ 33 et 34. Plus tard, après l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2007, voy. C.E.D.H., arrêt *Asnar c. France*, 18 octobre 2007, req. n° 12316/04, §§ 26 et 27.

²⁷² C.E.D.H., arrêt *Verdu c. Espagne*, 15 février 2007, req. n° 43432/02, §§ 25 à 29.

²⁷³ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁴ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 61.

²⁷⁵ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁶ Pour rappel, il s'agit d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a eu connaissance de la désignation de l'arbitre ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son indépendance ou son impartialité ; voy. art. 1687 et 1686 §2.

²⁷⁷ B. HANOTIAU et O. CAPRASSE, « Arbitrability, Due Process, and Public Policy under article V of the New York Convention », *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 5, p. 727.

Malgré ces considérations doctrinales et jurisprudentielles, la possibilité pour les parties de renoncer à ce principe, même partiellement, reste toujours de mise et pour autant que les conditions exposées *supra* soient remplies.

§2. L'indépendance et l'impartialité

Considérées comme inhérentes à la notion même de procès équitable, les exigences d'indépendance et d'impartialité semblent quant à elle se rapprocher davantage d'un absolutisme principiel ; Pascal GILLIAUX écrit très justement que « renoncer à l'indépendance et l'impartialité du tribunal tout en prétendant faire trancher son litige par celui-ci n'aurait aucun sens et mettrait en cause, au-delà des intérêts particuliers, la prééminence même du droit, ainsi que le concept de justice »²⁷⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs récemment rendu un arrêt par lequel elle affirme que ces exigences constituent des garanties inaliénables²⁷⁹. Il est de longue tradition de droit belge de considérer qu'elles forment l'un des fondements-mêmes de toute société démocratique, et que l'invocation de leur non-respect se fait généralement sans faire référence à la Convention ; le Code judiciaire suffit. **L'impartialité** – et non l'indépendance, dont le non-respect peut être couvert par les parties acceptant de fermer les yeux sur ce manquement²⁸⁰ – se présente par conséquent comme **d'ordre public** en droit belge²⁸¹.

Mais une renonciation est néanmoins toujours possible, comme nous l'avons vu aux conditions qui précèdent : si les parties savent, en pleine connaissance de cause, que le processus de résolution pour lequel elles optent risque de semer le trouble quant à l'indépendance ou l'impartialité du méd-arbitre à certains égards, il nous semble difficilement concevable qu'elles puissent s'en prévaloir par la suite pour faire annuler la sentence rendue à son issue.

§3. La confidentialité

En ce qui concerne la médiation, nous avons vu que la confidentialité est légalement garantie²⁸². L'article 6 de la C.E.D.H. ne s'appliquant de toute façon pas à la médiation, pour les raisons exposées ci-dessus, nous ne nous y attardons pas davantage. Notons simplement, à titre d'information, que l'arbitrage quant à lui se présente comme une renonciation des parties à la publicité des débats prévue par la Convention, dont la licéité est incontestable²⁸³.

²⁷⁸ P. GILLIAUX, *op. cit.*, p. 82.

²⁷⁹ C.E.D.H., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, req. n° 17056/06, § 85.

²⁸⁰ Sur la base des propos de Guy KEUTGEN, recueillis à la suite d'échanges tenus en réponse à sa lecture du présent mémoire.

²⁸¹ P. VAN LEYNSEELE, « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *op. cit.*, p. 858.

²⁸² Art. 1728 du Code judiciaire.

²⁸³ G.-A. DAL, « Le point de vue belge », *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 68.

Sous-section 2. L'amicable composition comme solution aux principaux reproches adressés à la med-arb ?

Par souci de clarté et d'intelligibilité, nous dessinerons dans un premier temps les contours de l'amicable composition et la définirons, pour ensuite l'appliquer au concept de la med-arb et justifier sa pertinence.

§ 1. Qu'est-ce que l'amicable composition ?

« La recherche d'une solution négociée (...) permettra de prendre l'équité en considération, bien plus que ne peut le faire le juge »²⁸⁴ écrivait Dominique MOUGENOT, juge et professeur de droit judiciaire à l'Université de Namur.

Les parties faisant pleinement confiance à leur **arbitre**²⁸⁵ peuvent décider de lui attribuer les pouvoirs d'*amicable compositeur*. Mais quelle est l'origine de cette expression ? Le terme *amicable* semble exclure toute idée de conflit ; celui de *compositeur* renvoie quant à lui à celle d'entente ou de conciliation, et le rapproche en ce sens de la médiation : « au sens étymologique, un compositeur est celui qui a mandat d'arranger, de transiger »²⁸⁶.

Le Code judiciaire consacre cette institution en son article 1710, stipulant que « *le tribunal arbitral statue en qualité d'amicable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé* »²⁸⁷. De manière plus pragmatique, les parties prévoiront, dès la formation de leur convention d'arbitrage et au moment de la désignation de l'arbitre²⁸⁸, une clause d'amicable composition qu'elles prendront soin de rédiger sans équivocité ni ambiguïté²⁸⁹. D'une part, parce qu'elle est considérée par certains comme une véritable clause de renonciation à la stricte sanction de leurs droits, « [abandonnant] la protection ou le bénéfice du droit et [autorisant] l'arbitre à statuer sans respecter strictement les règles du droit »²⁹⁰. D'autre part, en ce que la clause d'amicable composition, étant une exception à l'application de la règle de droit, est de stricte interprétation.

S'il reste tenu de respecter les normes impératives²⁹¹ et relatives à l'ordre public, ainsi que le contenu de la convention d'arbitrage et les droits de la défense, l'amicable compositeur est en effet autorisé à **assouplir** la rigueur des règles juridiques – entre autres procédurales – voire le cas échéant de les **écarter**, statuant ainsi au regard de **sa propre conception de l'équité**²⁹². En effet, quand bien même l'amicable composition n'oblige pas à s'en détourner totalement, elle en comporte du moins la

²⁸⁴ D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 140, n° 98.

²⁸⁵ L'amicable composition ne concerne en effet que l'arbitrage, le médiateur ne pouvant dès lors pas exercer ses fonctions en tant qu'amicable compositeur.

²⁸⁶ E. LOQUIN, *L'amicable composition en droit comparé et international*, op. cit., p. 12.

²⁸⁷ Article 1710, §3 du Code judiciaire.

²⁸⁸ G. KEUTGEN, « L'arbitrage : une institution à visage humain », op. cit., p. 347, n° 11.

²⁸⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, *Le droit belge*, op. cit., p. 163. Pour quelques exemples de clauses d'amicable composition, voy. G. KEUTGEN, « L'arbitrage : une institution à visage humain », op. cit., p. 348, n° 12.

²⁹⁰ E. LOQUIN, *L'amicable composition en droit comparé et international*, op. cit., p. 17.

²⁹¹ Du moins celles auxquelles la partie protégée ne peut renoncer ; voy. J. LINSMEAU, op. cit., p. 213, n° 38.

²⁹² G. KEUTGEN, « L'arbitrage : une institution à visage humain », op. cit., p. 347, n° 11.

perspective d'une appréciation subjective, « c'est-à-dire dégagée dans une certaine mesure des balises du droit positif »²⁹³.

L'arbitre bénéficie donc d'une marge de manœuvre considérable, lui permettant notamment de « solliciter lui-même les pouvoirs d'amiable compositeur en cours de procédure s'il lui apparaît qu'ils sont de nature à lui permettre de rendre une sentence plus équilibrée et plus "équitable" compte tenu des parties en présence et de leurs comportements respectifs »²⁹⁴. Il ne pourra toutefois le faire sans leur accord exprès.

§ 2. Application de l'amiable composition à la med-arb

Bien que l'amiable composition ne reçoive pas les faveurs de nombreux auteurs²⁹⁵ et praticiens, nous sommes convaincus de son utilité dans le cadre de la med-arb. Nous savons les nombreux reproches lui étant adressés. Parmi ceux-ci, nous avons vu que la fonction hybride de med-arbitre pouvait entraîner quelques difficultés, notamment celle de poser le bon choix quant à la personne à même de la remplir adéquatement. Il faut en effet trouver la personne capable de remplir d'une part et d'abord les fonctions de médiateur, et d'autre part et ensuite celles d'arbitre. Or, le premier ne fait qu'aider les parties à dessiner peu à peu un terrain d'entente sur la base de leurs intérêts et besoins, écartant dès lors les règles de droit, alors que le second tranche le différend qui les oppose en statuant justement sur la base ces dernières. Se posait d'ailleurs la question de savoir comment le médiateur, devenu arbitre, pouvait se défaire des éléments – pour la plupart non juridiques – perçus durant la médiation.

Voici notre réponse à celle-ci, aussi délicate soit-elle : d'un point de vue conceptuel et théorique, médiation et arbitrage semblent totalement contraires. Pourtant, nous avons vu que l'institution d'amiable compositeur renvoie, par son origine, à l'idée d'*arrangement amiable*, ce qui la rapproche des principes de la médiation. A l'instar du médiateur qui se concentre davantage sur des éléments factuels et/ou relatifs aux valeurs et intérêts des parties (ce qui fait partie de l'essence-même de la médiation), l'arbitre amiable compositeur fonde sa décision sur des considérations semblables, d'ordre éthique plutôt que juridique.

Appliqué à la med-arb, le scénario serait le suivant : les parties manifesteraient leur désir et leur acceptation qu'une fois devenu arbitre – c'est-à-dire dès le passage crucial à la seconde phase – le médiateur tranche le litige sur la base de l'équité, prenant alors la casquette d'amiable compositeur. Ainsi, il ne serait plus possible de lui reprocher les griefs que nous évoquions *infra*. Cette solution ne serait souhaitable que si elle intervenait **en cours de procédure**, en fonction de l'évolution de celle-ci et de la confiance alors créée par le med-arbitre. Il serait en effet judicieux que les parties aient eu réellement l'occasion – c'est-à-dire le temps de la médiation ? – d'apprendre à connaître davantage le

²⁹³ G. KEUTGEN, « L'arbitrage : une institution à visage humain », *op. cit.*, p. 347, n° 11.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ Voy. à titre d'illustration L. MATRAY, « Rédaction d'une clause d'arbitrage et choix des arbitres compétents », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1979, p. 66 ; L. KOPPELMANAS, « La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres », *Hommage à Frédéric Eisemann, ICC Services*, Paris, 1978, pp. 24 et 25 ; ou encore P. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 165, n° 189, qui précise que la clause d'amiable composition « peut ainsi rompre l'équilibre contractuel voulu par les parties et engendrer des incertitudes que leurs conventions étaient censées prévenir : la recherche de l'équité débouche alors sur l'arbitraire et l'inéquitable ».

tiers intervenant avant de poursuivre les hostilités. Guy KEUTGEN nous indiqua en outre qu'il serait peu opportun de prévoir *ab initio*, dans la clause d'arbitrage, que l'arbitre sera autorisé à statuer en qualité d'amiable compositeur. « C'est s'en remettre les yeux fermés à des arbitres dont on ne connaît pas – puisqu'ils ne sont pas encore désignés – les qualités et l'éthique »²⁹⁶.

Certes, cette solution ne résout pas le problème des caucus, impliquant la confidentialité de certaines informations qui ne pourront en aucun cas servir à l'établissement de sa sentence. Mais le fait qu'il ait pris connaissance d'un certain nombre d'éléments non juridiques durant la médiation et en dehors des apartés, qu'il en soit influencé en tant qu'arbitre et fonde sa décision sur cette base, ne nous semble plus devoir être rangé au titre des écueils de la med-arb. De la sorte, ces derniers éléments pouvant motiver la sentence med-arbitrale auront fait l'objet d'une contradiction par les parties – puisqu'ils auront été discutés durant la médiation et l'arbitrage – et il ne pourra être reproché au med-arbitre son manque d'impartialité, étant donné que les parties auront préalablement consenti à sa mission d'amiable compositeur. Cette acceptation ne signifie pas que les parties renoncent à la neutralité du med-arbitre (qui doit le rester tout le long du processus et dont le principe est considéré par certains comme d'ordre public), quoique cette possibilité leur est toujours offerte aux conditions énoncées *supra* (voy. Section 2, Sous-section 1). Elle signifie tout simplement qu'elles consentent à ce que ce qu'elles diront durant la médiation, en dehors du cadre purement juridique et en présence de l'autre partie, pourra être retenu par le med-arbitre à l'appui de sa sentence. Reste à savoir si cela ne serait pas susceptible d'orienter leurs attitudes et d'accroître leur méfiance et leur esprit stratégique... Rappelons encore une fois qu'elles pourront de toute façon justifier leurs dires et ceux de l'autre partie, et ce durant les deux phases.

Nous avons demandé l'avis de Patrick KILESTE, qui nous confia être très favorable à ce retour à l'équité. S'il était pressenti med-arbitre, il souhaiterait pouvoir exercer les pouvoirs d'amiable compositeur et statuer en équité. Cette position serait selon lui plus confortable, même s'il ne cache pas connaître les réticences y afférant, la conception de chacun de « ce qui est équitable ou ne l'est pas » étant tout à fait propre et relative.

Si cette solution a le mérite d'être originale, elle doit néanmoins se doubler de prudence. Nous recommandons que le med-arbitre précise expressément dans sa sentence qu'il recourt à l'équité, puisqu'il n'y est pas contraint s'il ne le juge pas utile (malgré la présomption instituée par la Cour de cassation française en 2007²⁹⁷). Nous préconisons donc un commun accord exprès et éclairé des parties sur la mission d'amiable compositeur dont serait investi le med-arbitre. Dès lors, nous nous en remettons au professionnalisme de ce dernier ainsi qu'à celui des avocats et conseils entourant les adversaires, pour l'accomplissement d'une tâche si importante à nos yeux. Celle-ci permettra en effet

²⁹⁶ Propos de Guy KEUTGEN recueillis recueillis à la suite d'échanges tenus en réponse à sa lecture du présent mémoire.

²⁹⁷ Cass. fr. (1^{ère} ch. civ.), 28 novembre 2007, *Bulletin* 2007, I, n° 373. Selon L. JAEGER, « cette approche constitue indéniablement un progrès. Elle permet de sauver les décisions d'arbitres qui se sont bien conformés à leur mission d'amiable compositeur, même s'ils ont oublié de l'indiquer expressément dans la sentence » ; voy. L. JAEGER, « Vers une présomption de la bonne exécution de la mission d'amiable compositeur ? », *Chronique de droit de l'arbitrage* n° 2, Paris, Petites affiches, 2008, p. 14.

d'asseoir la **confiance** des parties en la personne et les qualités du med-arbitre, qu'elles auront désigné avec soin et conscience, afin de garantir la bonne marche du procédé.

L'amicable composition nous semble donc pouvoir résoudre certaines difficultés théoriques et/ou pratiques de la med-arb, en ce qu'elle permet à l'arbitre doté de tels pouvoirs d'imposer la solution idéale pour les parties, « au besoin, sans le concours du droit lorsque son application conduirait à des conséquences trop rigoureuses »²⁹⁸ (ce qui est le cas selon nous dans le cadre de la med-arb).

Sous-section 3. « Without prejudice offers » : quelques aspects de droit comparé

A l'occasion de notre rencontre avec le professeur Jan KLEINHEISTERKAMP, ce dernier nous suggéra l'idée des *without prejudice offers* (ci-après, WPO) ou *without prejudice communications* (ci-après, WPC) pour limiter les effets du principe du contradictoire et de confidentialité dans le cadre de la med-arb. Cette technique fait ses preuves en Angleterre, terre d'accueil des modes alternatifs. Voyons en quoi cette pratique, issue du droit de nos chers voisins britanniques, pourrait dissoudre ces principaux écueils.

§1. Définition du concept

Si les parties décident de soustraire leur litige aux cours et tribunaux étatiques pour en favoriser le règlement amiable, elles doivent être en mesure de communiquer de manière franche et avec la certitude que tout ce qu'elles pourront se dire ou s'écrire ne pourra être retenu contre elles devant un juge ou dans tout autre procédure subséquente relative au même litige entre elles-mêmes²⁹⁹. Voici l'idée maîtresse des WPO que les juristes anglais explicitent comme suit : « the effect of the without prejudice rule is that communications made in a **genuine attempt to settle a dispute** are prevented from being referred to in court »³⁰⁰. Ce concept permet de couvrir toute information relative à n'importe quel type de litige, divulguée lors d'une « authentique tentative de résolution des litiges »³⁰¹, c'est-à-dire aussi bien la voie judiciaire traditionnelle que l'arbitrage ou tout autre mode alternatif de résolution des différends³⁰².

Ces mêmes auteurs poursuivent en indiquant que « the rationale for the rule is that parties should not be discouraged from having full and frank settlement discussions by the fear that any admissions or prejudicial comments that they make will be used by the other side to their detriment »³⁰³. Cette pratique a en effet le mérite d'encourager les parties à régler leur dispute en les inscrivant dans des négociations préalables, au cours desquelles l'ensemble des informations ou certaines d'entre elles seulement ne pourront être admises devant un juge dans l'éventualité d'un ultime procès, celles-ci

²⁹⁸ G. DE LEVAL, « La désignation et la mission des arbitres. Notes succinctes sur le droit positif applicable en Belgique », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, p. 180.

²⁹⁹ J. B. WINTER, « Without prejudice. What it means, and when to use it », *C.E.S.*, December/January 2013, p. 26.

³⁰⁰ BIRD&BIRD, « Knowhow briefs without prejudice », 2012, p. 3, disponible sur <http://www.twobirds.com/~media/PDFs/Brochures/Dispute%20Resolution/Client%20know%20how/Client%20Briefings%20-%20Without%20Prejudice.PDF>.

³⁰¹ Il s'agit de la traduction littérale de « *genuine attempt to settle a dispute* ».

³⁰² ASHURST, « Quick guides. Without Prejudice », novembre 2010, p. 1, disponible sur https://www.ashurst.com/home.aspx?id_Content=2.

³⁰³ BIRD&BIRD, *op. cit.*, p. 3.

étant certifiées « sans préjudice » par une mention expresse³⁰⁴. Les parties sont ainsi assurées que ces informations ne pourront jouer en leur défaveur par la suite ; mais cette protection n'est pas absolue : malgré la garantie offerte par cette mention, elle ne suffit pas toujours, au point qu'il est généralement requis que l'intention de la partie en faisant usage soit dépourvue de toute confusion, inconscience ou malhonnêteté³⁰⁵. Si tel était le cas, les informations seraient alors susceptibles de servir à l'appui de la défense de l'adversaire, devant le juge ou arbitre en charge du litige³⁰⁶.

Notons enfin qu'il existe une variante au présent concept : certains écrits ou discussions peuvent être garantis « **without prejudice save as to costs** ». Cette notion est fréquemment utilisée, notamment dans le cadre d'arbitrages commerciaux internationaux³⁰⁷. Les éléments couverts par cette mention resteront « sans préjudice » jusqu'à ce que le juge ou arbitre soit amené à statuer sur les questions de coûts (par ex : les frais de justice), celui-ci pouvant alors s'y référer pour fonder sa décision. Le principe est le suivant : si le montant accordé par le juge est inférieur ou égal au montant raisonnablement proposé par l'une des parties lors des négociations certifiées *without prejudice save as to costs*, le juge pourra condamner l'autre partie ayant refusé cette offre à payer l'intégralité des frais de justice engagé par la première. Les cours et tribunaux anglais appliquent donc le principe du « loser pays »³⁰⁸ justifié par l'idée sous-jacente que la partie ayant correctement évalué la hauteur des réclamations durant la phase préalable de négociations, aura perdu son temps et de l'argent durant la procédure judiciaire ou arbitrale, résultat du refus ou manque de volonté de l'autre partie³⁰⁹. Ce principe est étroitement lié – sans en être similaire – aux offres de la 36^e partie des *Civil Procedure Rules* de droit anglais³¹⁰ ayant leurs propres règles de procédure.

§2. Application à la med-arb

Appliquée en droit belge ou inspirant simplement les parties dans la résolution de leur litige, nous pensons que les *without prejudice communications* peuvent, par certains aménagements, effacer quelques imperfections de la med-arb. En effet, certains points de convergences peuvent être mis en évidence : à l'instar des WPC, son but est d'encourager la résolution des litiges en dehors de tout procès judiciaire classique. De plus, nous l'avons vu, l'application des WPC s'étend à tout mode alternatif de résolution des différends, y compris donc l'arbitrage et la médiation. Enfin, les WPC impliquent d'être **utilisées durant une phase de négociation précédant une phase de décision** : autrement dit, il s'avère tout à fait possible, à notre sens, de les envisager dans un mécanisme impliquant une phase de médiation précédée par une phase arbitrale, à savoir la med-arb.

³⁰⁴ En effet, il est prudent de s'assurer qu'aucun doute ne plane sur le caractère « non préjudiciable » des documents concernés.

³⁰⁵ ASHURST, *op. cit.* p. 1.

³⁰⁶ Par exemple, des menaces ne pourront être couvertes par le *without prejudice*. Notons qu'un usage déshonorant ou oppressant des WP ne pourra permettre à son auteur de s'en prévaloir : « there is a line to be drawn and using the without prejudice label will not give a party "carte blanche" to be dishonest » ; voy. *Ibid.*, p. 4.

³⁰⁷ J. B. WINTER, *op. cit.*, p. 26.

³⁰⁸ ASHURST, « Quick guides. Without Prejudice », novembre 2010, p. 3, disponible sur https://www.ashurst.com/home.aspx?id_Content=2.

³⁰⁹ Pour une application de ce principe, voy. Haute Cour de Justice d'Angleterre et pays de Galles, arrêt *Brit Inns Limited e.a. c. BDW Trading Limited e.a.*, 31 juillet 2012, n° EWHC 2143 (TCC).

³¹⁰ Civil Procedure Rules of English law, Rules and Practice Directions, Part 36 « *Offers to settle* », spéc.s point 16.

Avant d'expliciter notre propos et d'exposer notre solution, il nous semble opportun d'éviter la confusion : malgré les éventuelles similitudes, il convient de ne pas confondre les informations confidentielles – connues d'une seule des parties – et les informations « sans préjudice » – connues quant à elles des deux parties. Si les premières ne peuvent en aucun cas servir de fondement à la sentence du med-arbitre, les secondes pourront par contre être consacrées par le juge ou arbitre dans sa décision, assorties de la mention « *save as to costs* », ou si leur utilisation ou l'intention leur étant sous-jacente s'avèreraient inopportunes ou impropres.

Notons que l'obligation de confidentialité de la médiation est supplétive, ce qui signifie qu'elle peut être écartée par les parties d'un commun accord³¹¹. De plus, les caucus ne sont qu'une possibilité pour les parties de s'entretenir en aparté avec le med-arbitre ; il leur est donc tout à fait loisible de ne pas y recourir – ceux-ci étant à l'origine de la majorité des écueils que nous avons soulevés, soulignons-le. **Moyennant leur accord conjoint et exprès quant à ces renoncements, nous pourrions envisager des parties qu'elles s'en remettent plutôt à la technique des WPC, permettant des négociations totalement contradictoires durant la phase de médiation, mais contenant des informations orales ou écrites « sans préjudice » pour l'établissement de la sentence du médiateur devenu arbitre.** Fini le reproche d'une violation de la contradiction, dont le med-arbitre est le garant en ce qu'il doit permettre à chacune des parties de pouvoir contester les arguments de son adversaire, ce qui était impossible en présence de caucus ! Balayé le grief de la confidentialité, qui accusait le med-arbitre d'avoir perçu des informations secrètes durant les caucus, dont il ne peut tenir compte pour fonder sa sentence mais en subit encore supposément l'influence ! Grâce aux WPC, les parties sont assurées de connaître l'ensemble des arguments de leur opposante et de pouvoir les démentir, tout en ayant la garantie que certaines informations ne pourront servir de base au raisonnement décisionnel du med-arbitre. Certes, ce dernier pourrait être influencé par certains éléments, mais qui cette-fois auront été débattus et palabrés par les rivaux.

Penchons-nous également plus amplement sur la question des *without prejudice save as to costs communications*. Nous pensons qu'appliquer ces dernières à la med-arb permettrait certes aux parties d'engager un dialogue plus franc et loyal, mais en outre de mener des négociations davantage raisonnables et constructives, sachant que leurs propositions de solutions pourraient – en cas de prétentions excessives – les condamner au paiement des frais de justice de leur adversaire. Si certains considèrent que le *without prejudice save as to costs* n'est qu'un moyen de pression tactique sur les parties³¹², nous envisageons quant à nous cette technique comme un **véritable incitant**, un réel outil juridique les poussant à trouver l'accord les réunissant. En effet, les parties ne seraient pas tentées de proposer un montant indécent ou déraisonnable, risquant de se voir attribuer le paiement de l'ensemble des frais de justice, et ce quand bien même le med-arbitre leur donnerait raison sur le fond du litige.

Mais sur quel fondement appliquer de telles considérations en droit belge ? Notre expérience nous a permis de constater que les avocats belges francophones, au cours des nombreux échanges par

³¹¹ Art. 1728, §1 du Code judiciaire : « (...) L'obligation de secret ne peut être levée qu'avec l'accord des parties (...) ».

³¹² BIRD&BIRD, *op. cit.*, p. 5.

courrier ou email avec leurs confrères adversaires, utilisent déjà une technique similaire mais sans la nommer de la sorte. Il s'agit de mentionner que l'une ou l'autre de leurs correspondances sera officielle, autrement dit non confidentielle. Il existe en effet une obligation déontologique de confidentialité³¹³ incombant aux avocats, qui ne peut être levée que dans des hypothèses limitativement énumérées³¹⁴.

De telles correspondances entre avocats permettent de négocier un accord préalable à l'entame de procédures judiciaires, de même que la médiation est un préalable à l'arbitrage dans le cadre de la med-arb. Les avocats, au nom de leur client et moyennant le consentement de ce dernier, peuvent lever le caractère non officiel des correspondances et permettre que certaines d'entre elles soient produites en justice. Certes, le mécanisme de notre Code de déontologie belge correspond à celui inverse des WPC, et comporte des obligations à charge des conseils et non de leurs clients ; mais il pourrait selon nous servir de fondement à la solution que nous proposons, moyennant quelques agencements.

D'une part, les avocats sont tenus d'agir au nom de leur client et à leur demande, ce qui manifeste clairement la volonté sous-jacente et primordiale des parties au litige – à l'instar des WPC. D'autre part, alors que le principe du contradictoire est l'exception dans le Code de déontologie des avocats belges concernant l'échange des correspondances entre avocats, nous pensons qu'il est opportun de nous pencher sur le Code de déontologie du Conseil des barreaux européens : celui-ci prévoit, en son article 5.3.³¹⁵, que « tout courrier est officiel sauf si le caractère confidentiel est clairement demandé avant l'envoi de la première communication. Le réceptionnaire peut refuser »³¹⁶. A l'instar des WPC, c'est ici comme principe – et non plus comme exception – qu'est consacré le caractère officiel des éléments de correspondance. De plus, ce dernier article fait expressément référence à l'éventuel caractère *without prejudice* des communications entre avocats. Notons que l'Ordre des barreaux francophones et germanophones a ratifié ce Code de déontologie des barreaux européens par le Règlement du 13 novembre 2006³¹⁷. Ce code ne concerne que les relations entre avocats

³¹³ Voy. le Code de déontologie de l'avocat, rendu obligatoire par le Règlement du 12 novembre 2012, *M.B.*, 17 janvier 2013 – entré en vigueur le 17 janvier 2013, qui prévoit en son article 6.1 que « la correspondance entre les avocats est confidentielle. Même lorsque les conseils sont d'accord, elle ne peut être produite qu'avec l'autorisation du bâtonnier. Cette disposition vise aussi bien la production judiciaire qu'extra-judiciaire ».

³¹⁴ Parmi celles nous intéressant, voy. l'article 6.2 du Code de déontologie de l'avocat : « (...) 2° toute communication qui, qualifiée expressément non confidentielle, manifeste un engagement unilatéral et sans réserve ; 3° toute communication faite sans réserve et à titre non confidentiel, à la demande d'une partie, pour être portée à la connaissance d'une autre, à condition que le destinataire de la lettre l'accepte expressément comme non confidentielle ; (...) 5° toute communication, fût-elle faite à titre confidentiel au nom d'une partie, lorsqu'elle contient des propositions précises acceptées sans réserve au nom de l'autre partie ». L'article poursuit en indiquant, *in fine*, qu'« il est recommandé de s'assurer par un écrit de l'accord des clients sur le contenu des communications visées ci-dessus et de libeller avec concision les communications auxquelles s'attache un caractère officiel, de rappeler ce caractère et de consigner dans une lettre distincte toutes autres communications qui conservent un caractère confidentiel ». Cette dernière recommandation sert de garde-fou à une liberté peut-être parfois trop fougueuse des parties.

³¹⁵ Code de déontologie des avocats européens, art. 5.3. : « 5.3.1. L'avocat qui entend adresser à un confrère d'un autre Etat membre des communications dont il souhaite qu'elles aient un caractère confidentiel ou "without prejudice" doit clairement exprimer cette volonté avant l'envoi de la première de ces communications. 5.3.2. Si le futur destinataire des communications n'est pas en mesure de leur donner un caractère confidentiel ou "without prejudice", il doit en informer l'expéditeur sans délai ».

³¹⁶ M. MERSCH, « Changer / Verander ! », *Liber amicorum Jo Stevens*, Bruxelles, de Keure, 2011, p. 342.

³¹⁷ Règlement du 13 novembre 2006 ratifiant le code de déontologie des avocats européens adopté lors de la session plénière du C.C.B.E. le 19 mai 2006, art. 1 : « Le code de déontologie des avocats européens, adopté lors de la session plénière du C.C.B.E. le 19 mai 2006 est ratifié et rendu obligatoire. Il est joint au présent règlement » ; art. 2. : « Le code de déontologie visé à l'article 1^{er} se substitue aux codes de déontologie antérieurement adoptés au sein du C.C.B.E. Il entre en vigueur le jour de sa publication au Moniteur belge », c'est-à-dire le 12 décembre 2006.

ressortissants d'états membres différents ; il serait donc approprié dans le cadre d'une med-arb internationale, et nous plaillons donc pour un élargissement de cette solution européenne aux avocats belges³¹⁸. Il s'agit d'une reconnaissance claire et expresse des WPC, ouverture d'esprit dont la Belgique ne peut se priver selon nous.

En guise de conclusion de la présente sous-section, nous affirmons donc notre faveur à l'utilisation de cette technique anglaise appliquée en droit judiciaire belge – et sur la base des règles déontologiques de l'avocat, quelque peu repensées – en ce qu'elle pourrait notamment légitimer le recours à la med-arb ; ceci ne serait évidemment possible que moyennant quelques aménagements, et avant tout et surtout l'expression du consentement des parties à cet égard ainsi qu'à celui de l'absence de caucus, si problématiques soient-ils.

Sous-section 4. La med-arb dans sa relation avec la justice étatique

Nous suggérons à présent de rapprocher la med-arb et les rôles qu'elle implique, à la justice et son fonctionnement, traditionnellement recourus et défendus dans notre système belge.

§1. Une assimilation du rôle de med-arbitre à celui de juge traditionnel ?

Le med-arbitre et le juge traditionnel peuvent, dans certaines circonstances, être tous deux amenés à agir de façon similaire, sans que soient pour autant relevés l'attitude ou le comportement du second. Pourquoi une telle différence, alors que l'un et l'autre sont investis d'un pouvoir juridictionnel, si l'on conçoit que la médiation a échoué et que le médiateur doit alors troquer sa casquette contre celle d'arbitre ? Nous nous poserons cette question dans le cadre de deux hypothèses bien différentes : la première, lorsque le juge doit écarter des débats une pièce dont il a pris connaissance mais qu'il ne peut dès lors plus prendre en considération dans son jugement, la seconde lorsque le juge est amené à concilier préalablement les parties.

a) Le juge et les moyens probatoires devenus irrecevables

L'on connaît la critique selon laquelle le médiateur, une fois devenu arbitre, serait incapable de négliger les éléments appréhendés par lui durant la phase de médiation et les caucus, tous deux confidentiels par principe. Ce même grief n'est toutefois pas émis à l'encontre du juge étatique, qui est pourtant amené à fournir le même **effort d'amnésie temporaire**³¹⁹ lorsqu'une pièce ayant été produite devant lui lors d'un procès, doit finalement être écartée des débats en raison de son caractère confidentiel. S'il a pris connaissance de cette pièce, il devra s'engager – le plus souvent tacitement³²⁰ – à ne pas y avoir égard pour motiver son jugement final. « Qu'il en ait eu connaissance par la voie d'un document qu'il écarte ensuite ou par une communication orale lors d'un caucus n'y

³¹⁸ Pour davantage d'explications au sujet des motifs et raisons pour lesquels la Belgique ne s'en remet pas à une telle solution, voy. M. MERSCH, *op. cit.*, pp. pp. 337 à 352.

³¹⁹ M. C. WEISMAN, *op. cit.*, p. 41.

³²⁰ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 128.

change rien : il n'en tient tout simplement pas compte dans son délibéré »³²¹. Si l'on ne reproche sur cette base aucun défaut d'impartialité ou d'indépendance au juge, ni même quelque violation du principe de confidentialité, comment l'admettre à l'égard du med-arbitre ?

b) Le juge conciliateur

La seconde hypothèse permettant une assimilation du rôle de med-arbitre à celui du juge étatique, est celle dans le cadre de laquelle ce dernier est amené à **concilier** les parties à l'occasion d'un procès. Le Code judiciaire belge a introduit la possibilité pour le juge étatique de concilier le cas échéant et préalablement les parties : l'article 731 précise que « *toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction* »³²², ceci sans préjudice des dispositions relatives à la médiation.

Le parallèle que nous proposons ici est le suivant : **la médiation ne serait-elle pas à l'arbitre ce qu'est la conciliation au juge**, c'est-à-dire une chance préalable de résoudre le conflit opposant les parties, qu'il trancherait à défaut d'entente entre celles-ci ? Si la loi permet au juge, investi d'un pouvoir juridictionnel à l'instar de l'arbitre, de pouvoir préalablement concilier les parties, pourquoi ne pas l'admettre pour le med-arbitre ?

Il convient avant toute chose d'éclaircir quelques éventuelles confusions et d'établir quelques rapprochements – ou non – avec la med-arb, afin de savoir si cette assimilation s'avère opportune.

i. Médiation versus Conciliation

Premièrement et que l'on ne s'y méprenne pas, les rôles de médiateur et de conciliateur ne sont pas tout à fait identiques : « rapprocher les parties, aux fins de leur faire retrouver la paix et non seulement une solution au litige, serait la tâche typique du médiateur ; à l'inverse, le conciliateur (le juge ou un auxiliaire de justice ou bien un sujet qui n'appartient pas à l'organisation judiciaire) devrait proposer la solution et exercer donc un rôle actif »^{323 324}. Médiation et conciliation sont donc deux modes de résolution **distincts mais quelque peu semblables** : c'est notamment le degré d'intervention du tiers qui les diffère. Si le premier doit rester totalement neutre quant à la solution imaginée par les parties et leur laisser une totale liberté de réflexion et de créativité, le second est quant à lui amené à orienter quelque peu leur solution – si celle-ci est finalement trouvée – en émettant des avis, des recommandations ou des indications sur la façon dont il perçoit les diverses questions en jeu. Il pourra leur suggérer des pistes de réflexion compte tenu des éléments de fait et de droit en présence³²⁵,

³²¹ P. VAN LEYNSEELE, « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *op. cit.*, p. 128.

³²² Art. 731, §1 du Code judiciaire.

³²³ G. TARZIA, *op. cit.*, p. 21. Dans le même sens, voy. Cass. 24 juin 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 307.

³²⁴ Nous ne nous concentrerons que sur la mission de **juge** conciliateur, sans nous préoccuper de celle des auxiliaires de justice et autres sujets n'appartenant pas à l'organisation judiciaire.

³²⁵ B. BEELDENS, « Médiation, conciliation et impartialité du juge de proximité », *J.J.P.*, 2005, spéc. pp. 211 à 215.

mais les parties resteront néanmoins libres d'y adhérer ou non, puisque le conciliateur, à l'instar du médiateur, ne pourra imposer sa solution aux parties.

Notons que c'est le juge compétent qui exercera la mission de conciliation³²⁶ et qui tranchera le différend en cas d'échec de cette première phase, tout comme le med-arbitre décidera du sort des parties à l'issue funeste de la médiation ; l'arbitre comme le juge sont tous deux investis d'un pouvoir juridictionnel au moment de rendre leur décision finale. La seule différence est que le med-arbitre sera désigné par les parties en fonction des qualités et compétences qu'elles requièrent à cette fin, contrairement au juge conciliateur qui sera désigné en vertu des règles légales applicables. Seul le juge de paix compétent pour les litiges relevant de sa compétence pourra exercer cette mission. En ce qui concerne les autres litiges, les parties devront s'adresser au tribunal compétent (tribunal de commerce, tribunal du travail, tribunal de première instance, etc.).

Au regard de nos précédentes explications, l'on pourrait également assimiler la tâche du juge conciliateur à celle du médiateur *évaluateur* (que nous avons précédemment abordée, voy. Chapitre 4, Section 1, Sous-section 2, §3), la différence entre leurs rôles respectifs n'étant pas en soi fondamentale. Remarquons que le conciliateur – tout comme le médiateur évaluateur – pourra s'autoriser « des tentatives d'influence dans la recherche de l'accord »³²⁷, mais ne pourra en aucun cas laisser entrevoir la manière dont il jugerait l'affaire en cas d'échec de la conciliation, au risque de mettre à mal l'impartialité dont il doit faire preuve³²⁸ et d'être récusé pour cause de suspicion légitime³²⁹. La limite entre concilier les parties, c'est-à-dire les aider de manière impliquée et raisonnée, et le fait de rester neutre et impartial aux yeux de celles-ci, est une frontière délicate à ne pas franchir (raison pour laquelle nous plaçons pour une formation spécifique des juges en matière de conciliation³³⁰). Médiateur évaluateur et juge conciliateur sont donc, l'un comme l'autre, exposés au risque de basculer du mauvais côté.

ii. Médiation judiciaire versus Conciliation judiciaire

Deuxièmement, il convient de distinguer la médiation judiciaire et la conciliation judiciaire, dont la confusion terminologique est probable : la première est celle ordonnée par le juge conformément au Code judiciaire, mais n'impliquant pas l'intervention de ce dernier dans le processus³³¹. La seconde quant à elle ne se déroule que si les parties ou l'une d'entre elles seulement en fait la demande³³², ce qui converge avec la med-arb reposant elle aussi sur une base volontaire et consensuelle.

³²⁶ Art. 731 du Code judiciaire. Comme le précise avec justesse le Conseil supérieur de la Justice, « le rôle de conciliateur est inhérent à la fonction du juge », voy. CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE, *Avis relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure*, approuvé lors de l'assemblée générale du 9 octobre 2002, p. 35, disponible sur http://www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press_publications/a0014f.pdf.

³²⁷ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *Doc. parl.*, Sénat, 2003, n° 3-226/1, p. 5.

³²⁸ Conformément à l'article 6 de la C.E.D.H.

³²⁹ Art. 828, 1° du Code judiciaire.

³³⁰ Martine Taelman propose d'ailleurs la mise en place d'une formation minimale préalable et obligatoire de conciliation pour les juges, dont le contenu serait fixé par l'Institut de la formation judiciaire. Voy. Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne un mode alternatif de règlement des litiges, *Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5-1457/1, pp. 3 et suiv.

³³¹ Ce n'est en effet pas le juge qui exerce la médiation, mais un médiateur agréé par la Commission fédérale de médiation ; voy. art. 1734 à 1737 du Code judiciaire.

³³² Art. 731 du Code judiciaire. Notons néanmoins qu'il existe des cas prévus par la loi dans lesquels la conciliation sera obligatoire, et sera donc ordonnée nonobstant le consentement des parties.

iii. Processus

Que l'issue de la conciliation soit positive ou non, le juge dressera un procès-verbal de conciliation. « *Si un accord intervient, le procès-verbal en constate les termes et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire* », nous indique l'article 733 du Code judiciaire. Dans le cadre de la med-arb, nous avons vu qu'à l'issue d'une médiation concluante, les parties peuvent s'adresser au juge compétent pour demander l'homologation de leur accord, pour autant que le médiateur intervenant soit agréé³³³. Rappelons qu'une telle homologation n'est pas possible dans le cadre d'une médiation libre.

En cas d'échec de la conciliation par contre, l'affaire est renvoyée au rôle : « le demandeur pourra, sur simple demande, et moyennant le paiement des droits de mise au rôle, obtenir que l'affaire passe en phase contentieuse et qu'un jugement puisse être obtenu »³³⁴. Il s'agit donc d'une sorte de "**passerelle**" entre la tentative de conciliation échouée et la procédure judiciaire, telle qu'il en existe une entre la tentative de médiation échouée et la procédure arbitrale. Sur le plan du déroulement, nous sommes donc face à des procédés identiques. Voici une ressemblance importante.

iv. Conciliation et confidentialité

La confidentialité du processus est légalement et largement admise pour la médiation³³⁵, alors qu'il n'en n'est rien pour la conciliation³³⁶. Sur ce point donc, médiation et conciliation sont opposées.

En effet, le Code judiciaire reste muet à propos de cette dernière. En cas d'échec de cette phase préliminaire au procès, il semble devoir convenir que tant les parties que le juge pourront donc se prévaloir ultérieurement des propos y étant recueillis, à l'appui de leur défense ou jugement, si l'on s'en tient à la thèse de Pierre-Paul RENSON selon laquelle la conciliation « n'est pas confidentielle par nature »³³⁷. Il est pourtant généralement admis que les autres modes alternatifs de règlement des différends le soient³³⁸. Quelles sont les raisons justifiant dès lors une telle différence ? Pourquoi le Code judiciaire n'offre-t-il pas aux parties la certitude d'une conciliation confidentielle, alors qu'il le fait pour la médiation ? En effet, le silence législatif reste entier sur la possibilité de poursuivre cette conciliation en chambre du conseil, ou sur l'éventuel recours aux entretiens séparés (les caucus) entre le juge conciliateur et chacune des parties.

Dans leur proposition de loi du 17 novembre 2004, Nathalie DE T' SERCLAES et ses consorts expliquaient – à raison selon nous – que « l'on sait que la conciliation ne peut aboutir que si les parties peuvent avoir la **pleine confiance** que des informations qu'elles révèlent en vue d'une solution amiable ne seront pas divulguées »³³⁹ (souligné par nous). De plus, « la confidentialité des débats est

³³³ Art. 1733 du Code judiciaire.

³³⁴ F. ERDMAN et G. DE LEVAL, « Le juge conciliateur », *Voorstellen tot bijsturing van de burgerlijke rechtspleging : verslagboek van het colloquium van 9 december 2005*, Bruges, la Charte, 2006, p. 3.

³³⁵ Art. 1728 du Code judiciaire.

³³⁶ P.-P. RENSON, « Le droit de la médiation et le droit des biens. Analyse à la croisée des chemins », *La médiation : voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 19, n° 19.

³³⁷ P.-P. RENSON, « La médiation, la conciliation et les juridictions : comment préserver l'impartialité ? », 2011, article périodique disponible sur <http://www.justice-en-ligne.be>.

³³⁸ Nous pensons évidemment et tout particulièrement à l'arbitrage et à la médiation, par exemple.

³³⁹ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-903/1, p. 2.

absolument requise pour que les parties aient l'occasion de régler leur problème en profondeur. Ceci s'applique à tous les cas de jurisprudence alternative »³⁴⁰. Dans sa proposition de loi du 31 janvier 2012, Martine Taelman faisait de la confidentialité une caractéristique essentielle de la conciliation, permettant à chacune des parties d'évaluer les limites de ce qui est acceptable selon et pour elle³⁴¹. Mais toutes ces considérations n'émanent que de propositions de lois, n'ayant pas – encore – été prises en considération par le législateur. Pourtant, elles sont le résultat de nombreux avis d'auteurs doctrinaux, tous conscients des incidences pratiques d'une telle évolution.

v. La fonction hybride de juge-conciliateur : cause de partialité ?

Enfin, pour certains, la conciliation par le juge pose question, notamment et surtout en termes d'impartialité. Comme le précise Jean Laenens, « il ne paraît pas opportun que le juge, après l'échec de la tentative de conciliation, se prononce sur le fond d'un litige. Il doit se récuser »³⁴². Malgré cet avis partagé par beaucoup³⁴³, la Cour européenne des droits de l'homme a statué en faveur de ce cumul de fonctions. Elle a précisé que « la connaissance approfondie du dossier par le juge n'implique pas un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond »³⁴⁴ et que « l'appréciation préliminaire des données disponibles ne saurait non plus passer comme préjugant l'appréciation finale ». La réunion des rôles de conciliateur et de juge au sein d'une même personne ne serait donc pas en soi condamnable³⁴⁵.

Nathalie de T' Serclaes recommande pourtant elle-même qu'un autre juge soit saisi en cas d'échec de la conciliation – sans doute pour éviter le risque de récusation – et préconise que la tentative de conciliation se déroule expressément en chambre du conseil et selon les modalités prévues par les parties (prévoyant notamment la possibilité de caucus)³⁴⁶. Les principes découlant de l'article 6 de la C.E.D.H. resteraient dès lors respectés.

vi. Conclusion

Nous avons vu que les nombreux reproches dont souffre la med-arb naissent du caractère confidentiel des documents et échanges oraux ou écrits durant la médiation. Le med-arbitre ne peut en faire usage pour fonder sa décision à l'heure de la sentence, au risque de contrevenir notamment aux exigences d'impartialité et d'indépendance. Or, le juge conciliateur est lui aussi tenu par ces exigences, et se trouve dans la même situation que l'arbitre (ex-médiateur) devant trancher le

³⁴⁰ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne un mode alternatif de règlement des litiges, *Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5 - 1457/1, p. 8.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 4.

³⁴² Jean Laenens, « La médiation: une tâche nouvelle pour les juges consulaires ? », *Lettre du juriste européen*, mai 1999, n° 8, p. 13.

³⁴³ Voy. Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne un mode alternatif de règlement des litiges, *Doc. parl.*, Sénat, 2011-2012, n° 5 - 1457/1, p. 2, dans laquelle Martine Taelman précise que « le juge en charge de la conciliation se dessaisit du dossier lorsque la conciliation n'apporte pas une solution au conflit. Ce principe est très répandu dans tous les pays de l'Union européenne (...) ». Guy Keutgen est également de cet avis.

³⁴⁴ C.E.D.H., arrêt *Morel c. France*, 6 juin 2000, req. n° 34130/96, §45.

³⁴⁵ F. Erdman et G. de Leval, *op. cit.*, p. 4.

³⁴⁶ Proposition de loi modifiant le Code judiciaire relative à la conciliation par le juge, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-903/1, p. 3. Elle précise : « on a indiqué que la cause devrait en ce cas, en principe, être renvoyée à un autre juge. Il ne convient, en effet, pas que le juge qui a entendu les parties sous le sceau de la confidentialité en vue d'une solution amiable, poursuive, en cas d'échec de la tentative, l'examen de la cause en droit. Il pourrait, même inconsciemment, être porté à trancher le litige en fonction des informations confidentielles qu'il aurait obtenues par la tentative de conciliation ».

différend, à la différence que rien ne lui interdit de se fonder sur les informations connues lors de cette première phase de conciliation (puisque non-confidentielle). Serait-ce donc en raison de ces écueils, transposables à la fonction judiciaire de conciliateur, que le Code judiciaire ne traiterait pas de la confidentialité de la conciliation ? Si tel est le raisonnement du législateur, pourquoi ne pas le libeller expressément ?

Le doute crée l'insécurité juridique. Mais les quelques propositions de loi que nous avons citées et référencées tendent à pallier cette incertitude, et laissent au justiciables l'espoir d'une plus grande sécurité et confiance en le processus de conciliation. Car on le rappelle, le propre d'une conciliation, comme c'est le cas de la médiation ou de tout autre MARC, est de permettre aux parties de se livrer au tiers en toute franchise, et sans craindre que les informations divulguées ne soient retenues contre elles. Au mieux, les parties devront être informées que l'absence de caractère confidentiel de la conciliation engendra la possibilité pour le juge d'en tenir compte.

En fin de compte et eut égard aux considérations qui précèdent, nous ne pouvons donc que souhaiter une évolution législative en la matière. Dans l'état actuel des choses, une comparaison **complète**, telle que nous l'envisagions au départ, semble devoir être écartée³⁴⁷. Mais les points communs et rapprochements dépassant largement l'unique divergence qu'est la confidentialité du processus initial, nous jugeons néanmoins opportun de nous **inspirer** de la conciliation par le juge et de la double casquette qu'il revêt, afin de légitimer celle de med-arbitre et le processus qui l'accueille.

§2. L'intervention du juge étatique en tant qu'appui ou contrôle de la sentence : un moyen de rassurer les parties ?

Justice arbitrale et étatique sont, dans certaines hypothèses, amenées à collaborer en vue de mener à bien l'organisation et le déroulement de la procédure arbitrale. L'on pense notamment au juge d'appui qui sera, dans le cadre d'un arbitrage *ad hoc*, amené à pallier la désignation de l'arbitre en cas de désaccord des parties sur cette question³⁴⁸, ou devra se prononcer sur la récusation d'un arbitre, sa carence, son incapacité³⁴⁹ ou encore son remplacement³⁵⁰. Ces mesures laissées à la discrétion du juge tendent à assurer la bonne marche du processus, et à pourvoir aux éventuelles difficultés survenant dès le début de l'arbitrage, souvent liées à une absence de consentement des parties. Le magistrat peut également intervenir à l'issue de la procédure, dans le cadre du recours en annulation de la sentence arbitrale³⁵¹ ou de l'instance en exequatur³⁵². Il sera également amené à statuer, dans certaines circonstances, sur des questions relatives à la médiation : pensons par exemple à

³⁴⁷ En effet, si l'on admet que la conciliation n'est pas confidentielle alors que la médiation l'est, et si l'on se remémore les différents griefs qu'entraîne la med-arb – la plupart tenant à ce caractère confidentiel et notamment aux caucus se tenant durant la phase de médiation –, l'on ne peut émettre une comparaison pertinente et dès lors justifier le recours à la med-arb sur cette base.

³⁴⁸ Art. 1680, §1 et 1685, §§ 3 et 4 du Code judiciaire.

³⁴⁹ Art. 1680, §2 du Code judiciaire. Sur la récusation de l'arbitre, voy. plus particulièrement l'article 1687, §2 du même code.

³⁵⁰ Art. 1689 §2 du Code judiciaire.

³⁵¹ Art. 1717 du Code judiciaire, et plus particulièrement le paragraphe 2 en ce qui concerne la compétence du juge étatique.

³⁵² Art. 1719 à 1721 du Code judiciaire.

l'éventualité que le juge se prononce sur l'octroi de dommages et intérêts en cas de violation de l'obligation de secret pesant sur le processus de médiation³⁵³.

Ainsi, le juge étatique exerce à la fois une mission **d'assistance** et de **contrôle** de l'arbitrage³⁵⁴ et de la médiation.

Notre propos est le suivant : cette double fonction de la justice étatique devrait rassurer les parties optant pour une résolution med-arbitrale de leur litige. L'on pense tout particulièrement à la possibilité de récusation d'un arbitre partial ou dépendant, demandée par les parties ou l'une d'entre elles seulement³⁵⁵. Elles pourraient également, pour les mêmes raisons, envisager l'annulation de la sentence contraire à l'ordre public³⁵⁶. Dans les deux cas, l'intervention d'un magistrat est explicitement prévue par le Code judiciaire, ce qui peut – on le souhaite et l'espère – apaiser les possibles doutes ou réticences des parties quant au choix de la med-arb, compte tenu des éventuels risques qu'elle pourrait comporter.

Sous-section 5. L'éthique comme fondement de la med-arb ?

En l'absence d'une consécration légale de la med-arb en droit belge, quel pourrait être le fondement de cette méthode alternative, permettant son acceptation et son éventuelle intégration dans la pratique ? Nous avons constaté, au fil de nos recherches, que bien des obligations issues du droit relatif à l'arbitrage pesaient sur les arbitres et médiateurs. Ces derniers sont tenus par des obligations légalement inscrites au Code judiciaire. En outre, l'arbitre voit parfois son rôle défini par des conventions internationales³⁵⁷ ou la jurisprudence.

Mais nous avons également observé que de telles obligations n'émergeaient pas uniquement de la loi au sens strict. Certaines sont contractuellement établies par les parties avec l'aide du médiateur ou arbitre, ces derniers tirant tous deux leurs pouvoirs de la convention initiale des parties – en sus de son pouvoir juridictionnel pour l'arbitre. Relativement à l'arbitrage, de telles normes contractuelles peuvent également être dégagées de règlements institutionnels. En Belgique par exemple, le CEPANI a ainsi élaboré les Règles de bonne conduite pour les procédures d'arbitrage à l'intervention du CEPANI³⁵⁸, annexées à son règlement. La pratique de ces institutions peut elle aussi constituer une source normative pour les arbitres, en ce qu'elle concrétise et encadre certaines de leurs obligations³⁵⁹.

Enfin, en matière de médiation, l'on connaît le Code de bonne conduite du médiateur agréé³⁶⁰, la Recommandation de l'O.B.F.G. en matière de médiation³⁶¹ ou encore le Règlement du 20 janvier

³⁵³ Art. 1728, §1, al. 2 du Code judiciaire.

³⁵⁴ D. HASCHER, « Le juge d'appui », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Paris, LexisNexis, 2005, p. 219.

³⁵⁵ Art. 1687, §§1 et 2 du Code judiciaire.

³⁵⁶ Art. 1717, §3, b), ii) du Code judiciaire.

³⁵⁷ A titre d'illustration, voy. la Convention de New York de 1958.

³⁵⁸ Voy. Annexe III du Règlement d'arbitrage du CEPANI.

³⁵⁹ P. TIERCER, « L'éthique des arbitres », *L'éthique dans l'arbitrage : actes du colloque de Francarbi du 9 décembre 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 26.

³⁶⁰ Auquel le médiateur est tenu d'adhérer pour obtenir l'agrément.

³⁶¹ Recommandation de l'O.B.F.G. du 9 mai 2005 en matière de médiation.

2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation³⁶² qui, lues de manière combinée, permettent de définir un ensemble de règles déontologiques applicables au médiateur précisant davantage ses rôles et l'exercice de sa mission.

En ce qui concerne l'arbitrage en Belgique par contre, on parlera plutôt d'**éthique** que de déontologie à proprement parler³⁶³. Recourir à des considérations éthiques revient à concilier ce qui est approprié – c'est-à-dire *ce qui est bon ou mauvais, ce qui se fait ou ne se fait pas* – avec la légitimité, l'efficacité et le juste attendus de l'arbitrage³⁶⁴. Des organisations étrangères, telle que l'International Bar Association (ci-après « IBA »), ont en outre développé des lignes de conduite ou de bon comportement. L'on pense par exemple à ses récentes *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*³⁶⁵, ou plus précisément en ce qui nous concerne, à ses *Rules of Ethics for International Arbitrators*³⁶⁶. Il s'agit-là de normes *recommandées* tel que le précise Pierre TIERCER, qui permettent « de dégager une série de devoirs, qui, parce qu'ils sont dépourvus de sanction au sens propre, constituent des devoirs "libres", "naturels" »³⁶⁷. Cette absence de contrainte juridique en cas de non-conformité aux normes éthiques arbitrales entraîne selon l'auteur la question d'une réelle nécessité de les affirmer et d'en faire la consécration au sein de *Codes éthiques de l'arbitre*³⁶⁸. C'est ainsi qu'un *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*³⁶⁹ a vu le jour en 2004, se présentant comme le fruit d'un travail commun réunissant des membres de l'American Bar Association et de l'Arbitration Association. Toutefois, son préambule précise que « this Code does not form a part of the arbitration rules of any such organization unless its rules so provide ». Ce n'est donc que si les parties ou une quelconque organisation y réfèrent de manière explicite, que ce code devient obligatoire et peut alors être source de contrainte.

C'est en cela que l'on peut affirmer que l'éthique s'apparenterait à un droit mou, une sorte de *soft law*³⁷⁰, dont il conviendrait selon nous de faire un plus grand ancrage juridique national³⁷¹, étant donné les différences de culture existant de par le monde et les pratiques – notamment arbitrales – y étant propres.

³⁶² Règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation.

³⁶³ Éthique et déontologie sont deux notions devant être distinguées. La première vise à « déterminer les valeurs auxquelles les comportements doivent correspondre pour être socialement bons, c'est-à-dire pour favoriser une vie sociale harmonieuse » (C. JARROSSON, « Éthique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », *L'éthique dans l'arbitrage : actes du colloque de Francarbi du 9 décembre 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 3, n° 5.), alors que la seconde peut être définie largement comme « l'ensemble des devoirs qui s'imposent dans une profession » (V. C. HANNOUN, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com.*, 1989, p. 417.). Les règles éthiques mènent donc à une réflexion plutôt personnelle sur les valeurs qui sous-tendent les actions et orientent à cet effet la conduite des individus dans le sens d'un idéal professionnel commun, sans qu'aucun devoir ou contrainte ne s'y attache, tandis que les normes déontologiques s'imposent à tous ceux qu'elle vise, et sont donc obligatoires et passibles de sanctions.

³⁶⁴ J. E. AHDAB, « L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage », mai 2014, p. 4, disponible sur http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/L-ETHIQUE_DANS_L-ARBITRAGE_Jalal_EL_AHDAB.pdf.

³⁶⁵ *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, précitées note 127.

³⁶⁶ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Rules of Ethics for International Arbitrators*, 1987, disponibles sur <http://www.trans-lex.org/701100/>.

³⁶⁷ P. TIERCER, *op. cit.*, p. 23.

³⁶⁸ *Ibid.*, pp. 23, 26 et 35.

³⁶⁹ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION et AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, 2004, précité, note 39.

³⁷⁰ C. JARROSSON, « Éthique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », *L'éthique dans l'arbitrage : actes du colloque de Francarbi du 9 décembre 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 7, n° 14.

³⁷¹ Même si nous sommes conscients que dans le cadre propre de l'arbitrage international, une harmonisation serait peut-être souhaitable, mais demanderait un effort colossal de recensement des meilleures et plus fréquentes pratiques nationales. Voy. pour davantage de développements sur cette question, L. MATRAY, « Déontologie de l'arbitrage commercial international », *Rev. b. dr. intern. dr. comp.*, 1985, pp. 97 à 129.

Nous avons eu l'occasion d'illustrer une telle intégration de l'éthique dans la pratique de la med-arb : rappelons-nous l'obligation du médiateur de renoncer à sa mission, lors du passage à la phase arbitrale, en cas de doute quant à son indépendance ou son impartialité dans le chef des parties. Patrick VAN LEYNSEELE la qualifiait d'*obligation éthique*, ce que nous partageons (voy. Chapitre 4, Section 1, Sous-section 2, paragraphe premier).

Nous avons également observé que l'arbitre est parfois autorisé par les parties à statuer conformément à sa propre conception de l'équité, en fonction donc de considérations morales personnelles lorsqu'il est investi des pouvoirs d'amiable compositeur. Certes, il ne s'agit pas là de normes de bon comportement ou d'obligation éthique en tant que telles ; mais ceci manifeste néanmoins une volonté certaine – et du législateur cette fois – de permettre à l'arbitre de faire usage de ce qu'il considère lui-même, en son for intérieur, comme juste et sans devoir en justifier le rattachement à un quelconque ordre juridique³⁷².

Pierre TIERCER, que nous citions précédemment, a fait la liste – non exhaustive – d'un certain nombre d'obligations éthiques et contractuelles incombant à l'arbitre³⁷³. Il a notamment mis en exergue son devoir d'agir dans l'intérêt des deux parties³⁷⁴. Si cela sonne comme une évidence, les conséquences qui en découlent n'en sont pas moins éloquentes : parmi celles-ci, l'on retrouve le devoir des **arbitres de faciliter la solution du litige**. Il précise en outre que cela « implique notamment qu'ils ne doivent pas s'opposer aux tentatives de solutions transactionnelles, mais au contraire les favoriser »³⁷⁵. Ne serait-ce pas là l'essence-même du rôle du médiateur, que de faciliter la résolution du différend opposant les parties ? L'article 8 des *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* complète l'analyse, en ce qu'il permet à l'arbitre de jouer un **rôle actif dans la résolution du conflit**, à la demande des parties ou si ces dernières l'acceptent. Ne verrait-on pas alors percer la lueur d'une médiation dite évaluative, telle que nous l'envisagions précédemment ? Celle par laquelle le médiateur, outre sa mission première étant celle d'aider les parties dans leur quête d'une certaine harmonie, s'exposerait davantage et prendrait le pas d'une action plus investie ?

Ne pourrait-on pas envisager que l'éthique se mette au service d'une justice alternative telle que la med-arb ? Nous sommes conscients que l'intégration de l'éthique dans l'institution arbitrale fait débat ; pourtant, nous savons que le législateur ne s'y oppose pas puisqu'il autorise notamment l'amiable composition. Nous savons également que des codes éthiques ou de bonne conduite sont aujourd'hui en vigueur et guident tant les médiateurs que les arbitres dans leur vocation. Ils précisent et explicitent les grands principes auxquels ils sont tenus. L'éthique pourrait donc faire l'objet d'une concrétisation, en témoignent manifestement le mouvement des *IBA Rules of Ethics* ou le *Code of Ethics* américains.

Sherry LANDRY posait la question de savoir à quel standard de responsabilité professionnelle le med-arbitre est-il tenu : « *should [he] be subject to the professional standards of a mediator or an arbitrator,*

³⁷² P. MAYER, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 379, spéc. p. 393.

³⁷³ Voy. P. TIERCER, *op. cit.*, pp. 27 et suiv.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 34.

³⁷⁵ *Ibid.*

(...) *or both* ? »³⁷⁶ Nous imaginons que le med-arbitre doit aujourd'hui se référer à ces codes et normes éthiques, chacun usités et propres à un moment propice, pour concilier les deux mondes presque opposés que sont la médiation et l'arbitrage³⁷⁷, et pallier ainsi le cas échéant les éventuelles insuffisances de leur combinaison.

Plus loin et généralement encore donc, l'éthique ne permettrait-elle pas d'optimiser la conduite de la procédure med-arbitrale, en ce qu'elle tend vers un objectif d'intérêt général et conjoint, tant dans le chef de l'arbitre que du médiateur ? Ne serait-elle pas une sorte de dénominateur commun qui guiderait, sans jamais perdre de vue les normes juridiques durant la phase arbitrale, le déroulement du processus de med-arb ? Plus largement encore, ne constituerait-elle pas un moyen, voire un tremplin pour parvenir à une « justice alternative, intègre et pérenne et dans laquelle ceux qui y recourent placent leur confiance »³⁷⁸ ?

Loin de nous l'idée de rendre trop *hard* ce *soft law* qu'est l'éthique – ce qui ne correspondrait plus à son essence-même, à savoir son caractère personnel et propre à son auteur tendant toutefois vers un idéal commun – nous nous interrogeons donc sur une éventuelle et possible intégration de la med-arb à travers celle-ci. L'éthique a bel et bien sa place dans l'exercice de la fonction de médiateur ou d'arbitre, et doit par conséquent trouver la sienne et plus particulièrement dans celui de med-arbitre. Il ne faut pas négliger leur importance, surtout pratique.

Mais nous prôtons une nouvelle fois prudence et attention, car « tout ici est affaire de zone grise et de nuance, entre le licite et l'acceptable, entre ce qui est écrit et ce qui ne l'est pas, entre le dit et le non-dit, entre la théorie et la pratique, l'apparence et la réalité »³⁷⁹. Les frontières sont loin d'être définitivement tracées, et doivent selon nous être adaptées au cas par cas : entre droit, déontologie, éthique et pratique, c'est une complémentarité qui doit régner, chacune palliant aux failles, aux lacunes et incertitudes de l'une et l'autre. C'est ce que Jean CARBONNIER appelait, il y a quelques années déjà, l'Internormativité³⁸⁰.

Section 3. Réflexions rédactionnelles et pratiques

Sous-section 1. Quid de l'opportunité d'une « clause en cascade » ?

Nous émettons enfin une brève réflexion rédactionnelle au sujet du contrat initial liant les parties, ce dernier contenant les dispositions aménageant le règlement d'un éventuel conflit pouvant survenir au cours de leur relation. Nous l'avons suggérée aux différents professionnels rencontrés dans le cadre de la réalisation du présent mémoire, et tous ne sont pas unanimes.

Au départ de deux questions pragmatiques propres à la med-arb, voici notre réflexion :

³⁷⁶ S. LANDRY, *op. cit.*, p. 264.

³⁷⁷ L'on pourrait imaginer que le med-arbitre se base, outre les dispositions légales et/ou réglementaires, sur le Code de bonne conduite du médiateur agréé ainsi que sur les IBA Rules of Ethics.

³⁷⁸ J. E. AHDAB, *op. cit.*, p. 3.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 5.

³⁸⁰ J. CARBONNIER, « Internormativité », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, 2^e éd., p. 313.

- Qu'en serait-il tout d'abord en cas d'échec du processus de med-arb, si l'une des parties invoquait par exemple le manque d'impartialité dans le chef du med-arbitre (partant du fait que les parties n'auraient pas prévu l'obligation de reconfirmer la mission du tiers) ? Leur faudrait-il recommencer le même procédé depuis le départ, en présence d'un nouvel intervenant ?

Nous savons que le Code judiciaire veille au remplacement de l'arbitre, conformément à l'article 1689, §1³⁸¹. Dans le cadre de la med-arb, il nous paraît cependant difficile, de manière pragmatique, de concevoir une telle solution. Elle signifierait pour les parties de devoir réengager les mêmes discussions durant la phase de médiation et de tenter une nouvelle fois de s'accorder, alors que le temps et l'énergie dépensés durant la première tentative échouée auront certainement affaibli leur bonne volonté et leur patience, alors soumis à rude épreuve.

Si l'une des parties ne souhaite plus s'engager dans une nouvelle tentative de med-arb, en présence d'un nouveau med-arbitre – ce que nous pouvons dès lors tout à fait concevoir – le second paragraphe de l'article 1689 prévoit toutefois que l'autre partie (désirant quant à elle renouveler l'expérience) peut toujours saisir le président du tribunal de première instance afin de pourvoir à son remplacement³⁸². Il appartiendra alors au juge d'étudier la question de son opportunité. A notre humble avis, et rappelant que la med-arb est fondée sur le consentement **commun** des parties, nous pensons qu'il serait judicieux que les tribunaux considèrent l'absence de volonté de la partie circonspecte et s'abstiennent de pourvoir au remplacement du med-arbitre³⁸³. Le risque est en effet que la partie « contrainte » de recommencer le processus de med-arb – si ce n'est partiellement – boycotte en quelque sorte la médiation et par conséquent le bon déroulement du procédé... La seconde phase arbitrale devrait tout simplement prendre fin selon nous, considérant que « la décision judiciaire rejetant une demande de remplacement a autorité de la chose jugée »³⁸⁴.

- Qu'en serait-il ensuite en cas d'annulation de la sentence, pour contrariété à l'ordre public ou irrégularité incidente de la procédure, à la demande de l'une ou l'autre partie ?

Nous avons vu qu'une telle requête peut être adressée au tribunal de première instance, si la sentence ne peut plus être attaquée devant l'arbitre³⁸⁵. Si le juge prononce l'annulation de la sentence med-arbitrale, comment s'annonce la suite des événements ? Les parties sont-elles contraintes de recommencer tout le processus de med-arb ? Ceci impliquerait de « remettre en discussion les points discutés, et même résolus par [le précédent arbitre] »³⁸⁶ : le nouveau tiers désigné par les parties

³⁸¹ Art. 1689, §1 du Code judiciaire : « Dans tous les cas où il est mis fin à la mission de l'arbitre avant que la sentence finale ne soit rendue, un arbitre remplaçant est désigné. Cette désignation est effectuée conformément aux règles qui étaient applicables à la désignation de l'arbitre remplacé, à moins que les parties n'en conviennent autrement ».

³⁸² Art. 1689, §2 du Code judiciaire : « Si l'arbitre n'est pas remplacé conformément au § 1^{er}, chaque partie peut saisir le président du tribunal de première instance, statuant conformément à l'article 1680, § 1^{er} ».

³⁸³ D'autant plus si le med-arbitre fut nommément désigné dans la convention de med-arb des parties : « le caractère intuitu personae de cette désignation et la nature contractuelle de l'arbitrage ne permettent pas un remplacement de l'arbitre, mais impliquent la fin de l'arbitrage » ; voy. C. DE BOE et M. BERLINGIN, « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n° 25.

³⁸⁴ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, 2^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 260, n° 297.

³⁸⁵ Art. 1717, §1 du Code judiciaire.

³⁸⁶ F. MALEPEYRE et C. F. JOURDAIN, *Traité des sociétés commerciales, accompagné d'un précis de l'arbitrage forcé et suivi de modèles des divers genres d'actes de sociétés commerciales*, Paris, Mansut, 1833, p. 398.

devra prendre connaissance de toutes les pièces et les moyens de défense de celles-ci, ce qui risquerait de décourager les parties alors moins combatives et de laisser les plus empressées.

Nous trouverions plus sain et constructif que les parties prévoient dans leur contrat initial une sorte de « **clause en cascade** », recourant en dernier ressort à la justice classique des tribunaux. La med-arb est déjà en soi une clause de ce type, en ce qu'elle prévoit qu'en cas d'échec de la médiation, les parties s'inscriront dans une procédure arbitrale orchestrée par le médiateur devenu arbitre. Rien ne s'oppose *a priori*, d'un point de vue légal et rédactionnel, à ce que les parties prévoient **de manière conventionnelle** qu'en cas notamment d'annulation de la sentence med-arbitrale ou de non remplacement du med-arbitre, elles s'adresseront au juge compétent et s'engageront dans la poursuite d'un procès ordinaire. Patrick KILESTE et Olivier CAPRASSE sont de cet avis, à l'inverse de Patrick VAN LEYNSEELE, très attaché à l'option initiale des parties pour la med-arb. Pourtant, ceci n'est après tout qu'une application pure et simple du principe de la liberté contractuelle, contenu en l'article 1134 de notre Code civil. L'on pourrait même envisager que les parties prévoient une phase de négociation pure et simple avant d'entamer réellement la med-arb.

Pour résumer de manière très synthétique les choses, les parties pourraient entrevoir ainsi le « corps » de la clause de règlement des conflits qu'elles s'insèreraient dans leur convention de base³⁸⁷ : (i) négociations informelles, (ii) med-arb et (iii) procès étatique.

Loin de baisser les bras, les parties décideraient, plutôt que de s'acharner dans la répétition de scénarios déjà vécus et évitant ainsi le risque d'une potentielle aversion ou d'un éventuel désespoir, de choisir l'ultime et plus contraignante voie judiciaire. Elles veilleront toutefois à libeller avec soin une telle « clause en cascade », évitant par là tout risque d'insécurité juridique et anticipant les incidents malheureux.

Sous-section 2. Quid de la rédaction d'un règlement de med-arb ?

Comme le précise très justement Jacques VAN COMPERNOLLE, il peut être « dangereux de laisser se développer, en marge des textes, des procédures qu'aucune réglementation n'organise »³⁸⁸.

Nous savons que de nombreuses institutions prévoient la possibilité pour les parties de renvoyer à leur règlement de médiation et/ou d'arbitrage, afin de faciliter l'organisation et le déroulement du processus de résolution pour lequel elles optent. C'est le cas du CEPANI en Belgique. Si ces deux MARC's font l'objet d'une telle réglementation, pourquoi ne pas en faire de même pour la med-arb, qui serait le résultat d'une combinaison de ces deux modes ? Rappelons qu'en France, les centres de médiation et/ou d'arbitrage proposent cette formule hybride de manière presque systématique³⁸⁹. Le CEPANI laisserait-il à son tour porte ouverte à une telle nouveauté, lorsqu'on sait que l'article 11.5 de son règlement de médiation stipule qu'« *en cas d'échec de la médiation, le médiateur s'interdit de remplir les fonctions d'arbitre (...) dans une procédure arbitrale (...) relative au litige ayant fait l'objet*

³⁸⁷ Sachant que chaque étape serait subsidiaire à la précédente.

³⁸⁸ J. VAN COMPERNOLLE, « Le juge et la conciliation judiciaire », *Le contentieux interdisciplinaire*, Diegem, Kluwer éditions juridiques, 1996, p. 55.

³⁸⁹ T. CLAY, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2004, n° 44, p. 3180.

d'une procédure de médiation, sauf convention contraire des parties » ? (souligné par nous) Selon Guy KEUTGEN³⁹⁰, Président honoraire du CEPANI on le rappelle, cette disposition laisse effectivement la possibilité d'un cumul des fonctions, moyennant toutefois l'accord exprès des parties à cet égard. Mais elle ne sera la plupart du temps offerte qu'au terme de l'échec de la médiation et en fonction de la confiance des parties en leur médiateur devenu arbitre, et non pas au moment du libellé de la clause. Une brèche ouvrant la voie à la med-arb semble donc pouvoir se dessiner...

Nous sommes néanmoins conscients que l'élaboration d'un règlement de med-arb serait loin d'être une tâche aisée, même si les centres ou institutions de médiation et d'arbitrage tiennent en leurs mains les clés d'un tel succès. Ce travail nécessiterait minutie, précision et attention de la part des rédacteurs, et ferait appel à une plus grande concentration, concertation et précaution de leur part. Il conviendrait d'offrir un cadre anticipant les éventuels incidents et considérant les conséquences positives comme négatives du processus, mais qui laisserait à la fois suffisamment de liberté et de flexibilité aux parties afin de rencontrer l'objectif premier d'une justice alternative. Mais en l'absence de portes définitivement closes, l'espoir et l'imagination restent aujourd'hui encore permis, piquant ainsi la curiosité des plus spéculateurs...

Conclusion

En définitive, le panel de solutions que nous proposons ne témoignerait-il pas d'une réelle possibilité d'envisager le recours à la med-arb, au moyen le cas échéant de quelques adaptations ou remaniements ? Si les écueils que nous avons cités sont certes nombreux, ils sont formulés par les fidèles gardiens des exigences théoriques et rigueurs procédurales, pourtant loin d'être absolues et insurmontables. L'ensemble des obstacles auxquels pourraient être confrontées les parties qui y recourent – mais qu'il est néanmoins possible de surpasser – repose selon nous d'une part sur un élément-clé et définitoire du processus, à savoir la double fonction du med-arbitre, et d'autre part sur la présence de caucus durant la phase de médiation, durant lesquels, en tant que médiateur, le med-arbitre aura perçus des éléments dont il ne pourra tenir compte pour fonder sa sentence. De manière plus précise, c'est au moment où le médiateur est amené à changer de casquette que le bât blesse... Si nous concevons les inconvénients théoriques et pratiques découlant de ce mode de résolution, nous connaissons également et surtout les nombreux **avantages** qu'il présente : le gain en temps, en coûts et en efficacité n'aura d'égal que la garantie d'une solution au désaccord des parties. En effet, elles ont avant tout la certitude que leur litige sera vain : qu'un règlement transactionnel et amiable soit trouvé à l'issue de la médiation, ou qu'une sentence arbitrale soit rendue par le med-arbitre en cas d'échec de cette dernière, chacun est assuré d'un dénouement – heureux ou funeste – aux rivalités qui l'opposent.

³⁹⁰ Propos de Guy KEUTGEN recueillis à la suite d'échanges en réaction à la lecture du présent mémoire.

Nous ne pouvons que regretter que la med-arb ne fasse pas, en Belgique, l'objet d'un encadrement législatif et procédural ; mais comme l'explique très justement Loïc CADIET, « si la procéduralisation (ou la judiciarisation) du contrat peut être considérée comme un instrument de justice contractuelle, il ne faut cependant pas que cette restauration de l'emprise judiciaire paralyse les initiatives contractuelles dans le domaine du règlement des différends »³⁹¹. Ceci rend certes les choses moins évidentes, mais ne doit néanmoins pas décourager la ferveur des plus convaincus. Après tout, il aura fallu attendre bien des années avant que la médiation soit bel et bien consacrée officiellement par le Code judiciaire. Cette récente – puisqu'elle ne date que d'une dizaine d'années – évolution confirme le pas lent de la Belgique vers une plus grande ouverture aux MARC's, faisant encore aujourd'hui de la justice étatique l'apogée de la résolution des litiges. Comment expliquer ce succès relatif des MARC's ? Nous en avons touché un mot dès le début de notre exposé, le tableau de la justice étatique actuelle est pourtant bien noir : manquant d'efficacité et de rapidité, elle entraînerait pour les contribuables une perte de temps et d'argent et ne garantirait pas toujours une solution humaine, alors dénuée d'émotions et bafouant leurs valeurs et ressentis. De plus, l'impartialité du juge semble parfois remise en cause au profit de ses humeurs passagères³⁹²... En réalité, nous pensons que « le faible intérêt que les justiciables portent, pour l'heure, aux modes alternatifs de règlement des conflits s'explique, en grande partie, par une **carence d'information**. Ainsi, si presque tous les belges ont déjà entendu parler de conciliation, de médiation et d'arbitrage, rares sont ceux qui savent vraiment de quoi il s'agit »³⁹³ (souligné par nous). Il faudrait selon nous pallier ce manque d'information dès l'enseignement des études, de droit notamment. Une meilleure conscientisation des avocats, des magistrats et des citoyens à cet égard est réellement souhaitable.

Nous prôtons **l'innovation**, **l'imagination** et la **créativité**. Il faut **oser**, ce qui ne signifie pas abandonner la sécurité juridique, mais se douer d'une plus grande souplesse et largesse des comportements pour précisément s'en prévaloir³⁹⁴. Rappelons cet adage trouvant tout son sens dans le présent contexte : *ce n'est pas parce que les choses sont difficiles que nous n'osons pas, c'est parce que nous n'osons pas que les choses sont difficiles*.

Il faut **penser autrement la justice**. Reposons-nous la question préalablement posée dans notre introduction : *quelle est cette justice ?* Nous parlons d'une justice qui évolue, lentement mais sûrement comme le dit l'expression. Chacune à leur rythme, les cultures se rencontrent et s'inspirent mutuellement. Il faut les bousculer, les confronter, les comparer pour ouvrir le champ des possibles. L'Angleterre, la France ou encore les Etats-Unis l'ont bien compris. Nous voudrions insuffler une conception plus moderne de la justice, selon laquelle les institutions judiciaires sont à un niveau équivalent à celui des autres modes de résolution des conflits. Il ne faut selon nous désormais plus

³⁹¹ L. CADIET, *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, op. cit., p. 9.

³⁹² Constat que nous avons opéré lors de la réalisation de notre stage au sein d'un cabinet d'avocats, dans le cadre de notre seconde année de master en droit.

³⁹³ P.-P. RENSON, « Arbitrage, conciliation, médiation et droit collaboratif : comment régler un conflit efficacement et durablement, sans recourir à une procédure judiciaire ou administrative ? », 2011, article périodique disponible sur www.justice-en-ligne.be.

³⁹⁴ G. HORSMANS, *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, C.D.V.A., éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, p. 137.

parler de modes *alternatifs* pour désigner par exemple la médiation et l'arbitrage, mais plutôt de les considérer comme des **modes adaptés ou appropriés de résolution des conflits**, comprenant toutes méthodes de résolution confondues, y compris donc la justice étatique. C'est de **complémentarité** qu'il s'agit, d'une justice plurielle et qui se veut **adéquate au cas par cas**. Il faut simplement être conscient et attentif aux avantages, opportunités et inconvénients que ces divers modes peuvent offrir, pour que le choix opéré soit le plus pertinent et conforme aux attentes, besoins et intérêts des parties en discorde.

Nous pensons dès lors que la med-arb n'est pas en soi problématique, mais qu'elle mérite au contraire d'être tentée. La question n'est donc pas de savoir si l'on y est favorable ou non, mais plutôt **convient-elle au litige en présence ?**

Nous avons vu qu'une préoccupation majeure en ce qui nous concerne ici est de déterminer « le bon équilibre entre les principes contractuels et les exigences processuelles »³⁹⁵. La med-arb réconcilie selon nous ces deux exigences, entre la médiation qui se veut avant tout contractuelle, et l'arbitrage se voulant davantage procédurier. Mais l'articulation de ces deux méthodes ne révèle toute sa richesse que lorsqu'elle est dûment encadrée par divers garde-fous. La **prudence** est d'abord de mise. Il ne faut pas se jeter corps et âme, les yeux fermés, dans un processus dont on ne connaît pas les risques et les pratiques usuelles ou recommandées. C'est là toute l'importance du rôle des avocats, premièrement chargés **d'informer** leurs clients des pièges dans lesquels ne pas tomber. C'est sur eux que repose également, en grande partie, la tâche de **conseiller** la meilleure méthode pouvant résoudre un démêlé, compte tenu des éléments de la cause et ceux-ci étant les plus à même de connaître les bénéfices et déboires éventuels auxquels s'exposeraient les parties. Ceci concorde avec la nécessité de s'assurer que tel mode soit le mieux *adapté* au contexte en présence. La **confiance** des parties en leur conseil et le med-arbitre est également et dès lors primordiale. Elle est la clé de tout le processus. C'est pourquoi le **choix** du tiers intervenant est une question aussi délicate qu'importante. « Arbitration is as good as the arbitrators are »³⁹⁶, disait Matthias STORME. Nous pourrions comparer le med-arbitre au chef d'orchestre, chargé de coordonner ses musiciens, de rendre cohérent le jeu de leurs différents sons en imposant une pulsation et un rythme communs. Il règle, nuance l'équilibre des tonalités pour trouver la juste harmonie. Tout le long de la mélodie, il oriente et adapte l'interprétation de l'œuvre musicale, depuis le choix du répertoire jusqu'au concert final. Le chef d'orchestre présente une formation spécifique : il est musicien lui-même, ce qui lui permet de mieux comprendre et d'aider les siens dans leur tâche. Il jouit de compétences techniques et d'une maîtrise reconnue de la musique. Il est également doué de qualités artistiques, lui donnant une sensibilité particulière et utile pour pallier les imperfections sonores. Il doit être à même de gérer un groupe, un ensemble.

³⁹⁵ L. CADIET, *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, op. cit., p. 9.

³⁹⁶ M. STORME, « Conclusions », *L'arbitre : pouvoirs et statut*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 367.

Au final, tout est question d'ouverture d'esprit et de consentement des parties au mécanisme. La transparence assoit leur confiance, la confiance confirme leurs choix initiaux.

Il nous faut enfin insister sur le fait qu'en matière de med-arb, la **rédaction** de la clause est essentielle. Tout est possible si, et seulement si les parties sont d'accord. La liberté et la souplesse caractérisant le processus permettent que soient réglées de nombreuses questions, comme celles des caucus, de la confidentialité, du constat de l'échec de la médiation et du moment du passage à l'arbitrage. « On peut aussi donner des orientations quant à la mission du médiateur, mais il faut le faire avec les nuances voulues et éviter d'être trop précis sous peine de tomber dans l'*ultra petita* »³⁹⁷.

Ne reste qu'à s'interroger sur la philosophie que l'on veut promouvoir, sur le monde dans lequel nous voulons nous épanouir. Diminuer le nombre de conflits est un graal. Le conflit fait en effet partie de l'Homme, intrinsèquement imparfait et pourtant le seul à pouvoir le résoudre... Les choses sont perfectibles. Des solutions existent ! Désengorger les tribunaux étatiques est un objectif réalisable, mais qui nécessite une volonté plus ferme et une conscientisation politique et financière plus grande, ce qui reste encore une bataille à mener dans une société où la justice est le « pouvoir pauvre » de notre démocratie... Les modes de résolution autres que l'institution judiciaire classique, tels que la med-arb, permettraient peut-être de gagner ce combat.

Nous terminerons par citer Pierre RABHI, poète français très attaché au bien-être de l'Homme : selon lui, « c'est dans les utopies d'aujourd'hui que sont les solutions de demain ». A nous de nous inspirer du présent pour changer notre futur.

³⁹⁷ Propos de Guy KEUTGEN recueillis à la suite d'échanges en réponse à la lecture du présent mémoire.

Bibliographie

Législation

Législation internationale

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, approuvée par la loi du 5 juin 1975.

Loi type de la C.N.U.D.C.I. sur l'arbitrage commercial international, 1985.

Directive (CE) n° 2008/52 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, *J.O.U.E.*, L.136/3, 24 mai 2008.

Guide sur l'article 6 – Droit à un procès équitable (volet civil), Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013, disponible sur www.echr.coe.int.

Convention européenne des droits de l'homme.

Législation étrangère

Civil Procedure Rules of English law, Rules and Practice Directions, Part 36 « *Offers to settle* », spéc. point 16.

Commercial Arbitration Act australien, 2011, disponible sur [http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt7.nsf/DDE300B846EED9C7CA257616000A3571/9B4FEDA530DF8B29CA257B5C00831C2E/\\$FILE/11-50aa002%20authorised.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/LTObjSt7.nsf/DDE300B846EED9C7CA257616000A3571/9B4FEDA530DF8B29CA257B5C00831C2E/$FILE/11-50aa002%20authorised.pdf).

Législation belge

Codes et lois

Code judiciaire belge.

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

Loi du 24 juin 2013 modifiant la sixième partie du Code judiciaire relative à l'arbitrage, *M.B.*, 26 juin 2013, p. 41263.

Propositions de loi

Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *Doc. parl.*, Sénat, 2003, n° 3-226/1.

Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-327/1.

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

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

Jurisprudence

Jurisprudence de la C.E.D.H.

C.E.D.H., arrêt *Sramek c. Autriche*, 22 octobre 1984, req. n° 8790/79.

C.E.D.H., arrêt *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1986, req. n° 9405/81.

C.E.D.H., arrêt *Morel c. France*, 6 juin 2000, req. n° 34130/96.

C.E.D.H., arrêt *Stepinska c. France*, 15 juin 2004, req. n° 1814/02.

C.E.D.H., arrêt *P.D. c. France*, 20 décembre 2005, req. n° 54730/00.

C.E.D.H., arrêt *Verdu c. Espagne*, 15 février 2007, req. n° 43432/02.

C.E.D.H., arrêt *Asnar c. France*, 18 octobre 2007, req. n° 12316/04.

C.E.D.H., arrêt *Case of regent company c. Ukraine*, 29 septembre 2008, req. n° 773/03.

C.E.D.H., arrêt *Schlumpf c. Suisse*, 8 janvier 2009, req. n° 29002/06.

C.E.D.H., arrêt *Sibgatullin c. Russie*, 23 avril 2009, req. n° 32165/02.

C.E.D.H., arrêt *Seliwiak c. Pologne*, 21 juillet 2009, req. n° 3818/04.

C.E.D.H., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, req. n° 17056/06.

C.E.D.H., arrêt *Yoldas c. Turquie*, 23 février 2010, req. n° 27503/04.

C.E.D.H., arrêt *Sakhnovski c. Russie*, 2 novembre 2010, req. n° 21272/03.

Jurisprudence étrangère

C.A. Paris, 16 janvier 2003, *Rev. arb.*, 2004, p. 369.

Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 28 novembre 2007, *Bulletin 2007*, I, n° 373.

Cour d'appel de Hong Kong, arrêt *Gao Haiyan*, 2 décembre 2011.

Haute Cour de Justice d'Angleterre et pays de Galles, arrêt *Brit Inns Limited e.a. c. BDW Trading Limited e.a.*, 31 juillet 2012, n° EWHC 2143 (TCC).

Alternative Dispute Resolution, *Am. Jur. 2d*, 2014, vol. 4, §17.

Jurisprudence belge

Cass. 24 juin 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 307.

Bruxelles (1^{ère} ch.), 4 octobre 1993, *Rev. trim. dr. h.*, 1994, p. 605.

Civ. Bruxelles (4^e ch.), 25 octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 394.

Cass. (1^{ère} ch.), 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010/3, p. 445.

Cass., 7 novembre 2013, *b-Arbitra*, 2014/3, p. 221.

Doctrine

AHDAB, J. E., « L'éthique dans la conduite et la gestion de l'arbitrage », mai 2014, disponible sur http://www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/L-ETHIQUE_DANS_L-ARBITRAGE_Jalal_EL_AHDAB.pdf .

ANGYAL S.C., R., « Med-arb – past, present and potential », *CEDIRES*, 13 août 2011, disponible sur http://www.cedires.be/index_files/ANGYAL_Robert_www.nswbar.asn.au_docs_professional_adr_documents_angyal_082011.pdf .

ASHURST, « Quick guides. Without Prejudice », novembre 2010, disponible sur https://www.ashurst.com/home.aspx?id_Content=2 .

BEELDENS, B., « Médiation, conciliation et impartialité du juge de proximité », *J.J.P.*, 2005, pp. 211 à 215.

BEELDENS, B., « Les modes alternatifs de résolution des litiges. La spécificité de la médiation », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 260 à 274.

BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, L., *Les principes fondamentaux de l'Arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

BIRD&BIRD, « Knowhow briefs without prejudice », 2012, disponible sur <http://www.twobirds.com/~media/PDFs/Brochures/Dispute%20Resolution/Client%20know%20how/Client%20Briefings%20-%20Without%20Prejudice.PDF> .

BREWER, T. et MILLS, L. R., « Med-Arb : Combining Mediation & Arbitration », *New York Dispute Resolution Lawyer*, 1999, vol. 54(4), pp. 32 à 39.

BLANKENSHIP, J. T., « Med-arb : a template for adaptive ADR », *Blankenship & Blankenship*, 2009, disponible sur <http://blankenshiplawoffice.com/med-arb-a-template-for-adaptive-adr/223/> .

CADIET, L., « Contradictoire », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, Paris, P.U.F., 2003.

CAPRASSE, O., « La médiation en matière commerciale », *La médiation : voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 73 à 92.

CAPRASSE, O., « Les conventions relatives à la confidentialité en arbitrage », *Arbitrage et confidentialité*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 133 à 149.

CAPRASSE, O., « Les modes alternatifs de règlement des différends : anges ou démons ? », *Rev. Fac. de Droit de l'ULg*, n° 2004/3, pp. 437 à 438.

CHAPUT, Y., « Médiation et contentieux des affaires », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, sous la direction de L. Cadiet, T. Clay et E. Jeuland, Paris, LexisNexis, 2005, pp. 93 à 120.

CONSTRUCTION DISPUTE RESOLUTION SERVICES, « Mediation-Arbitration », disponible sur <http://www.constructiondisputes-cdrs.com/about%20MEDIATION-ARBITRATION.htm> .

CLAY, T., *L'arbitre*, Paris, D., 2001.

CLAY, T., « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.*, 2004, n° 44, pp. 3178 à 3189.

CLAY, T., « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre et les règles du procès équitable », *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 199 à 237.

VAN COMPERNOLLE, J., « L'arbitre et le Code judiciaire », *Rev. dr. intern. comp.*, 2005, pp. 21 à 39.

DAL, G.-A., « Le point de vue belge », *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

DAL, M., « La nouvelle loi belge sur l'arbitrage », *Bringing Together the World's Lawyers*, 2014, Vol. 2, p. 61.

DE BOE, C. et BERLINGIN, M., « La mission du juge étatique avant l'instance arbitrale et pendant ses prémices », *L'arbitre et le juge étatique. Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 53 à 76.

DE BOURNONVILLE, P., *Droit judiciaire. L'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2000.

ELLIOTT, D. C., « Med-arb : fraught with danger or ripe with opportunity ? », *Arbitration*, Edmonton, Alberta Law Review, 1995, pp. 163 à 179.

ERDMAN, F. et DE LEVAL, G., « Le juge conciliateur », *Voorstellen tot bijsturing van de burgerlijke rechtspleging : verslagboek van het colloquium van 9 december 2005*, Bruges, la Chartre, 2006, pp. 1 à 39.

FONTAINE, M., « Impartialité et indépendance de l'arbitre », *Hommage à Guy Keutgen : pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 619 à 633.

FOUCHARD, P., « Alternative Dispute Resolution et Arbitrage », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, 2000, pp. 95 à 116.

FOUCHARD, P., GAILLARD, E. et GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

FRIEDMAN, G. et HIMMELSTEIN, J., *Défier le conflit. La médiation par la compréhension*, Bruxelles, Larcier, 2010.

FULLERTON, R., « Med-arb and its variants : Ethical Issues for Parties and Neutrals », *Dispute Resolution Journal*, Vol. 65, Issue 2/3, mai 2010, disponible sur http://www.richardfullerton.com/med_arb_article.pdf.

GILLIAUX, P., *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

HASCHER, D., « Le juge d'appui », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Paris, LexisNexis, 2005, pp. 243 à 268.

HANNOUN, V. C., « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com.*, 1989, pp. 417 à 455.

HANOTIAU, B. et CAPRASSE, O., « L'annulation des sentences arbitrales », *J.T.*, 2004, pp. 413 à 428.

HANOTIAU, B. et CAPRASSE, O., note sous Cass. (1^{ère} ch.), 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2010, pp. 465 à 468.

HANOTIAU, B. et CAPRASSE, O., « Arbitrability, Due Process, and Public Policy under article V of the New York Convention », *Journal of International Arbitration*, 2008, Vol. 5, pp. 721 à 741.

HENRY, F., « Impartialité et procédures particulières », *Les procédures de récusation et de dessaisissement*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 113 à 152.

HILL, R., « MED-ARB : New Coke of Swatch ? », *Arbitration International*, Vol. 13, n° 1, disponible sur <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/arbint/13/1/105.full.pdf>.

HORSMANS, G., *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, C.D.V.A., éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998.

D'HUART, V., « Modes alternatifs de règlement des conflits », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la coordination de D. Matray, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 5 à 56.

D'HUART, V., « Déontologie et discipline du médiateur », *Ius & actores*, 2008/3, pp. 5 à 22.

JAEGER, L., « Vers une présomption de la bonne exécution de la mission d'amiable compositeur ? », *Chronique de droit de l'arbitrage n° 2*, Paris, Petites affiches, 2008, pp. 12 à 14.

JARROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 8.

JARROSSON, C., « Médiation et droit des contrats », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, sous la direction de L. Cadiet, T. Clay et E. Jeuland, Paris, LexisNexis, 2005, pp. 33 à 48.

JARROSSON, C., « Ethique, déontologie et normes juridiques dans l'arbitrage », *L'éthique dans l'arbitrage : actes du colloque de Francarbi du 9 décembre 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1 à 16.

KAGEL, S., « Combining Mediation and Arbitration », *Monthly Lab. Rev.*, Vol. 96, 1973, pp. 62 et suiv.

KAÏSSI, T., « Le laxisme des juridictions belges en matière d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre », *Chronique de droit de l'arbitrage n° 2*, Paris, Petites affiches, 2008, pp. 15 à 23.

KAYSER, J., « L'exception d'incompétence et de suspension de la procédure fondée sur une clause compromissoire dite « med-arb », note sous Trib. Arrond. Luxembourg (2^e ch.), 22 juin 2012, *J.T.L.*, 2013, pp. 86 et suiv.

KESSEDJAN, C., « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.*, 1995, pp. 381 à 410.

KEUTGEN, G., « L'arbitrage : une institution à visage humain », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la coordination de D. Matray, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 319 à 353.

KEUTGEN, G., « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit belge », *L'impartialité du juge et de l'arbitre. Étude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 275 et suiv.

KEUTGEN, G., « La réforme 2013 du droit belge de l'arbitrage », *R.D.I.D.C.*, 2014, n° 1, pp. 65 à 112.

KEUTGEN, G., et HUYS, M., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

KEUTGEN, G., et DAL, G.-A., *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, *Le droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

KEUTGEN, G., et DAL, G.-A., *L'arbitrage en droit belge et international*, 2^e éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 2012.

KOPPELMANAS, L., « La rédaction des clauses d'arbitrage et le choix des arbitres », *Hommage à Frédéric Eisemann*, ICC Services, Paris, 1978, pp. 23 à 29.

LAMBERT, P., « L'arbitrage et l'article 6, 1° de la Convention européenne des droits de l'Homme », *L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 10 et suiv.

LANDRY, S., « Med-Arb : Mediation with a Bite and an Effective ADR Model », *Def. Counsel J.*, 1996, Vol. 63, Issue 2, pp. 263 à 269.

LANG, J., « Med-Arb – an English Perspective », *New York State Bar Association*, 2009, disponible sur <http://www.jonlang.com/pdf/Article%20-%20Mediation%20Arbitrationl.pdf>.

DE LEVAL, G., « La désignation et la mission des arbitres. Notes succinctes sur le droit positif applicable en Belgique », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1976, pp. 170 et suiv.

LIMBURY, L., « Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR », *Institute of Arbitrators and Mediators Australia Forum*, Sydney, 3 août 2005, disponible sur <http://www.haskama.co.il/mediation/document/MED-ARB.pdf>

LIMBURY, L., « Med-Arb :- getting the best of both worlds », *Law Society of NSW Journal*, 21 juillet 2010, disponible sur <https://imimmediation.org/cache/downloads/30zzdkccdig4skgw80c8swwc0/hybrid-processes-2010---article-by-alan-limbury.pdf>

LINSMEAU, J., « Le déroulement de la procédure arbitrale », *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la coordination de D. Matray, Liège, Formation permanente CUP, 2002, pp. 189 à 220.

LOQUIN, E., *L'amicable composition en droit comparé et international*, Librairies techniques, Paris, 1980.

LOQUIN, E., « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Revue de l'Arbitrage*, 2006/2, pp. 32 et suiv.

MALEPEYRE, F. et JOURDAIN, C. F., *Traité des sociétés commerciales, accompagné d'un précis de l'arbitrage forcé et suivi de modèles des divers genres d'actes de sociétés commerciales*, Paris, Mansut, 1833.

MATRAY, G., « L'obligation d'indépendance de l'arbitre se double-t-elle d'une obligation générale de révélation, d'impartialité, d'objectivité et de neutralité ? », *Hommage à Guy Keutgen : pour son action de promotion de l'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 587 à 607.

MATRAY, L., « Rédaction d'une clause d'arbitrage et choix des arbitres compétents », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1979, pp. 51 et suiv.

MATRAY, L., « Déontologie de l'arbitrage commercial international », *Rev. b. dr. intern. dr. comp.*, 1985, pp. 97 à 129.

MATRAY, D. et MATRAY, G., « Les contraintes légales et les dispositions des règlements d'arbitrage relatives à la confidentialité », *Arbitrage et confidentialité*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 37 à 76.

MAYER, P., « La règle morale dans l'arbitrage international », *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 379 et suiv.

MERSCH, M., « Changer / Verander ! », *Liber amicorum Jo Stevens*, Bruxelles, die Keure, 2011, pp. 337 à 352.

MOUGENOT, D., *Principes de droit judiciaire privé*, Bruxelles, Larcier, 2009.

PAPPAS, B. A., « Med-Arb : The Best of Both Worlds May Be Too Good to Be True. A Response to Weisman », *Considering Regulation of ADR*, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 19, Number 3, Spring 2013, disponible sur http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/defcon63&div=47&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults&terms=med|arb&type=matchall.

PHILLIPS, G. F., « Same-Neutral Med-Arb : What Does The Future Hold ? », *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2009, n° 2/1, pp. 24 à 33.

PICARD, D., et MARC, E., *Petit traité des conflits ordinaires*, Paris, Le Seuil, 2006.

RANDOLPH LOWRY, L., « Evaluative Mediation », *Divorce and Family Mediation: Models, Techniques, and Applications*, New York, Guilford Press, 2004, pp. 72 à 91.

RENSON, P.-P., « Le droit de la médiation et le droit des biens. Analyse à la croisée des chemins », *La médiation : voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes?*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 11 à 62.

RENSON, P.-P., *La médiation civile et commerciale*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010.

RENSON, P.-P., « Arbitrage, conciliation, médiation et droit collaboratif : comment régler un conflit efficacement et durablement, sans recourir à une procédure judiciaire ou administrative ? », 2011, article périodique disponible sur www.justice-en-ligne.be.

RENSON, P.-P., « La médiation, la conciliation et les juridictions : comment préserver l'impartialité ? », 2011, article périodique disponible sur www.justice-en-ligne.be.

ROTH, B. J., « Med-arb, Arb-med, Binding Mediation, Mediator's Proposal, and other Hybrid Processes », *American Arbitration Association Advanced Mediator Training*, 2009, disponible sur <http://rothadr.com/pages/publications/aaa%20medarb.pdf>.

SMITH, H., « Med-Arb – an Alternative Dispute Resolution practice », *Japan dispute avoidance newsletter*, n° 113, Février 2012, disponible sur <http://hsf.com/-/media/HS/T29021246%202.pdf> .

STORME, M., « Conclusions », *L'arbitre : pouvoirs et statut*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 366 à 390.

TARZIA, G., « Médiation et institution judiciaire », *Médiation et arbitrage : alternative dispute resolution. Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, sous la direction de L. Cadet, T. Clay et E. Jeuland, Paris, LexisNexis, 2005, pp. 19 à 32.

TELFORD, M. E., « Med-Arb : A Viable Dispute Resolution Alternative », *Current Issues Series*, Kingston, I.R.C. Press, 2000, disponible sur <http://irc.queensu.ca/sites/default/files/articles/med-arb-a-viable-dispute-resolution-alternative.pdf> .

TIERCER, P., « L'éthique des arbitres », *L'éthique dans l'arbitrage : actes du colloque de Francarbi du 9 décembre 2011*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 17 à 35.

TOSSENS, J.-F., « La confidentialité de l'arbitrage : valeur cardinale ou poncif ? », *Arbitrage et confidentialité*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 21 à 36.

VAN COMPERNOLLE, J., « Le juge et la conciliation judiciaire », *Le contentieux interdisciplinaire*, Diegem, Kluwer éditions juridiques, 1996, pp. 44 à 55.

VANDEPUTTE F. et VAN LEYNSEELE, P., « Mode d'emploi de la médiation », *J.T.*, 1999, pp. 234 à 239.

VAN LEYNSEELE, P., « La « med-arb » et ses dérivés – plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace », *Liber amicorum Georges-Albert Dal : l'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 833 à 864.

VAN LEYNSEELE, P., « Med-Arb et tierce décision obligatoire : les enjeux, les écueils, les solutions et les précautions à prendre », *Jurim pratique : revue pratique de l'immobilier*, Bruxelles, De Boeck, 2014/1, pp. 101 à 132.

VAN LEYNSEELE, P., « Médiation « facilitative » ou « évaluative » : devons-nous changer de point de vue ? », *J.T.*, 2014, pp. 609 à 611.

VERBRUGGEN, C., « Le devoir de révélation de l'arbitre », *Liber amicorum Georges-Albert Dal : l'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 913 à 924.

WALSH, M. C., « The promise and perils of "med-arb" », *JAMSADR*, disponible sur http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/Articles/Walsh_M_The-Promise-and-Perils-of-Med-Arb-LAW-2014-10-03.pdf .

WEISMAN, M. C., « Med-Arb: The Best of Both Worlds », *Considering Regulation of ADR*, Dispute Resolution Magazine, Vol. 19, Number 3, Spring 2013, disponible sur

http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/defcon63&div=47&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults&terms=med|arb&type=matchall.

WINTER, J. B., « Without prejudice. What it means, and when to use it », *C.E.S.*, December/January 2013, p. 26.

WOLFSON, L., « When med-arb goes bad », *ADR Update*, Newsletter of the ADR Institute of Ontario, Inc., winter 2010-2011, disponible sur http://www.adrontario.ca/resources/ADR_Update_Newsletter_Winter2010_2011v2.pdf.

Divers

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Rules of Ethics for International Arbitrators, 1987, disponibles sur <http://www.trans-lex.org/701100/>.

CONSEIL SUPERIEUR DE LA JUSTICE, *Avis relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure*, approuvé lors de l'assemblée générale du 9 octobre 2002, disponible sur http://www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press_publications/a0014f.pdf.

Règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation, disponible sur <http://obfg.be/deo/46%20-%20manuel%20récapitulatif%20règlements%20OBFG.%20version%20avril%202011.pdf>.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION et AMERICAN BAR ASSOCIATION, Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, 1er mars 2004, disponible sur https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_003867.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, Guidelines on Conflicts of Interest, approuvées le 22 mai 2004, disponibles sur http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, DISPUTE RESOLUTION SECTION OF AMERICAN BAR ASSOCIATION, et ASSOCIATION FOR CONFLICT RESOLUTION, Model Standards of Conduct for Mediators, 2005, disponibles sur https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=%2FUCM%2FADRSTG_010409&revision=latestreleased.

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

Guide de la médiation et de l'arbitrage du Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris, *Aegi Solutions CMAP*, 2006, pp. 65 et suiv.

Règlement du 13 novembre 2006 ratifiant le code de déontologie des avocats européens adopté lors de la session plénière du C.C.B.E. le 19 mai 2006.

Décision du 18 octobre 2007 relative au Code de bonne conduite du médiateur agréé, disponible sur <http://www.fbc-cfm.be/fr/content/decisions-de-la-cfm> .

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

Règlement d'arbitrage du CEPANI, en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2013, disponible sur http://www.cepani.be/sites/default/files/files/hayez_reglement_arbitrage_cepani_fr_2013.pdf .

Règlement de médiation du CEPANI, en vigueur au 1^{er} janvier 2013, disponible sur <http://www.cepani.be/fr/mediation/reglement-mediation> .

CENTRE D'ARBITRAGE ET DE MEDIATION DE L'ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE,
Guide de l'Arbitrage de l'OMPI, disponible sur http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/arbitration/919/wipo_pub_919.pdf .

Code de bonne conduite du médiateur agréé, disponible sur <http://www.fbc-cfm.be/fr/content/code-de-bonne-conduite> .

Code de déontologie des avocats européens, disponible sur <http://www.ccbe.eu/index.php?id=32&L=1>.

Code de déontologie du médiateur agréé.

Annexes

Annexe 1. Tableau comparatif de la médiation et de l'arbitrage.

MEDIATION	ARBITRAGE
Similitudes	
Justice privée et alternative.	Justice privée et alternative.
Procédure confidentielle.	Procédure confidentielle.
Consentement des parties à la médiation, commun accord des parties sur ce mode de résolution.	Consentement des parties à l'arbitrage, commun accord des parties des parties sur ce mode de résolution.
Les parties peuvent se soustraire unilatéralement et à tout moment de la médiation, une fois celle-ci entamée, en raison de son caractère volontaire.	Les parties peuvent renoncer d'un commun accord à l'arbitrage, une fois la procédure entamée, en raison de son caractère volontaire.
Le tiers est neutre, indépendant et impartial	Le tiers est neutre, indépendant et impartial
Divergences	
Il s'agit d'un processus .	Il s'agit d'une procédure .
Procédure non contradictoire , notamment en raison des caucus se tenant entre le médiateur et les parties.	Procédure contradictoire .
Le médiateur facilite le règlement du litige sans imposer de solution aux parties. Il n'a aucun pouvoir décisionnel.	La sentence arbitrale définitive est rendue par l'arbitre ou le tribunal arbitral, qui aura tranché le litige et donc exercé son pouvoir de décision .
L'accord des parties est fondé sur les faits de la cause et leurs intérêts , et peut donc dépasser le cadre purement juridique.	L'arbitre se fondera sur le droit matériel applicable au litige, pour justifier et rendre sa sentence arbitrale. Il statue, en principe, selon les règles de droit .
La transaction ou accord des parties a autorité de chose convenue (art. 1134 CC). L'accord des parties pourra faire l'objet d'une homologation par le juge (en fonction de l'agrément ou non du médiateur).	La sentence arbitrale a autorité de chose jugée (art. 1713 CJ). La sentence est obligatoire, définitive et exécutoire, à l'instar d'un jugement rendu par un tribunal étatique, une fois reçue la formule exécutoire.
Le médiateur ne jouit d'aucun pouvoir juridictionnel.	L'arbitre jouit d'un pouvoir juridictionnel .

Annexe 2. Représentations schématiques de la med-arb

Figure 1. La med-arb : un mécanisme hybride

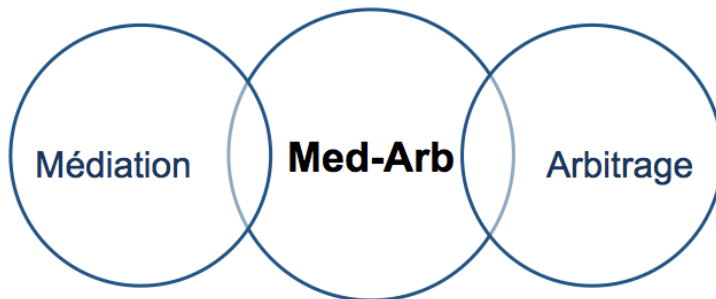


Figure 2. Le processus de la med-arb



Table des matières

Avant-propos et remerciements	1
Introduction	2
Chapitre 1. Contexte : une justice alternative dans la dynamique du conflit.....	4
Chapitre 2. Définition du concept.....	5
Section 1. La médiation en Belgique	6
Sous-section 1. Cadre réglementaire	6
Sous-section 2. Définitions au sens strict et mise en évidence des éléments essentiels	6
Sous-section 3. Les différents types de médiation	8
Section 2. L'arbitrage en Belgique	9
Sous-section 1. Cadre réglementaire	10
Sous-section 2. Définitions au sens strict et mise en évidence des éléments essentiels.	10
Sous-section 3. Les différents types d'arbitrage.....	12
Section 3. La med-arb : un mécanisme « hybride »	12
Sous-section 1. La med-arb définie en droit étranger	12
Sous-section 2. La med-arb définie en droit belge	15
Sous-section 3. Les raisons du recours à la med-arb et ses avantages	16
Sous-section 4. Le caractère hybride de la med-arb : plus-value ou source de dangers ?.....	17
Sous-section 5. Les variantes	17
Chapitre 3. La med-arb : une remise en cause des principes et automatismes de droit judiciaire ? Analyse de ses écueils théoriques et inconvénients pratiques	19
Section 1. Les écueils théoriques de la med-arb.....	19
Sous-section 1. Le principe du contradictoire.....	19
§1. Le principe.....	19
§2. Application à la med-arb.....	20
Sous-section 2. L'impartialité et l'indépendance du « med-arbitre »	21
§1. Le principe.....	21
§2. Application à la med-arb.....	24
Sous-section 3. L'obligation de confidentialité.....	25
§1. Le principe.....	25
§2. Application à la med-arb.....	25
Sous-section 5. L'ordre public	27
Section 2. La fonction hybride de med-arbitre : difficultés pratiques et incompatibilités.....	28
Chapitre 4. Solutions envisageables et propositions de rédaction	29
Section 1. Des solutions précises aux écueils théoriques concrets	30
Sous-section 1. Solution à l'éventuelle rupture du principe du contradictoire : la combinaison des articles 1699 et 1717, §3, a) du Code judiciaire	30

Sous-section 2. Solutions à l'éventuel défaut d'indépendance et d'impartialité du med-arbitre...	31
§1. La reconfirmation de la fonction du med-arbitre.....	31
§2. L'interdiction des parties de soulever des éléments alléguant le défaut d'indépendance et d'impartialité du med-arbitre postérieurs à la désignation/reconfirmation du med-arbitre	33
§3. La médiation évaluative plutôt que facilitative	34
a) Quelques explications	34
b) Application à la med-arb.....	35
Sous-section 3. Solutions à l'éventuelle violation de l'obligation de confidentialité.....	37
§1. Le consentement des parties : un engagement à donner le meilleur d'elles-mêmes dans la résolution de leur propre cause.....	37
§2. Un engagement de la part du med-arbitre	38
§3. L' <i>Hosbon's choice</i> : une médiation avec ou sans caucus ?	39
§4. Le <i>Commercial Arbitration Act 2010 (NSW)</i> en droit australien : source d'inspiration ou d'objections ?	41
Section 2. Des solutions « générales » aux problématiques engendrées par la med-arb.....	43
Sous-section 1. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme : des principes absolus ?	43
§1. Le principe du contradictoire	44
§2. L'indépendance et l'impartialité	46
§3. La confidentialité	46
Sous-section 2. L'amicable composition comme solution aux principaux reproches adressés à la med-arb ?	47
§ 1. Qu'est-ce que l'amicable composition ?.....	47
§ 2. Application de l'amicable composition à la med-arb	48
Sous-section 3. « Without prejudice offers » : quelques aspects de droit comparé	50
§1. Définition du concept.....	50
§2. Application à la med-arb.....	51
Sous-section 4. La med-arb dans sa relation avec la justice étatique.....	54
§1. Une assimilation du rôle de med-arbitre à celui de juge traditionnel ?.....	54
a) Le juge et les moyens probatoires devenus irrecevables	54
b) Le juge conciliateur	55
i. Médiation <i>versus</i> Conciliation	55
ii. Médiation judiciaire <i>versus</i> Conciliation judiciaire	56
iii. Processus	57
iv. Conciliation et confidentialité	57
v. La fonction hybride de juge-conciliateur : cause de partialité ?	58
vi. Conclusion	58
§2. L'intervention du juge étatique en tant qu'appui ou contrôle de la sentence : un moyen de rassurer les parties ?	59
Sous-section 5. L'éthique comme fondement de la med-arb ?	60

Section 3. Réflexions rédactionnelles et pratiques	63
Sous-section 1. Quid de l'opportunité d'une « clause en cascade » ?	63
Sous-section 2. Quid de la rédaction d'un règlement de med-arb ?	65
Conclusion.....	66
Bibliographie	70
Législation	70
Jurisprudence	71
Doctrine	72
Divers	79
Annexes	81
Annexe 1. Tableau comparatif de la médiation et de l'arbitrage.....	81
Annexe 2. Représentations schématiques de la med-arb	82
Figure 1. La med-arb : un mécanisme hybride	82
Figure 2. Le processus de la med-arb	82
Table des matières	83

