

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

RAPPORT DU PRESIDENT LA COMMISSION "Accès à la Justice" Sur la médiation en tant que moyen d'accès au droit (réponse à la demande formulée par Michel BENICHOU, Président de la Fédération des Barreaux d'Europe, le 15 Juillet 2009)

Avant de diffuser le questionnaire auprès des barreaux sur la médiation en tant que moyen d'accès au droit, je me suis demandée si le sujet relevait bien de la compétence de la commission "accès à la justice" dans la mesure où l'accès au droit est plus étendu que le droit d'accès à la justice, à un juge impartial et indépendant tel que prévu par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

La médiation est en effet un mode alternatif de résolution des conflits qui peut intervenir sans intervention du juge (on parle alors de résolution extra judiciaire) ou sur demande, en cours de procédure judiciaire, soit des parties, soit du juge, afin de permettre aux parties en cause de résoudre leurs conflits avec l'aide d'une tierce personne, le médiateur, qui n'est pas nécessairement un avocat ni même un juriste et qui n'a d'autre rôle que d'accompagner les personnes concernées dans leur recherche d'une solution amiable à leur litige.

Des lors que rien n'interdit aux parties qui ont opté pour la médiation comme moyen de résolution de leurs conflits de se raviser en cours de médiation et d'entamer ou de poursuivre une procédure judiciaire, il m'est apparu que l'accès à la justice ne constitue qu'une modalité du droit des parties à une résolution de leurs litiges. Il relève du reste du devoir de l'avocat de rechercher, si la loi et la situation le permettent, une solution amiable plutôt que de solliciter le juge.

Ce dernier ne devrait en effet, sauf si sa disposition législative est contraire, qu'être l'ultime voie de résolution d'un conflit.

Pour revenir au rapport qui m'a été demandé, il convient de rappeler que chaque barreau membre de la Fédération des Barreaux d'Europe a reçu le questionnaire suivant :

1. Existe-t-il une loi organisant la médiation dans votre pays ?
2. Etes-vous favorable à ce mode de résolution des conflits ?
3. Des avocats pratiquent-ils la médiation au sein de votre barreau ?

Avant d'aborder les réponses des barreaux pays par pays, je souhaiterais formuler trois remarques :

La première est une constatation, à savoir que la plupart des pays des barreaux membres de la Fédération n'ont pas de loi instituant la médiation en tant que mode alternatif de règlement des conflits.

Je souhaiterais ensuite m'excuser auprès des barreaux membres si le texte ci-après ne correspond pas exactement à celui qu'ils m'ont adressé.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

En effet, tous les barreaux ont répondu dans leur propre langue et j'ai dû traduire les réponses.

J'ai fait de mon mieux, ne tirez pas sur le pianiste !

En troisième lieu, je vous précise que j'ai quelques fois accompagné les réponses de remarques ou suggestions personnelles.

L'Allemagne.

Rechtsanwaltskammer Berlin, Mr Michael Plasmann, Vorstand und mediationsbeauftragter :

1. Nein/non
2. Ja/oui
3. Ja/oui

Sollten sie weitere information benötigen, stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung. (Je me suis contenté de cette réponse, faute de temps, les délais impartis pour établir mon rapport étant particulièrement courts).

Die Geschäftsführerin von Berlin Mr Angelika Rüstow répond :

1. Non
2. Oui pour les méthodes alternatives extra judiciaire, mais il y a un certain scepticisme pour la médiation judiciaire
3. Les membres du "Deutschen Anwaltvereins", l'organe qui défend les intérêts des avocats allemands (si j'ai bien compris), offre la médiation comme méthode alternative de résolution des conflits.

Rechtsanwaltskammer München, Hauptgeschäftsführer Stephan Kopp :

1. Il n'y a pas de loi concernant la médiation. Il y a toutefois des pourparlers en cours compte tenu de la récente directive européenne dont l'implémentation est prévue pour le 21 Mai 2011. Un groupe d'expert étudie les possibilités de transposition de la directive tant pour les conflits internes que trans-frontaliers.
2. La médiation a ces dernières années, gagné du terrain au sein du barreau en tant que méthode de résolution amiable des conflits familiaux et économiques. Le barreau est favorable à ce mode de résolution des conflits.
3. Il y a 168 avocats-médiateurs membres du barreau de München qui ont suivi une formation spécifique et qui pratiquent la médiation. La liste des médiateurs se trouve sur le website du barreau de München. Il y a une bonne coopération entre les avocats et les médiateurs qui se réunissent régulièrement sur ce sujet.

Rechtsanwaltskammer Köln gez. Nöker Karina Vorstand der Rechtsanwaltskammer.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

1. Pour l'instant, l'Allemagne n'a pas de loi concernant la médiation. Les avocats qui font de la médiation le font actuellement sur la base du § 7a du code de la profession et doivent prouver qu'ils maîtrisent cette technique. Il n'y a toutefois pas d'institut de formation, ni de formation spécifique et uniforme. Il est donc du devoir de chaque barreau de palier au plus vite cette insuffisance.
2. Le barreau de Köln est favorable à la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits. Le "Kölner Modell", qui prévoit que seul les avocats peuvent être désignés par le tribunal comme médiateur dans les affaires pendantes, est soutenu par le ministère de la justice du Nordrhein-Westfalen et le barreau de Köln.
3. Environ 1 % des avocats qui dépendent du barreau de Köln ont droit au titre de Médiateur.

Düsseldorf. Mr Jenckel Skrobek Spindler Vizepräsident.

1. La République Allemande ne dispose, jusqu'à présent, pas de loi relative à la médiation.
Toutefois, il y a eu par le passé dans l'Etat de Niedersachsen, une loi sur la médiation qui a été ensuite abrogée.
2. Le barreau de Düsseldorf est demandeur d'une loi sur la médiation.
Il est favorable à ce mode de résolution des conflits. Le barreau a d'ailleurs, avec d'autres barreaux, créé un groupe d'étude qui prévoit la médiation comme mode de résolution des conflits par la profession d'avocat (voir ci-dessus pour Köln).
3. Il y a des avocats membres du barreau de Düsseldorf qui pratiquent la médiation.
Une liste des avocats médiateurs est publiée sur le website du barreau.
Pour être reconnu en tant qu'avocat médiateur, l'avocat doit suivre une formation spécifique de 80 heures.

Celle. Membre de la commission Accès à la Justice, le collègue Thomas Westphal fait savoir :

1. Il n'y a pas jusqu'à présent de loi réglant les modes alternatifs de résolution des conflits.
2. Le barreau est favorable à la médiation comme méthode alternative de résolution d'un conflit. Au sein du barreau de Celle, plusieurs avocats pratiquent la médiation comme mode de résolution des conflits.

Tübingen. Mr Rudolf Stump

1. Le pays de Baden-Württemberg ne connaît pas de loi relative à la médiation.
2. Le barreau est favorable à la méthode et en encourage l'usage.
3. Il y a quelques avocats qui pratiquent la médiation.

Nürnberg. Präsident Hans Link

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

1. En Allemagne il n'y a jusqu'à présent pas de loi concernant la médiation.
2. Le barreau est favorable à cette méthode pour résoudre les conflits. Le barreau a créé une commission chargée d'étudier ce sujet.
Le barreau est d'ailleurs d'avis qu'il existe d'autres méthodes, à côté de la médiation dans son sens strict, pour régler un conflit hors du tribunal.
3. 84 membres du barreau de Nürnberg, soit environ 2 % des avocats inscrits, pratiquent la médiation.

L'Autriche.

Le Président du Tiroler Rechtsanwaltskammer Dr. Harald Burmann fait savoir que :

1. La médiation est régie par "Zivilrechts-Mediations-Gesetz, Bundesgesetzblatt / Nr 29/2003.
2. Les avocats dans l'ensemble sont favorables à la médiation comme mode de résolution des conflits.
L'avocat doit du reste toujours rechercher en premier lieu une solution amiable à un conflit et il s'agit d'un aspect fondamental de sa profession.
En outre, il existe en Autriche le "AVM" (Anwaltliche Vereinigung für Mediation), association créée par la profession d'avocat spécifiquement pour la pratique de la médiation et pour la formation de médiateurs professionnels.
3. Au sein du barreau de Innsbruck, il y a 21 avocats qui se sont spécialisés comme médiateurs.

Wien-Sachsen. Le Président du Rechtsanwaltskammer Wien Dr Michael Auer a répondu :

1. Il y a en Autriche depuis le 1^{er} Mai 2008 une loi organisant la médiation (Bundesgesetzblatt I nr 29/03).
2. Le barreau de Vienne est favorable à cette façon de résoudre les litiges. Il soutient l'initiative du AVM.
3. Au sein du barreau, il y a plusieurs avocats qui offrent/pratiquent la médiation comme méthode alternative de résolution des conflits. Les 26 et 27 Juin 2009, un symposium consacré à la médiation a été organisé à Dresden (Allemagne) par et pour les barreaux de Wien (Autriche) et Sachsen (Allemagne).

La Belgique.

Liège. Réponse du bâtonnier Mr Patrick Henry.

1. La Belgique dispose d'une loi organisant la médiation. Il s'agit de la loi du 21 Février 2005, modifiant le code judiciaire et qui ajoute une septième partie intitulée "la médiation". Cette loi définit les règles applicables aux médiations judiciaires et extra judiciaires.
2. Au sein du barreau de Liège fut créé en 1996 un centre de médiation. Les avocats de ce centre ont participé très activement aux travaux précédant la loi.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

3. Plusieurs avocats du barreau de Liège pratiquent assidûment la médiation, soit comme médiateurs (agrés comme médiateurs au sens de la loi de 2005) en matière civile et commerciale, ou en matière familiale ou sociale, ou encore dans plusieurs de ces disciplines, soit comme conseil des parties en médiation.

Le bâtonnier de Liège a, avec son épouse Véronique d'Huart, rédigé un texte dans le cadre des cours de formation des candidats médiateurs. *(Ce texte est annexé à la fin de mon rapport).*

L'OVB Orde van Vlaamse Balies

(En ce qui concerne les trois questions, il convient de se référer à ce qui est déjà rapporté pour la Belgique par le bâtonnier de Liège.)

Toutefois à la réunion de la commission aide juridictionnelle de l'OVB le 9 Septembre 2009, un débat s'est intauré concernant l'implémentation de la médiation dans le cadre de l'aide juridictionnelle, afin d'éviter les procédures judiciaires. Le ministère de la Justice belge serait favorable à cette forme de médiation extra judiciaire dans le cadre de l'aide juridictionnelle, qui pourrait être un facteur de maîtrise du budget de l'aide juridictionnelle.

La France.

Le bâtonnier de l'Ordre de Nancy, Mr Bruno Zillig.

1. Il y a une loi organisant la médiation en France. Les articles 21 à 26 de la loi du 8 Février 1995 sont consacrés à la conciliation et la médiation judiciaire ; à la suite du décret du 22 Juillet 1996 un titre XI bis est consacré à la médiation par le Code de Procédure Civile (article 131-1 à 131-15).
2. Le barreau de Nancy, globalement, s'est montré réceptif à ce nouveau mode de résolution des conflits en particulier dans les domaines tels que ceux de la famille, des conflits du travail ou de voisinage. Il est plus réservé quant à la mise en place de la médiation dans le domaine pénal.
3. Au sein du barreau de Nancy, un certain nombre des confrères ont décidé de s'investir dans cette nouvelle pratique. Une Association Lorraine Médiation a été créée en 2005 par ces avocats de Nancy et la formation se fait à la Faculté de Droit de l'Université de Nancy. Malheureusement, ces avocats médiateurs ne sont jamais désignés en qualité de médiateur dans la mesure où tout médiateur familial doit avoir un diplôme spécifique que les confrères ne possèdent pas et n'ont pas le temps d'obtenir. Par ailleurs, ils sont exclus de la pratique pour un motif économique : de très nombreuses associations subventionnées proposent leurs services en matière de médiation familiale.

(Remarque de la rapporteuse : A ce que j'ai lu et compris de la loi et du décret instaurant et réglant la conciliation et la médiation familiale comme méthode de résoudre un litige, les textes ne sont que constitués de règles de procédure civile et la médiation se situe au cours de l'instance judiciaire, une fois le procès entamé.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Il semblerait que rien ne soit prévu concernant la médiation en tant que méthode de résolution d'un conflit extra judiciaire.)

Montpellier. Madame le Bâtonnier Laetitia Janbon.

1. Loi du 8 Février 1995 et décret du 22 Juillet 1996 (*voir ci-dessus Nancy*).
2. A Montpellier, il existe un Centre de Médiation près du barreau de Montpellier qui est uniquement composé d'avocats médiateurs qui reçoivent fréquemment des formations. Leur terrain est essentiellement le domaine familial.
3. Selon le bâtonnier, ce mode de résolution des conflits est efficace dès lors que ce sont les parties elles-mêmes qui trouvent la solution à leurs problèmes. Elles l'acceptent ainsi plus aisément que lorsque la solution leur est imposée par un juge.

(Remarque de la rapporteuse : d'accord avec ce point de vue si le rôle de médiateur n'est autre qu'accompagner les parties dans leur recherche d'une solution.)

Nîmes. Monsieur le Bâtonnier de l'Ordre "Patrick Leonard".

1. Pas de réponse. Je crois que la réponse est la même pour toute la France et je me réfère aux réponses des barreaux ci-dessus.
2. Il est d'avis que les avocats devraient être favorables et s'engager dans ce mode de résolution des conflits.
3. La médiation est de la pratique des avocats du barreau de Nîmes. Le bâtonnier voudrait encore avancer également sur le terrain de la conciliation assistée.

L'Italie.

Du confrère Maurizio de Tilla, ancien Président de la Fédération des Barreaux d'Europe, j'ai reçu un article de sa main, paru dans la revue Guida al Diritto, (4 Luglio 2009) concernant le moyen alternatif de résolution des conflits entre parties, ainsi que la copie de l'article 60 de la loi concernant la médiation et la conciliation en matière civile et commerciale. Il appartient au gouvernement de créer la possibilité pour les conseils des ordres d'avocats d'instaurer auprès des tribunaux un organisme/centre de conciliation et médiation. Les conseils des ordres d'avocats sont responsables pour équiper et faire fonctionner cet organisme. Le conseil de l'ordre doit informer les avocats qu'il est de leur devoir d'informer le client, de tenter de résoudre le problème/le litige par l'intermédiaire du centre de conciliation/médiation institué auprès du barreau avant d'aller en justice.

Vincenza. Avv. Mario di Pinto au nom de la Président Avv Elisabetta Francescato du Conseil de l'Ordre des Avocats de Bassano Del Grappa.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

1. Il n'y a pas de loi spécifique pour l'instant, à côté des dispositions existantes et obligatoires dans les domaines civils, de droit du travail, du droit du consommateur, de la famille et des mineurs.
2. Les barreaux sont favorables à la médiation et conciliation comme méthodes alternatives de résolution des conflits à condition toutefois que celles-ci interviennent seulement sur demande d'une ou des parties, que ces services soient rendus "ad hoc" et par quelqu'un de professionnellement qualifié pour ce faire, et que la méthode ne soit pas onéreuse pour les parties.
3. Quoiqu'il n'y ait pas de cadre légal, il y a un certain nombre d'avocats qui ont obtenu le "brevet" pour la conciliation telle que prévue par l'article 38 du décret loi n°5/2003, abrogé entretemps.

Firenze. Il Presidente Avv Roberto Russo.

1. Il n'y a pas de loi spécifique pour la médiation/conciliation mais la conciliation fait partie de la procédure de différentes lois. Il s'agit de lois concernant des litiges commerciaux ou sociaux, la défense des consommateurs, de lois en matière fiscale.
2. Le barreau est certainement très favorable à cette méthode de résolution des conflits. C'est ainsi que le 16 Mars 2005, l'OCF fut créé (Organismo di Consiliazione di Firenze) par l'Ordre des Avocats de Firenze, l'Ordine dei "Dottori Commercialiste e degli Esperti Contabili di Firenze et d'autres associations d'avocats et commercialiste des environs de Firenze.
3. Pour le moment, une douzaine d'avocats sont inscrits près de l'OCF comme conciliateurs. Le barreau de Firenze soutient et stimule la formation de conciliateurs.

(Remarque de la rapporteuse : les réponses sur les questions posées se rapportent plutôt à la conciliation d'un conflit qu'à la médiation comme résolution d'un conflit sans l'intervention d'un juge, soit en dehors de toute forme de procédure, soit en instance devant le tribunal à la demande des parties. Conciliation et médiation comme méthodes alternatives de résolution d'un conflit ne sont, à mon avis, pas synonyme.)

Le Portugal.

Lissabon. Mr Jaime Medeiros, Presidência Coelho Ribeiro e Associados Sociedade Civil de Advogados.

1. Il y a différentes lois réglant la médiation par exemple en matière civile, familiale, sociale. Depuis peu, il existe aussi la médiation en matière pénale. Ce mode de résolution des conflits est encore dans une phase expérimentale.
2. Au sein du barreau, il n'y a pas de règles concernant la pratique de la médiation. On pourrait dire que l'ensemble des avocats n'est ni contre ni pour mais qu'en général la majorité n'a pas grande confiance dans l'efficacité des méthodes alternatives pour résoudre les problèmes/disputes et en particulier la médiation.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

3. Il y a une centaine d'avocats au sein du barreau qui se sont spécialisés dans la médiation. Ils sont aussi bien avocat que médiateur.

Porto. Le Vice-Président du barreau de Porto Mr Joao Mariz du Conseil de l'Ordre des Avocats du Portugal, district du Porto répond :

1. Il y a des lois spécifiques concernant la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits en matière civile, familiale et du travail.
Au pénal, la loi prévoit dans certains cas la possibilité d'une médiation.
2. Le barreau est favorable à ce type de résolution de conflits mais il n'est nullement d'accord avec la plupart des solutions adoptées par le législateur.
3. L'assistance d'un avocat en justice est un droit fondamental. Le barreau s'oppose par conséquent contre toute initiative qui a pour but de résoudre une dispute juridique sans, au minimum, garantir le droit à l'assistance d'un avocat. Il y a des avocats au Portugal qui pratiquent la médiation mais le barreau n'a pas d'information sur le nombre de praticiens ni sur les conditions dans lesquelles ils proposent ce type de résolution d'un conflit.

Le Royaume Uni.

Angleterre (Pays de Galles et Wales).

De l'ancien Vice-Président de la commission Accès à la Justice, Mr Jeremy Ferguson, j'ai reçu comme réponse pour le Devon&Somerset Law Society que la médiation est reconnue en Angleterre et Wales mais n'a pas fait l'objet d'une loi spécifique ; que la Devon&Somerset Law Society est favorable à ce mode de résolution des conflits et a depuis 7 ans un service spécifique dédié à la médiation qui fonctionne très bien ; qu'elle a développé son propre programme pour la formation et l'accréditation de médiateurs non seulement en Angleterre, mais également dans d'autres pays comme récemment à Hong Kong et en Pologne. Au sein de la Devon&Somerset Law Society, il y a pour l'instant 15 avocats accrédités comme médiateurs et qui font de la médiation.

(Remarque de Jeremy Ferguson : My suggestion is that the FBE should propose setting up a model for Civil Mediation for use throughout Europe (perhaps a modified version of the Exeter Scheme which involves the creation of court based but lawyer manned mediation facilities); je suis d'accord sur ce point pour les pays qui n'ont pas de loi spécifique réglant la procédure pour la médiation en justice. En dehors de la médiation en justice, il y a encore beaucoup de terrain extra judiciaire à explorer pour résoudre des problèmes/disputes par le biais de la médiation en temps que méthode alternative de résolution d'un problème et où les avocats pourraient rattraper une grande partie du terrain judiciaire perdu.)

La Suisse.

Zürich. Zürchers Anwaltsverband Dr. iur. Patrick Middendorf.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

1. Pas de loi spécifique.
2. Le barreau est en principe favorable à la médiation. Le Zürcher Anwaltverband est pour l'introduction dans la loi de la médiation comme méthode alternative de résolution des disputes. Il a, dans ce but, un groupe de spécialiste au sein du barreau. Il prend part activement aux préparations de la nouvelle loi de procédure civile qui entrera en vigueur le 1^{er} Janvier 2011 et qui prévoit une procédure de médiation.
3. Au sein du barreau, il y a la possibilité pour les avocats d'obtenir le titre de médiateur SAV. Certains avocats pratiquent la médiation.

Basel. Präses Advokatenkammer Basel Mr Balthasar Mettenich.

1. Pour l'instant, il n'y a pas de loi concernant la médiation. La nouvelle loi sur la procédure civile prévoit la possibilité de la médiation pour résoudre un problème.
2. Selon Mr Balthasar Mettenich, il n'y a aucune raison pour s'opposer à la médiation comme moyen de résoudre des disputes. Les discussions concernant l'impartialité et l'indépendance du médiateur n'a rien à voir avec la médiation en soit mais sont des conflits possibles dans la marge de l'affaire si la médiation n'apporte pas de solution.
3. Il y a des avocats qui ont la reconnaissance de médiateur SAV (Schweizerischen Anwaltsverbandes).

Bern. Secrétariat du SAV/FSA

1. Non, mais à partir du 1^{er} Janvier 2011, la médiation fera partie du Code de Procédure Civile (ZPO).
2. Le SAV est favorable aux méthodes alternatives de résolution de conflit et a dans son sein un département de formation d'avocats médiateurs.
3. Des 8.500 membres du SAV, 331 ont le certificat de médiateur. La médiation se pratique, mais modestement.

La Tchéquie.

La réponse du département internationale de l'association du barreau tchèque (Lenka Voborilova).

1. Il existe seulement une loi concernant la médiation pénale mais le Ministère de la Justice travaille à une loi organisant la médiation en matière civile.
2. Les barreaux sont favorables à la résolution des conflits par l'intermédiaire de la médiation.
3. Les avocats pratiquent déjà la méthode et les juges stimulent le recours à la médiation en d'autres matières que le pénal. C'est une initiative privée qui s'utilise dans les conflits familiaux et commerciaux.

La Turquie.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Istanbul. Bar Association, Président Av. Muammer Aydin :

1. Il n'y a pas de loi en Turquie régulant la médiation. Il existe un avant-projet.
2. Le barreau n'est pas demandeur pour ce mode de résolution d'un conflit.
3. Les avocats près du barreau d'Istanbul ne pratiquent pas la médiation.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Annexes :

(remarque :J'ai fais de mon mieux pour aboutir à copier les annexes des différentes réponses reçues, mais comme les doc. en PDF ne se laissent pas facilement copier dans un texte en Word ça n'a pas toujours réussie, je m'en excuse.)

(Angleterre) **ADR and MEDIATION in England and Wales**

1. TYPES OF ADR

ADR (Alternative Dispute Resolution) takes a number of forms in the United Kingdom. These are principally;

- (a) Arbitration
- (b) Conciliation
- (c) Early Neutral Evaluation
- (d) Mediation

All the above enable parties to resolve disputes without having to go to trial but there are substantial differences in the practise.

Arbitration

Arbitration is common in construction and building cases and it involves the parties agreeing to put their dispute before a single arbitrator, sometimes assisted by a lawyer or an expert of some sort and to be bound by the result. That procedure results in the creation of a quasi legal structure with parties being required to produce position papers, arguments etc. It is usually faster than going through the Courts and the proceedings are confidential but it can nevertheless be an expensive and complicated process with many pitfalls for the unwary and is best suited to very complicated and costly disputes.

Conciliation

Conciliation is a process whereby the parties nominate a conciliator, usually somebody from a professional body such as an architect or an accountant, who tries to resolve issues between the parties. If agreement is reached it forms an enforceable contract.

Early Neutral Evaluation

Early Neutral Evaluation is a recent development and is something between Arbitration and Conciliation. In this procedure the parties agree to submit a jointly prepared case to a single expert (normally a recently retired judge) for his opinion as to the likely outcome if the matter were to proceed to Court. The nominated expert reads the papers and gives an opinion which doesn't bind the parties but can be very persuasive.

Mediation

Mediation comes in three forms. There is in Court mediation carried out by Judges which has almost exact counterparts in, for instance, the German Judicial system, mediation by non

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Judges which is the route taken in a number of Courts where the mediators are not necessarily legally qualified but nonetheless help the parties achieve a resolution and recently mediation carried out by a specially trained court official who will speak to each party and try to secure a compromise agreement (this is a recent innovation started in Manchester with outstanding results but which relies very much on the personality of the mediator) and may not be effective in every case.

Litigation in England and Wales is extremely expensive and can be very lengthy, it is not at all unusual for a non matrimonial civil case to take three or four years to get to trial and unfortunately very often, in cases up to £15,000 the legal costs exceed the amount of the claim by a substantial margin. Settling cases by ADR is therefore an attractive proposition particularly to commercial organisations who want to be able to settle a dispute and then move on.

Perhaps the greatest advantage that mediation has over the court process is that solutions can be agreed between the parties which a court has no power to order but which will satisfy the parties, examples include an apology, and undertaking to remedy a situation or process, a credit note, the carrying out of work other than repairs to work or goods under the contract, vouchers, transfer of goods or property not the subject of the action etc. The list of solutions is endless and may well be influenced by local usages or traditions.

Judicial Mediation

Mediation by Judges involves what is called an FDR Appointment whereby both parties appear in private before a Judge, the issues are outlined and the Judge then gives a recommendation as to how the case could be settled, very often relying upon his or her legal knowledge and the practice in the Court and explaining to the parties that a certain outcome is likely but at considerable cost in relation to the legal charges involved and then persuading the parties to come to a solution which follows the Judge's recommendation but will probably give some allowance for an early settlement. There is of course a strong measure of compulsion because the mediation is being undertaken by a Judge and particularly in family and land dispute matters, very strong pressure can be applied to both parties. Most matrimonial disputes over money or property are resolved at FDR Appointments. It is estimated that only about 25% of the cases which go to an FDR Appointment will ultimately finish in trial.

Non Judicial Mediation

Mediation in the form practised in the United Kingdom, with the exception of the Exeter model, came originally from America and is based on the need of big American corporations to resolve their legal differences quickly and comparatively cheaply. Different mediator trainers provide different guidance as to how mediations should be conducted but the training given by some of the American and now most of the English trainer providers, is based upon the premise that most mediations are going to last between one and five days. The mediator is trained for what could be called the clever commercial dispute which would quite often involve a number of parties and the procedures have built up something approaching a litigation type of structure with position papers, interrogatories, schedules etc. which, whilst

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

appropriate for a complicated commercial dispute, are inappropriate for dealing with minor disputes or disputes where the facts are not particularly complicated.

The slow and expensive English civil Courts procedures were overhauled in the late 1990s and the desirability of mediation in non matrimonial cases was enshrined in the rules which now govern the operation of the Courts. Parties are required to consider the possibility of mediation and Judges can make recommendations which the parties very often follow. There is however a very strong resistance to mediation in most quarters. People want their day in Court. Mediators fees are frequently £1,000 a day and when a matter is being mediated with legal teams on both sides their fees will probably be similar to those of the mediators and it can be seen that this is an expensive, cumbersome and sometimes quite lengthy procedure but nowhere near as lengthy, cumbersome or expensive as going through the Court.

Mediation per se involves the mediator being completely neutral and not giving advice or commenting on either parties' case or seeking to impose an outcome. The process is a voluntary one, the parties can withdraw at any time, the procedures are absolutely confidential (they are also confidential in the FDR Appointment) and neither party can rely upon anything that was said in the mediation room if the matter does not settle and goes on to trial.

About five years ago the London County Court started a Mediation Scheme for non small claims cases, that is cases where the value of the subject in dispute was over £5,000. This started off reasonably well but now achieves settlement rates of around 30% to 35%. It is run by one of the main mediation providers whose model and general practice is for the lengthy mediations running over several days (whereas the London County Court scheme is based on a three hour module) the parties are simply given three hours at the Court in Court provided accommodation to see if they can resolve their disputes.

The Exeter model is based on time limited mediation only. That means that the Devon & Somerset Law society (formerly the Devon & Exeter Law Society) trained mediators are specifically trained to get all the information that either party needs from the other and to explore all the problems within a time span of three hours. When this was originally started members of the mediator provider associations attended the first meeting with the presiding Judge and said specifically that the Exeter scheme would not work. They have been proved wrong. Exeter was running two schemes, the first for the non small claims scheme and is based on a three hour module. Now that the scheme has settled down the more successful mediator providers who are trained to work within the three hour time limit are achieving settlement rates of between 75% and 80% of cases referred to the mediators by the Court or directed to them by local solicitors. Some of the more conventional mediator providers are having results of less than 40%.

Devon & Exeter Law Society, at the request of the local Judges of the Exeter group of Courts, also ran a time limited mediation scheme for small claims cases. This is on a three quarter of an hour module, the parties are "invited" by the Court to attend a mediation appointment the mediator sees the files just before the mediations start and tries to resolve the issues between the parties during the mediation. Surprisingly the settlement results were in the order of 60%. Devon & Exeter Law Society Mediators who partook in the Small Claims Scheme were, after a comparatively short period of training, then able to take part in the Main Court Scheme. This model has in fact recently been exported to Poland and there is interest in it from East African and Zimbabwe Courts, and interest has been shown from ex USSR States, it seems therefore that it has some merits which would assist lawyers and parties in other jurisdictions.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

The Manchester model requires the mediator to telephone each party probably on a number of occasions and try to find a solution.

Sometimes cases settle over the phone sometimes the parties are invited to the court to complete the process.

It's strength from an administration point of view is that the mediator is under the control of the court, it's weakness is that the mediator knows that his job is dependant on settling a large number of cases and to that extent he cannot be considered independent and as already been discovered in courts other than Manchester the level of settlements depends entirely on the character of the mediator. It has been criticised by a number of academics because of these possible flaws. None-the-less the Ministry of Justice is determined to impose Manchester type schemes on a large number of courts in England some of which had good on-going schemes such as Exeter and against the wishes of the Judiciary.

The Exeter Small Claims scheme ceased to operate on the 31st March 2008 but early results do not seem to show that the in-house mediator is able to achieve the results formerly regularly achieved by the DASLS mediators. It will be interesting to see if the in-house mediator scheme for small claims succeeds in the long term.

In the meantime the continuing of time limited mediations from DASLS trained mediators is gathering pace and results speak for themselves being among the highest settlement rates in the country.

2. QUALIFICATION OF THE MEDIATOR

There is in fact no overarching authority in England and Wales although several organisations claim to be the only acceptable mediation providers. Recently a self elected organisation calling itself the Civil Mediators Association has been formed where the main mediation providers are represented on the governing panel. Devon & Exeter Law Society IS a member of that organisation. It is however perfectly legal for anyone to put up a board saying they are a mediator and inviting people to attend mediation, although hopefully that situation will change. Shortly put mediators will normally be trained by a mediation provider such as CEDR, ADR and DASLS etc. and will then look to that mediation provider for work. A great many people were trained in the 1990s but have never done any work because there are insufficient cases to occupy the number of mediators. The usual conditions are that after an initial training session which may last between one (DASLS) and four (CEDR) days, the trainee mediator is then required to sit in on mediations, then to undertake mediations possibly supported by a member of the training organisation and then be a mediator on his or her own. Normally mediators are not regarded as being fully trained until they have done about thirty five hours of mediation.

3. FEES

Normally a mediator is paid by the parties in whatever proportions the parties agree. The usual fee for a three hour time limited mediation is between £450 and £650, a days mediation about £1,500. In the case of the DASLS Small Claims Scheme however the mediators are paid by the State, that is by the Department of Constitutional Affairs, on a short term basis (the DCA having operated a pilot scheme for a couple of years now). The DCA has researched the training, supervision and control systems which have been put in place by

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

DELS making observations where necessary and refining the process generally. The Judges favoured the Small Claims Scheme because it takes out of the system a lot of cases which otherwise involve a great deal of judicial time (because the parties are usually unrepresented) and the DCA calculate that it is as cost effective to employ a mediator as it is to employ a Judge at the lowest level. Unfortunately when the DCA support withdrawn and despite an offer from a number of small claims mediators to undertake free mediations at the request of the judges the Ministry of Justice (the successor to the DCA) refused to agree. Certainly until recently it was thought likely that the Exeter model would continue indefinitely and it remains possible that in time the Exeter model will be re-adopted by the Courts. Legal Aid is available to deal with matrimonial mediations and it is likely that it may be extended to cover civil cases where legal aid is provided but the legal aid system in England and Wales is in chaos and the number of cases available for civil legal aid is dropping fast.

In matrimonial cases the regulations require that anyone wishing to have a legal aid certificate should have been to mediation, or at least attended a mediation information session, thus the Government is applying pressure on couples going through divorces to attend a mediator. The last research on the situation showed that forcing people into mediation does not improve the mediation success rate.

4. THE PROCESS

The mediator has complete control over the process of mediation and he or she can, if they think it is helpful, invite the parties to provide a summary of their case, take part in the mediation and will often suggest that parties who are unrepresented should contact their lawyers to get advice during the course of the mediation. Parties are entitled to be accompanied by the advocate of their choice, the advocate however is under the control of the mediator and the mediator will usually prevent the advocate from intervening publicly and trying to express a party's point of view and will insist that the advocate limits himself or herself to assisting the mediation process and give their client's advice when required. The mediator has the power to exclude advocates from the mediation process and in those circumstances the mediator will make it plain that the parties should not reach a concluded agreement without having the opportunity of taking advice from their respective lawyers. In family mediation it is normal for the mediators to prepare a memorandum of any agreement which has been arrived at (usually without the help of mediators) and take the agreement to their respective lawyers to get advice. In the Exeter scheme the mediator with or without the parties will report to the mediation Judge at the conclusion of the mediation. If the Judge takes the view that the settlement, although agreed between the parties, is not a fair one he or she can actually refuse to make the order based on that agreement and the matter will have to continue to trial. This is unusual but it has been known to happen. If the Judge approves the terms of settlement he or she will make an order of the court in those terms.

Mediation is separate from the judicial process and it is only recently that the Court has included mediation as part of the process. Traditionally mediations always took place away from the Court but it is believed that mediations taking place at the Court building and with the encouragement of the Judges probably have a better chance of success. Mediation is of course always confidential and the consequences of mediation are that if there has been a settlement the Court will be advised as to the terms of the settlement and invited by both parties to make an order in those terms. If however the case is not settled the parties are specifically prevented from referring to anything that was said during the mediation when the

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

matter comes to trial and the Judge will reject any attempt to involve either the mediator or to refer to what was said in the mediation room. The delay caused by the parties going to mediation will not ultimately affect the length of the case because cases in England usually take a long time. The normal time allowed for mediation would be no more than two months after which the case would automatically resume. There will therefore be a small delay but in the scale of things not one which is particularly relevant. There is no overall code of conduct of mediators nor are there specific rules which govern either the conduct of the mediator or the conduct of the mediation itself, different providers have different models. One model which is not generally acceptable however is an interventionist mediator who seeks to impose his or her will on one or other party (acting as an FDR Judge does in the FDR Appointments in family matters) but it is not unknown for mediators who are very anxious to secure results to apply pressure although this is something which mediators should never do. Mediators are forbidden, certainly in the way that Devon & Exeter Law Society train their mediators, from expressing an opinion or expressing any views on the law surrounding the case although it is possible for a mediator to give general guidance to both parties as to the law and as to the requirements of the Court. The Law Society of England and Wales have formed a Mediation Committee and are seeking to set out rules governing the conduct and accreditation of mediators and the Civil Justice Council are doing the same, neither of them, in the writer's opinion, has any precedence over the other or any right to say that their type of mediation is best. Ultimately there will have to be some control if there is to be uniformity of practice amongst mediators but it is not said that any particular form of mediation is the right form. The Manchester type of mediator not being a lawyer is unable to give unrepresented parties guidance on procedures or the requirements of the court and is therefore of less help to the court where cases fail to settle.

5. POWERS AND DUTIES OF THE PARTIES AND MEDIATORS

Either party or the mediator can bring the mediation to a halt immediately if they wish to do so, mediation is completely voluntary and if during the course of a mediation either party decides they do not want to go on with the mediation then the mediation has to stop. Likewise if something occurs to the mediator which he or she feels is so serious that the mediation cannot continue the mediator may bring the mediation to an end without giving any explanation.

A mediator cannot also act as an advocate for either party if the case goes on to trial. Also if anything occurs during the mediation of which the mediator is deemed to have notice, e.g. if the mediator finds that his firm has acted for one party or another the mediator must immediately withdraw.

It is believed that England and Wales will implement the E.C directive COM 2004/718. It is understood that further directives are expected on mediation. Unfortunately the English and Welsh authorities are usually slow to adopt directives which they think would cost the Exchequer money.

There are community mediators who try and resolve disputes between neighbours, they are trained differently to normal mediators but with the same underlying rules. Funding is presently being sought by the Devon & Exeter Law Society for an experiment in mediation between people who would otherwise be prosecuted for unruly conduct etc. but this is only a

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

proposal at the moment and although it has the support of the Police Forces for the South West it is not known whether this will in fact be tried.

CONCLUSION

It will be seen from the above that ADR is practiced in England and Wales (although it is mistrusted by the Legal Profession) and due to Government and Judicial pressure is likely to increase.

It has been shown that some models translate well to other jurisdictions but although the American model based on 8 hours works well for some complicated and multi-party disputes the shorter time-limited model adopted by Devon & Exeter Law Society is a lot more appropriate in most disputes and the Small Claims techniques are particularly useful in most 2 party cases or cases where one or both party is unrepresented.

It is understood that before choosing the Exeter model the Polish Mediators Association reviewed all the models and selected the Exeter one as appropriate for their needs. The first batch of trained mediators are now in place in the south of that country and a request for training a second tranche of mediators in the north has been received and training will take place in the autumn.

Initial training in Zimbabwe Kenya Uganda and Tanzania shows that the techniques are appropriate to their jurisdictions and pilot schemes are likely to take place there with the support of their judiciary.

There is great interest in the scheme from Azerbaijan, Georgia and other former USSR states and from Moscow (which has already investigated the more conventional schemes and found them not to meet the needs of their jurisdiction).

Devon & Somerset Law Society can provide training for would-be mediators, assist in setting up schemes and ongoing advice where necessary.

We do not claim our scheme is perfect, indeed it has been developing over the past 6 years and will continue to do so, but it does provide a good starting point, for locally based schemes to be piloted, adapted where necessary and implemented where they can be shown to be effective.

Finally in countries where mediation becomes accepted the lawyers who learn the rules and techniques are more likely to be able to represent their clients effectively and thus add to their expertise and attraction to prospective new clients as well as the existing ones.

(Italie)

Art. 60.

(Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali)

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;

c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro;

d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;

e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;

f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;

g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;

h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;

i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche;

l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali;

m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti;

n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;

o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181;

p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115;

q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;

r) prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni;

s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.



Strumenti alternativi in mano all'Avvocatura per puntare a un sistema giudiziario efficiente

DI MAURIZIO DE TILLA - *Presidente dell'Organismo unitario dell'avvocatura italiana*

L'Organismo unitario dell'avvocatura italiana ha sempre sottolineato che i sistemi di Risoluzione alternativa alle controversie (Adr) non costituiscono una soluzione alla giurisdizione ordinaria ma assumono rispetto a esse un ruolo parallelo e autonomo pur contribuendo alla deflazione dei ruoli.

Basandosi su questo rilievo l'Oua ha considerato le soluzioni extragiudiziarie alla stregua di una risposta adeguata al conflitto e quindi uno dei possibili metodi di risoluzione delle controversie, non secondario e neanche alternativo, ma può propriamente parallelo. Si profila in questo modo un "sistema plurale" di tutela dei diritti, all'interno del quale il cittadino deve poter scegliere liberamente, in base al tipo di controversia che si presenta, tra diversi metodi di risoluzione tutti parimenti efficienti e garantiti, ma diversi nel loro fondamento.

Ciò significa che la diffusione delle procedure extragiudiziali non consegue, come automatica conseguenza, alla crisi della giustizia ordinaria ma, al contrario, si fonda sull'esistenza di un sistema giudiziario ben funzionante che ponga il privato nella condizione di poter scegliere tra una struttura togata (da rendere sufficientemente rapida) da un lato e una metodologia consensuale (da rendere sufficientemente sicura) dall'altro lato, senza che si debba porre l'alternativa inaccettabile tra una giurisdizione pubblica inefficiente e garantista e un sistema di procedure non contenziose efficienti.

La diffusione degli strumenti alternativi deve, pertanto, ritenersi direttamente proporzionale al livello di efficienza del sistema giudiziario, poiché nessuna delle parti in contesa deve sentirsi maggiormente protetta, nel suo inadempimento, da una conclamata lentezza del procedimento giudiziario che venga prescelto proprio per l'indubbio vantaggio per così dire pro-

crastinatorio. La costruzione di un sistema giudiziario efficiente - pur senza l'ossessione della rapidità che potrebbe ridondare in danno delle garanzie che sono al contrario il presupposto di una vera efficienza - costituisce, quindi, una imprescindibile priorità per tentare un recupero di fiducia e anche di qualità della giurisdizione.

È evidente a questo punto l'esigenza che, al pari del giudizio affidato al giudice togato o laico, la conciliazione deve essere affidata a un conciliatore che risponda a caratteristiche fondamentali di professionalità e qualificazione, mentre la procedura deve essere amministrata da organi autorevoli e credibili, sia privati che pubblici (possibilmente i Consigli dell'Ordine forense), che forniscano sufficienti garanzie di efficienza, trasparenza, competenza e indipendenza.

Gli organismi privati potranno prevedere la partecipazione di professionisti iscritti in albi, ma dovrà essere esclusa la mera partecipazione di capitale.

Alla stregua del fatto che l'attività conciliativa è attività propria del professionista legale, l'Avvocatura giustamente rivendica, anche in funzione di un interesse della collettività, un ruolo essenziale nell'organizzazione di un sistema diversificato di risoluzione dei conflitti, affidando agli avvocati (opportunitamente formati) funzioni conciliative anche in materie attualmente precluse, nonché speciali funzioni di certificazione e autenticazione per atti riguardanti le procedure conciliative.

All'Avvocatura deve, inoltre, essere riconosciuto un ruolo preminente nella gestione di quelle istituzioni che saranno previste dalla legge, valorizzando la funzione pubblicistica degli ordini forensi ai fini della creazione di Camere di conciliazione presso tutti i Consigli degli ordini, da affiancarsi alle Camere di conciliazione presso le Cciao e agli organismi privati

Il tema della settimana

Contribuire a ridurre il contenzioso civile garantendo il massimo in termini di professionalità. La ricetta dell'Oua passa per la creazione di un "sistema plurale" di tutela dei diritti all'interno del quale il cittadino ha la possibilità di scegliere, senza rischi, se intraprendere una causa ordinaria od optare per la conciliazione. Un obiettivo ambizioso che può essere raggiunto, però, solo con il coinvolgimento degli avvocati. A illustrare il quadro della situazione è il presidente dell'Organismo unitario dell'avvocatura, Maurizio de Tilla.

opportunitamente regolamentati e registrati. È stato fatto riferimento anche alla opportunità di valorizzare la funzione dei Giudici di Pace (il Giudice laico secondo la proposta Oua) nella gestione delle procedure conciliative.

Nel caso della conciliazione endoprocessuale, in mancanza di diverso accordo tra le parti circa la designazione dell'ente gestore, il giudice potrà invitare le parti a esperire il tentativo presso la Camera di conciliazione "forense". A tal proposito, va segnalata la opportuna previsione della immediata esecutività del verbale di conciliazione redatto dalle camere di conciliazioni tribunalizie.

La caratterizzazione dell'istituto conciliativo come procedimento fondato sulla esclusiva volontà delle parti comporta il rischio concreto che la parte più debole al tavolo negoziale, in mancanza di opportune tutele, possa subire l'imposizione di un contratto vessatorio e/o iniquo e/o che si discosta significativamente dalle situazioni giuridiche delle parti.

In un siffatto contesto, la potenziale perdita di garanzie derivante dall'assenza in conciliazione di un organo giudicante e di meccanismi procedurali (nonché di mezzi di impugnazione) potrebbe ragionevolmente essere compensata dall'intervento della difesa tecnica che contribuirebbe a reintrodurre nella metodologia consensuale uno strumento di tutela degli interessi dei contendenti.

In questo quadro si colloca la direttiva n. 2008/52 del 21 maggio 2008 del Parlamento europeo e del Consiglio. Sulla premessa che l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziari ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie, le istituzioni europee hanno stabilito che la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti.

Gli Stati membri dovrebbero incoraggiare la formazione dei mediatori e l'introduzione di efficaci meccanismi di controllo della qualità in merito alla fornitura dei servizi di mediazione al fine di preservare la flessibilità del procedimento di mediazione, l'autono-

mia delle parti e a garantire che la mediazione sia condotta in un modo efficace, imparziale e competente. Il codice europeo di condotta dei mediatori, inoltre, dovrebbe essere disponibile su Internet per il pubblico. Il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione non può dipendere solo dalla buona volontà delle parti e, anzi, se queste lo chiedono, gli stati membri dovrebbero garantirne l'esecutività.

Sempre che il contenuto non sia in contrasto con il diritto dello stato membro, compreso il diritto internazionale privato, o se tale diritto non prevede la possibilità di rendere esecutivo il contenuto dell'accordo in questione. Partendo da questi presupposti il Parlamento ha approvato la riforma processuale civile inse-

rendo una delega al Governo per adottare uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

Questi i più rilevanti principi e criteri direttivi della delega al Governo:

a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;

b) prevedere la possibilità, per i Consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgano del

personale degli stessi consigli;

c) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;

d) favorire mediante agevolazioni anche di carattere fiscale gli istituti della mediazione e della conciliazione;

e) il procedimento di conciliazione non potrà in ogni caso avere una durata eccedente i tre mesi;

f) nel caso che un giudizio sia stato instaurato nonostante il tentativo di conciliazione e la statuizione corrisponde al contenuto della proposta conciliativa, va esclusa la ripetizione delle spese sostenute dalla parte virtuosa che abbia rifiutato l'accordo;

g) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

I legali rivendicano un ruolo essenziale nell'organizzazione di un metodo diversificato di risoluzione dei conflitti affidando le funzioni conciliative a professionisti opportunamente formati e ai Consigli dell'Ordine la garanzia di trasparenza dell'intera procedura

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

(texte reçu de la Belgique(Liège et un résumé par L'OVB)

INTRODUCTION AUX MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS

En est-il parmi vous qui aiment Pink Floyd ?

En est-il parmi vous qui aiment Michelangelo Antonioni ?

Si oui, il en est sans doute parmi vous qui se souviennent du film *Zabriskie Point*, que le second tourna en 1970 sur une musique des premiers.

Peut-être se souviennent-ils de cette scène fabuleuse où, sur une musique complètement psychédélique, Mark Frechette et Daria Halprin, les héros du film, se roulent dans les sables de la Vallée de la Mort dans un délire lysergique. *Careful with that axe, Eugene !*

Le site dans lequel cette scène a été tournée s'appelle *la palette du peintre*. Il s'agit d'une dune dont les sables présentent toutes les tonalités de l'ocre, du vert pâle au brun foncé, en passant bien sûr par le jaune et le rouge.

Ce site évoque toujours, pour moi, le premier comportement qu'un avocat doit avoir lorsqu'il reçoit un client.

Face au problème posé, il n'y a jamais une bonne solution. Il en est toujours plusieurs et l'une des premières missions de l'avocat est, précisément, de choisir, avec son client, la voie qui paraît la plus appropriée à la solution du problème qu'il vient de poser. C'est d'ailleurs en raison de cette réflexion que je préfère l'appellation *mode approprié de résolution des conflits* à celle, plus couramment usitée, de *mode alternatif de règlement des conflits*.

La recommandation de l'O.B.F.G. du 9 mai 2005 en matière de médiation ne précise-t-elle d'ailleurs pas que :

« Considérant que les trois missions traditionnelles de l'avocat sont le conseil, la conciliation et la défense en justice ;

Considérant que la médiation, entendue comme un processus permettant aux parties de régler elles-mêmes un différend qui les oppose, à l'intervention d'un tiers, doit être encouragée par le barreau ; que la médiation peut en effet contribuer à favoriser l'accès à la justice, et qu'elle assure en outre la paix sociale, dans la mesure où elle permet la reprise du dialogue entre les parties et d'aboutir, en tenant compte de leurs droits respectifs, à un accord émanant des parties elles-mêmes, au lieu d'une décision qui leur est imposée ;

Considérant que l'avocat est en mesure, par sa formation, sa déontologie et son expérience de la maîtrise des conflits, d'amener les parties à un règlement équilibré et équitable de leurs différends ;

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Considérant qu'à de nombreuses reprises, essentiellement pour les raisons mentionnées ci-dessus, l'Union européenne a encouragé le recours à la médiation et l'intégration de celle-ci dans les arsenaux législatifs des différents Etats membres ;

Considérant que la loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation (publiée au Moniteur belge du 22 mars 2005) ajoute à ce code une septième partie, intitulée « La médiation » qui définit les règles applicables aux médiations judiciaires et extrajudiciaires ; que cette nouvelle loi fournit aux avocats une possibilité complémentaire d'intervenir soit en qualité de conseil de clients qui participent à une médiation soit de médiateur ou de co-médiateur ;

L'assemblée générale de l'Ordre des barreaux francophones et germanophone adopte la recommandation suivante :

Il est recommandé aux avocats d'examiner avec leurs clients, préalablement à toute introduction d'une action en justice ou au cours de celle-ci, la possibilité de résoudre leurs différends par le recours à la médiation, et de leur fournir, à cette occasion, toutes les informations qui leur permettront de bien apprécier l'intérêt de ce processus » (souligné par nous).

Pour bien toucher du doigt cette réalité, nous vous proposons un petit exercice. Il s'agit d'un petit jeu, tels ceux que l'on retrouve souvent dans nos quotidiens en juillet et en août, sous la rubrique « jeux d'été ». Relier six questions à six réponses.

Je vais vous décrire six casus, tirés d'affaires réelles. Et je vous proposerai de choisir, pour chacun d'eux, le mode de résolution des conflits qui vous paraît le plus approprié : procédure judiciaire classique, arbitrage, tierce décision obligatoire, médiation, négociation/transaction (ou sa nouvelle variante : le droit collaboratif), *mini trial*.

Certaines de ces procédures vous sont évidemment bien connues, d'autres moins. Mais n'entrons pas à ce stade dans les définitions. Nous aurons le temps de les approfondir ensuite.

- **Voici donc mon premier cas :**

Monsieur O. O. est joueur de football professionnel. Lors d'une rencontre, à la suite d'une glissade, il retombe malencontreusement sur un adversaire. L'arbitre y voit un geste volontaire et l'exclut immédiatement. Les images montreront, par la suite, que le geste était réellement involontaire et que c'est à son corps défendant qu'en essayant d'éviter son adversaire O. O. est retombé sur lui. Malgré ces circonstances, il écope de deux matches de suspension ferme. Il décide de se pourvoir en appel contre cette sanction, qu'il estime injustifiée. Mais le dimanche suivant, peut-être énervé par cet incident, O. O. se rend coupable, sur un autre adversaire, d'une agression véritablement scandaleuse. Il est à nouveau exclu, il comparaît à nouveau devant le Comité de discipline de l'Union belge et écope à nouveau d'une peine de suspension pour deux matches, qui paraît, cette fois, bien empreinte de mansuétude. Sur ces entrefaites, la première décision est confirmée en appel et, les deux comités ne s'étant pas concertés, il apparaît que la première suspension vaut pour les

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

matches 13 et 14 et la seconde pour les matches 14 et 15. O. O. est donc suspendu deux fois pour le même match. Comment interpréter et combiner ces deux décisions ? Faut-il considérer qu'il n'est, au final, suspendu que pour trois matches ? Faut-il, au contraire, considérer que la seconde suspension se reporte automatiquement, et qu'il est ainsi suspendu également pour le match 16, qui est, précisément, Standard - Anderlecht ?

Il est évidemment plus qu'urgent de faire trancher le litige, puisqu'il ne reste que quelques semaines avant ce match important. Le joueur, son club et l'Union belge campent sur leur position respective. Monsieur O. O. vient vous consulter. Quelle solution allez-vous lui proposer ?

- Le deuxième cas est plus classique :

Monsieur et Madame *Dépités* ont fait construire une habitation unifamiliale. Ils se sont adressés à un entrepreneur bien connu dont les initiales sont *T.P.* (comme *Tout pour plaire*).

En vue de la réception provisoire, un conflit survient. D'une part, l'entreprise *T.P.* estime que des suppléments lui sont dus. D'autre part, Monsieur et Madame *Dépités* font valoir un certain nombre de manquements et malfaçons. Les questions paraissent essentiellement techniques, si bien que le recours à un expert paraît relativement indispensable.

- Le troisième cas concerne une association d'avocats, que nous appellerons *Satiris* :

Elle est composée de plusieurs entités. Différentes initiatives ont été prises pour assurer la promotion de l'ensemble. Lorsque vient le moment de se répartir les frais, un conflit éclate entre les différents avocats qui s'en étaient occupés. D'une part, la clé de répartition des frais est contestée. D'autre part, certains reprochent à d'autres d'en avoir fait plus que ce qui était nécessaire et d'avoir, ainsi, exposé des frais inutiles. Les avocats responsables de ces questions ne parviennent pas à résoudre leur opposition. Les Conseils d'administration des trois entités non plus.

- Le quatrième cas est encore emprunté au domaine de la construction :

Il s'agit, à nouveau, de deux jeunes époux, Monsieur et Madame *Bienâifs*, qui ont fait appel à un promoteur, la société *Coordino* pour la construction de leur immeuble. Mais, dans ce cas-ci, sur le plan contractuel, les choses ont été présentées différemment. Le promoteur n'a pas accepté d'endosser cette qualification. Il s'est présenté comme un simple coordinateur des travaux, une sorte de courtier, qui, contre une rémunération fixe, mettait en relation ses clients avec un architecte, d'une part, différents entrepreneurs, d'autre part. Des contrats distincts ont donc été passés entre les maîtres de l'ouvrage et les architecte et entrepreneurs. Le conflit qui survient est du même ordre que celui qui opposait Monsieur et Madame *Dépités* à

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

l'entreprise *T.P.* Quelques contestations quant à la prise en charge de suppléments et des réclamations pour manquants et malfaçons.

S'y ajoutent aussi quelques contestations relatives au non respect des délais et, donc, à une indemnisation pour le retard avec lequel les lieux ont été mis à disposition des maîtres de l'ouvrage. Enfin, la qualification du contrat qui lie les époux *Bienaiïfs* à l'entreprise *Coordino* paraît plus que discutable...

- Quant au cinquième cas :

Il se meut aussi dans le domaine de la construction. Une association momentanée s'est créée entre deux entreprises, *Aux bons amis* de Flémalle, d'une part, *VCVG* de Charleroi, d'autre part, en vue d'obtenir un marché public. Les deux entreprises n'ont pas vraiment les mêmes spécialisations. Au contraire, celles-ci sont complémentaires, et c'est cette complémentarité qui leur a permis d'obtenir le marché. Tout naturellement, elles se le répartissent donc, chacun prenant en charge les prestations qui font partie de sa sphère de spécialisation. Mais il apparaît rapidement que le découpage qui est intervenu est beaucoup plus favorable à *Aux bons amis* qu'à *VCVG*. La première accumule les bénéfices, tandis que la seconde est plutôt en pertes.

La seconde demande un rééquilibrage du marché, mais la première fait la sourde oreille. La seconde commence dès lors à traîner des pieds, à accumuler du retard dans la transmission des informations qu'elle doit communiquer à la première, et à mettre en péril, non seulement la bonne exécution par la première de la partie de marché qui lui revient, mais même la bonne exécution du marché tout court. La première s'en inquiète et, après différentes mises en demeure, elle vient vous consulter afin de déterminer quelle est la meilleure voie à adopter.

- Le sixième et dernier cas se situe dans le domaine de l'environnement

Monsieur *Bruillant* exploite, depuis une vingtaine d'années, dans un petit hameau de la région de Verviers, une salle pour banquets. Il l'a aménagée sur la base d'un permis d'urbanisme qui ne faisait mention que de son intention d'apporter des transformations à une vieille ferme, sans en donner précisément la nouvelle affectation. Son exploitation s'est bien développée. Presque tous les week-ends, il loue sa salle pour des banquets, des mariages, des communions, des soirées,...

Ses voisins ne le supportent plus. Ils dénoncent diverses nuisances.

Monsieur et Madame *Plasside* se plaignent surtout du bruit. Leur immeuble est mitoyen à celui de Monsieur *Bruillant*. Le bruit de la sono les incommode énormément, spécialement quand, le soir des portes ou fenêtres sont ouvertes. Ils dénoncent aussi les activités qui ont lieu en plein air, particulièrement quand certaines activités s'effectuent sous chapiteau (ou tonnelles) ou quand un château gonflable est monté.

Monsieur et Madame *Embouteyé* dénoncent aussi les inconvénients liés au charroi automobile. Le parking de la salle se trouve au bout d'une venelle qui ne supporte

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

pas de croisement. Des voitures tentent d'y accéder, constatent qu'il est complet, repartent en marche arrière, tempêtent, etc.

Comme il y a souvent plus de cent cinquante personnes qui participent à des activités (ce qui impliquerait la délivrance d'un permis d'environnement, qui n'a pas été sollicité), les autres habitants du hameau se plaignent aussi du stationnement sauvage, des comportements grivois de certains des visiteurs et des déchets qu'ils abandonnent un peu partout.

Vous êtes consultés par le comité des habitants du Hameau. Que leur conseiller ?

Pour suivre :

- interpellation des étudiants à propos de chacun des six cas, successivement, en leur proposant d'indiquer à quelle solution ils recourraient et pourquoi ?
- discussion avec eux de ce qu'ils ont choisi et proposition, *in fine*, de retenir les méthodes suivantes :
 - pour l'affaire O.O., l'arbitrage : explication de la solution qui est intervenue ;
 - pour l'affaire *Dépités* contre *T.P.* : la tierce décision obligatoire : explication de la méthode qui a été retenue et du résultat auquel on a abouti ;
 - pour l'affaire *Satiris* : le *mini trial* : explication du processus mis en place et le résultat auquel on a abouti ;
 - pour l'affaire *Bienâifs* - *Coordino* : la procédure judiciaire classique : explication de la raison pour laquelle on a retenu cette solution ;
 - pour l'affaire *Aux bons amis* - *VCVG* : la médiation : explication du choix et du résultat auquel on a abouti.
 - Pour l'affaire de la salle de banquet : la négociation / transaction (ou le droit collaboratif) : explication du choix et du résultat auquel on a abouti.

1. La procédure judiciaire classique et la conciliation

1.1. Le pouvoir de rendre la justice est une attribution exclusive de l'État, ce qui entraîne deux conséquences fondamentales :

- monopole de l'État : aucune autre autorité que les cours et tribunaux légalement institués ne peut rendre la justice au moyen de décisions ayant autorité de chose jugée et force exécutoire (exception : l'arbitrage, mais exception partielle, car conditions d'arbitrabilité et absence de force exécutoire) ;

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

- l'État doit obligatoirement rendre la justice lorsqu'elle lui est demandée (dénier de justice)¹.

Les caractères fondamentaux du service public de la justice sont l'égalité, la gratuité, la permanence, le formalisme et l'efficacité et l'indépendance et l'impartialité. Ces traits essentiels doivent bien sûr être appréciés en tenant compte de « l'encadrement européen du service public de la justice » dans la mesure où les traités des Communautés européennes et surtout la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales formulent des normes qui ont prévalence sur le droit interne².

Le droit commun de la procédure belge est contenu dans le Code judiciaire en vertu de son article 2.

Le juge tranche en appliquant le droit, ce qui aboutit presque inévitablement au schéma « gagnant-perdant ».

1.2. La **conciliation** est un mode pacifique de règlement des différends grâce auquel les parties s'entendent soit directement, soit par l'entremise d'un tiers, pour mettre un terme à leur litige. Dans notre Code judiciaire, la conciliation n'est envisagée que moyennant l'intervention d'un tiers : le *juge* (art. 731 du Code judiciaire) ou l'*expert* (art. 977 du Code judiciaire).

- La conciliation judiciaire

Il n'entre pas uniquement dans la mission du juge de juger, mais aussi de concilier les parties.

La conciliation judiciaire, c'est-à-dire initiée par le juge, peut être exercée **préalablement** à la demande introductive d'instance (article 731 C. jud.)

Cette procédure présente des avantages de simplicité, économie et efficacité :

- simplicité et souplesse : aucun formalisme ; une simple lettre au greffe, même une demande verbale suffisent (article 732 C. J.). Les parties comparaissent donc devant le juge, exposent leurs prétentions et griefs et, sans autres formes, reçoivent les avis du magistrat ;
- économie : non seulement la demande de conciliation est introduite par une requête informelle ou même verbalement, sans droit de rôle, mais en outre le procès verbal n'ouvre pas le droit à la perception d'un droit d'enregistrement puisqu'il ne contient pas de condamnation ;
- effets du procès verbal d'accord, qui n'est pas un acte juridictionnel comme le jugement d'accord (art. 1043 Code jud.), mais qui est assimilé à un accord authentique revêtu de la formule exécutoire : autorité de chose jugée (= effet obligatoire de l'accord entre parties), authenticité (= vérité), force exécutoire (= possibilité d'exécution).

L'accord éventuellement dégagé est acté dans un procès-verbal établi par le juge et revêtu de la formule exécutoire (article 733 du Code judiciaire).

¹ G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires*, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1993, p. 23.

² *Ibid.*

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Le juge homologuant n'est pas un simple préposé au tampon. Après avoir exercé un contrôle de légalité (est-il régulièrement saisi d'un litige réel, l'accord a-t-il été valablement conclu et n'est-il pas contraire à l'ordre public ?), il constate les termes de l'accord dans un procès verbal et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire. Le recours consiste en une procédure au fond : un recours en annulation, n'importe quel moyen pouvant être invoqué.

En principe, la conciliation préalable est facultative et parfois, elle est expressément organisée par la loi (exemples : bail commercial, art. 30 de la loi du 30 avril 1951). Dans certains cas, elle est imposée expressément par la loi (exemples : divorce pour désunion irrémédiable, art. 1255, § 6 du Code judiciaire ; bail à ferme, art. 1345 du Code judiciaire ; contrat de travail, art. 734 et 578 du Code judiciaire ; les conflits entre époux (hors divorce : demandes relatives à leurs droits et devoirs respectifs et à leur régime matrimonial), art. 1253^{quater} du Code judiciaire ; le crédit hypothécaire, art. 59 de la loi du 4 août 1992). Le non respect de la conciliation préalable obligatoire est sanctionné à peine de nullité. Il s'agit d'une nullité relative.

En principe, l'appel en conciliation n'interrompt pas la prescription (avec nuances toutefois en cas de conciliation obligatoire – art. 1345, al. 2 C. jud. ; art. 30 *in fine* de la loi sur les baux commerciaux où la requête en conciliation produit les effets d'une citation à condition que celle-ci soit donnée dans un certain délai à dater du procès-verbal de non conciliation).

En réalité, la conciliation préalable est relativement peu utilisée et lorsqu'elle est obligatoire, elle apparaît souvent comme une simple formalité (voyez la matière de contrat de travail, par exemple). Pourquoi ? Diverses raisons sont invoquées : rigidité judiciaire (cadre judiciaire austère) ; le juge n'est ni armé, ni formé dans la matière relationnelle et même s'il l'était, il manque de temps et de disponibilité ; manque de confidentialité devant un juge appelé à trancher le litige en cas d'échec de la conciliation, ...

Sur la question de l'impartialité d'un juge conciliateur amené à statuer au fond en cas d'échec de la conciliation (voy. l'art 6 de la Convention européenne des droits de l'homme prônant le droit pour chaque citoyen à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial ; les articles 304 (interdiction d'être à la fois juge et partie), 293 (incompatibilités) et 828 (récusation) du Code judiciaire), il faut nuancer selon que le juge se contente de rechercher un terrain d'entente ou s'investit dans la recherche d'une solution. Le juge conciliateur n'est pas nécessairement disqualifié pour trancher le litige, en cas d'échec de la tentative de conciliation ; il ne le sera que dans la mesure où il aura manifesté une prise de position sur le fond. La Cour de cassation a en effet décidé que le juge amené, lors d'une conciliation, à donner une information à une partie sur la possibilité d'introduire une action ne peut être récusé dans le cadre d'une procédure contentieuse introduite ultérieurement devant lui au motif qu'il aurait donné un conseil à cette partie³.

³ Cass., 24 juin 1993, *J.J.P.*, 1993, p. 307 ; I. BRANDON, « L'office du juge dans la conciliation », *op. cit.* ; G. DE LEVAL, « Le miroir de la procédure », *Droit du contentieux*, Formation permanente CUP, vol. IV, 1995, pp. 100 - 102 ; M. VERRYCKEN, « Le juge de paix conciliateur », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, *op. cit.*, pp. 299 – 306.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

*La conciliation peut aussi être exercée par le juge **pendant** le cours du procès. Même si le Code judiciaire ne le prévoit pas expressément, la conciliation fait actuellement fondamentalement partie de l'office du juge ⁴.*

En France, l'article 21 du nouveau Code de procédure civile prévoit qu' « il entre dans la mission du juge de concilier les parties » et dispose dans le titre VI « La conciliation » (articles 127 à 131) que « les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance ».

Il entre donc dans la mission normale dévolue au juge de tenter de régler amiablement les litiges dont il est saisi, pendant tout le cours du procès. Si un accord intervient dans le cours du procès, il est reproduit par le juge en la forme d'un jugement (article 1043 C. jud.). Le jugement d'accord ne peut faire l'objet de recours sauf si l'accord n'a pas été légalement formé et sauf les voies d'interprétation et de rectification prévues aux articles 793 à 801, s'il y a lieu. Il faut rappeler que la tierce opposition est toujours possible dans le chef des tiers lésés (art. 1122 à 1131 C. jud.).

*- Enfin, l'**expert judiciaire** exerce aussi la conciliation.*

En effet, le Code judiciaire prévoit en son article 977 que « L'expert tente de concilier les parties. Si les parties se concilient, l'expert constate que son expertise est devenue sans objet. Les parties peuvent agir conformément à l'article 1043 ». Les parties peuvent donc solliciter du juge un jugement d'accord.

2. La médiation

2.1. La médiation moderne n'est pas contenue dans une définition universelle et, qui plus est, le vocable médiation recouvre des réalités fort différentes selon les disciplines dans lesquelles elle se pratique, même si le point commun de toute médiation est la recherche d'une solution négociée d'un litige⁵.

En bref, quatre grands types de médiation ont été distingués⁶ :

- la médiation politique, qui s'exerce au niveau international⁷ ou au niveau national⁸ ;*
- la médiation citoyenne⁹ ;*
- la médiation judiciaire, civile¹⁰ ou pénale¹¹ ;*

⁴ « Les textes qui font l'objet de ce chapitre n'empêchent pas le juge de faire une tentative de conciliation tant au cours des débats qu'avant la clôture de ceux-ci, lorsqu'il l'estime opportun » F. HERMANS, « Rapport fait au nom de la Commission de la Justice », *Doc. parl.*, Chambre, 1^{er} juin 1967, sess. 1966-1967, doc. 59/49, p. 122.

⁵ C. VERBRAEKEN et F. VINCKE, *op. cit.*, p. 161 ; F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *Ann. dr. Louvain*, 1996, p. 87 ; R.O. DALCQ et P. VAN LEYNSEELE, « La médiation », *J.T.*, 1999, p. 233.

⁶ P.-Y. MONETTE, « De la médiation comme mode de résolution des conflits et de ses différentes applications », *A.P.T.*, 1999, p. 30 et s.

⁷ Par exemple, les ambassadeurs.

⁸ Par exemple, en Belgique, le Roi.

⁹ Elle a émergé par la volonté des citoyens de résoudre leurs conflits autrement : médiation familiale, médiation conjugale, médiation scolaire, médiation civile et commerciale, médiation de quartier, médiation de la presse, médiation journalistique, ...

¹⁰ On relève, dans le Code judiciaire, la médiation de dettes, réglementée par les articles 1675/2 à 1675/19 du Code judiciaire, introduits par la loi du 5 juillet 1998, *M.B.*, 31 juillet 1998. A voir aussi la septième partie du Code

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

- *la médiation institutionnelle, qui est un processus alternatif de règlement des conflits entre les institutions publiques et les administrés. Elle est exercée, soit sous forme de contrôle interne ou médiation administrative¹², soit sous forme de contrôle externe. Tel est le cas du médiateur fédéral ou ombudsman, qui relève du pouvoir législatif¹³. On peut aussi citer d'autres médiateurs institutionnels, tels le médiateur de la Région wallonne¹⁴, le récent¹⁵ service du médiateur de la Communauté française¹⁶, le service de médiation flamand¹⁷, ...*

Dans la présente formation, c'est de médiation judiciaire, à l'exclusion de la médiation de dettes et de la médiation pénale, dont il sera question. On peut la définir comme un processus volontaire et confidentiel de gestion des conflits par lequel les parties recourent à un tiers indépendant et impartial, le médiateur. Le rôle du médiateur est d'aider les parties à élaborer, par elles-mêmes, en toute connaissance de cause, une entente juste et raisonnable qui respecte les besoins de chacun des intervenants¹⁸. Le médiateur est donc *dépourvu de tout pouvoir de juridiction* ; on pourrait le qualifier de trait d'union entre parties en conflit.

La médiation n'est pas la panacée universelle. Elle s'avère particulièrement efficace dans tous les différends qui s'inscrivent dans la durée, c'est-à-dire entre personnes qui sont appelées à rester en contact et, de manière générale, lorsqu'il faut régler un problème passionnel (famille, voisinage, milieu de travail, ...) ¹⁹. Habituellement, ces litiges se règlent par un affrontement direct entre des personnes aux intérêts

judiciaire (art. 1724 à 1737) introduisant la médiation comme mode de règlement des conflits (loi du 25 février 2005, *M.B.* 22 mars 2005).

¹¹ La médiation pénale a été insérée à l'article 216ter du Code de procédure pénale par la loi du 10 février 1994. La médiation pénale porte mal son nom, car, d'une part, elle apparaît, si certaines conditions sont remplies, comme un mode d'extinction conditionnelle de l'action publique et donc comme une alternative aux poursuites (en bref, il faut que le prévenu soit majeur, qu'il soit en aveu, que le ministère public considère que les faits ne sont pas de nature à être punis d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de 2 ans ou d'une peine plus lourde, qu'aucun tribunal ou juge ne soit saisi, que le prévenu soit d'accord, de même que la victime s'il s'agit d'une médiation entre parties). D'autre part, c'est le procureur du Roi, qui n'est pas un tiers indépendant, qui initie la médiation. Ce n'est que quand le parquet transmet le dossier à un assistant en médiation que le tiers devient « extérieur ».

¹² On peut également citer ici, car leurs missions et leurs prérogatives sont comparables, les médiateurs auprès des entreprises publiques (ombudsman de l'Association belge des banques, ombudsman de l'Union professionnelle des entreprises d'assurances, les médiateurs auprès de la Poste, de la S.N.C.B., de Belgacom,...) : ce sont des conciliateurs spécialisés chargés de traiter des plaintes de consommateurs. C'est la partie qui fournit les services au consommateur qui met elle-même sur pied une procédure de traitement rapide des plaintes, généralement en exécution de dispositions nationales ou communautaires.

¹³ Introduit par la loi du 22 mars 1995 instaurant les médiateurs fédéraux, il reçoit les plaintes des particuliers contre un acte de l'autorité administrative fédérale (article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État) et est un organe externe de contrôle. Les médiateurs fédéraux répercutent à la Chambre les dysfonctionnements constatés au sein des administrations, formulent des recommandations et déposent leur rapport annuel à la Commission des pétitions de la Chambre, chargée d'assurer le suivi des recommandations. Sur les médiateurs fédéraux, voy., not., P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Collection de la Faculté de droit U.Lg., Larcier, éd. 2002, n^{os} 187 à 194.

¹⁴ Décret du 22 décembre 1994, modifié par décrets des 6 février et 26 juin 1997. Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, n^{os} 195 à 202.

¹⁵ Décret du 20 juin 2002, *M.B.*, 19 juillet 2002.

¹⁶ P. LEWALLE, *op. cit.*, n^{os} 202bis à 202sexies.

¹⁷ Il y a auprès du Parlement flamand un médiateur pour la Communauté et la Région flamande (décret du 7 juillet 1998, Vlaams Parlement, 1997-1998, n°893-1, p. 2,3). Voy. P. LEWALLE, *op. cit.*, n^{os} 203 à 210.

¹⁸ Définition empruntée au règlement de l'O.B.F.G. du 20 janvier 2003 sur la déontologie de l'avocat en matière de médiation (art. 1).

¹⁹ V. D'HUART, « La médiation dans le Code judiciaire », *Chron. not.*, Larcier, vol. XLI, mars 2005, n°4, pp. 113-114. Sur les services que peut rendre la médiation dans les conflits entre actionnaires, voy. O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », *Le statut des actionnaires. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Larcier, 10/2006, vol. 89, pp. 246 et s.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

opposés. Les parties portent alors leur différend devant un tribunal ou le confient à un tiers arbitre, dont la décision est finale. Ainsi, la solution ou le règlement est imposé, aboutissant presque inévitablement au schéma « gagnant-perdant ». La médiation rend aux parties la disposition de leur litige et leur permet, par le biais des techniques de communication, de trouver elles-mêmes une solution qui s'inscrira dans un schéma « gagnant-gagnant »²⁰. En outre, alors que le juge ou l'arbitre se tournent vers le passé et recherchent fautes, obligations et droits, les solutions négociées permettent aux parties d'aller de l'avant et de prospecter l'avenir à la recherche d'une solution nouvelle. Combien de fois, pour reprendre les termes de Pierre Drai, la justice n'apporte-t-elle pas des solutions mortes à des problèmes morts ?

Enfin, les accords négociés sont de nature à susciter moins de difficultés d'exécution, car les acteurs, trouvant eux-mêmes la solution à leurs problèmes, seront normalement plus enclins à respecter l'accord qu'ils ont construit. En effet, lorsque se dégage une solution consensuelle, c'est-à-dire voulue, souhaitée par les parties elles-mêmes, ces dernières, qui ont directement contribué à son élaboration, en respecteront plus facilement les conditions d'exécution que celles qui seraient imposées par une décision de justice. Elles auront le sentiment d'avoir réellement tranché le fond du litige et non une construction virtuelle qui en est la traduction juridique plus ou moins fidèle.

Intégrant les difficultés réciproques des partenaires, les modes alternatifs, et singulièrement la médiation, permettent d'effacer des conflits avant qu'ils ne naissent. L'entente est négociée volontairement et prévient ainsi les litiges futurs en apprenant aux parties qu'elles peuvent dialoguer. La médiation est donc plus une alternative au contentieux en général qu'à la procédure judiciaire.

2.2. Le cadre légal

Depuis plusieurs années déjà, la médiation s'était trouvée au centre des préoccupations des politiques. Plusieurs propositions de lois avaient été déposées²¹, dès avant l'adoption de la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire²².

Un des objectifs du Plan Thémis pour une administration rapide de la Justice consistait précisément à octroyer une base légale à la médiation en matière civile et commerciale.

« Il est important de créer un mécanisme qui permette au citoyen de résoudre ses litiges sans une intervention judiciaire, ou alors réduite au minimum indispensable. La ministre pense bien évidemment aux litiges de faible importance, mais aussi à ceux

²⁰ Voy. notamment, Ch. JAROSSON, in « Le régime juridique de la conciliation », *Gaz. Pal.*, 4-6 octobre 1998, pp. 9 à 10 : « les objectifs de la conciliation sont simples à exprimer. Ils consistent à prendre en compte le fait que l'intérêt des parties n'est pas nécessairement traduit au mieux par des termes juridiques. La conciliation a pour but de mettre réellement un point final au litige, car contrairement à la décision de justice, elle se solde par un accord des parties et donc par la satisfaction commune de celles-ci, alors que le jugement ne contente au maximum que l'une d'elles et, par delà la solution de droit, laisse souvent subsister la rancœur ... ».

²¹ CREYF, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 155 ; DEMEYER, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 479 ; FOURNAUX, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 647 ; MICHEL, *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, 464.

²² *M.B.*, 4 avril 2001. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2001.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

qui entraînent de grandes tensions pour les protagonistes. Chercher ensemble une solution offrira davantage de garanties pour l'avenir : les parties ne couperont pas les ponts, mais rechercheront ensemble et de manière constructive une solution qui leur apporte à chacune satisfaction. Le sentiment de frustration qu'éprouve la partie perdante d'un procès est ainsi évité »²³.

La loi du 21 février 2005²⁴ a modifié le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation. Les dispositions relatives à la médiation ont été introduites dans une nouvelle septième partie du Code judiciaire (articles 1724 à 1737 nouveaux du Code judiciaire). La médiation apparaît ainsi comme un mode de résolution des conflits au même titre que la procédure judiciaire et que l'arbitrage.

Toutes les dispositions relatives à la médiation sont donc désormais concentrées dans un seul et même corps de règles, qui couvrent le large éventail des litiges auxquels la médiation est susceptible de s'appliquer, soit la médiation familiale, les matières commerciales, sociales et les autres matières civiles. Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale dans le cadre d'une procédure judiciaire (anciens articles 734*bis* à 734*sexies* du Code judiciaire) a été abrogée.

La loi n'a pas prévu de définition de la médiation parce que son objectif a été de couvrir un champ d'application le plus vaste possible et d'éviter qu'une définition, même libellée de manière très large, aboutisse à des conséquences non voulues par le législateur²⁵.

On trouve toutefois des pistes dans les travaux préparatoires, qui précisent notamment que la médiation n'est jamais qu'un dialogue entre les parties en conflit, facilité et mené par un tiers, le médiateur²⁶. Le législateur n'a pas voulu interdire aux parties de débattre entre elles du litige et de la solution qu'elles souhaiteraient y apporter et, en ce sens, une médiation au sens le plus large du terme est donc théoriquement toujours possible.

La référence à la définition de la médiation contenue à l'article 2 de la directive européenne sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale s'adapte bien au contexte belge introduit par la loi du 21 février 2005 : la médiation désigne toute procédure dans laquelle les parties sont assistées d'un tiers pour parvenir à un accord sur la résolution du litige, à l'exclusion des tentatives faites par le juge pour résoudre un litige au cours d'une procédure judiciaire. Ce renvoi permet de distinguer médiation et conciliation : la médiation est nécessairement confiée à un tiers, tandis que la conciliation relève du juge²⁷.

2.3. Champ d'application de la médiation

²³ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/7.

²⁴ *M.B.*, 22 mars 2005.

²⁵ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/7, p. 21. Il est d'ailleurs rappelé que le Code judiciaire ne donne pas de définition de l'arbitrage ...

²⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 31 janvier 2005, doc 51 0327/012, p. 4.

²⁷ G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 52.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

L'article 1724 du Code judiciaire limite la médiation à tout différend susceptible d'être réglé par transaction. Le projet originaire prévoyait que « Tout différend peut faire l'objet d'une médiation »²⁸. À regret, cet article a été amendé et, à la suite des discussions intervenues en commission, il est apparu opportun de préciser le champ d'application des nouvelles dispositions. Dans un souci de sécurité juridique, le législateur a ainsi limité la médiation aux conflits susceptibles d'être réglés par transaction. Par ailleurs, il a aussi expressément visé les litiges visés par la loi du 19 février 2001 relative à la médiation familiale²⁹. Ainsi, l'énumération ajoutée est reprise textuellement de ladite loi du 19 février 2001, par ailleurs abrogée.

Il s'agit des conflits relatifs aux obligations qui naissent du mariage ou de la filiation (art. 203 à 211 C. civ.), aux droits et devoirs respectifs des époux (art. 212 à 224 C. civ.), aux effets du divorce (art. 295 à 307bis C. civ.), à l'autorité parentale (art. 371 à 387bis C. civ.), à la cohabitation légale (art. 1475 à 1479 C. civ.), au divorce pour cause déterminée (art. 1254 à 1286bis C. jud.), par consentement mutuel (art. 1287 à 1304 C. jud.), à la séparation de corps (art. 1305 à 1308 C. jud.) et à la conversion de la séparation de corps en divorce (art. 1309 et 1310 C. jud.), ainsi que les conflits découlant de la séparation de fait.

Il est important de relever que la loi du 18 juillet 2006³⁰ a modifié l'article 387bis du Code civil. Le nouvel alinéa deux de l'article 387bis dispose : « Sans préjudice de l'article 1734 du Code judiciaire, le tribunal tente de concilier les parties. Il leur donne toutes informations utiles sur la procédure et en particulier sur *l'intérêt de recourir à la médiation telle que prévue à la septième partie du Code judiciaire*. S'il constate qu'un rapprochement est possible, il peut ordonner la *surséance de la procédure afin de permettre aux parties de recueillir toutes informations utiles à cet égard et d'entamer le processus de médiation*³¹. La durée de la surséance ne peut être supérieure à un mois »³².

Quels sont les conflits qui sont susceptibles d'être réglés par transaction ? Pour transiger, il faut avoir la *capacité* de *disposer* des objets compris dans la transaction (art. 2045 C. civ.). Poser ce principe soulève la question de la validité des renoncements consenties à l'occasion de la médiation, ce qui équivaut à aborder le problème fondamental du caractère impératif ou d'ordre public des droits dont on peut disposer et des conséquences qui en résultent.

²⁸ Comme le relèvent plusieurs auteurs, cette formulation était davantage en harmonie avec l'objectif poursuivi par le législateur qui, ce faisant, aurait clairement déplacé le contrôle de l'ordre public du stade de l'introduction de l'instance à celui du contrôle par le juge (voy. déjà les développements de la proposition de loi Fournaux, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, doc 51 0327/001. Adde, G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », in *La nouvelle loi sur la médiation*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 58, note subpaginale n° 11 ; P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, « La médiation dans le Code judiciaire », *J.T.*, 2005, p. 305 ; B. ALLERMEERSCH et P. SCHOLLEN, « De nieuwe bemiddelingswet », *R.W.*, 2004-2005, pp. 1484 et 1485 ; O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », *Le statut des actionnaires. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Larcier, 10/2006, vol. 89, p. 237.

Cette réflexion a été développée dans la matière de l'arbitrage (voy. O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant-L.G.D.J., 2002)).

²⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 31 janvier 2005, doc 51 0327/012, pp. 3 et 4.

³⁰ *M.B.*, 4 septembre 2006.

³¹ Nous soulignons.

³² Voy. D. PIRE, « La nouvelle loi sur l'hébergement égalitaire », *Droit des familles*, CUP, Anthemis, vol. 92, février 2007, pp. 201 et s.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Les travaux préparatoires de la loi³³ précisent que la vérification de la possibilité pour les parties de recourir à la transaction pour solutionner un litige ne doit pas s'apprécier au début du litige, mais bien lorsque les parties ont trouvé un accord. En effet, si un litige survient dans une matière réglementée par de nombreuses dispositions d'ordre public, cela ne signifie pas pour autant que les parties ne peuvent pas transiger, mais seulement que leur marge de manœuvre dans ce cadre s'en trouve réduite. Une médiation pourra dès lors être initiée dans la plupart des cas, et c'est au moment de la formalisation de l'accord, et en particulier lors de son éventuelle homologation, qu'un contrôle devra être exercé relativement à l'ordre public et à la possibilité pour les parties de conclure une transaction sur le litige qui les oppose.

Il en résulte que le Code se limite à réglementer la procédure de médiation qui permettra d'aboutir à un accord conforme à l'ordre public et qui reste dans les limites de ce que les parties auraient pu convenir dans le cadre d'une transaction. Pour ce type d'accord, la loi prévoit le respect de certaines règles pour en permettre l'homologation, mais les parties restent à tout moment libres de s'écarter de ce corps de règles minimum, renonçant, ce faisant, à la possibilité de recourir à la procédure d'homologation.

La vérification de la possibilité pour les parties de recourir à la transaction pour résoudre un litige ne doit donc pas s'apprécier au début du litige, mais au moment de l'accord. L'ordre public n'empêche pas la transaction, mais réduit la marge de manœuvre des parties³⁴.

En résumé, la médiation est un processus purement volontaire. Le (projet) vise à créer un corps de règles minimum qu'il sera demandé aux parties de respecter si elles souhaitent, in fine, aboutir à un accord qui pourra faire l'objet d'une homologation. Pour le surplus, les parties sont libres de s'écarter des règles proposées dans le (projet), en sachant qu'alors, l'homologation de l'accord obtenu à l'issue du processus de médiation ne sera pas possible.

Les personnes morales de droit public ne peuvent être parties à une médiation que dans les cas prévus par la loi ou par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres (art. 1724, al. 2). Cette disposition résulte de discussions de la Commission de la justice du Sénat et de la crainte de voir les personnes morales de droit public participer à des médiations, spécialement en matière fiscale³⁵.

A ce jour, il n'y a pas de loi déterminant les matières dans lesquelles les personnes morales de droit public peuvent conclure une convention d'arbitrage³⁶.

Comme le souligne à juste titre O. Caprasse, cette disposition est archaïque dans la mesure où les personnes morales de droit public peuvent transiger dans bon nombre de matières et, surtout, peuvent conclure une convention d'arbitrage lorsque celle-ci

³³ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/5, pp. 10 et 11.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/7, pp. 31 et s., rapport Willems.

³⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, doc 3-781/7, p. 23.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

a pour objet le règlement de différends relatifs à l'élaboration ou l'exécution d'une convention (art. 1676, 2° C. jud.)³⁷.

2.4. Les différents types de médiation

La loi distingue deux types de médiation : la médiation « volontaire » (chapitre 2, articles 1730 à 1733) et la médiation « judiciaire » (chapitre 3, articles 1734 à 1737). De façon implicite, on peut ajouter un troisième type, la médiation « libre » ou « hors cadre légal ».

3. L'arbitrage³⁸

3.1. Définition

L'arbitrage est un mode de résolution des conflits par lequel les parties en litige confient à un tiers le soin de trancher leur litige juridique (art. 1676 à 1723 C. jud.).

Il faut donc :

- un *litige* entre deux ou plusieurs parties ;
- un litige *juridique* : les parties décident volontairement de soumettre leur litige à un tiers pour qu'il le tranche ;
- une *mission* d'arbitrage contenue dans une convention par laquelle les parties manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage.

L'arbitre est un juge privé, choisi et payé par les parties.

3.2. Avantages

- confidentialité (pas de publicité des audiences) ;
- rapidité (mission de rapidité) ;
- expertise de l'arbitre (spécialiste de la matière) ;
- souplesse de la procédure (les parties peuvent régler elles-mêmes) ;
- forum neutre en matière internationale (éviter d'être jugé par n'importe quelle juridiction étrangère, facilitation de la détermination des compétences) ;
- amiable composition (choix des règles de droit ou autres – art. 1700 C. jud.) ;
- climat (peut diminuer les tensions).

3.3. Inconvénients

- imprévisibilité ;
- coût (justice onéreuse) ;
- absence de force exécutoire (exéquatur) ;
- origine conventionnelle (nécessité d'un accord de volontés).

3.4. Différents types d'arbitrage

³⁷ O. CAPRASSE, « La résolution des conflits entre actionnaires », *Le statut des actionnaires. Questions spéciales*, Formation permanente CUP, Larcier, 10/2006, vol. 89, p. 239.

³⁸ Voy. *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, sous la coordination de Didier MATRAY, CUP, vol. 59, décembre 2002.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

- arbitrage national/international (ex. en France. En Belgique, même régime pour tout le monde)
- arbitrage institutionnel (conduit sous l'égide d'une institution d'arbitrage qui encadre l'arbitrage, p. ex. la C.C.I. (Chambre de commerce international), le C.E.P.A.N.I., avec un règlement et un encadrement spécifique (acte de mission)) / *ad hoc* (les parties règlent tout par elles-mêmes).

3.5. La convention d'arbitrage (soit compromis si le conflit est né, soit clause compromissoire qui prévoit l'arbitrage avant le conflit – art. 1676 C. jud.).

- caractéristiques
 - caractère volontaire de l'arbitrage (mais une partie ne peut se retirer unilatéralement, comme en médiation) ;
 - forme de la clause d'arbitrage : écrit signé ou autre document qui engage les parties et manifeste leur volonté – art. 1677 C. jud. ;
 - place de la clause (dans le contrat, conditions générales de vente, facture, statuts d'une société) ;
 - contenu : l'objet du différend doit être visé (art. 1683. 1. *in fine* C. jud.). Possibilité de mentionner le nombre d'arbitres, le lieu, les règles de procédure, la langue, le pouvoir d'amiable compositeur, le droit applicable ;
 - interprétation de la clause : dans le sens de la volonté des parties. En cas de doute, interprétation restrictive car juridiction d'exception.
- mise en œuvre de la convention
 - exception d'arbitrage : art. 1679.1. C. jud. fin de non-recevoir *in limine litis* (l'absence de clause d'arbitrage valable est une cause d'annulation de la sentence, mais celle-ci ne peut plus être invoquée par la partie qui en connaissait l'existence mais ne s'en est pas prévalu au cours de la procédure)
 - référé : - art. 1696.1. C. jud. : le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sauf une saisie conservatoire et une demande en justice tendant aux mêmes mesures est possible (art. 1679. 2. C. jud.) ;
 - les parties peuvent demander des mesures provisoires ou conservatoires en justice sans renoncer à l'arbitrage (art. 1679.2. C. jud.) pour faire face à d'éventuelles carences de l'arbitrage (comp. médiation).
- effets de la convention d'arbitrage
 - relativité de la convention (art. 1165 C. civ.)
 - connexité (si action devant juge ordinaire et tribunal arbitral, l'arbitrage prime)
 - indivisibilité (si un litige indivisible oppose certaines parties à une convention d'arbitrage et pas les autres, la juridiction étatique prime)
 - action en garantie (pas possible, car on ne peut l'imposer à un tiers)
 - déclaration de jugement commun (possible car mesure conservatoire : A-B procès et B-C arbitrage B peut appeler C à la cause)
 - litispendance (pas possible devant juridiction étatique et devant tribunal arbitral)
 - intervention (intervention volontaire uniquement avec accord parties et arbitre – art. 1696*bis* C. jud.).

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

- autonomie de la convention d'arbitrage et compétence de la compétence
 - principe de l'autonomie (art. 1697.2. C. jud.) : la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire y contenue (le contrat principal et la clause d'arbitrage sont deux actes juridiques différents) ;
 - compétence de la compétence – art. 1697.1. C. jud. : le tribunal arbitral peut se prononcer sur sa compétence et le juge étatique peut se prononcer sur la compétence du tribunal arbitral, soit immédiatement si l'arbitre se déclare incompétent, soit avec la sentence tranchant le fond du litige s'il se déclare compétent.
- extinction de la convention d'arbitrage : en même temps que le rapport de droit qui lui est sous-jacent ; en principe, pas au décès d'une des parties – art. 1688 C. jud. ; remplacement possible si arbitre meurt, mais fin arbitrage si arbitre désigné nommément – art. 1687 C. jud.

3.6. Arbitrabilité : condition de validité de la convention d'arbitrage et, partant, de la compétence des arbitres.

- arbitrabilité objective ou *ratione materiae* vise l'objet des litiges qui peuvent être soumis à l'arbitrage.

Article 1676.2. C. jud. : pour conclure une convention d'arbitrage, il faut la capacité ou le pouvoir de transiger. Or, l'article 2045 du Code civil dispose que pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. La disposition d'un droit pose la question de la validité des renoncements, ce qui équivaut à aborder le problème fondamental du caractère impératif ou d'ordre public des droits dont on peut disposer et des conséquences qui en résultent.

En règle générale, les parties peuvent renoncer sans réserve aux avantages qui ne résultent pas de règles d'ordre public ou simplement impératives. Il s'agit principalement des *avantages purement contractuels*.

Les parties ne peuvent renoncer aux avantages qui leur sont accordés par des *règles impératives* aussi longtemps que la *protection légale* conserve sa raison d'être. Au-delà, les parties disposent régulièrement de ces droits.

Enfin, la question de la renonciation aux *avantages présentant un caractère d'ordre public* est de loin la plus délicate (ordre public de fond ou, en France, de direction et ordre public juridictionnel ou, en France, de protection).

Dès lors,

- l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives. L'arbitrabilité du litige n'est donc pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ;
- l'arbitrabilité s'entend de l'interdiction faite aux arbitres de statuer dans une matière relevant, par sa nature, de la compétence exclusive de la

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

juridiction étatique, ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public ;

- enfin, l'arbitre dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui relèvent de l'ordre public et d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation.

L'arbitre doit donc appliquer les règles d'ordre public lorsque leur application s'impose et doit veiller à éviter toute violation de l'ordre public dans sa sentence.

- arbitrabilité subjective ou *ratione personae* vise la qualité des parties au débat arbitral.

Article 1676. 2. C. jud. : pour conclure une convention d'arbitrage, il faut la capacité ou le pouvoir de transiger (art. 1989 C. civ. : le mandataire a le pouvoir de transiger, mais pas de compromettre. Il faut un mandat spécial et exprès. Il en va de même pour l'avocat).

Le curateur peut compromettre (art. 58 L. faillite).

Les sociétés sont valablement engagées par leurs organes (le gérant pour la S.P.R.L., un administrateur pour la S.A., liquidateur).

Les personnes morales de droit public (intercommunales, communes, provinces) peuvent recourir à l'arbitrage pour régler les différends relatifs à l'élaboration et à l'exécution d'une convention conclue dans le cadre des activités qui relèvent de leur mission de service public. En revanche, pour ce qui concerne les activités qui ne relèvent pas des missions de service public, l'article 1676.2. C. jud. limite la possibilité pour les personnes morales de droit public de recourir à l'arbitrage aux seuls différends liés à la validité ou l'interprétation d'une convention. L'article 1700 C. jud. précise que lorsqu'une personne morale de droit public est partie à une convention d'arbitrage, les arbitres statuent toujours selon les règles de droit, sans préjudice des lois particulières. Elles ne peuvent donc conférer à un tribunal arbitral le pouvoir de statuer en amiable composition, à moins que la loi particulière qui les autorise à soumettre leurs différends à l'arbitrage n'en dispose expressément autrement, ce qui n'est apparemment le cas d'aucune loi particulière aujourd'hui.

Un traité peut autoriser l'État à participer à un arbitrage.

La loi du 21 mars 1991 sur les entreprises publiques économiques autorise ces dernières à transiger et compromettre avec un privé pour autant que la convention soit conclue après la naissance du litige.

3.7. Le tribunal arbitral

- qui peut être arbitre ? art. 1680 C. jud. (capacité de contracter) – art. 298 C. jud. (le juge ne peut être arbitre rémunéré) – indépendance et impartialité (= juge)

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

- récusation : art. 1690 C. jud. : doutes légitimes sur l'impartialité et l'indépendance (n'existe pas en médiation, processus totalement volontaire qui nécessite l'assentiment de toutes les parties durant tout le processus) – art. 1691 C. jud. = procédure de récusation
- désignation : nombre impair fixé dans la convention ou de commun accord (art. 1704, 2°, f C. jud.) – si pas accord, 3 arbitres (art. 1681, 3° C. jud.) – égalité des parties dans le choix des arbitres (art. 1678, 1° C. jud.) – peut être désigné par un tiers (art. 1682 C. jud.)
- pouvoirs de l'arbitre : art. 1700 C. jud. : voir la convention d'arbitrage, soit amiable composition si les parties l'ont prévu (obligation de rechercher une solution équitable sans appliquer nécessairement les règles de droit normalement applicables, sauf règles impératives et d'ordre public ; motivation obligatoire), soit règles de droit ; astreinte possible (art. 1709*bis*) ; pas de question préjudicielle devant C.J.C.E. (jamais posé devant C. const.)

3.8. Déroulement de la procédure d'arbitrage

- mode d'introduction : notification (art. 1683, 1° C. jud.)
- art. 1693 à 1695 : loi des parties (audience huis clos – représentation – procédure écrite ou orale)
- pas d'opposition car pas de défaut possible (convention d'arbitrage), sauf art. 1695 C. jud. : empêchement légitime
- possibilité de tierce opposition.

3.9. La sentence arbitrale

- délai pour rendre la sentence : liberté des parties (art. 1698 C. jud.) – juge d'appui si les parties n'ont rien convenu
- suspension de la procédure : le criminel tient le civil en état (uniquement interne et pas international – art. 1696, 6°)
- types de sentences : définitive, avant dire-droit, mixte, accord (art. 1715 C. jud.)
- élaboration de la sentence (art. 1701 C. jud.) : délibération (majorité absolue sauf clause contraire – forme : écrit signé par arbitre(s) – contenu : dispositif, mentions, motivation
- notification et dépôt de la sentence (art. 1702 C. jud.)
- effets de la sentence : dessaisissement des arbitres ; autorité de chose jugée (art. 1703 C. jud.) ; opposabilité ; force probante authentique pour les constatations personnelles du tribunal arbitral (inscription de faux si contestation)
- interprétation, rectification (art. 1702*bis*).

3.10. Exequatur

La sentence a autorité de chose jugée, mais pour être exécutoire, elle doit être « exequaturée » :

- devant le président du TPI, sur requête unilatérale (art. 1710 et 1719 et s.)

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

- signification, car recours prévu (art. 1710 à 1723 C. jud.)
- exequatur refusé si sentence contraire à O.P. ou si pas de transaction possible, si cause d'annulation (art. 1704, 2^o) et si sentence encore susceptible d'appel devant arbitre (sauf exécution provisoire) art. 1723 C. jud.

3.11. Les voies de recours

- pas d'opposition, de pourvoi en cassation ;
- pas d'appel sauf si convenu par les parties (art. 1703 C. jud.)
- tierce opposition (art. 1702bis)
- annulation devant TPI uniquement pour certaines violations (art. 1704 C. jud.) : art. 1704 à 1707 C. jud. La demande en annulation ne suspend pas l'exécution de la sentence, sauf si c'est demandé (art. 1714 C. jud.)
- recevabilité de la demande d'annulation (art. 1706, 1^o C. jud.) : toutes les causes d'annulation données en une fois ; la sentence ne peut plus être attaquée devant l'arbitre et le recours ne peut être introduit que par les parties (sauf fraude aux tiers)
- sentence annulable uniquement dans le pays où elle a été rendue
- annulation partielle si possible (art. 1705 C. jud.)
- la sentence n'existe plus et l'exequatur est mis à néant

3.12. Médiation et arbitrage

- L'arbitrage est 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 (articles 1676 à 1723 du Code judiciaire). La médiation est un processus volontaire et confidentiel de gestion des conflits par lequel les parties recourent à un tiers indépendant et impartial, le médiateur. Le rôle du médiateur est d'aider les parties à élaborer, par elles-mêmes, en toute connaissance de cause, une entente juste et raisonnable qui respecte les besoins de chacun des intervenants. Les définitions mêmes des deux mécanismes permettent de les cerner. L'arbitrage est 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 ; la médiation est un processus volontaire par lequel les parties tentent de trouver, par elles-mêmes, une entente équitable, avec l'aide d'un tiers librement choisi, le médiateur.
- L'arbitre dispose donc d'un pouvoir juridictionnel et statue, en principe, selon les règles du droit (art. 1700 C. jud.)³⁹ ; le médiateur ne dispose d'aucun pouvoir de juridiction, ni en fait, ni en droit. Son rôle consiste, par sa connaissance des techniques de communication, à tenter de rapprocher les parties et à les inciter à imaginer elles-mêmes des options et solutions, mais le conflit reste l'affaire des parties.

³⁹ Sauf si les parties prévoient que l'arbitre statuera comme amiable compositeur et sera ainsi dispensé, sous réserve du respect de l'ordre public, d'appliquer les règles du droit matériel (« *Sauf convention contraire des parties...* »).

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

- L'arbitrage a nécessairement pour objet une contestation d'ordre juridique et le déroulement de la procédure prend appui sur la convention des parties, mais aussi sur les dispositions du Code judiciaire ; la médiation porte d'abord sur des faits, sur une situation conflictuelle et le processus se déroule, de la volonté des parties, sur la base de techniques de communication. Au-delà des faits, le médiateur arrive à déterminer les besoins : il demande à chaque partie ce qui est vraiment important pour elle, en hiérarchisant les différents besoins, toujours en utilisant l'écoute active et la reformulation jusqu'à ce que ce qui est dit soit compris. L'objectif est d'éloigner les parties du réflexe de porte-parole de leurs positions tranchées et de les faire réfléchir, pas tant à ce qu'elles veulent, mais plutôt aux raisons qui les portent à le vouloir. Il s'agit donc de déterminer les intérêts sous-jacents aux demandes. À partir d'une identification de ces besoins, les participants seront amenés à s'attarder à rechercher les avantages mutuels. Il sera souvent plus facile de faire découvrir de nouvelles solutions auxquelles personne n'avait pensé auparavant. On imagine, en effet, à tort, qu'une partie est capable de savoir *a priori* quels sont ses véritables intérêts. Or la tâche du médiateur consiste bien souvent à révéler ce qui est implicite, à mettre en lumière les motivations profondes d'une partie, à l'éclairer sur ce qu'elle recherche, dans le fond, à satisfaire à travers la résolution du conflit. Le médiateur en vient ainsi à dégager les similitudes entre les intérêts primordiaux des parties et, à partir de ce dénominateur commun, le médiateur examine avec les parties différentes solutions susceptibles de rencontrer leurs intérêts réciproques, avant que celles-ci déterminent finalement celle qui leur convient. L'objectif d'une médiation n'est pas de donner raison à l'un ou l'autre sur tel point, mais de rechercher ensemble la meilleure voie de résolution.
- La décision de l'arbitre est contenue dans une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée (art. 1703 C. jud.), susceptible d'exécution grâce à l'exequatur (art. 1710 C. jud.) ; le médiateur ne décide rien, mais il aide les parties à trouver elles-mêmes une entente équitable qui, en application du droit commun, sera revêtue de l'autorité de la chose convenue (art. 1134 C. civ.). Comment garantir l'exécution des accords de médiation ? Tant en médiation volontaire qu'en médiation judiciaire, l'accord de médiation peut faire l'objet d'une homologation, sous une forme simplifiée, décrite à l'article 1733 pour la médiation volontaire et à l'article 1736 pour la médiation judiciaire. Dans les deux cas, l'homologation s'opère sous la forme d'un jugement (art. 1043 C. jud.) et le contrôle du juge se limite à la conformité de l'accord à l'ordre public⁴⁰ et, dans le cadre d'une médiation familiale concernant des enfants mineurs, à la vérification que l'accord n'est pas contraire à leurs intérêts⁴¹.

⁴⁰ Sur la notion d'ordre public, voyez G. DE LEVAL, « Les interactions entre la médiation et le procès judiciaire », *op. cit.*, pp. 57 et s. ; V. D'HUART, « Les modes alternatifs de règlement », in *Espace judiciaire et social européen*, Larcier, 2003, pp. 417 et s. ; V. D'HUART, « Modes alternatifs de règlement des conflits », in *Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits*, Formation permanente CUP, décembre 2002, vol. 59, n^{os} 26 à 29.

⁴¹ En cas de médiation « libre », si les parties souhaitent transformer leur accord en titre exécutoire, elles suivront le droit commun (accord soumis à un notaire en vue de sa transcription dans un titre authentique ou comparution volontaire devant le juge qui prendra acte de l'accord intervenu ou, en cas de refus d'exécution par une des parties, introduction d'une procédure judiciaire classique avec une demande de condamnation d'exécution de l'accord conclu.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

4. La tierce décision obligatoire

4.1. La tierce décision obligatoire est un mode alternatif de règlement des litiges par lequel les parties confient à un tiers, qui n'est ni juge ni arbitre, la mission de prendre une décision qui s'imposera à elles avec la même force qu'un contrat⁴².

Il s'agit d'un processus purement contractuel régi par l'article 1134 du Code civil.

C'est un processus susceptible de rendre de nombreux services aux parties⁴³ : en l'absence de tout différend, elle peut constituer un moyen d'obtenir l'avis d'un expert sur une question pour laquelle elles n'ont aucune compétence (par exemple, la fixation irrévocable par un tiers du montant du dommage ou du taux d'invalidité de la victime d'un accident, la constatation et l'estimation de dégâts locatifs à l'expiration d'un bail, la fixation de la valeur vénale d'un immeuble à partager, ...) ; elle permet de faire fixer un point de fait ou un élément du contrat par un tiers qui dispose des compétences pour ce faire (par exemple, l'adaptation des contrats aux changements de circonstances, la détermination d'un élément accessoire du contrat), qu'il y ait ou non contestation entre parties ; elle peut aussi constituer un mode alternatif de règlement des différends par rapport à l'arbitrage ou à la justice étatique.

4.2. Tierce décision obligatoire, arbitrage et médiation

Ces trois modes de règlement des conflits ont le point commun de nécessiter la présence d'un tiers, mais alors qu'en médiation, le tiers est un intermédiaire qui n'a aucun pouvoir de décision, en arbitrage et en tierce décision obligatoire, la décision du tiers lie les parties. Toutefois, la décision de l'arbitre est contenue dans une sentence dotée de l'autorité de la chose jugée, susceptible d'exequatur et, donc, d'exécution forcée, tandis que la décision du tiers décideur est revêtue de l'autorité de la chose convenue et vaut entre parties comme un contrat. Une controverse existe quant à savoir si la tierce décision obligatoire peut trancher un litige juridique, ce qui la distinguerait de l'arbitrage, l'arbitre étant chargé de mettre fin à un litige, le tiers décideur, de déterminer certains éléments de faits du litige en dehors de toute contestation juridique⁴⁴. O. Caprasse démontre que la tierce décision obligatoire peut trancher un litige juridique : « *En conséquence, si les litiges relatifs à des droits dont les parties disposent ne sont (donc) pas exclus de la tierce décision obligatoire, le véritable critère de distinction entre l'arbitrage juridictionnel et la tierce décision obligatoire utilisée pour trancher un litige juridique ne peut être que « la nature des pouvoirs attribués au tiers par les parties, ce qui revient à dire qu'il n'est autre chose que leur volonté »* »⁴⁵.

5. Le mini trial

⁴² Voy., notamment, M. STORME, « La tierce décision obligatoire ou l'avis obligatoire comme moyen de prévention des litiges. Une étude comparative des limites entre le droit des contrats et le droit de la procédure », *Rev. dr. int. et dr. comp.*, 1985, pp. 285 et s. ; M. STORME, « La tierce décision obligatoire : ni expertise, ni arbitrage » in *J.L. – J.L.M.B. Centenaire*, éd. Story-Scientia, 1988, pp. 345 et s. ; O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 565 à 576.

⁴³ ; O. CAPRASSE, « De la tierce décision obligatoire », *J.T.*, 1999, pp. 565 à 576 ; O. CAPRASSE, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, n°26 à 33.

⁴⁴ Voy. O. CAPRASSE, , *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, n°s 27 à 33.

⁴⁵ O. CAPRASSE, , *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, n°32.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

5.1. Le *mini-trial* est une procédure consensuelle de solution à l'amiable des litiges entre sociétés d'une certaine importance. Cette méthode se déroule en deux phases principales : la phase procédurale ou phase d'information et la phase de négociation. Au cours de la première phase, les conseils des parties – ou les parties elles-mêmes, par exemple des cadres des différentes entreprises - échangent des pièces et documents, puis exposent leurs arguments en fait et en droit devant un comité composé de dirigeants des sociétés en litige, éventuellement présidé par un tiers indépendant. Cette première phase est suivie directement de la phase de négociation, entre les dirigeants (assistés du tiers, s'il en est), en vue de trouver une solution transactionnelle.

Ce mode alternatif porte donc mal son nom, puisqu'il ne s'agit aucunement d'un mini-procès ou d'un procès abrégé, mais d'une méthode destinée à régler un litige à l'amiable.

Les parties sont libres d'organiser cette procédure comme elles l'entendent, mais toutefois, les dirigeants qui y participent doivent avoir le pouvoir d'engager les parties et ne peuvent pas être directement impliqués dans le litige⁴⁶.

Il existe aux Etats-Unis et en Europe différents règlements de mini-trial⁴⁷. Pour des exemples pratiques de mini-trial, nous renvoyons à d'autres études⁴⁸.

5.2. *Mini-trial*, arbitrage et médiation

On présente souvent le mini-trial comme une variante de la médiation, car comme celle-ci, il repose sur une base volontaire et sur le principe de la confidentialité et nécessite l'intervention d'un tiers indépendant qui ne détient, contrairement à l'arbitrage, aucun pouvoir juridictionnel. De même, *mini-trial* et médiation visent à la conclusion d'une entente ou d'une transaction.

Toutefois, là où la médiation est un processus, le *mini-trial* est plutôt une procédure, caractérisée par les deux phases décrites ci-dessus, particulièrement la première, qui est une phase formelle. De même, là où le médiateur est au centre du rapprochement des parties grâce à l'utilisation de techniques de communication, le tiers dans le *mini-trial* préside le collège composé des dirigeants des parties, et sera amené à négocier directement avec eux⁴⁹.

6. La négociation

On confond souvent négociation, conciliation et médiation.

Certes, la négociation s'opère également sous l'égide d'un tiers, mais elle consiste à rapprocher des points de vue différents afin de conclure un contrat ou de résoudre un conflit sur un contrat passé.

⁴⁶ A. THILY et J. VAN COMPENOLLE, « Les modes de pacification extrajudiciaires, heurs et malheurs », in *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, CDVA, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 82 et 83.

⁴⁷ Pour la Belgique, voy. le règlement du CEPANI.

⁴⁸ A. THILY et J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.*, pp. 84 et 85 ; J.-C. NAJAR, « Le mini-trial : chimère ou panacée ? », *D.P.C.I.*, 1988, T. 14, n°3, pp. 451 à 484.

⁴⁹ A. THILY et J. VAN COMPENOLLE, *op. cit.*, pp. 82 et 83.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Le but est donc de trouver un terrain d'entente, le tiers utilisant des techniques de négociation (certitude sur l'environnement juridique, détermination du minimum acceptable, objectifs réels recherchés, ...) et pouvant se comporter de façon plus dirigiste qu'en médiation.

La médiation se situe clairement dans le domaine de la facilitation : occasionnellement, elle peut évoluer vers l'avis ; elle ne va jamais à la décision⁵⁰. Les méthodes offertes au médiateur sont maintenant universellement admises. Grâce aux techniques de communication, le médiateur s'attache à détacher les parties de leur conflit, à les faire négocier en termes d'intérêts plutôt que sur des positions ou des droits⁵¹, à leur faire découvrir de nouvelles pistes et des alternatives créatrices⁵², en bref la recherche de la meilleure solution de rechange (appelée BATNA ou *best alternative to a negotiated agreement* ou MESORE, en français, soit MEilleure SOLution de REchange)⁵³.

7. La transaction

On connaît la définition de la transaction des articles 2044 et suivants du Code civil : « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître (...)* ».

Les éléments constitutifs de la transaction sont donc l'existence ou la possibilité d'une situation litigieuse à laquelle les parties souhaitent mettre fin, mais aussi - élément essentiel, qui ne figure pas dans la définition légale mais qui la distingue pourtant, notamment, de la renonciation à un droit ou de l'acquiescement à un jugement -, la fin du litige par des concessions réciproques : le litige s'éteint au prix d'un abandon, par chacun des litigants, d'une partie de ses prétentions⁵⁴. L'exigence de concessions réciproques ne va pas jusqu'à mesurer leur importance relative. Le caractère aléatoire du contrat de transaction interdit en effet tout contrôle judiciaire sur l'appréciation faite par les parties des chances et des risques du procès évité⁵⁵. Le Code civil conforte la nature processuelle du contrat de transaction et la prise de risque qu'il induit, soit celui de se satisfaire d'un résultat obtenu amiablement en deçà

⁵⁰ Th. GARBY, *La gestion des conflits*, Collection Entreprise et perspectives économiques, éd. Economica, 2004, pp. 46 et 47.

⁵¹ Pour reprendre un exemple de Thierry Garby (*op. cit.*, p. 19), sachant que l'intérêt est le besoin ressenti par quelqu'un, tandis que la position ou le droit s'expriment comme une exigence vis-à-vis d'une autre partie, « j'ai faim » exprime un intérêt, tandis que « je veux ta part de gâteau » est une position. Un intérêt est toujours légitime, même s'il est déraisonnable, car il n'affecte que celui qui l'éprouve. Une position affecte généralement l'entourage.

⁵² Cette technique différencie la médiation de la conciliation. En effet, le médiateur s'intéresse moins au litige qu'au conflit sous-jacent. Il ne cherche pas un point moyen entre les prétentions des parties, mais plutôt ce dont les parties ont réellement besoin, ce qui permettra de les satisfaire, sans trancher entre des revendications inconciliables.

⁵³ Ainsi, en négociation conflictuelle privée, la meilleure alternative à un accord négocié est la victoire judiciaire. Celle-ci représente 100 %, dont il faut déduire un coefficient de risque, un coefficient de temps d'obtention d'une décision finale et exécutée, les frais, les intérêts, l'énergie du procès, ... Tout ce qui est nettement au-dessus du chiffre ainsi obtenu est bon à prendre ; ce qui se situe nettement en dessous doit être rejeté ; ce qui se situe autour de ce chiffre constitue le point d'équilibre de la négociation.

⁵⁴ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. IV, p. 472 ; Cass., 19 juin 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 1145.

⁵⁵ J. TIMSIT, « La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative », *Gaz. Pal.*, nov. 2001, n° 318 à 319, p. 53 et s., spéc. p. 60 ; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. V, pp. 501 à 517, n° 513 à 524.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

de celui qu'on aurait pu obtenir judiciairement⁵⁶. Ainsi, l'article 2052, alinéa 2 du Code civil exclut que la transaction soit attaquée pour cause d'erreur de droit ou de lésion. L'exclusion de l'erreur comme cause d'annulation empêche une discussion sur le fond du litige postérieurement à la conclusion de la transaction ; de même, il n'y a pas de place pour la lésion puisque l'établissement de la lésion obligerait à faire une comparaison entre le résultat amiablement obtenu et le résultat judiciairement envisageable, ce que la transaction exclut précisément⁵⁷.

La transaction a, entre parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort en ce sens seulement qu'elle fait obstacle à la demande qui aurait été éteinte par celle-ci (article 2052 du Code civil). Elle se substitue donc au procès et constitue une exception péremptoire contre la partie qui voudrait entamer ou poursuivre la procédure⁵⁸.

La transaction appartient au droit des contrats auquel nous renvoyons⁵⁹, mais, étant spécialement aménagée pour servir de règlement amiable des conflits, elle se trouve, par nature, au carrefour de la procédure et du droit civil⁶⁰.

En réalité, la transaction peut être le point d'aboutissement de l'arbitrage, de la médiation ou des autres modes de règlement des conflits. Comme eux, si elle opère en cours d'une instance, elle peut être réceptionnée dans l'ordre judiciaire et acquérir ainsi l'autorité de chose jugée.

8. Le droit collaboratif

8.1. Nouveau mode alternatif de règlement des conflits, le droit collaboratif (*collaborative law*) se distingue de la médiation et de la négociation classique⁶¹. Il repose sur un engagement contractuel matérialisé dans une charte collaborative qui prévoit un engagement irrévocable des avocats ou experts instruits à se décharger du dossier en cas de saisine du juge de manière non consensuelle.

Conçu initialement dans le cadre du droit de la famille, il est à présent utilisé en droit des successions, mais aussi en droit du travail, de la propriété intellectuelle ou en droit des relations économiques.

Le droit de la famille collaboratif est né aux États-Unis dans les années 1990 et son essor a été fulgurant dans les pays anglo-saxons. Il est maintenant pratiqué dans la plupart des comtés aux États-Unis et des provinces au Canada, mais aussi en Australie, Nouvelle-Zélande et, plus récemment, Angleterre, Ecosse, Irlande. Il se développe en Autriche, en Italie, en Suisse et en France.

⁵⁶ X. LAGARDE, " Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges ", *Rev. arb.*, 2001/3, pp. 423 et s., spéc. n° 15.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 499.

⁵⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. V, pp. 471 à 520 ; J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruylant, 1967 ; P.-A. FORTIERS, « Aspects du contrat de transaction et du règlement transactionnel », in *Les contrats spéciaux*, Formation permanente CUP, vol. XXXIV, novembre 1999, pp. 105 à 154.

⁶⁰ F. LIGOT, « Le pouvoir de conciliation du juge, la médiation et l'autorité des accords », *op. cit.*, pp. 79 – 81.

⁶¹ Ch. BRUTRUILLE-CARDEW, « Le droit de la famille collaboratif (*Collaborative Law*) », in *Actualités juridiques de la famille*, Dalloz, 2007, pp. 29 et s.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

En résumé, deux personnes qu'un différend oppose choisissent chacune un avocat formé au droit collaboratif. Le rôle de l'avocat est de fournir un conseil et de représenter son client dans la recherche d'une solution constructive en se focalisant sur la négociation et une approche consensuelle. Pendant toute la durée du processus de droit collaboratif, les clients s'engagent à ne pas recourir au juge pour régler leur différend, sauf en cas d'accord. Avec leur avocat respectif, ils établissent un calendrier de réunions à quatre et lors de chaque réunion, ils abordent un des aspects du différend qui aura d'abord été envisagé séparément par le client avec son avocat lors d'un ou plusieurs rendez-vous préparatoires. Une solution consensuelle est recherchée par une communication directe entre les quatre intervenants. Des experts, choisis en commun par les parties, peuvent être appelés pour les aider dans leur décision.

Les parties s'engagent aussi à négocier de bonne foi et notamment à se communiquer une information complète et sincère.

La charte prévoit aussi une entente de désistement : les deux avocats et experts instruits s'engagent tous à se décharger complètement et irrévocablement du dossier dans l'hypothèse où l'une des parties a saisi le juge de manière non consensuelle, ou lorsque le processus est mis en œuvre de mauvaise foi ou abusivement. Les intervenants sont tenus à une obligation de confidentialité et ne pourront plus d'aucune manière intervenir directement ou indirectement dans la défense des intérêts d'aucune des parties⁶².

Outre un rôle de conseil et de négociateur, l'avocat intervient en amont du processus en déterminant avec son client ses priorités essentielles.

Le droit collaboratif est un mode alternatif autonome qui s'inscrit dans une nécessaire coopération avec le monde judiciaire, car l'homologation de l'accord sera presque toujours nécessaire. En outre, une mesure conservatoire ou urgente peut toujours être sollicitée, de l'accord des parties, en cours de processus collaboratif.

8.2. Droit collaboratif, négociation et médiation

Le droit collaboratif repose sur le rôle de négociateur de l'avocat, mais se distingue de la négociation classique en raison de sa structure. Celle-ci est en effet souvent menée sous la pression, d'une audience le plus souvent et ne suppose la mise en œuvre d'aucun processus particulier (voyez la charte en droit collaboratif et les rencontres, qui sont au cœur du processus et se déroulent à quatre). En outre, la négociation est très souvent menée sur « positions » alors que le droit collaboratif nécessite la recherche des intérêts et des besoins des parties au-delà de leurs

⁶² Le droit collaboratif est une des pistes que le rapport de la Commission Guinchard propose de suivre pour une modernisation de la Justice française (voyez <http://www.avocats.fr/space/commission-guinchard/blog>). Il ne suggère cependant pas le désengagement automatique des avocats des parties dans toutes les hypothèses où le processus n'aboutit pas à un accord définitif. On peut, en effet, y lire l'extrait que voici : « En cas d'échec, le droit collaboratif prévoit le désengagement obligatoire de toutes les parties. Mais l'on peut au contraire admettre qu'à ce stade un procès-verbal soit rédigé et signé par les parties et leurs conseils, comprenant l'exposé du litige et des points à trancher. Cet acte serait annexé à une requête qui constituerait l'acte de saisine de la juridiction ». Ce mode d'introduction consensuel du litige permettrait, en effet, de simplifier et d'accélérer le traitement du litige puisque les points à trancher auront fait l'objet d'un exposé précis et admis par les deux parties.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

positions en vue de tenter de dégager un terrain d'entente satisfaisant pour chacune d'entre elles⁶³.

Le médiateur, quant à lui, agit principalement seul, alors qu'en droit collaboratif, deux avocats agissent ensemble et un travail d'équipe permet de tendre à une solution, avec la possibilité de faire appel à des experts extérieurs.

Le droit collaboratif répond également au besoin de repositionnement de l'avocat, partenaire juridique et constructif des parties en litige.

Véronique d'Huart,
Avocat au barreau de Liège,
Secrétaire générale de la Commission Université – Palais

Patrick Henry,
Avocat au barreau de Liège,
Collaborateur scientifique U.Lg

(Ci-dessous le texte proposé par l'OVV – Orde van Vlaamse Balies – qui est en fait un résumé du Marc2 ci-dessus de l'OBFG – Ordre des Barreaux Francophones et Germanophone.)



**Promotion de la médiation et des M.A.R.C.
Note en vue de la réunion du 04/09/2009**

1. Contexte

Chacun s'accorde pour considérer que la promotion de la médiation, de la conciliation et des modes alternatifs de règlement de conflits est de nature à limiter les procédures judiciaires et a donc un impact non négligeable sur le budget de l'aide légale.

Dans l'état actuel de la législation sur l'aide juridique, la médiation et les MARC ne sont pas spécifiquement visés.

Il convient donc :

- D'organiser un service de médiation au sein des BAJ/BJB
- D'aménager la nomenclature pour y intégrer l'intervention de l'avocat conseil en médiation.

Rappel : Ne pas confondre l'**avocat conseil en médiation** qui intervient dans le cadre de l'aide juridique avec les **avocats-médiateurs agréés** intervenant dans le cadre de l'Assistance judiciaire

⁶³ A.-M. BOUDART, « Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution des conflits », *Act. dr. fam.*, 2008, pp. 133 et s.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

(l'article 665, 5° du Code judiciaire) où un médiateur est désigné par le Tribunal ou le Bureau d'Assistance Judiciaire et ses honoraires barémisés, payés par le greffe du Tribunal de Première Instance, conformément à l'article 671 du Code judiciaire (40 € de l'heure, à concurrence de 20 H 00 maximum + 50 € pour les frais).

L'avocat conseil en médiation a un rôle essentiel, pour soutenir le processus de médiation :

- en apportant à son client une information appropriée à ce sujet ;
- en orientant son client vers une médiation volontaire ou judiciaire ;
- en déposant une requête en désignation d'un médiateur dans ou hors procédure;
- en assistant directement son client dans le cadre de la médiation ou hors médiation ;
- en sollicitant du Tribunal l'homologation de l'accord convenu en médiation ...

2. Création au sein du BAJ de Bruxelles d'une « médiasection » qui pourrait être considérée comme une expérience pilote dans le cadre de la promotion recherchée

Il s'agit d'une section « transversale » dès lors qu'elle s'intéresse à toutes les matières du droit dans lesquelles la médiation est envisageable.

Cette « médiasection » a son propre règlement, ses exigences de compétence et ses règles et contrôles concernant l'attribution des points.

La section est composée d'avocats ayant suivi une sensibilisation à la médiation, qui s'engagent à suivre des formations permanentes dans la matière et éventuellement à obtenir eux-mêmes la qualification de médiateur.

Ils seront inscrits dans une section BAJ spécialisée en matière de droit de la famille, de droit des biens ou de droit social ou à tout le moins auront une orientation spécifique déclarée dans laquelle ils pratiqueront le conseil en médiation.

3. Attribution des points

3.1. situation actuelle

Dans l'attente de l'adaptation de la nomenclature (voir infra), il convient de travailler par analogie. L'OBFGB propose d'attribuer les points selon les normes suivantes :

Dans les cas d'une médiation volontaire :

- nomenclature 18.8 demande d'assistance judiciaire aux fins de faire désigner un médiateur (3 points)
- nomenclature 1.6 présence d'un avocat à une médiation hors procédure : 10 points
- nomenclature 4.2.3 requête unilatérale en vue d'homologation de l'accord: 10 points

Total maximum d'une médiation volontaire : 23 points

Dans les cas d'une médiation judiciaire :

- demande d'assistance judiciaire aux fins de faire désigner un médiateur : 18.9 :3 points
- médiation judiciaire: 18.9 (3 points par réunion avec un maximum de 9 points par désignation).
- requête unilatérale en vue d'homologation de l'accord intervenu 4.2.3 : 10 points

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Total maximum d'une médiation judiciaire : 22 points.

3.2. Adaptation de la nomenclature

Rappel : Il existe 3 types de médiations : familiale, civile et commerciale, sociale.

Pour chacune d'elles la pratique est différente en ce qui concerne le rôle de l'avocat conseil.

En médiation familiale, il est rare que les avocats assistent aux séances de médiation. Ils n'en ont pas moins un rôle fondamental à jouer (préparation des séances de médiation – conseils juridiques, définition d'options etc.)

En médiation civile et commerciale et en médiation sociale, les avocats assistent généralement aux séances qui, pour la médiation civile et commerciale sont souvent moins nombreuses mais beaucoup plus longues qu'en médiation familiale.

L'OBFG suggère :

17 MEDIATION et M.A.R.C (Modes alternatifs de résolution de conflit)

17.1	ARBITRAGE	10
17.2	MEDIATION	10
17.2.1.	Demande d'assistance judiciaire aux fins de faire désigner un médiateur	+ 3
17.2.2.	Participation à la séance de médiation (avec un maximum de 9 points)	
	Par désignation	+ 3

Les points 1.6. et 18.9 de l'A.M. du 5 juin 2008 doivent être supprimés

(Texte reçu concernant la médiation en Suisse)

Reglement Mediator SAV / Mediatorin SAV

Der Vorstand des Schweizerischen Anwaltsverbandes SAV erlässt nachfolgendes Reglement.

A. Grundsatz zum Titel Mediator SAV / Mediatorin SAV

1. Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) erteilt seinen Mitgliedern, die eine Mediationsausbildung gemäss den nachfolgenden Bedingungen absolviert haben, bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen die Berechtigung, den Titel Mediator SAV / Mediatorin SAV zu führen.

B. Mediationsausbildung

2. Die gemäss Ziffer 1. geforderte Mediationsausbildung setzt sich aus der Mediationsgrundausbildung (Ziffer 3.) und der SAV-Mediationsausbildung (Ziffer 4.) zusammen.

3.1. Die **Mediationsgrundausbildung** ist im Rahmen einer vom SAV anerkannten Ausbildung oder sofern angeboten, beim SAV zu absolvieren. Der SAV entscheidet frei über das eigene Angebot.

3.2. Die Mediationsgrundausbildung hat mindestens 120 Stunden zu umfassen. Die geforderten Ausbildungsinhalte sowie weitere Anforderungen an diese Mediationsgrundausbildung sind in einer Weisung des Fachausschusses Mediation SAV geregelt.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

3.3. Der SAV führt eine öffentliche Liste über die anerkannten Mediationsgrundausbildungen.

Die Ausschreibungen der anerkannten Mediationsgrundausbildungen sind mit dem Vermerk „Vom Schweizerischen Anwaltsverband anerkannte Mediationsgrundausbildung“ zu versehen. Die Anerkennung einer Mediationsgrundausbildung kann auf Gesuch eines Ausbildners hin beim Nachweis sämtlicher Voraussetzungen gemäss Weisungen zum vorliegenden Reglement erfolgen. Die Anerkennung kann vom SAV befristet, mit Auflagen verbunden und jederzeit widerrufen werden. Der SAV kann jederzeit die Reglements- und Weisungskonformität einer anerkannten Ausbildung kontrollieren.

3.4. Auf Gesuch eines Mitglieds hin kann der SAV auch eine absolvierte Mediationsgrundausbildung oder mehrerer Teilkurse als genügend anerkennen, die nicht durch den SAV durchgeführt wurde oder anerkannt ist (Gleichwertigkeit). Eine solche Anerkennung kann nur erfolgen, sofern die Erfüllung sämtlicher Anforderungen des SAV an die Ausbildung gemäss den Weisungen, durch de2/5 taillierte schriftliche Bestätigung des oder der Ausbildner im Einzelnen nachgewiesen wird.

4.1. Die **SAV-Mediationsausbildung** ist beim SAV oder bei einem von ihm bestimmten

Ausbildner zu absolvieren. Diese Ausbildung wird in der Regel und bei genügender Nachfrage mindestens einmal pro Kalenderjahr angeboten.

4.2. Bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Ziffer 5. Absatz 1 lit. a. und b. wird auf Gesuch eines Mitglieds hin vom SAV die Absolvierung der SAV-Mediationsausbildung auf einen der nächst möglichen Zeitpunkte hin bewilligt.

Diese Ausbildung kann in der Regel erst nach erfolgter Mediationsgrundausbildung absolviert werden.

4.3. Die Dauer dieser Ausbildung beträgt mindestens 8 Stunden. Ausbildungsinhalte sind anwaltsspezifische Themen im Zusammenhang mit der Mediation.

4.4. Der SAV kann im Rahmen der SAV-Mediationsausbildung mit den Teilnehmenden

eine Prüfung und/oder ein Fachgespräch durchführen. Bei nicht erfolgreicher Absolvierung der Prüfung oder des Fachgesprächs kann vom SAV die Erteilung der Berechtigung zur Führung des Titels verweigert werden.

C. Berechtigung zur Führung des Titels Mediator SAV / Mediatorin SAV

5.1. Die **Berechtigung zur Führung des Titels Mediator SAV / Mediatorin SAV** wird auf Gesuch eines Mitglieds hin vom SAV erteilt, falls kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Mitgliedschaft im SAV;
- b. Absolvierung der Mediationsgrundausbildung gemäss Ziffer 3. (schriftliche Bestätigung);
- c. Absolvierung der SAV-Mediationsausbildung gemäss Ziffer 4. (schriftliche Bestätigung);
- d. Erfolgreiche Absolvierung der Prüfung und/oder des Fachgesprächs gemäss Ziffer 4. Absatz 4 (falls vom SAV gefordert);
- e. Anerkennung der Richtlinien SAV für die Mediation;
- f. Verpflichtung zur Weiterbildung gemäss Ziffer 6.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

g. Kein vorübergehender oder dauernder Titelentzug Mediator SAV/Mediatorin SAV;

5.2. Die Absolvierung der Mediationsgrundausbildung (Ziffer 3.) sollte bei Gesuchseinreichung in der Regel nicht länger als 12 Monate zurückliegen. Bei Nachweis von regelmässiger Weiterbildung analog Ziff. 6.1 kann sie auch länger zurückliegen. Früheren Titelinhabern können bei erneuter Gesuchseinrei3/

5
chung die Absolvierung der Mediationsgrundausbildung und der SAVMediationsausbildung, beim Nachweis regelmässiger Weiterbildung analog Ziff. 6.1, auf Gesuch hin erlassen werden.

5.3. Der SAV kann das Recht zur Führung des Titels Mediator SAV / Mediatorin SAV jederzeit entziehen, wenn die Voraussetzungen des Erwerbs des Titels nicht oder nicht mehr gegeben sind, die verlangte Weiterbildung gemäss Ziff. 6 nicht nachgewiesen wird oder die Richtlinien, das Reglement oder die Weisungen nicht eingehalten werden. Anstatt auf Entzug zu erkennen kann der Vorstand SAV auch auf vorübergehende Einstellung des Rechtes zur Führung des Titels erkennen.

5.4. Die Berechtigung zur Führung des Titels entfällt bei Dahinfallen der Mitgliedschaft beim SAV von selbst. Wird die Mitgliedschaft beim SAV wieder aufgenommen, so wird früheren Titelträgern auf Antrag und mit Nachweis genügender Weiterbildung gemäss lit. D des Reglementes, die Berechtigung zur Führung des Titels Mediator SAV / Mediatorin SAV wieder erteilt.

5.5. Der SAV führt eine öffentliche Liste sämtlicher Titelträger / -trägerinnen.

D. Mediationsweiterbildung

6.1. Alle Mediatoren SAV/Mediatorinnen SAV sind verpflichtet, in einem Dreijahresrhythmus

Mediations-Weiterbildungskurse von insgesamt 16 Stunden zu absolvieren. Die Weiterbildungskurse werden vom SAV organisiert und durchgeführt oder dann als genügend anerkannt, wenn sie von Trainern organisiert sind, welche die Anforderungen des SAV gemäss den Weisungen zu diesem Reglement erfüllen. Der Teilnahme an Weiterbildungsveranstaltungen ist das Verfassen eines publizierten Artikels im Fachgebiet Mediation, die Teilnahme an Supervision, Intervision und Erfahrungsgruppen, sowie die Mitwirkung als Mitglied im Fachausschuss Mediation SAV und Mediations-Trainer- oder Referententätigkeit

bis zu max. 50%, das heisst max. 8 Stunden gleichgestellt.

6.2. Alle Mediatoren SAV/Mediatorinnen SAV reichen dem SAV alle drei Jahre auf den jeweils vom SAV festgesetzten Termin hin auf einem dafür vorgesehenen Formular eine Zusammenstellung der in der Berichtsperiode absolvierten Mediations-Weiterbildungen ein. Für nicht vom SAV selber durchgeführte Seminare und für die übrige Weiterbildung sind auf Verlangen des SAV geeignete Nachweise vorzulegen.

4/5

6.3. Der Fachausschuss Mediation SAV kann häufigere Kontrollen anordnen und Weisungen zur Kontrolle und Berichterstattung erlassen.

E. Organisation, Gebühren weitere Bestimmungen und Rechtsweg

7. Die in diesem Reglement festgehaltenen Rechte und Pflichten des SAV werden

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

vom Vorstand SAV wahrgenommen. Der Vorstand SAV ist berechtigt, diese Rechte und Pflichten ganz oder teilweise an den Fachausschuss Mediation SAV zu delegieren; dieser ist ermächtigt, Weisungen zu erlassen.

8. Alle Eingaben und Anfragen sind an das Sekretariat SAV zu richten. Alle Gesuche gemäss vorliegendem Reglement haben schriftlich unter Verwendung der Gesuchsformulare des SAV zu erfolgen.

9. Die Gebühren für die vom SAV selber durchgeführten Ausbildungen, für die Anerkennungen, für die Erteilung der Berechtigung und die Beibehaltung der Berechtigung zur Führung des Titels sowie für die Verfahren gemäss vorliegendem Reglement werden vom SAV festgelegt und erhoben.

10. Alle Mediatoren SAV/Mediatorinnen SAV sowie auch alle Mitglieder des SAV, welche als Mediatoren oder Mediatorinnen tätig sind, unterstehen den Richtlinien SAV für die Mediation vom 1. Juli 2005. Sofern es kantonale Standeskommissionen oder weitere Instanzen vorsehen, können Eingaben oder Beschwerden im Zusammenhang mit den genannten Richtlinien dem SAV zur Erledigung und zum Entscheid übertragen werden. Der SAV regelt das Verfahren.

11. Anderslautende Verfahrensregeln vorbehalten, können Entscheide des Fachausschusses

Mediation SAV binnen 30 Tagen seit Erhalt beim Vorstand SAV schriftlich unter Angabe des Sachverhalts und der Begründung angefochten werden. Die Anfechtung hat aufschiebende Wirkung. Diese Eingaben sind beim Sekretariat SAV einzureichen. Entscheide des Vorstands SAV können mit den zur Verfügung stehenden statutarischen und/oder gesetzlichen Rechtsmitteln angefochten werden.

F. Schluss- und Übergangsbestimmungen

12. Mitglieder, denen gestützt auf das Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV vom 1. Januar 2002 die Berechtigung zur Titelführung Mediator SAV/Mediatorin SAV rechtsgültig erteilt wurde, unterstehen ab dem 1. Juli 2007 dem neuen Reglement. Sie haben insbesondere Weiterbildungskurse gemäss Ziff. D 6.ff zu besuchen.

5/5

13. Mitglieder, welche bei Inkrafttreten dieses Reglementes eine SAV-anerkannte Mediationsgrundausbildung bereits begonnen haben oder bis spätestens 31.12.2007 beginnen, unterstehen bis zum 31. Dezember 2008 noch dem Reglement

vom 1. Januar 2002, sofern sie ihre Ausbildung bis spätestens 31.12.2008 abschliessen.

14. SAV-anerkannte Mediationsgrundausbildungen mit weniger als 120 Stunden, welche gemäss Reglement vom 1. Januar 2002 anerkannt worden sind, verlieren mit Inkrafttreten dieses Reglementes die Anerkennung. Sofern solche Ausbildungen aber bei Inkrafttreten dieses Reglementes bereits begonnen haben oder bis spätestens 31.12.2007 beginnen und vor dem 31.12.2008 beendet sind, wird die Anerkennung erst per 31.12.2008 widerrufen.

15. Das Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV tritt auf den 01. Juli 2007 in Kraft.

Bern, 1. Juli 2007

Weisungen zum Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV

Der Fachausschuss Mediation des Schweizerischen Anwaltsverbandes SAV erlässt

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

gestützt auf das Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV vom 1. Juli 2007
nachfolgende
Weisungen.

A. Mediationsgrundausbildung

1. Ausbildungsinhalte

Die Mediationsgrundausbildung hat mindestens die folgenden Inhalte zu umfassen:

- 1.1. Konflikt und Konfliktanalyse
 - a. Entstehung und Eskalation von Konflikten
 - b. Konflikttypen
 - c. Reflektion über das eigene Konfliktverhalten
 - d. Übersicht über die verschiedenen Konfliktregelungsverfahren
- 1.2. Mediation
 - e. Was ist Mediation
 - f. Ziele und Grenzen
 - g. Formen und Techniken
 - h. Ablauf und Phasen
 - i. Die Rolle des Rechts in der Mediation
 - j. Einbezug Dritter
- 1.3. Mediator/Mediatorin
 - k. Rolle und Selbstverständnis
 - l. Haltung und Ethik
 - m. Kommunikationsverhalten und –techniken
 - n. Supervision und Intervision

2. Durchführung und Organisation

- 2.1. Die Ausbildung hat gemäss Ziff. 3.2. des Reglementes Mediator SAV / Mediatorin SAV mindestens 120 Stunden zu umfassen.
- 2.2. Die Kurse sind grundsätzlich ganztägig oder mehrtägig abzuhalten.
- 2.3. Der praktische Anteil (Übungen, Rollenspiele etc.) muss mindestens 50% der Ausbildungszeit betragen.
- 2.4. Pro Mediationstrainer sind nicht mehr als 16 Kursteilnehmer zuzulassen.
- 2.5. Es sind Anwesenheitskontrollen durchzuführen.

2/2

3. Anforderungen an die Mediationstrainer und –trainerinnen

- 3.1. Eigene Mediationsausbildung von mind. 200 Std. und Anerkennung eines in- oder -ausländischen Mediationsverbandes oder Nachweis einer bedeutenden theoretischen oder praktischen Arbeit im Bereich Mediation.
- 3.2. Mindestens 5 Jahre aktive Mediationserfahrung und/oder Lehrerfahrung (Nachweis durch CV und Zertifikate).
- 3.3. Der SAV kann eine Liste sämtlicher an den anerkannten Mediationsgrundausbildungen tätigen Trainer mit nachgewiesener Erfüllung der vorstehenden Anforderungen führen.

B. Verfahren

- 4.1. Gesuch um Anerkennung einer Mediationsgrundausbildung
Die Anbieter von Mediationsgrundausbildungen können beim SAV ein Gesuch um Anerkennung einer oder mehrerer ihrer Ausbildungen oder Teilkurse stellen. Sie haben die Erfüllung sämtlicher Kriterien gemäss Ziff. 2 auf einem Formular des SAV schriftlich im Einzelnen nachzuweisen.
- 4.2. Anerkennung

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

Beim Nachweis sämtlicher Voraussetzungen gemäss Ziff. A 1.–3. dieser Weisungen erteilt der SAV die Anerkennung gemäss Ziff. 3.3. des Reglementes Mediator SAV / Mediatorin SAV.

4.3. Anerkennung der Gleichwertigkeit

Mitglieder des SAV können gemäss Ziff. 3.4. des Reglementes Mediator SAV / Mediatorin SAV ein Gesuch stellen, eine absolvierte, nicht anerkannte Mediationsgrundausbildung oder mehrerer Teilkurse (Patchworkausbildung)

als genügend anzuerkennen (Gleichwertigkeit). Die Erfüllung sämtlicher Kriterien gemäss lit. A Ziffer 1-3 ist auf einem Formular des SAV schriftlich im Einzelnen nachzuweisen.

C. Zulassung zur SAV-Mediationsausbildung

5. Zur SAV-Mediationsausbildung werden auf Gesuch hin SAV-Mitglieder zugelassen, wenn sie sich über eine anerkannte Mediationsgrundausbildung gemäss Ziff. 3.3 oder eine gleichwertige Ausbildung gemäss Ziff. 3.4. des Reglementes Mediator SAV / Mediatorin SAV genügend ausweisen.

Diese Weisungen treten auf den 1.07.2007 in Kraft.

ZPO – Bestimmungen zur Mediation

Mediation

Art. 213 Mediation statt Schlichtungsverfahren

1 Auf Antrag sämtlicher Parteien tritt eine Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens.

2 Der Antrag ist im Schlichtungsgesuch oder an der Schlichtungsverhandlung zu stellen.

3 Teilt eine Partei der Schlichtungsbehörde das Scheitern der Mediation mit, so wird die Klagebewilligung ausgestellt.

Art. 214 Mediation im Entscheidverfahren

1 Das Gericht kann den Parteien jederzeit eine Mediation empfehlen.

2 Die Parteien können dem Gericht jederzeit gemeinsam eine Mediation beantragen.

3 Das gerichtliche Verfahren bleibt bis zum Widerruf des Antrages durch eine Partei oder bis

zur Mitteilung der Beendigung der Mediation sistiert.

Art. 215 Organisation und Durchführung

Organisation und Durchführung der Mediation ist Sache der Parteien.

Art. 216 Verhältnis zum gerichtlichen Verfahren

1 Die Mediation ist von der Schlichtungsbehörde und vom Gericht unabhängig und vertraulich.

2 Die Aussagen einer Partei dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden.

Art. 217 Genehmigung einer Vereinbarung

Die Parteien können gemeinsam die Genehmigung der in der Mediation erzielten Vereinbarung beantragen. Die genehmigte Vereinbarung hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids.

vgl. für das Scheidungsverfahren Art. 279, 280 und 282

Art. 218 Kosten der Mediation

1 Die Parteien tragen die Kosten der Mediation.

La FBE – Commission Accès à la Justice

Colette Gryson Président, ancien bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Bruges.

2 In kindesrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Art haben die Parteien

Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation, wenn:

a. ihnen die erforderlichen Mittel fehlen; und

b. das Gericht die Durchführung einer Mediation empfiehlt.

3 Das kantonale Recht kann weitere Kostenerleichterungen vorsehen.

(vgl. auch Art. 116: Die Kantone können weitere Befreiungen von den Prozesskosten gewähren)