

VI. Atelier « Personnes morales de droit public acteurs en médiation »

La médiation processuelle peut-elle s'ouvrir aux personnes morales de droit public?

David RENDERS

*Professeur à l'Université catholique de Louvain,
avocat au barreau de Bruxelles*

1. Eu égard à l'intérêt pratique non négligeable que revêt la médiation processuelle dans d'autres branches du droit, l'on ne peut que regretter l'option prise par le législateur, il y a dix ans, d'avoir exclu les « personnes morales de droit public » de ce mode alternatif de résolution des conflits.

Interrogé, à l'époque, sur le pourquoi de cette exclusion, l'auteur du texte avait, en substance, répondu que la solution retenue était identique à celle consacrée en matière d'arbitrage, dont il convenait de ne pas se départir.

Déjà il y a dix ans, la réponse avait de quoi surprendre. L'article 1676 autorisait les personnes morales de droit public à pratiquer l'arbitrage en matière conventionnelle, ce qu'il autorise plus encore depuis 2013. Au-delà, comparer la médiation à l'arbitrage ne convainc guère, moins encore pour exclure les personnes morales de droit public de celui des deux modes qui paraît le plus adaptable à ces personnes : la médiation.

2. Depuis que le législateur a choisi de ne pas permettre aux personnes morales de droit public de participer à une médiation processuelle sur les bases injustifiées que l'on vient de rappeler, différentes réalités juridiques sont apparues.

a) Le Parlement européen et le Conseil ont adopté, le 21 mai 2008, une directive européenne 2008/52/CE « sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale ».

Comme d'autres, les autorités publiques pratiquent la matière « civile », notamment en droit contractuel.

Le 21 mai 2011, au plus tard, le droit belge devait ainsi inclure les personnes morales de droit public dans le champ de la médiation organisée par le Code judiciaire, en ce qui concerne les litiges tombant sous le coup de la directive, ce qu'il n'a pas fait.

b) À la faveur d'un arrêt de la Cour constitutionnelle intervenu en 2011, les Régions et les Communautés sont autorisées à créer des juridictions administratives, ce que n'ont pas manqué de faire la Région et la Communauté flamandes.

Profitant de la création de l'une d'elles – le Conseil pour les contestations des autorisations en matière d'urbanisme –, le législateur flamand a institué une procédure de médiation aux traits largement comparables à celle décrite dans le Code judiciaire. Cette procédure est entrée en vigueur il y a plusieurs années et a été mise en œuvre à diverses reprises.

c) En 2014, la X^e chambre, néerlandophone, du Conseil d'État, a décidé de remettre une affaire *sine die*, dans le but de permettre aux parties de participer à une médiation – hors cadre législatif – et de revenir devant la juridiction, à la requête de la partie la plus diligente, une fois le processus terminé.

Eu égard aux considérations qui précèdent, les participants unanimes pensent qu'il est temps de modifier l'article 1724

du Code judiciaire, en vue d'ouvrir la médiation processuelle aux personnes morales de droit public. Plusieurs d'entre eux soulignent son intérêt, sur la base de l'expérience acquise en médiation libre, en contentieux de la fonction publique et de l'exécution des marchés publics notamment.

3. Partant de l'idée que le législateur devrait modifier l'article 1724 du Code judiciaire en vue d'ouvrir la médiation à ces personnes, diverses questions ont, en particulier, retenu l'attention des participants.

a) Une *première question* se pose de savoir à quel profil le médiateur en droit public devrait correspondre.

À ce sujet, les avis sont partagés, qui paraissent dépendre de la conception que l'on se fait du rôle du médiateur. Doit-il s'agir d'un simple facilitateur? En ce cas, il n'aurait pas à connaître le droit public ou, à tout le moins, à justifier d'une expérience particulière en ce domaine. Doit-il, au contraire, accompagner le processus dans toutes ses dimensions juridiques? En ce cas, il aurait à être un technicien de la matière.

Les deux tendances rallient un nombre comparable de partisans. C'est à l'unanimité que les participants observent, toutefois, que ressort des débats parlementaires en cours l'idée de supprimer l'exigence de spécialisation requise par l'actuel article 1727 du Code judiciaire.

b) Une *deuxième question* se pose de savoir qui devrait représenter la personne morale de droit public autour de la table.

À ce sujet, les participants observent l'écart particulièrement conséquent qui, en droit public, sépare la personne – ou le collège de personnes – juridiquement compétent(e) pour prendre la décision et la personne – ou le collège de personnes – techniquement qualifié(e) et au fait du dossier litigieux.

Sur la base de ce constat, les participants se partagent entre trois tendances, dont ils reconnaissent qu'aucune n'est totalement satisfaisante :

– *pour les uns*, c'est la personne juridiquement compétente qui devrait être à la table.

Les partisans de cette tendance reconnaissent toutefois la difficulté de parvenir à un tel résultat, compte tenu de ce qu'un processus de médiation intègre difficilement l'agenda d'une autorité publique, davantage encore lorsqu'elle est collégiale.

Ils mesurent également que la personne compétente n'est pas toujours techniquement à même de débattre d'un dossier qu'elle ne connaît, parfois aussi, qu'imparfaitement ;

– *pour d'autres*, c'est la personne techniquement qualifiée et au fait du dossier litigieux qui devrait être à la table.

Les partisans de cette tendance reconnaissent toutefois la difficulté de conclure un accord avec une personne qui, par hypothèse, ne dispose pas du pouvoir d'engager celle qu'il représente ;

– *pour d'autres encore*, tant la personne juridiquement compétente que la personne techniquement qualifiée et au fait du dossier devraient être à la table.

Les partisans de cette tendance reconnaissent toutefois que les difficultés liées à l'agenda et, le cas échéant, au caractère collégial de la personne compétente ressurgiraient.

Au regard de ce qui précède, la solution la plus réaliste consisterait, sans doute, à admettre la présence à la table de la personne techniquement qualifiée et au fait du dossier, sachant

que cette solution n'est pas sans retombée au sujet des engagements qui pourront être pris par cette dernière.

c) La *troisième question* est précisément celle de savoir en quoi pourrait consister l'engagement de la personne morale de droit public, dans le cadre d'une médiation.

L'engagement de la personne morale de droit public dépend, en partie, de l'identité de celui ou de celle qui représente cette personne.

- s'il s'agit de la personne compétente, un véritable engagement pourrait être pris à l'égard de l'autre – ou des autres – parties à la médiation.

Mais la présence de la personne compétente à la table est, on l'a écrit, difficile à envisager en fait ;

- s'il s'agit de la personne techniquement qualifiée et au fait du dossier, un véritable engagement n'est juridiquement pas envisageable.

Mais l'engagement pourrait consister à être dûment mandaté pour négocier et pour en rendre compte, le moment venu, à l'autorité compétente, laquelle, par hypothèse, se serait montrée prédisposée à conclure un accord par la voie de la médiation. L'engagement aurait la nature d'une obligation de moyen.

d) Une *quatrième question* est de savoir comment concilier la confidentialité appelée à accompagner le processus de médiation et le droit d'accès aux documents administratifs.

À cet égard, les participants unanimes indiquent que leur préférence irait à la consécration – dans les lois, décrets et ordonnances qui organisent le droit d'accès – d'une nouvelle exception : la confidentialité en matière de médiation.

e) Une *cinquième question* se pose, enfin. Elle est de savoir dans quelle mesure les délais de prescription d'actions juridictionnelles devraient, en droit public, être aménagés pour assurer à la médiation une chance d'aboutir, sans empêcher les parties d'emprunter, en cas d'échec, les voies de recours ouvertes.

À ce sujet, les participants sont d'avis que le mécanisme institué par le Code judiciaire, dans les autres branches du droit où la médiation est ouverte, pourrait être applicable, s'agissant des procédures mues devant les cours et tribunaux : il s'agit, on le sait, de la suspension du délai de prescription pour un mois, en vue de conclure le protocole d'accord et de la suspension du délai de prescription durant le processus de médiation, plus un mois, pour ce qui concerne la tentative d'accord proprement dit.

S'agissant des délais de recours devant le Conseil d'État, par hypothèse plus courts, un mécanisme différent mériterait d'être consacré dans les lois coordonnées « sur le Conseil d'État », eu égard au caractère objectif du contentieux.

Compte tenu des expériences des uns et des autres, les participants s'accordent, en grande majorité, pour envisager un modèle comme celui-ci dans le contentieux de l'annulation : la suspension du délai d'un mois, en vue de conclure le protocole d'accord et la suspension du délai de trois mois supplémentaires durant le processus de médiation, plus un mois, pour la tentative d'accord proprement dit. Soit un total de cinq mois.

*

En conclusion de ce qui précède, la médiation processuelle devrait être ouverte aux personnes morales de droit public, en aménageant tantôt le Code judiciaire, tantôt d'autres

textes comme les lois, décrets et ordonnances en matière d'accès aux documents administratifs et les lois coordonnées « sur le Conseil d'État ».

VII. Atelier « Promotion et information »

Pierre-Paul RENSON

*Avocat spécialiste en droit des biens,
secrétaire de la Commission fédérale de médiation,
coordinateur scientifique des formations en médiation
au sein d'AVOCATS.BE,
médiateur agréé*

Parmi les participants à l'atelier « promotion et information » des États généraux de la médiation figuraient notamment des avocats, des magistrats, des notaires, des psychologues, des *coaches*, des spécialistes de la réorganisation d'entreprises en difficulté, etc.

Tous s'accordaient à dire que si la médiation est quasiment sur toutes les lèvres, rares sont les justiciables qui savent vraiment de quoi il est question, excepté peut-être en matière familiale. Il faut donc en premier lieu informer efficacement le public. À cet égard, une uniformisation des pratiques existantes au sein des palais et autres lieux de justice est une priorité. Ainsi, la tenue de permanences d'information (*a priori* sans droit de suite sous peine de remettre en cause à tout le moins l'indépendance du médiateur²⁰) est primordiale. Le succès de ces permanences varie suivant les matières et les lieux concernés. Une éventuelle obligation d'information qui serait légalement consacrée ne devrait concerner que les parties et non leur conseil. Il serait également judicieux d'envisager une généralisation des chambres amiables de règlement des conflits en toutes matières, en assortissant cette mesure de comparutions personnelles effectivement ordonnées. En tous les cas, une information efficace suppose une communication appropriée via les divers médias à notre disposition. À cet égard, l'on ne peut que regretter le manque flagrant de moyens dont dispose la Commission fédérale de médiation et le manque d'interactivité et de visibilité de son nouveau site web.

Vu l'absence de moyens suffisants mis à disposition de la Commission fédérale de médiation pour informer et promouvoir efficacement la médiation, le groupe de travail s'est interrogé sur l'opportunité d'une levée de fonds via Internet. Si cette idée est intéressante, il n'en demeure pas moins que sa mise en pratique risque d'être partisane. Cet écueil pourrait cependant être évité en concentrant l'information sur le processus, ses spécificités et ses avantages (notamment en termes de durée, d'aléa et de coût), sans promouvoir les services de tel ou tel médiateur agréé.

20 Si le fait de dispenser aux parties des informations générales sur la médiation ne remet théoriquement pas en cause l'indépendance et l'impartialité du médiateur agréé (sans préjudice de se poser la question sous l'angle de l'apparence d'indépendance et d'impartialité), il n'en reste pas moins que le médiateur agréé qui tient une séance d'information à l'attention des justiciables devra, dans bon nombre de cas ; convaincre l'une ou l'autre des parties de tenter une médiation. En pareil cas, il ne peut connaître ultérieurement du différend.